

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 34

Settore Concorsuale: 12/H1 - DIRITTO ROMANO E DIRITTI DELL'ANTICHITÀ

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/18 - DIRITTO ROMANO E DIRITTI DELL'ANTICHITA'

"TRADIZIONE ROMANISTICA" E PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO
IL DIBATTITO ITALIANO TRA OTTO E NOVECENTO

Presentata da: Cecilia Messina

Coordinatore Dottorato

Renzo Orlandi

Supervisore

Giovanni Luchetti

Esame finale anno 2022

INDICE

Abstract	V
----------	---

PARTE PRIMA

VOCI DELLA SCIENZA GIURIDICA

CAPITOLO I

L'ORIGINE DI UN DIBATTITO

1. Il contesto storico	2
2. Il giurista post-unitario	7
3. Il quadro storiografico	23

CAPITOLO II

PER UNA NUOVA VIGENZA DEL DIRITTO ROMANO?

1. Un documento programmatico: la prolusione di Serafini del 1871	25
2. Le “leggi romane” e il diritto vigente nella prolusione di Buonamici	36
3. L’orientamento di Scialoja e Brugi	46
4. Un tacito riconoscimento nella critica di Salvioli	66
5. L’“influenza benefica” del diritto romano in Bonfante	77

CAPITOLO III

ALCUNE RIFLESSIONI CRITICHE

1. Le <i>Note</i> di Fadda e Bensa alle <i>Pandette</i> di Windscheid	87
-----------------------------------------------------------------------	----

2. Ancora sulle <i>Note</i> : dai principi generali del diritto al ricorso per Cassazione	96
3. Un <i>argumentum auctoritatis</i> : il richiamo di Fadda e Bensa al pensiero di Scialoja	101
4. La visione “strettamente positivista” di Pacifici-Mazzoni e Ricci	107
5. Il diritto romano come “fonte mediata”: Gianturco, Chironi, Coviello e Nicola Stolfi	113

PARTE SECONDA

ITINERARI DELLA PRASSI

CAPITOLO I

IL PERIMETRO DELLA RICERCA

1. Una mappa dei problemi	124
2. Metodologie a confronto	131

CAPITOLO II

UN’APPLICAZIONE DIRETTA?

1. Una questione di successione di “leggi” nel tempo	135
1.1 Il problema delle servitù discontinue: Corti di Cassazione a confronto	138
1.1.a D. 8.1.14 pr.	141
1.2 Ancora sulle servitù: Corte di Cassazione di Napoli	148
1.2.a D. 8.3.36	149
2 Un rinvio immediato: alcune pronunce paradigmatiche	157
2.1 Cassazione di Firenze, 3 marzo 1881	158

2.1.a D. 25.3.5.8-9 e D. 44.2.7.4	162
2.1.b La coerenza logica del dispositivo	170
2.2 Cassazione di Torino, 21 luglio 1881	172
2.2.a D. 8.2.15-16: una regola generale?	175
2.2.b Un' <i>interpretatio contra legem</i> : il mancato rinvio all'art. 590 c.c.	180
2.3 Cassazione di Napoli, 1 marzo 1882	185
2.3.a D. 49.1.3.2 e D. 49.1.10.4	185
2.3.b Un'integrazione imperfetta: dai <i>Digesta</i> agli artt. 470-71 c.p.c.	191
2.4 Cassazione di Roma, 24 novembre 1882	196
2.4.a D. 20.1.34 pr.	199
2.4.b Due distinte <i>rationes</i>	206
2.5 Cassazione di Roma, 13 febbraio 1883	210
2.5.a D. 18.1.8. pr. e D. 7.4.13	213
2.5.b L'incompatibilità tra <i>emptio rei speratae</i> e <i>fructuum perceptio</i>	227

CAPITOLO III

LO STRUMENTO DELL'ANALOGIA IURIS

1. Di alcune tracce dell'art. 3 delle Preleggi	232
1.1 Cassazione di Roma, 13 dicembre 1877	233
1.1.a D. 39.3.1.11, D. 39.3.2.9 e D. 39.3.2.5	236
1.1 b Una duplice deduzione	252
1.2 Cassazione di Torino, 24 febbraio 1888	255
1.2.a D. 6.3.1 pr. e C. 4.66.3.3	258
1.2.b La presunta lacuna dell'art. 1562 c.c.	270
1.3 Cassazione di Firenze, 13 febbraio 1888	277
1.3.a D. 6.1.9	280

1.3.b <i>Probare rem meam esse</i> : luci e ombre di un principio	285
1.4 Cassazione di Roma, 30 maggio 1911	289
1.4.a D. 6.2.13 pr.	291
1.4.b Il superamento di un dibattito	295
Bibliografia	300

ABSTRACT

Il presente lavoro verte sul ruolo svolto dal diritto romano e – più in generale – dalla “tradizione romanistica” all'interno del sistema giuridico nazionale posteriore alla codificazione civile del 1865. Il punto di partenza dello studio è rappresentato dal mutamento che l'entrata in vigore del codice civile determinò sul sistema delle fonti del diritto e, più specificamente, dalla collocazione – inevitabilmente nuova e diversa – che il materiale giuridico previgente assunse. Da tale premessa emerge, *in primis*, un potenziale problema di coordinamento tra la monolitica opera del legislatore unitario e la tradizione antecedente; tensione alla quale – in sede di lavori preparatori – si cercò di ovviare con la disposizione di cui all'art. 3 comma 2 delle Preleggi. La ricerca, dunque, si volge verso i “principi generali del diritto”, concentrandosi sulla loro – eventuale – capacità di contenere un implicito richiamo all'antico diritto, ormai non più vigente. L'attenzione è rivolta al dibattito giuridico dispiegatosi – nella realtà nazionale – a cavallo tra Otto e Novecento, tenendo solo presente come – a partire dalla prima metà del XX secolo –, la riflessione attorno ai principi di diritto si orienti verso direzioni differenti, maggiormente “positiviste”, non certo sconosciute alla storiografia, ma che non formeranno oggetto immediato del lavoro.

Dopo un breve ma indispensabile inquadramento storico del periodo che si intende affrontare, lo studio prosegue con l'analisi di alcune voci della scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento, nei loro diversi approcci – laddove riscontrabili – rispetto allo studio e al recupero (in chiave moderna) del diritto romano. A tal fine, il terreno privilegiato (ma non esclusivo) è rappresentato dalle prolusioni, vere e proprie dichiarazioni di intenti che scandiscono e

caratterizzano l'arco temporale considerato; a ciò si accompagna l'analisi della manualistica e trattatistica maggioritaria, necessaria per considerare ulteriori posizioni, non perfettamente collimanti con quelle di giuristi prevalentemente romanisti.

La seconda parte del lavoro è invece incentrata sull'analisi della prassi giudiziaria tra Otto e Novecento e, più specificamente, sulle sentenze delle Corti di Cassazione. In questa fase perseguiamo un duplice obiettivo: da un lato, accertare se, ed eventualmente in che misura, il diritto romano potesse avere ancora un qualche ruolo nell'ambito della (moderna) giurisprudenza di legittimità; dall'altro, valutare la concreta possibilità, prospettata da una parte della scienza giuridica, di ricorrere in Cassazione per impugnare una sentenza presuntivamente contraria ai principi generali di diritto di cui all'art. 3 comma 2 delle Preleggi. Entro questo secondo ambito sono dunque analizzate una serie di sentenze, suddivise per tipologie omogenee di richiamo: alcune, che definiamo di rinvio "diretto", poiché il diritto romano veniva invocato senza la mediazione dell'art. 3 co. 2 delle Preleggi; altre, invece, ancorate ai "principi generali". L'analisi prende dunque le mosse dal contenuto delle singole decisioni delle Cassazioni, per passare poi all'esegesi dei frammenti di volta in volta richiamati; infine, concluderemo con un'operazione di sintesi tesa a vagliare, per ciascun caso, la coerenza (giuridica) del ragionamento analogico.

PARTE PRIMA
VOCI DELLA SCIENZA GIURIDICA

CAPITOLO I

L'ORIGINE DI UN DIBATTITO

1. Il quadro storico di riferimento

Il dibattito attorno ai “principi generali del diritto”, particolarmente vivo nella seconda metà dell'Ottocento, coinvolge – almeno in parte – la questione inerente ai rapporti tra diritto romano e diritto vigente all'indomani della codificazione unitaria del 1865. Una ricerca a essi dedicata non può che prendere le mosse dal contesto storico-giuridico entro il quale videro la luce le prime grandi codificazioni nazionali¹.

Le istanze codificatorie sorsero nel fervore dell'Illuminismo giuridico, specificazione settecentesca della riflessione giusnaturalistica, che riproponeva – di quest'ultima – la fiducia nella capacità di individuare la natura intima delle cose e di poterla fissare in principi, in comandi certi e univoci, dotati di intrinseca razionalità².

¹ Il processo codificatorio coinvolse buona parte dell'Europa continentale, costringendo i giuristi a misurarsi con una nuova fonte del diritto. Per una ricostruzione delle principali tappe storiche, in ambito italiano ma non solo, si vedano almeno F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, trad. it. Milano, 1980, p. 146 ss.; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 82 ss.; ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998, p. 211 ss.; P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma del codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Milano, 2002, p. 34 ss.; A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002, p. 19 ss.; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma-Bari, 2007, p. 114 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009, in particolare p. 52 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni*, II, Torino, 2010, p. 271 ss.

² A questo ideale di giusnaturalismo razionalistico – come osservava M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, p. 14 ss. – si accompagnò una generale tendenza verso la statualizzazione e conseguentemente verso l'unificazione delle fonti del diritto. Non sembra allora ultroneo, in questa sede, fare cenno a certi indirizzi dottrinari che – particolarmente vivi dagli ultimi decenni del secolo XVII – influirono non poco sul processo codificatorio (e sulla sua storia). Il riferimento va, prima di tutto, a quella corrente di origine germanica, facente capo al giusnaturalismo di Pufendorf e reincarnatasi in interpreti settecenteschi come Samuel Cocceius e Thomasius, fino a penetrare negli ambienti illuministici francesi attraverso i divulgatori Barbeyrac e Burlamaqui. Un secondo filone, prevalentemente germanico, è riconducibile alle opere giuridiche di Leibniz e, in seguito, di Wolff (e

È noto³ come il contenuto precettivo di tali dottrine, ove portato alle sue estreme conseguenze, avrebbe condotto a una polemica anti-giurisprudenziale tesa ad affermare il primato della legge (non solo) sulle tradizionali fonti di diritto comune, (ma soprattutto) sull'operato della giurisprudenza⁴. La civiltà giuridica moderna dell'Europa continentale compiva dunque una scelta fondamentale tra Sette e Ottocento⁵: "l'idea di Codice"⁶, giunta a compimento, segnava un prima e un dopo all'interno della storia del diritto⁷. Il mutamento a livello di teoria generale è

dei suoi epigoni). Infine, è distinguibile un terzo orientamento, francese, formatosi a partire da Domat e Pothier, i cui insegnamenti circolarono all'insegna di un "esprit de lois" poliseno e pregnante, cui la storia della cultura giuridica avrebbe in seguito riservato importanti impieghi. Per quest'ultimo particolare aspetto, cfr. G. TARELLO, *Per una interpretazione sistematica de "L'esprit de lois"*, in *MSCG*, 1, 1971, p. 11 ss. Per i diversi orientamenti, importanti cenni in M.R. DI SIMONE, *Diritto*, in V. FERRONE, D. ROCHE (a cura di), *L'illuminismo. Dizionario storico*, Roma-Bari, 1997, p. 137 ss. Cfr. anche l'attenta e accurata ricostruzione di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica*, cit., p. 97 ss. Sul più generale tema dei rapporti tra Illuminismo giuridico e codificazione italiana (e non solo), i lavori sono innumerevoli: cfr., almeno, P. COSTA, *I "padroni della legge": Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 6, 2001, p. 14 ss.; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, p. 240 ss.; P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo ed Età moderna*, in ID. (a cura di), *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 75 ss. ove altra bibl.

³ Si veda, ad esempio, C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 3, ove si parla di "illuminismo ingenuo" per descrivere l'aspirazione, propria di certe dottrine del XVIII sec., a condensare tutto il diritto civile entro parametri legislativi rigidamente precostituiti. Sviluppa le medesime riflessioni P. COSTA, *I "padroni della legge"*, cit., p. 15 ss. Inoltre, il paradosso positivista entro cui si dissolsero le originarie istanze giusnaturalistiche è affrontato in vari studi di P. Grossi, tra cui: *Scienza giuridica*, cit., p. 10 ss.; *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici*, cit., p. 584 ss.; *Code Civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quad. fior.*, 35, 2006, p. 93 ss. (con particolare riferimento all'esperienza francese tra Sette e Ottocento). Infine, più di recente, e partendo dalle stesse notazioni, cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al Code civil*, in G. ROSSI, F. ZANUSO (a cura di), *Attualità e storicità del "Dei delitti e delle pene" a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, 2015, p. 76 ss.

⁴ Adesso intesa come insieme dei giudici – di merito e di legittimità – e delle loro pronunce, lontana dalla *iuris prudentia* (ove *prudentes* erano i giuristi).

⁵ Fatta eccezione per la Germania, che arriverà a un codice solo nel 1900.

⁶ Utilizziamo un'espressione di T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* (1945), in ID. (a cura di), *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 178.

⁷ Si tratta di un assunto dall'ampia circolazione, al di là delle formule impiegate, negli (innumerevoli) studi dedicati alla storia della codificazione, in special modo italiana. Per qualche indicazione – limitatamente al quadro storiografico più recente – cfr., almeno, P. CARONI, *Saggi sulla*

innegabile: il Codice era fonte unitaria, (tendenzialmente) completa ed esclusiva del diritto civile. Nel suo complesso, la codificazione era allora (e prima di tutto) operazione ideologica e culturale, tesa a inserire la *lex scripta* al vertice di una rigida gerarchia, con la conseguente relegazione del materiale normativo previgente a un rango ancillare⁸.

Tuttavia, nonostante gli intenti di rottura con il passato, è opportuno evidenziare come la storia non operi mai dei salti improvvisi: non deve allora sorprendere come i Codici di quell'epoca furono portatori (anche) di schemi tecnici radicati nell'esperienza giuridica previgente⁹. All'interno di questo variegato scenario giuridico, il filo conduttore è essenzialmente costituito dall'esigenza – avvertita da più

storia della codificazione, Milano 1988, p. 60 ss.; ID., *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index*, 29, 2001, p. 1 ss. A testimonianza della formale svolta che il Codice ha determinato per la moderna storia del diritto si vedano anche G. CAZZETTA, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici*, cit., p. 309 ss.; P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici*, cit., p. 19 ss., ove si pone in luce come l'opera legislativa unitaria veicolò in sé anzitutto un'idea: la creazione di un "diritto di conoscenza", ricavabile dalla lettera della legge senza alcuna mediazione (*ibid.*, p. 30). Più in generale, coglie nel processo codificatorio "un'autentica rivoluzione culturale" che investe in pieno "le fondazioni dell'universo giuridico" P. GROSSI, *Codici*, cit., p. 585.

⁸ Dare conto di questa percezione, comune a buona parte dell'Europa continentale, è impossibile. Basti qui segnalare, almeno per l'esperienza italiana, che tale constatazione è il punto di partenza di innumerevoli studi sulla storia della nostra codificazione (civile). Per un'approfondita lettura di questo aspetto si vedano almeno A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, p. 3 ss.; G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, in B. PARADISI (a cura di), *La formazione storica del diritto in Europa. Atti del Convegno (Firenze 25-29 aprile 1973)*, II, Firenze, 1977, p. 860 ss.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari-Roma, 1985, p. 32 ss.; R. BONINI, *Premessa storica*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato. Premesse e disposizioni preliminari*, I, Torino, 1999, p. 199 ss.; M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'Unità*, Torino, 1999, p. 23 ss.; N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, p. 168 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, p. 650 ss.

⁹ Ciò vale *in primis* per l'esperienza giuridica francese, in merito alla quale P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quad. Fior.*, 35, 2006, p. 108, evidenzia come "sul piano dei contenuti, il passato possa far sentire la sua voce all'interno del Codice ... per la elementarissima ragione che il *Code* non è una nuvola che galleggia alta sopra un paesaggio storico, ma è piuttosto un ordinamento nuovo di questo paesaggio concreto": una fonte novissima nella sua struttura, ma che non nasce dal nulla. Riflessioni non difforni valgono per l'esperienza codificatoria italiana, della quale si dirà *infra*.

parti dell'Europa continentale – di coordinare la nuova fonte primaria con il materiale di natura extra-legislativa, frutto della composita tradizione passata, romanistica¹⁰ e non solo.

Infatti, come evidenzia Paolo Grossi¹¹, chiari segni di incrinatura nell'auspicata compattezza della codificazione possono rilevarsi in vari “laboratori” giuridici: dall'ABGB¹² al Code Napoléon¹³, sino al richiamo ai “principi generali del diritto”

¹⁰ Sul significato di “tradizione romanistica” e sui problemi storiografici connessi al suo impiego, cfr. per tutti, E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della “tradizione romanistica”:* l'elaborazione medievale in materia di «pacta», in *RDR*, 2, 2002, p. 441 ss., ove bibl. In particolare, l'Autore si esprime in termini di legittimità quanto al suo impiego, purchè accompagnato da una rigorosa consapevolezza storiografica. Cfr. anche P. CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003, p. 453 ss. Più di recente, con particolare riguardo alle sue diverse declinazioni rispetto al fenomeno delle codificazioni che si susseguirono dall'inizio dell'Ottocento, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, cit., II, spec. p. 44 ss.

¹¹ P. GROSSI, *Codici*, cit., p. 587.

¹² Nell'ABGB del 1811, infatti, incontriamo al § 7 i principi di diritto naturale: mezzo per colmare le lacune legislative che risente fortemente delle influenze del giusnaturalismo tedesco e del diritto comune. Su quelle che furono le radici fondanti questa codificazione, guardando soprattutto al diritto romano e comune, si concentra R. WELSER, *L'ABGB un capolavoro di codificazione*, in P. CARONI, R. FERRANTE (a cura di), *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012). Atti del convegno internazionale, Trieste, 25-27 ottobre 2012*, Torino, 2015, p. 17 ss. Inoltre, sul rapporto tra diritto naturale e ABGB si vedano M.R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006, p. 159 ss.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 147 ss.

¹³ Definito da G. ASTUTI, *Il 'code Napoléon' in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, in G. ASTUTI, G. DIURNI, G. CASSANDRO (a cura di), *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, Napoli, 1984, p. 728, come “momento apologetico” del positivismo giuridico d'Oltralpe, commentando la scelta dei redattori di omettere qualsivoglia regola interpretativa o integrativa delle lacune. In senso sensibilmente diverso, confuta la chiusura del *Code* al materiale giuridico di natura extra-legislativa U. PETRONIO, *La nozione di 'Code civil' fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa “completezza”)*, in *Quad. fior.*, 27, 1998, p. 27 ss. Una lettura non difforme, che demitizza la presunta completezza del codice e rifiuta gli stretti legalismi, proviene da F. GENY, *La Technique législative dans la Codification civil moderne (à propos du Centenaire du Code Civil)* (Paris, 1904), in J.L. HALPERIN (a cura di), *Le Code civil 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, 2004, p. 1012 ss. In termini più generali, per una ricostruzione complessiva del dibattito teorico antecedente alla codificazione napoleonica, si vedano anche G. TARELLO, *Cultura*, cit., p. 82 ss.; S. SOLIMANO, *Verso il 'Code Napoléon': il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target, 1798- 1799*, Milano, 1998, p. 17 ss. Infine, si concentra sul disordine normativo tra Francia meridionale e centro-settentrionale, antecedente alla codificazione, U. PETRONIO, *L'influenza del diritto*

contenuto nell'art. 3 comma 2 delle Preleggi italiane del 1865¹⁴. È quindi possibile scorgere, tra le maglie di queste “formule generali”, una (latente e non subito dichiarata) presa di coscienza: ogni codificazione portava con sé un'opera di inevitabile riduzione del diritto – separando la *lex scripta* dal mondo della irrilevanza giuridica – che rendeva l'auspicata completezza materiale del codice poco più che un'illusione¹⁵.

Allora, sconfessata dalla pratica (e anche *per tabulas* dalla legge, almeno in alcune realtà) la pretesa capacità del legislatore di prevedere tutti casi possibili, la lacuna normativa¹⁶ si rivelava in tutta la sua problematicità: il codice, unica fonte formale del diritto, era per sua stessa natura incompleto e all'interpretazione giudiziale non restava (nel caso italiano) che l'art. 3 comma 2 delle Preleggi per risolvere i casi dubbi¹⁷. Il culmine di questa tensione giuridica è senza dubbio rappresentato dall'*analogia iuris*,

francese in Italia dopo la promulgazione del 'Code Civil', in L. MOSCATI (a cura di), *Dialettica tra legislatore e interprete: dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Napoli, 2013, p. 155 ss.

¹⁴ L'esatta fisionomia che il dibattito attorno ai “principi generali del diritto” assunse tra Otto e Novecento sarà oggetto delle pagine che seguiranno. Per il momento, sugli antecedenti storici di questa incerta formulazione, rimane fondamentale lo studio di G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 Disposizioni Preliminari del Codice Civile del 1942 (Un problema di diritto costituzionale?)*, in A. PACE (a cura di), *Studi in memoria di Carlo Esposito*. III, Padova, 1972, p. 1873 ss. Come si evince dalla sua ricostruzione, per molti versi pionieristica, la formula di cui all'art. 3 delle Preleggi del cod. civ. del 1865, trovava un primo antecedente negli artt. 14 e 15 del codice Albertino, entrato in vigore il 1 gennaio del 1838, e ancor prima nel § 7 del codice austriaco del 1811. Uno sguardo complessivo ai precedenti normativi dell'art. 3 delle Preleggi del 1865, oltre che al dibattito condensatosi nei lavori preparatori al Codice, è offerto da A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., p. 85 ss. Sul punto torna anche, tra gli altri, S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla restaurazione all'unità*, in *Il bicentenario del codice napoleonico. Atti del convegno. Roma, 20 dicembre 2004*, Roma, 2006, p. 76 ss.

¹⁵ Come efficacemente tratteggiato da S. CASSESE, R. PEREZ, *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 2014⁵, p. 31 ss., il dogma della completezza del Codice non è mai riuscito a sopravvivere al caso concreto: la pretesa onniscienza del legislatore diviene un non senso di fronte al continuo divenire della realtà fenomenica.

¹⁶ Sul concetto di “lacuna del diritto”, per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, p. 356 ss., ove altra bibl. Più di recente, sui modi di individuazione delle lacune e sulle tecniche per colmarle, E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, 2018, p. 198 ss.

¹⁷ “Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto”.

così come recepita nelle Disposizioni Preliminari, la quale era destinata a scontrarsi con miti consolidati: primo tra tutti, il primato della legge scritta come unica fonte formale del diritto¹⁸.

All'interno di questa complessa trama, i “principi generali del diritto” assurgevano al ruolo di compromesso (politico oltre che giuridico) nella delicata operazione di *reductio ad unum* delle fonti del diritto¹⁹. La formula che ne emerge rappresentava il “cavallo di Troia”²⁰ con cui (eventualmente) reintrodurre, tra le disposizioni della codificazione unitaria, il materiale giuridico della precedente tradizione.

2. Il giurista post-unitario

All'indomani dell'unificazione legislativa, la scienza giuridica italiana andò incontro a un complesso percorso evolutivo – che si sarebbe completato nell'arco di qualche decennio – strettamente legato alla costruzione del codice e alla sua attuazione, ma tendente a un obiettivo più ambizioso: ritrovare un “primato italiano nella cultura europea”²¹. Si tratta di un itinerario composito e variegato, caratterizzato da una pluralità di campi di indagine e di metodi di ricerca, dal quale non si può prescindere per trattare la specificità di determinati temi (come, appunto, il ruolo della tradizione previgente entro l'ordinamento codificato). La consapevolezza che essi si inscrivono in un più vasto complesso di radicali trasformazioni, tali da incrinare molte saldezze passate, rende manifesto che non si possa parlare di “principi generali del diritto” senza prima accennare allo scenario giuridico di riferimento.

L'Ottocento, infatti, è un secolo di mutamenti profondi e cruciali che coinvolgono

¹⁸ Cfr. P. CAPPELLINI, *Il codice eterno*, cit., p. 13 ss.; P. GROSSI, *Codici*, cit., p. 576 ss.; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 71 ss.

¹⁹ Così A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., p. 86 ss.

²⁰ Mutuo la formula, coniata in altro contesto – ma sempre inerente ai “principi generali del diritto”: si riferisce infatti ai possibili rapporti tra questi e l'equità – da 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. 622.

²¹ Riprendo la felice notazione di M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 1.

sia il sapere tecnico-scientifico sia il panorama culturale. Da un lato, il giurista si trovava costretto a misurarsi con le contraddizioni e le cesure che la codificazione portava con sé; dall'altro, la nazione (seppur territorialmente unita) conservava ancora i caratteri del policentrismo, eredità del particolarismo preunitario²², che per lungo tempo avrebbe costituito l'identità di ciascun territorio e che, inevitabilmente, avrebbe condizionato anche la stessa *forma mentis* degli studiosi rispetto ai problemi teorici di epoca successiva²³.

In particolare, dagli anni Sessanta dell'Ottocento uno slancio del tutto nuovo caratterizza la scienza giuridica: l'esigenza di "nazionalizzare" e legittimare la

²² Infatti, si è soliti parlare di "modelli italiani" – doverosamente al plurale – data la diversità giuridico-culturale degli Stati preunitari. Di tale particolarismo, eredità della non meno complessa varietà normativa italiana del Settecento, danno ampiamente conto S.J. WOOLF, *La storia politica e sociale*, in R. ROMANO, C. VIVANTI (a cura di), *Storia d'Italia. Dal primo Settecento all'Unità*, III, Torino, 1973, p. 20 ss.; G. GRECO, M. ROSA, *Storia degli antichi stati italiani*, Roma-Bari, 1996, p. 14 ss.; nonché C. GHISALBERTI, *Unità nazionale*, cit., p. 111 ss. Infine, per ulteriori ragguagli, si veda soprattutto G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 35 ss., con una breve ma puntuale elencazione dello stato delle fonti del diritto: accanto alle legislazioni locali, si applicavano il diritto romano e quello canonico, gli statuti delle città, i decreti delle autorità locali, le consuetudini nonché le disposizioni che si andarono stratificando nel corso dei secoli anche a opera dei dominatori stranieri. A ciò si aggiunga come ogni fonte fosse puntualmente commentata, con una varietà di opinioni e confutazioni.

²³ Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso meridionale: la lezione di Vico non venne dimenticata dai giuristi posteriori (il riferimento va soprattutto a Capuano, Polignani e De Crescenzo), i quali serbarono "intattata l'originalità del vichismo dagli influssi della Scuola Storica tedesca" (così F.P. CASAVOLA, *Professori di Napoli 1860*, in *Labeo*, 7, 1961, p. 41). *Contra*, con una riflessione fortemente critica in merito all'eredità vichiana di cui sarebbe stata debitrice certa letteratura giuridica ottocentesca, cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, p. 85 ss. Ribadiscono invece la peculiarità del Meridione A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, in A. MAZZACANE, C. VANO (a cura di), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, 1994, p. 78 ss.; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Roma-Bari, 1999, p. 105 ss., e F.P. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli dall'Unità alla guerra*, in *Index*, 29, 2001 p. 40 ss., evidenziandone lo sforzo di sintesi tra istanze sistematiche ed esercitazioni casistiche, con un'attenzione particolare allo sviluppo storico di quelle parti del diritto romano ormai inattuali. Così, più di recente, anche E. STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in M.B. BIROCCHI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, p. 12, e ID., *Attorno al "vichismo" della romanistica napoletana dell'Ottocento*, in L. FRANCHINI (a cura di), *Scritti in onore di P. Casavola*, Napoli, 2020, p. 883 ss. ove altra bibl.

codificazione come autentico prodotto dell'Italia unificata²⁴. Una prima via, destinata a divenire uno dei temi retorici centrali dell'epoca – ma non l'unico, ed è bene sottolinearlo²⁵ –, guardava al passato: l'irruzione dell'opera legislativa indusse i romanisti “a intensificare la propria vocazione di giuristi”²⁶, in un coro di continuità ove il diritto veniva connesso in modo inscindibile con l'elemento storico, e inteso come punto di arrivo di un lungo processo che muoveva dall'antica Roma e giungeva sino alle disposizioni codicistiche²⁷. Coro in cui, nell'arco di tre generazioni, appaiono emblematiche le voci di Serafini, con la prolusione romana del 1871²⁸; del suo allievo Brugi, autore – qualche anno dopo – de *I fasti aurei del diritto romano*²⁹; nonché di Scialoja, il quale ribadiva l'importanza scientifica della tradizione nonostante (o, forse, grazie a) la morte del “diritto romano puro”³⁰. Ma vi torneremo³¹.

Muovendoci da tali premesse, svariati furono gli approcci. All'indomani dell'entrata in vigore del codice civile del 1865, infatti, iniziarono a comparire sulla scena giuridica nazionale numerosi commentari alla codificazione³², ispirati da un

²⁴ In tal senso, tra gli altri, S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, p. 381 ss.

²⁵ Segnala più volte questo aspetto, al fine di attenuare valutazioni storiografiche eccessivamente univoche, E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti nell'interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia*, 48, 2014, p. 77 ss., tornandovi poi in ID., *Studio e insegnamento*, cit., p. 12 ss., ove ampia bibl.

²⁶ Così E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 7.

²⁷ Ossia quella tendenza a mettere a punto una trama rigorosa di principi e categorie, lasciando sullo sfondo una “storicizzazione ... approssimativa e debole” (così, M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 51) e che trovò in campo privatistico il terreno prediletto. Cfr. anche E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 77 ss. Per ulteriori osservazioni in ordine alla propensione ottocentesca per una persistente attualizzazione del diritto romano, cfr. *infra*, ntt. 65 e 66.

²⁸ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare* (1871), ora in ID., *Opere minori. Parte prima*, Modena, 1901, p. 201 ss.

²⁹ B. BRUGI, *I fasti aurei del diritto romano. Studi preliminari dell'Avv. Biagio Brugi*, Pisa, 1879, p. 285 ss.

³⁰ V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini* (1881), ora in *Index*, 18, 1990, p. 64.

³¹ Per tutti, cfr. *infra*, Parte I, Cap. II.

³² Si può parlare di un vero e proprio genere letterario giuridico, particolarmente fecondo negli anni immediatamente successivi all'Unità legislativa, a proposito del quale cfr., tra gli altri, A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 36, 1990, p. 741 ss. Si leggano inoltre le parole critiche di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 7 ss., nel senso di una censura netta verso la

obiettivo non distante da quello che animava certa romanistica: legittimare la nuova opera legislativa e celebrare il nascente “diritto (prima di tutto) nazionale”³³. A ben vedere, non si trattava di un consenso incondizionato a un legalismo estremizzato, bensì di una rivendicazione di un intento più sottile: quello di affidare alla nascente scienza giuridica la divulgazione del diritto (tutto) italiano.

Nel solco di questa ideologia si inserivano i commentari di Borsari, il quale tentava una vera “eroizzazione” dell’impresa legislativa del 1865³⁴ senza, per ciò solo, rinnegare la tradizione previgente; di Cattaneo e Borda³⁵, con soluzioni che si discostavano dal dato legislativo per approdare a un recupero sempre più marcato del diritto romano; i richiami ai principi di diritto comune in Saredo³⁶ e a quelli di diritto

pratica del commento articolo per articolo; nonché di S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 381, il quale definisce “pratica infelice” lo studio esegetico del Codice. In senso difforme, ponendo in luce i difetti di certe estreme stigmatizzazioni, cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 121 ss.

³³ Così A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., p. 78.

³⁴ Riprendo un’espressione di S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica postunitaria*, cit., p. 383 ss. Evidenziano l’importanza della testimonianza di Borsari, qualificandola come fedele incarnazione delle complessità e delle ambivalenze che la transizione politica e giuridica ottocentesca portò con sé, A. SPINOSA, *Luigi Borsari*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 389 ss.; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino 2011, pp. 36 ss.; A. SPINOSA, «L’economia dei Codici moderni». *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell’Ottocento*, in *Quad. fior.*, 40, 2011, p. 747 ss.; F. D’URSO, *Gli avvocati liberali a Ferrara e l’Unità d’Italia*, in G. ALPA, G.S. PENE VIDARI, S. BORSACCHI (a cura di), *Avvocati che fecero l’Italia*, Bologna 2011, pp. 409 ss.

³⁵ Sul commentario al Codice civile del 1865 di Cattaneo e Borda si vedano anzitutto le considerazioni di P. COSTA, *L’interpretazione della legge: François Génys e la cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fior.*, 20, 1991, p. 388 ss., che non manca di rimarcare l’impegno dei due giuristi nel senso di legittimare la codificazione come prodotto nazionale, sintesi di legalismo e tradizione. Del resto, si tratta di una retorica nient’affatto isolata tra gli studiosi di metà Ottocento: la ribadiscono anche L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell’Ottocento*, in *Quad. fior.*, 39, 2010, p. 183 ss.; G. CAZZETTA, *Codice civile*, cit., p. 43 ss.; S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 383 ss. Sul commento alle Disposizioni Preliminari, al precipuo scopo di sondare il ruolo svolto dai principi generali del diritto, torneremo ampiamente *infra*, Parte I, Cap. III.

³⁶ Ampi cenni biografici in G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I, Milano, 1998, p. 129 ss.; L. SINISI, *Dal giornalismo all’accademia. G. S. giurista per caso nell’Italia postunitaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 37, 2007, p. 225 ss., ove altra bibl. Sulla posizione di Saredo in merito alla (eventuale) capacità integratrice del diritto romano e della tradizione a esso successiva si rinvia a quanto verrà detto in Parte I, Cap. III.

naturale in Bianchi³⁷. Non sembra dunque inopportuno parlare di “strategia dei commentatori post-unitari”³⁸: la legittimazione del Codice passava attraverso l’enfaticizzazione della tradizione passata, in una prospettiva di continuità con il diritto romano o quanto meno con lo *ius commune*³⁹.

Argomentazioni di segno opposto provenivano, invece, da quella parte della giusciviltistica italiana entro cui sono collocabili figure come Pacifici Mazzoni⁴⁰ e Francesco Ricci⁴¹. La legittimazione dell’opera di Pisanelli non poteva che avvenire

³⁷ Il suo commentario, peraltro, è ben lontano dall’essere una semplice esegesi articolo per articolo, dando piuttosto vita a una struttura organica e sistematica, al di là della sequenza delle singole disposizioni. In merito cfr. S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 387 ss. Per un’ulteriore valutazione dell’opera di F. S. BIANCHI, cfr. E. STOLFI, *Francesco Saverio Bianchi e la civilistica italiana del XIX secolo. Il suo impegno nelle Università di Parma e di Siena*, in *Jus*, 57, 2010, p. 212 ss.; S. SOLIMANO, *Bianchi, Francesco Saverio*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)* [d’ora in poi DBGI], I, Bologna, 2013, p. 249 ss.

³⁸ Così S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 382, per indicare come, dietro al commento articolo per articolo, si dipani un progetto ben più ampio, teso a esaltare la sapienza del legislatore.

³⁹ Sul concetto di *ius commune* cfr. G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., p. 61 ss., inteso come diritto positivo, residuale o sussidiario, vigente in molte parti d’Europa sino alla sua “discesa” nel Settecento. Proprio sul concetto di “crisi”, che investì tanto il *Corpus Iuris* quanto l’operatività del diritto comune, si sofferma L. SANDIROCCO, *Ancora un contributo sul diritto romano nella storia europea*, in *Rivista di diritto romano*, 18, 2018, p. 254 ss., notando come fu proprio il progressivo avvio dell’Europa verso l’esperienza codificatoria a rinvigorire l’interesse per l’esperienza giuridica romana. A proposito di quest’ultimo particolare aspetto si rinvia a nt. 66.

⁴⁰ Sulla personalità scientifica di questo giurista cfr., tra gli altri, G.P. CHIRONI, *L’opera di Emilio Pacifici-Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia*, in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, 1914, p. 77 ss.; P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quad. fior.*, 5-6, 1976-1977, p. 207 ss. (ora anche in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 439 ss.); S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 381 ss.; G. CHIODI, *Emilio Pacifici-Mazzoni*, in DBGI, II, 2013, p. 1479 ss. In merito alle sue *Istituzioni di diritto civile italiano*, di recente, M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura del codice civile in Italia tra Otto e novecento*, Roma, 2012, p. 113 ss. Circa l’analisi sulla produzione scientifica di Pacifici-Mazzoni e sulla sua posizione all’interno del dibattito giuridico, si rinvia a Parte I, Cap. III.

⁴¹ Sulla sua figura torneremo ampiamente in Parte I, Cap. III. Per il momento basti evidenziare come le sue constatazioni, seppur riferite alla procedura civile, offrano un pensiero valevole, nei medesimi termini, non solo per il codice di rito: egli riconosce l’importanza di guardare (anche) a esperienze giuridiche diverse da quella italiana codificata; tuttavia, un simile approccio comparatistico non può andare, a suo avviso, a scapito della formazione di una scienza giuridica veramente nazionale. In questa prospettiva, cfr. S. SOLIMANO, *Ricci Francesco*, in DBGI, II, 2013, p. 1680. Riguardo a lui si vedano anche, tra gli altri, S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 383 ss.; C. LATINI, *Francesco Ricci*, in *Avvocati*, cit., p. 511 ss.

nel rispetto delle disposizioni attuative del codice: con l'abrogazione del diritto previgente, il giurista avrebbe potuto far riferimento solo al sistema positivo codificato (un aspetto su cui avremo modo di tornare ampiamente in seguito)⁴². Basti per il momento notare come gli approdi legicentrici di certa scienza giuridica non debbano essere estremizzati: la tradizione manteneva comunque una propria importanza, ora come *ratio scripta* ora come momento di un più ampio percorso formativo volto alla costruzione di un ceto di esperti nazionali.

Alla stratificazione di questo composito panorama culturale contribuirono non poco i modelli di pensiero provenienti sia dalla Francia che dalla Germania, alimentando quella eterogeneità di vedute di cui si è tentato (e si tenterà) di dar conto⁴³. Ripercorrere le principali tappe evolutive della cultura giuridica italiana, ci porta (anche) a evidenziare alcuni dei maggiori luoghi comuni storiografici che, pur vantando il pregio della sintesi, tendono a semplificare la storia della (romano) civilistica tramite drastiche cesure: gli anni Ottanta dell'Ottocento avrebbero fatto da spartiacque tra stagioni dominate dall'influenza della Scuola dell'Esegesi da un lato e della Scuola Storica dall'altro⁴⁴.

⁴² Vd. *infra*, Parte I, Cap. III.

⁴³ Particolarmente efficace è l'espressione usata da P. GROSSI *Tradizioni e modelli*, cit., p. 208, che – nel riferirsi ai giuristi italiani tra Otto e Novecento – parla di “uomini di frontiera”, sottintendendo quella commistione di ideologie, culture e indirizzi che caratterizzano gli studiosi del periodo.

⁴⁴ Inquadrano la storia del pensiero giuridico italiano per cesure (forse eccessivamente nette), valorizzando gli anni Ottanta dell'Ottocento come momento di drastico capovolgimento del rapporto tra legge e giurista, in quanto coincidente con la recezione dei modelli germanici, M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 127 ss., e C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, p. 236 ss. Sui limiti di questa ricostruzione si veda A. MAZZACANE, *Die Rechtskultur in Italien und Deutschland nach der nationalem Einigung*, in R. SCHULZE (Hrsg.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1990, p. 34 ss. Come ha messo in luce P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in ID. (a cura di), *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 493, i giuristi italiani di metà Ottocento vivono “in un'età di transizione dominata dalla dialettica fra mentalità giuridiche inveterate e antiche certezze”, ai quali va riconosciuto il merito di “aver sbozzato un materiale informe, di aver funto da tramite tra vecchia e nuova *interpretatio*, di aver coperto un vuoto da coprire e di aver svolto fino in fondo una funzione storica”. La transizione dal modello francese a

Una simile immagine, infatti, rischia di lasciare in ombra alcuni aspetti non inscrivibili entro una successione omogenea. In particolare, l'influenza di elementi teorici e culturali esteri non fu mai inquadrabile in termini di salti automatici dalla Francia alla Germania⁴⁵. Il consolidamento del tessuto giuridico nazionale procedeva per orientamenti (più che per cesure), a partire dal Mezzogiorno⁴⁶ e dal Piemonte⁴⁷,

quello tedesco è felicemente analizzato, in tutta la sua gradualità e complessità, in C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto*, cit., p. 162 ss. Altre, e affini, notazioni sono offerte da G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 142 ss, a proposito di quel procedere in parallelo, nella storia della cultura giuridica nazionale dagli anni Trenta dell'800, per paradigmi culturali sia francesi che tedeschi: non si potrebbe parlare di un'abdicazione italiana, improvvisa e definitiva, agli insegnamenti d'Oltralpe in favore dell'ascesa dei modelli germanici, se non a costo di operare improprie semplificazioni. In termini simili anche M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e "dommatica" moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007, p. 1 ss.

⁴⁵ La storiografia più recente si è espressa in termini maggiormente disincantati rispetto a certe ricostruzioni otto-novecentesche, le cui linearità – in ordine al passaggio dagli insegnamenti francesi a quelli germanici – scontarono non poco l'obiettivo di perorare la "causa" del metodo sistematico. Cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal Codice Napoleonico al Codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, p. 245 ss.; M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel sec. XIX. I. Tendenze e centri dell'attività scientifica*, Napoli, 1987, p. 30 ss. Si veda anche L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, 1984, p. 271, a proposito del giurista italiano ottocentesco, diviso fra il modello transalpino e quello germanico, in nome di una "tormentata volontà di autonomia". Più di recente, cfr. anche A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., p. 88 ss.

⁴⁶ Un primo quadro si legge in L. RUSSO, *Francesco De Sanctis e la cultura napoletana (1860-1885)*, Firenze, 1959³, p. 13. Del resto, dal 1865, l'atmosfera partenopea divenne vero e proprio punto nevralgico e di incontro delle forze progressiste, vantando soprattutto il pregio di diffondere la vera necessità pressante dell'Italia unita e da poco codificata: era l'influenza di una scienza giuridica nazionale. In tal senso si esprime A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., p. 80 ss., evidenziando come le vicende del napoletano non rimasero circoscritte a un livello meramente locale, ma incisero sull'assetto dell'intero paese dopo l'unità. Insiste sulle influenze straniere, non solo francesi, A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., p. 34 ss. Colgono proprio nell'ambiente napoletano il luogo in cui le esigenze sistematiche si concretizzarono in opere di maggior peso E. STOLFI, *Quaestiones iuris. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *TSDP*, 1, 2008, p. 3 ss. (ove altra bibl.). Cfr. anche A. LOVATO, *Capuano Luigi*, in *DBGI*, I, p. 437 ss.; ID., *Polignani Giuseppe*, in *DBGI*, II, p. 1611 ss.; ID., *Savarese Roberto*, in *DBGI*, II, p. 1808 ss. Infine, si vedano le considerazioni già svolte supra, nt. 24, ove bibl.

⁴⁷ Che svolse un ruolo nevralgico, anche a livello politico e giurisdizionale. Si pensi certe figure di spicco, destinate ad assumere ruoli di rilievo a livello politico, come Federico Sclopis, come poneva in luce G.S. PENE VIDARI, *Federico Sclopis*, in *Studi piemontesi*, 1978, 8, p. 160 ss. Così come, a livello legislativo, non si può non ricordare che la codificazione unitaria trovava la propria (principale) matrice proprio nel codice civile albertino del 1837. Su tutti questi aspetti cfr., per un primo quadro preliminare, L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e*

passando per i laboratori della pratica⁴⁸, sino allo sforzo di proiettare metodi sistematici e logico-ricostruttivi nel mondo universitario⁴⁹. Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre evidenziare che la ricollocazione della funzione dell'esperto – ma più in generale il ripensamento dei rapporti tra legge e giurista, tra scienza e codice – trovava luce nella progressiva recezione dei metodi e delle finalità della scienza giuridica tedesca, la quale si era orientata a riorganizzare il diritto privato in sistema, partendo dal diritto romano giustiniano⁵⁰. Ma anche in questo caso è

l'Unità, Roma 1984, p. 180 ss.; G.P. ROMAGNANI, *Storiografia e politica culturale nel Piemonte di Carlo Alberto*, Torino 1985, p. 280 ss. S. CAPRIOLI, *Codice civile. Strutture e vicende*, Milano, 2008, p. 107 ss.; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico*, 2010, p. 218 ss. e S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 278 ss.

⁴⁸ Per parecchi decenni, infatti, i giuristi italiani trovarono il loro precipuo ruolo professionale nella pratica forense e politico-amministrativa (cfr., in questi termini, A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 187 ss.). Rilevano come, nell'età del codice Pisanelli, gli ordinamenti legislativi degli (ex) stati preunitari furono in gran parte unificati dal predominio di questi operatori e pratici del diritto, C. GHISALBERTI, *Unità nazionale*, cit., p. 118 ss., e A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988, p. 450 ss. Sull'attività forense, con un'attenzione particolare alla realtà napoletana, cfr. P. BENEDEUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra 800 e 900*, Napoli, 1990, p. 108 ss., il quale approfondisce il tema dell'enciclopedismo forense e i nessi con la coeva cultura giuridica; nonché C. VANO, *Avvocati "innanzi all'eccellentissima Corte"*. *Una collocazione ritrovata di allegazioni forensi*, in *Università*, cit., p. 407 ss. Infine, numerosi spunti in G. CIANFEROTTI, *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, in I. PORCIANI (a cura di), *Università e scienza nazionale*, Napoli, 2001, p. 19 ss., ove altra bibl.

⁴⁹ (Altra bibl. in articoli su gianturco di E. Stolfi). Nel considerare il momento didattico, non si può fare a meno di menzionare il peso che su di esso ebbero le scuole private, a proposito delle quali, per tutti, F. TREGGIARI, *Scienza e insegnamento del diritto tra due secoli: l'opera e la fortuna di Emanuele Gianturco*, in A. MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, 1987, p. 75 ss.; A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., p. 79 ss.; F. COLAO, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale. Norme e progetti per l'istruzione superiore in Italia (1848-1923)*, Milano, 1995, p. 88 ss. Più in generale, sugli studi giuridici nazionali, si vedano le considerazioni svolte da S. TORRE, *L'"introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche": parabola di un insegnamento*, in *Università*, cit., p. 88 ss. e G. CIANFEROTTI, *Università e scienza giuridica*, cit., p. 58 ss. Inoltre, degno di nota era lo stato della formazione giuridica in Toscana (si pensi, per fare un esempio, al "Seminario storico giuridico" fondato da Serafini, Buonamici e Scolari a Pisa) a proposito del quale cfr. L. PASSERO, *La facoltà giuridica pisana negli anni Ottanta dell'Ottocento*, in *Studi Senesi*, 119, 2007, p. 342 ss., e E. STOLFI, *Francesco Saverio Bianchi e la civilistica*, cit., p. 263 ss. Infine, un quadro sull'insegnamento della romanistica in Italia tra Otto e Novecento è offerto da E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 25 ss., ove ampia bibl.

⁵⁰ Come evidenzia già G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., p. 103, il termine "Scuola storica del diritto" designa "una concezione del fenomeno giuridico ... una metodologia scientifica, che si sono

opportuno fare due precisazioni. In primo luogo, quando ci riferiamo alla realtà tedesca, occorre specificare l'area giuridica e culturale presa in considerazione. Infatti, il territorio si componeva di alcune zone codificate in senso moderno⁵¹, di altre caratterizzate dalla presenza di una consolidazione⁵², infine di territori in cui l'unica fonte scritta era ancora il *corpus iuris* giustiniano⁵³; appare quindi chiaro come il ruolo svolto dal diritto romano all'interno di tale quadro istituzionale variasse molto. Inoltre – e passiamo così alla seconda precisazione –, se non vi sono dubbi sulla tendenza della romanistica tedesca a produrre modelli concettuali fondamentali, poi offerti e assorbiti dall'esperienza giuridica ottocentesca (molti dei quali opereranno ancora per tutto il XX secolo), è pur sempre vero che questo elemento è stato spesso

affermate in Germania all'inizio dell'Ottocento soprattutto attraverso l'opera ed il magistero di tre grandi giuristi e storici del diritto: Gustav Hugo, Friedrich Karl von Savigny e Georg Friedrich Puchta". A ciò va tenuta distinta – in quanto non si tratta di un *unicum* inscindibile – “quel tipo di mentalità e (di) metodologia che caratterizza quasi tutta la cultura giuridica germanica dell'Ottocento e che prese il nome di Pandettistica” (*ibidem*), frutto di sovrapposizione e commistione tra gli insegnamenti originari della Scuola Storica con “altri fattori culturali e storici concomitanti” (*ibidem*). Quanto alla metodologia pandettistica, cfr. G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando, Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo stato liberale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1989, p. 995, che ne parla in termini di “nuovo paradigma scientifico, capace di fondare l'autonomia concettuale e metodologica della scienza giuridica sulla base della schematizzazione totalmente formale del diritto positivo”; nonché L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999², p. 15 ss., che la intende come particolare metodo “scientifico” volto alla teorizzazione di categorie giuridiche per via logico-sistematica, a partire dalla base fornita dalle Pandette giustiniane e in modo del tutto scevro da considerazioni morali, politiche o sociali.

⁵¹ Cioè con pretesa di esaustività, come la Prussia (ove è discusso se il suo “Allgemeines Landrecht” sia una vera codificazione o solo una consolidazione), oltre che il Baden e la Renania. Sulla distinzione tra consolidazione e codificazione, con attenzione anche al caso prussiano, si veda il classico studio di M.E. VIOLA, *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967, p. 8 ss. In particolare, secondo la sua ricostruzione, sono codici (in senso moderno) le raccolte ufficiali di norme destinate a regolare una specifica branca del diritto, e caratterizzate dall'uniformità, dalla completezza e dalla non eterointegrabilità. Al contrario, si definiscono consolidazioni le compilazioni di leggi, o anche di consuetudini, rintracciabili presso tutti i popoli che hanno raggiunto un certo grado di evoluzione. Più di recente, cfr. G. AJANI, B. PASA, *Diritto comparato. Casi e materiali*, Torino, 2013, p. 428 ss.

⁵² Che ponevano quindi il diritto romano come fonte sussidiaria (ed era ciò che accadeva in Baviera). Per i riferimenti bibliografici vd. nt. prec.

⁵³ Cfr., per tutti, K. LUIG, *Il diritto privato germanico e gli studi universitari nella Germania del secondo Ottocento*, in *Università*, cit., p. 195 ss.

esaltato in termini eccessivi e trasformato in una sorta di modello storiografico quasi stereotipato⁵⁴. Occorre, *in primis*, distinguere i paradigmi teorici originari da quelle concezioni o ideologie, frutto per lo più di stratificazioni successive del pensiero giuridico posteriore⁵⁵. Pertanto, anche laddove si vogliano adottare formule riassuntive, è opportuno evitare sovrapposizioni lessicali (che divengono poi concettuali): si pensi alla generalizzata commistione tra l'originalità di Savigny⁵⁶ e gli atteggiamenti al più qualificabili come "savignyani": il che fra l'altro ha fatto impropriamente parlare del giurista di Francoforte come l'uomo del "Volksgeist" piuttosto che del "Volk"⁵⁷.

⁵⁴ Per uno sguardo d'insieme sull'impostazione metodologica della romanistica tedesca dell'Ottocento, maggiormente articolata e strutturata rispetto a certe rigide geometrie concettuali che talvolta si è preteso di individuare, cfr. M. TALAMANCA, *Esperienza scientifica. Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano, 1982, p. 679, tanto che sarebbe opportuno parlare di "pandettisti", più che di "pandettistica". Nei medesimi termini anche A. MANTELLO, *Contardo Ferrini e la padettistica*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Contardo ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, Milano, 2003, p. 178 ss. Infine, di recente, E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 10 ss.

⁵⁵ Sovrapposizioni criticamente messe in luce in svariati lavori di R. ORESTANO: *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in *L'educazione giuridica. I. Modelli di Università e Progetti di riforma*, in A. GIULIANI, N. PICARDI, Perugia, 1975, pp. 135 ss.; *Edificazione e conoscenza del "giuridico" in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in *Quad. fior.*, 9, 1980, p. 34 ss.; *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, spec. p. 244 ss.

⁵⁶ Sulla figura scientifica di Savigny vi è una letteratura steminata, così come imponente è il lavoro biografico svolto attorno alla sua figura. Per ragguagli sulla vita (e non solo), cfr. almeno, H. KANTOROWICZ, *Savignybriefe. Briefe Friedrich Carl von Savignys an Friedrich Heinrich Christian Schwarz*, in *Neues Archiv für die Geschichte der Stadt Heidelberg und der Kurpfalz*, 13, 1926-1928, p. 57 ss., e W. FELGENTRÄGER, *Briefe F.C. von Savigny an P.F. Weiss (1804-1807)*, in *ZSS RA*, 48, 1928, p. 114 ss., ove è riportata molta corrispondenza. Tra gli svariati autori che si sono concentrati sulla personalità scientifica di questo studioso, si vedano E. WOLFF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963⁴, p. 467 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, p. 213 ss.; E. WIEACKER, *Friedrich Karl von Savigny*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 72, 1955, p. 1 ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, p. 32 ss. (trad. it. S. VENTURA [a cura di], *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1960). Ulteriore bibl. in G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., p. 106 ss.

⁵⁷ Elemento divenuto tradizionale, almeno in certa storiografia giuridica meno recente (cfr. F. MEINECKE, *Le origini dello storicismo*, trad. it. Firenze, 1954, p. 105 ss.; G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Milano, 1962, p. 218 ss.; E. FUETER, *Storia della storiografia moderna*, trad.it.

Fatte queste premesse, per l'autore del *Sistema*⁵⁸ – sul quale pesarono in certa misura le influenze dell'Umanesimo giuridico del XVI secolo⁵⁹ – diritto e scienza del diritto erano prima di tutto storia: un'“unità originaria” verso cui “i due elementi del diritto, il teorico ed il pratico”⁶⁰ dovevano tendere. L'immagine di giurista che Savigny aveva davanti a sé era quella di un “teorico perfetto”⁶¹ che non si lasciava dissuadere dal “vizio capitale”⁶² proprio delle concezioni giuridiche a lui contemporanee: una

Milano-Napoli, 1970², p. 105 ss.). In realtà – e lo ha efficacemente osservato R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza*, cit., p. 34 – né lui né il suo tempo furono gli inventori di una simile espressione: se si volessero adoperare comunque delle formule riassuntive, dovremmo piuttosto definirlo l'uomo del “Volk”, riconoscendogli così il merito di aver posto al centro della sua riflessione, in termini storico-giuridici, il popolo declinato in una simile accezione. È, infatti, soprattutto questo il termine impiegato da Savigny, e non come entità astratta e universalistica: ciascun popolo è inteso come complesso naturale, nella sua peculiare identità individuale. Inoltre, il termine “Volkgeist” venne introdotto nel lessico giuridico da Puchta e solo successivamente ripreso dall'autore del *System*. Puchta, a sua volta, si è avvalso di un'espressione che era impiegata anche da Herder, da Schelling e soprattutto da Hegel (sulle difformità di fondo tra Hegel e Savigny cfr., per tutti, A. SCHIAVONE, *La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania – Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny*, in *Quad. fior.*, 9, 1980, p. 170 ss.; ID., *Alle origini*, cit., p. 10 ss.). Utilizzato in contesti così diversificati, “Volkgeist” ha assunto significati, o quanto meno sfumature, molto diversi tra loro: Non è qui possibile approfondire tali differenze (per le quali si rinvia a A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, VI, Milano, 2008, p. 124 ss.). Basti mettere in evidenza quell'unica connotazione comune rintracciabile: il concetto di “spirito del popolo”, mirava – ed è stato il suo grande merito storico – ad attirare l'attenzione al di là del soggetto (e di una presunta sovrastorica razionalità umana), verso le formazioni sociali nelle quali i singoli vivono e operano, per mettere così in luce, accanto o talvolta in contrapposizione al razionalismo individuale, l'esistenza di processi collettivi nel mondo storico. Infine, si noti come l'autore del *System* abbia parlato di “gemeinsames Bewusstsein des Volkes” (su cui cfr. ancora A. FALZEA, *Introduzione*, cit., p. 128, “comune coscienza del popolo” e rintracciabile nello scritto *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) prima che di “Volkgeist”.

⁵⁸ La cui restituzione italiana si deve a Vittorio Scialoja: cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I-VIII, trad. it. Torino, 1886-1898.

⁵⁹ Per un approfondimento sul tema, si rinvia all'interpretazione d'insieme proposta da D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956, p. 156 ss., ove altra bibl. Sulle interferenze tra Umanesimo giuridico e pensiero savignyano, cfr. R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza*, cit., p. 24 ss., e ID. *Introduzione allo studio*, cit., p. 226 ss.

⁶⁰ Citando le parole di Savigny, così come tradotto nella versione scialojana del *System*: F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., I, p. 10.

⁶¹ F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., I, p. 13.

⁶² Espressione particolarmente evocativa impiegata da R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza*, cit., p. 21. Una lettura non difforme è in P. BENEDEUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, 1996, p. 27 ss.

poco felice separazione tra teoria e pratica. Eppure, nel guardare alla recezione italiana del modello romanistico tedesco, non si possono non considerare due dati ulteriori: da un lato, il diverso atteggiamento tenuto rispetto alla codificazione civile, elemento che segnava un tratto di rilevante difformità tra le due esperienze⁶³; dall'altro, l'irriducibilità degli insegnamenti prima della Scuola Storica e poi della Pandettistica⁶⁴, a pura "Aktualisierung" del diritto romano⁶⁵. E tali dottrine

⁶³ Segnala questo aspetto, onde ovviare a certi "luoghi comuni storiografici", E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 13.

⁶⁴ Sembra opportuno menzionare, in proposito, la definizione di Pandettistica offerta da P. GROSSI, *Cultura giuridica*, cit., p. 9: con Pandettistica si intende quella "corrente scientifica che, sulla base delle Pandette di Giustiniano, edifica nella Germania ottocentesca un sapere giuridico esasperatamente concettualizzato perché fondato su modelli astratti e purificato da scorie fattuali di indole economica e sociale. In quanto tale, è mirabilmente idonea alla dinamica della circolazione capitalistica e, poiché in Germania per tutto il secolo XIX si rinvia a una soluzione codificatoria generale, è un sapere che diventa operativo come diritto vigente". Alle obiezioni a certe ricostruzioni eccessivamente univoche e geometriche della cultura giuridica tedesca di metà Ottocento, si è già accennato *supra*, in nt. 55 ove bibl.

⁶⁵ A tal proposito è opportuno sottolineare due dati di particolare rilievo. *In primis*, la constatazione della varietà di opere provenienti dalla Germania, tradotte e (spesso) annotate, non riducibili al solo *System*: infatti, a circolare fu anche il Savigny del *Besitz* o del saggio sulla *Lex Voconia*, la cui restituzione nazionale impegnò Pietro Conticini (ciò per cui E. SPAGNESI, *L'insegnamento del diritto a Pisa dal principio del '700 all'Unità*, Pisa, 2003, p. 101, lo ha definito un "traduttore eroico"). In secondo luogo, si consideri come il divario tra interesse storiografico e costruzione giuridica non rappresentò un dato originario, ma (verosimilmente) una peculiarità ottocentesca alla quale contribuì in modo determinante – nonché paradossale – l'avvento delle codificazioni. Come pone in luce E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, p. 75, il codice invece che svelare la "feconda inattualità" del diritto romano, ne incentivò lo studio nonché la pratica attualizzante. In merito al primo rilievo, spunti interessanti sono offerti da G. SANTUCCI, *La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il "dogma" della fungibilità dei giuristi romani*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento, 2012, p. 139 ss., ove si evidenzia l'attenzione storica che emerge da certe pagine di Puchta così come di Windscheid. Tuttavia, nonostante la varietà di scritti e di tematiche, non pare facilmente sostenibile la conclusione cui perviene M. NARDOZZA, *Manualistica*, cit., p. 113, quando si sostiene che "il tratto caratteristico del pensiero giuridico italiano, tra Otto e Novecento, sia la sua integrale storicizzazione". Sembrano, invece, condivisibili i rilievi di M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 51 ss., in ordine a una storicizzazione ridotta a un ruolo ancillare, ribaditi poi da E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 7 ss., ove altra bibl.

riguardarono soprattutto l'area toscana⁶⁶ e napoletana⁶⁷, nonché i territori piemontesi, grazie al contributo di figure come quella di Federico Sclopis⁶⁸, al quale si deve l'inizio della propagazione nella penisola del *Beruf*.

Gli insegnamenti della dottrina successiva alla Scuola Storica – che trovarono nel campo del diritto privato il terreno di studio e applicazione più fertile⁶⁹ – andarono incontro a una fortuna che superò i confini tedeschi, tanto da venire ampiamenti annotati e tradotti⁷⁰ in tutta la nostra penisola da figure destinate ad assumere, in

⁶⁶ Ove, verosimilmente, l'interesse per la metodologia della Scuola storica e la mancata formazione di un codice civile preunitario si influenzarono reciprocamente. Nel Granducato, fu principalmente grazie a Pietro Conticini e Pietro Capei, importanti figure di passaggio tra savignismo e Pandettistica, che prese piede l'interesse per gli studi dogmatici e sistematici. Per ragguagli bibliografici attorno a queste due figure si vedano inoltre F. COLAO, *Conticini Pietro*, in *DBGI*, I, p. 576 ss.; A. LABARDI, *Capei Pietro*, in *DBGI*, I, p. 423 ss. Sul ruolo svolto da questi giuristi – e più in generale dalla Toscana – nella recezione del metodo germanico, cfr. E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 10 ss., nt. 36 ove bibl.

⁶⁷ Su cui si vedano G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli, 1966, p. 23 ss.; C. VANO, "Edifizio della scienza nazionale". *La nascita dell'Enciclopedia giuridica italiana*, in A. MAZZACANE, P. SCHIERA (a cura di), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Bologna, 1990, p. 15 ss. Inoltre, si consideri come a Napoli numerose furono le stamperie che pubblicarono la letteratura giuridica tedesca, tradotta da autori soprattutto (ma non solo) napoletani, sul punto cfr. O. WEISS, *La "scienza tedesca" e l'Italia nell'Ottocento*, in P. PRODI, P. SCHIERA (a cura di), *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 9, 1984, p. 17 ss. Significativi a riguardo sono i dati raccolti da M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli, 1987, p. 4 ss., in ordine alla vasta produzione partenopea di commentari, opere dottrinali e traduzioni. Ancora sul punto, cfr. A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., p. 79 ss.; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., p. 34 ss., che insiste sulla diffusione, per questa via, delle lezioni savignyane a partire dal terzo decennio dell'Ottocento.

⁶⁸ In ordine a questa figura si rinvia a L. MOSCATI, *Federico Paolo Sclopis*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 286 ss.; G. S. PENE VIDARI, *Sclopis di Saleramo, Federigo*, in *DBGI*, II, p. 1839 ss.

⁶⁹ Anche se il paradigma della Pandettistica – fra i cui protagonisti basti ricordare Arndts, Vangerow, Brinz, Bekker e soprattutto Windscheid – non mancò di esercitare la propria influenza anche nell'ambito del diritto consuetudinario germanico, oltre che verso altri settori giuridici, anche pubblicistici. Sul punto, da ultimo, F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016, p. 81 ss., ove altra bibl.

⁷⁰ Il fenomeno italiano delle traduzioni, particolarmente florido negli ambienti culturali del tempo, divenne un vero e proprio genere letterario e giuridico, del quale si dà ampiamente conto in numerosi studi. Primo, tra tutti, F. RANIERI, *Le annotazioni e le traduzioni di opere giuridiche straniere nel secolo XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine*, in *La formazione storica del diritto in Europa*, III, Firenze, 1977, p. 1487 ss. Cfr., per una elencazione delle opere giuridiche straniere tradotte

seguito, un ruolo nevralgico nella rifondazione degli studi giuridici italiani: facciamo riferimento prima di tutto a Filippo Serafini⁷¹, il quale inaugurò un vero e proprio filone destinato a infittirsi tra Otto e Novecento con la collaborazione della maggior parte dei rappresentanti della romanistica nazionale⁷².

Occorre infine segnalare – nel considerare le modalità di recezione del paradigma tedesco a opera dell’ambiente giuridico italiano – quella particolare tendenza a contemperare lo slancio sistematico e attualizzante germanico con una trattazione prettamente casistica, che trovava seguaci in personaggi come Gianturco⁷³; nonché la presenza di voci dissonanti, ad esempio quella di Cenni⁷⁴, contrarie alla ricezione tout court. Ad ogni modo, l’Italia a cavallo tra i due secoli riscontrava una tendenziale prevalenza culturale dei romanisti, ispirati dagli influssi degli studi di matrice germanica e proiettati verso la rivendicazione di una (perdurante) rilevanza del sapere antico in chiave non meramente storica, bensì all’interno di una ponderata e capillare strategia attualizzante⁷⁵. Un simile approccio aveva ovviamente riflessi immediati

in Italia, M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia.*, cit., p. 19 ss., ove si ricorda come il giudizio negativo talvolta espresso verso questo genere, spesso tacciato di servilismo culturale, tragga per la verità origine dal dogmatismo formalista imperante nella cultura giuridica sino agli inizi del Novecento. Ulteriori considerazioni in G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 126 ss. e in E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 9 ove altra bibl.

⁷¹ Si pensi alla traduzione, accompagnata da copiose note e appendici, di cui Serafini corredò la versione italiana delle Pandette di ARNDTS (*Trattato delle Pandette*, I-III, Bologna, 1874-75). Sull’importanza del suo contributo per la diffusione degli insegnamenti della scienza giuridica tedesca in Italia vedi P. BENEDEUCE, *Il “giusto” metodo di Emanuele Gianturco. Manuali e generi letterari alle origini della “scienza italiana”*, in *L’esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., p. 300 ss.

⁷² In merito a iniziative analoghe a quella di Serafini – di studio, traduzione e annotazione – si concentra M. TALAMANCA, *Un secolo di “Bullettino”*, in *BIDR*, 91, 1988, p. 90 ss., con una panoramica ampliata ai motivi che avevano indotto gli esponenti della romanistica nazionale a concentrarsi sull’una o sull’altra opera tedesca.

⁷³ Su di lui cfr., di recente, L. GAETA, E. STOLFI, *Visioni del diritto e impegno politico in Emanuele Gianturco. Con una Introduzione di Giulio Cianferotti*, Avigliano, 2007, p. 65 ss.; E. STOLFI, *Quaestiones iuris*, cit., p. 2 ss., con uno sguardo ancora più ampio verso l’Ottocento giuridico napoletano.

⁷⁴ Circa la sua vita e produzione scientifica, cfr. P. LOPEZ, *E. C. e i cattolici napoletani dopo l’Unità*, Roma, 1962, p. 7 ss.; F. TESSITORE, *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Sessanta*, Napoli 1962, p. 43 ss. (con letture critiche sulle opere di questo giurista); G. DE CRESCENZO, *La fortuna di Vincenzo Gioberti nel Mezzogiorno d’Italia*, Brescia, 1964, p. 32 ss.

⁷⁵ Vedi *supra*, nt. 65.

nella pratica, nel momento in cui questo recupero dell'elemento storico poteva trovare un fondamento normativo nell'art. 3 delle Preleggi, con i (non meglio definiti) "principi generali del diritto", potenziale valvola di ingresso del materiale giuridico previgente.

Tuttavia, nemmeno la nuova scienza giuridica italiana sarebbe rimasta immune dalla riproposizione di quell'antinomia già compiutasi tra Sette e Ottocento: da un lato, si sarebbero privilegiate vedute di ampio respiro, con un'attenzione degna di nota per le Disposizioni Preliminari e per la parte generale (nelle trattazioni di diritto privato); dall'altro, si sarebbero sviluppate tendenze giuridiche prevalentemente legaliste, che avrebbero condotto il dibattito attorno ai principi generali (divenuti, poi, "dell'ordinamento giuridico dello Stato") verso tutt'altra direzione⁷⁶.

⁷⁶ Ci riferiamo, in primo luogo, a quell'ulteriore dibattito che occupa la scena giuridica a cavallo tra i due secoli, non privo di connessioni e interferenze con "i principi generali del diritto", che è quello attorno all'equità. Per una ricostruzione si vedano, senza pretese di esaustività, C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in *Temi veneta*, 28, 1878, p. 445 e ss.; A. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, in *Rivista di filosofia e scienze affini*, 3, 1903, pp. 160 e ss. Numerosi sono, del resto, i giuristi pronti a misurarsi con il tema dell'equità: da Scialoja a Gianturco e Cogliolo, passando poi per Del Vecchio, fino a Maggiore. Un ulteriore dato da rimarcare è il progressivo dissolversi della "questione romanistica", mano a mano che ci si addentra sempre più nel Novecento, e l'accentuarsi di quella svolta positivista – alla quale dedicheremo solo qualche accenno, poiché la sua completa trattazione ci porterebbe molto lontano – che riceverà il proprio coronamento nella formulazione dell'art. 12 delle Preleggi del nuovo Codice civile del 1942, con i suoi "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Su quest'ultimo particolare profilo, si rinvia a C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto*, cit., p. 56 ss.; C. SALVI, *La giusprivatistica*, cit., p. 260 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Roma-Bari, 1990, p. 300 ss. Tuttavia, non si deve credere che un simile mutamento di prospettiva sia dipeso solo ed esclusivamente dall'infittirsi del dibattito attorno all'equità: il fatto fu ben più complesso e attinente al piano ideologico. Infatti, occorre tener conto del clima politico che l'Italia attraversò all'epoca del Regime. Quest'ultimo, senza alcun dubbio, ha rappresentato un fattore cruciale nella vicenda che ruotava attorno al progetto della nascente codificazione, con la nuova formulazione di cui all'art. 12 del Titolo Preliminare. Come efficacemente sottolineato da A. SCIUMÈ, *I principi generali*, cit., p. 242 ss., nel quadro del dibattito che riguardò la cultura giuridica italiana intorno ai primi anni Quaranta, si tentò di fornire una risposta definitiva e univoca al tema dei "principi generali del diritto", che consentisse di collocare una tessera decisiva all'interno del Codice, coerente con il contesto politico: quello che seguì fu l'epilogo iperstatualista di un lungo itinerario storico. Più di recente, sul tema dell'equità in rapporto con l'evoluzione verso l'art. 12 delle Preleggi del Codice del 1942, ampi spunti in G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mano Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni*

3. Il quadro storiografico

Il (potenziale) collegamento tra diritto romano e “principi generali del diritto” all’interno dell’ordinamento codificato – guardando per il momento al solo dibattito dottrinario⁷⁷ – appare meritevole di particolare attenzione poiché, da un punto di vista storiografico, si situa al confine tra due fenomeni ampiamente (ma separatamente) indagati dagli studiosi: la riflessione attorno alla formulazione dell’art. 3 comma 2 delle Preleggi tra Otto e Novecento⁷⁸ e il ruolo assunto dalla romanistica nella fondazione di una scienza giuridica nazionale⁷⁹. Viceversa, decisamente meno

d’equità della Grande Guerra al Codice di procedura civile, in *Quad. fior.*, 37, 2008, p. 259 ss.; C. LATINI, *L’araba fenice*, cit., p. 596 ss., con un’ampia trattazione dell’equità in rapporto con l’art. 3 comma 2 delle Preleggi del 1865; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, cit., II, p. 237 ss.

⁷⁷ Della prassi giudiziaria, infatti, ci occuperemo nella Parte II, cap. I (per un inquadramento generale del problema) e cap. II e ss. (a proposito di un’analisi delle singole sentenze ritenute maggiormente significative per il tema di ricerca).

⁷⁸ Un quadro in P. COSTA, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 388 ss.; A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., p. 38, 42 ss., 110 ss., spec. 224 ss. P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all’elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici*, cit., p. 285 ss.; P. CAPPELLINI, *Il codice eterno*, cit., p. 34 ss.; P. GROSSI, *Codici*, in *Codici*, cit., p. 587 ss.; S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003, p. 272 ss.; C. LATINI, *L’araba fenice*, cit., p. 596 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 148 ss.; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico*, cit., p. 153 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, cit., II, p. 237 ss.; M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 40, 2011, p. 721 ss.; S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 381 ss.

⁷⁹ Sembra opportuno ricordare, in questa sede, i numerosi lavori di L. CAPOGROSSI COLOGNESI – specialmente per un approfondimento intorno alla figura di Bonfante –, tra i quali si vedano almeno, *La struttura della proprietà*, cit., I, p. 74 ss.; *Le «res mancipi» e «nec mancipi» di Pietro Bonfante: 1888-89*, in *Iura*, 31, 1980, p. 101 ss. Per uno sguardo complessivo, esteso ai protagonisti della romanistica nazionale tra Otto e Novecento, si rinvia a M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quad. fior.*, 9, 1980, p. 265 ss.; M. TALAMANCA, *Un secolo di “Bullettino”*, cit., p. 16 ss.; A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 280 ss.; M. TALAMANCA, *La romanistica italiana*, cit., p. 165 ss.; A. MANTELLO, *‘Il più perfetto codice civile moderno’. A proposito di BGB, diritto romano e questione sociale in Italia*, in *SDHI*, 62, 1996, pp. 357 ss.; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 3 ss., e E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 72 ss. Cfr. anche M. BRUTTI, *I romanisti italiani in Europa*, in M. BUSSANI (a cura di), *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione (Annuario di diritto comparato e di studi legislativi)*, 5, 2014, p. 211 ss. Più di recente, anche E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 9 ss., ove altra bibl., e F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 267 ss.

esplorata è, negli ultimi decenni, l'analisi contestuale di questi due temi, nelle loro specifiche interazioni.

Tale profilo storiografico acquista rilievo alla luce del ricorrente interesse, mostrato dai romanisti di Otto e Novecento, verso problemi giuridici di ampio spessore, guardando alle ricadute dello studio romanistico nel diritto del proprio tempo. Infatti, molteplici sono i giuristi che, dalla seconda metà dell'Ottocento, vengono attratti dallo studio (non puramente storico) del diritto romano⁸⁰, così come numerose sono le argomentazioni dottrinarie sorte attorno alla disciplina dell'*analogia iuris* nelle Disposizioni Preliminari al Codice⁸¹. Alquanto scarna, invece, appare l'odierna analisi – congiunta e contestuale – di questi due orientamenti. Non sembra cioè valorizzato il collegamento, allora operato, tra studio moderno della tradizione previgente e indagine attorno ai principi generali, in modo da accertare se – ed eventualmente in che modo – questi ultimi consentissero richiamarsi al più antico diritto. È proprio questo, dunque, che tenteremo di fare, tramite un percorso nella letteratura giuridica più autorevole a cavallo tra i due secoli. Quanto alla scienza giuridica, un terreno privilegiato di studio è costituito dalle prolusioni⁸². Dovremo poi, naturalmente, considerare la manualistica

⁸⁰ A partire da Pietro Conticini, figura emblematica nel passaggio dalla stagione di divulgazione in Italia delle opere savignyane a quella di propagazione dei manuali di Pandette (cfr. *supra*, nt. 67). Egli fu autore di un'opera originale di Pandette, apparsa sotto forma di lezioni, e pubblicata postuma a Pisa nel 1876 per cura dell'allievo Filippo Serafini (è stato dato alle stampe soltanto il primo volume delle *Lezioni*, sul tema delle persone: P. CONTICINI, *Lezioni di Pandette del Professore Pietro Conticini raccolte e ordinate da Filippo Serafini, Professore di Pandette nella R. Università di Pisa, Direttore dell'Archivio Giuridico. I. Trattato delle persone*, Pisa, 1876, p. 9 ss.). Proprio Serafini fu poi indiscusso protagonista di quella cruciale fase di conversione (e maturazione) della giusciviltistica al metodo storico e sistematico di provenienza germanica, autore – per citare solo qualche esempio – della nota prolusione romana, letta il 25 novembre del 1871 (cfr. F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, cit., p. 201 ss.) e della traduzione italiana delle *Pandekten* di Arndts (cfr. F. SERAFINI, *Le Pandette del prof. Arndts annotate da Filippo Serafini, Professore di Pandette nell'Università di Pisa. I. Quarta edizione interamente rivista con speciale riguardo alla pratica forense*, Bologna, 1882, p. 10 ss., integrata con ampie annotazioni, riflessioni personali, nonché citazioni di autori sia italiani che stranieri). Di altri interventi ritenuti fondamentali, almeno nell'ottica della nostra indagine, vd. cap. II (parte I).

⁸¹ E che saranno oggetto di studio in Parte I, capp. II-III.

⁸² Sull'innegabile importanza che le prolusioni rivestono, a posteriori, nello studio della cultura giuridica italiana, sia da un punto di vista storico che scientifico, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit.,

e trattatistica fra Otto e Novecento, così da ampliare l'orizzonte verso posizioni non (del tutto) collimanti con quelle di giuristi di formazione prevalentemente romanistica⁸³. Cerchiamo in tal modo di ricostruire eventuali linee comuni tra gli esponenti, valutando così se una simile formazione giuridica – comprensiva dello studio del diritto romano e della tradizione che su di esso si andò stratificando – abbia necessariamente inciso sull'assunzione di certe posizioni.

p. 21 ss., e R. BRACCIA, *Un avvocato nelle istituzioni. Stefano Castagnola giurista e politico dell'Italia liberale*, Milano, 2008, p. 166. Significativi i tre volumi in cui sono raccolte alcune tra le prolusioni più importanti pronunciate tra Otto e Novecento: *Le prolusioni dei civilisti I (1873-1899) - II (1900-1935) - III (1940-1979)*, Napoli, 2012. Tuttavia, non dobbiamo dimenticare che tali scritti, così come avverte G. SANTUCCI, “*Decifrando scritti che non hanno nessun potere*”. *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, p. 72 ss., erano prima di tutto discorsi solenni, tenuti (di consueto) all'apertura dell'anno accademico, intrisi di una inevitabile dose di retorica determinata dalle condizioni di luogo e di tempo in cui i giuristi erano chiamati a pronunciarsi..

⁸³ Per una disamina delle voci considerate di maggiore interesse vd. Parte I, Cap. III.

CAPITOLO II

PER UNA NUOVA VIGENZA DEL DIRITTO ROMANO?

1. Un documento programmatico: la prolusione di Serafini

La prolusione pronunciata da Serafini⁸⁴ il 25 novembre del 1871⁸⁵, in occasione della chiamata a ricoprire la cattedra di Diritto romano presso “La Sapienza”, immediatamente dopo l’annessione di Roma all’Italia, rappresenta, a tutti gli effetti, un solenne manifesto programmatico per la rinascita degli studi romanistici nella penisola⁸⁶. Al di là della componente retorica, tra le righe del giurista trentino emerge prima di tutto il timore per la perdita di centralità del diritto romano, come branca di ricerca e di studio, a seguito dell’entrata in vigore del Codice unitario⁸⁷. Infatti, i temi

⁸⁴ Sui tratti di fondo della sua esperienza e personalità scientifica si rinvia per primo ad E. SERAFINI, *Filippo Serafini*, in AG, 58, 1897, p. 507 ss.; poi, per una ricognizione sulla sua attività, cfr. anche B. BRUGI, *Le opere minori di Filippo Serafini*, in AG, 68, 1902, p. 159 ss.; L. LANDUCCI, *Filippo Serafini*, in AG, 85, 1921, p. 9 ss.

⁸⁵ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 201 ss.

⁸⁶ Così A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 280. Coglie, nel complesso della produzione di Serafini, un rinnovamento dell’intera cultura giuridica nazionale, iniziando a far circolare, una generazione prima di Scialoja, l’apparato sistematico e concettuale della Pandettistica, M. TALAMANCA, *Un secolo di “Bullettino”*, cit., p. 113 ss.; ID., *La romanistica italiana tra Otto e Novecento*, in *Index*, 23, 1995, p. 165 ss. Più nel dettaglio, si è detto che proprio per mano di Serafini sarebbe avvenuta quella delicata fase di “conversione della giusciviltà italiana al metodo storico e sistematico proprio della Pandettistica tedesca”: L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 16. Per ulteriori considerazioni sulla sua prolusione romana, si vedano E. STOLFI, *Serafini Filippo*, in *DBGI*, II, p. 1850 ss. ove altra bibl.; G. MECCA, *Manuali di scienze giuridiche, politiche e sociali. Letteratura universitaria e insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, in G. TORTORELLI (a cura di), *Non bramo altr’esca. Studi sulla casa editrice Barbèra*, Bologna, 2013, p. 184 ss.; F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 107 ss.

⁸⁷ Si tratta di una preoccupazione non infrequente nei giuristi di formazione romanistica del secondo Ottocento, che trovava conferma in quella particolare enfasi delle prolusioni, tese prima di tutto a rivendicare il prestigio accademico (ancora attuale) del diritto romano all’interno dell’ordinamento codificato. Cfr., per esempio, A. MANTELLO, *“Il più perfetto codice civile moderno”*, cit., p. 1095 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 40 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *Paolo Emilio Bensa tra Digesto e Codice civile*, in *Giuristi liguri dell’Ottocento. Atti del convegno di Genova, 8 aprile 2000*, Genova, 2001, p. 239 ss.; P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*, Milano, 2002, p. 19 ss. Infine, più di recente, F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 100 ss.

fondamentali trattati dall'autore possono essere sostanzialmente ricondotti a due ordini di obiettivi: da un lato, esaltare e convincere gli ascoltatori dell'utilità del metodo storico-giuridico savignyano⁸⁸; dall'altro, rivendicare la persistente rilevanza degli studi romanistici nella costruzione di una scienza giuridica nazionale.

Per quanto attiene al metodo tedesco, nella prolusione si può trovare non solo una chiara conferma degli studi e degli orientamenti abbracciati dal maestro italiano, ma anche l'incontestabile volontà di trasmettere agli allievi il sapere della "altissima scuola"⁸⁹ germanica:

“Il metodo di cui vi parlo è in pieno fiore nella dotta Germania, la quale deve ad esso il primato nelle scienze giuridiche; ma, fra di noi, dove ebbe vita, non conta numerosi seguaci ... non mancarono scrittori che per mezzo di traduzioni, compendi e riviste ci facessero conoscere i risultati ottenuti da altri in questo campo, e ci incitassero a seguirne l'esempio ... Ma tutto ciò è ben poco, o Signori, se nel tempo stesso lo spirito animatore di quella scuola non penetra le nostre menti; se quell'influenza non si spinge fino a cambiare il nostro indirizzo intellettuale, ad elevare all'altezza della scienza moderna anche la pratica del foro e l'intero insegnamento universitario; se finalmente tutto questo *assimilare laborioso* non si trasforma in un generale e fecondo *produrre*”⁹⁰.

L'insoddisfazione verso i tentativi parziali di recezione del metodo tedesco

⁸⁸ Il contatto con la cultura giuridica tedesca – e più in particolare con gli insegnamenti di Arndts, Rudorff e Mittermaier – ebbero senza dubbio un peso decisivo sulla formazione di Serafini. Cfr. L. PASSERO, *La facoltà giuridica*, cit., p. 322 ss., con uno sguardo ampliato agli anni pisani; E. STOLFI, *Serafini Filippo*, cit., p. 1851; F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 107 ss., ove altra bibl. Soprattutto il rapporto con Arndts si rilevò determinante nella successiva produzione di Serafini, in cui uno spazio rilevante occupò la traduzione italiana del *Lehrbuch der Pandekten* del maestro tedesco (su quest'ultimo punto, si rinvia alle considerazioni svolte da E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 9, con ulteriore bibl.).

⁸⁹ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 202.

⁹⁰ *Ibidem*.

compiuti sino a quel momento da parte della scienza giuridica italiana, spingeva Serafini a denunciare il ritardo della penisola proprio in apertura del suo discorso.

Ciò testimoniava non solo la preoccupazione per una arretratezza che doveva essere percepita come particolarmente grave⁹¹, ma soprattutto l'avvertita centralità del metodo storico-giuridico all'interno della didattica e della prassi, concepite come momenti fondamentali dell'esperienza giuridica. Ma i veri spunti per insistere sull'utilità pratica dell'approccio storico-giuridico, venivano individuati attraverso la comparazione tra lo studio del diritto e quello delle "scienze fisiche":

“Quale è questo metodo che io mi propongo seguire? Esso non è altro se non l'applicazione alla giurisprudenza di quel metodo sperimentale a cui le scienze fisiche debbono la loro vita e il loro sviluppo: è la rinuncia a quelle vaghe generalità di cui per lungo tempo anche le scienze fisiche si nutrono con grave loro danno; è insomma l'esercizio continuo di un'osservazione calma, accurata ed imparziale dello svolgimento di tutti i fatti che costituiscono la vita giuridica di un popolo ... d'onde la mente si eleva a generalizzazioni meno splendide sì e meno attraenti, ma che rispondono meglio alla verità e alla dignità della scienza”⁹².

⁹¹ Alla consolidazione di un tale giudizio negativo – non isolato all'interno della scienza giuridica europea del tempo – contribuirono, almeno in parte, le parole di Savigny (che aveva soggiornato in Italia già nel 1825, per poi tornare a Napoli tra il 1826 e il 1827) in merito allo stato degli studi giuridici nelle Università italiane dell'epoca, ritenuto del tutto inadeguato e incompleto. Per una ricostruzione della critica savignyana cfr., tra gli altri, A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., p. 82 ss.; L. MOSCATI, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, 2000, p. 137 ss.; L. PASSERO, *La facoltà giuridica*, cit., p. 324; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico*, cit., p. 153 ss. Per un quadro generale sulla riforma legislativa degli insegnamenti universitari in Italia, cfr. tra gli altri, M. MORETTI, I. PORCIANI, *La creazione del sistema universitario nella nuova Italia*, in G.P. BRIZZI, P. DEL NEGRO, A. ROMANO (a cura di), *Storia delle Università in Italia*, I, Messina, 2007, p. 323 ss. Per ulteriori precisazioni in ordine alle peculiarità degli studi giuridici nell'Italia unita, specie in riferimento al fenomeno delle “scuole private” meridionali, che rendono il clima nazionale non riducibile a una generalizzata arretratezza, si rinvia alle considerazioni già svolte *supra*, in Parte I, Cap. I, § b.

⁹² F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 203.

Appare chiaro l'incontro che veniva a compiersi tra giurisprudenza e positivismo scientifico, testimoniando quella tendenza, non insolita a cavallo tra Otto e Novecento, a misurarsi e confrontarsi con temi provenienti da saperi estranei al mondo giuridico⁹³. Nel caso di specie, il collegamento delineato tra scienze fisiche e scienze morali⁹⁴ si inscriveva all'interno di una riflessione giuridica più ampia, caratterizzata da una commistione tra lezione savignyana, "organicismo romantico ed elementi marcatamente positivisti"⁹⁵. Ma è il nesso tra metodo tedesco e "osservazione della vita giuridica di un popolo"⁹⁶, verso la quale il primo tende in modo costante, a rappresentare la premessa, centrale e necessaria, per introdurre l'elemento storico nel proprio discorso. Ciò è a Serafini indispensabile per preparare l'auditorio al secondo obiettivo della prolusione: la rivendicazione di centralità del diritto romano nel nuovo diritto dell'Italia unita. Infatti, l'osservare le abitudini e le usanze di una data società, dalle quali trae origine il diritto nazionale proprio di quel dato contesto culturale, non può che avere un imprescindibile "legame...con ciò che fu quel popolo nell'età trascorsa"⁹⁷.

L'ineluttabile riferimento alla storia – dietro al quale, verosimilmente, si celava la più ampia aspirazione di rinnovamento dell'intera cultura giuridica nazionale a partire dallo studio diritto romano – era calato in un procedere graduale, reso palpabile da quel riferimento al "metodo scientifico-positivo"⁹⁸ per indicare nient'altro che, in

⁹³ Si tratta di un'attitudine che assumerà poi tratti decisi in Bonfante, Cogliolo e ancor di più in Brugi. In tal senso si vedano A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., p. 280 ss.; G. MECCA, *Manuali di scienze giuridiche*, cit., p. 184 ss. Più di recente, E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 26 nt. 105, ove altra bibl.

⁹⁴ Un caso del resto non isolato (cfr. *supra* in nt.), come evidenziano le notazioni di G. MARINO, *Positivismo e Giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli-Roma, 1986, p. 43: Scuola storica e positivismo "si confermano e contengono, dal lato del nuovo giurista, reciprocamente".

⁹⁵ Così E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 26.

⁹⁶ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 203.

⁹⁷ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 204.

⁹⁸ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 203

definitiva, l'insegnamento storico-giuridico di Savigny⁹⁹.

Il rinvio al giurista di Francoforte veniva corroborato, poche righe dopo, da un richiamo espresso al *Programma e metodo della scuola storica* di Savigny¹⁰⁰, in forza del quale si passava a dimostrare come “ogni epoca, anziché formarsi di per sé il suo mondo, opera invece indissolubilmente avvinta al passato”¹⁰¹. Il diritto diveniva il risultato di un fenomeno complesso e in continuo mutamento, “estrinsecazione della vita di un popolo”¹⁰², al pari di qualsiasi altra manifestazione di carattere socio-culturale, come la lingua o la religione. Quanto all'elemento evolutivo, proprio delle scienze fisiche e naturali, si può notare come l'ottica propria del metodo sperimentale sia indispensabile a Serafini per legare tra loro, in connessione logica, passato, presente e futuro. Si tratta sì di un rapporto in continuo mutamento, non indipendente dal precedente storico dal quale l'evoluzione stessa ha preso le proprie mosse¹⁰³. L'allusione chiara al diritto romano – costante in tutto il suo discorso, e che lo porta ad apostrofare come “gretti legulei”¹⁰⁴ i fautori degli opposti orientamenti, che tendevano invece ad appiattire tutto il diritto sulle disposizioni codicistiche – coincide con la rivendicazione di importanza dello studio storico del diritto, fattore “non solo utile e necessario, ma anche sommamente pratico”¹⁰⁵.

Appare chiaro come il filo conduttore che legava il complesso giuridico pregresso al diritto vigente era da considerato più attuale che mai: non si trattava di un'attenzione

⁹⁹ Insiste sull'avvertita necessità del giurista trentino di rendere “appetibile” la tradizione previgente (e il metodo storico-giuridico) G. CAZZETTA, *Codice civile*, cit., p. 29, il quale evidenzia come il collegamento tra diritto antico e vigente fosse indispensabile per giustificare il rinnovamento degli studi romanistici all'indomani dell'unificazione legislativa.

¹⁰⁰ Cfr. F.C. SAVIGNY, *Programma e metodo della scuola storica*, in F. DE MARINI (a cura di), *Savigny. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1980, p. 78 ss.

¹⁰¹ Così nella citazione di F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 204.

¹⁰² F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 205.

¹⁰³ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 206.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale*, cit., p. 207.

semplicemente storicistica verso l'antico¹⁰⁶, bensì dell'ingresso dello stesso (*in primis*, ovviamente, del diritto romano) nel vivo dell'esperienza giuridica del tempo.

A ciò seguiva, inevitabile, la demitizzazione del Codice e del dogma della sua completezza, stimando “fisime di cervelli malati”¹⁰⁷ le posizioni di opposto tenore. La codificazione aveva segnato un'innegabile punto di svolta sul piano delle fonti del diritto: mutamento che Serafini certo non trascurava, ma che piuttosto gli imponeva di individuare un nuovo punto di incontro tra opera legislativa e attività dell'interprete:

“Il lavoro dei giureconsulti cresce anch'esso a dismisura; la società progredisce, e le applicazioni del diritto ai rapporti della vita civile si fanno copiosissime ... fino a che sentesi la necessità di tutto ridurre a norme più certe, a postulati meno discutibili; ed alla feconda opera dei giureconsulti succede quella più pacata del legislatore”¹⁰⁸.

Allora è proprio questo il punto: è imprescindibile, giunti a un certo grado di complessità del tessuto sociale, approdare alla codificazione; è pura illusione, però, pensare che soltanto per questo il diritto si cristallizzi e non intervengano mutamenti sociali tali da imporne una revisione. Indubbiamente l'emanazione del codice civile unitario rappresentò un punto nevralgico per la formazione giuridica e culturale italiana, ma non ne costituiva l'atto conclusivo: per Serafini era la scienza giuridica, in particolare romanistica, la vera garante di questo compito di costruzione dell'identità nazionale¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Evidenzia il taglio fortemente attualizzante degli studi di Serafini, connettendo l'analisi delle fonti antiche al diritto vigente, M. TALAMANCA, *Un secolo di "Bullettino"*, cit., p. 14 ss.; nonché ID., *La romanistica italiana*, cit., p. 163 ss. Lo osserva poi P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 40 ss.

¹⁰⁷ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 208

¹⁰⁸ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale*, cit., p. 210.

¹⁰⁹ Non a caso A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., p. 279 definisce la prolusione romana di Serafini come una “specie di solenne manifesto programmatico per la rinascita degli studi di diritto romano nella nuova Italia”. Per ulteriori giudizi, non dissimili, cfr. M. TALAMANCA, *La romanistica italiana*, cit., p. 164 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 150 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 40 ss. Infine, si veda E. STOLFI, *Serafini Filippo*, cit., p. 1851, il quale evidenzia come, nel

Ed è a questo punto del suo incedere – e dopo aver passato in rassegna gli orientamenti della filosofia (anche, ma non solo, del diritto) del tempo, alle cui suggestioni erano ormai sensibili i giuristi, e in particolare i romanisti, della sua e della successiva generazione¹¹⁰ – che il maestro trentino consegna all’uditorio la vera lezione romana:

“Da quanto dissi finora, emerge spontanea la importanza dello studio del diritto romano anche oggi che i nuovi codici italiani hanno sostituito il diritto comune qui da prima vigente”¹¹¹.

Occorre però fare attenzione: lungi dal sostenere (quanto meno apertamente) una forma di immediata vigenza del diritto romano, esclusa peraltro attraverso il chiaro riconoscimento del codice come sostituto del previgente diritto comune, Serafini richiama piuttosto la fruibilità della tradizione in chiave suppletiva del dato legislativo codificato¹¹². In quest’ottica, infatti, grazie allo studio del diritto romano, potranno essere risolti “i casi non contemplati dal codice e le questioni giuridiche le più intricate”¹¹³. Proprio questo è il punto specifico che più ci interessa. Si prende coscienza della inevitabile lacunosità della codificazione e del persistente problema dell’integrazione dei vuoti di tutela: la soluzione è proprio davanti agli occhi dell’esperto, e non può che venire dalla tradizione. Certo, la preoccupazione che simili parole rimangano lettera morta, non suscitando alcun interesse pratico e

discorso di Serafini, dominava era la convinzione che il Codice non avesse “cancellato l’importanza della tradizione, sul cui studio, in forme rinnovate e mature (specie per quanto riguardava il diritto romano), si sarebbe dovuta anzi fondare un’autentica cultura giuridica nazionale”.

¹¹⁰ A riguardo si possono richiamare gli interessi espressi da Bonfante per il positivismo filosofico e l’evoluzionismo sociologico: cfr., tra i molti, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, p. 80 ss.; C. FARALLI, *Storia del diritto romano e scienze sociali: un’integrazione difficile*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 12, 1982, p. 325 ss.; M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica*, cit., p. 25 ss. Per ulteriore bibliografia si veda E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 26 nt. 105.

¹¹¹ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 213.

¹¹² Cfr. F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 214 ss.

¹¹³ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 214.

concreto nel pubblico, porta Serafini a evidenziare e calcare il nesso esistente tra diritto romano e diritto vigente, per non perdere la curiosità di quanti, meno attratti dal dato storico, avrebbero faticato nell'individuare una effettiva utilità e spendibilità della tradizione nella prassi giuridica quotidiana. E lo strumento per rendere immediatamente fruibile l'antico materiale normativo non può essere altro dal metodo storico-giuridico cui il maestro ha fatto cenno sin dal principio: quelle "generalizzazioni"¹¹⁴, quei ragionamenti giuridici di tipo induttivo che dal particolare procedono verso il generale.

La *ratio* cui allude Serafini sembra trovare un appiglio (si tratta di un richiamo tacito ma piuttosto chiaro) proprio nel dibattuto art. 3 delle Disposizioni Preliminari al Codice civile italiano del 1865, secondo quella vaga dicitura di "principi generali del diritto"¹¹⁵. Infatti, a cosa possono alludere quest'ultimi se non alle generalizzazioni cui faceva riferimento Serafini? I principi menzionati ricoprono un preciso ruolo integrativo all'interno della codificazione, stabilito dallo stesso legislatore unitario a chiare lettere: qualora il caso permanga ancora dubbio, una volta fallito il rimedio dell'*analogia legis*, si farà ricorso all'*analogia iuris*, e quindi ai principi generali del diritto. Pur non richiamandoli espressamente nella sua prolusione, Serafini menziona chiaramente il ruolo integrativo e suppletivo che dovrà essere svolto dal diritto romano, in chiave di "completamento del sistema positivo vigente"¹¹⁶.

Ecco quindi che il ruolo di quel complesso giuridico previgente riceverebbe un riconoscimento, o quanto meno una mediata legittimazione, nella stessa codificazione unitaria. Egli, infatti, aggiunge:

“Se noi siamo pervenuti ad una età in cui ci è dato possedere codici nostri, è tuttavia facile il persuadersi della necessità di risalire a quell'epoca anteriore onde i nuovi codici si derivarono: imperocchè i moderni compilatori null'altro

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ In tal senso si veda M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto*, cit., p. 721 ss.; nonché F. FURFARO, *Ricezione e traduzione*, cit., p. 136 ss.

¹¹⁶ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 214.

fecero che riassumere in essi le regole attinte alla sapienza romana ... niun mezzo più opportuno che ... attendere pazientemente allo studio di quel diritto che fu unica legge vigente prima che i nuovi codici si promulgassero. Ecco o signori, in che risiede l'utilità pratica del diritto romano"¹¹⁷.

Emerge allora chiaramente l'intento di instaurare un nesso, in chiave di derivazione storica, tra il passato e il presente codificato: il legislatore unitario non avrebbe fatto altro che recepire e codificare quanto pervenutogli dalla cultura giuridica italiana. Infine, le ultime righe della prolusione¹¹⁸ sono dedicate a una sorta di apologia della grandezza di Roma, dello splendore delle sue gesta e (soprattutto) dell'inestimabile spessore del suo sapere, indulgendo non poco all'inevitabile retorica imposta dalle circostanze del discorso¹¹⁹. La logica inaugurata da Serafini rispondeva alla rivendicazione di perdurante centralità dell'antico *ius* con la constatazione dell'irriducibilità del sapere giuridico entro le disposizioni codicistiche: il ricorso ai principi derivanti dall'esperienza pregressa, in funzione integrativa delle lacune normative, segnava un legame profondo con il passato e con la tradizione che, nella penisola, non poteva essere altro che il diritto romano. Si trattava "dell'impronta genetica dell'ideologia più solida della romanistica"¹²⁰, ribadita più volte nella produzione scientifica di Serafini e destinata ad avere un notevole successo negli anni seguenti¹²¹. Infatti, il legame indissolubile tra passato e presente non è certo una novità della prolusione romana: basti pensare al serrato confronto tra disciplina antica e attuale che traspare già nella prima edizione del suo manuale, *Elementi di diritto*

¹¹⁷ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 216- 217.

¹¹⁸ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 218-219.

¹¹⁹ In senso non difforme, notando la magniloquenza con cui Serafini assegna alla scienza giuridica italiana il ruolo di depositaria di un glorioso passato, cfr., M. TALAMANCA, *Un secolo di "Bullettino"*, cit., p. 113 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., p. 281 ss.; E. STOLFI, *Serafini Filippo*, cit., p. 1850.

¹²⁰ Così A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., p. 280.

¹²¹ Come vedremo nei §§ che seguiranno.

romano¹²², e che, dal 1870, comparve sotto il titolo *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*¹²³. Anche in questo caso, Serafini non si fa sfuggire l'occasione per ribadire l'utilità dello studio del diritto romano che, come traspare già dal titolo, non veniva mai in rilievo come elemento puramente storico, avulso dalla realtà codificata¹²⁴.

Ed è proprio nella prefazione, inserita in apertura della quinta edizione delle *Istituzioni*¹²⁵, che si legge:

“Le *Istituzioni*, dai tempi di Giustiniano a noi ... debbono a parere mio contenere soltanto gli elementi indispensabili a formare quel criterio giuridico che si svolge poi e si applica nello studio più profondo delle fonti e dei Codici: ma per elementi s'hanno ad intendere fundamenta, né più né meno ... Da ultimo alle disposizioni del diritto romano ho aggiunto assai in succinto quelle del nostro codice, perché i giovani non abbiano a dimenticare che essi debbono studiare il passato come guida del presente, e veggano dal confronto quanto ancora si tolga da quel tesoro di ragione risposto nel diritto di Roma”¹²⁶.

¹²² F. SERAFINI, *Elementi di diritto romano. I: Storia della legislazione. II: Istituzioni civili*, Pavia, 1859.

¹²³ Nel panorama manualistico di *Istituzioni*, spiccano in quei decenni – oltre a quelli di Serafini – i volumi di Bonfante (di cui la prima edizione risale al 1896), Brugi (pubblicati la prima volta intorno al 1897), Ferrini (con il suo *Manuale di Pandette* del 1900), Perozzi (tra il 1906 e il 1908), oltre all'edizione incompleta, (trascrizione di lezioni limitate alla parte generale e al diritto di famiglia) di Scialoja (risalente al 1912). Ci troviamo di fronte a trattazioni per lo più omogenee dal punto di vista strutturale, ove è possibile leggere la concretizzazione di quel “mito del sistema” di cui parlava già R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica*, cit., in *L'educazione giuridica*, cit., p. 140, a proposito della didattica giuridica di fine Ottocento. Sul richiamo delle intitolazioni alle *Institutiones*, a pochi decenni dal ritrovamento del palinsesto veronese di Gaio, cfr. E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 33, ove ampia bibl.

¹²⁴ In tal senso si esprimeva già B. BIONDI, *Diritto romano*, in *Un secolo di progresso scientifico italiano (1839-1939)*. VI. Sezione di scienze giuridiche, Roma, 1939, p. 301, aggiungendo come “intere generazioni di giuristi” avrebbero ricevuto la loro “prima impostazione giuridica” proprio dalle *Istituzioni* del Serafini.

¹²⁵ F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, Firenze, 1875², p. VII-VIII.

¹²⁶ *Ibidem*.

Una strategia che torna nuovamente, ancora più incisiva e matura, nella quarta edizione italiana del *Lehrbuch* di Arndts¹²⁷, il cui primo volume veniva pubblicato da Serafini nel 1882¹²⁸. Nella *Prefazione*, egli parlava apertamente dell'utilità non soltanto teorica, ma anche pratica del proprio lavoro, affinché esso potesse rispondere “oltre che ai desideri dei dotti ... anche alle più umili esigenze della pratica”¹²⁹. Anche il lavoro di traduzione entrava dunque a far parte di quel “progetto intellettuale di ampio respiro”¹³⁰, finalizzato al rinnovamento degli studi giuridici: esso costituiva un efficace banco di prova, per stimolare l'attenzione di un numero sempre più nutrito di discepoli.

L'impegno rivolto verso la riedizione italiana delle Pandette, testimonia un'ascendenza ideologica che era già percepibile dieci anni prima, ai tempi della prolusione romana. Infatti, nel 1871, lo storicismo savignyano veniva impiegato da Serafini sostanzialmente in due diverse direzioni: prima di tutto, al fine di garantire il primato della scienza giuridica rispetto al testo dei codici; inoltre (e soprattutto) per radicare il diritto romano “ben dentro lo spirito del popolo della nuova Italia”¹³¹. A tal fine, la prolusione indicava con chiarezza quale fosse la strada da percorrere, sia in termini di politica legislativa che di studio e di ricerca giuridica. *In primis*, andava

¹²⁷ La prima edizione (del primo volume) risale al 1872, nella cui *Prefazione* veniva riservata un'attenzione del tutto peculiare ai giovani che si accostavano agli studi giuridici, con l'augurio che la lettura del trattato potesse rivelarsi loro proficua: “Io spero che la conoscenza di questo trattato valga a mostrare ai giovani qual cammino debbano percorrere per acquistarlo dove l'ebbero i padri nostri, ad invaghirli fors'anco delle elucubrazioni pazienti, che costituiscono l'omaggio più sincero alla potenza del vero, ed a far loro aborreire dalle superficialità e dalle generalità che mascherano molto spesso il difetto di soda dottrina”. Così F. SERAFINI, *Trattato delle Pandette del Cav. Lodovico Arndts, Prima versione italiana sulla settima edizione tedesca arricchita di copiose note, appendici e confronti, di Filippo Serafini. I. Parte Prima e Parte Seconda. Prefazione*, Bologna, 1872, p. VIII. Sul genere letterario e giuridico delle traduzioni si è già detto *supra*, Parte I, Cap. I, § b (spec. nt. 74 e 75, ove bibl.).

¹²⁸ F. SERAFINI, *Le Pandette del prof. Arndts annotate da Filippo Serafini. I. Parte Prima, Quarta edizione interamente rivista con speciale riguardo alla pratica forense*, Bologna, 1882.

¹²⁹ Vedi F. SERAFINI, *Prefazione alla quarta edizione. Le Pandette del prof.*, cit., I, p. 10.

¹³⁰ Così P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 41.

¹³¹ Con le parole di A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., p. 281.

posto al centro della nascente costruzione italiana il diritto romano, per poi affidare a “una romanistica agguerrita”¹³² il delicato compito di formare quel ceto di giuristi in grado di portare a conclusione il Risorgimento nel modo auspicato (almeno da Serafini).

Al netto dei toni fin troppo apologetici, è certamente possibile individuare il profilo concreto del discorso, il nocciolo duro corroborato di riscontri reali: da un lato, l’indubbia ripresa degli studi di diritto romano, tutt’altro che spenti dalla codificazione unitaria; dall’altro, i primi segni di quella “vocazione nazionale”¹³³ che segnerà la romanistica italiana tra Otto e Novecento, la cui ricerca, prettamente rivolta all’ambito del diritto privato, segnerà l’intera cultura giuridica successiva¹³⁴.

Queste riflessioni, inaugurate da Serafini, costituiranno le premesse entro cui si caleranno alcuni tra i temi maggiormente dibattuti nelle riflessioni successive, interne alla romanistica ma ad essa non esclusive, e di grande impatto teorico: primo fra tutti, il rapporto tra l’art. 3 delle Disposizioni Preliminari e la tradizione previgente.

2. Le “leggi romane” e il diritto vigente nella prolusione di Buonamici

Il dibattito attorno ai principi generali del diritto si fa più chiaro ed esplicito attraverso la voce di Buonamici¹³⁵, giurista che, più di altri, fornisce un accurato tentativo di definizione dei confini dell’art. 3 comma 2 delle Preleggi. A tal proposito, occorre riferirsi prima di tutto alla sua *Prelezione*, intitolata *Dell’uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, letta presso l’Università di Pisa il 23

¹³² *Ibidem.*

¹³³ *Ibidem.*

¹³⁴ Si muovono in tal senso le notazioni comparse in svariati lavori di Talamanca, in ordine al ruolo svolto dalla romanistica tra Otto e Novecento. Si vedano almeno M.TALAMANCA, *Esperienza scientifica*, cit. p. 689 ss.; ID., *La romanistica italiana tra Otto e Novecento*, cit., p. 159 ss. Valorizza profili non difforni anche G. SANTUCCI, “*Decifrando scritti che non hanno nessun potere*”, cit., p. 64 ss.

¹³⁵ Su alcuni rilevanti snodi del suo pensiero cfr. P. BENEDEUCE, *La volontà civilistica*, cit., p. 136 ss. Ampie ricognizioni biografiche si leggono in C. SPADA, *Buonamici Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani* (d’ora in poi *DBI*), XV, 1972, p. 128 ss.; E. SPAGNESI, *Buonamici Francesco*, in *DBGI*, I, p. 360 ss.

novembre del 1876¹³⁶. La sua ricerca, memore della lezione di Del Rosso¹³⁷ prima e di Serafini¹³⁸ poi, è indirizzata anzitutto verso “il diritto pratico” e non certo a dilettere gli ascoltatori con “lusinghe dello stile o immagini leggiadre”¹³⁹. Con un parallelismo tra l’elemento normativo e “tutte le cose esistenti”, il continuo avvicinarsi di “vecchio e nuovo”¹⁴⁰ viene presentato come un alternarsi di scontro e intesa: non solo (ma specialmente) nel mondo giuridico, infatti, le esperienze passate e presenti si intrecciano in un continuo rapporto mutevole, dove il prevalere dell’una o dell’altra è spesso determinato da cause contingenti¹⁴¹.

Per Buonamici, l’essere e la vita sono “un movimento continuo...non sempre uniforme e regolare”¹⁴² e, soprattutto nel campo delle convinzioni morali, si nota talvolta “uscire dal vecchio un nuovo, il quale bello e affascinante ... quasi violenta gli intelletti”¹⁴³. Ed è con questa immagine, rivolta alla quotidianità e non esclusiva ai dibattiti giuridici in senso proprio, che egli introduce il tema della novità, del futuro

¹³⁶ F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione detta dal Prof. F. Buonamici nella R. Università di Pisa il dì 23 novembre 1876*, Pisa, 1877.

¹³⁷ La quale esercitò un’influenza decisiva su Buonamici, specie nel cosiddetto approccio filosofico allo studio del diritto, come evidenziato da M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea*, cit., p. 54 ss. e F. COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, 1999, p. 105 ss. Infatti, in Del Rosso, gli istituti privatistici, ricondotti in principi e trattati esponendo le massime fornite dalle fonti romane, erano spiegati attraverso costanti rinvii alla filosofia, al diritto naturale e a quello razionale, ottenendo un risultato molto vicino a un corso di Filosofia del diritto. Tali considerazioni, in particolare in ordine alla riflessione del professore toscano attorno alla proprietà, sono confermate da A. MANTELLO, *Tematiche possessorie e ideologie romanistiche nell’Ottocento italiano*, in *SDHI*, 66, 2000, p. 3 ss., il quale sottolinea gli influssi savignyiani sulla personalità scientifica di Del Rosso. In termini invece di “agnizione”, piuttosto che di pura e semplice recezione del modello di Savigny, si pronuncia E. SPAGNESI, *Il Diritto*, in *Storia dell’Università di Pisa. II. (1737-1861)*, Pisa, 2000, p. 548. Per ulteriori ragguagli biografici (e non solo), si veda M.P. GERI, *Del Rosso Federigo*, in *DBGI*, I, p. 742.

¹³⁸ Per quanto riguarda l’influenza esercitata da Serafini su Buonamici, si esprime in termini di assoluta prevalenza, soprattutto rispetto alla lezione di Del Rosso, M. TALAMANCA, *La romanistica tra Otto e Novecento*, cit., p. 163. *Contra*, E. SPAGNESI, *Buonamici Francesco*, cit., p. 360.

¹³⁹ I riferimenti sono, ovviamente, alla sua prelezione: F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 5.

¹⁴⁰ F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 6.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

che avanza inesorabilmente, suscitando la curiosità negli audaci e il timore nei più tradizionalisti. Senza dubbio, “le genti annojate delle cose solite ... accolgono festosamente” il cambiamento, “esso fa guerra al passato e ne vuole distrutta fin la memoria ... Ma in fondo il vecchio non uccide mai il nuovo che egli stesso ha generato, e questo non abolisce del tutto quello”¹⁴⁴. Un simile ragionamento non può che valere *a fortiori* per il mondo del diritto:

“Nella istoria giuridica la cosa si vede con molta chiarezza. Poiché il diritto è gran parte dei costumi del popolo, ed è appagamento di grandi bisogni civili; a misura che questi si mutano per le infinite vicende delle genti umane, esso pure si muta. Leggi nuove s’invocano e si promulgano: ma perché non è cosa possibile che un costume del tutto diverso si sostituisca all’antico, o che i bisogni civili si tramutino affatto da un’epoca all’altra, il nuovo necessariamente si mescola col vecchio”¹⁴⁵.

La premessa di Buonamici è di carattere definitorio: il diritto non è altro che la risposta conforme alle esigenze della società, coincidente (almeno in parte) con i costumi di un dato popolo in un certo momento storico e, pertanto, inevitabilmente mutevole in funzione del divenire della realtà sociale sottostante. Ma all’interno di questo divenire, “fra il giovane e il vecchio ... la resistenza del vecchio è maggiore, e il nuovo va lento a modificare o correggere le esperienze antiche”¹⁴⁶. Il punto di equilibrio tra evolucionismo e “spirito conservatore”¹⁴⁷ viene ravvisato nella persistente vigenza di principi generali e astratti, mai sopiti, in ragione dei quali è spiegata la prevalenza dell’antico sul nuovo, e che rendono il diritto “non come *vis inertiae*, ma come vera e propria virtù”¹⁴⁸. Le allusioni al diritto romano – e alla sua

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 7.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

invariata centralità – non tardano però a divenire dichiarazioni espresse:

“Poiché la massima parte dell’antico diritto usato in Italia prima del Codice fu romana, per questo allo studio di alcuni rapporti necessari fra la legislazione vecchia e la legislazione nuova abbiamo dato il titolo. Diritto romano privato attuale... Esso è appunto l’antico diritto serbato nella sua forma, uscito dalle discussioni delle scuole e della pratica durante il volger di molti secoli, resistente a sostanziali novità, già accettato dal nuovo diritto delle nostre Province, vasto argomento di scienza antica e moderna, ora per molte parti entrato nel nostro Codice, per altre adatto ad illustrarlo e a commentarlo”¹⁴⁹.

La lezione di Buonamici – distante dai toni cauti e misurati che avevano caratterizzato la prolusione romana di Serafini¹⁵⁰ – si inserisce a pieno titolo in quel filone dottrinario, piuttosto diffuso nella romanistica di fine Ottocento, teso ad astrarre il complesso delle soluzioni giuridiche romane dal contesto socio-culturale di origine, per proiettarlo senza soluzione di continuità nel nuovo panorama giuridico italiano, in quanto espressione di una *ratio scripta* immanente e immutabile. Seguendo questa logica la tradizione diverrebbe, in campo giuridico, la vera forza dei popoli, resistita all’opera del legislatore e poi confluita nel Codice del 1865.

Giova peraltro segnalare come Buonamici tocchi soltanto incidentalmente le correnti teoriche a lui opposte, convinte sostenitrici dell’impatto della codificazione, e senza mai porsi in termini apertamente antitetici, quanto meno nelle premesse: egli era senza dubbio figlio del suo tempo, inevitabilmente educato alla cultura del codice e al valore della certezza del diritto¹⁵¹, cui il metodo sistematico – ed è questo il punto –

¹⁴⁹ F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 11.

¹⁵⁰ Nel quale la derivazione, logica e storica, del diritto attuale da quello antico non giungeva sino a tentare (apertamente) un’applicazione attualizzante del diritto romano: cfr. *supra*, Parte I, Cap. II, § 1.

¹⁵¹ Sull’esigenza di dare certezza e stabilità al diritto privato, con una riflessione comparata alla storia giuridica di Roma, cfr. U. VINCENTI, *L’universo dei Giuristi, Legislatori, Giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, p. 63 ss.; ID., *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI, F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti*

forniva una risposta pronta e sicura, attraverso la ricomposizione degli istituti (anche) codicistici entro un quadro più organico.

Tuttavia, poco dopo, le premesse di metodo venivano portate alle estreme conseguenze attraverso la rivendicazione di secolare autorità delle leggi romane e di continuità con il diritto vigente. Una simile premessa pone invero non pochi problemi: un conto è affermare la derivazione storica dei codici dalla legislazione e dalla tradizione più risalenti (*in primis* romana), tutt'altra cosa è teorizzare una latente o mediata vigenza delle leggi romane in un ordinamento giuridico positivo come quello italiano ottocentesco. Simili obiezioni non dovevano essere ignote a Buonamici, tanto che la restante parte della *Prelezione* è dedicata a spiegare al proprio auditorio in che modo il diritto romano facesse concretamente ingresso nell'ordinamento giuridico vigente, contribuendo a regolare i moderni rapporti civili.

In questa prospettiva, il discorso segue due direzioni, l'una preliminare e indispensabile all'altra. Anzitutto, occorre individuare quale e quanta parte del diritto antico è divenuto tradizione e quindi incarnata nel testo del Codice¹⁵². Questa prima – e indispensabile – operazione, realizza ciò che egli definisce “l'uso moderno del diritto romano”¹⁵³: non si tratta, come si potrebbe pensare, di uno studio (solamente) storico, ma anche (e soprattutto) pratico¹⁵⁴, incarnazione di quella interpretazione storico-evolutiva delle disposizioni vigenti in cui si sostanzia una prima concreta utilità della tradizione. A ciò segue necessaria la ricollocazione del giurista e del suo ruolo:

“Senza la scienza del diritto privato non esiste un compiuto diritto privato; non essendo sufficienti, giusta il detto della Scuola storica, le sole leggi a colmare i vuoti che si trovano nella pratica, ove non siano soccorse da una dottrina e da una giurisprudenza robusta ed ingegnosa. Ed ora cos'è la scienza?

dell'avvocato, Pisa, 2004, p. 30 ss. Sul punto, si veda anche E. STOLFI, *Quaestiones iuris*, cit., p. 41, con bibl.

¹⁵² Così, F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano*, cit., p. 20.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

È la cognizione delle cose per via delle loro ragioni”¹⁵⁵.

È a questo punto che la lezione di Buonamici entra nel vivo, spianando la strada a quella seconda direzione cui si è fatto cenno e che rappresenta il vero fulcro del suo intercedere:

“In qualunque luogo ed in qualunque tempo non appena sono pubblicate le nuove leggi sorge la difficoltà delle materie ivi non considerate o dei bisogni nuovi che le variate condizioni sociali fanno sentire. In tali casi a quale legge si ricorre? Come si supplisce al difetto delle vigenti? I legislatori in ogni novello Codice avvertirono il caso gravissimo”¹⁵⁶.

Il momento è quanto mai delicato e tra le intenzioni di Buonamici non vi è certo quella di andare contro la chiara lettera della legge, teorizzando una vigenza del diritto romano espressamente negata dall’art. 48 delle Disposizioni Transitorie¹⁵⁷. Piuttosto, è nell’ambito del problema delle lacune normative che va contestualizzata la pertinente, potenziale fruibilità del diritto antico. Dopo un’analisi sui precedenti storici

¹⁵⁵ F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 22.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ “Nelle materie che formano soggetto del nuovo Codice, cessano di aver forza dal giorno dell’attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il Codice stesso espressamente non si riferisca”, disposizione pubblicata il 30 novembre del 1865 ed espressamente richiamata da F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 28. Ma egli non fu l’unico a ragionare entro questi termini. Ci riferiamo anzitutto a Pacchioni, e alle pagine *I principi generali del diritto*, in *AG*, 7, 1924, p. 144, in cui viene ridimensionata la portata applicativa (e, quindi, abrogativa) dell’art. 48 delle Disposizioni Transitorie alle sole leggi e consuetudini, nulla dicendo a proposito delle “dottrine”. Inoltre, si legga ID., *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1937, p. 202: “La codificazione non ha preteso abrogare ogni e qualsiasi norma o regola e principio di diritto non accolto nei codici, bensì solo quelle norme, regole e principi relative a materie trattate nei codici *ex novo* e completamente. La codificazione non ha preteso, né ove l’avesse avrebbe potuto riuscire a rompere tutti i ponti fra il sistema giuridico precedente e quello risultante dai suoi codici. La Codificazione ha riplasmato in una nuova forma legislativa la maggior parte del sistema giuridico precedentemente in vigore nelle leggi e nella giurisprudenza (*iura et leges*), ma essa non riuscì a riplasmare e a rifondere tutto il diritto privato in un suo sistema completo, e dove essa non riuscì in questo suo compito, restarono ancora in vigore le norme precedenti e le fonti delle quali esse avevano tratto origine”.

dell'art. 3 delle Preleggi¹⁵⁸, Buonamici si sforza di delinearne contorni e contenuto:

“La frase principi generali del diritto è più positiva dell'altra principii di diritto naturale¹⁵⁹: non già perché quei primi non siano essi pure naturali, ma perché comprendono nel loro numero tanto i principii dettati e discussi nella scuola razionale, quanto quelli ricevuti positivamente dal popolo ... Il dire con forma assoluta principii generali di diritto, per il giureconsulto che si trova nel caso dell'articolo 3, significa eziandio l'accogliere e l'applicare quelle massime o formule che la pratica ha introdotto nei testamenti, nelle convenzioni e in altri atti, ormai diventate assiomi o norme fondamentali di diritto”¹⁶⁰.

Nonostante la eco di Del Rosso e del suo approccio filosofico allo studio, in particolare nella tendenza a ricondurre i principi del diritto a “leggi universali, naturali e obiettive”¹⁶¹, Buonamici si distanzia dalla lezione del maestro toscano per individuare altrove il nocciolo duro dell'art. 3 comma 2: si tratta, prima di tutto, di massime teorico-pratiche, utilizzabili dal giurista per risolvere concrete controversie, aventi il carattere di “massime generali del diritto civile”¹⁶². Infine, deve trattarsi di principi dotati di chiarezza e semplicità sia nella formulazione che nel contenuto, poiché altrimenti non avrebbero quel carattere di necessaria generalità richiamato dalla

¹⁵⁸ Dei quali si è già fatto ampio cenno in Parte I, Cap. I, § a e b. Quanto alla Prelezione, cfr. F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano*, cit., p. 30 ss.

¹⁵⁹ Come noto, la formula “principi di diritto naturale” – che trovava il proprio precedente nell'ABGB – incontrò qualche isolato favore in giuristi come Bianchi e, più tardi, Del Vecchio. Sulla posizione di Bianchi cfr., per tutti, S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in *Jus*, 57, 2010, p. 227 ss. e, con riflessioni estese anche a Del Vecchio, ID., *Tendenze della civilistica*, cit., p. 387 ss. Con l'obiettivo di recuperare linearità e organicità nello studio delle disposizioni codicistiche, Bianchi ci offre quello che Solimano definisce un “canone esegetico ben temperato” (S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 387). Per altri giudizi sull'opera di questo giurista cfr. E. STOLFI, *Francesco Saverio Bianchi e la civilistica*, cit., p. 212 ss., ove altra bibl.

¹⁶⁰ F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano*, cit., p. 33.

¹⁶¹ Così, C. SPADA, *Buonamici Francesco*, cit., p. 128. Sull'influenza esercitata dal Del Rosso sulla personalità scientifica di Buonamici si è già detto *supra*, nt. 146.

¹⁶² F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano*, cit., p. 34.

disposizione medesima¹⁶³. In definitiva, per Buonamici, i principi generali del diritto non sono altro che il diritto romano, in quanto antico sapere depositario della maggior parte delle massime teorico-pratiche implicitamente richiamate dall'art. 3 delle Preleggi¹⁶⁴.

Tuttavia, conscio sin dal principio del coro di dissensi che una simile affermazione avrebbe potuto sollevare¹⁶⁵, il giurista dedica le restanti pagine della sua *Prelezione* a un compito ancora più arduo: fugare il campo da possibili obiezioni. A tale fine protendono le successive affermazioni, ancora più accorate e convincenti, per cui, in caso di lacuna, non basterebbe tentare di rintracciare la soluzione nell'ambito del codice, in quanto (sul punto) il legislatore ha evidentemente taciuto¹⁶⁶. La reale soluzione, allora, non potrebbe che giungere dalle sole “leggi romane”¹⁶⁷, traendo dalle stesse quei principi generali richiamati dalla lettera della legge.

In quest'espressione, il richiamo alle leggi, piuttosto che genericamente al diritto romano, non è privo di conseguenze, specialmente sul piano di teoria generale. Infatti, interpretare l'art. 3 delle Preleggi come una clausola richiamante direttamente le leggi

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Si intende alludere a quel filone di giuristi, spesso qualificati come “iper-legalisti” o “positivisti” (termine qui usato volutamente in senso ampio, non intendendo alludere a quel positivismo giuridico, il cui momento di massima affermazione è costituito, a partire dalla seconda decade del Novecento, dal pensiero di Hans Kelsen e dalla sua “dottrina pura del diritto”: cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 2000, p. 61 ss.; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, 2011, p. 17 ss.), sostenitori di una necessaria aderenza dei principi generali alla legislazione vigente. Di qui vari studiosi – come Ricci, Fadda e Bensa, Pacifici-Mazzoni e Luigi Borsari – sono convenzionalmente inseriti, in modo quasi monolitico, tra le voci dissenzienti. Ciò traspare, per esempio, in alcuni lavori di G. CAZZETTA: *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quad. fior.*, 40, 2011, p. 781 ss.; *Codice civile e identità giuridica*, cit., p. 43 ss. Più di recente, una ricognizione non difforme è offerta anche da F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 318 ss. Il capitolo seguente (Parte I, Cap. III) sarà dedicato proprio allo studio diretto della manualistica e trattatistica di Otto e Novecento, onde confermare o confutare alcune ricostruzioni storiografiche ricorrenti. Per il momento, basti rinnovare quella cautela – già espressa *supra*, Parte I, Cap. I (spec. §§ 2 e 3) – nell'accogliere certe sovrastrutture che finirebbero per dividere la scienza giuridica italiana di fine Ottocento tra fedeli romanisti attualizzanti e positivisti.

¹⁶⁶ F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano*, cit., p. 35.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

(seppur romane e dunque esterne al codice), in luogo delle massime teorico-pratiche, comporta un avvicinamento tra *analogia legis* e *iuris*¹⁶⁸. In definitiva, dopo essersi adeguato a una pratica diffusa già da secoli – parlare, cioè, dei frammenti del Digesto come *leges*¹⁶⁹ – Buonamici attenuava la distinzione (terminologica) tra comma primo e secondo dell’art. 3 delle Disposizioni Preliminari. Ciò, in ogni caso, non ci avrebbe collocato fuori dall’orbita dell’*analogia iuris*; come si evince, del resto, dalle sue successive specificazioni:

“È palese che le *leggi romane* non possono essere giammai seguite od applicate come diritto positivo; bensì come principi generali. Nessuno potrà querelarsi davanti al supremo tribunale della violazione di questa o di quella legge giustiniana; ognuno lo potrà però dell’oblio di un principio generale contenuto in essa, quando non stavvi una opportuna disposizione del Codice da citare ... Il che naturalmente ci mena a concludere che il gius romano supplisce al Codice nei casi dell’art. 3 come *ratio scripta* ... Sicuramente la *ratio scripta* non è legge positiva, come sopra dicemmo, ma è somma autorità che si avvicina al diritto, ossia un quasi diritto ... Non s’impone come legge, ma tutte le volte che il legale si trova nelle circostanze indicate dall’art. 3 e in una legge romana incontra il principio generale, o astratto o applicato, può invocarlo con sicurezza, senza d’uopo di scolastiche dimostrazioni, citando il numero e il paragrafo della legge”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ La letteratura in tema di analogia giuridica nel diritto moderno è pressoché sterminata, in questa sede ci limitiamo ad alcuni richiami essenziali, ai quali si rinvia per ulteriori approfondimenti bibliografici: N. BOBBIO, *L’analogia del diritto*, Torino, 1938, p. 31 ss. (ora leggibile anche nel volume curato da P. DE LUCIA ed edito a Milano nel 2006); A.G. CONTE, *Ricerche sull’interpretazione analogica*, Pavia, 1957, p. 12 ss.; N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 16 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, I, 1987, p. 320 ss.; G. CARCATERRA, *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988, p. 23 ss.

¹⁶⁹ Su tale pratica cfr., per tutti, P. CAPPELLINI, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985, p. 45 ss. ove bibl., il quale la definisce “esplicita testimonianza di una mentalità oggettivamente prigioniera delle caratteristiche della propria struttura linguistica” (*op. cit.*, p. 46).

¹⁷⁰ F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 38-39.

Davvero, in Buonamici, si può parlare dell'art. 3 comma 2 delle Preleggi come "valvola di ingresso" del diritto romano all'interno dell'ordinamento giuridico. Non si tratta di una nuova vigenza, esclusa in radice dalla codificazione unitaria e di certo non revocata in dubbio dal giurista. Piuttosto, attraverso un complesso ragionamento giuridico induttivo – dal particolare della *lex* al generale del principio – egli riesce a legittimare il ricorso al diritto romano, senza porsi per questo in aperto contrasto con la parola del legislatore: è all'interno di questo itinerario che l'art. 3 rivela tutta la sua importanza. Ciò che un attimo prima era stato escluso dalle moderne fonti del diritto, rientra a far parte del complesso giuridico vigente sotto la rinnovata veste di principio generale e astratto, espressamente richiamato (e pertanto apertamente ammesso e previsto) dalle Preleggi. E all'ipotetica obiezione che "siffatti vecchiumi"¹⁷¹ si traducano di intralcio al progresso della vita civile, Buonamici risponde richiamandosi alle considerazioni svolte fin da principio: nella continua evoluzione cui sono soggetti il diritto e la scienza, il nuovo deve sì essere accolto nelle legislazioni, ma in quanto scaturente dall'antico e a quest'ultimo congiunto. Devono dunque essere recepiti entrambi a pena di una grave manchevolezza del sistema giuridico.

La prelezione del Buonamici si inserisce, senza alcun dubbio, in quella categoria di contributi dei romanisti-civilisti fermi nel rivendicare la persistente centralità del diritto romano nell'ordinamento giuridico codificato. A tal fine, due le vie principali: da un lato, usare il complesso normativo previgente come *ratio scripta* perpetua, spendibile a fini integrativi della legislazione positiva; dall'altro, conservare i valori didattico-pedagogici ricavabili dalla tradizione romanistica, nella loro continuità con gli insegnamenti da custodire e tramandare in ogni ramo del sapere giuridico¹⁷².

¹⁷¹ F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano*, cit., p. 40.

¹⁷² Uno dei prodotti più significativi derivanti dalla combinazione di ricerca e insegnamento fu il modello didattico del seminario, che in Italia incontrò l'iniziativa scientifica di Serafini, insieme con Buonamici e Scolari, poi sfociata, il 12 aprile 1877, nell'inaugurazione di un *Seminario storico-giuridico* presso l'Università di Pisa. Sulla struttura e composizione del *Seminario*, si veda F. BUONAMICI, S. SCOLARI, F. SERAFINI, *Programma, Statuto e Discorso inaugurale del Seminario storico-giuridico di Pisa*, in *AG*, 18, 1877, p. 561: lo studio storico del diritto veniva vigorosamente

3. L'orientamento di Scialoja e di Brugi

Proseguendo nell'analisi di alcuni dei giuristi attivi tra Otto e Novecento, non si può non fare riferimento, per il tema che si stiamo affrontando, a Vittorio Scialoja¹⁷³. Il diritto romano fu senza ombra di dubbio il “centro di irradiazione”¹⁷⁴ della sua

caldeggiato, poiché necessario “per conoscere le origini, e vedere le relazioni dei singoli istituti civili e politici nel giro dei tempi e nella varietà dei luoghi”, dunque “per scrutarne il valore e scoprirne le leggi progressive”. Inoltre, per l'interesse che il *Seminario* riscosse anche all'estero, si veda F. BUONAMICI, S. SCOLARI, F. SERAFINI, *Relazione intorno agli studi fatti nel Seminario storico-giuridico di Pisa durante l'anno 1877*, in *AG*, 19, 1877, p. 530 ss. Del resto, citando le parole del direttore stesso (*Discorso del prof. F. Buonamici letto per l'inaugurazione del Seminario storico-giuridico la sera del dì 23 gennaio 1878*, in *AG*, 22, 1879, p. 480), lo studio del diritto romano e medievale condotto nel seminario non era da intendersi come “raccolta di leggi antiche”, bensì come “profonda scienza di diritto privato”. Di più, seguendo ancora le parole del giurista toscano, lo studio del diritto romano non era concepito come “questione di sistemi o di metodi, bensì quale solida ragione di cose”.

¹⁷³ Egli fu indubbiamente uno dei maggiori protagonisti della scienza giuridica italiana tra XIX e XX secolo: giurista completo e attivo in molteplici direzioni, diventò presto il punto di riferimento per le successive generazioni di studiosi (così A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., p. 283 ss., e M. TALAMANCA, *La romanistica italiana*, cit., p. 170 ss). Ulteriori ragguagli (non solo biografici) in G. CHIODI, *Scialoja Vittorio*, in *DBGI*, II, p. 1833 ss. Convinto sostenitore dell'unità del diritto, insisteva sulla necessità di coltivare ogni campo del sapere giuridico, senza eccessive chiusure specialistiche. La tradizione rappresentava il paradigma del diritto moderno, da studiare e affrontare come un sistema scientifico complesso (cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 4).

¹⁷⁴ Così S. RICCOBONO, *Vittorio Scialoja*, in *BIDR*, 42, 1934, p. 1.

ricerca¹⁷⁵, come testimoniano molti dei suoi scritti¹⁷⁶, in cui, di consueto, i maggiori problemi giuridici trovavano una soluzione alla luce dello *ius Romanorum*¹⁷⁷. È soprattutto dalla sua nota prolusione *Del diritto positivo e dell'equità*¹⁷⁸, pronunciata il 23 novembre del 1879 presso l'Università di Camerino, che traspare il complesso

¹⁷⁵ Tuttavia, sarebbe troppo sbrigativo ridurre il contributo di Scialoja alla sola esaltazione (in chiave attualizzante) del diritto romano (come potrebbe evincersi da F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia [1866-1931]*, Milano, 1991, spec. p. 55 ss.). Senza dubbio, questo aspetto ha un ruolo centrale nella sua produzione, culminato nella traduzione italiana del *System* di Savigny (sulla quale si veda *supra*, Parte I, Cap. I, § b, spec. ntt. 60 e ss.) e, più in generale, nell'attenzione rivolta dal giurista verso il metodo tedesco. Ma sulle implicazioni di tale attualizzazione occorre essere cauti: la condivisione dell'istanza sistematica era soprattutto tesa a imprimere una svolta nello studio del diritto vigente, così come non manca di evidenziare già M. TALAMANCA, *La romanistica italiana*, cit., p. 166 ss. Inoltre, non erano sconosciute a Scialoja le forzature che potevano conseguire a certe generalizzazioni esasperate (valorizza il punto A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., p. 42 ss.). Peraltro, il “germanesimo” non gli impedì di orientare la propria attenzione scientifica verso profili non immediatamente coinvolti dalla attualizzazione. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla ricostruzione di una pluralità di testimonianze epigrafiche e papiracee o alla nuova edizione critica del *Digesto*, risalente al 1931. Su questi aspetti, per tutti, E. STOLFI, *Vittorio Scialoja*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 399 ss. Sulla rilevante funzione riservata, nella ricerca di Scialoja, al lavoro esegetico sulle fonti romane, cfr. E. STOLFI, *Vittorio Scialoja*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 400; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas'. Lezioni*, Torino, 2013, spec. p. 22, 36 ss.; E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 85 ss.

¹⁷⁶ I materiali giuridici romani andavano incontro a una seconda vita – così che appariva possibile rintracciarne una perdurante (e diversa) validità anche oltre i confini dell'antichità – teorizzata sin da V. SCIALOJA, *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane*, in *AG*, 26, 1881, p. 486 ss.: vi traspare già la persuasione che “l'ordine sistematico nell'esposizione del diritto romano è oggi universalmente adottato” (ID., *Sul metodo*, cit., p. 490). Ciò non doveva illudere: come vedremo meglio più avanti, il diritto romano era “morto” (V. SCIALOJA, *Lettera aperta*, cit., p. 64), ma questa presa di coscienza non diminuiva certo il valore della tradizione. Anzi, la circostanza che il diritto romano fosse in Germania, a differenza che in Italia, ancora vigente (almeno fino all'entrata in vigore del BGB), non doveva apparire agli occhi di Scialoja un dato decisivo, dal momento che a suo avviso “la differenza tra lo Stato anteriore e posteriore alla codificazione è più di forma che di sostanza” (così, V. SCIALOJA, *Per un'alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa, 1 febbraio 1916*, ora in ID., *Studi giuridici*, IV, Roma, 1933, p. 196).

¹⁷⁷ Vi insiste M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 5, evidenziando come l'intera produzione scientifica di Scialoja si caratterizzò proprio per la trattazione organica degli istituti ottocenteschi codicistici, e il raffronto continuo ed esegetico con le fonti giustinianee: il suo scopo era quello di elaborare una “teoria generale per i civilisti, con particolare riguardo ai limiti e agli strumenti concettuali propri dell'interpretazione giudiziaria”.

¹⁷⁸ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Ann. Camerino*, 15, 1880, ora in *Le prolusioni*, 1, p. 81 ss.

intreccio tra diritto romano e diritto civile che domina tutta la sua composita visione giuridica¹⁷⁹.

L’*incipit* del suo discorso assolve un difficile compito: definire e tracciare i confini del fenomeno giuridico considerato nel suo complesso. A tal fine, Scialoja parte dal presupposto che il contenuto minimo del diritto positivo, non sintetizzabile nel solo assetto legislativo, sia frutto del comune consenso, e pertanto “mutevole col mutar”¹⁸⁰ di quest’ultimo. A sostenere tale affermazione interviene la constatazione per cui il processo mediante il quale sorge la regola di diritto – “portato di più volontà”, collegata indissolubilmente alla società, e proprio per questo “continuamente variabile”¹⁸¹ – non è che il frutto della coscienza popolare, e tale è sempre stato, sin dai tempi in cui scrivevano Cicerone¹⁸², Varrone¹⁸³ e Ulpiano¹⁸⁴.

Nel suo argomentare, il richiamo al diritto romano è immediato e, poco dopo, arricchito dal collegamento tra i concetti di *ius* e *consensus* a quello di *consuetudo*¹⁸⁵:

¹⁷⁹ A tal proposito, non sembra pienamente condivisibile il giudizio espresso da P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 43 ss., 104 ss.; ID., *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, Napoli, 2011, p. 34, in merito alla personalità scientifica di Scialoja, ricostruita in termini di stretto legalismo proprio a partire dalla prolusione camerte. Infatti, come si tenterà di evidenziare d’ora in avanti, la concezione normativa di questo giurista fu molto più complessa: il ruolo egemone degli studi di diritto romano si trovava a convivere con la volontà legislativa, all’interno di un sistema in cui le norme di legge dovevano essere necessariamente interpretate entro l’assetto codificato italiano, ma (e questo è il vero punto nodale) all’interno della dimensione storica che quest’ultimo racchiudeva. In tal senso, da ultimo, E. STOLFI, *Il principio di equità*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, p. 530 ss.

¹⁸⁰ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 86.

¹⁸¹ L’autore va ben oltre il binomio legge-Stato, individuando nelle condizioni del fenomeno sociale la fonte primaria di produzione ed evoluzione del diritto. Il collegamento tra elemento normativo e società, a partire dalla prolusione scialojana, è ampiamente valorizzato ora da M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 36, da cui sono tratte le citazioni.

¹⁸² Cic. *de rep.* 1.25: *populus ... iuris consensu et utilitatis communione sociatus*.

¹⁸³ Varr. *l.L.* 9.2: *Alia enim consuetudo populi universi, alia singulorum, et de ieiis non eadem oratoris et poetae, quod eorum non idem ius. Itaque populus universus debet in omnibus verbis uti analogia et, si perperam est consuetus, corrigere se ipsum, cum orator non debeat in omnibus uti, quod sine offensione non potest facere, cum poeta transilire lineas impune possit. Populus enim in sua potestate, singuli in illius: itaque ut suam quisque consuetudinem, si mala est, correggere debet, sic populus suam. Ego populi consuetudinis non sum ut dominus, at ille meae est*.

¹⁸⁴ Tit. Ulp. 1.4: *mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.

¹⁸⁵ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 86.

la consuetudine, qui intesa come la somma delle volontà dei singoli individui, è il modo più diretto e visibile con cui si esprime la coscienza popolare. Ed è entro i limiti di questa composita costruzione che l'autore, domandandosi retoricamente se “questo diritto, così scritto, così sancito, così ordinato”¹⁸⁶ sia veramente privo di difetti, introduce uno dei punti centrali della prolusione: l'equità¹⁸⁷. Il riferimento a tale concetto, il cui approfondimento non ci è possibile in questa sede¹⁸⁸, gli è indispensabile per trattare, qualche pagina dopo, del suo rapporto con i “principi generali del diritto”. È proprio da questa precipua angolazione che l'equità assumerà rilievo all'interno del dibattito che ci si propone di esaminare.

Riprendendo le fila del discorso camerte, è opportuno evidenziare come al tema evocato dall'art. 3 delle Preleggi preceda una panoramica storica – iniziata dalla compilazione delle XII tavole, proseguita con la radicale riforma operata dalla legge Ebuza, culminata nell'imponente opera di Giustiniano e, quindi, terminata nell'Italia codificata – il cui esito è la formulazione di un principio chiave di diritto:

“Se, giunti a questo punto, ci volgiamo indietro a guardar la strada fatta, noteremo che accanto al diritto positivo si manifesta l'azione di una forza, la

¹⁸⁶ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 89.

¹⁸⁷ Una trattazione approfondita del concetto di equità in Scialoja ci porterebbe lontano dal nostro campo di ricerca, focalizzato sui principi generali del diritto. Appare però utile ricordare come il dibattito sull'equità venga dall'autore risolto in termini ben precisi. Egli rifiuta la dicotomia *ius-aequitas*: il secondo termine, infatti, acquista rilevanza solo in quanto immanente e connesso al primo. Da ciò discende la conseguenza per cui ogni criterio assiologico non espressamente recepito dal sistema positivo vigente non potrà influire sull'interpretazione. Non si tratta, però, di un rifiuto del concetto di equità in ogni sua possibile declinazione: Scialoja, infatti, rifugge solamente quella particolare forma che si risolve in un precario e instabile sentimento individuale, potenzialmente disgregante in quanto fortemente arbitrario. A ben vedere, il suo rifiuto si rivolge proprio (e solamente) a questa “configurazione parcellizzata dell'equità”: così E. STOLFI, *Scialoja Vittorio*, cit., p. 399 ss.

¹⁸⁸ Al tema si è già fatto cenno *supra*, Parte I, Cap. I, § 2 (spec. nt. 82, ove bibl.). Limitandoci ad alcuni dei numerosi interventi sul dibattito attorno all'equità si vedano, per esempio, C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi*, cit., p. 445 ss.; A. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico*, cit., p. 160 ss. Nella storiografia più recente cfr., in particolare, A. SCIUMÈ, *I principi generali*, cit., p. 118 ss.; C. LATINI, *L'araba fenice*, cit., p. 596 ss.; G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario*, cit., p. 259 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, cit., 32 ss.

quale, dapprima sottomessa al diritto stesso, a poco a poco gli si ribella, finché giunge il momento nel quale o il diritto viene modificato regolarmente, secondo i casi, dalla consuetudine o dalla legge, ovvero, se per altri motivi non si vuol toccare il diritto, esso viene nella pratica continuamente violato. Questa forza è l'equità"¹⁸⁹.

Se questa era la strada, il raffronto con la tradizione non risultava certo un mero sfoggio di stile: la ricostruzione storica che dalla Roma antica giungeva sino all'Ottocento, era ciò che consentiva di trattare *funditus* l'equità e di tracciare i confini tra questa e il diritto positivo. Il dato, di per sé, non è di quelli che possono stupire¹⁹⁰, ma non esaurisce l'interesse che, all'interno del "nostro" dibattito, può rivestire questa pagina di Scialoja¹⁹¹. Ciò vale a maggior ragione per il prosieguo, con il suo espresso riferimento all'art. 3 delle Disposizioni preliminari:

"... Nell'articolo si parla di principii di diritto, con la qual cosa si esclude tutto ciò che non è diritto. Ma come distinguere ciò che è diritto da ciò che non lo è? Conviene partire dalle disposizioni delle legge astraendo risalire da

¹⁸⁹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 93 s.

¹⁹⁰ Su forme e tempi della "Aktualisierung" dei testi del *Corpus iuris civilis* vd. *supra*, Cap. I. Di recente, si sofferma sul carattere progressivo di questa attualizzazione, definendola "un'autentica e sistematica distruzione della storicità", e sul suo faticoso superamento, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Roma, 2017², p. 405.

¹⁹¹ Come abbiamo già avuto modo di evidenziare (vedi *supra*, Parte I, Cap. I, § 2), il tratto caratteristico del pensiero giuridico italiano, tra Otto e Novecento, non fu certo la storicizzazione. E anche Scialoja non riesce a sottrarsi da una simile notazione. Lo rileva, ad esempio, G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la "vertenza Scialoja": concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi sen.*, 100 (Suppl.), 1988, p. 734 ss., a proposito dell'analisi scialojana delle fonti antiche, sempre finalizzata al rinvenimento del principio giuridico (tramite, appunto, attualizzazioni spesso disinvolve). Tuttavia, come sottolinea E. STOLFI, *Vittorio Scialoja*, cit., p. 399 ss., il contributo scientifico di Scialoja non è riducibile a mera esaltazione del diritto romano, nella sola chiave attualizzante (cfr. *supra*, nt. 187 ove bibl.). Pressoché in questi termini, si esprime ancora con riferimento alla complessità del fenomeno giuridico per l'autore della prolusione camerte, pur nella debole storicizzazione, tratto non isolato nella scienza giuridica a lui coeva, M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 51 ss.; nonché E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 77.

concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà per dirla con Aristotele (Eth. Nic. V. 10), come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto... Essi dunque non si allontanano dal puro diritto”¹⁹².

Appare subito evidente come il punto nevralgico della questione – il solo che ci permette di chiarire la posizione del giurista – è dato proprio dal sintagma “puro diritto”, tutt’altro che di semplice definizione. Probabilmente, è proprio tale vaghezza terminologica ad aver aperto il campo a certe ricostruzioni di Scialoja in termini di “statualista”¹⁹³, che stridrebbero sensibilmente con il quadro entro cui, viceversa, lo stiamo ora collocando. Con ciò non si vuole disconoscere *in toto* una componente legalista, in realtà innegabile nella prolusione camerte, quanto piuttosto inquadrarla in un più complesso disegno di politica del diritto. Infatti, la posizione dell’autore va inscritta all’interno di un progetto più ampio che accomuna molti dei giuristi attivi tra Otto e Novecento: salvaguardare la “precaria coesione dello Stato unitario”, e quindi anche dello stesso “codice civile da esso prodotto”¹⁹⁴.

Il sintagma “puro diritto” esprimeva lo sforzo di Scialoja di isolare il giuridico da ogni ulteriore elemento non definibile come tale, cui dovevano rimanere estranee

¹⁹² V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 102.

¹⁹³ Si vedano, per esempio, il giudizio, già ricordato *supra* in nt. 191, di P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 43 ss., o le considerazioni di L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, 1, 2012, p. 207 ss. Altre in E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., spec. p. 86 nt. 98.

¹⁹⁴ Così E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 85, il quale coglie la preoccupazione, avvertita da più parti della scienza giuridica italiana coeva a Scialoja, che ogni elemento non propriamente (o direttamente) positivo, ivi compresa l’equità, potesse tradursi in forza disgregante il nuovo ordinamento giuridico. La salvaguardia di questa “giovane” unità fu effettivamente interesse trasversale e largamente diffuso negli ambienti giuridici del tempo. Infatti, l’unificazione delle fonti del diritto appariva come un fenomeno di razionalizzazione ed evoluzione dell’Italia unita, indipendentemente dalle correnti dottrinarie che si andavano profilando. L’opera legislativa consegnava un diritto “espressivo dell’Italia come comunità di lingua e di cultura, come riconoscimento di garanzie fissate in principii immutabili”: G. CAZZETTA, *Codice civile*, cit., p. 37. Pressoché nei medesimi termini anche S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 381 ss.

suggerimenti personali o preoccupazioni etiche¹⁹⁵. Senza dubbio, in questo tentativo di delimitazione, lo sguardo si volgeva prima di tutto alla legge dello Stato. E tuttavia, il diritto di un popolo, era avvertito da Scialoja come un fenomeno più articolato, altro rispetto alla sola lettera legislativa e fortemente condizionato dai principi della sua tradizione¹⁹⁶. Inoltre, il tentativo definitorio si accompagnava alla consapevolezza circa l'impossibilità di ridurre il diritto positivo all'interno del codice¹⁹⁷.

Volendo allora provare a tirare le fila del discorso, non sembra azzardato sostenere che, per l'autore, il complesso normativo si presentasse come un *unicum* di tradizione e innovazione, il cui avvicinarsi era da analizzare partendo dalle esperienze giuridiche più remote sino al proprio presente¹⁹⁸, in quella "ininterrotta catena di principi e di regole che rimontava fino a Roma"¹⁹⁹.

I "principi generali" sono per Scialoja "puro diritto" – nel senso che si è appena tentato di delineare –, il cui contenuto è ricostruibile attraverso un ragionamento di tipo induttivo, chiamando in causa complesse "generalizzazioni"²⁰⁰: astrazioni che, partendo dal diritto positivo, procedono per gradi, soccorrendo l'interpretazione del dato codicistico.

A proprio sostegno Scialoja richiama l'*Etica Nicomachea* di Aristotele (alludendo proprio ai passaggi relativi all'*epieikés*, ossia all'"equo"²⁰¹) e – collegandosi al

¹⁹⁵ In tal senso M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 41 ss.; E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 77 ss.; ID., *Studio e insegnamento*, cit., p. 6.

¹⁹⁶ Così E. STOLFI, *Scialoja Vittorio*, cit., p. 398 ss.

¹⁹⁷ Una consapevolezza avvertita sin dall'inizio della prolusione, tanto che le prime pagine – come abbiamo visto – sono proprio dedicate all'accostamento tra elemento giuridico e società, così da rendere viva la nozione di diritto come fenomeno in continuo mutamento, non facilmente (e prontamente) recepibile dal dato codicistico. Condivisibile lettura formulata, tra gli altri, da M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 39 ss.

¹⁹⁸ A questa concezione fa da eco la panoramica storica che impegna Scialoja nell'*incipit* della prolusione (vedi *supra* nel testo) spaziando (spesso, come si è già accennato, compiendo disinvolti salti storici) dalle XII tavole sino all'Ottocento delle codificazioni.

¹⁹⁹ Cfr. E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 7.

²⁰⁰ V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 102.

²⁰¹ Trattare in questa sede dell'elaborazione aristotelica di *epiékheia* ci condurrebbe troppo lontano. Basti qualche cenno (non privo di inevitabili semplificazioni, giacché all'interno di questa tradizione occorrerebbe spesso introdurre ulteriori articolazioni). Più nel dettaglio, non sorprende il richiamo

problema delle lacune del diritto, ove trova collocazione l'art. 3 delle Preleggi – invita a ragionare come avrebbe fatto il legislatore se solo si fosse pronunciato sul caso rimasto privo di disciplina. Ma il “puro diritto” di Scialoja, oltre ai “principi generali”, ricomprendeva anche quel nuovo e raffinato concetto di equità che viene dall'autore presentato già nel titolo della prolusione, in (apparente) contrapposizione al diritto positivo²⁰².

Come già accennato, ciò che più interessa evidenziare è il rapporto tra i principi generali del diritto e l'equità, espressamente tratteggiato dall'autore come punto nevralgico della sua riflessione. L'equità, in siffatta analisi, non si contrappone al diritto positivo, ma anzi riceve un riferimento normativo implicito nelle Disposizioni Preliminari. Si tratta di ipotesi in cui, mancando l'espreso richiamo del legislatore, il

compiuto da Scialoja all'Aristotele dell'*Etica Nicomachea* e non a quello della *Retorica*. Infatti, come scrive già F. FROSINI, *Nozione di equità*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 71, nella seconda testimonianza Aristotele si riferisce all'equità come “criterio di interpretazione della norma giuridica”, e non in quanto fonte del diritto. Certamente più congeniale al tema dei “principi generali del diritto” – data la loro funzione suppletiva (e quindi creativa) del diritto – doveva apparire il richiamo all'equo (*tò epieikés*) contenuto nell'*Etica Nicomachea*, ove il filosofo presenta la nozione di equità nella sua funzione essenzialmente integrativa della legge. Sul tema dell'equità, con spunti che vanno oltre l'elaborazione greca, ci limitiamo a rinviare ad alcuni lavori di E. STOLFI: *Il principio di equità*, cit., p. 521 ss.; *La legge e i due volti dell'antico*, in G. LUCHETTI (a cura di), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna-Ravenna, 9-11 maggio 2013)*, Roma, 2018, p. 34 ss.; *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020, p. 173 ss., ove bibl.

²⁰² Alla quale si è già fatto cenno *supra* in nt. 199, ove bibl. Basti qui evidenziare come l'apparente contrapposizione tra diritto positivo ed equità viene dall'Autore ricomposta calando il giudizio equitativo entro il sistema positivo e liberandolo dalle istanze giusnaturalistiche. L'equità rileverà solo in quanto tradotta all'interno delle disposizioni codicistiche, divenendo nient'altro che una regola di diritto in forza della quale il caso potrà essere valutato e risolto. Viceversa, nessun riconoscimento potrebbe mai ricevere quel genere di equità, espressione di vaghi dettami etici, soggettivi, per ciò solo in grado di porre in dubbio la coerenza del Codice. Da ciò, l'omesso riferimento al diverso concetto di *epieikés* – questa volta “forma di giusto (*dikaion*) che va al di là della legge scritta. Ciò accade talvolta con la volontà dei legislatori, talvolta senza” (cfr. *Retorica* I.1374a-b) – che avrebbe condotto Scialoja a evocare una nozione di equità in qualche modo scissa dal sistema legislativo e, pertanto, potenzialmente disgregante. L'idea che sia il solo legislatore a individuare l'interesse protetto (e non il giudice) è da Scialoja resa attraverso il brocardo “*Aequitas legislatori, jus iudici magis convenit*” (cfr. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 14), che capovolge l'antico “*jus legislatori, aequitas iudici magis convenit*”. Un brocardo, quello di Scialoja, che si radica talmente nel suo tempo, da essere poi riproposto da B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 3, 1923, p. 449.

giudizio equitativo viene recuperato per il tramite dell'art. 3 delle Preleggi. E per evitare di sfociare nel puro arbitrio giudiziale, Scialoja si premura di specificare ulteriormente la nozione di equità, così come si è tentato di riferire in queste poche pagine²⁰³. Infatti, posta una regola giuridica, mediante la “valvola” in questione non potrà di certo permettersi al giudice di richiamare, nel caso concreto, vaghi sentimenti di pietà o di moralismo, ricadendo altrimenti (e di nuovo) in quella inaccettabile incertezza potenzialmente disgregante. Se così è la nozione di equità, positivamente collegata al Codice per il tramite dei “principi generali del diritto”, a loro volta, entrambi, inclusi nel “puro diritto”, non resta che domandarci di cosa si componga effettivamente tale “purezza”, e in che posizione si trovi la tradizione rispetto a quest'ultima.

A tal proposito non si può fare a meno di richiamare alcune pagine emblematiche scritte poco più tardi da Scialoja a Filippo Serafini, in una lettera aperta²⁰⁴ pubblicata nel 1881 dalla rivista *Archivio Giuridico*²⁰⁵ e da alcuni definita come il manifesto di una “nuova Scuola storica italiana”²⁰⁶. Le contestazioni sorte nell'Ateneo senese nel quale il giurista era stato chiamato a insegnare nell'anno accademico 1880-1881²⁰⁷,

²⁰³ Cfr. *supra* e nt. 199. Quanto alla prolusione, si veda V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 98.

²⁰⁴ Sulla quale, per tutti, F. AMARELLI, *L'insegnamento scientifico del diritto nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index*, 18, 1990, p. 59 ss. Cfr anche R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 506 ss.; M. TALAMANCA, *Un secolo di “Bullettino”*, cit., 89 ss.; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., p. 34 ss.; E. STOLFI, *Vittorio Scialoja*, cit., p. 399; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 52 ss.; G. CHIODI, *Vittorio Scialoja*, in *DBGI*, II, p. 1835; E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 8, nt. 30 ove altra bibl.

²⁰⁵ V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, in *AG*, 26, 1881, ora in *Index*, 18, 1990, p. 61 ss.

²⁰⁶ Così si esprimeva già R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 507, con evidente richiamo alla Scuola storica tedesca. Cfr., con ulteriore bibl., N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999⁴, p. 172 ss. Più di recente, E. STOLFI, *Il sistema e il caso. La civilistica lucana dell'Ottocento fra modello pandettistico e tecniche giurisprudenziali romane*, in L. GAETA, E. STOLFI (a cura di), *Visioni del diritto*, cit., p. 81 ss.

²⁰⁷ L'ordinamento didattico dell'epoca, determinato dall'estensione della Legge Casati del 1859 a tutte le province annesse e dal regolamento della Pubblica Istruzione Coppino del 1876, comprendeva (per gli studi romanistici) due materie: Istituzioni di diritto romano e Storia del Diritto romano. Il taglio didattico adottato da Scialoja, a Camerino prima e successivamente a Siena, prevedeva un'impostazione ampia e impegnativa, con uno studio che dagli istituti romani giungeva sino agli approdi moderni. Gli

offrono a Scialoja l'occasione di esaminare nuovamente la questione del metodo di insegnamento del diritto romano negli ambienti accademici dell'epoca.

Dopo aver ribadito la necessità di un approccio veramente scientifico allo studio del diritto romano – lamentando, peraltro, una generalizzata superficialità della maggior parte delle opere del tempo²⁰⁸ –, Scialoja fissa alcuni punti fermi in merito al ruolo degli studi romanistici nel panorama di un diritto ormai codificato: è proprio questo a rendere la *Lettera aperta* una pagina singolare quanto significativa. La finalità primaria del suo metodo continuava a essere la costante messa in relazione delle norme vigenti con le fonti antiche e l'approfondimento della tradizione era indispensabile per capire fino in fondo le “scelte che hanno costituito e trasformato i concetti giuridici”²⁰⁹ attuali. Il diritto romano diventava un'esemplare testimonianza per lo studio dell'ordinamento giuridico del tempo. Da qui, la critica verso ciò che l'autore reputava inadeguato:

“V'ha chi nel diritto romano non vede altro che un periodo della storia del diritto, utile a conoscersi per chi vuol parere erudito e non senza lettere, ma privo d'importanza per gli studi del diritto moderno; v'ha invece chi di esso vuol fare solamente un perpetuo commentario al diritto attuale, pretendendo che questo in ogni parte debba conformarsi all'antico, e che dell'antico non sia utile conoscere se non quelle parti che oggi ancora sono applicabili”²¹⁰.

Sin da queste prime righe, in effetti, sembra potersi individuare nell'atteggiamento di Scialoja verso il diritto romano, qualcosa di diverso e ulteriore, sicuramente

studenti contestarono un simile complicato metodo e bloccarono le sue lezioni il 23 maggio 1881. Sui fatti senesi si veda, da ultimo, E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 30 ntt. 116, 117 ove bibl.

²⁰⁸ Sullo stato della scienza giuridica dopo l'Unità ci siamo soffermati ampiamente nel Cap. I di questa prima parte (cfr., in particolare, nt. 97 ove bibl.). Si aggiungano, a proposito del giudizio espresso da Scialoja sulla qualità degli studi giuridici del suo tempo, le pagine di F. AMARELLI, *L'insegnamento scientifico*, cit., p. 61 s.

²⁰⁹ M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 50.

²¹⁰ V. SCIALOJA, *Lettera aperta*, cit., p. 63.

peculiare rispetto a quanto era stato detto sino a quel momento²¹¹; un atteggiamento che il proseguio della *Lettera* aiuterà a porre in luce:

“Non bisogna illudersi: il diritto romano puro è morto, e i diritti moderni possono essere suoi discendenti, non sono esso medesimo. E’ necessario rendersi ben conto di tutto ciò, per giudicare compiutamente del miglior metodo d’insegnare il diritto romano”²¹².

L’audacia dell’affermazione e la fermezza nel constatare ciò che, alla fine, corrispondeva a verità²¹³, sono tali che quella di Scialoja appare immediatamente come una chiara presa di coscienza: il diritto romano puro è morto e, pertanto, occorre riquificarne l’autentica natura. Più nel dettaglio, se il valore di questa materia non è più rintracciabile nella sua perpetua vigenza, non andrà per ciò solo rifiutato a priori, bensì ricercato altrove. Su questo Scialoja è molto chiaro: “l’essere il diritto romano un diritto morto ... anziché scemarne l’importanza scientifica, forse l’accresce”.²¹⁴

Siamo qui di fronte al vero punto nevralgico della questione. L’opera del legislatore non ha sancito l’irrilevanza e la superfluità degli studi di diritto romano, come ipotizzato in alcune visioni²¹⁵, né ha innescato nel giurista una reazione encomiastica

²¹¹ Siamo lontani da certe apologie dell’antico, non di rado rintracciabili negli scritti degli studiosi di diritto romano. Basti pensare alle “leggi romane” di Buonamici, direttamente attuabili per il tramite dei “principi generali del diritto”. Un’affermazione che conduce l’“Aktualisierung ai limiti consentiti dall’ordinamento codificato. Né si potrebbe parlare, per Scialoja, di analisi meramente erudita o antiquaria delle fonti antiche. Per l’autore, la ricchezza degli studi romanistici doveva consistere in ben altro (cfr. *infra* nel testo), come ribadisce più volte anche M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 51 ss.

²¹² V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, cit., p. 63 s.

²¹³ Che rischia di diventare scontata se si intende il diritto romano nel suo precipuo significato storico, come “diritto romano dei romani”; assume, invece, tratti di tutto rilievo se guardiamo alla rivisitazione moderna dei materiali provenienti dai *prudentes*, per alludere cioè alla tradizione romanistica o alla Pandettistica. Sull’importanza di una simile distinzione – ancorché in un contesto estraneo alla *Lettera aperta* di Scialoja – insisteva già R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 457 ss. Più di recente, cfr. E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., spec. p. 77 s.

²¹⁴ V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, cit., p. 64.

²¹⁵ Sul tema si veda Parte I, Cap. III.

volta a ribadire una pretesa attualità di questo antico sapere. Più specificamente, Scialoja ha dotato la tradizione di un'importanza nuova, perfettamente calata nell'ordinamento giuridico di fine secolo e conforme all'assetto codificato. Non vi è il timore che il Codice civile possa marginalizzare gli studi romanistici, in quanto si tratta evidentemente di due elementi giuridici distinti: l'uno attinente al diritto vigente, l'altro dotato di una singolare importanza scientifica.

Quella di Scialoja non è una difesa incondizionata del diritto romano, bensì una riflessione matura, nel cui alveo si instaura una nuova relazione tra diritto antico e codice civile vigente, attribuendo alla tradizione un ruolo ben più sofisticato e determinante di quello assegnatole in tante altre riflessioni, esse, sì solo apologetiche. Da questo approccio – lontano dal metodo, proprio di certi professori, volto a imporre la (loro)“scienza” come “fede”²¹⁶ formulata in poche righe – la tradizione esce rigenerata, perfettamente in armonia con l'ordinamento giuridico codificato. Il vero scopo dello studio non sarà altro che progredire, anche se di poco, verso il conseguimento di un approccio scientifico:

“Nel ragionare è assai vantaggioso tener due diversi sistemi: la deduzione dai principi astratti, e la ricerca diretta sulle fonti. Il primo di questi sistemi giova ad avvezzare la mente a maneggiare le formule e le idee generali, a saperle insieme combinare per ottenere la risoluzione dei problemi particolari. Il secondo è altrettanto e anche più necessario ... Nello studio esegetico dei frammenti dei giureconsulti romani, essi vedranno all'opera questi sommi maestri e potranno colla pratica acquistare l'arte di trattare il diritto, quell'arte che si suol chiamare senso giuridico. E poiché i romani non erano solo interpreti, ma creatori del diritto, nell'opera loro si rivela anche l'evoluzione”²¹⁷.

Qui il discorso di Scialoja mostrava davvero la sua attitudine al ragionamento

²¹⁶ V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, cit., p. 65

²¹⁷ V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, cit., p. 66.

induttivo: le generalizzazioni e astrazioni, accostate nella prolusione camerte al “puro diritto” (positivo), tornano ora come momenti ineludibili di un approccio scientifico che guarda agli studi giuridici nel loro complesso²¹⁸. Un simile metodo doveva apparire indispensabile ad allenare la mente alla risoluzione di casi pratici, specialmente laddove non disciplinati da norme *ad hoc*, a partire proprio dai principi ispiratori della materia.

Ma l’importanza della tradizione non si esauriva qui: da semplice precedente storico, “appetibile” solo tra i cultori dei diritti antichi, diveniva vera e propria chiave di lettura del sistema giuridico vigente. Le forme del ragionamento antico, considerato più utile che mai, dovevano divenire il riferimento esemplare per la formazione dei futuri giuristi²¹⁹. Volendo recuperare la felice espressione di Talamanca, si può senza dubbio affermare che ricerca romanistica e diritto positivo “più che finitimi, apparivano le due facce di un fenomeno unitario”²²⁰.

Sembra evidente, allora, l’anacronismo di chi volesse muovere a Scialoja l’accusa di svolgere, attorno alla tradizione previgente, un discorso compiutamente legalista, laddove, ancora in altre occasioni, egli non manca di ribadire la necessità di un temperamento tra predominio codicistico e studio del diritto romano. La constatazione apparirà ancora più chiara se rivolgiamo l’attenzione a un’altra pagina, quanto mai

²¹⁸ Della vocazione induttiva di Scialoja si veda quanto detto *supra*, spec. nt. 203.

²¹⁹ Occorre peraltro ricordare come la predilezione per le forme di ragionamento conservate nelle fonti antiche si traducesse, non di rado, in strettissima integrazione tra diritto romano e diritto positivo, dando luogo a quella che A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 284 ha definito la “versione italiana del diritto romano-borghese”. Sulla stessa lunghezza di pensiero si pongono le osservazioni critiche di G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 195 s., 440 ss. Nella pratica, ciò condusse – venendo meno, almeno parzialmente, alle premesse teoriche e di metodo – a un’interpretazione marcatamente individualistico-liberista tanto del diritto romano quanto del diritto codificato. Infatti, come torna a evidenziare ancora A. SCHIAVONE, *La storia del diritto romano*, cit., p. 735 ss., sono questi gli anni delle grandi teorizzazioni attorno all’autonomia privata, al primato della volontà e ai diritti discendenti dalla soggettività giuridica. Un’impostazione che vedrà vacillare le proprie fondamenta solo a Novecento inoltrato, sotto la spinta di una nuova generazione di giuristi (si pensi, ad esempio, a Filippo Vassalli o a Costantino Mortati) e complice quella nuova idea del rapporto tra Stato ed economia – ma anche tra diritto e società – indotta dal capitalismo e dalla conclusione dell’epoca liberale italiana (ID., *La Storia del diritto romano*, cit., p. 737).

²²⁰ M. TALAMANCA, *Diritto romano*, cit., p. 780.

significativa, della letteratura Ottocentesca: le parole pronunciate da Scialoja, insieme con Brugi²²¹, in occasione del VII congresso giuridico nazionale tenutosi a Roma nell'ottobre del 1911²²². L'incontro con l'allievo di Serafini²²³ costituì un'occasione particolarmente feconda per ribadire, in modo deciso il legame tra diritto positivo e lascito dell'antica *scientia iuris*.

I due giuristi cominciano subito con una chiara attestazione che realizza uno dei primi bilanci dell'unificazione legislativa. Riferendosi all'Ottocento, infatti, riconoscono come esso sia stato il tempo delle codificazioni e l'Italia non abbia potuto evidentemente "sottrarsi all'impero di questa fede": eppure, per quanto "degnamente di quanti vi dettero mano", il Codice "non fu privo, com'è naturale, di difetti e

²²¹ Una bibliografia completa delle opere di Brugi, che spaziano tra i settori più diversi, "dal diritto romano al diritto civile, alla filosofia del diritto, alle scienze sociali e storiche applicate alla riflessione giuridica", è contenuta in P. DE FRANCISCI, *Il diritto romano (Guide bibliografiche)*, Roma, 1923, p. 63 ss. Per un primo quadro biografico, invece, si vedano A. ASCOLI, *Biagio Brugi (Necrologio)*, in *Riv. dir. civ.*, 26, 1934, p. 485 ss., con particolari ragguagli sul suo periodo berlinese; S. TORRE, *Brugi, Biagio*, in M. STOLLEIS (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon, Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, 1995, p. 102 ss.; A. COLETTI, *Brugi, Biagio*, in *DBI*, XIV, 1972, p. 491 ss. Ancora su questi aspetti, cfr. L. LABRUNA, *Appunti su "società civile e Stato" in Biagio Brugi*, in *Index*, 16, 1988, p. 327 ss.; M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in *Quad. fior.*, 30, 2001, p. 364 ss. Nonostante l'indiscutibile influenza che il periodo tedesco esercitò su quel giurista, egli dimostrò ben presto una sensibilità storica e un approccio non sovrapponibili a quelli del modello pandettistico. La necessità di affrontare il diritto nella sua genesi storica era infatti accompagnata dal convincimento che fosse egualmente indispensabili individuare i punti di contatto tra dimensione giuridica e scienze politiche e sociali (così M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., p. 365 ss.). Da qui, un'analisi tesa a far risaltare la stretta relazione organica tra i vari settori della giurisprudenza insieme con le altre scienze sociali, come si legge anche in A. MASI, *Brugi, Biagio*, in *DBGI*, I, p. 342 ss. Sul peso che hanno avuto, per questo studioso, le scienze naturali, la sociologia e il positivismo filosofico cfr. E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 15 ss. ove bibl. Per ulteriori informazioni in ordine al contributo scientifico di Brugi si veda *infra*, nel testo.

²²² Cfr. V. SCIALOJA, B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano in relazione col diritto moderno, VII Congresso giuridico nazionale (Roma-ottobre 1911)*, Roma, 1911, p. 3 ss.

²²³ Fu proprio l'insegnamento del maestro trentino a stimolare in Brugi una recezione critica del metodo tedesco, alla quale contribuirono, almeno in parte, gli sforzi di traduzione e annotazione delle opere d'Oltralpe. Infatti, non si può dimenticare come egli fu partecipe, sotto la direzione di Serafini e di Cogliolo, della colossale impresa di traduzione del Commentario di Glück: cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette di Federico Glück, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia, già sotto la direzione di Filippo Serafini, Direttori Pietro Cogliolo e Carlo Fadda, Libro VIII, Tradotto e annotato dall'Avvocato Biagio Brugi, Professore nell'Università di Padova*, Milano, 1900.

lacune”²²⁴. L’evoluzione delle condizioni sociali, nonché “gli anni fecondi di nuove idee”, acuirono, a loro avviso, la generalizzata sensazione di inadeguatezza della risposta legislativa, tanto che l’interpretazione giurisprudenziale e forense del diritto positivo non fu mai letterale, ma “continua integrazione” di questo, così da costituire “accanto all’*ius* scritto nella legge un *ius receptum*, a cui talora conviene anche il nome di *ius controversum*”²²⁵. Il riferimento alla controversialità del diritto²²⁶, ora calato nell’ordinamento giuridico ottocentesco, era il preludio della questione veramente centrale:

“Il diritto romano deve essere considerato dirimpetto a questi diversi aspetti del diritto moderno. Una completa disamina di quel valore deve pesare sulla bilancia non soltanto ciò che esplicitamente insegnano i testi romani, ma il tesoro, non sempre a prima vista visibile, di abitudini mentali, di tendenze, di convinzioni che essi istillano a goccia a goccia nel futuro giurista. Ed è tesoro fruttifero”²²⁷.

La prima sensazione che potrebbero suscitare queste righe è quella di un estenuato encomio del diritto romano, attraverso la riproposizione di un metodo particolarmente fortunato tra XIX e XX secolo, in cui la costruzione di soluzioni e categorie congeniali

²²⁴ V. SCIALOJA, B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano*, cit., p. 4.

²²⁵ V. SCIALOJA, B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano*, cit., p. 6.

²²⁶ L’accostamento tra *ius controversum* e prassi giudiziaria dell’Italia unita doveva servire a tracciare una sorta di filo rosso che, dalla struttura casistico-giurisprudenziale del diritto romano, giungeva alla scienza giuridica nazionale. Ciò che veniva prospettato, dunque, era un tramandarsi di tecnica e ragionamento giuridico, senza soluzione di continuità, dai *prudentes* fino ai tribunali del proprio tempo. Ampii spunti di riflessioni – non direttamente inerenti il nostro tema, ma incidentalmente influenti sullo stesso – sono contenuti in L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea* (a cura di G. ROSSETTI), Torino, 2017, spec. p. 151 ss. Infatti, dopo alcuni contributi più specificamente romanistici, incentrati sulle caratteristiche strutturali del sistema casistico-giurisprudenziale romano, chiudono la silloge alcune interessanti pagine dedicate al rapporto tra “interpretazione casistica” e “scienza giuridica europea” e, più in particolare, alla rilevanza assunta dalla *scientia iuris* (dall’Autrice intesa come modello romanistico) quale imprescindibile strumento di razionalità.

²²⁷ V. SCIALOJA, B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano*, cit., p. 6.

alle esigenze del proprio tempo passava, senza cesure, per lo studio delle fonti antiche²²⁸.

A uno sguardo meno superficiale, tuttavia, è certamente più profondo e articolato il legame prospettato tra tradizione e Codice. Per rendercene conto, osserviamo più da vicino la relazione proposta da Scialoja e Brugi, nonché il precipuo *iter* argomentativo seguito. Il primo passo è una chiara specificazione delle loro premesse: i due maestri non vogliono certo dire che “tutto debba prendersi dal *Corpus Iuris*”; piuttosto, “il passato illumina il presente e segna le vie dell’avvenire”²²⁹, assumendo un insostituibile valore tecnico per studiare il diritto vigente in chiave più moderna che mai. Quella a cui alludono Scialoja e Brugi è prima di tutto una discendenza storica e logica:

“Le nostre leggi sono tuttora in larghissima parte ispirate al diritto romano ... Non si può intendere il sistema giuridico che sostanzialmente il Codice rispecchia, senza una completa padronanza della sua massima fonte che è il diritto romano”²³⁰.

Senza dubbio, rispetto ai toni più moderati dello Scialoja ottocentesco, qui si riscontra un atteggiamento più deciso e convinto; tuttavia, a livello contenutistico, non ci si discosta dalle posizioni precedenti. Infatti, nel congresso romano, i nostri due autori stabiliscono un preciso vincolo tra diritto romano e diritto moderno che non si esaurisce in una forzosa immanenza del primo nei confronti del secondo, bensì in una derivazione, prima di tutto logica, di quest’ultimo dalla tradizione più risalente. E con particolare riferimento al complesso tema delle lacune del diritto si sostiene che “il

²²⁸ È un’attitudine cui si è già fatto ampiamente cenno (cfr. *supra* nel testo) e che ha fatto parlare di una “fase romanistica” negli studi di diritto civile, imperante fino agli anni ’50 del XX secolo, momento in cui si sarebbe aperta la “fase commercialistica”: così 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, p. 974.

²²⁹ V. SCIALOJA, B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano*, cit., p. 7.

²³⁰ V. SCIALOJA, B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano*, cit., p. 9.

giurista moderno che prepara la soluzione del caso non deciso esplicitamente nella legge” dovrà “appropriarsi del metodo romano”²³¹ per la sua risoluzione. È quest’ultimo aspetto a rappresentare la vera peculiarità nell’approccio (soprattutto) di Scialoja: l’insistenza non tanto sulla vigenza attuale di istituti, regole e testi romani, quanto piuttosto sul valore persistente del metodo, delle operazioni logiche ed ermeneutiche degli antichi *prudentes*.

Dopo aver rilevato ciò, i due giuristi passano quindi a occuparsi dell’effettiva consistenza dei principi generali del diritto:

“Ed anche in quelle necessarie ascensioni ai principi generali del diritto, che son quasi il *deus ex machina* del codice civile, noi diciamo a ragione di cercar i principii generali del diritto italiano, ma questi si perdono all’apice quasi sempre in principi romani!”²³².

Compare nuovamente, ma con tratti più chiari e definiti, il ragionamento induttivo più volte richiamato da Scialoja: le generalizzazioni, definite nella prolusione camerte conformi e non esorbitanti la sfera del “diritto puro”, vengono adesso collegate e ridefinite. Senza dubbio, il primo elemento di confronto e di riferimento nel riempire di contenuto la vaga formula dell’art. 3 delle Preleggi, non può che essere il diritto positivo italiano, con i suoi più generali principi; tuttavia, ed è proprio questo il punto, nella maggior parte dei casi queste astrazioni non faranno altro rinviare al loro referente storico più diretto e immediato: il diritto romano.

Il riferirsi dei due giuristi ai “principi generali del diritto” come incarnazione storica del lascito antico segna il valore serbato dalla tradizione nell’Italia del Codice, nonché l’importante insegnamento che, ancora nel Novecento, la stessa offre agli studiosi di diritto (non solo dell’antichità). I toni accorti della prolusione camerte – già parzialmente mutati con la “scandalosa” dichiarazione di Scialoja dell’essere il diritto

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*.

romano un “diritto morto”²³³ – assumono definitivamente i tratti di una decisa presa di coscienza²³⁴: l’esempio del diritto romano e lo studio critico e consapevole delle sue fonti, consegnano ai giuristi del tempo un prezioso strumento giuridico da impiegare in ogni campo del sapere “nel più alto e nobile senso di questa espressione”²³⁵.

In un saggio di qualche anno più tardi²³⁶, Brugi torna nuovamente a parlare dei “principi generali del diritto”, ma questa volta i toni mutati: il giudice non è che un “legislatore che parla ... davvero una *viva vox juris*”²³⁷. Già da queste prime parole, appare difficile non scorgere il riflesso della persuasione brugiana che proprio nella stretta relazione organica tra i vari settori della giurisprudenza, e tra questa e le altre scienze sociali, potesse cogliersi la vera essenza del diritto²³⁸. A dominare questa

²³³ Cfr. V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, cit., p. 64.

²³⁴ Certamente – come abbiamo detto più volte – questo *modus operandi* verrebbe oggi tacciato di scarsa sensibilità storica. Ma non è nello storicismo che va rintracciato il tratto distintivo della cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento. Vi insiste, in numerosi suoi lavori, A. SCHIAVONE (ci riferiamo soprattutto a *Storiografia e critica del diritto: per una archeologia del diritto privato moderno*, Bari, 1980, p. 47 ss.; *Alle origini del diritto borghese*, cit., p. 61 ss.; *Un’identità perduta*, cit., p. 251 ss.): il primato della scienza giuridica era richiamato *in primis* in funzione antilegislativa, in particolare da quel ceto di intellettuali che intravedeva dietro l’onnipotenza del legislatore l’ombra del rischio rivoluzionario; nonché (se non soprattutto) per radicare il primato del diritto romano ben dentro la nuova Italia unita: un’antica sapienza, rigenerata dal lavoro di attenti interpreti, veniva posta al servizio dello Stato. Era, più che un problema di dottrina e di idee, “una questione di identità nazionale e di impronta da dare allo Stato e alla formazione delle nuove classi dirigenti”: così A. SCHIAVONE, *La storia del diritto*, cit., p. 737.

²³⁵ V. SCIALOJA, B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano*, cit., p. 7.

²³⁶ B. BRUGI, *L’analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in *Il dir. comm.*, 35, 1916, p. 263 ss. Per ulteriori lavori di Brugi nei quali viene toccato anche solo indirettamente il tema dibattuto, si rinvia a *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, in *Studi storici e giuridici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Catania, 1910, p. 4 ss.; *I principi generali del diritto e il diritto naturale*, in *Archivio giuridico*, 90, 1923, p. 166 ss.

²³⁷ B. BRUGI, *L’analogia di diritto*, cit., p. 266.

²³⁸ Il suo approccio metodologico, che non si esaurisce nella mera recezione del modello pandettistico, era dominato dal convincimento che le varie componenti del diritto andassero sì studiate nella loro genesi storica, ma che – osserva M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., p. 365 – di fronte alla “sfuggente decifrazione” delle trasformazioni si rivelava indispensabile individuare dei punti di contatto, *in primis* tra le varie aree del giuridico, nonché tra queste e le scienze politiche e sociali. Ulteriori spunti in merito alle ricadute delle teorie di Brugi sul modo di intendere i “principi generali del diritto”, sono in G. MARINO, *Biagio Brugi e il metodo storico nella determinazione dei principi del diritto*, in *Index*, 16, 1988, p. 299 ss.

ricostruzione è l'immagine di un giudice posto in posizione di sostanziale continuità e completamento rispetto all'opera legislativa: a questa tipologia di interprete sono da riferire gli strumenti ermeneutici provenienti dall'art. 3 delle Preleggi. Ma prima di specificare, a livello contenutistico, in cosa consistano effettivamente queste operazioni interpretative, Brugi traccia un parallelismo fra l'art. 3 delle Disposizioni Preliminari italiane, e l'art. 1 comma 2 del Codice Civile Svizzero²³⁹. Un simile paragone doveva servirgli proprio per sostenere e argomentare uno schema ermeneutico sganciato dai canoni ufficiali imposti dal Codice, lontano dal brocardo scialojano "*Aequitas legislatori, jus iudici magis convenit*"²⁴⁰.

Sulla base di tali premesse, e occupandosi più specificamente del problema delle lacune del diritto, Brugi giunge alla conclusione per cui il giudice italiano sarebbe stato tenuto a seguire "le stesse regole di logica giuridica"²⁴¹ del giudice federale e, pertanto, a procedere per generalizzazioni sino ad ascendere al principio generale della materia del caso concreto. Tornano i ragionamenti induttivi di matrice scialojana, ma questa volta calati all'interno di una costruzione in cui giudice, legislatore e giurista assolvono il medesimo compito, "quand'anche differente sia l'autorità politica di ciascuno di essi"²⁴². A ben guardare, l'approccio di Brugi rispetto ai "principi generali del diritto" non fa che testimoniare il suo tentativo, nient'affatto semplice, di conciliare la legge con una visione non formalistica dell'ermeneutica giuridica²⁴³. Anzitutto, simili

²³⁹ Completato nel 1907 ed entrato in vigore nel 1912; all'art. 1 delle Disp. Prel. si legge: "Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide seconda la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore". Per una rassegna delle tecniche di soluzione delle lacune previste dai diversi ordinamenti positivi, si veda C. HUBERLANT, *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, in C. PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit. Travaux du Centre national de recherche de logique*, Bruxelles, 1968, p. 32 ss.

²⁴⁰ Così cfr. G. MARINO, *Biagio Brugi e il metodo storico*, cit., p. 45 ss.; M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto*, cit., p. 729 ss.

²⁴¹ B. BRUGI, *L'analogia di diritto*, cit., p. 266.

²⁴² Cfr. G. MARINO, *Diritto, principi e giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento*, Napoli, 1990, p. 155. In termini non difforni anche M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., p. 389 ss. Più di recente, F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 155 ss., ove altra bibl.

²⁴³ Insiste più volte su questo punto M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., p. 454 ss.

principi non rappresentano il prodotto autoreferenziale del sistema di diritto positivo, bensì sono la compiuta espressione della realtà dei fatti e del loro possibile senso giuridico, purché inquadrati in quella linea storica che li ha preceduti. Il diritto romano, in quanto punto di partenza di una più complessa evoluzione, si rivela elemento di studio indispensabile al giurista quanto all'interprete²⁴⁴; tuttavia, il riferimento non va a presunte verità assolute e immutabili di un remoto passato, bensì a una realtà normativa elastica al punto da essere messa in continua discussione²⁴⁵. Per Brugi, i principi generali del diritto sono anteriori alla legislazione stessa, preesistono a essa, e gli articoli del codice non sarebbero che semplici conseguenze di questa tradizione precedente, dai quali, a loro volta, è possibile trarre altri e ulteriori effetti: è questo il ragionamento che dovrà essere compiuto in caso di lacune²⁴⁶.

Quanto al metodo, non si tratta di operare un meccanico processo mentale di astrazione logica, bensì di analizzare il materiale normativo in chiave storica, partendo proprio dalla lettura dei testi romani, primordio del bagaglio culturale e giuridico nazionale, per giungere sino ai primi del Novecento codificato.

In sostanza, il punto di arrivo del ragionamento brugiano non può che essere rappresentato dai “principi generali del diritto italiano”: elementi espressi nella nostra lunga e copiosa tradizione giuridica, recepiti dal legislatore unitario e riassunti nella formula di cui all'art. 3 delle Preleggi²⁴⁷.

²⁴⁴ Tale si rivelava certamente la conoscenza del *Corpus Iuris*, imprescindibile per comprendere la *ratio* del materiale giuridico moderno: così B. BRUGI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 164.

²⁴⁵ Un sistema in cui i tratti del *ius* romano venivano riproposti con profondo spirito critico e adeguati alle diversità del contesto giuridico italiano. Da qui l'invito del giurista, rivolto soprattutto ai romanisti, ad astenersi dall'applicare pedissequamente, “il diritto romano puro” (proprio quello già proclamato “morto” nella *Lettera aperta* di Scialoja), come pure “il diritto romano germanizzato” dei pandettisti tedeschi: G. MARINO, *Biagio Brugi e il metodo storico*, cit., p. 319.

²⁴⁶ Vedi B. BRUGI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 165.

²⁴⁷ *Ibidem*. Tuttavia, è bene ribadire come, nella produzione scientifica di Brugi, l'importanza assegnata alla tradizione giuridica non si sostanziò mai in un'acritica riproposizione della stessa. Ciò emerge pure se ci spostassimo dalla saggistica, per leggere qualche pagina delle copiose note a sentenza che l'autore dedicò al tema della risarcibilità dei danni morali. È questa una tematica estremamente vasta, impossibile da analizzare in questa sede poiché non pertinente; tuttavia, ancora utile è la rassegna di C.F. GABBA, *Note a corte di cassazione di Palermo – 23 febbraio 1895*, in *Foro it.*, 1896, p. 686 ss., ove sono trattate le varie nozioni di danno morale, nonché le diverse posizioni assunte a tal riguardo

Per quanto non perfettamente sovrapponibili, specialmente nel diverso modo di concepire il momento ermeneutico, Scialoja e Brugi si incontrano (almeno) su un punto quanto mai rilevante: il diritto romano è “morto” e la sua ricchezza, lungi dal ridursi nella pedissequa riproposizione di schemi antichi, va rintracciata altrove. La tradizione – emblematico esempio di sapienza alla luce della quale accostarsi all’impianto normativo vigente – andava incontro a una seconda vita. Questo nuovo ruolo del precedente giuridico romano non importava uno svilimento della tradizione, ma al contrario la rendeva perfettamente bilanciata e inquadrata entro lo spazio codificato ottocentesco. Il punto veniva colto con lucidità da Scialoja: del sapere antico era adesso consentito l’esame “anatomico”²⁴⁸, infinitamente più legittimo e fecondo rispetto a una sua ormai utopica vigenza.

Infine, a seguito della collocazione che stiamo dando a questi due giuristi, una precisazione appare imprescindibile: se può individuarsi un’“attualizzazione” dei testi del *Corpus Iuris*, anche per Scialoja e Brugi, essa assumeva la forma non tanto (o non sempre) di specifici segmenti di disciplina ricollocati entro assetti loro originariamente estranei (*rectius*, l’Otto e Novecento codificato), quanto della (ri)proposizione di una lezione che, veicolata attraverso l’impianto casistico del diritto romano, consegnava al giurista un metodo con cui approcciarsi allo stesso diritto moderno.

4. Un tacito riconoscimento nella critica di Salvioli

In questo quadro relativo alla scienza giuridica italiana fra Otto e Novecento, occorre vagliare anche quelle pagine apparentemente avverse alla linea di pensiero

dalla dottrina del tempo. Quanto a Brugi, si veda in particolare B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale (nota a Appello Milano 21/01/1921)*, in *Riv. dir. comm.*, 2, 1921, p. 449. In questa occasione, dopo un *excursus* sulla disciplina tradita nella *lex aquilia*, Brugi accoglieva con plauso la decisione dei giudici milanesi di superare il modello romano (fino ad allora imperante) per privilegiare le nuove esigenze della società nel suo continuo evolversi e mutare: “Ammessa una forma di società come quella in cui viviamo, la quale considera il denaro quale rappresentante di tutti i valori, ne viene che non sappiamo trovar niente di meglio, per compensare un dolore morale, che di servirci del denaro”.

²⁴⁸ V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, cit., p. 63.

esaminata finora (variamente centrata sulla persistente fruibilità del diritto romano) ma, in realtà, non troppo lontane sul piano delle categorie e dei problemi teorici. Il riferimento va, prima di tutto, a Salvioli²⁴⁹ e al suo discorso inaugurale tenuto presso l'Università di Palermo nel 1884²⁵⁰. La sua riflessione, seppur non esplicitamente inserita nel dibattito inerente l'art. 3 delle Preleggi, offre comunque spunti interessanti.

Nella prolusione palermitana sono senza dubbio ravvisabili acuni dei tratti distintivi della personalità scientifica di Salvioli: l'ideale riformista e solidarista²⁵¹, il continuo collegamento tra storiografia giuridica e contesto economico²⁵², l'argomento "gius-socialistico"²⁵³ e, più in generale, un eclettismo di fondo²⁵⁴. Questa pagina, definita da

²⁴⁹ Sul quale si vedano P. COSTA, *Il "solidarismo giuridico" di Giuseppe Salvioli*, in *Quad. fior.*, 3-4, 1974-1975, spec. p. 462 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 224 ss. Si concentra sulla posizione assunta da Salvioli rispetto al diritto romano G. CRIFÒ, *Sul contributo dei giuristi allo studio del mondo antico*, in *Ann. Macerata*, n.s. 1993-1994, p. 549. Cfr., altresì, A. MANTELLO, *"Il più perfetto codice civile moderno"*, cit., p. 357 ss.; M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica*, cit., spec. p. 47. Evidenzia la versatilità di questo giurista – studioso non solo di diritto – F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioli*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 417 ss. Da ultimo cfr. N. VESCIO, *Salvioli Giuseppe*, in *DBGI*, II, p. 1777 ss., ove altra bibl.

²⁵⁰ G. SALVIOLI, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, in *Le prolusioni dei civilisti (1873-1899)*, cit., p. 179 ss.

²⁵¹ Più in generale – come non mancano di sottolineare R. SALVO, *A 50 anni dalla morte: ricordo di Giuseppe Salvioli*, in *Nuovi quadreni del Meridione*, 1980, p. 243 ss., e P. GROSSI, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, 1988, p. 58 ss. –, la versatilità di questo giurista rispecchia in qualche modo la realtà intellettuale dominante nell'Europa del secondo Ottocento. Quella che F. MAZZARELLA, *Salvioli Giuseppe*, cit., p. 417 ha definito come "un'intricata rete di dottrine e teorie", dalla sociologia al positivismo, dal darwinismo al marxismo, sino all'idealismo.

²⁵² Vi insiste P. COSTA, *Il "solidarismo giuridico"*, cit., p. 462 ss., notando come economia e diritto furono, nella storiografia di Salvioli, due elementi strettamente legati tra loro in un rapporto di continuità. In termini analoghi, M.O. CUOMO, *Il contributo di Giuseppe Salvioli alla storiografia economica italiana*, in *Economia e storia*, 3, 1975, p. 366 ss., secondo il quale l'oggetto unitario d'analisi di questo giurista erano, prima di tutto, i rapporti sociali di produzione con le loro relative forme giuridiche.

²⁵³ Tanto che P. COSTA, *Il "socialismo giuridico"*, cit., p. 457 lo ha definito come uno dei più accreditati esponenti di quella "singolare, eterogenea, diremmo magmatica corrente" di pensiero che il socialismo giuridico abbia rappresentato. Le matrici culturali che fanno da sfondo al pensiero di questo giurista vanno rintracciate *in primis* nel positivismo, ma con cautele e sfumature tali da impedirne un'incondizionata accettazione (così, cfr. F. MAZZARELLA, *Salvioli Giuseppe*, cit., p. 418 ss.).

²⁵⁴ Su tale aspetto cfr. E.C. MAESTRI, *Alle origini della sociologia del diritto in Italia. Il contributo di Giuseppe Salvioli (1857-1928)*, in *Annali di Ferrara.*, 15, 2001, p. 203 ss.

qualcuno come il “manifesto intellettuale di una storiografia giuridica attenta anche al presente”²⁵⁵, fa pienamente affiorare non solo l’orizzonte entro cui si proietta lo studio di Salvioli, ma anche (e soprattutto) la linea metodologica da lui perseguita. Nella premessa il giurista si cimenta nell’arduo tentativo di tracciare i confini di ciò che è diritto, di determinare l’utilità di uno studio storico di esso, nonché di individuare i metodi che consentano un compiuto ed effettivo passaggio “dall’idea al fatto, dall’induzione alla sola deduzione”²⁵⁶.

Quanto al primo punto, il diritto viene definito come un processo organico ed evolutivo che, al pari di tutte le altre dinamiche naturali, è strettamente legato alle contingenze del tempo, storicamente determinato dalle abitudini socio-culturali del momento²⁵⁷. Occorre sottolineare come una simile concezione, essenzialmente “naturalistica” dei fattori storici²⁵⁸, sia scelta da Salvioli per la ricostruzione dell’intera identità giuridica nazionale. E il metodo che più si confà a questa concezione del giuridico non può che fondarsi sullo spirito d’indagine e “sull’attenzione al vero e al fatto”²⁵⁹. Vi è una chiara eco positivista dietro alla metodologia dell’autore, la quale, tuttavia, non esaurisce completamente la sua visione normativa²⁶⁰. Ciò apparirà ancora più evidente dal prosieguo:

²⁵⁵ Così N. VESCIO, *Salvioli Giuseppe*, cit., p. 1778.

²⁵⁶ Cfr. G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 179.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Così A. MARCHISELLO, *Il giudice, il diritto, la forza. Note sull’esecuzione della sentenza civile in epoca moderna*, in A. SCIUMÈ (a cura di), *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra Medioevo ed età contemporanea*, Torino, 2012, p. 65. Del resto, erano gli anni in cui si stava affermando l’idea che la vera conoscenza si fondasse solo sull’osservazione diretta dei fatti, e in questa prospettiva era necessario conoscere le leggi che regolavano le relazioni costanti e invariabili tra i fenomeni (naturali *in primis*). Come noto, fu poi il positivismo a introdurre lo stesso metodo di ricerca sperimentale e scientifica usato nelle scienze fisiche nell’analisi dell’uomo e del suo ambiente sociale, come evidenziato da A.M. DI STEFANO, “*Il diritto non è una scienza teorica ma un progresso organico e naturale*”: nuove prospettive per la Storia del diritto in Italia durante il XIX secolo, estr. da *Historia et ius*, 11, 2017, p. 12 ss.

²⁵⁹ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 179.

²⁶⁰ In Salvioli sarebbe riscontrabile un singolare connubio tra positivismo e giusnaturalismo (cfr., P. COSTA, *Il “socialismo giuridico”*, cit., p. 468; E.C. MAESTRI, *Alle origini della sociologia*, cit., p. 206 ss.; A. M. DI STEFANO, “*Il diritto non è una scienza teorica*”, cit., p. 18.), nonché il rifiuto di qualsiasi unilateralismo metodologico.

“Per noi ogni legislazione non è che il prodotto di usi, consuetudini e leggi preesistenti; essa contiene il risultato di una serie d’esperienze costanti, reiterate, e si presenta come una vera funzione attiva dello spirito nazionale, e una perfetta manifestazione della vita reale ... la vita giuridica di un popolo non è un prodotto senza ragione e senza antecedenti, non una raccolta di fatti, di formole e di leggi senza connessione”²⁶¹.

Sin dagli esordi, si comprende quindi il tentativo di Salvioli di evidenziare e trasmettere l’importanza dell’approccio storico nello studio della vita giuridica di un popolo, in cui ogni riflessione viene impostata in chiave evolutiva. Proseguendo su questa linea di pensiero, e dopo aver richiamato l’insegnamento tedesco con proprie valutazioni critiche²⁶², Salvioli giunge alla conclusione per cui l’esistenza del diritto, “artificiosa e complicata”²⁶³, non è che il frutto di una doppia scienza: del popolo e, più complessa, dell’esperto. Ogni popolazione, raggiunto un certo grado di complessità sociale, affida la propria produzione scientifica del diritto a un ristretto gruppo di esperti, senza per questo smarrire il filo conduttore che lega l’esperienza giuridica in divenire a quella ormai passata.

Questo è esattamente ciò che, nella riflessione di Salvioli, è avvenuto anche nell’Italia ottocentesca: la codificazione del 1865 ha preso il posto di una lunga tradizione previgente, all’interno della quale sarebbe erroneo guardare al solo diritto romano. Infatti, nella prolusione palermitana, i punti di riferimento sono molteplici e la ricostruzione storica dei precedenti legislativi e giurisprudenziali del Codice è ben più complessa di quanto si pensi. Dopo aver fatto riferimento alla legislazione

²⁶¹ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 181.

²⁶² Critica che compariva già in G. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice*, cit., p. 11 ss.; ID., *La teoria storica di Marx*, in *Riv. Sociol.*, 9, 1895, p.181 ss., ma giungendo fino a stigmatizzare il diritto romano nel suo complesso. Di quest’ultimo aspetto, però, non vi è più traccia nella prolusione palermitana.

²⁶³ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 182.

francese²⁶⁴, Salvioli richiama, come elementi ai quali rifarsi nell'interpretare il sistema legislativo ottocentesco, "il diritto romano, il germanico ed il canonico"²⁶⁵. Egli, consapevole dell'ampio studio che è stato compiuto soprattutto attorno al diritto romano, invita a soffermarsi anche sugli altri due insiemi, previgenti, di testi e materiali normativi, altrettanto emblematici per animare l'organismo giuridico moderno:

"Il diritto germanico e il canonico non solo per se stessi ma ancora per quella efflorescenza di letteratura giuridica che produssero, sono parte essenzialissima di quella coscienza scientifica che sola interviene per formulare il diritto nelle epoche di avanzata civiltà. Ad essi ... deve rivolgersi lo studio del civilista, estendendo le sue investigazioni oltre i confini del giure romano"²⁶⁶.

Non si tratta di demolire il diritto romano "puro", bensì di rivedere alcune tradizionali riflessioni aventi a oggetto questo diritto: Salvioli rifiuta quel tipico filo conduttore che, in modo più o meno evidente, aveva riunito alcune delle riflessioni giuridiche ottocentesche, tese a enfatizzare una assoluta continuità tra Codice e diritto antico (romano *in primis*); il suo invito è teso ad allargare l'angolo visuale verso laboratori storici altrettanto influenti sulla formazione culturale e giuridica italiana. Non può, in effetti, mancare, a suo avviso, lo studio di quel diritto scientifico che si andò formando nelle scuole italiane dal XII secolo in poi, adattandosi gradualmente alle esigenze dei vari paesi, allargandosi e divenendo il sostrato del diritto comune di gran parte d'Europa: senza considerare lo *ius commune* l'ottica rimarrebbe parziale, e perciò inesatta dal punto di vista storiografico²⁶⁷.

²⁶⁴ Con l'innegabile influsso che l'opera napoleonica esercitò su quella, successiva, italiana: cfr. G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 183. Sull'influenza esercitata dal Code su quello Pisanelli si è già detto nel Cap. I, § a, b (di questa Prima parte).

²⁶⁵ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 184.

²⁶⁶ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 185.

²⁶⁷ *Ibidem*.

A Salvioli va riconosciuto l'indubbio merito di aver rivolto un preciso monito prima di tutto agli interpreti, la cui attenzione non doveva essere rivolta soltanto al nucleo romano più risalente, ma ampliata e arricchita di ogni componente storica, linguistica e normativa, cui doveva essere riconosciuta eguale importanza nella ricerca giuridica²⁶⁸. La sensazione che suscita l'impostazione della sua prolusione appena trascritta, è indubbiamente quella di partecipare di un metodo in cui si desse conto non solo della "legislazione romana", ma anche dei "due millenni di storia, pieni di rivolgimenti sociali" che avevano inevitabilmente mutato "la fisionomia" del diritto romano e per buona parte costituiti dal "diritto canonico e germanico", la cui influenza era entrata nella "storia dei popoli latini e ne aveva profondamente alterato l'antico carattere"²⁶⁹.

Il vero intento dell'autore si colloca nella volontà di tracciare una netta distinzione tra diritto romano puro e la tradizione, successiva e composita, che studiò e lavorò intorno agli istituti e ai concetti propri di quel sapere antico, modificandolo e consegnandolo quindi ai posteri²⁷⁰. Ben si percepisce, inoltre, quell'ottica

²⁶⁸ A tal proposito, A. M. DI STEFANO, *Il diritto non è una scienza*, cit., p. 18, ha definito la prolusione palermitana di Salvioli una "preziosa lezione di storia del diritto italiano" per aver riportato l'attenzione (anche) sul diritto germanico e canonico, raramente menzionati nelle pagine di letteratura giuridica tra Otto e Novecento, ma entrambi di indubbia importanza storiografica.

²⁶⁹ Così G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 186.

²⁷⁰ Un'esigenza rimarcata più volte, quasi un secolo dopo, da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 457 ss., il quale denunciava la troppo frequente sovrapposizione di significati tra il sintagma "diritto romano" da un lato, e la "tradizione romanistica" dall'altro. Cautele non troppo diverse contro simili anacronismi erano auspiccate, qualche anno più tardi, in D. OSLER, *The Myth of European Legal History*, in *RJ*, 16, 1997, p. 393, che criticava la visione "teleologica" di uno sviluppo omogeneo della cultura giuridica europea, problematizzando alcuni aspetti reputati nodali della ricostruzione storiografica. Ma ciò significò, di volta in volta, la progressiva consapevolezza che quanto stava risorgendo rappresentava qualcosa di nuovo, di originale, rispetto al mondo giuridico antico che era stato guardato come modello di perfezione. Una pratica storiografica che portava con sé un'esigenza di pluralismo – presente *in nuce* nelle pagine di Salvioli – destinata a trovare nuovi (e proficui) sbocchi nel successivo consolidarsi di un filone di studi sulla cultura e sul pensiero giuridico medievale e moderno. (Sulla storiografia del pensiero giuridico moderno, per tutti, I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, in I. BIROCCHI, A. MATTONE [a cura di], *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione [secoli XVI-XIX]*, *Atti del convegno internazionale di Alghero 2004*, Roma, 2006, spec. p. 17 ss.; nonché R. SAVELLI, *In tema di storia della cultura giuridica moderna: "strade maestre" e*

evoluzionista entro cui viene inquadrato il diritto e dalla quale il giurista prende le mosse: il riferimento ai retroscena culturali del Codice del 1865 affievolisce i richiami al diritto romano “puro”, lasciando il posto alla tradizione (prevalentemente romanistica, ma non solo) che su quello ha costruito le proprie elaborazioni.

L’elemento giuridico cui Salvioli fa riferimento, esito di questo inarrestabile lavoro, è prima di tutto italiano: le radici si ravvisano in quella tradizione risultata “dell’uso moderno, *jus civile proprium*” così come gradatamente elaborata dalla “coscienza scientifica di giuristi e legislatori”, il cui prodotto non è che un diritto “prima di tutto nazionale”²⁷¹. Più nel dettaglio, egli parte dalle opere dei commentatori, comprese tra XIII e XIV secolo, per porre in luce quel primo e originario sostrato normativo che, attraverso l’opera di generazioni di giureconsulti, è pervenuto sino alle soglie dei codici²⁷². È in questo continuo e incessante mutare, in cui la cultura giuridica si veniva allargando “di secolo in secolo”, preparando i “materiali a tutte le codificazioni posteriori”²⁷³, che il diritto romano mostra la sua incontestata importanza storica: non in quanto astratta *ratio scripta*, ma centro del lavoro dei giuristi posteriori, i quali riuscirono a trasmettergli la “freschezza e la plasticità” che la sua “vetustà gli avrebbe (altrimenti) negato”²⁷⁴.

Da ciò derivano importanti conseguenze sul piano ermeneutico: è a questo diritto – “italianizzato”, entrato nelle scuole dei giuristi, comprensivo (anche, ma non solo) del diritto romano –, che dovrà riferirsi l’interpretazione dello “spirito e della parola della nostra legge”²⁷⁵. Significativa si rivela, allora, la persuasione di Salvioli che gli insegnamenti e le ricerche giuridiche non dovessero limitarsi a un inutile commentario

“sentieri dimenticati”, in I. GAROFALO [a cura di], *Scopi e metodi nella storia del diritto e funzione del giurista europeo*, Napoli, 2007, p. 95 ss.). Sul concetto di “tradizione romanistica” e sui problemi storiografici connessi al suo impiego, si rinvia a quanto già detto *supra*, soprattutto nel Cap. I di questa Parte Prima (cfr. nt. **11** e ss. ove bibl.).

²⁷¹ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 186.

²⁷² G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 187.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 188.

del diritto vigente, nell'anacronistica convizione che tutto il diritto stia nel Codice²⁷⁶, né a un'apologetica reminiscenza del diritto romano "puro", ormai troppo distante dalla pratica dei suoi giorni, per privilegiare quei preziosi secoli di esperienza e di dottrina, romana e germanica, così come rivisitata col trascorrere delle generazioni.

Inoltre (e questo è il punto maggiormente rilevante), il diritto romano, nella sua incontestata importanza storica, diventa componente normativa non della sola cultura giuridica italiana, bensì della legislazione nazionale²⁷⁷. Si può immediatamente intuire come la differenza non sia di poco conto: il legame con il codice civile vigente, in una simile ricostruzione, diviene ancor più stretto e immediato.

A questo punto, e trattando più specificamente dell'interpretazione del sistema legislativo vigente, Salvioli cerca di mostrare ove risieda esattamente l'efficienza del proprio metodo, soffermandosi sulle ragioni che impongono tanta perseveranza nell'indagine storica:

“La storia non va a ritroso, né vi può andare la giurisprudenza che è riflesso della vita reale quotidiana. Ma provare come istituti, disposizioni, massime abbiano il loro punto di partenza in costumi abbandonati, in aforismi fraintesi, in pratiche forensi già morte, in consuetudini giudiziarie perdute ... mostrare quello che deve essere rigettato e quale conservato, stabilire il modo con cui si

²⁷⁶ Si noti peraltro come, in più di un'occasione, Salvioli si fosse espresso in termini aspramente critici nel ricordare il (risalente) “movimento per la codificazione”, prima di tutto francese, definito nella prolusione di Palermo come “servilismo” inutile e anzi “controproducente” (cfr. G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 188) e disapprovato più volte in seguito, soprattutto negli anni palermitani. Sulla sua visione pesarono, del resto, le istanze del solidarismo: componente che, nei suoi scritti, assumeva tinte ideologiche estreme. Da qui, un'accesa critica in chiave classista che individuava nei Codici ottocenteschi l'acme della “borghesia grassa e ricca”, insieme di “leggi unilaterali” frutto del ceto detentore “del possesso fondiario”: parole tratte da una lettera che il giurista, nei suoi anni a contatto con il clima intellettuale e la realtà economica siciliana, scrisse all'economista tedesco Werner Sombart nel 1893 (lettera pubblicata per la prima volta in *Le capitalisme dans le monde antique: études sur l'histoire de l'économie romaine*, Paris 1906; ed. it. postuma di G. BRINDISI [a cura di], *Il capitalismo antico [Storia dell'economia romana]*, Bari 1929; le citazioni sono tratte dalla rist. successiva di A. GIARDINA [a cura di], *Il capitalismo antico [Storia dell'economia romana]*, Roma-Bari, 1985, p. LIX).

²⁷⁷ Cfr. G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 189 ss.

è formata l'odierna parte dottrinale, tutto ciò vuol dire somministrare al giurista e al legislatore sicuri criterii per apprezzare il carattere, l'indole, l'estensione delle dottrine giuridiche vigenti, vuol dire dare l'illustrazione meno fallace dei sommi principii come delle più minute disposizioni, e fornire a tutti, nelle difficoltà e incertezze che specialmente occorrono per l'interpretazione di un testo e la ricostruzione di un istituto, una norma direttiva ben più sicura e autorevole di quello che possa essere un rapporto di una commissione o un discorso di un ministro²⁷⁸.

Il cerchio, partito dalla critica alle inadeguate apologie del diritto romano, può dirsi adesso concluso. La ricchezza del metodo storico e l'importanza di interrogarsi sul precedente normativo, dal quale l'assetto moderno ha preso le mosse, non sono puro esercizio mentale privo di rilevanza e utilità pratiche, ma costituiscono le basi indispensabili della tecnica interpretativa. Ogni qualvolta l'esperto dovrà riflettere sul dubbio significato di una norma, o sull'esatta portata di un istituto giuridico, l'indagine non potrà fermarsi al sistema legislativo codicistico, evidentemente privo di direttive integrative e chiarificatrici, ma sarà opportuno andare oltre, ripercorrere gli antecedenti (romani e non solo) dai quali l'assetto attuale ha tratto origine.

Tutto ciò, al dichiarato fine di individuare i principi ispiratori delle singole materie, di stabilire i legami che concatenano la tradizione antica e posteriore con il presente, contribuendo così a determinare il contenuto e l'ampiezza dell'ordinamento legislativo italiano²⁷⁹. La storia diventa la componente fondamentale di un metodo razionale, non

²⁷⁸ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 193.

²⁷⁹ Non è certo la prima volta che nella letteratura giuridica ottocentesca il metodo (storico) finisce per sovrapporsi al ragionamento induttivo, con l'aperto obiettivo di individuare il "principio ispiratore". Si intende alludere, prima di tutto, a quelle progressive generalizzazioni e astrazioni che abbiamo incontrato prima in Scialoja, e poi ribadite con Brugi: procedimenti mentali che, a partire dall'analisi del *Corpus Iuris*, tendevano all'individuazione del principio generale (cfr., per tutti, G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena*, cit., p. 473 ss.: ce ne siamo già occupati *supra* al § c). In Salvioli, certamente, il referente storico non era mai solamente il *ius Romanorum* puro, ma l'esito ultimo al quale la sua metodologia aspirava era, comunque, il rinvenimento di un principio, seppur indotto dalla tradizione complessivamente considerata.

un inutile “teatro di diletto o una palestra pei curiosi”²⁸⁰. Si tratta, in definitiva, di un lavoro di “purificazione e selezione”²⁸¹ auspicato anche (e soprattutto) da quella scienza giuridica più legalista che accolse con plauso le moderne codificazioni, e finora rimasto irrisolto.

Nel rimarcare l’importanza dell’approccio storicistico, Salvioli si concentra in particolar modo su una fase dell’evoluzione culturale e giuridica europea, maggiormente significativa e chiarificatrice rispetto alle altre: il Medioevo, specialmente nelle sue fasi meno antiche e risalenti, nel momento in cui le correnti germaniche si mischiarono e fusero con la civiltà romana²⁸². È proprio quest’età di mezzo, a detta del giurista, a offrire il laboratorio più ricco di insegnamenti. Il metodo che ne sortisce non è indubbiamente estraneo o sconosciuto all’Italia ottocentesca, ma a suo avviso l’indagine è appena cominciata, dovendosi procedere con lo studio, altrettanto analitico e intenso, del *Corpus iuris antiqui Germanici*, del *Corpus iuris canonici*, oltre che degli Statuti, dei commentari e degli innumerevoli trattati che si sono andati accumulando nelle biblioteche italiane²⁸³.

Sicuramente, rispetto agli studiosi finora esaminati, in Salvioli la continuità del diritto romano subisce un notevole ridimensionamento, non rappresentando più quell’unico “filo rosso che legava la nazione italiana ai fasti dell’antica Roma”²⁸⁴.

Ora, pur non riferendosi espressamente ai “principi generali del diritto”, le parole di Salvioli offrono un’utile lezione di storiografia giuridica, riconoscendo un’importante funzione integrativa e interpretativa (anche) al diritto romano e alla tradizione romanistica. È proprio questa vastità di vedute che induce a contemplare Salvioli insieme a coloro che, seppur con varietà di posizioni, guardano al diritto antico come inesauribile fonte di studio, in relazione al moderno sistema codificato.

Un riconoscimento tacito all’utilità del diritto romano, rilevabile tra le righe della

²⁸⁰ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 195.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 198.

²⁸³ G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., p. 200.

²⁸⁴ Così A.M. DI STEFANO, “*Il diritto non è una scienza teorica*”, cit., p. 17.

critica, si ripresenta del resto anche in un ulteriore intervento dell'autore, di poco successivo alla prolusione palermitana, avente a oggetto i difetti della codificazione unitaria del 1865, dal punto di vista della giustizia sociale²⁸⁵. La critica del giurista si levava contro il Codice, il complesso delle leggi vigenti, oltre che nei confronti dell'allora progetto di codice civile tedesco, e non risparmiava lo stesso diritto romano²⁸⁶, apertamente dichiarato come il nemico delle classi operaie, espressione di un "crudo assolutismo, una libertà egoistica e dispotica"²⁸⁷. Simili caratteri erano stati, a suo avviso, recepiti senza particolari cesure nell'assetto legislativo ottocentesco, dando luogo a una chiara "comunione di tendenze"²⁸⁸ tra diritto romano e vita giuridica moderna. Proprio questa omogeneità, evidenziata nella sua chiara accezione negativa, avrebbe permesso l'applicazione del complesso normativo romano alla società di fine secolo. Vi segue peraltro una delimitazione del giudizio, riferito solamente a quella parte del sapere antico che "può avere attinenza con le classi operaie", a loro dichiaratamente nemico, chiara espressione della prevalenza "del più forte sul più debole"²⁸⁹.

Al di là della forte connotazione ideologica che guida la riflessione – e nonostante gli obiettivi di critica sociale perseguiti dallo studioso²⁹⁰ –, è incontestabile la

²⁸⁵ G. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice*, cit., p. 3 ss.

²⁸⁶ Sul punto, e con particolare riferimento al giudizio di Salvioli sul diritto romano, si vedano G. CRIFÒ, *Sul contributo dei giuristi*, cit., p. 549 ss.; A. MANTELLO, "Il più perfetto codice civile moderno", cit., p. 389. In generale, viene posto in evidenza come la critica del giurista nei confronti dell' *ius Romanorum* fosse il frutto (almeno in parte) dell'ideologia solidaristica, che conduceva Salvioli a stigmatizzare quell'antico diritto in quanto presunto padre fondatore di un pericoloso individualismo. Ampii spunti in tale direzione sono offerti da F. MAZZARELLA, *Salvioli Giuseppe*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 417 ss. Infine, cfr. le ulteriori considerazioni di E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 43, nt. 171. Del resto, simili censure ricorrono anche in ulteriori pagine di questo giurista, sulle quali vd. *supra*, spec. nt. 292.

²⁸⁷ G. Salvioli, *I difetti sociali del codice civile*, cit., p. 11.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ I quali incrociano fenomeni molto complessi e strettamente connessi tra loro: il socialismo giuridico e il solidarismo. Una trattazione approfondita di queste tematiche ci condurrebbe lontano dal nostro tema, ma quanto meno un accenno è indispensabile per comprendere al meglio gli obiettivi che muovevano la riflessione dell'autore della prolusione palermitana. Basti anzitutto evidenziare come, dagli anni Ottanta dell'Ottocento, si registrano significativi fermenti. Sono gli anni in cui Enrico

riproposizione di un motivo diverso e ulteriore, o comunque peculiare, rispetto alla semplice stigmatizzazione del *ius* romano a favore del legalismo: un atteggiamento che, proprio dietro alle obiezioni, pone in luce la persistenza del legame tra diritto romano e modernità.

5. L’“influenza benefica” del diritto romano in Bonfante

Nuovamente nel segno di una comparazione che privilegia i punti di contatto tra Codice e diritto romano, per il tramite dei “principi generali del diritto”, ci sembra di poter collocare Pietro Bonfante²⁹¹. In questa figura di giurista l’inclinazione attualizzante – o, come si è detto, la tensione a dar vita a un diritto “romano-

Cimbali (*Lo studio del diritto civile negli Stati moderni: prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881*, Roma, 1881, poi in ID., *Studi di diritto civile*, Torino 1900², p. 13 ss.) criticava l’impostazione individualistica della legislazione unitaria, rimarcando, qualche anno dopo, il “desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in tutte le sfere molteplici della vita” (ID., *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, 1885, p. 3) che stava interessando l’intera penisola. Le parole di Cimbali, del resto, rispecchiavano un particolare fenomeno – seppur alquanto variegato – che stava attraversando la cultura giuridica europea: il nocciolo duro era la c.d. “questione sociale”. Un simile fervore in Italia incontrò anzitutto il *favor* di un giurista come Achille Loria, il quale per primo parlò di “socialismo giuridico” nella penisola. Il termine, peraltro, derivava da un’espressione già circolante in Europa: il c.d. “Juristen Sozialismus” riferito a Anton Menger (cfr. A. MENGER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart, 1886, tradotta qualche anno dopo in Francia [edizione dalla quale si cita] da E. MILHAUD [a cura di], *Le droit au produit intégral du travail : étude historique*, Paris, 1900, spec. p. 157 ss.). Dietro alla “questione sociale”, il panorama scientifico italiano era ampiamente differenziato, non riducibile a un filone unitario; tuttavia, i fattori aggreganti, a detta di Loria, confluivano nell’intento “di assoggettare il diritto vigente a una critica rigorosa” da un lato, ed “elevare le classi lavoratrici” e provvedere alle “iniquità del sistema economico” dall’altro (così A. LORIA, *Socialismo giuridico*, 1893, ora leggibile in *La scienza del diritto privato*, 2, 1984, p. 519). Buona parte della scienza giuridica non accolse con entusiasmo le esortazioni di questo studioso, a cominciare proprio dal nome “socialismo giuridico” (si vedano, per esempio, le parole critiche impiegate da E. VIDARI, *Sul “socialismo giuridico” del Prof. Loria, 1893*, ora in “*La scienza del diritto privato*”, cit., p. 577 ss.).

²⁹¹ Su questa complessa figura di studioso si vedano almeno L. RAGGI, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *RISG*, 90, 1955-56, p. 571 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, p. 1 ss.; ID., *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell’800*, Roma, 1994, p. 260 ss.; ID., *Bonfante Pietro*, in *DBGI*, I, Bologna, 2013, p. 292 ss. ove altra bibl. Cfr. anche A. MANTELLO, *Per una storia della giurisprudenza romana. Il problema dei “miscelliones”*, Milano, 1985, spec. p. 192 s.; A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 287 ss.; M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica*, cit., p. 25 ss.

borghese”²⁹² –, non riuscì a soffocare la sensibilità storica che lo condusse a sviluppare ulteriormente gli insegnamenti del suo diretto maestro, Scialoja²⁹³. Quella bonfantiana, infatti, è una ricerca alquanto composita, in cui non manca l’attitudine a confrontarsi con saperi ulteriori, non appartenenti al mondo del diritto²⁹⁴. Ma è il collegamento persistente tra il “carattere organico e vivo” degli istituti di diritto e la storia, intesa però come “scienza naturalistica e non come disciplina letteraria”²⁹⁵, a rappresentare il punto di riferimento costante e principale della sua produzione scientifica²⁹⁶.

Più nel dettaglio, e nei limiti del materiale maggiormente rilevante per il nostro tema, ci sembra di poter suddividere la ricerca di questo studioso in tre macro-argomenti. Il primo è strettamente collegato al problema dell’interpretazione e al momento ermeneutico in generale²⁹⁷. La sua trattazione ci conduce al secondo ambito, più direttamente riferito al rapporto tra l’art. 3 delle Preleggi e il diritto romano²⁹⁸.

²⁹² Cfr. A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese*, cit., p. 61, che per Scialoja e Bonfante parla di una versione italiana del “diritto romano-borghese”. Si vedano anche le considerazioni già svolte al § 3, nonché quanto detto, in questa Parte Prima, al Cap. I, spec. nt. 45).

²⁹³ Infatti, rispetto alla produzione scientifica di Scialoja (sulla quale vd. *supra*, al § 3), quella di Bonfante è arricchita da svariati tentativi di ricostruzione di figure giuridiche arcaiche. Lo testimonia il suo lavoro giovanile dedicato alla distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* (cfr. P. BONFANTE, *Res Mancipi e nec Mancipi*, Roma, 1888-1889, p. 1 ss.) ove l’autore consegna un affresco, rigorosamente argomentato, della vasta congerie di fenomeni che nel diritto quiritario si legavano ai concetti di “*Mancipium*” e, più in generale, di “*manus*”. Si tratta di pagine destinate a condizionare per lungo tempo la letteratura storico-giuridica in materia. Riflessioni che, del resto, non mancano di essere ribadite e approfondite anche in ID., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* (“*Res Mancipi*” e “*res nec Mancipi*”), in *Scritti giuridici vari*, II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, spec. p. 144 ss.

²⁹⁴ Si fa riferimento ai contatti con la sociologia e con le scienze naturali, ma anche agli approfondimenti di temi privi di ricadute immediatamente pratiche: su tutti questi aspetti, cfr. E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 14 ss., nt. 56 ove bibl.; G. SANTUCCI, “*Decifrando scritti che non hanno nessun potere*”, cit., p. 64 ss. e F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)*, in *Legal Roots*, 6, 2017, p. 243 ss.

²⁹⁵ In una pagina di P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1934⁴, p. 13.

²⁹⁶ Nella quale – pur non revocando in dubbio che “la valorizzazione di una nuova vocazione più propriamente storiografica della ricerca romanistica non smentisce la connessione tra diritto romano e diritto civile, ma anzi la rafforza” (così A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 288) – traspare una “sensibilità storica più pronunziata di quanto potremmo supporre” (E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., p. 39), particolarmente nitida nelle pagine della sua *Storia*.

²⁹⁷ Cfr. P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto (Prolusione letta nella R. Università di Parma il 23 gennaio 1895)*, ora in *Le prolusioni dei civilisti (1873-1899)*, I, cit., p. 901 ss.

²⁹⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, p. 107 ss.

Infine, non si potrà prescindere da un esame circa il metodo storico-giuridico introdotto da Bonfante e da lui definito “il più razionale e scientifico tra i possibili”²⁹⁹.

Quanto al primo ordine di tematiche, il punto dal quale Bonfante prende le mosse nella prolusione parmense del 1895 è la determinazione del ruolo effettivamente svolto dalla scienza giuridica nella formazione progressiva del diritto odierno. Egli chiarisce immediatamente come, secondo la logica e l’assetto dei propri tempi, né l’ermeneutica genericamente intesa, né *a fortiori* l’*analogia legis* e *iuris* costituiscono opera creatrice di diritto da parte del giurista: altrimenti non si tratterebbe più di interpreti bensì di “usurpatori” del potere legislativo³⁰⁰. Ma ciò non sminuisce certo, a suo avviso, il momento interpretativo. Infatti, non vi è istituto che non si debba, in una parte o in un’altra, “integrare”, ed è merito “della scuola moderna di aver, per così dire, organizzato il ragionamento analogico, riducendo il diritto a sistema”³⁰¹.

Più nel dettaglio, l’intento di rivendicare la centralità del ruolo dell’interprete moderno e delle sue funzioni, si lega a una peculiare rilettura del lavoro degli antichi *prudentes*. Ci riferiamo a quella stretta comparazione tra *interpretatio* romana ed ermeneutica moderna che procede tra continuità – tanto che, seppur “più elevata, più libera” di quella odierna, l’attività del giureconsulto viene definita, almeno nell’*incipit*, una tipologia di “interpretazione teleologica”³⁰² – e differenze (laddove, solo qualche pagina dopo, l’autore parla della *iurisprudencia* romana come “*fons iuris*”)³⁰³. Ed è proprio alla *iurisprudencia* che Bonfante si riferisce, e della quale auspicherebbe il recepimento nell’Italia del suo tempo, nel prosieguo della sua prolusione. Una simile attività non è che uno strumento, un mezzo per raggiungere un fine ben più raffinato: adattare gli strumenti normativi esistenti e, se del caso, crearne di nuovi per realizzare

²⁹⁹ Cfr. P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto (Prolusione, Roma, 1917)*, ora in *Le Prolusioni dei civilisti (1900-1935)*, II, cit., p. 1616.

³⁰⁰ Cfr. P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., p. 906.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Le citazioni sono tratte da P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., p. 907.

³⁰³ P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., 909.

la *ratio legis*. Il che integra una vera e propria produzione normativa³⁰⁴.

Le implicazioni di un simile argomentare sono certamente incompatibili con l'ordinamento giuridico ottocentesco e proprio all'esigenza di ridimensionarne la portata rispondono le successive parole di Bonfante: questa "attività creatrice non ha un'estensione pari a quella di un organo legislativo perfetto", non potendo trasformare in legge ogni "postulato di equità", ma le sarà possibile piegare e adattare "all'equità sociale ogni principio del diritto vigente"³⁰⁵. Infatti, prosegue l'autore, pura illusione sarebbe voler attribuire e riconoscere una simile funzione creatrice all'interprete moderno, troppo lontano dal prototipo del giureconsulto romano³⁰⁶: al giurista di fine Ottocento, piuttosto, spetterà solo "esplicare il pensiero del legislatore"³⁰⁷.

Ora, il riferimento ricorrente all'interpretazione secondo la *ratio*, sembra voler insinuare il dubbio dell'esistenza di una modalità ermeneutica che fuoriesce dai suoi confini – i quali, peraltro, appaiono alquanto fluidi nella prolusione parmense – per giungere ai limiti della creazione del diritto³⁰⁸. E sorvolando con estrema facilità sulle

³⁰⁴ Cfr. P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., 910 ss.

³⁰⁵ P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., 909. I riferimenti, ancorché *per incidens*, all'equità non devono certamente stupire: sono questi gli anni in cui i giuristi iniziavano a misurarsi con tematiche di teoria generale del diritto, tra le quali l'equità aveva senza dubbio un ruolo privilegiato. Affrontato per la prima volta, ampiamente, nella nota prolusione camerte di Scialoja (sulla quale vd. *supra*, al § c), l'argomento equitativo tornava qualche anno più tardi in quella maceratese di Fadda (*L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, sulla quale cfr. *infra*, Parte I, cap. III) e, in termini ancor più generali, in un lavoro del 1923 di Biagio Brugi (*L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 449 ss.).

³⁰⁶ P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., 909.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ In questo particolare contesto, mi sembra che il vizio emerga nell'accostamento di due aree semantiche, evocate rispettivamente dall'"*interpretatio*" degli antichi e dall'"interpretazione" dei moderni, in realtà non perfettamente sovrapponibili. Su questo punto, L. LANTELLA, *Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge*, In *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli, 1997, p. 559 ritiene possibile "gettare un ponte tra i due termini". Diversamente cfr. E. STOLFI, "*Bonae fidei interpretatio*". *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, p. 79 ss., e C. BALDUS, *Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts*, in KARL RIESENHUBER (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, III, Berlin, 2015, p. 29 ss., il quale rimarca invece la diversità tra "*interpretatio*" e "interpretazione". Si veda anche ID., *Interpretatio e auctoritas. Diritto e potere a Roma fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in C. ALTINI, P. HOFFMANN,

differenze logico-giuridiche intercorrenti tra produzione e interpretazione del diritto – distinzioni che si acuiscono se l’approccio diviene diacronico –, Bonfante sintetizza la rivendicazione di centralità del giurista nell’auspicio che proprio quella interpretazione teleologica, dall’ampiezza così mobile, torni nelle mani dello studioso come un tempo lo era in quelle dei *prudentes*³⁰⁹. L’attività ermeneutica, in definitiva, dovrebbe rivelarsi appannaggio esclusivo, o almeno prevalente, della dottrina.

Tale assunto viene dall’autore corroborato da considerazioni ulteriori, che guardano alla ritenuta incapacità del legislatore moderno di perseguire un’attenta evoluzione del diritto privato³¹⁰. A proposito di questa notazione, Bonfante osserva come i tentativi di adattamento della struttura legislativa al divenire sociale, fino a quel momento si fossero compiuti “con un moto assai lento e troppo irregolare”³¹¹. Ed è proprio all’esito di queste constatazioni che si inserisce l’accurato invito, rivolto all’interprete, a riappropriarsi delle sue specifiche funzioni, così da consentire un’evoluzione del diritto attenta alle necessità sociali³¹².

In questa visione del momento interpretativo – ove, come abbiamo visto, la *ratio legis* che l’esperto dovrebbe perseguire non viene intesa modernamente, nel senso di semplice esplicazione del dettato normativo esistente, bensì nei termini più ampi che l’accostamento tra questa e il giurista antico ha inteso evocare – un indispensabile contributo, pratico e teorico, è offerto proprio dal diritto romano:

“Il diritto romano non ebbe mai forse un’epoca in cui più che nella presente potesse esercitare una influenza benefica e una virtù rigeneratrice nel pensiero”³¹³.

J. RÜPKE (eds.), *Issues of interpretation. Texts, Images, Rites*, Stuttgart, 2018, p. 17 (ove bibl.), ove i due termini sono infatti definiti “falsi amici”. Sul concetto di interpretazione teleologica od orientata allo scopo (*télos*), da ultimo, cfr. E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista*, cit., p. 148 ss.

³⁰⁹ Cfr. P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., p. 918 ss.

³¹⁰ P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., p. 918.

³¹¹ P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, cit., p. 918.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

È qui che viene per la prima volta introdotta l'idea di una "influenza benefica" che gioverà a spiegare la concezione del ruolo del lascito romano in relazione al diritto attuale. La teoria dell'interpretazione di Bonfante, tratteggiata in termini generali nella prolusione parmense del 1895, viene rimeditata in rapporto diretto ai "principi generali del diritto" in uno scritto di poco successivo, il manuale del *Diritto romano*³¹⁴. La premessa indispensabile attiene al ruolo della tradizione nell'Italia del codice:

"Il diritto romano, l'eredità più veneranda dell'antica civiltà ... ha si può dire, due storie: l'una entro l'antico popolo nel quale sorge e si sviluppa, accompagnandone l'espansione e riflettendola nella felice evoluzione degli istituti primitivi; l'altra nel mondo moderno, cui si impone per la grandezza del suo nome e la signorile ricchezza ed elasticità delle sue forme"³¹⁵.

L'antico *ius* viene visto non come frutto "della mente d'un legislatore", bensì "prodotto organico"³¹⁶, portato naturale della vita di un intero popolo, che varia ovviamente assieme all'evoluzione della realtà sociale. Dal contenuto di questo lavoro emerge un laborioso tentativo di mantenere la vitalità degli studi romanistici in aperto dialogo con il diritto moderno. Le linee fondamentali dei singoli istituti romani, nel loro tratto originario e poi giustiniano e postgiustiniano, sono state trasfuse "quasi interamente ... nei nostri codici", tanto che "i principi generali di diritto, cui si richiama espressamente il codice civile nell'art. 3 delle Disposizioni Preliminari ...

³¹⁴ P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, p. 1 ss. Un testo che pur nella sua brevità appariva "denso e pieno di spirito" a V. SCIALOJA, *Un maestro: Pietro Bonfante*, in *L'illustrazione italiana*, 1, 1933, p. 136; sul quale si pronunciava anche P. DE FRANCISCI, *Commemorazione di Pietro Bonfante e celebrazione del centenario giustiniano*, in P. CIAPESSONI (a cura di), *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia*, Pavia 1934, p. XXXVII, definendolo come "l'opera più originale e poderosa nella sua meravigliosa unità", e che per E. VOLTERRA, *Pietro Bonfante*, in *Genus*, 2, 1937, p. 371, costituiva "una geniale sintesi in cui è tratteggiata l'evoluzione del diritto romano".

³¹⁵ P. BONFANTE, *Diritto romano*, cit., p. 1.

³¹⁶ P. BONFANTE, *Diritto romano*, cit., p. 104.

(sono) largamente impregnati di diritto romano” e trovano “nella penetrante e concisa logica del Digesto la più sicura esplicazione”³¹⁷.

Senza dubbio, della linea “Serafini-Buonamici-Scialoja”, Bonfante rappresenta il punto di massima ascesa del dibattito attorno ai “principi generali del diritto”. Infatti, senza lasciare spazio ad alcun dubbio, Bonfante è tranchant nel disegnare i rapporti tra lascito antico e art. 3 delle Preleggi. Terminata la stagione della sua immediata vigenza, il diritto romano rientra adesso nell’ordinamento giuridico con una funzione del tutto nuova, eminentemente integrativa e suppletiva, oltre che esplicativa: la sua rilevanza pratica risorge nella veste dei “principi generali del diritto”, i quali trovano il primo referente proprio nella millenaria vitalità del *ius Romanorum* e della sua posteriore rimediazione.

Una volta stabiliti i rapporti tra art. 3 delle Disposizioni Preliminari e tradizione previgente, è interessante scoprire quale sia l’approccio metodologico impiegato da Bonfante nello studio del vasto repertorio di diritto romano. A venire in aiuto è la nota prolusione romana del 1917, il cui titolo fa già intendere molto delle intenzioni dell’autore: *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*³¹⁸. Qui l’Autore presenta tale metodo “naturalistico” soprattutto come grande progetto della romanistica italiana del nuovo secolo³¹⁹. Proprio da qui trarrà origine la querelle con Giovanni Gentile e l’ispessirsi di quella con Benedetto Croce³²⁰.

³¹⁷ P. BONFANTE, *Diritto romano*, cit., p. 107.

³¹⁸ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico*, cit., p. 1616 ss.

³¹⁹ Si trattava di un motivo già ampiante circolante nella cultura giuridica nazionale, in cui l’esigenza di accentuare la continuità con la tradizione attraverso il “metodo naturalistico” rispondeva al più urgente bisogno di ricostruire l’identità giuridica italiana (in questi termini C. PETIT, *Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 742 ss.). Osservazioni ribadite in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Bonfante Pietro*, cit., p. 294, ove si evidenzia come il metodo di studio proposto da Bonfante non si mostrasse poi troppo distante da quell’alveo di ricostruzioni, dai toni certamente variabili ma ormai da tempo consolidate, evolucionistiche e comparativistiche. In senso non difforme, più di recente, G. PACE GRAVINA, “Una Cattedra nuova di materia nuova”: *Storici del diritto in Italia dall’Unità alla Grande Guerra*, in *Storia del diritto*, cit., p. 53 ss.

³²⁰ Come noto, il *casus belli* era proprio quel “metodo naturalistico” entro cui veniva sublimarsi la sensibilità di Pietro Bonfante per i rapporti tra diritto e società e sul quale insisteva già M. BRETONE, *Il “naturalismo” del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo*, 5, 1959, p. 275 ss. Per una recente messa a punto sulla polemica, cfr. C. CASCIONE, “Addendum” *epistolare alla polemica Bonfante “versus”*

Domina, in Bonfante, la generale impostazione evoluzionista entro cui è calata la ricostruzione storico-giuridica, e alla quale si ricollega la visuale comparativistica, riferita ai vari settori del sapere e in particolare delle scienze sociali³²¹. Più in particolare, la sua ambizione era quella di “portare molto più avanti le prospettive storicistiche apertesesi un secolo prima e indirizzarle verso i loro inevitabili, ultimi sviluppi”³²².

È interessante rilevare come l’impianto di questo giurista sembri il frutto di una “curiosa mescolanza”: da un lato Savigny viene richiamato come maggior punto di riferimento per giustificare la trasposizione nel campo storico-giuridico delle idee lamarckiane; al tempo stesso, però, il discorso intorno alla giurisprudenza romana non segue più la visione savignyana tipica, convinta nell’individuare nell’epoca severiana la più elevata formazione giurisprudenziale romana, bensì, adeguandosi ai risultati storiografici a lui più vicini, tende a privilegiare sempre più l’età adrianea a tutto svantaggio delle epoche successive³²³.

Quella di Bonfante è un’opera emblematica, in cui l’ampiezza delle ricerche si accosta al tentativo di collocare il *ius* romano entro un ambito di studi più ampio rispetto ai confini tradizionali. Ma se il Bonfante della prolusione parmense trae

Croce (e Gentile), in K. MUSCHELER (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2011, p. 97 ss. Da ultimo, F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia*, cit., p. 243 ss., che giustamente rimarca l’esigenza di leggere la polemica in stretta attinenza alla temperie culturale del tempo in cui si stava consumando, proprio in quegli anni, la contrapposizione tra positivismo e neoidealismo. Cfr. anche nt. 311 ove altra bibl.

³²¹ La prolusione romana di Bonfante, infatti, rappresenta senza dubbio una delle espressioni più coerenti e compiute di questa concezione evolutiva, in cui vengono enunciate, in modo pienamente consapevole, le linee portanti della metodologia “naturalistica” della ricerca storico-giuridica: così, tra i molti, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent’anni dalle “Res Mancipi”*, cit., p. 136 ss.; A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 289 ss.; G. SANTUCCI, *“Decifrando scritti che non hanno nessun potere”*, cit., p. 64 ss. Una narrazione in cui l’elemento giuridico si fonde con quello sociologico, in un nesso quanto mai stretto tra norma e ambiente (cfr. M. BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 6, 2015, p. 59 ss.).

³²² Citiamo letteralmente L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent’anni dalle “Res Mancipi”*, cit., p. 142.

³²³ Aspetto rilevato da A. MANTELLO, *Per una storia della giurisprudenza*, cit., p. 180 ss., con considerazioni ulteriori circa i rapporti tra età adrianea e severiana. Sull’opera complessivamente considerata si veda M. BRUTTI, *Costruzione giuridica*, cit., p. 61 ss., il quale legge in questa pagina di Bonfante una decisa emancipazione dalla scuola storica tedesca.

prevalentemente spunto dagli insegnamenti di Savigny³²⁴, al contempo, in quella stessa occasione, riconosce nella mancata identificazione del cambiamento la parte più debole di quelle stesse teorie. È proprio questo aspetto ad aprire la strada a un discorso in parte nuovo, che troverà il proprio punto di arrivo nella prolusione romana del 1917³²⁵. Sarà proprio in quell'occasione che Bonfante parlerà di “leggi organiche dell'evoluzione” per collegare il divenire sociale al percorso millenario del diritto romano: adesso sarebbe stato veramente possibile ricostruire il primato storico di quell'antico sapere³²⁶. Il continuo divenire, senza tradursi mai in una mera trasposizione dei canoni evoluzionistici sul terreno del diritto, conviveva perfettamente con la possibilità che la storia di un istituto, o di una struttura, potesse rivelare al suo interno specifici residui normativi di epoche passate³²⁷.

In sintesi, dai metodi di Bonfante sembrava potersi trarre una nuova legittimazione dello studio del diritto romano, in cui la storia del *ius* coincideva con la genesi stessa del concetto di nazione e di Stato-nazione: “la storia del diritto romano è la storia della formazione del popolo italiano”, affermava l'Autore³²⁸. Da ciò discendeva un irrobustimento del primato romanistico, i cui più fedeli cultori divenivano veri e propri “intellettuali-guida”³²⁹. A uscirne rafforzato era indubbiamente il giurista: “la scienza del diritto non può svolgersi se non per opera dei giuristi ... giuristi in cui lo spirito scientifico prevalga sull'abito dialettico”³³⁰. La figura di scienziato del diritto a cui pensava Bonfante, dunque, si pone in aperto dialogo con il lascito antico³³¹.

Volendo provare a trarre qualche conclusione, quella di Bonfante è senza dubbio

³²⁴ “Il vanto più insigne della scuola storica è l'aver dato il primo e geniale impulso alla formazione d'un concetto naturalistico del diritto”: P. BONFANTE, *La giurisprudenza*, cit., p. 917.

³²⁵ Non è possibile in questa sede soffermarsi sull'“evoluzionismo” di Bonfante. A sostegno di quanto affermato si rinvia alla ricostruzione, particolarmente efficace, di M. BRUTTI, *Costruzione giuridica*, cit., spec. p. 81 ss. ove bibl.

³²⁶ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico*, cit., p. 1627.

³²⁷ Sull'influenza dell'evoluzionismo, e in particolare quello lamarckiano, sul pensiero di Bonfante, cfr., per tutti, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent'anni dalle “Res mancipi”*, cit., p. 146 ss. ove bibl..

³²⁸ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico*, cit., p. 1617.

³²⁹ Così in una pagina di A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit. p. 289.

³³⁰ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico*, cit., p. 1633.

³³¹ *Ibidem*.

una riflessione composita in cui sembra profilarsi un'interazione viva e dinamica tra visuale evolutiva, studio del diritto positivo, e diritto romano: interazione che riceveva una possibilità di sintesi o almeno un luogo di precisa e operativa interazione – espressa, senza mezzi termini, nelle pagine di *Diritto romano* (del 1900) –, proprio nell'art. 3 delle Preleggi con i suoi “principi generali del diritto”.

CAPITOLO III

ALCUNE RIFLESSIONI CRITICHE

1. Le note di Fadda e Bensa alle *Pandette* di Windscheid

Il carattere trasversale del dibattito attorno ai “principi generali del diritto” – ben più della sua matrice romanistica, che vi è in qualche misura connessa, ma è di per sé cosa ben diversa – è senza dubbio il tratto che spicca maggiormente dai contributi della scienza giuridica nazionale tra Otto e Novecento.

Suscettibile di molteplici declinazioni, l’art. 3 comma 2 delle Preleggi si è inevitabilmente prestato a valutazioni difformi: alcune propense a intravedervi un richiamo alla tradizione più risalente; altre favorevoli a una rivalutazione della norma, e della sua ampiezza, alla luce dell’ordinamento giuridico moderno³³². La piena consapevolezza di questo carattere dei principi generali emerge soprattutto nello studio dei civilisti italiani a partire dalla fine dell’Ottocento. Da tale prospettiva – che travalica i confini della romanistica per ampliarsi a ulteriori branche del diritto, ancorché a essa attigue – possiamo veramente apprezzare la trasversalità del dibattito. In quest’ottica, costituiscono uno snodo essenziale le note italiane al *Lehrbuch* di Windscheid³³³, apposte da Carlo Fadda³³⁴ e Paolo Emilio Bensa³³⁵ in calce alla loro

³³² Proprio a questo secondo indirizzo, ben più frastagliato di quanto si possa pensare, che dedicheremo le pagine che seguiranno.

³³³ Massimo illustre della *Pandektenwissenschaft*, Windscheid si distinse soprattutto per la sua capacità di pervenire a costruzioni dogmatiche ingegnose, esaminando alcuni importanti istituti del *ius Romanorum* nella loro evoluzione storica, fino alle soglie del diritto romano “attuale” della Germania ottocentesca. Per una prima ricognizione biografica si vedano le pagine di E. LANDSBERG, *Windscheid Bernhard*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (d’ora in poi *ADB*), XLIII, 1898, p. 424 ss.

³³⁴ Sulla sua figura, nel complesso, si rinvia a V. ARANGIO-RUIZ, *In memoria di Carlo Fadda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1955, p. 603 ss.; R. BONINI, *I romanisti e il I libro del codice civile*, in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, 1973, p. 174 ss.; P. MAROTTOLI, *Carlo Fadda*, in *DBI*, XLIV, Roma, 1994, p. 128 ss.; M. TALAMANCA, *La romanistica*, cit., p. 167; S. SOLIMANO, *Fadda Carlo*, in *DBGI*, I, p. 813 s.; da ultimo, F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 237 ss.

³³⁵ Circa la sua figura – uno dei non molti civilisti del tempo che non si formò in studi romanistici – cfr., per tutti, M. ROTONDI, *Paolo Emilio Bensa*, in *RIFD*, 8, 1928, p. 546; A. AGNELLI, *Bensa Paolo*

traduzione. Definita come la “Magna Glossa” della Pandettistica³³⁶, l’opera windscheidiana aveva attirato l’interesse anche di altri giuristi della penisola³³⁷, impegnati nella “recezione inversa” dell’insegnamento tedesco³³⁸. Tuttavia, fu solo con Fadda e Bensa che la traduzione italiana del *Lehrbuch* vide la luce³³⁹. La lettura di questo “manifesto del pandettismo civilistico”³⁴⁰ in Italia, assume un’importanza emblematica, ai fini del nostro esame, per un duplice ordine di motivi. Da un lato,

Emilio, in *NNDI*, II, Torino, 1958, p. 373; P. CRAVERI, *Paolo Emilio Bensa*, in *DBI*, VIII, 1996, Roma, p. 575 s.; F. DE MARINI AVONZO, *Paolo Emilio Bensa tra Digesto e Codice civile*, in *‘Iuris vincula’*. *Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, p. 431 ss.; di recente, C. LANZA, *Bensa Paolo Emilio*, in *DBGI*, I, p. 218 ss.; F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 237 ss.

³³⁶ Un accostamento proposto da F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967², p. 447, per evocare la monumentalità dell’opera tedesca, intesa come massimo riepilogo di un’intera scuola giuridica. Si tratta di un parallelismo destinato a divenire un vero e proprio *topos* nella storiografia giuridica successiva: cfr. ID., *Storia del diritto privato moderno*, cit., II, p. 447 ss.; A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *ED*, XXXI, Milano, 1981, p. 607 ss.; G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, trad. it. Padova, 1999, p. 246 ss., ove ulteriori ragguagli sulla personalità scientifica di Windscheid.

³³⁷ Si pensi anzitutto a Filippo Serafini – la cui attenzione, in origine, si era indirizzata proprio all’opera windscheidiana, sebbene il proposito di realizzarne “un’estesa e coscienziosa recensione critica” (F. SERAFINI, *Rassegna d’opere giuridiche tedesche*, 5. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Von Dr. Bernhard Windscheid, ord. Prof. Des röm. Civilrechts an der Universität zu München, Düsseldorf (1868), leggibile in *AG*, 4, 1869, p. 342) non venne mai realizzato, per indirizzarsi piuttosto verso una traduzione italiana del *Lehrbuch* di Arndts (vd. *supra*, nt. 127). Ma analoghe iniziative riguardarono la traduzione dell’*Ausführliche Erläuterung* di Glück, promossa da Serafini e coordinata con Cogliolo, (cfr. *supra*, nt. 223) e le *Pandekten* di Dernburg, parzialmente realizzate da Cicala (vedi A. DERNBURG, *Pandette, Volume I – Parte I Parte generale, Prima traduzione dal tedesco sulla sesta edizione di Francesco Bernardo Cicala*, Torino, 1906).

³³⁸ Sintagma ampiamente utilizzato da F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., spec. p. 155, per indicare quel particolare dialogo tra dottrine straniere che si stava svolgendo tra Otto e Novecento, iniziato con una “sinergica collaborazione” tra maestri tedeschi e allievi italiani e destinato a risolversi, talvolta, in un superamento degli stessi insegnamenti germanici grazie a una recezione critica e autenticamente “nazionale” degli stessi.

³³⁹ Il trattato di Windscheid constava di tre volumi e fu dato alle stampe per la prima volta tra il 1868 e il 1875 (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Dusseldorf, 1875). A questa edizione ne seguirono sei successive, curate dallo stesso autore, fino al 1891. Per la traduzione di Fadda e Bensa cfr., B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette, Prima traduzione italiana sola consentita dall’Autore e dagli Editori, fatta sull’ultima Edizione Tedesca dagli avvocati Prof. Carlo Fadda dell’Università di Napoli e Prof. Paolo Emilio Bensa dell’Università di Genova*, I-III, Torino, 1902-1904.

³⁴⁰ Secondo la felice espressione impiegata da P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 43 per descrivere la straordinaria capacità speculativa, nonché la perfetta padronanza del *ius* antico e dei diritti moderni, dimostrata dai due autori italiani.

guardando alle particolari difficoltà cui andavano incontro i traduttori del testo windscheidiano³⁴¹, significativo appare il fatto che un simile impegno vedeva il coinvolgimento (anche) di un giurista di formazione non propriamente romanistica. Il riferimento va a Bensa³⁴² e testimonia – almeno in parte – il fascino che gli studi romanistici dovevano esercitare, tra Otto e Novecento, sulla scienza giuridica nazionale³⁴³.

Quanto al secondo motivo, occorre rivolgerci alla struttura dell'opera windscheidiana, e alla traduzione annotata che della stessa elaborarono i due studiosi italiani: lo sviluppo dell'“Allgemeine Rechtslehre”³⁴⁴ e la conseguente sensibilità di

³⁴¹ Più nel dettaglio, l'opera del maestro poneva non pochi problemi lessicali: Windscheid, infatti, aveva sostituito le espressioni tecniche latine con altre di proprio conio in lingua tedesca che dovevano risultare difficilmente traducibili agli occhi degli studiosi italiani. Non poche difficoltà erano infatti state segnalate da Scialoja, che si era cimentato nella traduzione del trattato windscheidiano intorno agli anni Settanta dell'Ottocento senza mai portarla a compimento. Dopo la decisione di abbandonare il lavoro attorno al *Lehrbuch* di Windscheid, Scialoja si dedicò a un'impresa altrettanto ambiziosa: la traduzione del *System* di Savigny. Per una ricognizione sulle scelte terminologiche del giurista di Düsseldorf, nonché per i giudizi espressi da Scialoja cfr., per tutti, G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la “vertenza di Scialoja”*, cit., p. 241 ss.

³⁴² Sebbene nella sua formazione non manchi un soggiorno di studio in Germania presso lo stesso Windscheid (cfr., sul punto, F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 228 ss.; A.M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Politica del diritto*, 48, 2017, p. 331 ss.).

³⁴³ Non a caso A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., p. 280, parla di “vocazione nazionale” della romanistica per alludere a quel “primato intellettuale” che veniva riconosciuto agli studi romanistici nella scienza giuridica italiana e destinato a durare fino alle soglie del fascismo (poi anche ID., *La storia del diritto*, cit., p. 737).

³⁴⁴ Si noti come la nozione di “teoria generale del diritto” fu tematizzata in Germania da Adolf Merkel sul finire dell'Ottocento in un saggio, edito nel 1874, dal titolo *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben* (cfr. M. BEEL, *Merkel Adolf*, in *NDB*, 17, 1994, p. 148 ss.). Tuttavia, si tratta di un'espressione carica di ambiguità: infatti, alcuni – si veda, per esempio, R. GUASTINI, *Teoria generale del diritto*, in *Digesto delle Disc. Priv.- Sez. Civ.*, 19, 1999, p. 315 ss. – la considerano una specificazione della filosofia del diritto, il cui scopo sarebbe rappresentato dalla critica di problemi concettuali nascenti entro l'esperienza giuridica stessa; per altri, invece, la “teoria generale del diritto”, a partire dall'ultima decade del XIX secolo, andò conquistando una propria autonomia come disciplina dedicata alla sistematizzazione di concetti giuridici comuni ai diversi rami del diritto (così M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000, p. 139 ss.).

Fadda e Bensa per le “Parti generali” del diritto³⁴⁵ si riflettevano nell’ampiezza del Libro primo dell’opera originaria, nonché nel contenuto e nell’estensione delle *Note* a esso apposte nella versione tradotta.

Proprio qui risiede il dato più rilevante nella nostra prospettiva, al quale limiteremo l’analisi. Windscheid, in questa sede, si sta occupando della definizione di “Pandektenrecht”, delle fonti del diritto, nonché dell’interpretazione delle stesse³⁴⁶. È a questo punto che spicca, per profondità e importanza, il contributo di Fadda e Bensa, che è stato considerato “un capolavoro di fedeltà, precisione, lucidità, sicché nulla va perduto dell’originale e al tempo stesso si ha un modello impareggiabile di stile italiano nelle più ardue materie del diritto”³⁴⁷.

Passiamo dunque alla versione italiana annotata³⁴⁸ e, nello specifico, alla nota riferita al § 23 del Primo libro del *Lehrbuch* di Windscheid, dove l’autore tedesco sta

³⁴⁵ Una tendenza la cui evoluzione crescente è testimoniata *in primis* dalla trattatistica tedesca: la parte dedicata al “Diritto in genere”, condensata in sole cinque pagine nelle *Pandette* di Arndts (cfr. L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten von Dr. Ludwig Arndts, regierungsrath und ordentlichem Professor an der Universität zu Wien, Sechste Auflage. Erstes Buch. Von den Rechten im Allgemeinen, Erstes Kapitel. Begriff und Eintheilung der Rechte*, München, 1868, §§ 21-23, p. 21-25), occupava ora un’intera sezione del Libro primo nell’opera di Windscheid, per un totale di settanta pagine circa (vedi B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §§14-36, p. 72-154). E altrettanto approfondite erano dunque le *Note* di Fadda e Bensa al Primo Volume dell’autore tedesco (B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., *Note dei traduttori al libro primo*, p. 112 ss.), sulle quali ci soffermeremo *infra*, nel testo.

³⁴⁶ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., I, p. 11 ss.

³⁴⁷ Così F. VASSALLI, *Paolo Emilio Bensa. Orazione commemorativa pronunciata nell’aula magna della R. Università di Genova (16 maggio 1929)*, ora in *Studi Giuridici*, II, Milano, 1960, p. 384. Non meno encomiastiche sarebbero state le parole di V. ARANGIO-RUIZ, *In memoria di Carlo Fadda*, in *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda (Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955)*, Milano, 1968, p. 13 ss., a proposito dell’imponente lavoro compiuto, a quattro mani, dai due annotatori italiani. Analogamente A. PIOLA ne esaltò il carattere “veramente italiano dell’ingegno”: *Professori e Maestri (nel ricordo di Paolo Emilio Bensa)*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969, p. 52.

³⁴⁸ La quale, anche nella storiografia successiva, ha continuato a scuscitare una vastissima attenzione tra gli studiosi, come emerge da M. TALAMANCA, *Un secolo di “Bullettino”*, cit., p. 90 ss.; ID., *La romanistica italiana*, cit., p. 167 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 43, che ha elevato l’opera di Fadda e Bensa al duplice rango di “manifesto del pandettismo civilistico in Italia e di breviario per ogni civilista e, forse, per ogni giurista”. Più di recente, con una monografia dedicata al tema in questione, F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., spec. p. 67 ss., ove altra bibl.

trattando il problema delle lacune, delle antinomie e dell'analogia³⁴⁹. Tra le tematiche affrontate da Fadda e Bensa, quella relativa ai principi generali del diritto occupa uno spazio ampio e significativo e ciò corrobora la seconda ragione di rilievo dell'opera: la profondità con cui i due autori insistono sull'art. 3 delle Preleggi, testimonia, almeno in parte, la trasversalità di un dibattito che non è certo confinabile entro le dissertazioni dei soli cultori di diritto romano. Il circuito logico ingenerato dal secondo comma della disposizione, evidentemente, doveva essere avvertito da più parti della scienza giuridica italiana, seppur diverse – ed è questo il punto che dovrebbe suscitare le maggiori riflessioni – furono le soluzioni che i vari autori decisero di accogliere³⁵⁰.

La traduzione di Fadda e Bensa partiva da un presupposto pacifico: l'impossibilità, per la legge, "di prevedere tutti i casi possibili"³⁵¹. Ciò conduce immediatamente al problema delle lacune del diritto e al tema degli strumenti offerti all'interprete per colmare i vuoti normativi. Sospendendo per il momento ogni valutazione legicentrica che certa storiografia ha inteso suggerire in merito alla posizione di questi due autori – una critica che faceva del "legalismo", senza dubbio pur presente, il tratto distintivo dei nostri annotatori³⁵² –, il prosieguo ci induce ad altri interrogativi, a nostro parere preliminari:

³⁴⁹ Cfr., nella traduzione italiana, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, p. 18 ss. Peraltro, è opportuno notare come i due autori optarono per l'utilizzo di note appositamente aggiunte e adeguatamente separate dalla traduzione, così da distinguere la parte più fedele al pensiero di Windscheid dall'approfondimento, maggiormente libero, che di questo condussero. In tale modo Fadda e Bensa dettero vita a una vera e propria "versione italiana" del *Lehrbuch* del giurista di Düsseldorf.

³⁵⁰ Del resto, in merito alle difficoltà che una previsione di questo tipo, poiché a sua volta oggetto di interpretazione, pone all'interprete, scriveva già V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi (1898)*, ora in ID., *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, p. 47 ss. Cfr. anche L. COVIELLO, *Moderni metodi d'interpretazione della legge (1908)*, ora in A. TANZI (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, 1999, p. 17 ss.

³⁵¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, p. 18, nt. 23.

³⁵² Alludiamo *in primis* a M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto*, cit., I, p. 721 ss., che evidenzia più volte la tendenza assolutamente legicentrica espressa da Fadda e Bensa nelle ampie note al *Lehrbuch*.

“Dovremmo forse con questi principi generali del Diritto intendere richiamato il diritto romano o comune? Vi fu chi sostenne ciò ... Ma, a buon diritto, contro questa opinione ... vi osta la legge stessa. Ci vuole molta buona volontà a intendere per diritto romano i principi generali”³⁵³.

La cifra del “legalismo”, più o meno rigoroso, dei giuristi sembra essere condensata proprio in queste righe: voler riconoscere nel diritto romano una sorta di *ratio scripta* – quel genere di vigenza metastorica non di rado sostenuta negli ambienti romanistici – sarebbe una conclusione del tutto anacronistica rispetto alla realtà del loro tempo. Sembrano svanire i toni edulcorati di coloro che pensavano alla tradizione come a qualcosa di potenzialmente in auge³⁵⁴: un simile convincimento, per i traduttori del *Lehrbuch*, sarebbe un errore culturale prima ancora che giuridico. Sin dalle scelte espresse con il Codice Albertino, proseguono gli autori, la svolta fu nel chiaro senso di “abrogare il diritto romano come sistema”, di escludere “il diritto comune come supplemento al Codice”³⁵⁵. Questo approccio “perfettamente positivo”³⁵⁶, letto come sostanziale chiusura dell’ordinamento giuridico su se stesso, può acquistare un senso almeno parzialmente difforme se consideriamo il contesto socio-culturale in cui venne assunto. In altri termini, le ragioni della discontinuità rispetto alla tradizione legata al *ius* romano sono da rintracciare, almeno in parte, nella preoccupazione che la “giovane” unità politica e legislativa potesse vacillare sotto i tentativi di fuga dal Codice, per disgregarsi definitivamente dinanzi all’ultrattività di quanto il legislatore aveva inteso abrogare³⁵⁷. Sono da leggere sotto questa luce le successive argomentazioni di

³⁵³ A. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 21, nt. 23.

³⁵⁴ Pensiamo soprattutto alla prolusione romana di Serafini o, in termini ancora più netti, alla *Prelezione* di Buonamici (cfr., per tutti, Parte Prima, cap. II, §§ a, b).

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ Così F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 441, per descrivere la componente legicentrica che domina la lezione di Fadda e Bensa.

³⁵⁷ In termini più generali, la salvaguardia dell’unità giuridica italiana fu interesse trasversale e largamente diffuso negli ambienti culturali del tempo. L’unificazione delle fonti del diritto appariva

Fadda e Bensa, tutte ancorate a un'interpretazione letterale delle disposizioni codicistiche e, in particolare, di quella norma chiave, più volte menzionata, contenuta nell'art. 48 delle Disposizioni attuative. Il senso autentico della prescrizione legislativa, in una simile visione, sembrava coincidere con l'intento di escludere l'efficacia della tradizione romanistica dall'intero campo delle relazioni inerenti al diritto privato o, con maggior precisione, dalla codificazione, senza mantenere dunque in vigore il diritto romano per i casi non previsti dalla legge³⁵⁸.

La svolta apparentemente legicentrica impressa dai nostri autori è rafforzata da una nuova declinazione dell'art. 3 delle Preleggi: il legislatore, aggiungono, non avrebbe inteso altro che i "principi generali del diritto italiano"³⁵⁹. Con tale espressione Fadda e Bensa intendevano riferirsi al sistema positivo nazionale, comprensivo delle "massime ivi contenute", non a "principi vaghi, indefiniti, ma certi e determinati"³⁶⁰.

Se questa è la premessa, sorge dunque un primo interrogativo, preliminare ai tentativi di inquadramento dei due annotatori: quali sono questi principi "certi e determinati", estranei alla tradizione genericamente intesa ma neppure tradotti dal legislatore in norme *ad hoc*? Quale strumento aveva il giurista tra le mani per colmare

come un fenomeno di razionalizzazione ed evoluzione dell'Italia unita, indipendentemente dalle correnti dottrinarie che si andavano profilando. L'opera legislativa, infatti, consegnava un diritto "espressivo dell'Italia come comunità di lingua e di cultura, come riconoscimento di garanzie fissate in principii immutabili": così G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 37. Sul punto si veda anche, tra gli altri, S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 381. Un atteggiamento al quale faceva da contraltare il timore di buona parte della romanistica nazionale per la perdita di centralità del diritto romano, come settore di studio e di ricerca, in seguito all'intervento del legislatore unitario. Su quest'ultimo punto ci siamo già soffermati nel Cap. II: si rinvia, quindi, alle osservazioni svolte in quella sede, ove bibl. Qui interessa piuttosto evidenziare come, pur partendo da premesse distanti tra loro – il rifiuto per tutto ciò che non si trovava dentro al Codice in un caso, la persistente rilevanza della tradizione nella costruzione di una scienza giuridica nazionale nell'altro –, simili preoccupazioni non portassero sempre a impostazioni diametralmente opposte negli esiti. È proprio questo il terreno d'indagine su cui insisteremo, volto a confutare o confermare certe ricostruzioni "iperlegaliste" di alcune pagine della letteratura giuridica ottocentesca.

³⁵⁸ Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 22 nt. 23

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

i vuoti di tutela? È a questo punto delle *Note* che riaffiora la tendenza tesa a individuare la soluzione nella completezza del sistema:

“Sarà questione di maggiore o minore attitudine a trovarla, di metodo più o meno sano d’induzione o deduzione, ma oggettivamente la soluzione rispondente al sistema è una”³⁶¹.

Il quadro ricostruttivo che emerge svela l’influenza, almeno formale, del *System savignyano*³⁶² – in cui la completezza, connaturata al sistema, era concepita come “un tutto, destinato alla soluzione di tutte le questioni che si presentano nel campo del diritto”³⁶³ –, la cui sistematicità riaffiora, decisiva, nella posizione assunta da Fadda e Bensa proprio in merito all’art. 3 delle Preleggi. Ma la costruzione sistematica veniva piegata verso tutt’altra direzione: se è chiaro come nell’Italia codificata non fosse più concepibile un “*heutiges römisches Recht*”, è anche vero che i “principi generali del diritto italiano” sembravano voler alludere a qualcosa di molto distante dal “puro diritto” di Scialoja, o dalle “leggi romane” di Buonamici (terreni in cui, tradizionalmente, la lezione savignyana era recepita in dialogo continuo con lo studio del diritto romano)³⁶⁴.

³⁶¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 24 nt. 23.

³⁶² Si noti, peraltro, che il pensiero del giurista di Francoforte veniva richiamato nelle *Note* in contrapposizione alle posteriori teorizzazioni, in punto di interpretazione, di Josef Köhler. Secondo quest’ultimo, infatti, il ragionamento analogico costituiva una “*Neubildung*” della giurisprudenza, fondata sui principi giuridici, e non mera applicazione della legge (cfr. P. COSTA, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 408). Per ragguagli sulla personalità scientifica di questo studioso si veda L. JACOBSON, *Köhler, Hermann Adolf*, in *ADB*, XVI, p. 441 ss. Più di recente, F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 430, spec. nt. 95, la quale evidenzia come Köhler rappresentò uno di quei giuristi cui la dottrina italiana di fine secolo fece spesso rinvio per sostenere posizioni ermeneutiche anti-tradizionaliste.

³⁶³ Così F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto*, cit., I, p. 267.

³⁶⁴ Del resto, abbiamo già notato come fosse proprio la recezione (critica) della sistematica savignyana – sia pure intesa dal maestro tedesco come “scoperta di un ordine strutturale ... insito nella realtà stessa del diritto” e non “costruzione operata dai giuristi” (così R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 260) – a far sì che l’approccio al diritto romano, in certa romanistica nazionale, fosse prevalentemente realizzato all’insegna dell’attualizzazione. Entro questa schiera di giuristi, infatti,

Evidentemente, un simile approccio era funzionale all'affermazione che in realtà neppure vi fossero lacune da colmare: insistere sul dato della completezza significava, di fatto, adottare “uno schema interpretativo già determinato” dal sistema giuridico³⁶⁵. Questo ci induce a un'ulteriore considerazione. Se è certo che, almeno fino a questo momento, nelle *Note* venga negata qualsiasi valenza integrativa o suppletiva al diritto romano, non si deve per ciò solo ritenere che i due autori riferissero l'autosufficienza normativa esclusivamente alla legge: a essere completo, osservavano i traduttori, era lo stesso diritto e non il Codice in sé, come sostenevano gli “esegeti francesi”³⁶⁶.

Eppure una simile costruzione suscita non pochi interrogativi. Da un lato, il problema dell'*analogia iuris* è risolto ammettendo il configurarsi di principi generali, derivanti dal sistema positivo, e indotti dalla legge medesima. Dall'altro, la specificazione che a essere completa non era la prescrizione legislativa in sé, né il suo insieme, ma il diritto *tout court*, pone il problema del possibile contenuto di questo sistema normativo: esso è altro dal Codice ma di matrice positiva, perfettamente autosufficiente, e distinto dai precedenti storici che lo hanno ispirato³⁶⁷.

Del resto, la complessità del dibattito sotteso all'art. 3 delle Preleggi doveva essere avvertita con particolare sensibilità dagli stessi traduttori, tanto che, nel rivolgersi all'interprete, definivano il suo compito come una vera e propria “missione” volta al completamento della “parte mancante del diritto positivo”³⁶⁸. E la discriminante per distinguere i casi in cui l'interpretazione non poteva esser sufficiente, ma era necessario un intervento del legislatore, era la maggiore o minore difficoltà di pervenire a una *communis opinio* in merito al nuovo caso, non ancora disciplinato³⁶⁹.

abbiamo collocato le riflessioni di Serafini, Buonamici e quella più complessa e attrezzata di Scialoja (pur con le precisazioni già svolte in merito nel Cap. II, §§ *a* e *ss.*). Nella costruzione di Fadda e Bensa, invece, la lezione tedesca veniva proiettata verso un orizzonte almeno in parte diverso, ossia l'ordinamento positivo nazionale.

³⁶⁵ Così P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 429.

³⁶⁶ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 24 nt. 23

³⁶⁷ Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 25 nt. 23

³⁶⁸ *Ibidem.*

³⁶⁹ *Ibidem.*

Come accennato, la eco legalista è indubbia e appare nel complesso condivisibile, ma non mancano elementi che potrebbero renderla maggiormente problematica, restituendoci altri aspetti, non sempre coincidenti.

2. Ancora sulle Note: dai principi generali del diritto al ricorso per Cassazione

Seguendo allora questa prospettiva, significativo è quanto viene osservato dai due annotatori a proposito delle potenziali applicazioni pratiche dell'*analogia iuris*³⁷⁰. In particolare, essi richiedono, è possibile ricorrere in Cassazione per impugnare una sentenza per contrarietà ai principi generali del diritto?³⁷¹

Una simile questione sorgerà, evidentemente, quando ci si trovi dinanzi a un vuoto di tutela non colmabile mediante *analogia legis*. Ci si domanda, quindi, se sia possibile fare ricorso, in sede giudiziaria, ai principi di diritto, dotandoli di contenuto normativo specifico e, più in particolare, se per il loro tramite sia lecito far valere un principio tratto dal diritto romano³⁷². In effetti, Fadda e Bensa riconoscono che una pratica non infrequente era proprio quella di citare come violati i principi desumibili dai testi del *Corpus iuris*. Constatazione che – seppur mitigata dalla persuasione che ciò rappresentava una prassi “in sé illegale” poiché il *ius* “non è legge” e dunque “non si può ricorrere per la semplice violazione di esso”³⁷³ – rivelava la presenza di tentativi attualizzanti tesi a riproporre l’assunzione del lascito antico a repertorio cui attingere per l’applicazione e la creazione del diritto privato odierno. Ed è qui allora che si inserisce il risvolto fondamentale della questione, più direttamente connesso alla

³⁷⁰ Della questione ci occuperemo nella Parte II (spec. Cap. II e ss.) attraverso la lettura di alcune sentenze delle Corti di Cassazione italiane a cavallo tra Otto e Novecento. In questa sede preme accennare al fatto che, quando Fadda e Bensa scrivevano, ovviamente essi si riferivano a una giurisprudenza di legittimità pluralistica: infatti, l’unificazione delle Corti di Cassazione, per la materia civile, si ebbe solo nel 1923. Per una prima ricostruzione storica si vedano, tra gli altri, M. D’ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, p. 12 ss.; M. MECCARELLI, *Le corti di Cassazione nell’Italia unita: profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, p. 20 ss.

³⁷¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 26 nt. 23

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 27 nt. 23

tradizione romanistica e alla sua valenza nell'ordinamento codificato. Se si accettasse *sic et simpliciter* la possibilità di far valere in Cassazione la violazione di un principio risalente al diritto romano, i principi generali del diritto comporterebbero, o almeno consentirebbero, in sostanza, un richiamo alle fonti romanistiche³⁷⁴.

Inoltre, se per Fadda e Bensa era pacifico che lo studio dei materiali romani non potesse essere oggetto di approcci immediatamente attualizzanti, ciò non escludeva che le iniziali premesse legicentriche venissero piegate verso approdi almeno parzialmente difformi. Ci riferiamo alla sensibilità che nelle *Note* veniva dedicata al problema della violazione dell'art. 3 comma 2 delle Preleggi (declinato, quest'ultimo, avendo riguardo ai metodi effettivamente ricorrenti nella prassi giudiziaria, ancor più che alla speculazione teorica):

“È innegabile che il nostro codice civile s'ispira largamente a' principi del diritto romano. Il legislatore italiano, pur avendo presente sempre per modello il Codice Napoleone, ha saviamente continuato il movimento di ritorno alle tradizioni patrie, iniziato dal Codice Albertino. Certi istituti sono governati da disposizioni tolte alla lettera dal diritto romano. Quando noi ci troviamo in uno di questi casi, il ricorso al diritto romano come supplemento è non solo opportuno, ma obbligatorio”³⁷⁵.

Già da tale breve cenno si nota come addossare ai traduttori un giudizio di “legalismo” *tout court* possa apparire semplicistico o, quanto meno, non perfettamente rispondente a un quadro ben più composito, che si precisa ulteriormente mano a mano che proseguiamo nella lettura di queste pagine.

³⁷⁴ Riflessioni non dissimili si possono leggere in G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 349 ss., che evidenzia la peculiare ultrattività cui il diritto romano (e la tradizione a esso successiva) sarebbero andati incontro attraverso il combinato disposto dell'art. 3 comma 2 delle Preleggi e dei frammenti tratti dai *Digesta*. Tant'è che, a proposito di questa prassi, l'autore parla di “*regulae iuris* romane trasformate in disposizioni codicistiche”: ID., *I principi generali*, cit., p. 359.

³⁷⁵ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 28.

I due autori chiariscono che il diritto romano rileva solo se e in quanto tradotto in norme e principi del Codice (gli unici che, formalmente, possono essere invocati); tuttavia, l'appiglio attraverso il quale il *ius* può fare ingresso nel sistema vigente è proprio l'art. 3 delle Preleggi. Assistiamo, piuttosto, a un restringimento dell'ambito applicativo della funzione integrativa del *ius* antico, in quanto invocabile solo nei settori ove appariva più forte l'analogia con i materiali giuridici romani. Ed è qui che si fa maggiormente incisivo il senso della tradizione.

Ma allora ci pare di poter affermare, o quanto meno ipotizzare, che l'autorevolezza di soluzioni riconducibili fino al *ius* romano coesistesse con le premesse "positiviste" di Fadda e Bensa, e anzi trovasse una propria ragion d'essere in qualcosa di non troppo distante da quella *ratio scripta Romanorum* da loro stessi nell'*incipit* ripudiata. Insomma, negare la forza integratrice della tradizione per poi affermare la possibilità di ricorrere in Cassazione per denunciare la violazione di quel medesimo *ius* così come trasposto e recepito nelle norme del Codice, si rivela un'ipotesi fondata anch'essa su una sorta di vigenza metastorica del diritto romano: quella "ininterrotta catena di principi e di regole che rimontava fino a Roma"³⁷⁶.

Quanto al *modus operandi*, Fadda e Bensa specificano:

"Nei casi in cui il richiamo ai principi romani è lecito, dovrà però ritenersi che i testi romani non si citano come leggi positive, ma per ragione del loro contenuto, e, naturalmente, sempre in relazione all'art. 3 spesso ricordato"³⁷⁷.

Dunque, seguendo i nostri autori, il ricorso al diritto romano sarebbe stato sì possibile, ma a determinate condizioni. In primo luogo, solo ed esclusivamente per determinate materie, ossia quelle in cui era effettivamente riscontrabile un'analogia di regime con il materiale antico. Inoltre, tale rinvio doveva avvenire, a loro avviso, in modo diverso da come si richiamano e si applicano le leggi positive: cioè,

³⁷⁶ Così E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 7.

³⁷⁷ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 28 nt. 23.

esclusivamente per il tramite dei “principi generali del diritto”. Più nel dettaglio, secondo gli annotatori, un ricorso effettuato citando direttamente una “legge” romana non sarebbe mai stato ammissibile in Cassazione, dovendo necessariamente fare riferimento anzitutto all’art. 3 delle Preleggi, come norma strumentale di riferimento e, ancor di più, alla norma del Codice da cui ricavare il principio (già romano)³⁷⁸. In sostanza, ciò che era stato in radice escluso, faceva nuovamente ingresso nel sistema giuridico moderno utilizzando ancora una volta l’art. 3, ma sotto una luce differente.

Allora parlare (solo) di concezione “positivistica” non sarebbe pienamente soddisfacente: il lascito antico, in determinati casi di ricorso giudiziario in Cassazione, assumeva rilevanza in quanto recepito nelle disposizioni legislative, riuscendo così a salvaguardare, sul piano formale, il canone fondamentale della “fedeltà al testo letterale”³⁷⁹, chiaramente qualificata come imprescindibile nella prima parte della traduzione annotata.

La linea seguita da Fadda e Bensa – senza dubbio più moderata rispetto a certe letture direttamente attualizzanti del *ius Romanorum*³⁸⁰ – sembra trovare una soluzione di compromesso rispetto a due esigenze contrapposte: da un lato, la più volte menzionata necessità di garantire stabilità e certezza al giovane assetto unificato,

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ Si allude soprattutto alle notazioni di Buonamici a proposito della possibilità di ricorrere per Cassazione denunciando la violazione dei principi generali del diritto: “La violazione di questi in quanto appunto sono formulati chiaramente, accertati, posti fuori di controversia da leggi romane, di quelle già accolte nel diritto moderno, colle modificazioni di giurisprudenza, se ve ne sono, dà certamente luogo al ricorso per Cassazione ... Quale sarà allora il magistrato che nelle incertezze degli umani ragionamenti, nelle aberrazioni continue delle scuole, negli ingegnosi contrasti di questo e di quel difensore, non accetterà tranquillo la sentenza di Paolo, d’Ulpiano, di Papiniano?” (così in una pagina della sua *Prelezione: Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 38). I termini in cui si esprime l’autore non lasciano spazio a dubbi: la “legge romana” potrà essere contenutisticamente citata come parametro di riferimento per il ricorso di legittimità, purchè ciò avvenga attraverso lo strumento di cui all’art. 3 comma 2 delle Preleggi. Siamo certamente lontani dai toni misurati e accorti di Fadda e Bensa, tanto che Buonamici giunge a domandarsi retoricamente perché mai il giudice moderno dovrebbe disconoscere l’autorevolezza dei *responsa* per un mero argomento letterale o formale. In termini decisamente contrapposti, sia all’autore della *Prelezione* che agli annotatori del *Lehrbuch*, si pronuncerà Pacifici-Mazzoni (*Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Firenze, 1903, p. 91 ss.), del quale diremo *infra*, nel § 4.

potenzialmente revocato in dubbio da ogni forza centrifuga extra-legislativa; dall'altro, riconoscere alla tradizione il ruolo di depositaria di un insieme di principi e concetti che il legislatore unitario non era riuscito a scalfire. E tutto ciò trovava composizione proprio nell'art. 3 comma 2 delle Preleggi, riletto nella sua veste di parametro di legittimità³⁸¹.

Infatti, non sembra azzardato affermare che quello effettuato da Fadda e Bensa (in tema di ricorso per Cassazione) non fosse altro che un richiamo ai “principi romani”, e non a specifiche soluzioni di casi direttamente tratti dai passi del Digesto. Dunque, si sarebbe trattato sempre di principi propri dell'ordinamento giuridico dello Stato, seppur – e non è cosa di poco conto – derivanti in modo più o meno diretto dalla tradizione romana e romanistica. Certamente, riconoscere la perdurante vitalità della tradizione, come componente di un parametro di legittimità più vasto, che aveva come primo referente pur sempre la disposizione codicistica – ora la singola norma del Codice, ora il principio giuridico dell'ordinamento – segnava una via più tortuosa, ma formalmente più fedele al legislatore, per il recupero del diritto antico.

Non appare allora ultroneo domandarsi – in termini quasi provocatori – se la posizione giuridica sostenuta da Fadda e Bensa sia davvero e integralmente “legalista”, sulla stregua di quanto essi stessi sembrano sostenere nella prima parte delle annotazioni³⁸²; o se invece il quadro non celi una componente maggiormente “tradizionalista”, almeno in parte disvelata dalle loro riflessioni in merito ai “principi” come parametro di legittimità.

³⁸¹ Considerare l'opportunità di denunciare in Cassazione la violazione di principi appartenenti alla tradizione antica, purchè menzionati sotto la veste dei principi generali del diritto, conferisce al *ius* una vitalità del tutto nuova, potenzialmente in grado di comportare la caducazione di una sentenza di altro Tribunale, eventualmente contraria al principio rilevato. Sugli effettivi riscontri giurisprudenziali della pratica descritta da Fadda e Bensa, cfr. Parte II, spec. Cap. II e ss.

³⁸² E come, da ultimo, ribadisce più volte F. FURFARO, *Recezione e traduzione*, cit., p. 411 ss. Verosimilmente, in certe riletture manifestamente legaliste, viene attribuito un peso decisivo alle considerazioni che Fadda e Bensa espongono nelle loro prime pagine del commento al § 23 del *Lehrbuch*, nonostante il prosiegua dei due annotatori sembri poter far quanto meno vacillare simili premesse.

3. Un *argumentum auctoritatis*: il richiamo di Fadda e Bensa al pensiero di Scialoja

“Conviene partire, osserva molto bene il Prof. Vittorio Scialoja, dalle disposizioni delle leggi, ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà, per dirla con Aristotele, come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente, e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto”³⁸³.

Queste parole avranno sicuramente una eco familiare: provengono dalla nota prolusione di Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, sulla quale converrà, sotto una specifica angolatura – quella della compatibilità tra la riflessione scialojana e il presunto “legalismo” dei nostri due giuristi – soffermarci adesso, fermo restando quanto già detto a proposito della prolusione camerte³⁸⁴.

Infatti, al di là del legicentrismo più o meno incompiuto che si intenda leggere nelle *Note* di Fadda e Bensa, il testo appena trascritto ci consente di formulare ulteriori rilievi. Il primo riguarda un tema già affrontato: quello dell'impiego della locuzione scialojana “puro diritto”, e del suo rapporto con i “principi generali del diritto”. L'ulteriore osservazione pertiene alla scelta compiuta da Fadda e Bensa di inserire nella loro annotazione il richiamo *de quo*: ciò che è in discussione, al di là del rinvio, è la compatibilità tra la costruzione giuridica messa a punto dai nostri annotatori e la visione del diritto civile in Scialoja³⁸⁵.

Per prima cosa, è interessante ricordare il passaggio in cui veniva inserito il richiamo al discorso camerte. Come rilevato, i due traduttori, dopo aver chiarito la

³⁸³ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 21.

³⁸⁴ Si veda in effetti V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 102 e quanto già rilevato in proposito *supra*, nel Cap. II, § c, ove bibl.

³⁸⁵ Su questo punto mi sono già soffermata in *Tradizione romanistica e principi generali del diritto. Vittorio Scialoja e un piccolo 'bluff' di Fadda e Bensa*, in *TSDP*, 11, 2018, p. 3 ss., al quale mi permetto di rinviare.

portata dei principi generali del diritto aggiungendovi l'aggettivo "italiano", si stavano ponendo il problema di come concretamente determinarne il contenuto, mantenendo certezza giuridica³⁸⁶. È qui che si situa il richiamo a Scialoja e all'espressione da quest'ultimo impiegata per individuare il *modus operandi* migliore per riempire di contenuto la formula dell'art. 3.

Il problema, o per lo meno il dubbio che si desidera sollevare nella lettura, è che quello compiuto da Fadda e da Bensa sia un rinvio non del tutto coerente con le premesse teoriche rispettivamente portate avanti dai tre giuristi. Più nel dettaglio, i principi generali del diritto di Scialoja – un'espressione con la quale "si esclude tutto ciò che non è diritto" e che risponde alla necessità di isolare quanto sia ascrivibile alla "purezza" del giuridico da ciò che non lo sia³⁸⁷ – sono equiparabili a quelli "italiani" di Fadda e Bensa? Alludono al medesimo complesso giuridico? Per rispondere a questi interrogativi è necessario tornare per un momento sulla prolusione camerte, rileggendola alla luce dell'impossibilità del suo autore di ridurre il fenomeno giuridico nel binomio legge-Stato³⁸⁸.

Il contenuto minimo del diritto positivo, in Scialoja, mutua motivi della Scuola storica – è il caso della nozione savignyana di "coscienza del popolo", definita la fonte primaria delle norme³⁸⁹ –, è arricchito dagli usi e dalle consuetudini³⁹⁰, frutto del "comune consenso" e pertanto "mutevole col mutar" di quest'ultimo³⁹¹. In definitiva,

³⁸⁶ Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 22 nt. 23.

³⁸⁷ Le espressioni provengono direttamente dalla prolusione camerte di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 102 sulla quale vedi *supra*, Cap. II, § c.

³⁸⁸ Dal punto di vista operativo questo aspetto merita particolare attenzione per segnalare come, quella di Scialoja, fosse una concezione composita in cui "il principio di legalità finisce per corroborare ... anche ciò che è ben lontano dalla produzione legislativa" (così A. CARRATA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *BIDR*, 105, 2011, p. 133). Coglie, nella riflessione del nostro giurista, proprio la capacità di andare "oltre il binomio legge-Stato" per delineare "un'immagine più nettamente individualistica della comunità, dell'insieme di relazioni da cui il diritto sorge", M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 34.

³⁸⁹ Cfr. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 86, pur apportando significative modifiche alle componenti maggiormente irrazionali di esso, come si è già detto *supra* (Cap. II, § c).

³⁹⁰ *Ibidem*. Ma alla rilevanza giuridica degli usi, l'autore dedicò attenzione anche in altre occasioni: cfr., ID., *Studi giuridici*, III, Roma, 1933, p. 24 ss.

³⁹¹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 98.

come abbiamo già detto, con il sintagma “puro diritto” si individuava non solo la legge positiva, ma anche la tradizione giuridica passata, la prassi giudiziaria e, per ciò che qui più rileva, i principi generali del diritto³⁹². Ed è evidente che tali principi generali, inclusi in quella “purezza” giuridica più volte richiamata, non coincidevano con la (semplice) volontà del legislatore: essi erano il frutto di un processo mentale di induzione che traeva le basi non solo dal dato codicistico, bensì da quel diritto configurato in termini compositi, comprensivo della tradizione e della innovazione³⁹³.

Viene da domandarsi, allora, se il “diritto italiano” a cui a loro volta fanno riferimento i due traduttori, in ordine all’art. 3 delle Preleggi, sia così ampio come ciò che veniva evocato dal sintagma scialojano. Al di là di certe forzature linguistiche, è innegabile che l’espressione “sistema positivo nazionale”³⁹⁴, usata da Fadda e Bensa, non sia perfettamente sovrapponibile al “puro diritto” della prolusione camerte. I due giuristi, come abbiamo già tentato di evidenziare, nel riferirsi all’*analogia iuris* non individuavano altro che il sistema giuridico vigente in quel momento, senza influsso o commistione con alcuna delle componenti normative – in particolare, quelle proprie della tradizione romanistica – non direttamente derivanti dall’assetto legislativo³⁹⁵. I

³⁹² E una tale complessità – della quale si è già parlato in precedenza, vd. Parte I, Cap. II, §3 – non faceva che accrescere il ruolo dell’interprete: quest’ultimo, nel continuo mutar degli eventi, sarebbe stato il solo “in grado di discernere” quale parte del diritto fosse “destinata a durare” e quale, invece, fosse “transitoria” (così V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 100).

³⁹³ Sul concetto di “puro diritto” – già ampiamente analizzato *supra*, spec. Cap. II, § c – basti in questa sede richiamare le riflessioni contenute in certi lavori di Brutti (*Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 39 ss.; *Vittorio Scialoja*, cit., p. 54 ss.) e in svariate pagine di Stolfi (*Vittorio Scialoja*, cit., p. 399 ss.; *Giuristi, ideologie e codici*, cit., p. 85 ss.; *Il principio di equità*, cit., p. 530 ss.; *Ancora su Vittorio Scialoja [ed Emilio Betti]*, in I. PIRO [a cura di], *Scritti per Alessandro Corbino*, VII, Lecce, 2016, p. 62 ss.), testimonianze accomunate – ma stiamo semplificando molto, come è ovvio – dal fatto di inscrivere il sintagma *de quo* entro un orizzonte ben più ampio di quello meramente legislativo.

³⁹⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 22.

³⁹⁵ Si tratta di quella ricostruzione, senza dubbio dalla eco legicentrica, destinata a smussare i propri tratti più perentori nel prosieguo del commento al § 23 del *Lehrbuch*, nel momento in cui i principi generali divengono parametro di legittimità per il ricorso in Cassazione invece che “semplice” strumento nelle mani dell’interprete (sul punto, cfr. *supra* § a, b). Si segnala come Bensa giungesse pressoché alle medesime conclusioni anche in *Compendio d’introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d’istituzioni di diritto civile italiano. Introduzione e parte generale*, Torino, 1897, p. 4 ss., dalle cui pagine traspare la persuasione, più volte menzionata, che la salvaguardia del diritto positivo

principi cui essi alludono, dunque, sono le “massime”³⁹⁶ derivanti dallo stesso ordinamento giuridico positivo (ossia iscritte nel codice medesimo, in modo più o meno diretto ed esplicito), e ricavabili attraverso quel processo logico a proposito del quale si richiamano a Scialoja. C’è comunque in comune la tipologia del ragionamento: cioè il risalire, mediante induzione, da singoli casi al generale. A mutare è, piuttosto, il “particolare” da cui si inferisce.

Si tratta, in definitiva, di due visioni non propriamente sovrapponibili. È verosimile che – considerando la posizione preminente che Scialoja già ricopriva nella cultura giuridica del tempo e, conseguentemente, l’autorevolezza della citazione – Fadda e Bensa avessero inteso enfatizzare quanto coincideva coi propri orientamenti, lasciando semplicemente sullo sfondo, taciuto, quanto rimaneva inconciliabile. Di particolare rilievo appare, così, la distanza che separa l’immagine dei principi generali del diritto tra Scialoja da un lato, Fadda e Bensa dall’altro, resa ancor più evidente dalla forma in cui la (apparente) contrapposizione fra equità e diritto veniva superata nella prolusione del 1879³⁹⁷. Infatti, nel loro rapporto con l’equo – inteso come “aspirazione di un popolo ad un certo diritto”, “volontà che giunge ad un certo grado d’intensità riconoscibile dalla forma esterna”³⁹⁸ –, i principi dell’art. 3 comma 2 assumevano i tratti di qualcosa di ulteriore rispetto alle semplici massime tratte dal dato legislativo, per quanto divenuti “giuridici” solo dopo aver varcato la soglia della previsione scritta.

Ne esce confermata, dunque, la difficoltà (prospettata sin dall’inizio) di far convergere le visioni dei tre giuristi entro un quadro unitario, e tantomeno di spiegare

rispondesse a un progetto prima di tutto politico, ancor più comprensibile nell’età immediatamente post-unitaria.

³⁹⁶ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 22 nt. 23.

³⁹⁷ Infatti, non ci sembra di poter cogliere una vera e propria tensione tra questi due concetti – come invece vi legge L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, cit., p. 21, secondo la quale l’intento dell’autore sarebbe stato proprio di porre l’equità “in contrapposto con il diritto positivo” –, quanto piuttosto la chiusura per quella sola forma “parcellizzata e potenzialmente eversiva” (della quale parla, da ultimo, E. STOLFI, *Ancora su Vittorio Scialoja*, cit., p. 91) di cui si è ampiamente parlato *supra*, Cap. II, § 3.

³⁹⁸ Le frasi provengono da V. SCIALOJA, *Studi Giuridici*, III, cit., p. 14 che delineano ulteriormente motivi già contenuti *in nuce* alla prolusione camerte, con quel ripudio per l’equità intesa come sentimento individuale, disgregante, quanto mai distante dalle linee del “puro diritto”.

il richiamo a Scialoja alla luce di una presunta assoluta condivisione di ideologie tra quest'ultimo e i nostri traduttori. Piuttosto, sembra una vicenda che – oltre a evocare il peso assunto dall'autore della prolusione camerte nella cultura giuridica italiana – doveva trovare la propria *ratio* altrove, lontano dalla costruzione del diritto “puro” di cui si è detto. Le ragioni del rinvio, infatti, sono dovute a una condivisione soprattutto tecnica e metodologica: la preoccupazione dei due autori, nel trattare dell'art. 3 delle Disposizioni Preliminari, si concentra nel tentativo di individuare un metodo *ad hoc*, sufficientemente certo e sicuro, attraverso il quale poter trarre i principi in funzione integrativa.

Allora, e più coerentemente, la citazione rinvia al metodo induttivo-deduttivo aristotelico, piuttosto che alla visione giuridica scialojana, comprensiva anche – ma non solo, ed è proprio questo il punto – del ragionamento espresso nell'*Etica Nicomachea*³⁹⁹. In effetti questo rinvio difficilmente poteva trovare una giustificazione al di fuori dell'autorevolezza che Scialoja evocava, il più saldo punto di appoggio che i traduttori potevano rinvenire nella dottrina a loro coeva. Non è casuale, del resto, la scelta di Fadda e Bensa di non rivolgersi su altri studiosi professionalmente impegnati sul terreno dei principi generali del diritto, ma dei quali non sono richiamati i metodi induttivi e generalizzanti di ascendenza aristotelica⁴⁰⁰. Una scelta che possiamo ritenere motivata solo dal prestigio esercitato dall'autore della prolusione camerte, poiché, viceversa, non sembra possibile individuare una connessione di motivi nella concezione del fenomeno giusprivatistico tra i nostri traduttori e Scialoja. E a risultare

³⁹⁹ Sul punto ci siamo soffermati nel Cap. II, § c, al quale si rinvia.

⁴⁰⁰ Infatti, secondo la dottrina predominante tra Otto e Novecento, il metodo per rintracciare i principi generali del diritto consisterebbe nel risalire, per via di astrazione, a determinazioni sempre più ampie e comprensive fino a sussumere il caso dubbio, privo di tutela, entro il campo di applicazione di un principio. Il richiamo alle generalizzazioni, dunque, non era un dato esclusivo di Scialoja, tanto che ragionamenti non dissimili possono leggersi anche in E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., I, spec. p. 81 ss., oppure in V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, 1917², p. 84 ss. In entrambi i casi, la regola ottenuta dall'*analogia legis* differiva da quella imposta per *analogia iuris* essenzialmente per il diverso grado, crescente, di astrazione. Il vero tratto distintivo della ricostruzione scialojana era, piuttosto, il parametro normativo di riferimento – evocato dal sintagma, di difficile definizione, “puro diritto” – che si sapeva altro dal solo sistema di diritto positivo cui, invece, alludevano Pacifici-Mazzoni e Simoncelli.

meno soddisfacente – nelle *Note* quanto in altre ricostruzioni “legicentriche” come, per esempio, quella di Pacifici-Mazzoni, entrambe accomunate dal rinvio ai ragionamenti induttivi provenienti dall’*Etica Nicomachea* – è il richiamo ad Aristotele: sia perché le progressive generalizzazioni cui allude lo Stagirita non sono certo impiegate per risalire ai principi generali del diritto⁴⁰¹; sia perché l’*epiékheia* di quest’opera, più che adattare la norma al caso concreto per via interpretativa, la crea, divenendo essa stessa fonte del diritto⁴⁰². Viceversa, in Scialoja, il richiamo all’*Etica Nicomachea* rispondeva a un preciso intento di valorizzazione della propria visione del diritto civile, quanto meno sul terreno dell’equo e dei principi generali del diritto. Infatti – come abbiamo già avuto modo di segnalare – l’autore nel 1879 si stava occupando proprio dei rapporti tra diritto positivo ed equità, e tra questa e l’art. 3 comma 2 delle Preleggi: l’*analogia iuris*, nella sua funzione integratrice del diritto, non poteva che essere accostata proprio al *tò epiékés* di cui il filosofo stava parlando, per alludere a un’attività creatrice, suppletiva, il cui il risultato non sarebbe stato altro dal “puro diritto”. Ne esce dunque corroborata la nostra convinzione di non poter leggere nel richiamo a Scialoja altro da un *argumentum auctoritatis*⁴⁰³, la cui fallacia Fadda e Bensa non riescono pienamente a occultare.

⁴⁰¹ Nell’*Etica Nicomachea* non si tratta di indurre da disposizioni specifiche un principio generale, in quanto è la legge medesima ad apparire insufficiente: è qui che interviene l’*epiékheia* a creare la norma del caso concreto (cfr. quanto detto *supra*, Cap. II, § 3 ove bibl.).

⁴⁰² Cfr. *supra*, Cap. II, § 3.

⁴⁰³ In generale sull’argomento di autorità si rinvia, da ultimo e per tutti, a E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista*, cit., p. 174 ss.

4. La visione “strettamente positivista” di Pacifici-Mazzoni e Ricci

Due ulteriori studi, rispettivamente di Pacifici-Mazzoni⁴⁰⁴ e di Ricci⁴⁰⁵, contribuiscono a rendere più evidente la diversità di impostazioni e la peculiare cifra interpretativa, ora con connotazione legicentrica, attraverso cui potevano essere letti i “principi generali del diritto”. Infatti, gli ambienti in cui la valorizzazione dell’identità culturale e civile passava attraverso l’esaltazione, pressoché esclusiva, dell’opera legislativa – intesa come avvenimento politico, oltre che giuridico – sembravano segnati da un appannarsi dell’attenzione prestata alla questione romanistica, soprattutto nella sua dimensione privatistica, quasi che gli itinerari del diritto fossero iniziati con il Codice unitario⁴⁰⁶. La circostanza è verificabile assumendo una prospettiva pluralistica nello studio dei “principi generali”. Quest’ultimi, in effetti, mano a mano che ci allontaniamo dal campo delle prolusioni, assumono colorazioni diverse, in virtù dell’inserimento di varianti ermeneutiche che conducono l’interprete

⁴⁰⁴ Per un quadro sulla personalità scientifica di questo giurista cfr., tra gli altri, G.P. CHIRONI, *L’opera di Emilio Pacifici-Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia*, in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, 1914, p. 77 ss.; P. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 439 ss.; S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 381 ss.; G. CHIODI, *Emilio Pacifici-Mazzoni*, cit., p. 1479 ss. Sulle sue *Istituzioni di diritto civile italiano*, di recente, M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura*, cit., p. 113 ss. (per altra bibl. si veda *supra*, nt. 41).

⁴⁰⁵ Qualche primo ragguaglio biografico si legge in S. SOLIMANO, *Ricci Francesco*, cit., p. 1680. Per ulteriori indicazioni si vedano anche ID., *Tendenze della civilistica*, cit., p. 383 ss.; C. LATINI, *Francesco Ricci*, in *Avvocati che fecero l’Italia*, cit., p. 511 ss.

⁴⁰⁶ Abbiamo ripetutamente segnalato come una delle preoccupazioni prioritarie della scienza giuridica ottocentesca fosse proprio la “nazionalizzazione” del Codice, la cui legittimazione si poneva come momento finale di un progetto politico iniziato con l’Unità e progredito con lo Stato legislatore. Volendo provare a dare una collocazione scientifica alla riflessione dei nostri due maestri, almeno per Ricci è senza dubbio quella del commentario la tecnica prescelta per celebrare il diritto nazionale (come più volte osserva A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., 78). Nel complesso della sua tecnica discorsiva, coglie un atteggiamento affatto peculiare, consistente nell’assegnare alla giurisprudenza il ruolo di “chiara e meditata guida per i pratici ... e alla civilistica quello, tutt’altro che secondario, di ordinarne teoricamente le decisioni” S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 388. Più in generale, tanto Pacifici-Mazzoni quanto Ricci si collocano entro quel versante – non meno compatto di certa giusromanistica –, teso a rivendicare la centralità di Pisanelli attraverso l’esaltazione del solo sistema positivo nazionale (così M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura*, cit., p. 113 ss.; S. SOLIMANO, *Ricci Francesco*, cit., p. 1680 s.).

lontano dal campo della tradizione⁴⁰⁷.

Prendendo le mosse da Pacifici-Mazzoni, la disamina verterà sul primo volume delle sue *Istituzioni di diritto civile italiano*, opera apparsa per la prima volta nel 1865, sulla quale sarà opportuno soffermarsi⁴⁰⁸. Sin dall'*Introduzione* l'Autore avvertiva come nella formula di cui all'art. 3 comma 2 delle Preleggi confluissero, oltre al diritto scritto del Codice, le “*regulae iuris*”, ma ormai proprie del solo sistema positivo nazionale⁴⁰⁹. Merita quindi di essere letto il prosieguo:

“Andate a attingere i principii generali del Codice civile nel corpo delle leggi romane, sbagliereste sempre, perché nel nostro Codice non c'è istituto, teoria e così nemmeno principio generale di diritto che sia perfettamente identico al romano”⁴¹⁰.

È evidente la distanza di Pacifici-Mazzoni rispetto ad altre figure più orientate verso una linearità o quanto meno una discendenza storica e teorica dell'assetto giuridico moderno da quello romanistico: il sistema positivo, nella sua visione, si presentava in termini ormai distanti dalla tradizione, al punto che voler individuare una continuità tra questi due mondi, per il tramite dell'art. 3 comma 2 delle Preleggi, viene considerato errore di interpretazione. Occorre però non fraintendere (o estremizzare) la posizione del nostro Autore: egli non negava che il diritto romano, “come fonte storica”, potesse fornire utili mezzi (anche) in tema di ermeneutica giuridica, ma

⁴⁰⁷ Ovviamente non riesce sempre agevole distinguere, nella messe di studi di cui disponiamo, tra le letture effettivamente legicentriche e talune varianti del medesimo indirizzo interpretativo. Basti pensare alle considerazioni che abbiamo già svolto a proposito delle *Note* di Fadda e Bensa – ove, se di “positivismo” si vuol parlare, esso va piuttosto ridimensionato, rivelandosi alquanto ancillare nell'ipotesi di ricorso per Cassazione per violazione dell'art. 3 comma 2 Disp. Prel. (cfr. *supra* § b) –, o a certe etichette – *in primis* quelle di “statualista” e di “legalista” – attribuite a Scialoja da una parte della storiografia giuridica moderna, che si è tentato di confutare nel Cap. II, § c.

⁴⁰⁸ Noi citeremo dalla quarta edizione, data alle stampe nel 1903, e corredata di note critiche apposte dell'avv. Giulio Venzi: E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano* (a cura di G. VENZI), I, Firenze, 1903.

⁴⁰⁹ Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano. Introduzione*, cit., p. 37.

⁴¹⁰ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 47.

riteneva al contempo che si sarebbe falsato completamente “il concetto del suo valore”⁴¹¹ ove si fosse tentato di attribuirgli una nuova forza cogente per il tramite dell’*analogia iuris*.

È proprio in relazione a quest’ultima precisazione che si percepisce nitidamente la convinzione del ruolo ausiliario del diritto romano rispetto all’interpretazione (ma non all’integrazione) del sistema positivo nazionale. In sostanza, il legame fra le due realtà – antica e moderna – avrebbe trovato il proprio spazio operativo lontano dai tentativi attualizzanti: esso, in effetti, avrebbe potuto fornire al giurista un ausilio di non scarso rilievo nei casi di “oscurità” del testo legislativo, pur se non per colmare eventuali lacune del dettato legislativo⁴¹². Ma in che modo ciò poteva avvenire? L’Autore, nelle prime battute, si limitava ad alludere a un esame “tutto particolare” dei testi romani, occasionato dalla poca chiarezza della norma positiva, e, dunque, a una lettura “propria speciale”⁴¹³ dell’art. 3 comma 2. Non si sfugge all’impressione che il metodo così evocato rischiasse di rimanere alquanto nebuloso se non meglio specificato: proprio a tale scopo dovevano rispondere le considerazioni ulteriormente svolte da Pacifici-Mazzoni in merito al valore della tradizione romanistica. Fuori dal campo di operatività dell’*analogia iuris* – procedimento che, a dire del nostro studioso, avrebbe chiamato in causa solo il sistema positivo vigente, in una sorta di autointegrazione⁴¹⁴ –, il dubbio giuridico doveva essere risolto a partire (anche) dal testo romano, ma senza fermarsi a esso. Il meccanismo così prospettato era l’unico concesso al giurista moderno e doveva attagliarsi il più adeguatamente possibile al codice italiano.

Da queste premesse, lo studioso estrapolava un preciso metodo di ermeneutica

⁴¹¹ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 50.

⁴¹² Sulla nozione di “oscurità” – a sua volta collegata ai concetti di “ambiguità” e “vaghezza” (sui quali, rispettivamente, cfr. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 163 ss.; e C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 3 ss.) – si rinvia a R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006², p. 30 ss. e S. MASUELLI, *Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica. III. Oscurità*, in *RDR*, 10, 2010, p. 1 ss., per un primo inquadramento. Più di recente, per tutti, cfr. E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista*, cit., p. 187 ss.

⁴¹³ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 51.

⁴¹⁴ Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 52.

giuridica: a partire dalle parole dei giuristi romani, occorre “rifare, quasi per intero, la esposizione dell’istituto, della teoria e dei singoli testi romani ... per trarne poi la parte necessaria o utile”⁴¹⁵.

Il sistema normativo vigente, dunque, poteva essere letto alla luce di una fonte situata ai margini dello *ius conditum*, esterna a esso, e impiegata come mezzo per dare forza espansiva all’interpretazione⁴¹⁶. Ma, certamente, l’esperienza giuridica antica non sarebbe potuta divenire oggetto diretto (o tantomeno unico) di analisi: il rischio, altrimenti, sarebbe stato di “romanizzare il diritto italiano” o di “italianizzare il diritto romano”⁴¹⁷, e creare così un’irrimediabile distorsione tra due mondi giuridici quanto mai distanti⁴¹⁸. Il diritto romano, dunque, avrebbe rivelato la sua utilità nell’interpretazione storica dell’assetto codicistico. Eppure, aggiungeva il nostro studioso, per essere un’attività esatta e teoricamente corretta, avrebbe dovuto prima di tutto rimanere “fedele alla storia” medesima da cui prendeva origine⁴¹⁹.

Tuttavia, la (legittima) negazione dell’unità sovrastorica del diritto romano, in questa occasione, non portava lo studioso a porsi nella prospettiva di un aperto pluralismo – in cui è consentito e auspicato l’esame “anatomico” del *ius* in quanto “morto”⁴²⁰ –, bensì lo conduceva ad abbandonare “parte del vecchio e logoro”, a favore

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ Abbiamo impiegato il termine “fonte” in senso chiaramente tecnico, per alludere al convincimento – presente in modo pressoché trasversale nella scienza giuridica tra Otto e Novecento – che dalla tradizione fosse possibile attingere quanto meno un metodo, una forma specifica del ragionamento giuridico, variamente spendibile nell’ordinamento del Codice. Coglie quest’aspetto A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 284 ss., il quale evidenzia le diverse implicazioni cui conduceva la valorizzazione del *ius*, a seconda che venisse letto in chiave attualizzante o di precedente storico.

⁴¹⁷ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 52.

⁴¹⁸ Costatazioni, quelle sulla distanza tra le due realtà giuridiche, che non possono in alcun modo essere revocate in dubbio. Tuttavia, viene da domandarsi se il discorso non fosse piuttosto piegato a un obiettivo diverso – quanto mai distante da quella diacronia valorizzata in Orestano (*Introduzione allo studio*, cit., p. 332 ss.; *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, p. 235 ss.) –, ascrivibile al tentativo di assicurare certezza e coesione all’Italia codificata mediante la valorizzazione del solo sistema positivo nazionale.

⁴¹⁹ Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 57.

⁴²⁰ Si riprendono le parole della celebre osservazione di V. SCIALOJA, *Lettera aperta*, cit., p. 64 sulla quale cfr. *supra*, Cap. II, § c.

del sistema giuridico moderno⁴²¹. Del resto, nell’ottica del nostro civilista, un lavoro simile non avrebbe avuto alcun senso: seppur il lavoro rischiasse di mostrarsi meno “erudito”, l’interprete avrebbe dovuto concentrarsi solo ed esclusivamente su quella parte della tradizione eventualmente rilevante per una lettura storica del dato legislativo⁴²².

È in questa prospettiva – maggiormente orientata verso i tecnicismi del moderno diritto privato – che l’Autore torna nuovamente a parlare dei “principi generali del diritto” nel loro rapporto con il diritto romano:

“Le leggi romane non formano più diritto per noi, essendo state abrogate dall’articolo 48 della Legge transitoria. Oltre a ciò nessun principio generale del diritto romano è conservato in tutta la sua integrità nella patria legislazione; per modo che si completerebbe la legge patria con i principi dai quali esattissimamente almeno non procede, e si darebbe per necessaria conseguenza una decisione discordante da quella che il tenore generale del diritto costituito da presumere, avrebbe il legislatore dato se avesse preveduto il caso”⁴²³.

Le parole appena riportate non lasciano spazio a dubbi: la tradizione, pur nella sua indubbia utilità teorica, non avrebbe potuto avere alcun ruolo suppletivo o integrativo dell’ordinamento giuridico codificato⁴²⁴. Dinanzi a tutto questo, incalzati da una

⁴²¹ Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 57.

⁴²² Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 57 s.

⁴²³ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 58. Una posizione non difforme, del resto, emerge dalle note aggiunte alle *Istituzioni* da Venzi, fermo nel ribadire come, anche laddove fosse stato possibile individuare una continuità più netta tra istituti romanistici e moderni, a venire applicato sarebbe stato sempre e solo il sistema legislativo italiano, per quanto riecheggiante, talvolta, nella tradizione previgente (cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 91 nt. e).

⁴²⁴ In queste poche righe possiamo probabilmente cogliere i tratti primigeni di quel progressivo scollamento – che avrebbe raggiunto le sue vette più elevate nella metà del Novecento – dei cultori di diritto positivo, in particolare dei civilisti, dalle componenti romanistiche della scienza giuridica, e a proposito del quale possiamo rinviare a R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna, 1996, spec. p. 50 ss. Nonostante ciò, la corrente romanistica avrebbe mantenuto una sua centralità tra i due secoli (e anche, seppur in

lettura legicentrica, i “principi” è come se avessero contratto la propria estensione, per chiudersi entro il sistema del Codice⁴²⁵.

Merita a questo punto un breve accenno il *Corso teorico-pratico di Diritto Civile* di Ricci⁴²⁶, in quanto proseguimento ideale di quella proposta interpretativa, rivolta ai “principi generali”, che iniziava a stagliarsi ai margini della romanistica di fine secolo. Mutuando le parole di Solimano, Ricci rappresentava la tipica figura di giurista postunitario “intento a nazionalizzare i codici di fresco conio” attraverso una lettura strettamente legalista dell’ordinamento giuridico⁴²⁷. E in effetti, a proposito dell’art. 3 comma 2 delle Preleggi, lo studioso si domandava:

“Quali sono questi principii? Senza dubbio ... il legislatore ha inteso accennare a quelli che derivano dalle leggi da lui dettate, chè strana cosa è l’intendere che possano invocarsi principii di leggi che non sono più per noi”⁴²⁸.

Evidentemente, il fatto che il diritto romano non fosse più vigente nel moderno ordinamento giuridico, era per Ricci elemento necessario e sufficiente a escludere ogni tipo di valenza o fruibilità dell’antico a fini integrativi e suppletivi. Ed è proprio questo il punto: i principi cui alludeva il legislatore unitario erano gli stessi da lui formulati, esplicitamente o meno, all’interno del Codice, senza che potesse residuare alcuna (neanche marginale) vitalità della tradizione romanistica⁴²⁹. L’attività evocata da

proporzioni diverse, con l’entrata in vigore del codice del 1942), come non mancano di puntualizzare M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 80 ss.; E. STOLFI, *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno Aristec (Roma 10-11 ottobre 2014)*, Napoli, 2017, p. 113 s.

⁴²⁵ Evidenziano l’approccio “legalista” di Pacifici-Mazzoni anche S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica*, cit., p. 381 ss.; G. CHIODI, *Emilio Pacifici-Mazzoni*, cit., p. 1479 ss. Più di recente, M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura del codice civile*, cit., p. 113 ss.

⁴²⁶ F. RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, I, Torino, 1923, p. 24 ss.

⁴²⁷ Così S. SOLIMANO, *Ricci Francesco*, cit., p. 1680. In termini non difforni, cfr. anche ID., *Tendenze della civilistica postunitaria*, cit., p. 383 ss.; C. LATINI, *Francesco Ricci*, cit., p. 511 ss.

⁴²⁸ F. RICCI, *Corso teorico-pratico*, cit., p. 26.

⁴²⁹ In modo analogo ci sembra che si esprima anche S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica postunitaria*, cit., p. 384 s.

Ricci, si sarebbe risolta in una pura auto-integrazione, nella prospettiva di un'autosufficienza della legislazione italiana nel disciplinare – in modo diretto o implicito – tutti i casi possibili.

Si tratta, del resto, di una conclusione coerente con quel particolare orientamento, presente fra Otto e Novecento, propenso a far coincidere i “principi generali del diritto” con il solo ordinamento positivo vigente. Un'impostazione, quest'ultima, che ci allontana sensibilmente da quella (diversa) tendenza a leggere nell'*analogia iuris* un richiamo (non troppo) velato al diritto romano⁴³⁰.

5. Il diritto romano come “fonte mediata”: Gianturco, Chironi, Coviello e Nicola Stolfi

Quella sui “principi generali del diritto” è una riflessione che si realizza attraverso chiavi di lettura variegata, quasi mai riducibili a unità, in cui le difformità sono riscontrabili fra studiosi provenienti da formazioni giuridiche distanti l'una dall'altra, ma anche all'interno del medesimo settore specialistico⁴³¹. Ma una simile constatazione non ci impedisce di collocare entro una direttiva ermeneutica alcune figure di civilisti attivi a cavallo tra i due secoli. A questa conclusione non si perviene, però, forzando

⁴³⁰ In tal senso, ci appaiono emblematiche le riflessioni di G. SAREDO, *Trattato di diritto civile italiano*, Firenze, 1869, p. 52, ove, a proposito dei diversi strumenti posti nelle mani dell'interprete, si menzionavano espressamente “le fonti inesauste della sapienza dei nostri padri, alle quali (il giurista) può attingere ogni volta che si tratta di dilucidare una disposizione di legge, che abbia le sue radici nel diritto romano”. Concetti destinati a essere dallo studioso ulteriormente specificati in ID., *Trattato delle leggi, dei loro conflitti di luogo e di tempo*, I, Firenze, 1871, p. 426 ss., con una prevalenza dei principi di diritto comune rispetto al *ius Romanorum*. In questa sede, non può non essere ricordata anche la posizione di V. CATTANEO, C. BORDA, *Il codice civile italiano annotato*, Torino, 1865, p. 30, i quali alludevano proprio al diritto romano, auspicandone un recupero in chiave suppletiva, nell'analizzare l'art. 3 comma 2 delle Preleggi. Si vedano quanto detto in merito *supra*, nel Cap. I, §§ a, b.

⁴³¹ Per richiamare qualche esempio, le tecniche espositive, la maggiore o minore ampiezza attribuita ai “principi generali” rispetto al diritto positivo, il diverso ruolo entro cui veniva calato l'interprete, il mutevole rapporto tra il Codice e la tradizione e, infine, le modalità concrete attraverso cui poter colmare contenutisticamente l'art. 3 comma 2 non permanevano certo invariate – almeno in via tendenziale – nelle prolusioni di Serafini, Scialoja o Bonfante, oppure all'interno della manualistica di Pacifici-Mazzoni, Saredo e Ricci.

una conciliazione tra linee ricostruttive divergenti. Il tentativo di “*reductio ad unum*”, piuttosto, deriva da una costante terminologica quanto mai insolita, impiegata da taluni studiosi per riferirsi ai rapporti tra Codice e tradizione: l’essere, il *ius*, una “fonte mediata” del diritto. Una simile scelta terminologica impone innanzi tutto di analizzare i testi ove essa ricorre, e poi di interrogarsi sulla portata effettiva che assume sul piano tecnico-giuridico. Si tratta degli interventi – tutti raccolti in manuali e trattati di diritto civile – di Gianturco⁴³², Chironi⁴³³, Nicola Coviello⁴³⁴, e Nicola Stolfi⁴³⁵.

Partendo dal primo⁴³⁶, l’attenzione va alle sue *Istituzioni di diritto civile italiano* e, in particolar modo, alla parte introduttiva⁴³⁷. Dopo aver brevemente reso merito alla legislazione e alla dottrina francesi, lo studioso si addentrava subito nel complesso

⁴³² A proposito di questo giurista si vedano, almeno, F. TREGGIARI, *Emanuele Gianturco: l’educazione di un giurista (aspetti dell’insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 40, 1986, p. 1235 ss.; ID., *Scienza e insegnamento del diritto*, cit., p. 83 ss.; E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., p. 65 ss.; ID., “*Quaestiones iuris*”, cit., p. 1 ss. ove altra bibl.

⁴³³ Alcune preliminari informazioni si leggono in F. VASSALLI, *Giampietro Chironi*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, p. 365 ss.; M. CARAVALE, *Gian Pietro Chironi*, in *DBI*, XXV, Roma, 1981, p. 46 ss.; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 383 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 182 ss.; G. CAZZETTA, *Chironi Gian Pietro*, in *DBGI*, I, p. 529 ss.

⁴³⁴ Riguardo a tale figura si rinvia ad A. ASCOLI, *Nicola Coviello*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 1913, p. 471 ss.; F. CARNELUTTI, *Nicola Coviello*, in *Riv. dir. comm.*, 11, 1913, p. 730 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 7 ss.; F. BOSETTI, *Nicola e Leonardo Coviello e la nuova scienza del diritto civile in Italia*, Avigliano, 2005, p. 23 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 179 ss.; M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura*, cit., p. 114 ss.; C. LATINI, “*El espíritu egoísta de aquél derecho*”. *Nicola Coviello y la ciencia jurídica italiana entre individualismo y solidarismo*, in *REDS*, III.1, 2013, p. 148 ss.

⁴³⁵ In merito al quale cfr. P. BENEDEUCE, *La volontà civilistica*, cit., p. 32 ss.; G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quad. fior.*, 40, 2011, p. 781 ss.; M. SABBIONETI, *Nicola Stolfi*, in *DBGI*, II, p. 1917 ss.

⁴³⁶ Non sembra ultroneo ricordare come questo studioso appartenesse a quella schiera di giuristi che, nella Napoli degli ultimi decenni dell’Ottocento, dette vita a un’ampia rete di scuole private e insegnamenti (sia romanistici che civilistici), che contribuirono non poco alla formazione della scienza giuridica nazionale. (Cfr. A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., p. 78 ss., ma soprattutto si vedano le considerazioni già svolte nel Cap. I, §§ a, b, ove bibl.) Coglie nell’esempio del maestro Polignani l’origine delle principali attitudini scientifiche di Gianturco – tra le quali, l’attrazione verso la cultura giuridica tedesca e l’osmosi tra casi pratici e riflessione teorica – F. TREGGIARI, *Emanuele Gianturco*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 413 ss.

⁴³⁷ Cfr. E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1889³, p. 14 ss.

tema dell'interpretazione e delle lacune del diritto⁴³⁸. In prima battuta, invero, Gianturco non sembrava lasciare molto spazio a possibili etero-integrazioni: in caso di vuoto normativo l'ausilio non sarebbe potuto che arrivare da fonti interne al "sistema di diritto positivo tutto"⁴³⁹. Tuttavia, nel prosieguo, il quadro sembra assumere sfumature almeno in parte diverse, certamente meno univoche.

Infatti, nel tentativo di attribuire un significato ai vaghi "principi generali" richiamati all'art. 3 comma 2, l'Autore li definiva come "elementi giuridici" stabiliti in "fonti mediate" del diritto positivo, e destinati a operare per i casi non previsti dal legislatore e, dunque, privi di disciplina⁴⁴⁰. Ma che cosa significava "fonte mediata"? Lo studioso non approfondiva ulteriormente la tematica, la lambiva solamente attraverso l'impiego di un'espressione che, per chi tenti di ricostruirne il senso, genera molti dubbi. Eppure, non si può sfuggire all'impressione che, seppur calati all'interno di una visione non propriamente aperta a elementi estranei all'assetto codificato, questi "principi", in quanto fonte non immediata del diritto, si ponessero in una posizione intermedia tra ciò che era stato scritto nel Codice e ciò che, invece, era rimasto all'esterno di esso. Che fossero, in ultima istanza, forse, un'allusione nient'altro che alla tradizione. E questa sensazione si acuisce se osserviamo più da vicino i riferimenti e i rinvii al diritto romano che il maestro disseminava lungo tutto il suo manuale⁴⁴¹.

Proprio partendo da quest'ultimo rilievo, ci sembra possibile svolgere due considerazioni ulteriori: da un lato, l'interesse genericamente manifestato da Gianturco per il *ius* antico non doveva essere mero sfoggio di stile⁴⁴²; dall'altro, una

⁴³⁸ Cfr. E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 14 s.

⁴³⁹ E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 15.

⁴⁴⁰ E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 20.

⁴⁴¹ A partire proprio dalle prime pagine, in cui Gianturco si stava occupando delle nozioni di diritto pubblico e privato, e per le quali rinviava alla "distinzione tradizionale romana ... offuscata nel medio evo ... e rimessa in piena luce nei tempi moderni" (E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 6 s.).

⁴⁴² Coglie l'ottica "sostanzialmente strumentale" con cui Gianturco "guardava al lavoro dei romanisti" E. STOLFI, "*Quaestiones iuris*", cit., p. 51 s.

ricerca storico-giuridica intesa come semplice “erudizione antiquaria”⁴⁴³, non avrebbe avuto alcuna cittadinanza nelle sue *Istituzioni*, le quali dovevano servire “ai colti per avere notizia elementare” e precisa delle “scienze giuridiche”; ai “dotti” per “riprovare la verità dei principii” alla luce delle esperienze e “applicazioni quotidiane”; infine agli studenti per impartire loro “quei principii”⁴⁴⁴.

Allora, per quanto non espressamente enunciato, risulta probabile che ai fini dell’integrazione delle lacune rilevassero, più del solo sistema legislativo *stricto sensu*, soprattutto quei “principi” traditi dall’esperienza giuridica passata, inclusivi (anche) della tradizione, sottesi al “sistema positivo tutto”⁴⁴⁵ e quanto mai utili alla risoluzione di problematiche quotidiane. Insomma, pur con estrema cautela, ci sembra che l’espressione “fonte mediata” volesse alludere a un campo operativo dell’art. 3 comma 2 non confinabile entro le strette maglie del Codice. Peraltro, volendo provare il contrario, non si spiegherebbe perché Gianturco, nel definire i “principi generali”, non si sia semplicemente fermato all’enunciazione della positività dell’ordinamento, evitando di spendersi in formulazioni (volutamente) ampie.

Nel proseguire su questa traiettoria d’indagine, merita di essere letto il *Trattato di Diritto Civile italiano*⁴⁴⁶ di Chironi⁴⁴⁷, ove tornava nuovamente l’espressione “fonti mediate”. Il manuale, proseguendo l’impostazione metodologica già iniziata con i

⁴⁴³ Così E. STOLFI, “*Quaestiones iuris*”, cit., p. 48: espressioni riferite complessivamente alla personalità scientifica di Gianturco e che, *a fortiori*, ci sembra possa trovare giustificazione nella parte di *Istituzioni* che stiamo esaminando (cfr. *infra*, nel testo).

⁴⁴⁴ E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 4

⁴⁴⁵ Terminologia già richiamata all’inizio di questo §: la troviamo in E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 15.

⁴⁴⁶ Cfr. G.P. CHIRONI, L. ABELLO, *Trattato di Diritto Civile italiano. Parte generale*, I, Torino, 1904, p. 23 ss.

⁴⁴⁷ Già A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant’anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1911, p. 298 indicava Chironi come uno dei precursori del rinnovamento degli studi di diritto civile, attuato attraverso la rinuncia “alla arida casistica e al commentario pedestre”. Non diversamente, qualche anno dopo, leggeva nell’itinerario scientifico di questo studioso il percorso che condusse la civilistica italiana al superamento della “gretta casistica” F. VASSALLI, *Discorso*, in *Memorie dell’Istituto giuridico della R. Università di Torino*, II, Torino, 1928, p. 13 s.

lavori degli anni ottanta dell'Ottocento⁴⁴⁸, si rivelava alquanto dettagliato nella trattazione delle tematiche più strettamente collegate all'interpretazione⁴⁴⁹.

Circa la questione che qui più interessa, è indispensabile concentrare l'attenzione sulla parte generale del *Trattato*, ove Chironi distingueva tra fonti "immediate e mediate del diritto": le prime avrebbero dato luogo agli istituti giuridici, le altre, invece, non avrebbero potuto avere forza obbligatoria in sé considerate, bensì solo laddove venissero espressamente richiamate dal legislatore⁴⁵⁰. Ed è in questo secondo ambito che rientravano i "principi generali del diritto" (e anche l'equità)⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Una scelta di metodo in cui sono da valorizzare almeno due costanti. *In primis*, una spiccata attenzione per l'evoluzionismo, che si nota con particolare immediatezza in G.P. CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, Siena, 1881, p. 36 dove si affermava perentoriamente che "la legge scritta non ha a rinchiudersi in un assoluto senza vita [...] non può né deve prevalere all'evoluzione feconda delle idee". E ancora in ID. *Il darwinismo nel diritto*, Siena, 1882, p. 22 s., riecheggiava il concetto di "lotta evolutiva" come "rinnovamento di vita", "progresso". In secondo luogo, non manca di rivelarsi più volte allo studioso la necessità di consolidare scientificamente il diritto unitario nazionale, e di dominare le trasformazioni sociali attraverso ampie trattazioni teoriche, come emerge in ID., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, I, Torino, 1884, p. VI ss. Elementi che venivano confermati e ampliati in ID., *Sociologia e diritto civile*, Torino, 1886, p. 11: "dal positivismo odierno" occorre trarre "la successione storica ... e la tendenza a generalizzare", all'insegna di una definitiva "prevalenza della teoria sulla pratica". Punto, quest'ultimo, che vale a distinguere non poco Chironi da Gianturco, per il quale, invece, la teorizzazione fine a sé stessa si sarebbe rivelata alquanto inutile (cfr. *supra*, nel testo e ntt. 478, 479).

⁴⁴⁹ Nella produzione scientifica di Gianturco legge come prevalente la componente "legalistica", in quanto "sicuro terreno positivo da cui non allontanarsi", P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 31. Viceversa, insistono maggiormente sulla sensibilità dell'Autore per i cambiamenti sociali e sulla sua tendenza a concentrarsi sulle teorizzazioni di carattere generale G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 182 s., il quale, a tale ultimo proposito, rileva criticamente la conseguente rottura del "felice connubio tra scienza e pratica", e G. CAZZETTA, *Gian Pietro Chironi*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 401 ss.

⁴⁵⁰ Cfr. G.P. CHIRONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 23.

⁴⁵¹ Il richiamo ad essa, seppur fugace, ci porterebbe sicuramente lontano; eppure, un dato merita di essere valorizzato. Il fatto che l'equità assumesse una propria cogenza solo laddove espressamente richiamata dal legislatore – divenendo così una "fonte mediata" – non era che la manifestazione di quella particolare cautela, tendenzialmente comune nella cultura liberale di fine secolo, con cui venivano ridimensionate le potenzialità eversive di simili "clausole" rispetto alla sovranità dello Stato legislatore e del privato proprietario e contraente (un discorso non difforme, infatti, potrebbe valere per la buona fede, sulla quale, per tutti, cfr. E. STOLFI, "*Bonae fidei interpretatio*", cit., p. 259 ss.). Ampii spunti in ordine alle elaborazioni scientifiche in materia di equità si leggono in C. LATINI, *L'araba fenice*, cit., p. 595 ss., e più di recente in E. STOLFI, *Il Principio di equità*, cit., p. 529 ss., ove bibl.

Un merito del manuale, ai fini della nostra indagine, ci sembra consista proprio nella specificazione che, dopo il richiamo alla “mediatezza” di certe fonti, esso offriva circa i rapporti tra queste e il diritto positivo. La caratteristica degli elementi normativi “mediati” – come abbiamo visto – era proprio quella di esprimere la propria forza obbligatoria non in sé considerati, ma solo se espressamente richiamati dal legislatore. Veniva, dunque, impressa una fisionomia in parte nuova al sistema positivo: non più solo *lex scripta*, ma assetto più ampio, prodotto dal concorso di elementi di “eteronormazione”⁴⁵². Un esito tanto più significativo considerando che esso veniva raggiunto anche grazie all’art. 3 comma 2 delle Preleggi: disposizione che – se confrontata con il ruolo di “ascendente culturale” che l’autore attribuiva genericamente alla tradizione⁴⁵³ – rivelava una (potenziale) apertura a favore di una fonte integrativa contenutisticamente più estesa della legge.

Non si vogliono certo trarre conclusioni azzardate, poco rispondenti alle parole espresse dell’Autore. Eppure, non si può fare a meno di considerare come le “fonti mediate”, attraverso le quali lo Stato, per sua volontà, integrava l’ordinamento giuridico, si prestassero a essere piegate a tutt’altro meccanismo, in cui però rimaneva assicurato il ruolo determinante della legge proprio grazie all’art. 3 comma 2 delle Preleggi. Intendiamo alludere a un’operatività della tradizione previgente – mai espressa, ma potenzialmente ricostruibile tra le righe di Chironi, anche solo come “retroscena giuridico”⁴⁵⁴ – nei termini di elemento normativo “doppiamente mediato”, prima dai “principi generali” e, in ultima istanza, dalla *voluntas legis*.

⁴⁵² Usiamo questa espressione in senso volutamente inverso rispetto a come siamo abituati a intenderla nella teoria generale del contratto, in cui l’eteronormazione è il fenomeno in forza del quale è possibile “ricostruire il regolamento negoziale mediante fonti diverse dalla volontà individuale delle parti” (così V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI [a cura di], *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011², p. 457). In questa sede, infatti, ci stiamo servendo della contrapposizione tra autonormazione ed eteronormazione per indicare un fenomeno alquanto distante dal campo contrattuale: la diversa modalità di produzione delle norme da parte dello Stato-legislatore, ora attuata direttamente con la legge scritta, chiara e puntuale; ora fatta discendere da “clausole” più ampie (*rectius*, i “principi generali del diritto” e l’equità), contenutisticamente sottratte, almeno in parte, alla volontà legislativa.

⁴⁵³ G. P. CHIRONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 52

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

E ancora, in Coviello⁴⁵⁵, nel suo *Manuale di diritto civile italiano*⁴⁵⁶, il tema dell'*analogia iuris* ricompariva affiancato alla medesima terminologia (appunto, la “fonte mediata”) già impiegata da Gianturco e Chironi. È opportuno segnalare fin da subito come, nell’opera di questo studioso, il significato della locuzione in esame non sia agevolmente spiegabile, contraddistinto com’è da una portata tecnica già di per sé vaga, e che il contenuto del *Manuale* sembrerebbe prima ridurre e poi ampliare. Infatti, dopo aver distinto tra analogia *legis* e *iuris*, l’Autore escludeva che in questo secondo caso il legislatore avesse inteso rinviare “ai principi di diritto naturale o razionale”, né tanto meno a quelli del “diritto romano o comune”, data l’abrogazione espressa, avvenuta per opera dell’art. 48 delle Disposizioni Transitorie, di tutto ciò che non era stato espressamente disciplinato dal Codice⁴⁵⁷.

Non sembra potersi revocare in dubbio, almeno per il momento, l’interpretazione “legicentrica” che Coviello intendeva suggerire dei “principi generali”⁴⁵⁸. Sensazione che diviene tanto più forte nel prosieguo: la norma di cui all’art. 3 comma 2 – aggiungeva lo studioso – non poteva che rinviare alla legislazione positiva nazionale, unica “fonte immediata” del diritto⁴⁵⁹. Tuttavia, dopo una prima (apparente) chiusura “legalista”, egli passava a riconoscere come le radici di questi “principi” di diritto ben potessero risalire, in via “mediata”, alla tradizione previgente: non in quanto

⁴⁵⁵ Valorizzava, nella produzione scientifica di questo studioso, gli ampi cenni alla letteratura esegetica francese, non di rado accompagnati da un esame minuzioso delle “questioni analitiche” che si incontravano “nell’applicazione delle disposizioni positive di legge”, F. CARNELUTTI, *Nicola Coviello*, cit., p. 730. Tuttavia, G. CHIODI, *Nicola Coviello*, cit., p. 605 s. evidenzia come Coviello non rimase affatto insensibile agli insegnamenti della Pandettistica e degli studi romanistici, alla luce dei quali ricostruì la trattazione dei maggiori istituti di diritto civile. Cfr. nt. 469 ove altra bibl.

⁴⁵⁶ Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, 1915, spec. p. 85 ss.

⁴⁵⁷ Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 85.

⁴⁵⁸ Del resto, insiste proprio sull’impostazione “positiva” del nostro civilista P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 7 ss. In termini maggiormente cauti – e che ci sembrano, peraltro, condivisibili – si esprime invece G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., spec. p. 179 ss.

⁴⁵⁹ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 85.

complesso normativo direttamente efficace, bensì come retroscena giuridico che aveva innegabilmente e ampiamente “ispirato”, “influenzato” il sistema giuridico vigente⁴⁶⁰.

Per restituire una logica coerenza alle riflessioni di Coviello, non si può che tentare un’ipotesi ricostruttiva che tenga conto sia del ruolo assunto dallo studio dei materiali romani nella scienza giuridica del tempo, sia della indubbia svolta “positivista” che già si stava profilando, destinata poi ad acuirsi nelle temperie del Novecento⁴⁶¹. Pertanto, non sembrerà azzardato leggere nel “metodo logico di interpretazione e integrazione” delle lacune di Coviello una scelta di compromesso, compiuta quasi “in silenzio”, tra ciò che generava “immediatamente” il diritto (*rectius*, la legge), e tutta quella normatività, posta *a latere* del Codice, e “mediatamente” chiamata a esercitare ancora una volta la sua influenza⁴⁶². In questa zona d’ombra, verosimilmente, si sarebbero potute risolvere le interazioni tra “principi generali”, diritto positivo e tradizione.

Quella a cui abbiamo appena accennato è una chiave di lettura che ci sembra possa fare al caso anche di un altro studioso, Nicola Stolfi⁴⁶³. Nel primo volume del suo trattato di *Diritto Civile*⁴⁶⁴, egli si prefiggeva l’obiettivo di “studiare le istituzioni del nostro diritto privato in sé stesse e nella loro storia”, di esaminarle “nei loro effetti sociali, giuridici, ed economici”, cercando quindi di “trarre dalle leggi il sistema di principi giuridici, che valga a risolvere il maggior numero di controversie”⁴⁶⁵. Nella parte introduttiva⁴⁶⁶, dopo aver elogiato la ripresa degli studi giuridici, grazie soprattutto all’influsso della Scuola storica tedesca, veniva precisato come una

⁴⁶⁰ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 87.

⁴⁶¹ Lo si è detto più volte nel Cap. I, §§ a, b.

⁴⁶² Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 87 s.

⁴⁶³ Egli fu nipote, allievo e collaboratore di Gianturco, esponente illustre della tradizione giuridica lucana (sulla quale, per tutti, cfr. E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., p. 65 ss.). Nella sua visione del fenomeno giuridico si intrecciavano alcuni degli elementi essenziali del modello pandettistico, con una sensibilità per il *modus operandi* casistico risalente alla “*iusprudentia romana*” (così M. SABBIONETI, *Nicola Stolfi*, cit., p. 1917). Cfr. *supra*, nt. 470 ove altra bibl.

⁴⁶⁴ N. STOLFI, *Diritto Civile. Parte generale*, I, Torino, 1919, spec. p. 67 ss.

⁴⁶⁵ N. STOLFI, *Diritto Civile*, cit., I, p. 68.

⁴⁶⁶ Cfr. N. STOLFI, *Diritto Civile*, cit., I, p. 68 s.

formazione realmente completa dovesse necessariamente comporsi non solo dello studio del diritto romano “puro”, ma anche della sua matrice più genericamente romanistica⁴⁶⁷. Trattando poi specificatamente del problema delle lacune normative, Stolfi si dedicava a un’attenta definizione dei “principi generali”, cominciando prima di tutto a specificarli in termini negativi: nell’art. 3 comma 2, infatti, non sarebbe stato possibile rintracciare “immediatamente” il diritto romano, nonostante l’innegabile “influenza” da quest’ultimo esercitata sul campo “delle disposizioni vigenti”⁴⁶⁸. Il primo appiglio normativo per argomentare le proprie considerazioni veniva dall’Autore rintracciato ovviamente nell’art. 48 delle Disposizioni Transitorie⁴⁶⁹. I “principi generali” dovevano derivare, dunque, direttamente ed esclusivamente dal sistema positivo nazionale. Tuttavia, non si poteva negare che il diritto romano avesse fornito anche (e soprattutto) “i mezzi di interpretazione” del complesso giuridico vigente⁴⁷⁰.

Si ha quindi la sensazione che l’accostamento tra il *ius* romano e gli strumenti ermeneutici volesse alludere, almeno implicitamente, a qualcosa di ben lontano dal puro “legicentrismo” perfettamente autointegrato e chiuso su sé stesso. E sono proprio questi richiami, pur nella loro brevità, a rendere fruttuosa la direttiva di indagine attorno alle “fonti mediate” nella civilistica a cavallo tra i due secoli. Un’analisi che, *a latere* delle prolusioni e dei più ampi campioni testuali passati in rassegna nelle pagine precedenti, ci consente di osservare come la nostra locuzione, appena lambita nelle poche righe dedicate alle fonti del diritto, eppure scelta in almeno quattro

⁴⁶⁷ Proprio la scelta di introdurre il suo trattato con non scarse considerazioni circa il ruolo degli studi romanistici nell’Italia del Codice ci fa comprendere l’importanza che tali insegnamenti dovevano mantenere per la scienza giuridica del tempo (almeno nella romano-civilistica), quanto meno nella formazione del lessico giuridico del nuovo Stato unitario. Su questi dati insisteva già A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta*, cit., p. 284 ss. Pressoché in questi termini, ma sottolineando la necessità di non appiattirsi a simili considerazioni in modo univoco e omogeneo (come, del resto, si è tentato di dire già nel Cap. I, §§ a, b), cfr. E. STOLFI, *Studio e insegnamento*, cit., spec. p. 6 ss.

⁴⁶⁸ N. STOLFI, *Diritto Civile*, cit., I, p. 617. Peraltro, qui veniva inserito un espresso richiamo alle *Note* di Fadda e Bensa e al loro rinvio ai “principi generali del diritto italiano” sui quali ci siamo già ampiamente soffermati *supra* in questo Cap., §§ a, b, c.

⁴⁶⁹ Cfr. N. STOLFI, *Diritto Civile*, cit., I, p. 618 s.

⁴⁷⁰ N. STOLFI, *Diritto Civile*, cit., I, p. 228.

trattazioni di diritto civile, non potesse essere casuale. Anzi, proprio i rilievi su questa parte del linguaggio civilistico ci inducono a tentare un'ipotesi di sintesi. Certamente, il vero tratto caratteristico di questi giuristi, non era il qualificare il diritto romano come fonte potenzialmente fruibile nell'ordinamento vigente⁴⁷¹, tant'è che, tra le argomentazioni più ricorrenti nei giuristi appena ricordati, vi era proprio il richiamo alla forza abrogatrice dell'art. 48 delle Disposizioni Transitorie. L'ausilio della tradizione, in questi studiosi, si rivelava lontano dalle apologie dell'antico o dai tentativi di attualizzazione del *ius*. Probabilmente, si potrebbe parlare di un retroscena giuridico “doppiamente mediato”: in altre parole, i principi generali dovevano esser tratti sì dal codice, ma per poterlo fare occorreva conoscerne i presupposti storici e i fattori della tradizione che ne avevano influenzato il contenuto.

⁴⁷¹ Infatti, non vi è alcun intento di revocare in dubbio la distanza che si frapponessa tra certa romanistica – ora intenta a un lavoro attualizzante sulla tradizione (ci riferiamo, in particolare, ai quadri esposti nella *Prolusione* di Serafini e nella *Prelezione* di Buonamici, sulle quali si rinvia al Cap. II, §§ a, b), ora promotrice di una riflessione più matura, attrezzata e complessa (ricondicabile soprattutto agli sforzi di Scialoja, sul quale cfr. Cap. II, § c) – e le voci di alcuni civilisti italiani (si pensi soprattutto, oltre agli studiosi menzionati in questo §, a Pacifici-Mazzoni e a Ricci).

PARTE SECONDA
ITINERARI DELLA PRASSI

CAPITOLO I

IL PERIMETRO DELLA RICERCA

1. Una mappa dei problemi

Affacciarsi al tema degli orientamenti giurisprudenziali fra Otto e Novecento relativi ai rapporti tra “principi generali del diritto” e *ius Romanorum* impone di confrontarsi con un panorama che, nella prospettiva degli studiosi moderni, si allontana almeno parzialmente dalle manifestazioni della scienza giuridica di quegli stessi anni¹. In termini per il momento approssimativi, è prioritario precisare che la prassi giudiziaria, seppur nella pluralità delle sue manifestazioni, tendeva a sintetizzare questa dialettica entro un *modus operandi* non unitario, ossia che non risolveva i casi dubbi o i vuoti normativi necessariamente per il tramite dell’art. 3 co.2 delle Preleggi. In altre parole, i passi dei *Digesta* venivano spesso richiamati direttamente, senza la mediazione di alcuna norma codicistica. In riferimento specifico a quest’ultimo aspetto, però, non è possibile essere troppo puntuali finché si rimanga al livello di trattazione generale. In via preliminare, potremmo affermare che l’atteggiamento della prassi giudiziaria dinanzi al *ius* antico si caratterizzava per alcuni tratti di fondo ricorrenti: *in primis*, la scelta di richiamarsi all’opera giustiniana piuttosto che alla tradizione a essa posteriore; poi, e in stretto quanto pressoché ovvio collegamento, il taglio “attualizzante” dei rinvii, in quanto destinati a dispiegare i propri effetti

¹ Non appare ultroneo precisare fin da subito che quando parliamo di “orientamenti giurisprudenziali” intendiamo riferirci al concetto di “giurisprudenza” nel suo impiego moderno – come insieme dei giudici e delle loro pronunzie –, e non a quello di *iuris prudentia*, ereditato dalla Roma antica e dalla sua scienza del diritto. Sovrapporli sarebbe concettualmente erroneo, ad esempio come segnala più volte M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Torino, 2015³, p. 1 s., nell’apertura del suo volume. Un’attenzione particolare al divenire diacronico di certe espressioni linguistiche si rinviene in E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista*, cit., p. 14 ss., ove si evidenzia la distanza semantica tra le due espressioni, nonché la diversa posizione che la “giurisprudenza” – rispettivamente dei romani e dei moderni – assume nel sistema delle fonti del diritto. Incidentalmente su questi aspetti cfr. anche, da ultimo, i rilievi di M. BRUTTI, *La “dissoluzione dell’Europa”*, cit., p. 94.

nell'ambito di controversie *sub iudice*. Ma per esser maggiormente precisi, sarà indispensabile volgere lo sguardo alla concreta attività del foro, analizzando individualmente ciascuna sentenza². Ciò consentirà di svolgere due operazioni ulteriori: da un lato, rileggere i contributi della scienza giuridica al netto di sottigliezze prive di alcun riscontro pratico; dall'altro, osservare se – ed eventualmente in che termini – ai “principi generali” fosse di fatto lasciato un ruolo nel colmare i vuoti normativi. In sostanza, un imprescindibile “connubio tra scienza e pratica”³, che si attaglia in modo particolarmente felice a una lettura composita, che non relega la prassi giudiziaria a una funzione meramente “ancillare”, bensì la eleva a parte integrante della prima, prevalentemente dottrinarial⁴. Infine, a tali ragioni si aggiunga la volontà di approfondire un tema meno frequentato dalla storiografia contemporanea impegnata nell'analisi della prassi giudiziaria di XIX e XX secolo⁵: le tracce applicative dell'art.

² Lo studio si dipanerà, appunto, attraverso un'analisi casistica a largo spettro, ossia attraverso una successione di sentenze delle Corti di Cassazione ritenute maggiormente funzionali alla nostra indagine.

³ Con queste parole G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica*, cit., p. 781 rimarca l'esigenza di coniugare la ricerca circa costruzioni teoriche e prassi giurisprudenziale, al fine di una più compiuta analisi della civilistica italiana post-unitaria.

⁴ Una necessità che, a chiare lettere, non è esclusiva dello studioso moderno ma che veniva evidenziata già da G. B. TABBARINI, *Frammenti di storia della giurisprudenza in Italia. Tendenza allo studio di scrittori tedeschi e francesi*, in *La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza*, 1, 1847, p. 344 ss., il quale invitava gli studiosi a rileggere le “teoriche e le meditazioni della scuola” alla luce di effettivi riscontri pratici (ID., *Frammenti*, cit., p. 345). Ma che, soprattutto, sarebbe divenuta un vero e proprio *leitmotiv* scialojano: a partire dalla prolusione camerte – nella quale l'Autore ricomprendeva anche le sentenze delle Corti di Cassazione entro il sintagma “puro diritto” (cfr. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., p. 102) –, sino all'accorato monito, di qualche anno successivo, a “fare della teoria utile ... ma nell'interpretazione e nell'applicazione quotidiana, che è la cosa più importante che spetta ai magistrati da una parte e a noi come giuristi pratici dall'altra” (così in ID., *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 9, 1911, p. 947). Del resto, motivi non difformi avrebbero orientato Scialoja nel ragionare attorno al concetto di “giurisdizione”, nonché sulle differenze tra questa e l'attività amministrativa (cfr., per esempio, ID., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 23, 1931, p. 407 ss.).

⁵ Per quanto riguarda il processo, così come iscritto nel più ampio orizzonte della storia della giustizia e delle carriere all'interno della magistratura, possiamo senza dubbio contare su svariati e importanti lavori. Nell'impossibilità di un censimento completo, ricorderemo almeno quelli riconducibili a Saraceno (*Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione: linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, 1979, p. 22 ss.; *I magistrati italiani dall'unità al fascismo: studi biografici e prosopografici*, Roma, 1988, p. 12 ss.), a Sbriccoli e Bettoni, che nel 1989 organizzarono un convegno dedicato appositamente

3 co. 2 delle Preleggi, nel suo ruolo di potenziale “valvola” di ingresso della tradizione antica nell’ambito dell’ordinamento codificato. Se prendiamo le mosse dalla fine dell’Ottocento, infatti, non siamo in grado di rinvenire uno studio organico e unitario dedicato ai “principi generali del diritto”, come strumento attuativo dell’*analogia iuris*.

Così, se queste sono le motivazioni di uno studio esteso alla giurisprudenza, sembra opportuna una premessa di metodo circa l’analisi delle pronunce.

Nel passare in rassegna le sentenze, si potrebbero individuare astrattamente due vie: una che segue l’elencazione cronologica delle pronunce, l’altra che le aggrega per uniformità contenutistiche⁶. Ma, verosimilmente, è solo la seconda che consente di valorizzare le peculiarità di ciascuna Corte, la *ratio* dei rinvii – laddove operati – al diritto romano, sino a intravedere una trama, condizionata nel tempo e nello spazio, del ragionamento logico-giuridico⁷.

al momento giurisprudenziale, con particolare riguardo all’epoca preunitaria (i cui interventi sono raccolti in M. SBRICCOLI, A. BETTONI [a cura di], *Grandi tribunali e Rote nell’Italia di Antico Regime. Atti del convegno tenuto a Macerata nel 1989*, Milano, 1993, p. XII ss.). In questa sede – nonostante il taglio fortemente particolaristico dei lavori, incentrati, rispettivamente, sul Regno di Napoli e sul Ducato di Milano – non possiamo mancare di menzionare le ampie ricerche di M. MILETTI, *Stylus iudicandi. Le raccolte di “decisiones” del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998, p. 21 ss., e di A. MONTI, *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, 2003, p. 36 ss. Ma si vedano anche gli importanti studi di O. ABBAMONTE, F.P. CASAVOLA, *Themis. Tra le pieghe della giustizia* (a cura di A. CERNIGLIARO), Torino, 2009, p. 16 ss., per un quadro completo sulla storia delle istituzioni giudiziarie e degli organi amministrativi del Regno. Un campo pressoché sterminato – ma al quale la storiografia sembra aver dedicato un interesse minore – è quello rappresentato dal concreto operare delle Corti di giustizia nazionali: si inserisce in questa linea di indagine il volume curato dalla Di Simone e dedicato alla giurisdizione dello Stato Pontificio (cfr. M.R. DI SIMONE [a cura di], *La giustizia dello Stato pontificio in età moderna*, Roma, 2011, p. 11 ss.), ove si coglie l’importanza di una “ricostruzione dettagliata di vicende particolari e individuali che consenta di verificare, attraverso la concreta applicazione dei provvedimenti”, l’effettivo operare della giurisprudenza (così ID., *Introduzione. Orientamenti e prospettive nella storiografia sulla giustizia pontificia dell’età moderna*, in *La giustizia*, cit., p. 13).

⁶ È evidente come ciò necessiti di una preliminare analisi “a tappeto” delle pronunce: solo quelle più significative sono poi confluite nella trattazione, e ordinate secondo similarità e divergenze contenutistiche.

⁷ Sulle tipologie di rinvio che riteniamo di poter scorgere dall’analisi della prassi giudiziaria vd. *infra*, § b.

Tali considerazioni si inseriscono nella più ampia indagine circa il ruolo assunto dalla tradizione nell'ordinamento codificato: indagine compiuta, questa volta, guardando al momento applicativo, giudiziario. E se è vero che la finalità ultima dello studio non deve essere persa di vista, appare altrettanto opportuno evitare suggestioni evolucionistiche, le quali finirebbero per ricostruire gli orientamenti della giurisprudenza come un *continuum* di rinvii al diritto romano: prima presenti, poi progressivamente più sporadici, oggi scomparsi (o quasi). In realtà, all'interno dell'arco temporale considerato si creavano sintonie e difformità che dipendevano prevalentemente da fattori territoriali più che da contiguità temporali. Come noto, la storia della giurisdizione suprema in Italia⁸ si collegava, fino al 1923⁹, a un sistema

⁸ Si tratta di un punto delicato, studiato da tempo, la cui trattazione passa per analisi particolaristiche, come quelle di M. CARAVALE, *Lo Stato pontificio da Martino V a Gregorio XIII*, in ID., A. CARACCILO (a cura di), *Lo Stato pontificio. Storia d'Italia*, Torino, 1978, p. 6 ss., incentrate sul sistema giudiziario della Sacra Rota e del Consiglio del Pontefice; così come le pagine di G. INTORCIA, *Magistrature nel Regno di Napoli. Analisi prosopografica (secoli XVI-XVII)*, Napoli, 1987, p. 30 ss., per la realtà napoletana. Sul momento giurisprudenziale nell'antico regime importante M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, p. 67 ss. Per ragguagli a proposito della Lombardia post-unitaria, invece, si veda A. SCIUMÈ, *Fra revisione e cassazione: modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia postunitaria*, in AA. VV., *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, p. 979 ss. Rimangono fondamentali gli studi di più ampio respiro, a vocazione nazionale, di M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in ID. (a cura di), *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, p. 27 e ss.; U. PETRONIO, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana della storia del diritto, Napoli (18-20 ottobre 2001)*, Napoli, 2003, p. 431 ss. Infine, un quadro completo della storia della Corte di Cassazione in Italia dall'Unità al fascismo è offerto dagli approfonditi lavori di O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, p. 43 ss., e M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, p. 15 ss.

⁹ Si intende fare riferimento alla giurisdizione civile. Quella penale, infatti, vide l'unificazione qualche decennio prima. Cfr., per tutti, G. P. TRIFONE, *La Cassazione nella storia*, in G. P. TRIFONE, N. PICARDI (a cura di), *La corte di Cassazione. Dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 2010, p. 99 ss.

pluralistico, con la presenza sul territorio di cinque Corti¹⁰, ciascuna inevitabilmente influenzata dai patrimoni normativi e giurisdizionali di epoca pre-unitaria¹¹.

Nel complesso, la situazione nazionale negli anni immediatamente successivi all'Unità era senza dubbio anomala: alla condizione di forte instabilità giudiziaria – derivante dalla pluralità di giurisdizioni di legittimità – si aggiungeva una certa resistenza all'unificazione legislativa¹².

A fare da contraltare a questo sfondo di eterogeneità vi era, almeno formalmente, il codice di procedura civile del 1865¹³, che consegnava al sistema giudiziario uno

¹⁰ Al momento dell'Unità, le Corti erano solamente quattro: Torino, Firenze, Napoli e Palermo. Dopo la presa di Roma, nel 1870, si aggiunse anche la quinta, con sede nella Capitale. Cfr., quanto al momento istitutivo dell'ordinamento giudiziario, il R.D. del 6 dicembre 1865, n. 2626.

¹¹ Le radici delle alterità normative e giudiziarie degli Stati pre-unitari vanno ricercate negli ordinamenti dell'Antico regime che segnarono in modo determinante gli sviluppi giurisprudenziali successivi. Ne affiora un quadro composito, fatto di stagioni diversissime, in cui confluirono sia gli influssi della dominazione austriaca (si vedano in proposito le pagine di F. PERONI, *Indice delle Leggi, degli Editti, Avvisi ed Ordini pubblicati nello Stato di Milano dal 1775 al 1821*, Milano, 1821, p. 2 ss., ove emergeva un sistema di giustizia suprema, per la Lombardia austriaca, affidato a un Tribunale di terza istanza) che le esperienze giudiziarie di stampo francese (cfr., per la Toscana, L. CANTINI, *La legislazione toscana raccolta e illustrata*, I, Firenze, 1800, p. 44 ss, e per il Piemonte, C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, Torino, 1881, p. 10 ss.; ma si veda anche P. CALAMANDREI, *La cassazione civile. Storia e legislazioni*, I, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 230 ss., per un quadro storico più ampio, esteso anche alla Liguria e al Veneto). Una panoramica complessiva si legge nello studio di M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, cit., p. 23 ss., la quale parte proprio dalle diversità preunitarie per concentrare quindi l'attenzione sul processo di unificazione delle fonti del diritto, ben evidenziando la pluralità di orientamenti che influenzò la storia italiana della codificazione e della giurisprudenza.

¹² Cfr., per tutti, C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto*, cit., p. 8 ss.

¹³ Il primo codice di rito unitario, infatti, suddivideva le competenze tra Corti in ordinarie e speciali: le prime, inerenti le decisioni dei ricorsi presentati dal Pubblico Ministero o dalle parti per l'annullamento di sentenze di secondo grado; le altre, invece, riguardanti i conflitti di giurisdizione e i regolamenti di competenza. Infine, con la l. 1888, n. 5825, vennero attribuiti alla sola Corte di Roma i ricorsi da decidersi a sezioni unite. Per un primo inquadramento si veda L. MATTIROLO, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, I, Torino, 1902, p. 362 ss., e G. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero "figlio della politica". Azione penale e pubblico ministero tra indipendenza e libertà dell'Italia postunitaria*, in B. DURAND, L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON (Hrsg.), *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt, 2005, p. 203 ss., in merito alla figura del p.m. e ai suoi poteri di iniziativa. Un'analisi più generale, invece, è quella proposta nelle pagine di M. MECCARELLI, *Le corti*, cit., p. 95 ss., e P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011, p. 3 ss., ove si colgono rilevanti spunti sulla nascita e sugli sviluppi del nostro sistema di ordinamento giudiziario.

strumento, quale il ricorso per Cassazione, imperniato attorno alla sola violazione di legge: la giurisdizione suprema, sulla scia dell'esperienza francese¹⁴, avrebbe dovuto avere un mero potere rescindente, teso al ripristino della legalità.

In sostanza, però, appaiono condivisibili le notazioni di Meccarelli¹⁵, che da una lettura più approfondita dell'art. 517 c.p.c. deduceva un modello di ricorso "ibrido", a metà strada tra quello d'Oltralpe e il diverso sistema giurisdizionale, a vocazione giurisprudenziale, di origine tedesca¹⁶. Tutto ciò contribuì, senza troppe difficoltà, a legittimare un ruolo attivo e – talvolta – creativo dei giudici italiani, acuito dalla pluralità di Corti a vocazione territoriale.

Siamo senza dubbio lontani dall'ideale montesquieuiano di giudice "bocca della legge", così come recepito dalla concezione liberale di inizio Ottocento¹⁷, ma ciò non deve indurci a svalutare un dato di partenza che rimarrà costante durante tutta la trattazione: lo spazio di manovra della giurisprudenza si inseriva ormai nelle maglie della codificazione, ed entro queste doveva individuare le nuove "regole del gioco"¹⁸. La puntualizzazione, benché potrebbe apparire ovvia, non è evidentemente superflua,

¹⁴ Sull'estensione a tutto il Regno del modello della *Cassation* francese (fondato, cioè, sul rinvio invece che sul criterio della terza istanza) si vedano M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, p. 108 ss., ove la scelta *de qua* viene descritta come una costante della destra cavouriana; nonché M. TARUFFO, *Cassazione*, cit., p. 40 ss.

¹⁵ Egli nota come l'art. 517, nella sua ampia formulazione, avesse attribuito alle Corti compiti ulteriori rispetto a quelli, tipici, del modello francese: violazione di legge, falsa applicazione, nullità processuali non sanabili. E appare piuttosto evidente come alcuni motivi di ricorso (pensiamo, in particolare, alla contraddittorietà del dispositivo o alla mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato) avrebbero implicato un giudizio esteso al fatto, varcando così il limite della questione di diritto. Così M. MECCARELLI, *Le corti*, cit., p. 20 ss., ove altra bibl.

¹⁶ Sulla realtà tedesca di fine Ottocento, tra prassi giudiziaria e scienza giuridica, si rinvia alla ricognizione di H. MOHNHAUPT, *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert)*, in *Quad. fior.*, 40, 2011, p. 19 ss.; H. P. HAFERKAMP, *Pandektistik und Gerichtspraxis*, *ibidem*, cit., p. 177 ss.

¹⁷ Ripercorrevano l'ideale illuministico e giuspositivistico del legislatore onnipotente, con tonalità critiche, P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, in *Temi Veneta. Eco dei Tribunali*, 20, 1895, p. 568 ss.; E. CALDARA, *Per una missione della magistratura*, in *La scienza del diritto privato. Rivista critica di filosofia giuridica, legislazione e giurisprudenza*, 3, 1895, p. 373 ss.

¹⁸ Mutuando le parole di A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français: la règle du jeu dans la paix burgeoise*, I, Paris, 1841, p. 127, impiegate per la (non troppo dissimile) realtà codificata francese.

e intende prevenire il possibile equivoco in cui si potrebbe incorrere, tentando di individuare, a ogni costo, spazi creativi di matrice giudiziale. Infatti, pur senza sconfinare verso certi affliti antigiusprudenziali – che raggiunsero toni granitici in figure quali Pessina¹⁹ –, appaiono particolarmente felici le riflessioni di giuristi come Zanardelli²⁰ o Mortara²¹, a proposito del ruolo della magistratura nell’Italia Unita.

Le Corti, in tutta la loro dinamica eterogeneità, fornivano un efficace contro-altare all’immobilismo dei codici ottocenteschi, all’interno di un paese ancora profondamente segnato dalle diversità. In sintesi, nonostante la netta linea di demarcazione che, dal 1865, venne segnata tra produzione e applicazione del diritto – operando una formale cesura senza precedenti –, l’interpretazione della legge svolgeva un ruolo nevralgico nel momento giudiziario, valorizzata dall’obbligo di motivazione della sentenza. Non sembra, allora, errato definire la pluralità normativa tra Otto e Novecento a “doppio titolo”: una di fonte dottrina, l’altra di natura giurisprudenziale.

Una simile ricerca, fondata sull’analisi diretta delle sentenze dei giudici di legittimità, non può prescindere da una preliminare perimetrazione, sia temporale che tematica. Sul primo punto, si è scelto di operare una cesura omogenea a quella contenuta nella prima parte dello studio, così da indagare, rispettivamente, scienza giuridica e prassi giudiziaria sul medesimo arco temporale²². Dall’altro lato, la scelta di concentrarsi solo sulle Corti di Cassazione riflette i motivi del ricorso dinanzi ai giudici di legittimità: dai loro dispositivi, in quanto magistrati competenti a ricevere i ricorsi per violazione di legge, è possibile rinvenire il materiale normativo che, in

¹⁹ Cfr. E. PESSINA, *Manuale di diritto pubblico costituzionale*, Napoli, 1849, p. 206, ove si giungeva a dire che “la pronunziatione del giudice non è altro che la legge medesima personificata nella specie di fatto”.

²⁰ Si veda G. ZANARDELLI, *Sulla riforma giudiziaria* (1904), ora in *Opere giuridiche*, 2, 2019, p. 280, il quale, nonostante fosse un fautore della Corte centrale, qualificava le diversità regionali come necessario strumento “per la più esatta ricerca del vero”.

²¹ Cfr. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1905, p. 552 ss., con toni particolarmente critici verso un’osservazione pedissequa del modello francese.

²² Pertanto, partendo dal 1865 e arrivando sino al 1927 circa.

ultima istanza, veniva considerato (l'unico) applicabile²³. Ed è senza dubbio qui che possono rintracciarsi, fra i richiami ai “principi generali del diritto”, i riferimenti al diritto romano e, più genericamente, alla tradizione romanistica.

2. Metodologie a confronto

Una ricognizione, sia pure esterna rispetto ai contenuti delle singole pronunce, è in grado di chiarirci *ab initio* le modalità attraverso le quali il diritto romano veniva richiamato dalla giurisprudenza di legittimità a cavallo tra Otto e Novecento. Preliminare è lo studio diacronico dell'operato delle Corti di Cassazione: con ciò si intende concentrare la ricerca su quella tipologia di pronunce la cui *causa petendi*, in ultima analisi, si riduceva nella violazione di legge. Appare chiaro come questo punto coinvolga in molti modi le (già menzionate) problematiche relative alla funzione riservata al ricorso in Cassazione nel codice del 1865²⁴. Basti qui evidenziare che un simile quadro di sintesi ci consente di cogliere, con verosimile immediatezza, i nodi maggiormente problematici dell'indagine: il concetto di “legge” (violata) nonché di “norma” (applicabile). Il discorso, talvolta, verrà esteso alla (precedente) pronuncia di merito o di appello se necessarie a evidenziare, a fronte di un medesima fonte applicabile al caso concreto, divergenze metodologiche e interpretative.

Fatta questa premessa, è opportuno segnalare sin da subito come si possano individuare (almeno) tre tipologie di utilizzo del *ius* antico entro il panorama giurisprudenziale fra Otto e Novecento – una delle quali, come accennato, risultava nettamente prevalente.

Secondo una prima via – battuta soprattutto in materia di diritti reali²⁵ – la questione ateneva, per la verità, a un problema di successione di “materiali normativi” nel

²³ Punto che avremo modo di valorizzare nel prossimo §.

²⁴ Che sono state oggetto di disamina *supra*, § 1.

²⁵ Su cui vd. *infra*, Cap. II, § b.1.

tempo²⁶. Infatti, in certi casi, il richiamo ai singoli frammenti tratti (prevalentemente) dal Digesto prescindeva dalla necessità di colmare una lacuna normativa²⁷. Si trattava, in prevalenza, di controversie il cui *thema disputandum* traeva origine in periodi antecedenti all'entrata in vigore del codice civile del 1865, e rispetto alle quali il nodo problematico era rappresentato dall'individuazione del diritto applicabile²⁸. Ora, è evidente che questo primo gruppo di sentenze non denota, di per sé, un collegamento diretto e immediato con la nostra indagine: esse, dunque, saranno esaminate solo se, e nella parte in cui, forniscono informazioni utili, anche se quasi sempre in forma indiretta, al nostro studio.

Di diverso tenore appaiono gli altri due generi di rinvio al diritto romano che incontriamo nello studio della prassi. Il primo, di uso meno frequente, si avvaleva dell'art. 3 delle Preleggi e, più specificatamente, dei "principi generali del diritto". Il quadro di riferimento, in simili ipotesi, era pressoché costante: una lacuna normativa costringeva il giudice a far ricorso all'*analogia iuris* per disciplinare il caso concreto. Certo non è affatto scontato che, dietro tale assenza, si profilasse sempre e comunque

²⁶ A tal proposito, non si può non fare un cenno al quadro normativo che, per il codice del 1865, si era occupato di regolare i rapporti giuridici già esistenti. L'art. 48 disp. trans. recitava: "Nelle materie che formano soggetto del nuovo Codice, cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il Codice stesso espressamente non si riferisca". Ulteriormente, l'art. 2 delle Preleggi ribadiva che "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo".

²⁷ Sul concetto di "lacuna" si rinvia a quanto detto *supra*, Parte I (spec. Cap. I, §§ 1, 2).

²⁸ Immediato il riferimento agli spunti problematici già sollecitati da G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 82 ss.; ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998, p. 211 ss., che evidenziava le molteplici difficoltà di coordinamento tra il materiale giuridico previgente e la nuova fonte del diritto, il codice. E da tali criticità prendeva le mosse anche P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma del codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio: atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Milano, 2002, p. 34 ss.; nonché P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, *ivi*, cit., p. 285 ss., offrendone una panoramica non solo italiana. Su questi aspetti, criticamente, si vedano inoltre molteplici studi di P. GROSSI, tra cui *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007³, p. 37 ss. e *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto (Lezione dottorale tenuta presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 2007)*, Napoli, 2009, ora in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011, p. 66 ss. Infine, si rinvia a quanto osservato *retro*, Parte I, Cap. I, spec. § a, ove altra bibl.

il diritto romano; ma su questo punto avremo modo di tornare²⁹. Basti per il momento considerare che, attraverso questa scelta, il giudice poneva alla base della propria trama logica e giuridica le parole di un giurista respondente, dalle quali si pretendeva di trarre un “principio generale”.

Se appaiono evidenti i rischi di una (fin troppo) disinvolta attualizzazione, spesso appesantita dalla sovrapposizione di categorie giuridiche estranee all’originario contesto di riferimento, altrettanto evidente è l’orientamento che si celava dietro a questa dialettica: la percezione dell’autorevolezza (ancora attuale) di una tradizione non più vigente.

Questo atteggiamento – *leitmotiv* che fa da sfondo all’attività giurisprudenziale tra Otto e Novecento – è ancora più evidente in quell’ultimo genere di rinvio, per così dire diretto, che si rinveniva in buona parte della prassi. Con ciò si intende fare riferimento a ipotesi in cui la lacuna normativa veniva colmata senza il tramite della *analogia iuris* (o *legis*): il diritto dei romani, infatti, veniva richiamato direttamente, ora dalle parti ricorrenti, ora nelle motivazioni dei giudici³⁰. Dalla rassegna delle testimonianze giurisprudenziali del tempo, emerge un quadro estremamente ricco, rispetto al meno frequente richiamo all’art. 3 co. 2 delle Preleggi, di rinvii immediati al *ius* antico, non di rado collegati a una problematica di lacuna normativa. Con quest’ultimo metodo, in sostanza, si assisteva a una duplice operazione: *in primis*, veniva conferita una “seconda vigenza” alle parole di qualche giurista respondente, spesso attraverso un’opera di rimaneggiamento che tendeva verso formulazioni generalizzanti; poi, il principio che si era ritenuto di trarre dal relativo passo veniva immediatamente applicato al caso concreto, il che poneva questa opzione giudiziaria, almeno formalmente, del tutto al di fuori del sistema delle fonti del diritto.

La differenza logica e “qualitativa” tra questi ultimi due generi di rinvii propone aspetti che meritano di essere approfonditi separatamente: basti qui evidenziare come

²⁹ A partire dal Cap. II, § 1 e, soprattutto, in Cap. III, §§ 1 e ss.

³⁰ Di tale prassi davano conto – con toni ampiamente critici – Fadda e Bensa nelle loro *Note* al *Lehrbuch* di Windscheid (Cfr. Parte I, Cap. III, § b).

in essa si rifletta tanto una diversità di attitudine all'interno della stessa giurisprudenza³¹, quanto un distinto approccio tra questa e la scienza giuridica ad essa coeva. Infatti, se nei dibattiti dottrinari a cavallo tra Otto e Novecento incontriamo una certa cautela nel recupero del diritto romano (o, più in generale, della tradizione romanistica) entro l'ordinamento giuridico codificato, quanto meno nell'ammettere *apertis verbis* alcuni tentativi attualizzanti, nella prassi giudiziaria questa prudenza sembrava lasciare spazio a una dialettica più immediata, non sempre e necessariamente ancorata, almeno sul piano delle esplicite enunciazioni, al filtro dei "principi generali del diritto".

³¹ E questo all'interno di un contesto in cui, di per sé, l'unificazione degli orientamenti giurisprudenziali doveva essere un risultato particolarmente arduo da assicurare, data la ricordata pluralità di Corti di Cassazione. Del resto, è la stessa lettera della legge a lasciar trasparire l'idea di una funzione nomofilattica ancillare: il R.D. 2626/1865, istitutivo del primo ordinamento giudiziario italiano, all'art. 122 attribuiva ai giudici di legittimità il compito di assicurare la "esatta osservanza della legge", e non anche di garantirne "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione", così da perseguire "l'unità del diritto obbiettivo nazionale" (come, invece, reciterà l'art. 65 del R.D. 1941/12). Sembra cogliere particolarmente nel giusto G. AMOROSO, *Sindacato di legittimità e nomofilachia tra massime di giurisprudenza e principi di diritto*, in G. ALPA, A. SCHIESARO (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia: un dialogo tra Accademia Magistratura e Avvocatura*, Napoli, 2013, p. 280 laddove afferma che, ciascuna della Corti, "attraverso il sindacato di legittimità per violazione di legge, creava la propria nomofilachia".

CAPITOLO II

UN'APPLICAZIONE DIRETTA?

1. Una questione di successione di “leggi” nel tempo

Da un punto di vista di teoria generale del diritto, la successione di leggi nel tempo implica una tensione tra due nuclei differenti di interessi: uno che tende all'applicazione della disciplina previgente, l'altro che propende verso la normativa successiva³². Il discorso, calato all'interno della nostra indagine, assume connotati ancora più problematici se consideriamo le diverse tipologie di fonti coinvolte nella sequenza temporale: da un lato, i prodotti dell'attività scientifica dei giuristi romani, dalla loro primigenia apparizione fino alle estreme rielaborazioni operate dal diritto comune, in cui è possibile percepire rapporti di ascendenza e trasformazione; dall'altro, il codice civile che, sebbene orientato dalla sussistenza di una lunga tradizione normativa preunitaria, da quest'ultima si allontanava irrimediabilmente. Tale quadro si specificava ulteriormente per l'impossibilità, sancita dal legislatore, di applicare la legge nazionale ai casi a essa antecedenti³³. Ora, dato che l'obiettivo del nostro studio non è ripercorrere problematiche e soluzioni di diritto intertemporale, prenderemo in considerazione, tra le varie sentenze possibili, solo quelle in cui il ruolo

³² Non è certo il caso di riprodurre qui la sterminata bibliografia che, a partire dalla metà dell'Ottocento, si è occupata del tema, ma sarà comunque abbastanza semplice darne una panoramica incentrata sul dato comune alla quasi totalità di essa: la scienza giuridica, ogni volta che si è occupata di conflitti di leggi nel tempo, ha preso le mosse da un generale principio di irretroattività, operando una chiara scelta di tutela degli interessi del singolo, acquisiti in forza della normativa previgente. Cfr. almeno C.F. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. Torino, 1898, p. 8 ss.; C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Pisa, 1868, p. 3 ss.; F. LASSALLE, *Die Theorie der Erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze, unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preussischen Rechts*, Leipzig, 1880, p. 47 ss. Utili anche le riflessioni di N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, 1929, p. 97 ss., sebbene successive al periodo che stiamo considerando.

³³ Divieto di applicazione retroattiva espressamente previsto all'art. 2 delle Preleggi, il cui testo è stato riportato *supra*, alla nt. 26.

del *ius Romanorum* risultava determinante e soprattutto divisivo³⁴. Il primo aspetto, ci consentirà di individuare una tipologia ben precisa di ragionamento: l’astrazione di principi generali presuntivamente contenuti *in nuce* in questo o quel frammento. Il secondo, invece, permetterà di selezionare casi esemplificativi della varietà di opzioni giudiziarie rispetto a settori tematici omogenei, nei quali è più facile constatare la diversa modalità dei giudici di misurarsi con la produzione antica. Infatti, al di là della specifica problematica “temporale”, appare chiaro che la distanza tra le decisioni sorgeva, il più delle volte, da una differente lettura delle fonti: ossia, dal rispettivo modo di leggere alcuni passi del Digesto.

Affacciarsi a questa tipologia di pronunce giudiziarie impone di confrontarsi con una serie normativa che, nell’ottica degli attori ottocenteschi, era considerata tendenzialmente unitaria, pur nella molteplicità delle sue manifestazioni. È lecito in effetti convenire sulla qualificazione complessiva delle testimonianze di diritto romano come un “*genus*” omogeneo e attuale, almeno sul piano dei principi che da esse si volevano trarre, dal momento che i vari frammenti venivano richiamati a risoluzione di casi concreti, sebbene – per il momento – nell’ambito di una problematica di diritto intertemporale. Insomma, nonostante il nuovo panorama tecnico, codificato, la perpetuazione del sapere giuridico antico continuava a veicolare – nella percezione del tempo – testimonianze di una tecnica plurimillennaria, ritenuta depositaria di concetti ancora spendibili.

All’interno di una pratica comunque rispondente a tale fisionomia, ci è possibile isolare alcune sentenze in ragione della sussistenza di certi tratti comuni. In termini del tutto approssimativi, si potrebbe dire che questo primo tipo di confronto con il diritto

³⁴ Sul concetto di “diritto intertemporale”, e per distinguerlo dal “diritto transitorio”, si veda la ricognizione di G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, p. 235, nella parte dedicata al codice unitario del 1865. In particolare, l’Autore definiva il primo come insieme di norme o principi – necessariamente generali – “che hanno il fine di risolvere i conflitti nel tempo tra norme”; mentre qualificava il secondo quale complesso di “regole specifiche dettate dal legislatore per risolvere contingentemente i problemi che nascono dalla successione nel tempo di leggi”.

romano finiva per privilegiare una tematica ben precisa, ossia i diritti reali. La scelta dell'argomento non era casuale, ma sostenuta da ragioni di ordine pratico: l'esigenza di venire incontro alle aspettative dei privati, interessati al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive già consolidate, come dello Stato che avrebbe dovuto garantire la certezza delle relazioni giuridiche in corso. È evidente infatti che i rapporti di durata, destinati a propagare i propri effetti nel mondo del diritto anche dopo la loro costituzione (o acquisizione), avrebbero dovuto fare i conti con un nuovo interlocutore, il legislatore nazionale³⁵.

Da queste premesse, dunque, ricaviamo una scena processuale intenta a risolvere alcuni, non secondari, problemi di individuazione della "legge"³⁶ applicabile, atti a riverberarsi, chiaramente, sui profili interpretativi delle fonti antiche. Infatti, la scelta

³⁵ Nella dialettica tra aspettative dei privati e interesse pubblico alla corretta e immediata applicazione delle disposizioni codicistiche, una certa convergenza veniva individuata attorno al più generale principio di irretroattività. A fondamento di tale conclusione veniva invocata la teoria, di fonte dottrinale, dei "diritti quesiti": in sostanza, le situazioni giuridiche soggettive acquistate per fatto volontario dell'uomo sarebbero rimaste insensibili ai mutamenti normativi. Si trattava di un orientamento dalla forte impronta volontaristica, come evidenziava già F. LASSALLE, *Die Theorie der Erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze Unter Besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preussischen Rechts*, Leipzig, 1861, p. 47 ss. Egli, infatti, individuando la *ratio* del divieto di retroattività nella tutela dell'individuo, giungeva alla conclusione che lo stesso avrebbe dovuto operare ogni qualvolta fosse venuto in rilievo un diritto già "quesito", inteso come posizione nascente dal fatto dell'individuo e giuridicamente rilevante. Qualche anno più tardi, e in modi parzialmente diversi, tornava sulle medesime esigenze di tutela F.C. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Pisa, 1868, p. 3 ss.: questi, però, più che al dogma della volontà, si richiamava a un superiore ideale di "giustizia". Sebbene ciò vada oltre i confini temporali della nostra ricerca, non sarà ultroneo segnalare che la teoria di cui si discorre iniziò a incontrare i primi dissensi ai primi del Novecento, per essere poi definitivamente sostituita da quella del "fatto compiuto". In questa direzione muovevano i dubbi sul concetto di "quesito" sollevati da B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1923, p. 58 ss., ma soprattutto la critica di N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, parte generale*, Milano, 1929, p. 108 ss. Quest'ultimo la segnalava l'esigenza di svincolare le questioni di diritto intertemporale dal concetto (lato) di posizione acquisita, per ancorarle a un dato oggettivo: ossia il fatto acquisitivo del diritto medesimo (da cui sarebbe derivata la denominazione di questo secondo orientamento).

³⁶ Termine impiegato in senso volutamente atecnico, ma conforme a quella prassi giudiziaria che, con estrema facilità, impiegava indistintamente il termine *lex* per riferirsi ora alla disposizione codicistica, ora al frammento di qualche giurista respondente, trådito nel Digesto. Si noti, peraltro, che la liceità della modalità in parola suscitò non poco dibattito in Germania nel corso dell'Ottocento, (sul punto, per tutti, P. CAPPELLINI, *Systema iuris. II*, cit., p. 45 ss.).

non isolata di prediligere l'applicazione dei *Digesta* conduceva a un ventaglio di soluzioni tra loro difformi e non tutte coerenti con il contenuto dei passi di volta in volta richiamati. Tale attività denotava, nell'ottica delle Cassazioni, non solo la durevole pertinenza del diritto romano ai casi da accertare, ma soprattutto lo sforzo di misurarsi con un laboratorio giuridico complesso, in cui le non rare assonanze lessicali potevano finire per offuscare e confondere l'analisi contenutistica. Per noi, invece, questa tendenza rappresenta soprattutto un'informazione da verificare: per valutare fino a che punto il rinvio al *ius Romanorum* potesse dirsi coerente.

1.1 Il problema delle servitù discontinue: Corti di Cassazione a confronto

Nell'ambito della pluralità di soluzioni giudiziarie rispetto a un medesimo tema, ci è possibile operare una delimitazione ulteriore, volgendoci cioè all'ambito dei diritti reali su cosa altrui e, specificamente, delle servitù prediali. Si tratta di una perimetrazione fondata su specifici tratti di uniformità: il raggio delle problematiche coperte dalle sentenze, nonché il modo di risolverle, cioè i richiami normativi invocati a sostegno. In riferimento al primo aspetto, la disciplina delle servitù sorte prima del codice sarebbe stata sorretta, per espressa *voluntas legis*, dal materiale normativo preunitario, ossia da un *genus* nutrito di fonti eterogenee³⁷. Quanto al secondo profilo, è prioritario evidenziare che il raffronto con le possibili soluzioni giudiziarie fa emergere non solo la predilezione delle Corti per il *ius Romanorum* – in luogo del

³⁷ È appena il caso di segnalare come il quadro normativo di riferimento, nella parte in cui contemplava la possibile applicabilità del codice alle servitù già sorte, non possa certo rimanere inesplorato: vi era un'unica indicazione formale, di contenuto non equivocabile. L'art. 21 disp. trans. prevedeva infatti che “le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, siano o non siano apparenti, le quali al giorno dell'attuazione del nuovo Codice sono state acquistate col possesso secondo le leggi anteriori, si conservano”. Il legislatore, dunque, mostrandosi coerente alla teoria dei “diritti quesiti” (vd. *supra*, nt. 35), optava per l'intangibilità delle situazioni giuridiche già maturate prima del 1865, il che imponeva di volgere lo sguardo alla disciplina preunitaria, nelle sue variegate manifestazioni.

diritto comune o dei codici preunitari³⁸ – , ma anche e soprattutto per uno specifico contributo: quello di Paolo³⁹.

Volgiamo dunque l’attenzione ai modi di costituzione delle servitù e, nel dettaglio, alla possibilità di acquistarle tramite possesso⁴⁰. In questo ambito si inserivano una serie di pronunce giudiziali – nello specifico, delle Corti di Roma, Palermo e Napoli⁴¹ –, tutte incentrate sul medesimo *thema decidendum*: stabilire se, in merito a una servitù discontinua (in particolare di passaggio), potesse dirsi integrato l’acquisto tramite *usucapio* in un momento antecedente all’entrata in vigore della codificazione. La problematica, applicando le disposizioni del 1865, avrebbe avuto senz’altro risposta negativa – data l’espressa limitazione dell’usucapione alle sole servitù continue apparenti⁴² –, fatta eccezione per il caso, del tutto peculiare, di fondo intercluso⁴³. Ma visto che il codice aveva genericamente rinviato, per le controversie sorte prima dell’unità legislativa, alla disciplina anteriore, a quest’ultima andava fatto riferimento.

³⁸ Proponeva alcune considerazioni circa la valenza di questa circostanza N. DE CRESCENZIO, *Nota a C. Cass. Napoli 13 luglio 1876*, in *Il foro it.*, I, 1876, p. 1041 nt. 1, non per revocare in dubbio la correttezza di tale prassi giudiziaria, bensì ponendola in relazione con la frammentarietà del panorama normativo preunitario: proprio i *Digesta*, invero, avrebbero potuto presentare caratteri di maggiore uniformità e certezza rispetto ad altri “prontuari” giuridici posteriori.

³⁹ Per maggiori dettagli vd. *infra* nel testo.

⁴⁰ Sull’*iter* che portò alla prima disciplina unitaria in materia di servitù prediali cfr., per tutti, M. CARAVALE, *Servitù prediali (Diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*, 17, Torino, 1970, p. 125 ss.; I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, *Servitù (Diritto intermedio)*, in *ED*, 42, Milano, 1990, p. 262 ss.

⁴¹ Il riferimento va a *C. Cass. Roma 18 dicembre 1876*, in *Il foro it.*, 2, 1877, p. 855 ss.; *C. Cass. Palermo 23 giugno 1876*, in *Foro it.*, 1, 1876, p. 1214 ss.; *C. Cass. Napoli 13 luglio 1876*, in *Foro it.*, 1, 1876, p. 1041 ss.

⁴² È utile ricordare che, in tema di servitù, il codice del 1865 operava una partizione generale tra servitù continue e discontinue all’art. 617. Quanto alla loro costituzione, l’art. 630 recitava: “le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, siano o meno apparenti, non possono stabilirsi che mediante un titolo. Il possesso, benché immemorabile, non basta a stabilirle”.

⁴³ In questo caso avrebbe trovato applicazione il disposto dell’art. 593 c.c. in forza del quale, in caso di “fondo circondato da fondi altrui” e privo di “uscita sulla via pubblica”, si sarebbe costituita in via coattiva una servitù legale di passaggio.

In questa prospettiva, come accennato, la scelta ricadeva su (*Paul. 15 ad Sab.*) D. 8.1.14 pr.⁴⁴. Sull'analisi del passo torneremo a breve⁴⁵, per il momento occorre specificare che il quadro delle opzioni giudiziarie in commento si completava in virtù di una diversità di soluzioni, come conseguenza delle letture non perfettamente uniformi del brano citato. Ciò comporterà, allora, di dover valutare non solo il richiamo particolare relativo ai *Digesta*, bensì anche, in maniera più estensiva, la stessa genesi della distanza tra i dispositivi: per questa ragione conviene soffermarsi sul procedimento logico relativo a ciascuna Corte.

Secondo quelle di Roma e Palermo, *in primis*, ai casi anteriori all'entrata in vigore del codice si sarebbe applicata "la regola generale", di fonte romana, che inibiva l'acquisto delle servitù di passaggio tramite usucapione: tanto si sarebbe voluto ricavare proprio da D. 8.1.14 pr. e dall'espressione "*ut non habeant ... possessionem*", che avrebbe individuato la *ratio* del divieto, ossia l'impossibilità, rispetto "alle servitù discontinue", di accertare un possesso "continuo, pacifico, non equivoco"⁴⁶.

Di segno diametralmente opposto risultava la Cassazione di Napoli: per diritto romano, "tutte le servitù potevano essere acquistate" mediante usucapione. Il frammento di Paolo, dunque, non andava frainteso: quel giurista si sarebbe limitato ad accennare a "un punto storico del dritto romano", cioè "all'abolizione dell'antica *usucapio* delle servitù rustiche avvenuta per mezzo della legge Scribonia"⁴⁷. In altre parole, secondo i giudici napoletani "dalla sola lettura delle parole di Paolo ci vorrebbe uno sforzo abbastanza forte" per concludere nel senso "della generale inusucapibilità" per tutto il diritto romano; né da esso si sarebbe potuta ricavare la distinzione tra servitù

⁴⁴ *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.*

⁴⁵ Vd. § s.

⁴⁶ Cfr. *C. Cass. Roma*, cit., p. 856 ss. e, letteralmente, *C. Cass. Palermo*, cit., p. 1214 s.

⁴⁷ *C. Cass. Napoli*, cit., p. 1042.

continue e discontinue. Semmai, l'unica difficoltà nella pratica “era quella di stabilire da qual giorno” potesse iniziare a decorrere la *possessio ad usucapionem*⁴⁸.

Ora, è evidente che la pluralità di soluzioni trae origine da due distinte letture del medesimo frammento. In riferimento a quest'ultimo aspetto, però, non ci è consentito essere troppo puntuali finché si rimanga al livello della relativa pronuncia giudiziaria. È, pertanto, opportuno volgersi direttamente alla fonte antica.

1.1.a. D. 8.1.14 pr.

Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

Il frammento, escerpito dal commento paolino all'opera di *ius civile* di Sabino⁴⁹, partiva dall'affermazione per cui le servitù dei fondi rustici, anche se si riferivano a cose corporali, erano comunque inusucapibili in quanto beni incorporali⁵⁰. A favore di

⁴⁸ C. Cass. Napoli, cit., p. 1043.

⁴⁹ Nello specifico, il passo è tratto dal quindicesimo libro del suo commentario in materia di servitù (cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, I, p. 1289) ed è stato poi inserito dai compilatori nel titolo primo del libro ottavo *De servitutibus*. Si noti come secondo F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, in *Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, p. 95, la parte “*Servitutes praediorum rusticorum ... non capiuntur*”, risalirebbe a Sabino, mentre il prosieguo del passo – compreso tra “*vel*” e “*videatur*” – apparterebbe a Paolo. Su questa scia si è pronunciato più tardi anche M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 2001⁴, p. 206 ss.

⁵⁰ Sulla distinzione tra *res corporales* e *incorporales* – già presente in un noto passo delle *Istituzioni* gaiane (2.14) – si rinvia a G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*, 55, 2012, p. 128 ss., ove bibl. Ai fini della presente indagine rileva la circostanza che, tra le *res incorporales* elencate da Gaio, siano menzionati anche gli *iura praediorum*. Invece, non è questa la sede per ripercorrere le dibattute ragioni che avrebbero portato il giurista antoniniano a inserire questi *iura* a seguito, e non prima, dell'inciso “*nec ad rem pertinet*”. Sul punto, si rinvia alle conclusioni – che riteniamo di poter condividere – svolte ancora da Falcone (*Osservazioni*, cit., p. 169 s.), il quale opta per la genuinità del frammento gaiano; nonché alle recenti pagine di E. STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in P. BONIN, N. HAKIM, F.

questa conclusione, peraltro, militava un'ulteriore motivazione: le servitù rustiche erano tali che di esse non si potesse avere un possesso certo e continuo (elemento, invece, necessario per l'integrazione dell'usucapione)⁵¹; infatti, nessuno avrebbe potuto percorrere un fondo tanto a lungo che il suo possesso non sembrasse in qualche momento contestato. Infine, Paolo concludeva estendendo il divieto di *usucapio* alle servitù dei fondi urbani in quanto anch'esse, evidentemente, *res incorporales*⁵².

Il brano conteneva in sé la premessa del superamento della originaria concezione delle *servitutes praediorum rusticorum* come *res corporales*⁵³, e della configurazione

NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, p. 74 ss.

⁵¹ Per i requisiti della *possessio ad usucapionem* si vedano, per tutti, L. VACCA, *Usucapione*, in *ED*, XLV, Milano, 1992, p. 989 ss.; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1992, spec. p. 157 ss. a proposito dell'acquisto della *possessio animo et corpore*; L. VACCA, *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici* (a cura di G. ROSSETTI), Torino, 2015, p. 79 ss. ove bibl.

⁵² Complessivamente sul testo, si rinvia a L.V. BERLIRI, *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue*, in *AG*, 106, 1931, p. 129 ss.; G. GROSSO, *Servitù*, in *Enc. It. di scienze, lettere e arti*, XXXI, Roma, 1936, p. 468 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 108 s.; M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*, Napoli, 1957², p. 188; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, Milano, 1954, p. 285 ss.; A. WATSON, *The law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 24 ss.; GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 164 ss.; V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1996, p. 56 s.; F. TUCCILLO, *Note minime sulla lex Scribonia*, in *Histoire, Espaces et marges de l'Antiquité*, 4, 2005, p. 141 ss.; R. BASILE, "Usus servitutis". *Tutela interdittale*, Padova, 2012, p. 89 ss.; M. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2013, p. 54 ss.

⁵³ Nella romanistica non si sono registrati orientamenti univoci sul piano della originaria qualificazione giuridica delle più antiche servitù rustiche di *actus*, *iter*, *via* e *aquaeductus*. Una prima tesi, benchè minoritaria, sosteneva che sul fondo, sul quale si transitava o si conduceva acqua, sorgesse una proprietà funzionale limitata allo scopo del passaggio, del *rivus* o dell'acquedotto (cfr. M. KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, p. 454 ss.). Viceversa, un secondo orientamento, partendo dallo stretto collegamento che questi diritti reali dovevano mostrare rispetto all'elemento materiale al quale accedevano, concludeva per il sorgere di una comproprietà tra i titolari dei fondi contigui, avente a oggetto la "striscia di terra" sulla quale si esercitava la servitù. Quest'ultima teoria, formulata da Moritz Voigt (seppur limitatamente ai *iura itinerum*), è stata in seguito accolta, tra gli altri, da G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 30 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 117 ss. Dall'altro lato si poneva chi, come A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981, p. 68 ss.; ID., *Servitù*, in *ED*, XLII, Milano, 1990, p. 253 ss., tendeva a negare l'originaria configurazione della servitù rustica come *mancipium* sulla parte di terreno su cui la medesima si esercitava. Sul punto, più di recente, con ulteriore

– ormai acquisita da tempo – delle stesse come veri e propri *iura*, astratti e separati rispetto al dato materiale cui inerivano⁵⁴. Certamente, in merito al divieto di *usucapio* come modo di acquisto delle servitù⁵⁵, un ruolo decisivo fu svolto anche dalla *lex Scribonia* dell’ultima età repubblicana⁵⁶. Tuttavia – nonostante l’innegabile nesso tra l’elaborazione della *iurisprudencia* di II-I sec. a.C. e il contenuto prescrittivo della legge in esame –, per i romani, verosimilmente, il percorso fu invertito: la qualificazione delle servitù in termini di *iura* (e, quindi, di *res incorporales*) anticipò il divieto di usucapibilità della *lex scripta*⁵⁷. Ciò che è certo, a ogni modo, è che le

bibl., M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell’autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, p. 45 ss., 201 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010, p. 251 ss.

⁵⁴ Al tempo in cui scriveva Paolo il processo di astrazione poteva dirsi compiuto ormai da tempo. Infatti, già sul finire dell’età repubblicana le *servitutes praediorum rusticorum*, insieme con il parallelo riconoscimento di altre e diverse figure di servitù, iniziarono a essere inquadrare nella nozione unitaria di *iura* (*in re aliena*), a sua volta strettamente collegata al concetto del “servire di un *praedium* ad altro *praedium*”: così A. BURDESE, *Servitù prediali (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, 1970, p. 119 ove altra bibl.

⁵⁵ Che aveva posto fine all’esperienza più risalente, di segno contrario, le cui radici si inserivano nella concezione del passaggio e dell’acquedotto come “appartenenza della striscia (di terreno) o del *rivus*”: così G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 189 il quale, peraltro, estende l’antica usucapione anche alle servitù urbane e, più precisamente, all’edificio in cui quest’ultime si identificavano. Tuttavia, non vi è univocità di vedute tra gli studiosi in merito all’estensione della originaria *usucapio servitutis*. Si vedano, per esempio, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., p. 452 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006³, p. 358 s., R. LA ROSA, *Nota minima su D. 8.3.30*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli, 2007, p. 2775 nt. 20, tutti favorevoli a una ricostruzione maggiormente restrittiva, limitata alle sole servitù rustiche di passaggio e acquedotto. Più di recente, si esprimono a favore della tesi già sostenuta da Grosso, F. TUCCILLO, *Qualche osservazione in tema di servitù prediali*, in *AG*, 230, 2010, p. 87 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Torino, 2015³, p. 294 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., p. 242 ss. Il dibattito è affrontato e ricostruito da G. D’ANGELO, *Sulla lex Scribonia de usucapione servitutum*, in *AUPA*, 56, 2013, p. 22 ss.

⁵⁶ La quale sancì il divieto di *usucapio* (acquisitiva) delle servitù, mantenendo ferma, invece, la possibilità di estinzione delle stesse per *non usus* (*inusucapio libertatis*). A tal proposito si vedano almeno GROSSO, *Sulla genesi storica dell’estinzione delle servitù per “non usus” e della “usucapio libertatis”*, in *Il foro it.*, 62, 1937, p. 266 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, p. 224 s. e, più di recente, G. D’ANGELO, *Sulla lex Scribonia*, cit., p. 9 ss. ove bibl., il quale ricostruisce il dibattito, registratosi all’interno della romanistica sin dall’Ottocento, in merito alle ragioni che portarono all’intervento legislativo.

⁵⁷ Lo evidenziava già G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., p. 266 ss.: la *lex Scribonia*, prescrivendo

servitutes praediorum rusticorum et urbanorum rimasero insuscettibili di *possessio ad usucapionem* sino al diritto del tardo impero, e in particolare fino al momento in cui Giustiniano (re)introdusse la possibilità di acquistarle mediante decorso del tempo⁵⁸.

Entrando nel vivo dell'analisi testuale, non si possono trascurare certe difficoltà ricostruttive che hanno suggerito svariate censure del frammento. Più in particolare, la romanistica – sin dalla fine dell'Ottocento⁵⁹ – si mostrava incline a valutare il brano come frutto di un'interpolazione giustiniana: vi era chi proponeva di espungere completamente l'inciso introdotto da “*vel ideo*”, poichè avrebbe inserito una contrapposizione tra servitù continue e discontinue non genuina⁶⁰; altri, invece,

l'iusucapibilità delle servitù, raggiunse il medesimo risultato che la *iusprudentia* aveva già colto come naturale conseguenza di quel processo di astrazione che portò a configurare le *servitutes* come dei *iura* (quindi, *res incorporales*). Si segnala, peraltro, come in dottrina non vi sia univocità di vedute a tal proposito: secondo alcune (minoritarie) ricostruzioni, la *ratio* della legge in esame sarebbe stata proprio quella di andare a dirimere un contrasto tra *prudentes* riguardante la possibilità di *usucapio* delle servitù. Su quest'ultimo punto, per tutti, G. D'ANGELO, *Sulla lex Scribonia*, cit., p. 11 ss., ove bibl.

⁵⁸ Il riferimento è alla *longi temporis praescriptio*: su di essa, per tutti, L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di “usucapio” e “longi temporis praescriptio”*. *Fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR*, 33-36, 1993-94, p. 147 ss.; EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni: modelli classici e giustiniani*, Padova, 2006, p. 360 ss., ove bibl.

⁵⁹ Nel senso di una manipolazione giustiniana si esprimevano A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù nel diritto romano*, in *AG*, 38, 1887, p. 52 ss.; P. BONFANTE, *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla bona fides*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVI, 1893, p. 177 ss.; S. PEROZZI, *I modi pretori di acquisto delle servitù*, in *Riv. it. sc. giur.*, 23, 1897, p. 30 ss.; E. ALBERTARIO, *La protezione pretoria delle servitù romane*, in *Il Filangieri*, 37, 1912, p. 207.

⁶⁰ In questo senso si è espressa una cospicua parte della dottrina che si è occupata del passo: per esempio G. GROSSO, *Servitù*, cit., p. 468 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 108 s.; B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 285 ss. In particolare, secondo G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 230 ss., l'intervento bizantino si sarebbe giustificato con la necessità di coordinare i frammenti dei *prudentes*, in cui si vietava la *usucapio*, con il nuovo stato del diritto giustiniano, in forza del quale, invece, la *praescriptio longi temporis* avrebbe (nuovamente) concesso di usucapire anche il *ius in re aliena*. Da qui l'inserimento di una motivazione diversa, ulteriore rispetto a “*incorporales tamen sunt*”, la quale, argomentando *a contrario*, avrebbero ammesso la *praescriptio* negli altri casi (*rectius*, di possesso certo e continuo). Si diceva convinto dell'inutilità e della contraddittorietà dell'espressione in commento anche C.ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia “de usucapione servitutium”*, in *RIDA* 17, 1970, p. 388 ss. Ulteriormente V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus*, cit., p. 56 ss., che ritiene posteriore anche la chiosa finale “*Idem ...observatur*”. Non sembrano prendere una posizione netta F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in ID. (a cura di), *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del Convegno in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2011, p. 523 s., e M. GARDINI, *Il regime*

limitavano i dubbi alla specificazione “*nemo enim ... videatur*”⁶¹.

Partendo dalla prima espressione, è possibile compiere qualche riflessione a favore della sua originarietà. Anzitutto, si noti un dato di ordine linguistico: la locuzione “*vel*” non doveva necessariamente assumere valore disgiuntivo. In altri termini, più che un’eccezione tacita all’inusucapibilità dei *iura rusticorum*, avrebbe semmai introdotto una motivazione aggiuntiva valida per le servitù dei fondi rustici tout court⁶². Questa traduzione, peraltro, ci sembra più lineare anche sul piano sostanziale: *a contrario*, non sarebbe immediato intuire un significato per la distinzione tra servitù suscettibili o meno di possesso continuo, immediatamente dopo un’affermazione generale di segno opposto (*servitutes ... non capiuntur*). Certamente, per valutare la sostenibilità di questa lettura dovremmo domandarci se, effettivamente, tutte le servitù rustiche fossero inusucapibili (non solo in quanto *res incorporales*, ma anche) perché insuscettibili di *possessio* certa e continuativa. Anche senza poter qui approfondire oltre il problema, è evidente che entrerebbero in gioco tutta una serie di ipotesi concrete in cui l’esercizio certo e continuato del diritto non doveva essere facilmente ipotizzabile: tanto basterebbe per porre almeno in discussione la tesi della manipolazione⁶³.

giuridico, cit., p. 55 ss.

⁶¹ Verso questa direzione vanno i rilievi mossi da M. LAURIA, *Possessiones*, cit., p. 188. Più di recente, seppur in modo più sfumato, anche F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., p. 141 s. Scettico sulla genuinità del passaggio in esame pure F. BASILE, “*Usus servitutis*”, cit., p. 96 ss.

⁶² Non ci sembra azzardato ipotizzare la genuinità del frammento, almeno per questo inciso, e leggere, dunque, ciò che segue il sintagma “*vel ideo quia*” (tradotto “e anche per la ragione che”) come una specificazione del divieto di *usucapio servitutis*: oltre a essere *iura (in re aliena)* e, dunque, *res incorporales*, le servitù rustiche non sarebbero state suscettibili di possesso certo e continuo. Soluzione ritenuta plausibile da F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., p. 141 s., e valutata anche da F. BASILE, “*Usus servitutis*”, cit., p. 100.

⁶³ In effetti, tra le servitù rustiche – oltre alle quattro più antiche di *iter*, *via*, *actus* e *aquaeductus* per le quali non è pensabile una *possessio* continua e certa – si possono ricordare quelle di pascolo, di estrazione di minerali, di attingimento dell’acqua e di abbeverata: ciascuna difficilmente suscettibile di esercizio continuativo sebbene la continuità andasse in genere, per il possesso, valutata in senso non puramente empirico ma secondo ragionevolezza. Circa le varie tipologie di servitù rustiche basti qui il rinvio a M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 460 ss.; U. VINCENTI, *I modelli dell’appartenenza*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2010², p. 300 s.

Venendo al secondo inciso (“*nemo enim ... videatur*”), la sua genuinità ci pare maggiormente problematica. In particolare, a sollevare qualche dubbio era l'accostamento tra questa constatazione – cioè, l'impossibilità di percorrere un fondo tanto a lungo da mantenere incontestato il proprio possesso – e la chiosa finale (*idem ... observatur*): infatti, la motivazione relativa all'iusucapibilità delle servitù rustiche sarebbe stata difficilmente estensibile a quelle urbane, dal momento che quest'ultime, dato il loro contenuto negativo, erano insuscettibili di esercizio in senso stretto⁶⁴.

A ogni modo, quale che sia la lettura prescelta, si ritiene che le obiezioni di ordine esegetico non possano considerarsi determinanti al punto da stravolgere la portata generale del passo: le servitù, sia rustiche che urbane, non erano usucapibili poiché non soggette a possesso in quanto *res incorporales*⁶⁵.

A questo punto, riprendendo le fila delle pronunce giudiziali, possiamo provare a trarre qualche conclusione. Partendo dalle Corti di Roma e Palermo, il generale principio di iusucapibilità solo delle servitù discontinue avrebbe trovato origine e fondamento nell'espressione *certa continuaque possessio* trādita in D. 8.1.14 pr., dalla quale si pretendeva di far discendere la dicotomia – sia teorica che di disciplina – tra continuità e discontinuità delle servitù⁶⁶. In buona sostanza, il “*vel*”, inteso dai giudici nella sua accezione disgiuntiva, avrebbe veicolato una distinzione, non solo nominalistica, ma anche sostanziale tra due tipologie di servitù, distinte in ragione del tipo di possesso esercitabile su di esse.

Al contrario, la soluzione accolta dai giudici di Napoli comportava un decisivo ridimensionamento dell'espressione “*vel ideo ... possessionem*”. La Corte, infatti, partendo dalla premessa per cui le servitù, in quanto *res incorporales*, non avrebbero

⁶⁴ In questo senso R. BASILE, “*Usus servitutis*”, cit., p. 101 s.

⁶⁵ Intendendo quel “*idem*” finale riferito solamente alla prima proposizione “*incorporales tamen sunt*”, a prescindere dalla genuinità o meno della parte intermedia. Sul punto, cfr. C. MÖLLER, *Die Servituten.*, cit., p. 239 ss.; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., p. 141 s.; F. BASILE, “*Usus servitutis*”, cit., p. 102 ove altra bibl.

⁶⁶ Evidentemente attribuendo a “*vel*” valore disgiuntivo: l'inciso seguente non sarebbe stato che un'eccezione alla regola (generale) di *usucapio* delle servitù continue. Cfr. C. Cass. Roma, cit., p. 856 s.; C. Cass. Palermo, cit., p. 1215 s.

potuto costituire oggetto di *possessio ad usucapionem* (almeno nel momento specifico in cui Paolo stava scrivendo, e non genericamente per tutta la produzione di diritto romano), concludeva per l'accezione non disgiuntiva di “*vel*”. In altre parole, per i giudici quell'espressione non sarebbe stata altro che una specificazione esemplificativa della regola generale introdotta nell'*incipit* del frammento⁶⁷.

Alla luce dell'analisi testuale del frammento, mi sembra emerga la maggiore fedeltà alla *ratio* paolina della sentenza della Corte partenopea. Del resto, abbiamo avuto già modo di specificare come la seconda spiegazione (*vel ... possessionem*) che il giurista antico introduceva, nel motivare il divieto di *usucapio*, fosse probabilmente solo aggiuntiva alla prima, collegata alla natura di *res incorporales* delle servitù. Peraltro, occorre notare che un simile risultato si poneva in esatta conformità con l'orientamento maggioritario della romanistica di fine Ottocento⁶⁸. Svitati studiosi erano infatti propensi a individuare solo nell'elaborazione medievale la fonte della distinzione tra servitù continue e discontinue⁶⁹. La dicotomia in questione, sconosciuta al *ius Romanorum*, avrebbe a loro avviso raggiunto le soglie del diritto moderno per il tramite del *ius commune*, mantenendo solo un appiglio – più apparente che reale – con il frammento paolino⁷⁰. Di tale stratificazione, evidentemente, i giudici di Roma e

⁶⁷ Si veda *C. Cass. Napoli*, cit., p. 1043.

⁶⁸ In merito si può rinviare ad alcune riflessioni che si sono susseguite negli anni immediatamente successivi alle sentenze in commento e dalle quali emerge un indirizzo piuttosto consolidato e omogeneo. A. ASCOLI, *La usucapione*, cit., p. 52, ad esempio, affermava chiaramente come la dicotomia tra continue e discontinue non aveva “fondamento alcuno nelle fonti”, tanto meno in D. 8.1.14 pr., ove “Paolo evidentemente si riferisce alla legge Scribonia e vuole darne la ragione”. Considerazioni analoghe venivano svolte anche da P. BONFANTE, *La iusta causa*, cit., p. 177 nt. 1. Dello stesso avviso erano S. PEROZZI, *I modi pretori*, cit., p. 30 (che evidenziava come il frammento in questione, lungi dall'introdurre quella distinzione, ribadiva la regola per cui “non può usucapirsi una servitù”, data “l'impossibilità del possesso”), ed E. ALBERTARIO, *La protezione*, cit., p. 207.

⁶⁹ Il cui principale fautore fu Bartolo, che sviluppò la tematica nel suo *Commentarius* al libro primo *De servitutibus* dei *Digesta* (8.1). Sul punto, per tutti, P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 57 ss. e, sulla costruzione bartoliana, spec. p. 97 ss.

⁷⁰ Si inseriscono nel solco di questa ricostruzione svitati lavori di G. Grosso: *Servitù*, cit., p. 468 ss., dove l'autore fa discendere dalla Glossa di Bartolo la distinzione tra servitù continue e discontinue; *Osservazioni di un romanista in margine al regime delle servitù nel nuovo codice civile*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1947, p. 90 ss.; *Le servitù prediali*, cit., p. 173 ss. Più di recente,

Palermo avevano compiuto una *reductio ad unum*, anche perché senz'altro guidati da un preciso intento pratico, anziché da preoccupazioni di natura storiografica.

1.2 Ancora sulle servitù: Corte di Cassazione di Napoli

Nello stesso ambito si pone un'altra testimonianza coeva, che concorre questa volta a definire l'attitudine della magistratura a volgersi ai *Digesta* per ricavarne principi generali che vanno oltre la necessità contingente di risolvere un conflitto di "leggi" nel tempo: ci riferiamo, in particolare, alla pronuncia della Corte napoletana del 22 maggio del 1879⁷¹.

La controversia traeva origine dalla necessità di stabilire se una certa servitù potesse dirsi sorta per destinazione del padre di famiglia, ossia allorchè due fondi, un tempo appartenuti al medesimo proprietario, venissero dallo stesso separati senza che si perdesse il pregresso stato di oggettivo asservimento dell'uno rispetto all'altro. Venuta meno l'unicità del titolare – che certamente avrebbe impedito di disquisire di *ius in re aliena*⁷² –, il problema atteneva esclusivamente alla configurazione dell'atto costitutivo. Anche in questo caso la situazione da accertare aveva avuto origine in età preunitaria: il dante causa aveva alienato (e, dunque, diviso i due fondi) in un periodo anteriore all'entrata in vigore del Codice. Da qui la necessità di andare a reperire altrove la disciplina giuridica di riferimento. A tal fine, i giudici di legittimità facevano esplicito ricorso al diritto romano, affermando che "la destinazione del padre di

le medesime conclusioni sono condivise e ribadite, tra gli altri, da F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., p. 142 s.; F. BASILE, "*Usus servitutis*", cit., p. 102 ove altra bibl.

⁷¹ Cfr. *C. Cass. Napoli 22 maggio 1879*, in *Foro it.*, 4, 1879, p. 1065 ss.

⁷² È noto il principio "*nemini res sua servit*" che indica l'impossibilità giuridica di configurare una servitù tra due fondi appartenenti al medesimo proprietario. Del requisito in esame si dava ampiamente conto nella dottrina coeva al codice civile: cfr., a titolo esemplificativo, F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, Firenze, 1881³, p. 161 (ove si legge che "la servitù è un diritto su cosa altrui; il proprietario dunque non può aver mai un diritto di servitù sulla cosa propria"); G.P. CHIRONI, *Diritto civile italiano*, I, Torino, 1888, p. 279; E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1895⁴, p. 119. Nel diritto romano, d'altronde, il principio si era già affermato, come indica (Paul. 15 *ad Sab.*) D. 8.2.26 (sul punto, si vedano almeno B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 91 ss.; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 89 s.).

famiglia, titolo efficiente di servitù, venne nei nuovi Codici dalla legge 36, ff. *de servitut. praedior. rusticorum*⁷³. E ciò non come mero *argumentum auctoritatis*, ma con l'espreso intento di porre il frammento trādito nei *Digesta* a base della propria motivazione, sul presupposto che ivi potesse individuarsi la fonte primigenia di questo *modus* costitutivo di servitù⁷⁴. Più nel dettaglio, l'impossibilità di applicare immediatamente il disposto di cui all'art. 629 c.c. – che, a determinate condizioni, attribuiva all'atto di destinazione efficacia costitutiva del diritto reale su cosa altrui⁷⁵ – aveva portato i giudici di legittimità a risolvere comunque positivamente il ricorso applicando il *responsum* conservato in (Paul. 2 *resp.*) D. 8.3.36⁷⁶. Il richiamo ci pone di fronte a due interrogativi: uno, preliminare, attinente alla possibilità di configurare nel frammento un'ipotesi di costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia; l'altro, conseguente, relativo alla coerenza logico-giuridica del rinvio. A tal fine non si può che partire proprio dalle parole del giurista severiano.

1.2.a. D. 8.3.36

Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad

⁷³ C. Cass. Napoli, cit., p. 1065.

⁷⁴ Dai giudici definita come “lo stato in cui il proprietario ha disposto e ordinato più fondi, o lo stesso fondo nelle sue diverse parti, per lo scambievole uso di utilità. Fino a che il fondo appartiene ad esso, la soggezione che esiste sopra una parte a vantaggio dell'altra non è servitù. Ma se, in volgere di tempo, il fondo si divide tra di versi padroni ... l'originario servizio che l'una parte del fondo aveva sull'altra, e che era destinazione del padre di famiglia, autore e fondatore della proprietà, rimane una servitù dopo che le parti medesime vengono ad appartenere ai proprietari di versi”: così C. Cass. Napoli, cit., p. 1065.

⁷⁵ Art. 629 c.c. 1865: “Le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza di un titolo, o colla prescrizione di trent'anni, o per la destinazione del padre di famiglia”.

⁷⁶ *Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est.*

*personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est*⁷⁷.

La collocazione giustiniana del frammento – tratto dai libri *responsorum* di Paolo⁷⁸ e inserito dai compilatori nel libro e nel titolo dedicati alle *praediorum rusticorum servitutes* – ci rivela immediatamente lo scenario giuridico di riferimento: versavamo nell’ambito delle servitù rustiche, con evidente esclusione, dal campo di applicazione della disciplina in questione, di quelle urbane⁷⁹.

L’ipotesi ivi trädita vedeva un venditore, originario proprietario di due fondi, alienarne uno e, contestualmente, costituire tra gli stessi una servitù di conduzione di acqua, il cui esercizio veniva (ulteriormente) garantito dalla previsione di una *stipulatio poenae*⁸⁰. Infine, il compratore procedeva a sua volta all’alienazione del *proedium* in favore di un altro acquirente. La doppia alienazione doveva riguardare il

⁷⁷ Sul passo cfr.: S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 100 ss.; B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 230 ss.; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 196 ss.; G. PROVERA, *Servitù prediali*, cit., p. 25 s.; S. RANDAZZO, *Servitus “iure” imposita “destinazione del padre di famiglia” e costituzione “ipso iure” della servitù*, in *Scritti per Gennaro Franciosi*, IV, 2007, Napoli, p. 2205 ss.; F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, p. 971 ss.; ID., *Sulla tutela processuale*, cit., p. 323 s.

⁷⁸ Si segnala che il brano presenta un problema di *inscriptio*: secondo O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, p. 1185 nt. 1, il frammento, per ragioni sistematiche, andrebbe collocato nel libro secondo delle *quaestiones* di Paolo – ove il giurista trattava di diritti reali e, soprattutto, di *vindicatio servitutis* –, piuttosto che nei suoi *libri responsorum*, nel cui secondo libro parlava di *locatio conductio*. Al fine della presente indagine, tuttavia, il punto rimane secondario.

⁷⁹ Sulla distinzione tra servitù rustiche, aventi a oggetto il fondo, e quelle urbane, riferibili agli edifici, cfr. B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 31 ss.; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 1969, p. 18 ss.; G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni propter rem*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1969, p. 24 ss.; A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 118 ss.; A. CORBINO, *Servitù*, cit., p. 250 ss.; M.F. CURSI, *Modus Servitutis*, cit., p. 45 ss., 201 ss.

⁸⁰ Tipologia di pena convenzionale, il cui impiego probabilmente era frequente già prima del II sec. d.C., e a proposito della quale si rinvia a R. KNÜTEL, “*Stipulatio poenae*”. *Studien zur Römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, p. 32 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Torino, 2018, p. 12 ss., e V. CASELLA, *La trasmissibilità ereditaria della stipulatio*, Milano, 2018, p. 118 ss. ove bibl.

fondo dominante⁸¹, mentre quello servente veniva trattenuto (*retinuit*) dall'originario proprietario.

Ciò premesso, la situazione che in astratto aveva dato vita al responso del giurista può essere ricostruita in due modi. Un'ipotesi è che sia stato il primo venditore a domandare a Paolo se, per effetto della seconda alienazione, la servitù costituita a carico del proprio fondo fosse venuta meno proprio come la stipulazione penale⁸². Altrimenti, dal frammento possiamo ulteriormente supporre che l'intervento del giurista assumesse la funzione di tutela del secondo compratore, garantendogli l'esercizio della servitù di conduzione d'acqua contro l'eventuale impedimento posto in essere dal primo venditore. In entrambi i casi il *responsum* del giurista era chiaro: la servitù seguiva il fondo, nonostante la presenza di una clausola penale *relata ad persona emptoris* (cioè, al primo acquirente). Pertanto, la presenza di una *stipulatio poenae* non avrebbe potuto influire in alcun modo sulla naturale inseparabilità della servitù dalla proprietà del fondo dominante⁸³.

A questo punto, il problema che il frammento poneva riguardava proprio il modo di costituzione del diritto di servitù⁸⁴. In merito sono state prospettate due diverse

⁸¹ Infatti, riteniamo che “*denuo*” possa essere tradotto come “nuovamente” (alienato) – piuttosto che “in un secondo momento” – e letto, dunque, in riferimento al fondo dominante già oggetto della prima vendita. Sembra optare per questa soluzione anche G. GROSSO, *Servitù prediali*, cit., p. 197.

⁸² La quale non avrebbe potuto produrre che effetti *inter partes* (cioè, nel caso in esame, tra il primo venditore e l'originario acquirente del fondo dominante). Sull'efficacia della *stipulatio poenae* cfr., per tutti, M. SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi della stipulatio poenae nell'esperienza giuridica romana*, in *TSDP*, 5, 2012, p. 31 ss., EAD., *Ricerche*, cit., p. 26 ss.

⁸³ Il che derivava dalla naturale accessorietà di tale diritto reale su cosa altrui alla proprietà del fondo dominante. Nel diritto romano, del resto, erano già emersi i caratteri strutturali di questi *iura in re aliena*. Si pensi all'immagine della servitù come *qualitas fundi* – quale affiora, per esempio, in (Cels. 5 *dig.*) D. 50.16.86 –, per indicare che l'utilizzazione di un fondo veniva arricchita da una specifica utilità acquisita dall'altro fondo che, di conseguenza, restava impoverito. Oppure alle espressioni *fundus qui servit* e *qui servitatem debet* (cfr. D. 8.1.12; D. 8.3.23.3), dalle quali sorgeva l'idea del servire di un fondo al fondo. Tutto ciò si traduceva nella c.d. “realità” dal lato passivo e nella “accessorietà alla proprietà del fondo dominante” dal lato attivo: così, G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 77 s. Sulla nozione di *utilitas* si vedano, fra gli altri, P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, p. 117; M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., p. 230 s.

⁸⁴ In generale, a proposito dei modi di costituzione delle servitù si rinvia a G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 187 ss., il quale menziona, come fatti costitutivi *iure civili*, la *in iure cessio*, (per le sole

interpretazioni: da un lato, vi è chi ha inteso scorgere nel riferimento alla compravendita un'ipotesi di interpolazione giustiniana, che avrebbe sostituito l'originario riferimento di età severiana alla *mancipatio*⁸⁵. Così ragionando, la questione avrebbe avuto a oggetto un fondo italico, sopra al quale il *ius in re aliena* sarebbe sorto secondo le regole civilistiche e il cui esercizio sarebbe stato ulteriormente garantito dalla previsione di una clausola penale⁸⁶. Di segno opposto, invece, appaiono le letture fornite da quanti hanno inteso vedere nel caso in esame una

servitù rustiche, in quanto *res Mancipi*) la *mancipatio*, la *deductio* (fatta nella dichiarazione stessa di *mancipatio* o *in iure cessio*), il legato *per vindicationem* e l'*adiudicatio* nei giudizi divisorii (con effetti sul piano del *ius civile* se si trattava di *iudicium legitimum*). In merito alle servitù sorte *pacationibus et stipulationibus* vd. *infra*, nt. 87. Per quanto attiene invece alla compravendita, che nella sua forma consensuale produceva solamente effetti obbligatori, essa non avrebbe potuto certamente fondare in sé la nascita del diritto reale su cosa altrui (in generale, sugli effetti della *emptio-venditio* nel diritto romano si veda almeno M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p.581 ss.; ID., *Vendita*, in *ED*, XLVI, Milano, 1993, p. 303 ss. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2015³, spec. p. 436 ss.)

⁸⁵ La *mancipatio servitutis* – attestata, per esempio, in (Ulp. 29 *ad Sab.*) D. 8.2.17.3 – sembrava presupporre uno schema in cui, attraverso un *dicere* proveniente dal *mancipio dans*, era consentito al disponente di costituire il diritto di servitù. Queste dichiarazioni aggiuntive venivano tecnicamente indicate come *leges Mancipii*, così come riportano S. RANDAZZO, "*Leges Mancipii*". *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 87 ss.; F.M. CURSI, *Modus servitutis*, cit., p. 242 ss.; S. RANDAZZO, *Servitus "iure" imposita*, cit., p. 2205 ss.

⁸⁶ Entro questo indirizzo si collocavano S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 102 ss. (il quale proponeva di leggere nel caso in esame una servitù costituita mediante una *nuncupatio* aggiunta alla *mancipatio*) e B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 230 ss., con l'ulteriore previsione di una clausola penale che avrebbe garantito il proprietario-alienante con un'azione personale *ex stipulatu*, aggiuntiva a quella reale *vindicatio servitutis*.

servitù costituita *pactionibus et stipulationibus*⁸⁷, e dunque un contesto provinciale⁸⁸. Più nel dettaglio, l'effetto reale derivante da questa modalità di costituzione della servitù⁸⁹ – che avrebbe consentito alla stessa di seguire il fondo (*praedium sequi*)

⁸⁷ Si trattava di un modo di costituzione del diritto di servitù (e di usufrutto) sui fondi provinciali – che troviamo poi generalizzato nel diritto giustiniano, a seguito della scomparsa della *mancipatio* e della *in iure cessio* – del quale risultano ampiamente controversi gli effetti. Più nel dettaglio, una prima tesi – che oggi pare minoritaria – attribuiva alla *pactio et stipulatio* un'efficacia meramente obbligatoria, tacciando di interpolazione i frammenti in cui si facevano discendere dalla stessa effetti *erga omnes*. Entro questo filone ci sembra di poter collocare G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 82 ss., e S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 109 ss. Viceversa, secondo l'orientamento maggioritario, si sarebbe trattato di un modo costitutivo dotato di effetto reale, benchè nell'ambito del solo *ius honorarium* (così B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 230 ss.; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 193 ss.; A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 120 ss.). Isolata, invece, è rimasta la tesi proposta da A. CORBINO, *Servitù*, cit., p. 256 ss. il quale, sviluppando un'impostazione già profilata da Provera, sosteneva che dalla *pactio et stipulatio* sarebbe sorta un'*obligatio propter rem*: in questo modo le parti avrebbero potuto conseguire esiti assimilabili a quelli raggiungibili *iure civili*, senza alterare la natura (tipicamente) obbligatoria della stipulazione. In senso solo parzialmente difforme rispetto all'orientamento prevalente si esprimeva F. LA ROSA, *Pactionibus et stipulationibus*, in *Labeo*, 40, 1994, p. 33 ss., il quale individuava nei fondi italici il campo di applicazione primigenio della *pactio et stipulatio*. Più precisamente, quest'ultima – comunque dotata di effetti reali – sarebbe stata impiegata nei rapporti in cui una delle parti fosse stata peregrina o tra *cives* privi del *dominium* (e, dunque, titolari dell'*in bonis habere*). Più di recente, una ricognizione del dibattito in esame è offerta da R. BASILE, *Pactionibus et stipulationibus. Un'ipotesi in tema di modi costitutivi di servitù (e usufrutto)*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli, 2007, p. 335 ss., il quale predilige la tesi dell'efficacia *erga omnes* di questi atti costitutivi. Cfr. *infra* (nt. ss. e nt. 89) per ulteriori approfondimenti.

⁸⁸ Questa sembra essere la chiave di lettura proposta da G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 196 ss.; ID., *Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto "pactionibus et stipulationibus" sui fondi provinciali*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin, 1970, p. 411 ss. Nella stessa prospettiva si colloca anche F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali*, cit., p. 971 ss.; ID., *Sulla tutela processuale*, cit., p. 323 s.: l'effetto reale non poteva che discendere dalla *pactio* (la quale, nelle testimonianze dei giuristi romani, si presentava più precisamente nellaendiadi "*pactio et stipulatio*").

⁸⁹ È controverso se l'effetto reale derivasse dalla *pactio* o dalla *stipulatio*. Secondo C.A. MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR*, 46, 1939, p. 274 ss., il *pactum* sarebbe stato un mero presupposto da solo insufficiente a produrre l'effetto reale; così come per B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 23 ss., gli effetti si sarebbero ricollegati solo alla stipulazione; il patto, piuttosto, non avrebbe contenuto altro che la comune volontà delle parti. Di segno opposto, invece, era la posizione di G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 123 ss., il quale ricostruiva la modalità costitutiva in esame nel senso di attribuire un effetto *lato sensu* reale alla *pactio*; la successiva *stipulatio* – definita "di esercizio" – avrebbe avuto la funzione di assicurare alle parti l'osservanza del contenuto della servitù. In senso non difforme (con un'ampia trattazione sui modi di costituzione *iure civili* e *iure praetoris* delle servitù), cfr. A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 120 ss. Più di recente, i profili maggiormente critici connessi

nonostante la seconda alienazione – si sarebbe contrapposto agli effetti meramente personali, obbligatori, e non opponibili al secondo avente causa, della *stipulatio poenae* (intercorsa tra le originarie parti del rapporto).

Tra le due chiavi interpretative offerte, ci sembra di poter prediligere proprio quest'ultima, sebbene a sua volta non sia priva di ombre: esse, però, sono tutte incentrate sulla questione, non direttamente collegata al nostro studio, del livello di tutela processuale assicurabile ai rapporti sorti mediante tale modalità⁹⁰. In disparte tale ultimo aspetto, le conclusioni cui perviene il secondo gruppo di studiosi ci appaiono complessivamente coerenti. Infatti, se il passo fosse stato interpolato, probabilmente la *quaestio* non avrebbe avuto ragion d'esistere: nessun dubbio si sarebbe sollevato in ordine agli effetti certamente *erga omnes* discendenti da

al riconoscimento di un *pactum* dotato di efficacia reale sono stati affrontati e risolti positivamente, nel senso della sua ammissibilità, da C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., p. 232 ss., e F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 323 ss.

⁹⁰ Quello della tutela processuale dei rapporti nascenti *pactionibus et stipulationibus* è un tema ampiamente dibattuto e impossibile da approfondire in questa sede. Tuttavia, una sorta di *file rouge* è rappresentato dalla convizione, comune a più autori, per cui le servitù pretorie devono aver trovato nell'editto provinciale una tutela parallela a quella civile (costituita da un'*actio in rem*, cioè la *vindicatio servitutis*). Più nel dettaglio, S. RICCOBONO, "Dies" e "condicio" nella costituzione delle servitù su fondi italici, in *TR*, 3, 1922, p. 335 ss., ipotizzava la sussistenza di un'*actio in factum* che sarebbe stata concessa *ad hoc* dal *praetor* per tutelare gli interessi delle parti, sulla scorta di quella posta a garanzia della *possessio vel usus fructus*. In senso non troppo difforme anche C. A. MASCHI, *Contributi*, cit., p. 253 ss., il quale riteneva esperibile un'*actio ad exemplum rei vindicationis*. Oltre a un'azione pretoria, G. GROSSO, *Servitù prediali*, cit., p. 283 s. immaginava l'ulteriore applicabilità – seppur non *sic et simpliciter* – dell'*actio Publiciana*. Chiaramente, il dibattito attorno alla tutela processuale dei rapporti sorti per questa via alimentava quello relativo agli effetti stessi della *pactio et stipulatio* (di cui si è detto *supra*, nt. 89). Di rilievo le ricostruzioni proposte da G. GROSSO, *Riflessioni*, cit., p. 400 ss. e, più di recente, da S. RANDAZZO, *Servitus "iure" imposita*, cit., p. 2223 ss. e F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 320 ss., dalle quali emerge una generale valorizzazione della tutela interdittale. Infatti, l'*interdictum* doveva rappresentare una valida alternativa all'*actio in rem*, sufficiente a distanziare le servitù pretorie dai rapporti meramente obbligatori. Peraltro, le *pactiones et stipulationes*, verosimilmente, sorsero proprio come escogitazione tesa a costituire *iura in re aliena* in tutti quei casi in cui le forme proprie del *ius civile* non sarebbero state accessibili alle parti. Pertanto, in un'ottica eminentemente processuale, i giuristi romani non dovettero tardare a realizzare che un adeguato livello di tutela poteva essere assicurato anche dalla tutela interdittale insieme con l'*actio ex stipulatu* (o, alternativamente, dalla concessione di *actiones ad hoc*, aggiuntive all'azione personale nascente dalla stipulazione).

un'eventuale *mancipatio*⁹¹. Al contrario, legata la clausola penale alla *pactio et stipulatio*, le parti, a seguito della seconda alienazione, avevano avuto evidente interesse a chiarire se il diritto di servitù avrebbe potuto seguire il fondo oppure se sarebbe rimasto legato alla persona del primo compratore, proprio come la *stipulatio poenae*.

A ogni modo, quale che sia la lettura prescelta, nel passo in commento non può certo trattarsi di costituzione tacita. A tale conclusione ostano almeno due ragioni: una di ordine letterale, l'altra di carattere logico. *In primis*, "imposita sit" ci fa pensare proprio a una costituzione espressa, intervenuta mediante un atto *ad hoc*, del diritto reale su cosa altrui. Inoltre, anche a voler superare il dato linguistico, per leggere nel frammento un'ipotesi di istituzione *per facta concludentia* dovremmo dire che la *stipulatio poenae* accedeva alla *emptio-venditio*⁹². Ma ciò, ancora una volta, avrebbe reso del tutto inutile la seconda parte del responso paolino, la quale, secondo la tesi che ci sembra preferibile, traeva origine proprio dalla necessità di chiarire e distinguere tra l'effetto reale, discendente dalla *pactio et stipulatio*, e quello obbligatorio della clausola penale⁹³.

⁹¹ In questo senso già G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 197.

⁹² Infatti, non potendo certo dire che la compravendita producesse, tanto meno in epoca severiana, l'effetto reale della costituzione di servitù (come, invece, sembra voler ipotizzare S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 102 ss.), quest'ultima sarebbe sorta in via tacita: né ovviamente dalla *emptio-venditio*, né dalla *mancipatio* o dalla *pactio et stipulatio*.

⁹³ Diversamente V. CASELLA, *La trasmissibilità*, cit., p. 126 s., per la quale la preoccupazione del primo venditore, che lo avrebbe indotto a rivolgersi al giurista, sarebbe stata quella di stabilire se la *stipulatio poenae* accedesse alla compravendita o alla servitù. Per la verità, ci sembra che il punto di partenza fosse proprio l'accessorietà della clausola penale alla *pactio et stipulatio*: da qui, appunto, la necessità di stabilire se l'atto costitutivo avesse lo stesso effetto obbligatorio della stipulazione penale o, viceversa, avesse un effetto *erga omnes*, istitutivo una volta per tutte della servitù. Se la *stipulatio poenae* fosse stata riferita alla *emptio-venditio*, non si comprenderebbe fino in fondo la necessità di domandarsi dell'effetto dell'atto costitutivo della servitù. Pertanto, ipotizzando una clausola penale accessoria alla vendita e un separato atto costitutivo della servitù, si profilano le seguenti ipotesi interpretative: o una costituzione mediante *mancipatio* (se avvaloriamo la tesi della interpolazione), della quale difficilmente si sarebbe messo in dubbio l'effetto reale; oppure una *pactio et stipulatio* che, se considerata in modo disgiunto dalla clausola penale (personale, *ad personam emptoris relata*) e, in ipotesi, pacificamente istitutiva del diritto, non avrebbe probabilmente condotto alla domanda trādita in D. 8.3.36. In entrambi i casi non si troverebbe una giustificazione alla seconda parte del frammento.

Certamente, il fatto che il problema centrale del passo fosse proprio l'individuazione dell'atto costitutivo del diritto di servitù – il cui effetto reale non sarebbe potuto, nell'esperienza antica, discendere dalla *emptio-venditio* –, doveva aver favorito la lettura della Corte. In altre parole, si era preteso di trarre la creazione del vincolo in via tacita (appunto, per destinazione del padre di famiglia) proprio dall'assenza di un riferimento espresso a un qualsiasi atto di costituzione. Ma questa operazione, come abbiamo visto, non può dirsi coerente con il contenuto del nostro frammento.

Al più possiamo domandarci, rispetto al dispositivo della sentenza, se il diritto romano avesse conosciuto ipotesi di costituzione tacita delle servitù. Ma al di là di questa ulteriore indagine – rispetto alla quale, peraltro, i più recenti studi in materia non sembrano offrire risultati univoci⁹⁴ –, il brano paolino non può assurgere a fonte della destinazione del padre di famiglia.

Peraltro, un'interpretazione di D. 8.3.36 come quella offerta dai giudici napoletani non doveva apparire per niente scontata neppure tra Otto e Novecento. Infatti, la romanistica del tempo, in termini pressochè univoci, aveva già fornito una risposta

⁹⁴ Per la costituzione tacita G. GROSSO, *In tema di costituzione tacita di servitù*, in *BIDR*, XLII, 1934, p. 326 evidenziava come da alcuni frammenti dei *Digesta* – tra i quali, tuttavia, non compare il nostro – alcuni autori avessero voluto trarre la vigenza di una costituzione tacita di servitù tra fondi: in sostanza, l'originario proprietario li divideva e, in forza del “precedente stato di servizio”, il fondo alienato si trasmetteva comprensivo della servitù. Da qui l'addentellato storico per la destinazione del padre di famiglia. Per la verità, dall'analisi di Grosso (cfr. *In tema di costituzione*, cit., p. 328 s.; *Servitù*, cit., p. 469 ss.) sembra che, se di costituzione tacita si volesse parlare, dovrebbe comunque ridursi il campo di analisi al solo diritto giustiniano. Ma anche in questo caso l'autore appare molto cauto: nelle fonti giustiniane gli accenni a questo modo di costituzione tacita erano, per vero, solo sporadici; solamente l'opera di Bartolo ne avrebbe tratto una compiuta formulazione (così ID., *Servitù [prediali]*, cit., p. 470 s.). Tale teorizzazione, del resto, avrebbe ricevuto, nella scienza giuridica posteriore, un riconoscimento costante, infine consacrato *per tabulas* dal legislatore italiano nel codice del 1865 (cfr. artt. 632-33 c.c.). Più tranchant R. ASTOLFI, *Costituzione di servitù e destinazione del padre di famiglia*, in *BIDR*, LXXII, 1969, p. 181 ss., per il quale una istituzione *per facta concludentia* sarebbe rimasta sconosciuta anche al tempo di Giustiniano. Qualche perplessità, invece, può sollevare la riflessione di S. RANDAZZO, *Servitus “iure” imposita*, cit., p. 2225, ove si parla di “forme costitutive tacite” per indicare le *pactiones et stipulationes*. Per la verità, quest'ultime erano “atipiche” rispetto ai modi formali del *ius civile*, ed emerse in un secondo momento, ma non certamente tacite. Infatti, è indubbia la ravvisabilità di un atto: la *pactio*, appunto, dalla quale sorge il *ius in re aliena*.

negativa alla possibilità di ascrivere al *ius Romanorum* la primigenia formulazione della costituzione tacita delle servitù: quest'ultima, anche in questo caso, non era che un portato della rilettura medievale dei *Digesta*⁹⁵.

2. Un rinvio immediato: alcune pronunce paradigmatiche

Venendo ora al secondo gruppo di pronunce di legittimità, abbiamo già accennato come non sia possibile seguire una prospettiva di trattazione per materia o per istituto giuridico. Dovendo la nostra attenzione dirigersi al ruolo svolto dai “principi generali” e dal *ius Romanorum* nella prassi giudiziaria, si riafferma l'opportunità di selezionare i *decisa* delle Corti per tecniche (o tipologie) omogenee di rinvio. In questa sede iniziale, ci muoveremo in prossimità del massimo coefficiente di “romanità” immaginabile: l'impiego della fonte antica, ben lungi dal divenire un semplice richiamo *ad exemplum* o un *argumentum auctoritatis*, avveniva in modo “diretto”, senza neppure la mediazione formale dell'art. 3 co. 2 delle Preleggi, inserendosi a base (o ad ausilio, insieme con le norme codicistiche) della motivazione. A tal fine, si rivela particolarmente fecondo lo studio di uno spaccato temporalmente limitato dell'attività della giurisprudenza: gli anni '80 e '90 dell'Ottocento⁹⁶.

⁹⁵ In tal senso, infatti, si esprimeva la prevalente romano-civilistica tra Otto e Novecento: per esempio, L. BORSARI, *Commentario al codice civile italiano*, II, Torino, 1872, p. 855 s.; V. SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, Napoli, 1886 ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 31 ss., entrambi favorevoli a una rilettura dell'istituto in esame come frutto della riflessione medievale. In termini più cauti, ma non difforni, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1896, p. 330 ss. Tra i maggiori sostenitori dell'origine romanistica (e non romana) della destinazione del padre di famiglia vi fu senza dubbio S. RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia*, in *Riv. it. sc. giur.*, 21, 1896, p. 380 ss., convinto nell'attribuire la paternità della stessa alla elaborazione, prima di tutto, di Bartolo. Si veda inoltre, seppur di qualche anno posteriore, C. FADDA, *Le servitù. Lezioni*, Napoli, 1913, p. 42 ss.

⁹⁶ Da un'indagine il più ampia possibile – non limitata a singoli gruppi di pronunce arbitrariamente estratte a campione – emerge un dato di particolare rilievo: sul finire dell'Ottocento, la prassi giudiziaria tendeva a esprimere il rapporto tra diritto codificato e tradizione (sul quale ci siamo soffermati *supra*, § 1) più nella forma, per così dire, dell'*analogia legis* che in quella dell'*analogia iuris*. Si vedano, oltre alla sentenza in esame, C. Cass. Torino 21 luglio 1881, in *Foro it.*, 1, 1881, p. 970 ss.; C. Cass. Roma

2.1 Cassazione di Firenze, 3 marzo 1881

Peculiare rilievo riveste anzitutto, nel senso appena delineato, la pronuncia della Corte di Cassazione fiorentina del marzo 1881⁹⁷, la cui trama logica – sia per argomentazione che per riferimenti normativi – lascia affiorare i tratti significativi di un *modus operandi* non esclusivo, ma certo caratteristico di gran parte della magistratura di legittimità di fine XIX secolo.

Il ricorso civile – il cui *petitum* si identificava nella richiesta di accertamento dello stato di cittadino italiano del convenuto – si inseriva a valle di una complessa controversia sorta, originariamente, dinanzi al Tribunale penale. In esso, l'imputato, accusato dallo Stato di renitenza alla leva obbligatoria, veniva assolto dai giudici di prime cure per l'assenza di un presupposto essenziale del reato: la qualità di cittadino italiano. La vicenda giudiziaria successiva, promossa dalla difesa erariale, si sostanzialmente nella richiesta – avanzata prima davanti alla Corte d'Appello, poi in Cassazione – di accertamento dello *status*, sottoposta solo incidentalmente all'attenzione del giudice penale. In queste sedi, dunque, due erano le questioni al centro della decisione: in via preliminare, si doveva stabilire se al giudice penale fosse consentito pronunciarsi sulla questione pregiudiziale oppure se quest'ultima esigesse un accertamento in via principale, riservato esclusivamente al giudice civile, con conseguente sospensione del procedimento penale. Una volta che si era superato positivamente il primo rilievo, occorreva poi precisare se il *decisum* penalistico attorno alla questione di stato avesse valore solo incidentale o di cosa giudicata.

23 dicembre 1881, in *Foro it.*, 1, 1882, p. 348 ss.; *C. Cass. Firenze 31 marzo 1882*, in *Foro it.*, 1, 1882, p. 595 ss.; *C. Cass. Torino 27 luglio 1883*, in *Foro it.*, 1, 1883, p. 1240 ss.; *C. Cass. Napoli 31 agosto 1883*, in *Foro it.*, 1, 1883, p. 1130 ss.; *C. Cass. Roma 17 marzo 1885*, in *Foro it.*, 1, 1885, p. 966 ss.; *C. Cass. Roma 28 maggio 1885*, in *Foro it.*, 1, 1885, p. 971 ss.; *C. Cass. Torino 29 aprile 1886*, in *Foro it.*, 1, 1886, p. 800 ss.; *C. Cass. Roma 13 dicembre 1887*, in *Foro it.*, 13, 1888, p. 199 ss.; *C. Cass. Torino 24 febbraio 1888*, in *Foro it.*, 13, 1888, p. 343 ss. Le pronunce più rilevanti, ai fini del tema in esame, saranno ampiamente trattate *infra*, § II.2.1 ss.

⁹⁷ Cfr. *C. Cass. Firenze 3 marzo 1881*, in *Foro it.*, 6, 1881, p. 274 ss.

La problematica non era affatto sconosciuta al legislatore del 1865, che all'art. 32 del c.p.p., in materia di reati di "soppressione di stato", attribuiva alla cognizione del giudice civile l'accertamento dello *status personae* ⁹⁸. L'impostazione di fondo, per queste ipotesi di illecito, era più precisamente quella dell'improponibilità dell'azione penale fino alla decisione definitiva del giudice civile. La limitatezza del riferimento normativo, circoscritto a una particolare ipotesi di reato, offriva alla giurisprudenza della sentenza in commento l'occasione di confrontarsi in punto di pregiudizialità con soluzioni variabili in ragione delle diverse tecniche interpretative impiegate.

Infatti, partendo dalla medesima previsione normativa, la Cassazione giungeva a soluzioni opposte alla precedente sentenza della Corte d'Appello di Firenze, revocando in dubbio l'intero dispositivo. A mutare fra le due pronunce era l'utilizzo dell'argomento *a contrario, ubi consistam* della decisione: in secondo grado gli interpreti avevano impiegato lo stesso nella sua variante "produttiva" – e positiva – prevenendo la lacuna attraverso la "creazione" di una norma (tacita) riguardante le questioni di stato in generale, ritenute non assoggettate all'obbligo di devoluzione in via principale al giudice civile; la Cassazione, invece, usando l'argomento *a contrario* nella sua variante meramente "interpretativa"⁹⁹, aveva inteso l'art. 32 c.p.p. in senso stretto, letterale, ossia "muto" rispetto ai casi non espressamente menzionati, generando così il vuoto normativo¹⁰⁰.

⁹⁸ L'art. 32 c.p.p. letteralmente recitava: "nei reati di soppressione di stato l'azione penale non può promuoversi che dopo la sentenza definitiva del giudice civile sulla questione di stato". La norma trovava i propri precedenti in alcune disposizioni che, ancora prima del legislatore unitario, avevano affrontato la tematica. Intendiamo riferirci, *in primis*, all'art. 168 del Codice civile Albertino che, a sua volta, riproduceva l'art. 327 del *Code civil* francese. Per le restanti ipotesi di questioni pregiudiziali di natura civile, invece, la legge prescriveva la mera sospensione facoltativa del procedimento penale, lasciando pertanto aperta la possibilità di accertamento incidentale. Sul punto, per tutti, cfr. F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008, p. 124 ss., ove bibl.

⁹⁹ Stiamo mutuando la terminologia impiegata da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, p. 356 ss. Più di recente, sui modi di individuazione delle lacune e sulle tecniche per colmarle, E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, 2018, p. 198 ss..

¹⁰⁰ Sul dettaglio dell'interpretazione come fonte – e non rimedio – della lacuna normativa, qui accennata per sommi capi, si rinvia a quanto osservato nella Parte I.

La Corte d'Appello tranchant affermava che:

“Il legislatore statui che ove si trattasse di questioni di stato, soltanto quella di soppressione rimanesse esclusivamente riservata alle competenze del giudice civile. [...] Dunque il giudice criminale deve necessariamente, tranne il caso di soppressione, risolvere ogni questione di stato, quale sarebbe appunto la questione di cittadinanza”¹⁰¹.

Questa prima chiave di lettura dell'art. 32 c.p.p. prestava il fianco ad alcune obiezioni di carattere eminentemente pratico: la cognizione autonoma (e successiva) della questione di stato, infatti, avrebbe aperto al rischio di giudicati difformi¹⁰².

Muovendo da tali premesse, di segno diametralmente opposto era l'orientamento della Cassazione. Quest'ultima, pur ammettendo la possibilità per il giudice penale di conoscere *incidenter tantum* la questione civile, escludeva gli effetti extra-penali della sentenza:

“La sentenza del giudice penale, che abbia dovuto incidentalmente conoscere di una questione di diritto civile, e sia pure di stato personale, non può estendere i suoi effetti giuridici oltre il fatto incriminato su cui cadde la pronuncia di condanna o di assoluzione, né può vincolare la giurisdizione del tribunale civile, dinanzi al quale venga in seguito portata la stessa questione in via principale”¹⁰³.

In definitiva, il ruolo essenziale era svolto proprio dall'art. 32 c.p.p., alternativamente inteso come fonte di una norma tacita positiva ovvero di una lacuna

¹⁰¹ Così *Corte d'Appello Firenze 29 luglio 1880*, in *Foro it.*, 6, 1881, p. 306.

¹⁰² Rischio che, dato il limite del *ne bis in idem*, avrebbe potuto trovare soluzione esclusivamente nella revoca del giudicato (sul punto si veda *infra*, § 2.1.b).

¹⁰³ Cfr. *C. Cass. Roma*, cit., p. 275.

normativa. Entrambe le letture presentano, in via generale, una plausibilità, ma non si può fare a meno di evidenziare subito una certa forzatura nei passaggi logici della Corte d'Appello. Infatti, affermare la possibilità per il giudice penale di conoscere delle questioni di stato – in luogo della sospensione o dell'improponibilità dell'azione penale – rende piuttosto dubbia la ulteriore conclusione che se ne sarebbe tratta: il giudice penale avrebbe avuto l'obbligo di pronunciarsi, con efficacia di giudicato, sullo *status* da appurare. Tanto più che una *voluntas legis* con simile contenuto non pare rintracciabile in alcuna disposizione codicistica.

Il dispositivo delle due Corti, a questo punto, procedeva verso l'individuazione di un quadro normativo certo e applicabile al caso concreto: ed ecco comparire il richiamo al diritto romano. Il ragionamento dei giudici, sia di seconde cure che di legittimità, prendeva le mosse da due passaggi ulpiane inerenti alla materia alimentare e traditi in D. 25.3.5.8-9¹⁰⁴. Infine, le motivazioni era completate dal richiamo a un ulteriore responso dello stesso giurista severiano sull'*exceptio rei iudicatae*, contenuto in D. 44.2.7.4¹⁰⁵. Lasciando per ora in disparte il contenuto dei testi, sul quale torneremo, è opportuno prima soffermare l'attenzione sul solo *decisum* dei giudici¹⁰⁶. In merito, occorre evidenziare subito come, nelle due sentenze ora in commento, la riproposizione del *responsum* antico non fosse un neutro fenomeno di stile: citare il diritto romano significava fornire una soluzione al caso concreto. In effetti, dinanzi a un quadro codicistico che presentava indubbi profili di incompletezza, il richiamo al *ius Romanorum* conteneva in sé una pretesa ben precisa: sciogliere il nodo sullo *status personae* e dunque integrare la lettera dell'art. 32 c.p.p. L'articolazione complessiva

¹⁰⁴ (8) *Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta. (9) Meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint ali oportere, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiat filium esse, sed ali debere: et ita divus Marcus rescripsit.*

¹⁰⁵ *Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. Et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*

¹⁰⁶ Per lo studio dei frammenti, sia qui che nelle prossime sentenze, si vedano i §§ rispettivamente dedicati ai brani latini: in questo caso, vd. § 2.1.a .

di questa operazione, tuttavia, non si conciliava con una visione monolitica del quadro codicistico a disposizione: dal dispositivo di secondo grado si deduceva l'insussistenza del vuoto normativo e, almeno in parte, la sovrabbondanza del rinvio al diritto romano; la decisione di ultima istanza, invece, si rivelava di segno opposto.

La Corte d'Appello, partendo dall'assunto che la cognizione del magistrato penale si estendesse pienamente (anche) alla questione di stato, riteneva non applicabili D. 25.3.5.8-9 – invocati dalla difesa erariale –, mentre più corretta appariva la soluzione fornita da D. 44.2.7.4. Più nel dettaglio, per il collegio di secondo grado, la tipologia di accertamento rievocata dal *summatim cognoscere* ulpiano nel giudizio alimentare non sarebbe stata estensibile al processo penale: la tutela della libertà individuale e le (maggiori) esigenze di certezza che si celavano dietro al giudizio in esame non potevano essere soddisfatte da una cognizione sommaria e parziale, così come accadeva, invece, nel caso prospettato dal giurista. Pertanto, una volta sancito il dovere del Tribunale di pronunciarsi sullo *status* di cittadino con effetti extra-penali, il discorso giudiziale proseguiva dichiarando inammissibile la questione in sede civile, data “l'identità manifesta della questione e dello scopo della medesima nei due giudizi”: a tal proposito, non si sarebbe potuto che “applicare il responso di Giuliano”, così come riportato da Ulpiano in D. 44.2.7.4¹⁰⁷.

Viceversa, i giudici di legittimità si limitavano ad accostare il caso *sub iudice* con quello esaminato da Ulpiano e inserito dai compilatori in D. 25.3.5.8-9, rinvenendo in quest'ultimo una *ratio* spendibile anche nel caso di cui stavano discorrendo. Con ogni evidenza, la *veritas* rimasta impregiudicata era la verità giuridica: riguardante l'accertamento della filiazione per Ulpiano, e lo *status* di cittadino per la Corte. Infatti, se nel giudizio avente a oggetto il diritto agli alimenti fosse stato posto in discussione, per la prima volta, il rapporto di filiazione, il *iudex* avrebbe potuto valutare *summatim* la questione pregiudiziale e, in caso di esito positivo, disporre il *quantum debeatur*. Secondo la Cassazione, la stessa cognizione sommaria sarebbe spettata *a fortiori* al giudice penale, richiedendosi, in tema di reati, una risposta celere e immediata. Di

¹⁰⁷ Corte d'Appello, cit., in *Foro it.*, cit., p. 310.

conseguenza, la pronuncia su “una questione civile, assunta incidentalmente dal giudice penale incompetente a conoscerne principalmente” non avrebbe potuto assumere “forza di cosa giudicata nel posteriore giudizio civile”. Da ciò derivava che “il citato testo” (*rectius*, D. 44.2.7.4) non avrebbe potuto essere “convenientemente invocato per risolvere la disputa presente, regolata da altri e diversi principi”¹⁰⁸.

2.1.a. D. 25.3.5.8-9 e D. 44.2.7.4

A questo punto, è il momento di richiamare l’attenzione sull’esegesi dei testi ulpiane. Seguendo l’ordine delle Corti, partiamo da (Ulp. 2 *de off. cons.*) D. 25.3.5.8-9, tratto dal secondo libro del *de officio consulis*¹⁰⁹.

(8) *Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta.*

(9) *Memnisse autem oportet, etsi pronuntiaverint ali oportere, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiatur filium esse, sed ali debere: et ita divus Marcus rescripsit.*

Le ipotesi in esame afferiscono alla disciplina del diritto agli alimenti¹¹⁰: nel primo paragrafo, il convenuto, negando l’esistenza del rapporto di filiazione, sollevava per

¹⁰⁸ Cfr. *C. Cass. Roma*, cit., p. 277.

¹⁰⁹ Sui tre libri *de officio consulis* di Ulpiano, per tutti, A. DELL’ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, p. 31 ss. ove bibl.

¹¹⁰ Materia che, sin dai primi del Novecento, ha sollecitato un vivo interesse tra gli studiosi, tra cui si segnalano S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928², p. 167 ss.; E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti: note di diritto romano*, Milano, 1925, p. 3 ss.; R. ORESTANO, *Alimenti (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 1, 1957, p. 482 ss.; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970, p. 323 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 260 ss.; D. DALLA, *Ricerche di diritto delle persone (Bologna) Le fonti giuridiche*, in U. MATTIOLI (a cura di), *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico*, II, Bologna, 1995, p. 318 ss.; più di recente A. DE FRANCESCO, *Il*

la prima volta, mediante eccezione, la questione di *status*, costringendo così il (non meglio identificato) *iudex*¹¹¹ a *summatim cognoscere*¹¹² della questione. Chiaramente, l'eventuale accertamento negativo dello stato di *filius* o di *pater* avrebbe fatto venir meno il presupposto del diritto alimentare e, conseguentemente, la materia del contendere. In D. 25.3.5.9 si specificava che, se fosse poi risultato (incidentalmente) che il soggetto era effettivamente figlio o genitore, allora il giudice avrebbe disposto il dovere di corrispondere gli alimenti a carico del convenuto¹¹³. Inoltre, l'eventuale

diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva, in Labeo, 47, 2001, p. 28 ss. e S. TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, in A. PALMA (a cura di), *Scritti in onore di Generoso Melillo*, III, Napoli, 2009, p. 1291 ss.

¹¹¹ Espressione che riteneva interpolata, rispetto all'originario "*consules*", F. ARCARIA, *Oratio Marci: giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, 2003, p. 20 ss. Secondo l'Autore, venuta meno la competenza giurisdicente dei consoli in materia alimentare, ancora sussistente in età severiana, i compilatori avrebbero avuto la necessità di sostituire con "*iudex*" o "*competens iudex*" i riferimenti a tali figure di magistrati. Di segno contrario sono le considerazioni di A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli, 2002, p. 132 ss. e S. BARBATI, *Studi sui "iudices" nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012, p. 642 ss. Avvalorerebbe la genuinità dell'espressione il fatto che, al tempo di Ulpiano, la tutela alimentare poteva essere azionata anche dinanzi al governatore nelle province. Il sintagma "*competentes iudices*", allora, più che compilatorio, sarebbe servito a indicare, genericamente, qualunque magistrato giurisdicente.

¹¹² Sull'origine severiana dell'espressione sono stati sollevati svariati dubbi in letteratura. Optava per l'intervento di qualche compilatore giustiniano B. BIONDI, *Summatim cognoscere*, in *BIDR*, 30, 1921, p. 244 ss., il quale riteneva inusuale, per il tempo in cui Ulpiano scriveva, l'accostamento tra "*summatim*" e "*cognitio*". Similmente, a parere di H. KRÜGER, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, in *ZSS*, 45, 1925, p. 244 ss., la natura insitica del termine avrebbe trovato un riscontro nell'incedere dei paragrafi: il "*si constiterit*" dei §§ 8 e 18 sarebbe stato difficilmente conciliabile con la rapidità di un giudizio sommario. Argomentazioni simili sono riprese poco dopo da M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 25, 1955, p. 386 ss. In direzione opposta, invece, si sono mossi D. SIMON, *Summatim cognoscere*, in *ZSS*, 83, 1966, p. 147 ss. e, in tempi più recenti, A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare*, cit., p. 133 (ove altra bibl). Entrambi gli Autori, mettendo da parte le perplessità sull'originarietà, rilevavano come le esigenze di celerità e speditezza proprie del giudizio alimentare dovevano aver influito anche sull'indagine dello *status*, laddove sollevato per la prima volta, incidentalmente, dinanzi al console. "*Summatim*", dunque, avrebbe indicato una pura procedura interinale, meno approfondita rispetto a quella che si realizzava nelle sedi ordinarie, sulle quali si veda *infra*, ntt. 121 e 125.

¹¹³ Peraltro, confrontando i due paragrafi, si può notare un'inversione di soggetti: nel primo, la prospettiva è quella di chi, convenuto nel giudizio alimentare, negava di essere tenuto a corrispondere gli alimenti e sollevava dunque l'eccezione; nel secondo, invece, il verbo "*alo*" alla forma passiva ci fa comprendere come il giurista si stesse riferendo a coloro che dovevano ricevere gli alimenti.

pronuncia del *iudex* nel senso del riconoscimento degli *alimenta* non avrebbe impedito di accertare, successivamente e in via principale, lo *status* in discussione¹¹⁴.

Il contesto giuridico di riferimento era quello di una procedura alimentare che in origine, agli esordi del principato, doveva svolgersi dinnanzi al tribunale straordinario del console, per essere solo successivamente assorbita dai *iudices* di età tardoantica e giustiniana¹¹⁵.

Ai nostri fini, si rivelano di particolare rilievo due espressioni: “*summatim cognoscere*” e “*praeiudicium non facit veritati*”.

Quanto al primo sintagma, esso evoca già *prima facie* un’idea di sommarietà dell’accertamento che, verosimilmente, doveva aver giustificato l’accostamento con la moderna cognizione *incidenter tantum* da parte delle Corti ottocentesche. E in effetti, secondo l’orientamento prevalente, l’espressione in esame era impiegata nel lessico dei giuristi romani per alludere a una tipologia di indagine meno approfondita rispetto a quella “ordinaria”, e che doveva venire in rilievo in due ipotesi principali: per riferirsi ora alla domanda accessoria rispetto a quella principale, ora alla questione preliminare al *thema decidendum* oggetto di giudizio¹¹⁶.

¹¹⁴ Complessivamente sui §§ 8 e 9 cfr. B. BIONDI, *Summatim cognoscere*, cit., p. 243 ss.; E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti: note di diritto romano*, Milano, 1925, p. 3 ss.; H. KRÜGER, *Das summatim*, cit., p. 244 ss.; M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale*, cit., p. 386 ss.; D. SIMON, *Summatim cognoscere*, cit., p. 145 ss.; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 323 ss.; A.A. SCHILLER, “*Alimenta*” in the “*Sententiae Hadriani*”, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 4, Torino, 1971, p. 408 ss.; K. VISKY, *Quelques remarques sur la these ipsam rem condemnare et ses rapports économiques*, in *RIDA*, 19, 1972, p. 470 ss.; K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in *ZSS*, 90, 1973, pp. 106 ss., 138 ss.; H. WELING, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im roemischen Recht*, in *ZSS*, 102, 1985, p. 318 ss.; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti*, cit., p. 30 ss.; EAD., *Giudizio alimentare*, cit., p. 93 ss.

¹¹⁵ In ordine alla competenza consolare in materia *de alimentis praestandis* al tempo del principato si vedano F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 332 ss.; A. DELL’ORO, *I libri de officio*, cit., p. 49 ss. Una rassegna delle principali tappe evolutive in materia, dalla legge *Aelia Sentia* del 4 d.C. in avanti, è leggibile in M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 323 ss. Impossibile in questa sede un approfondimento sulla figura del *iudex* di età tarda e giustiniana, per il quale si rinvia a S. BARBATI, *Studi sui “iudices”*, cit., spec. p. 648 ss. per la materia alimentare.

¹¹⁶ In disparte certe letture minoritarie che ritengono il sintagma posticcio – e sulle quali cfr. *supra* nt. 112 –, tale è il quadro di sintesi che si può tracciare dalla rassegna di D. SIMON, *Summatim cognoscere*, cit., p. 142 ss., il quale riteneva questo tipo di *cognitio* una sorta di *Giano Bifronte*: da un

Diverso problema è stabilire se, nel caso in esame, vi fosse la competenza del medesimo *iudex* per entrambe le questioni (primaria e presupposta). La risposta affermativa, evidentemente, allontanerebbe il frammento dalla controversia decisa dai giudici della Cassazione. Proprio quest'ultimo punto, allora, merita qualche approfondimento.

Nell'ipotesi ulpiana, con ogni probabilità, i soggetti competenti a conoscere degli alimenti e dello *status* dovevano essere diversi: al console era affidata la materia alimentare; al pretore l'accertamento della filiazione legittima¹¹⁷. Del resto, proprio in forza di D. 25.3.5.9 non sembra possibile ritenere che l'attribuzione di competenza al console sulla materia di stato fosse complessiva: è evidente che se questi avesse potuto decidere in via definitiva entrambe le questioni, Ulpiano non avrebbe avuto alcuna ragione di specificare che la pronuncia sugli *alimenta* non pregiudicava la verità. E in tal senso sembra concludere anche la letteratura maggioritaria, onde conferire a entrambi i paragrafi una propria giustificazione causale¹¹⁸.

lato, la risoluzione della questione preliminare pregiudicava la fattibilità del rimedio principale; dall'altro, l'esito della procedura sommaria non poteva che dispiegare i propri effetti nell'ambito del solo procedimento in corso. A conclusioni non dissimili giungevano anche M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², p. 190 s., ove il termine "*summatim*" compare, oltre che in connessione al *remedium alimentorum*, anche per indicare l'accertamento preliminare della proprietà, ai fini della successiva *reivindicatio*.

¹¹⁷ Per fare un esempio immediato dei rimedi esperibili per l'accertamento del rapporto di filiazione, è necessario spostarci in avanti sino al rescritto di Diocleziano del 294 d.C., conservato in C. 8.46.9: *Nec filium negare cuiquam esse liberum senatus consulta de parto agnoscendo ac denunciata poena, item praeiudicium edicto perpetuo propositum et remedium alimentorum apud praesidem maiori trimo petenti monstratum iure manifesto declarant*. Per quanto riguarda i *praeiudicia*, quali strumenti processuali attivabili dinanzi al pretore, vd. *infra* nel testo e nt. 121 ove bibl.

¹¹⁸ Non pienamente condivisibile appare la conclusione di B. BIONDI, *Summatim cognoscere*, cit., p. 244 ss. il quale, partendo dall'origine compilatoria di "*summatim*", sembrava aprire alla possibilità che, in caso di contestazione del rapporto di filiazione, si sarebbe dovuto sospendere il giudizio e rimettere la questione di stato al giudice privato competente a pronunciarsi. Più fedeli al tenore letterale dei §§ 8 e 9 sono le ricostruzioni di D. SIMON, *Summatim cognoscere*, cit., p. 142 ss.; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 323 ss.; A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare*, cit., p. 133 ss. (ove altra bibl.), tutti concordi nel ritenere che, nel caso riportato da Ulpiano, al giudice alimentare (ossia, al *consul*) fosse consentito decidere solo *summatim* della filiazione. Ciò non pregiudicava la competenza del pretore sulla questione di stato: a esso le parti avrebbero potuto rivolgersi successivamente e in via principale mediante apposito *praeiudicium*.

D'altronde, ragioni di ordine pratico dovevano aver indotto i giuristi verso tale conclusione: le esigenze di speditezza proprie del giudizio sugli *alimenta* non sarebbero state compatibili con una sospensione del procedimento principale e una contestuale rimessione dell'eccezione al pretore¹¹⁹. A ciò si aggiunga che il *consul*, poiché già competente in tema di emancipazione e di manomissione, doveva esser ritenuto in grado di conoscere anche dello *status filiationis*, seppur incidentalmente e nell'ambito della propria *cognitio extra ordinem*¹²⁰.

Tale lettura è ulteriormente avvalorata dalla seconda espressione che si intende esaminare: “*praeiudicium non facit veritati*”.

In ambito alimentare, i *praeiudicia* (o *formulae praeiudiciales*) erano i procedimenti di accertamento dello *status personae* da svolgersi di fronte al pretore, così definiti perché nella formula compariva la sola *intentio*¹²¹.

Tuttavia, in questo specifico contesto – e considerando anche la pluralità di significati che il termine in oggetto assumeva nelle fonti romane¹²² –, sembra maggiormente probabile che l'espressione fosse stata impiegata dal giurista rispondente in senso atecnico, come “pregiudizio” o “danno” genericamente intesi¹²³. E allora ciò che non veniva pregiudicato (dal giudizio sugli *alimenta*) era proprio la

¹¹⁹ Considerazioni che sono ampiamente valorizzate da A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti*, cit., p. 30 ss.; EAD., *Giudizio alimentare*, cit., p. 93 ss.

¹²⁰ Tali sono le osservazioni di A. DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 43 s.

¹²¹ Un'ampia ricognizione sul punto è in K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, München, 1976, p. 203 ss., ove l'Autore, partendo proprio dai *praeiudicia* in materia di *status* (“Statusklagen als *praeiudicia*”), conduce una dettagliata indagine sulle singole *actiones praeiudiciales* menzionate nelle fonti. Per un quadro più generale si vedano B. ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 264 ss. e M. TALAMANCA, *Processo (diritto romano)*, in *ED*, XXXVI, Milano, 1987, p. 6 ss. Più di recente, ancora sui rimedi previsti per l'accertamento dello *status personae*, A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare*, cit., p. 131 ss.

¹²² È quanto osservato da K. HACKL, *Praeiudicium*, cit., p. 17: “Ein Blick in die Lexika der lateinischen Sprache zeigt, dass die Römer das Wort *praeiudicium* in verschiedenen Bedeutungen verwendet haben”.

¹²³ La nozione di *praeiudicium*, insomma, appare tutt'altro che monolitica, conformemente a quanto sostenuto da A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare*, cit., spec. p. 133 ss. Ne ripercorre i vari significati anche V. GIODICE SABBATELLI, *Studi sull'ufficio del console*, Bari, 2006, p. 39 ss., insistendo soprattutto sulla tendenza dei giuristi romani a impiegare il nostro concetto in senso atecnico: cioè, con il significato di “danno”, “scapito” o “detrimento”.

possibilità di adire il pretore per accertare lo *status familiae* in via principale: quanto disposto dal primo *iudex* non avrebbe danneggiato l'eventuale "verità" (difforme)¹²⁴.

Volendo passare a questo punto al secondo frammento richiamato dalla Corte, è opportuno leggere le parole di Ulpiano, tratte dal LXXV libro del suo commento all'editto del pretore e conservate in D. 44.2.7.4:

Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. Et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.

Il giurista stava riportando il pensiero del predecessore Giuliano¹²⁵ a proposito dell'impossibilità di riproporre in giudizio la stessa questione se intercorrente tra le medesime parti; in un caso simile, infatti, sarebbe stata per certo sollevata un'*exceptio rei iudicatae*¹²⁶. E la medesima eccezione avrebbe operato anche nell'ipotesi in cui, sempre tra gli originari litiganti, fosse stata esercitata una diversa azione ma, evidentemente, avente a oggetto lo stesso *thema disputandum*. La parte finale del passo, in effetti, contiene proprio un esempio di quest'ultima eventualità: l'erede agiva

¹²⁴ A conclusioni opposte giunge T. J. MURRAY, *Restricted generosity in the New Testament*, Zürich, 2018, p. 47 ss., per il quale, in base a D. 25.3.5.8, "a judge could not order maintenance to be paid unless it had been proved that the claimant was a genuine relative". In realtà, dal frammento ulpiano non sembra potersi trarre la conclusione che, in caso di eccezione di filiazione, il magistrato alimentare avrebbe avuto l'obbligo di sospendere la causa e rimettere le parti dinanzi al *iudex* della questione principale (se non eventualmente considerando il *summatim cognoscere* falsificato, ma su questo abbiamo già espresso le nostre osservazioni negative *supra*, ntt. 108 e 112).

¹²⁵ Secondo O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 858 nt. 2, il giurista severiano starebbe riportando quanto Giuliano affermava nel libro III *digestorum*.

¹²⁶ La nozione di *exceptio*, sulla quale non abbiamo la possibilità di soffermarci in questa sede, meriterebbe di essere valutata nella sua evoluzione storica, connessa al mutare del sistema processuale romano: vi si torna più volte nel volume curato da L. GAROFALO, *"Res iudicata"*, I, Napoli, 2015. Si vedano in particolare C. BUZZACCHI, *Alle radici della politica giuridico-giudiziaria di un ordinamento attraverso l'"exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae"*, ivi, p. 161 ss.; con considerazioni anche sul nostro passo T. DALLA MASSARA, *"Pars in toto est": brevi riflessioni sull'idea di "parte" di giudicato*, in *op.cit.*, p. 357 ss.; C. PELLOSO, *"Bis de eadem re sit actio": osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata*, ivi, p. 209 ss.

prima con la *petitio hereditatis* per richiedere la restituzione dell'eredità come complesso di beni; in seguito, egli esercitava un'*actio* (di rivendica, verosimilmente) che riguardava le singole *res* componenti l'asse ereditario. Anche in questo caso il convenuto in giudizio avrebbe potuto sollevare un'eccezione di cosa giudicata¹²⁷. Il principio sostanziale alla base del responso è noto: il *ne bis in idem*¹²⁸.

Volendo provare a collegare le due ipotesi in un'operazione di sintesi ulteriore, non sembrerà azzardato affermare che nel diritto romano la regola era quella per cui, ogni qualvolta tra le stesse parti fosse stata intentata due volte la medesima questione (anche con una diversa azione), il giudicato avrebbe impedito di riesaminare nuovamente la lite.

Un simile esito, nonostante l'identità di litiganti e di oggetto, non si sarebbe evidentemente verificato nel caso di D. 25.3.5.8-9: il *summatim* non assumeva la veste di *iudicium*, pertanto sarebbe venuto meno il presupposto stesso della *res iudicata*¹²⁹.

Nell'ottica del giurista respondente, pertanto, doveva assumere particolare rilievo il carattere specifico dell'ipotesi tradata in D. 25.3.5.8-9 rispetto al carattere generale della regola trasposta in D. 44.2.7.4. Infatti, a rigor di logica, l'accertamento di stato successivo a quello svolto sommariamente dal *consul* avrebbe avuto per certo a oggetto l'*eadem quaestio* e le *eadem personae* (padre e figlio); tuttavia, non avrebbe potuto essere sollevata l'*exceptio* poiché "*summatim cognoscere praeiudicium non facit veritati*".

¹²⁷ Hanno letto il passo, tra gli altri, B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, III, 1970, p. 299 ss.; M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla "re vindicatio"*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, 1972, p. 341 ss.; R. DÜLL, *Über Textkonjekturen zu Gaius Veronensis und zur Frage der Zwangsenteignung im römischen Formularprozeß*, in *ZSS*, 96, 1979, p. 294; K. HACKL, *Hans-Dieter Spengler. Studien zur interrogatio in iure*, in *ZSS*, 115, 1998, p. 592 ss.; S. LONGO, "*Actio*" contro il "*fideiussor servi*" e "*Actio de peculio*" contro il "*dominus*", in *Labeo*, 44, 1998, p. 377 ss.; M. MARRONE, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI*, 64, 1998, p. 47 ss.

¹²⁸ Sull'essenza e i confini del principio *de quo* è necessario rinviare almeno a G. PUGLIESE, *Giudicato (dir. civ.)*, in *ED*, XVIII, Milano, 1969, specialmente p. 786 ss.

¹²⁹ Abbiamo infatti già visto *supra* nel testo come il *summatim cognoscere* evocasse un tipo di accertamento sommario che conduceva inevitabilmente a una decisione interinale.

2.1.b. La coerenza logica del dispositivo

A questo punto conviene tirare le fila del discorso e tentare qualche conclusione in ordine all'uso che la Corte di Cassazione ha fatto dei passi in esame.

Non ci sembra affrettato affermare che l'impianto interpretativo dei giudici di legittimità, a differenza di quello proposto dalla Corte d'Appello, appare piuttosto omogeneo e coerente con entrambe le ipotesi: in altri termini, ci sembrano fondati sia l'accoglimento del primo motivo di ricorso, basato su D. 25.3.5.8-9, che il rigetto del secondo, sorretto da D. 44.2.7.4.

Quanto ai presupposti del primo frammento, sono gli stessi del caso sottoposto al vaglio della Cassazione: vi erano due competenze diverse e la questione presupposta poteva essere sommariamente valutata dal giudice competente per la sola questione principale (gli alimenti nel caso ulpiano, il reato nell'ipotesi dei giudici ottocenteschi). E tuttavia, sia nell'uno che nell'altro caso, non veniva meno la possibilità per il convenuto (o per l'imputato, nell'ipotesi moderna), all'esito del giudizio *de quo*, di adire il giudice competente per l'accertamento della questione di *status*.

Dunque, fatta salva un'inevitabile cautela per la diversità di materia e di contesto storico-giuridico, il senso complessivo in cui il responso severiano veniva interpretato ci pare coerente: nella differenza di giurisdizioni, il giudice competente a conoscere della questione collegata o connessa con quella presupposta, poteva *incidenter tantum* pronunciarsi anche su quest'ultima; fatta salva, in ogni caso, la possibilità di far accertare in via principale lo *status* (di *parens* o *filius* nel diritto romano, di cittadino italiano per il ricorrente in Cassazione).

Svolte queste considerazioni, altrettanto congrua ci sembra la mancata applicazione di D. 44.2.7.4. Infatti, così come l'accertamento *summatim* svolto dal console sullo *status* non avrebbe assunto il valore di giudicato, allo stesso modo la cognizione incidentale effettuata in sede penale non avrebbe impedito alla parte di adire il giudice civile per ottenere una sentenza dichiarativa circa la propria cittadinanza.

Il lineare utilizzo dei frammenti ulpiane, a ogni modo, non ci impedisce di svolgere qualche osservazione critica ulteriore. Il ragionamento giuridico della Corte, in effetti, parte dal caso severiano per dedurre un principio ulteriore: ogni giudice penale che si fosse trovato dinanzi una causa di accertamento di stato o una controversia civile pregiudiziale rispetto alla propria, l'avrebbe potuta decidere, pronunciandosi in via incidentale anche sulla prima.

Nel caso severiano, diversamente, non accadeva questo, poiché si trattava di una possibilità casisticamente e specificamente prevista per il console solo in materia alimentare e non *tout court*. Le ragioni che avevano spinto i romani verso una soluzione come quella conservata in D.25.3.5.9 dovevano fondarsi attorno al “*summatim*”: da un lato, il giudizio sommario impediva la formazione del giudicato; dall'altro, garantiva la speditezza sottesa al procedimento per la determinazione del *quantum di alimenta*.

E allora è solo sotto questo profilo che possono essere colte le maggiori analogie. Del resto, non dissimile doveva apparire il bilanciamento operato dai giudici di legittimità: alla necessaria celerità del procedimento penale – che sarebbe stata frustrata da un'eventuale sospensione in attesa della sentenza civile – faceva da contraltare la possibilità di adire successivamente, e in via principale, il giudice competente. Certamente ciò avrebbe potuto condurre a problematiche ulteriori, collegate all'eventualità di *decisa* contrastanti che, in ipotesi, avrebbero trovato soluzione solo nello strumento della revoca del giudicato penale di condanna¹³⁰.

Rimane comunque il fatto che la Cassazione, pur nel corretto reimpiego dei passi, spingesse le ipotesi casistiche del *ius Romanorum* verso la formulazioni di principi generali che, nel diritto codificato, dovevano valere in ogni caso di questioni

¹³⁰ Intendiamo alludere al caso in cui, a seguito della condanna penale, l'imputato avesse poi adito in via principale il giudice civile ottenendo una sentenza favorevole. È evidente che in questa ipotesi, al venir meno del reato per mancanza di un suo presupposto (più precisamente, lo *status* di cittadino), avrebbe fatto seguito lo strumento della revoca (o della revisione processuale), cui era dedicato il capo II (Titolo X, Libro II) del codice di procedura penale del 1865 (cfr. soprattutto gli artt. 688 e ss.).

pregiudiziali pendenti dinanzi al giudice penale, salvo diversa disposizione di legge (che, nel caso di specie, mancava).

In aggiunta, per un ulteriore confronto tra diritto romano e diritto dei codici, potremmo domandarci se in altri ambiti, diversi da quello cui attiene D. 25.3.5.8-9, i *iudices* potessero uscire dalle proprie competenze in forza del “*summatim cognoscere*” e pronunciarsi incidentalmente¹³¹. L’eventuale esito positivo attribuirebbe un valore ulteriore, sistematico, al ragionamento che abbiamo appena svolto per il frammento severiano, ma al contempo ci condurrebbe altrove, troppo lontano dal confronto dialettico tra la Corte del 1881 e la dottrina ulpiana.

2.2 Cassazione di Torino, 21 luglio 1881

Procediamo nella nostra disamina guardando al lavoro che la giurisprudenza torinese svolgeva in quegli stessi anni. La vicenda in questo caso traeva origine dalla necessità di individuare l’ampiezza di una certa servitù di prospetto e, più nel dettaglio, dalla sua controversa estensione anche ai luoghi sottostanti rispetto all’apertura della veduta e posti sul fondo servente¹³². Il ricorrente in Cassazione aveva impugnato la sentenza di appello – con la quale i giudici di seconde cure avevano statuito che qualsiasi costruzione operata dal convenuto sul proprio fondo servente avrebbe violato il contenuto della servitù di prospetto –, facendo valere una portata meno ampia del diritto reale contestato, il cui contenuto doveva intendersi come limitato alla finestra. A ciò si aggiunga che tra le parti era stato stipulato un contratto con il quale si consentiva al convenuto (titolare del fondo servente) di costruire entro il limite delle aperture. L’accordo, verosimilmente impugnato in primo grado dal proprietario del

¹³¹ A tal proposito, rimane centrale il lavoro di D. SIMON, *Summatim cognoscere*, cit., p. 142 ss, al quale si rinvia.

¹³² Cfr. *C. Cass. Torino 21 luglio 1881*, in *Foro it.*, 6, 1881, p. 969 ss.

fondo servente¹³³, veniva giudicato affetto da nullità *ab origine* in quanto contrario a norma imperativa¹³⁴.

Il primo problema, dunque, attiene all'individuazione della prescrizione inderogabile che, sin dal primo grado di merito, aveva impedito al contratto di dispiegare i propri effetti. Per sciogliere la questione appare decisiva proprio la sentenza della Cassazione. I giudici di legittimità, confermando il dispositivo della Corte di Appello (e, verosimilmente, del primo grado), motivavano il *decisum* richiamando la natura "più onerosa" di tale *ius in re aliena*, in quanto composto "dalla *servitus non aedificandi e non altius tollendi*" e consistente, naturalmente, "nell'impedire che il proprietario del fondo servente" facesse alcuna edificazione che diminuisse il pieno e libero godimento della veduta del proprietario del fondo dominante¹³⁵. E tali indicazioni non potevano subire alcuna deroga a opera delle parti.

Ciò premesso, la Cassazione passava in rassegna i riferimenti normativi applicabili al caso in esame: nessuna norma del Codice veniva menzionata, ma compariva direttamente il riferimento ai *Digesta*. Ciò, chiaramente, pone non poche perplessità, circa le ragioni di un tale operare: queste andranno sciolte guardando allo stato delle coeve disposizioni codicistiche, per valutare se quello della Corte sia stato il tentativo di colmare una lacuna oppure la consapevole disapplicazione di qualche prescrizione legislativa. Ma questa analisi, svolgendosi a posteriori, sarà effettuata in seguito¹³⁶. Torniamo dunque al dispositivo del 1881: quanto al contenuto della servitù di prospetto sui fondi urbani, le direttive erano tratte da (Ulp. 29 *ad sab.*) D. 8.2.15¹³⁷.

¹³³ Si tratta di una congettura, poiché non ho rinvenuto in alcuna rivista il dispositivo emesso dal giudice di merito. Per l'appello, invece, possiamo contare sulle parti citate direttamente dalla Cassazione e leggibili in *C. Cass. Torino*, cit., p. 969 nt. 1.

¹³⁴ Norma che, verosimilmente, doveva impedire qualsiasi costruzione in presenza di una servitù di prospetto. Tuttavia, non potendo contare sulla lettura della sentenza di primo grado, i motivi dell'impugnazione dell'attore vanno dedotti dal contenuto dei gradi successivi (*C. Cass. Torino*, cit., p. 970 s.).

¹³⁵ Tutte le citazioni sono ricavate da *C. Cass. Torino*, cit., p. 970.

¹³⁶ Precisamente al § 2.2.b.

¹³⁷ *Inter servitutes ne luminibus officiatur et ne prospectui offendatur aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem, non officere ne lumina cuiusquam obscuriosa fiant. quodcumque igitur faciat ad luminis*

Invece, per stabilire se tale *ius* si estendesse anche ai luoghi sottostanti, lo spunto era offerto da (Paul. 2 *epit. Alf. Dig.*) D. 8.2.16¹³⁸. Più in particolare, i giudici rintracciavano nel primo frammento il fondamento dell'ampiezza della servitù di prospetto codicistica, inclusiva della facoltà di inibire la costruzione altrui indipendentemente dal limite delle vedute, e la cui emersione primigenia sarebbe stata descritta da Ulpiano nei termini di “*prospectu plus habet*” (rispetto alla servitù di luce), in quanto “*ne quid officiat ad gratiorem prospectum et liberum*”¹³⁹. Pertanto, a detta della Corte, l'obiezione del ricorrente – fondata sul presupposto che la propria opera, qualora limitata al di sotto della finestra altrui, non avrebbe impedito l'illuminazione – andava rigettata: il *prospectum* si distingueva dalla *servitus luminibus* proprio per la maggiore estensione del primo, così come “insegnava la legge” ulpiana¹⁴⁰. Del resto, concludevano i giudici, “il testo di Paolo” confermava ulteriormente l'estensione della veduta anche al di sotto delle aperture, con ciò ribadendo la diversa ampiezza rispetto alla servitù di luce, già tracciata nel primo frammento richiamato¹⁴¹.

Dunque, possiamo anticipare fin da subito come, nell'ottica della Corte, ciò che non poteva essere derogato dalle parti era proprio il principio tratto, per il momento *lato sensu*, dal *ius Romanorum*; ma vi torneremo¹⁴². Infatti, prima di tracciare più approfonditamente le coordinate della sentenza, conviene analizzare separatamente i due frammenti richiamati, onde sciogliere un primo dubbio preliminare: l'omogeneità e la coerenza logica del rinvio rispetto al contesto originario in cui i passi avevano visto la luce.

impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur, opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat

¹³⁸ *Lumen id est, ut caelum videretur, et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.*

¹³⁹ È quanto si evince dalla lettura di *C. Cass. Torino*, cit., p. 970 s., nella parte dedicata all'analisi del testo latino.

¹⁴⁰ Cfr. *C. Cass. Torino*, cit., p. 970.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Specificatamente, nei due §§ ss.

2.2.a. D. 8.2.15-16: una regola generale?

Iniziamo da D. 8.2.15:

Inter servitutes ne luminibus officiatur et ne prospectui offendatur aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem, non officere ne lumina cuiusquam obscuriosa fiant. quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur, opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat.

Il frammento, tratto dall'*ad Sabinum* di Ulpiano¹⁴³, potrebbe essere tradotto nei termini che seguono. Tra la servitù di luci e di prospetto si osservano tali differenze: nella seconda, il titolare del fondo dominante ha in più (il diritto) a mantenere una visuale libera e gradita, rispetto a quella di luci limitata al non sopprimere od oscurare la luce¹⁴⁴. Pertanto, se la servitù – probabilmente, solo quella di prospetto – è dovuta, si può proibire qualunque cosa sia da ostacolo alla luce, e si può esperire l'*operis novi nuntiatio* cioè (oppure il titolare del fondo dominante) faccia in modo di impedire o limitare la luce¹⁴⁵.

¹⁴³ Quanto alla sua collocazione originaria, secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 1122 il libro 29 dell'*ad Sabinum* sarebbe stato dedicato alla compravendita e rubricato *De emptione et venditione*. L'Autore inseriva nello stesso frammento palingenetico D. 8.2.3 (dove veniva data una prima definizione di "prospectus"), D. 8.2.15 e D. 8.2.17: tutti dedicati alla distinzione tra servitù di luce e di prospetto. Quindi, verosimilmente, doveva trattarsi dell'alienazione di fondi gravati da diritti reali.

¹⁴⁴ *Lumen*, infatti, assume qui il significato di luce (impedita od oscurata) e non di finestra, così come evidenziava già J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, spec. p. 63 ss.

¹⁴⁵ Tra coloro che si sono interessati al testo in esame si ricordano F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el derecho romano clasico*, in *AHDE*, 45, 1975, p. 7 ss.; F. HORAK, *Aesthetische Probleme bei den römischen Juristen*, in *Iura*, 38, 1987, p. 155 ss.; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., p. 63 ss.; W. SIMSHÄUSER, rec. a J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., in *ZSS*, 110, 1993, p. 710 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in *SDHI*, 60, 1994, p. 159 ss.; F. FASOLINO, *Interessi della collettività dei vicini nell'"operis novi nuntiatio"*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 38 ss.

Il frammento non pone particolari problemi esegetici. Il giurista severiano, come pare evidente, stava tracciando una distinzione tra la *servitus ne luminibus officiatur* e quella *ne prospectui offendatur*¹⁴⁶. Riguardo alla seconda, vi era un contenuto ulteriore: qualsiasi ostruzione, anche parziale, dell'apertura, pur consentendo il filtraggio della luce, avrebbe violato la servitù di prospetto nella sua componente qualitativa¹⁴⁷. Viceversa, la *servitus ne luminibus officiatur* sarebbe stata frustrata solo in caso di obiettivo abbassamento della luce. In entrambe le ipotesi, la lesione del diritto reale, compiuta *si modo sic faciat ut noceat*, avrebbe consentito di agire in via preventiva (ossia oltre e prima che con l'esperimento della *confessoria servitutis*) mediante la denuncia di nuova opera¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Secondo J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., p. 72 ss., le servitù in commento sarebbero originariamente sorte come forme della *servitus altius non tollendi*, per assumere poi una propria fisionomia intorno al II sec. a.C. Peraltro, risulta controverso se la *servitus luminum et ne luminibus officiatur* fosse una figura unica o se, di contro, fossero due diritti reali distinti. Il dibattito è ricostruito da M.F. CURSI, *Modus Servitutis*, cit., p. 278 ss. (ove bibl.), la quale evidenzia come la tesi maggioritaria sia orientata verso una diversità contenutistica tra le due servitù. Ancora su questo istituto specifico, per una panoramica generale, si veda C. RUPERTO, *Dalla legge al diritto (1950-2010)*, a cura di G. Alpa, Milano, 2010, spec. p. 68 ss.

¹⁴⁷ Traduciamo similmente a J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., p. 273 ss., che a proposito del sintagma "*ad gratiorem et liberum*" affermava: "Ulpien legte dagegen überhaupt das Schwergewicht auf eine freie, ungestörte Aussicht vor allem unter Betonung des Wortes '*gratus*' wobei natürlich die Bewertung stets einen subjektiven Standpunkt bezeichnen muß". Si tratta di una posizione che ci sentiamo di condividere con qualche precisazione. Infatti, per un verso, non pare necessario legare il contenuto della servitù di prospetto alla dimensione soggettivistica del suo titolare: non solo per il carattere di "realità" della servitù in sé, ma anche in quanto l'espressione *de qua* (composta anche da "*liberum*") sembra proprio sottolineare l'oggettiva maggior ampiezza del *prospectus* rispetto alla *servitus luminibus*. Per un altro verso, il confronto dialettico che l'Autore introduce tra D. 8.2.15 e D. 8.2.16 non ci trova completamente d'accordo; ma sul punto torneremo tra breve, dopo aver esaminato questo secondo frammento (cfr., *infra* nel testo e § 2.2.b). Il "*gratior prospectus*" sembrava invece decisivo per F. HORAK, *Aesthetische Probleme*, cit., p. 161, che riteneva di tradurlo come "bellezza estetica".

¹⁴⁸ Peraltro, dato l'utilizzo della locuzione "*si modo*", ci si potrebbe domandare se la denuncia di nuova opera fosse esperibile solo in caso di agire intenzionale, soggettivamente preordinato a "nuocere alla luce". Sulla *operis novi nuntiatio* – non di rado esperibile anche nell'ambito dei diritti di servitù – si vedano almeno A. STEINWENTER, *Satisfactio*, in A. PAULY, G. WISSOWA, *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (d'ora in poi *RE*), II.1, Stuttgart, 1921, p. 78 s.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., p. 637 ss. Quanto ai presupposti, secondo A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford, 1972, p. 170 ss., il semplice atto oggettivo di oscurare la luce – dunque, senza necessariamente un intento doloso – avrebbe di per sé integrato un danno

È infine da segnalare come, in questa soluzione, la diversità contenutistica tra i due diritti reali dovesse assumere i tratti di vera e propria *regula* di ordine generale. Del resto, che il nostro giurista stesse parlando con finalità definitoria è suggerito dalla stessa collocazione del frammento all'interno del XIX libro dell'*ad Sabinum*, dedicato alla compravendita¹⁴⁹. Probabilmente, nell'ambito della vendita di un fondo gravato da una servitù di prospetto (o di luci), si era presentata la necessità, *incidenter tantum*, di specificare la diversità contenutistica tra i due diritti reali.

La disciplina in tema di luci e vedute era poi completata da (Paul. 2 *epit. Alf. Dig.*) D. 8.2.16:

Lumen id est, ut caelum videretur, et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.

Dopo aver genericamente affermato che vi è luce quando si vede il cielo, anche Paolo tratteggia la differenza tra *lumen* e *prospectum*: l'uno non può che venire dall'alto¹⁵⁰, mentre l'altro può riguardare anche i luoghi più bassi¹⁵¹.

Il frammento, eserpito dal libro secondo dell'epitome di Paolo dei *Digesta* di Alfeno Varo, pone alcuni interrogativi sia per ciò che attiene al suo peculiare contenuto

illegittimo per la *cautio damni infecti* (d'ora in poi *c.d.i.*) e, in ogni caso, avrebbe giustificato l'esperibilità della denuncia di nuova opera. Ancora sulla possibilità di agire con la *c.d.i.* si leggano F. BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., p. 95 e J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., p. 164 ss.

¹⁴⁹ In merito alla collocazione cfr. *supra*, nt. 143.

¹⁵⁰ Riteniamo che in questo caso il termine *lumen* sia impiegato in senso tecnico come oggetto della servitù di *lumina*, e non nell'accezione di lucernario o finestra (così J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., p. 130).

¹⁵¹ Sul passo cfr., tra gli altri, G. GROSSO, rec. a A. RODGER, *Owners*, cit., p. 525 ss.; A.M. HONORÈ, *The editing of the Digest titles*, in ZSS, 90, 1973, p. 263 ss.; M.D. BLECHER, *Aspect of privacy in the civil law*, in TR, 43, 1975, p. 280 ss.; J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., p. 164 ss., 274 ss.; M. MARRONE, *Le significationes di D. 50.16 ("De verborum significatione")*, in SDHI, 60, 1994, p. 583 ss.

giuridico sia per quanto riguarda l'opera di provenienza¹⁵². Partendo da questo secondo aspetto, è noto come la rielaborazione paolina, in forma di epitome, dell'opera di Alfeno ponga un problema di paternità: quale dei due autori ha formulato concretamente le soluzioni? Senza qui addentrarsi nel dibattito attorno all'opera complessivamente considerata, sembra opportuno tentare una risposta almeno rispetto al passo in esame¹⁵³.

A tal fine, un primo aspetto da considerare concerne il tenore complessivo della testimonianza e, dunque, il suo contenuto. La descrizione paolina di luci e vedute è di natura unicamente empirica: la servitù di *lumen* ha un'estensione necessariamente meno ampia di quella di *prospectum* poiché la luce, provenendo materialmente dall'alto, non potrebbe certo essere oscurata da eventuali costruzioni poste più in basso. Tale considerazione ci sembra possa aver un proprio peso specifico in ordine alla paternità di quanto conservato in D. 8.2.16. In effetti, il fatto che la differenza di contenuto derivasse da uno dato oggettivo rende superabile l'obiezione di coloro che, nell'attribuire il passo a Paolo invece che ad Alfeno, hanno invocato la maturità della costruzione giuridica come *discrimen* decisivo¹⁵⁴. In verità, sembra cogliere maggiormente nel segno la lettura di Rainer, il quale, valorizzando il dato prettamente

¹⁵² Secondo O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 46 la *sedes* del passo, in riferimento ad Alfeno, sarebbe stata all'interno del titolo dedicato al legato di servitù: seppur si tratta di una ricostruzione congetturale, la collocazione appare credibile in quanto i libri successivi – riguardanti peculio, legato e usufrutto – avrebbero potuto ospitare con maggiore difficoltà sistematica il nostro frammento. Più nel dettaglio, in apertura avremmo letto D. 8.2.16 e poi, subito dopo, il frammento trasposto dai compilatori in D. 8.3.29.

¹⁵³ La complessiva attendibilità della testimonianza indiretta rispetto all'opera originale di Alfeno Varo è, chiaramente, un'affermazione che andrebbe messa alla prova in relazione ai singoli componenti: qui, invero, non possiamo che occuparci di quanto tradito in D. 8.2.16, senza pretesa di conferire alle nostre (eventuali) conclusioni alcun valore universale. Per ragguagli ulteriori e approfonditi, dunque, si rinvia a G. COSSA, "*Regula sabiniana*". *Elaborazioni giurisprudenziali in materia di condizioni impossibili*, Milano, 2013, p. 177 ss.

¹⁵⁴ Considerazioni che sono state dapprima vagliate e poi abbandonate da A. RODGER, *Owners*, cit., p. 170 ss. L'Autore, infatti, giungeva alla medesima conclusione (ossia, l'attribuibilità del frammento a Paolo) preferendo un diverso percorso argomentativo: sarebbe stato l'acuirsi dell'individualismo proprietario dei romani a far sorgere un *prospectus* tanto esteso. Più di recente, reputa decisiva la maturità della costruzione giuridica C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., p. 168, secondo la quale il nostro passo non potrebbe risalire all'autore commentato.

empirico del distinguo, non ravvede particolari difficoltà ad attribuire la distinzione al giurista commentato¹⁵⁵. Da qui, essa sarebbe poi giunta pressochè invariata nell'opera di Paolo.

Da questa prima, rapida ricognizione emerge come il frammento possa aver avuto un valore sistematico ulteriore rispetto al singolo caso controverso. Ciò è avvalorato dalla collocazione, pur congetturale, del passo all'interno dell'epitome paolina. Il brano in esame, infatti, lo avremmo probabilmente letto nel titolo dedicato al legato di servitù, con valore definitorio generale e funzionale alla trattazione della tematica principale¹⁵⁶. Da tale soluzione, dunque, emerge la stessa linea metodica incontrata in D. 8.2.15, con l'introduzione di definizioni di portata generale, sganciate dal singolo caso controverso. Troviamo rafforzata la medesima finalità qualche secolo più tardi, quando, per mano dei compilatori giustinianeï, i due frammenti in esame vengono inseriti l'uno di seguito all'altro, dando luogo a un *continuum* ideale tra passi che si rivela decisivo ai fini del nostro studio.

Pertanto, pur mantenendo fermo il triplice livello di tradizione (a partire da Alfeno, passando per i giuristi severiani, fino alla compilazione giustiniana), sarà opportuno procedere a un'analisi ulteriore e congiunta dei due brani seguendo l'ordine in cui compaiono nei *Digesta*.

In D. 8.2.15, attraverso le parole ulpianee, si dava una prima definizione della servitù di prospetto, quale diritto reale più ampio rispetto alla *servitus luminibus*; l'affermazione veniva poi ulteriormente motivata in D. 8.2.16 con il responso paolino.

Difatti, nel primo passo, la distinzione tra *servitus ne luminibus officiatur* e *ne prospectui offendatur* è tratteggiata in base al contenuto, all'oggetto: vedere e avere la luce. Nel secondo, invece, luci e vedute – già diverse contenutisticamente – sono ulteriormente contrapposte per la loro diversa e intrinseca estensione: la servitù di luce, il cui oggetto era già stato specificato in D. 8.2.15, proviene solo dall'alto, mentre quella di prospetto si estende verso ogni direzione, inclusa quella verso il e dal basso.

¹⁵⁵ Cfr. J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., p.163 ss, 274 ss.

¹⁵⁶ Per la collocazione entro l'opera originaria, si veda *supra* nt. 152.

I due passi, posti l'uno di seguito all'altro, dovevano apparire ai compilatori come una *regula* in tema di luci e vedute, della cui complessiva attendibilità rispetto all'intento originale di Ulpiano da un lato, e di Paolo (o Alfeno) dall'altro, non ci sembra di poter dubitare. Difatti – come abbiamo già accennato – entrambi i giuristi severiani stavano scrivendo con scopo non puramente casistico: sia nell'*ad Sabinum* che nell'epitome, lo sforzo era funzionale a trattare un altro argomento, cioè il legato di servitù in un caso, l'*emptio venditio* di fondi gravati da diritti reali nell'altro.

In sintesi, da tali considerazioni emerge come per il *ius Romanorum* doveva trattarsi di una concezione generale, così come altrettanto generale è il valore che la Cassazione intendeva attribuire ai nostri frammenti. Adesso, anche alla luce delle considerazioni fin qui svolte, occorrerà tornare al *decisum* della Corte per esaminarlo più approfonditamente.

2.2.b. Un'*interpretatio contra legem*: il mancato rinvio all'art. 590 c.c.

Gli aspetti da valutare riguardano la *ratio* del richiamo e, solo successivamente, la sua complessiva linearità. Non è certo un mistero che, a tal proposito, entrino in gioco molteplici valutazioni: *in primis*, l'eventualità di un vuoto normativo da colmare e, in secondo luogo, il rapporto tra il significato originario dei frammenti e il dispositivo del giudice ottocentesco.

Occorre, dunque, procedere a un preliminare inquadramento della disciplina codicistica in tema di luci e vedute. La materia era disciplinata agli artt. 583 e ss. del Codice Pisanelli, riuniti al § IV del Libro II sotto la rubrica “Della luce e del prospetto”¹⁵⁷. Quanto all'ipotesi *sub iudice* (ossia, la costituzione di una servitù di prospetto mediante contratto), essa avrebbe potuto trovare soluzione nell'art. 590 c.c., che vietava al proprietario del fondo servente “di fabbricare a distanza inferiore di tre metri” quando “per convenzione o altrimenti” il proprietario del fondo dominante

¹⁵⁷ Siamo nell'ambito del Libro II, Titolo III, § IV del c.c. del 1865.

avesse “acquistato il diritto di avere vedute dirette o finestre a prospetto verso il fondo vicino”¹⁵⁸. Ciò nonostante, la Corte taceva completamente sul punto e ricercava il riferimento normativo esclusivamente nei *Digesta* giustinianeî. Tale *modus operandi* – che già a una prima lettura rivela le proprie peculiarità – diviene ancor più sorprendente se si compara il disposto dell’art. 590 c.c. con il contenuto della *regula* romana: i due precetti, infatti, portavano a conclusioni non perfettamente coincidenti.

Leggendo D. 8.2.15 e D. 8.2.16, abbiamo già visto come il *prospectum*, nel suo contenuto più ampio rispetto alla *servitus luminibus*, impediva qualsiasi costruzione sul fondo servente: esso, infatti, assicurava al suo titolare il diritto a una visuale libera e gradita sia verso l’alto che verso il basso. È evidente come la maggiore o minore distanza tra l’opera e l’apertura non avrebbe avuto alcun peso nel ragionamento dei giuristi rispondenti. Viceversa, nella disciplina del codice unitario il *discrimen* era fissato nella misura di tre metri: entro tale limite, il titolare della servitù avrebbe avuto diritto alla rimessione in pristino; oltre, la costruzione poteva dirsi legalmente fabbricata. Attraverso l’applicazione dei *responsa*, dunque, la Corte dava vita a un divieto *tout court*, inibendo qualsiasi costruzione anche oltre la distanza legale.

Da queste prime considerazioni emerge come la sentenza non evidenzi propriamente un problema di lacune del diritto, e possa così dar luogo a una serie di interrogativi per l’interprete, circa le ragioni pratiche che possono aver indotto le parti e i giudici a disapplicare l’art. 590 c.c., come circa le implicazioni giuridiche della decisione.

Partendo dal primo aspetto, ci possiamo domandare se i ricorrenti in Cassazione avessero o meno interesse a invocare la norma *de qua* nelle due diverse ipotesi di costruzione effettuata al di sopra e al di sotto dei tre metri (posto che la sentenza nulla dice sulla posizione del fabbricato).

¹⁵⁸ Art. 590 c.c.: “Quando per convenzione od altrimenti siasi acquistato il diritto di avere vedute dirette o finestre a prospetto verso il fondo vicino, il proprietario di questo non può fabbricare a distanza minore di tre metri, misurata come nell’articolo precedente”.

In caso di opera situata entro il limite legale, il divieto sarebbe disceso sia dall'art. 590 c.c. che dal diritto romano. Dunque, il ricorrente principale, titolare del fondo servente, non avrebbe avuto alcun interesse a richiamare la norma codicistica; e anzi, il diritto romano, non individuando *ex ante* un limite rigido come quello dei tre metri, si sarebbe meglio prestato a eventuali tentativi di letture di parte o creative. Stesso discorso non può essere svolto per il ricorrente incidentale: il divieto codicistico, infatti, avrebbe immediatamente soddisfatto il suo *petitum* formale, senza la necessità di richiamarsi ai *responsa* severiani. Nella seconda ipotesi, di costruzione al di sopra dei tre metri, la situazione si sarebbe presentata invertita: questa volta sarebbe stato il ricorrente in via principale ad avere tutto l'interesse a richiamare l'art. 590 c.c., in quanto norma più favorevole rispetto al divieto (non ulteriormente declinato) dei *Digesta*.

In entrambi i casi, inoltre, il principio *iura novit curia* avrebbe consentito al giudice, sin dal grado di merito, di riformulare i profili giuridici della domanda, senza rimanere vincolato al *nomen iuris* prospettato dalle parti. Eppure ciò non avveniva e la causa si decideva tutta attorno a D. 8.2.15 e D. 8.2.16: frammenti che, rispetto al codice, introducevano un divieto *contra legem* almeno nell'ipotesi di costruzione posta oltre i tre metri. Da quanto finora osservato, possono trarsi alcune considerazioni ulteriori che attengono al secondo aspetto delle implicazioni giuridiche.

Invero, la mancata applicazione dell'art. 590 c.c. poteva giungere all'esito di due percorsi alternativi: il sorprendente accoglimento di una strategia difensiva che rinveniva nel diritto romano le soluzioni (cioè, un caso isolato); oppure la "semplice" affermazione del diritto vivente. Quale che fosse la ragione, dalla soluzione della Corte derivava l'ulteriore conclusione per cui i passi menzionati assurgevano a prescrizione imperativa inderogabile dall'autonomia negoziale, posto che la servitù *de qua* era stata costituita mediante contratto.

L'ipotesi più plausibile, verosimilmente, è che la norma del codice non fosse stata considerata da ciascuno dei soggetti in causa poiché pacificamente non applicabile al caso *sub iudice*. In questa direzione, del resto, muoveva anche la romano-civilistica del tempo, le cui coordinate interpretative erano piuttosto univoche: la servitù di

prospetto, nella sua ampiezza non misurabile *ex ante*, trovava la propria disciplina nella lettura congiunta dei *responsa* di Ulpiano e Paolo (o Alfeno), fonti di soluzioni senza tempo¹⁵⁹.

Il risultato – certamente peculiare, specie in punto di fonti del diritto – di un tale argomentare non può che essere quello di un’*interpretatio abrogans* dell’art. 590 c.c. in favore del *ius Romanorum*. Difatti, guardando al carattere moncorde dell’orientamento in tema di servitù di prospetto, sembrerebbe riduttivo parlare di semplice disapplicazione. Ciò puntualizzato, non resta che confrontare l’incedere dei giuristi antichi con il *decisum* della Cassazione.

Tenuto conto delle precisazioni svolte durante l’analisi dei passi, possiamo dirci convinti della linearità dell’interpretazione ottocentesca dei frammenti rispetto al significato originario di essi. In effetti, l’utilizzo dei *responsa* come definizione topica in materia di luci e vedute, pur con le dovute distinzioni derivanti dalla diversità dei laboratori giuridici interessati, può ritenersi coerente con l’insegnamento dei maestri severiani. Ora, è chiaro che né Ulpiano né Paolo stessero facendo alcun riferimento ai “luoghi sottostanti la veduta”¹⁶⁰, ma il senso che possiamo trarre dai loro *responsa* consiste in ciò, che il *prospectum*, in quanto *ius in re aliena*, inibiva qualsiasi genere di opera sul fondo servente, avendo esso un’estensione illimitata sia verso l’alto che verso il basso. In definitiva, la soluzione che ci troviamo di fronte non era un mero esercizio di stile, né un coacervo di brocardi o frasi stereotipate, ma rappresentava

¹⁵⁹ Basti dare uno sguardo ai commentari pressoché coevi alla sentenza per apprezzare la monoliticità di tale interpretazione. Alludiamo *in primis* alle pagine di V. CATTANEO, C. BORDA, *Codice civile annotato*, Torino, 1865, p. 499; ma soprattutto a quanto scriveva L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, II, Napoli-Roma, 1972, p. 686, del quale ci sembra opportuno riprodurre alcune considerazioni: “La servitù di prospetto ... per quello che nelle leggi romane è stabilito” (e qui, alla nt. 1, veniva riportato proprio D. 8.2.16) “ha un’estensione quasi indefinita. Per vero a tale concetto non risponde l’art. 590. Che dovremmo noi dire? O che la nostra legge abolisce implicitamente la servitù di prospetto; o che rimane fuori dalla sua disposizione e in dominio dei principii generali. Ma il primo niuno sarà che voglia affermarlo ... Resta dunque il secondo, che cioè l’art. 590 non abbia contemplata questa maniera di servitù, che sarà regolata dal diritto a norma delle convenzioni”. Eguali constatazioni provenivano anche da F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, I, Firenze, 1870, p. 206 ss.

¹⁶⁰ *C. Cass. Torino*, cit., p. 970.

piuttosto il tassello di un mosaico che rimontava le proprie radici nel diritto romano e che, almeno in tema di *prospectus*, disconosceva la (pur presente) parola del legislatore.

2.3 Cassazione di Napoli, 1 marzo 1882

In questo caso la controversia era di natura eminentemente processuale¹⁶¹: i litiganti, litisconsorti necessari, dopo aver reciprocamente appellato la sentenza di primo grado, vedevano il giudizio concludersi con il rigetto della domanda per ragioni di rito; l'impugnante incidentale, a seguito di ciò, ricorreva in Cassazione chiedendo l'esame nel merito delle proprie doglianze¹⁶². La Corte, non accogliendo il ricorso, statuiva il seguente principio di diritto: "l'appellante in adesione non può sperare in un emendamento della sentenza di primo grado", se l'appello principale viene rigettato "per carenza di interesse o perché risulta infondato"¹⁶³. Del resto – osservava la Corte – l'appello incidentale non rappresentava certo un mezzo di impugnazione autonomo, bensì uno strumento processuale che, ai sensi dell'art. 470 c.p.c. (del 1865), seguiva le "sorti del gravame principale"¹⁶⁴. Il principio che i giudici traevano dalla norma in esame, dunque, era quello per cui il "gravame, che per regola generale sarebbe utile solo a colui che lo produce", riusciva, per eccezione, "pur proficuo agli altri" che avessero "medesimezza di interessi" e purchè impugnanti incidentali¹⁶⁵.

Lasciando in disparte per il momento il quadro normativo di riferimento, sulla cui analisi torneremo, è opportuno adesso soffermarsi sul prosieguo del dispositivo¹⁶⁶. Le origini della regola processuale di cui si è detto sarebbero state da ricercarsi proprio

¹⁶¹ Il fatto che aveva dato luogo al processo di primo grado – che non è neppure menzionato nella sentenza della Cassazione, in quanto estraneo sia al *petitum* che alla *causa petendi* del ricorso – non ha rilievo ai fini della nostra indagine. Il richiamo al *ius* antico compariva solo nella sentenza di ultima istanza: pertanto, guarderemo esclusivamente al contenuto di quest'ultima.

¹⁶² Cfr. *C. Cass. Napoli 1 marzo 1882*, in *Foro it.*, 7, 1882, p. 593 ss.

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 593.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, p. 594.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Sull'art. 470 cpc (e anche 471 cpc) si veda *infra*, § 2.3.b.

nel diritto romano. Più nel dettaglio, un primo richiamo era a (Ulp. 1 *de appell.*) D. 49.1.3.2¹⁶⁷: secondo l'interpretazione della Corte, dal frammento ulpiano sarebbe derivato il principio per cui la sentenza avrebbe potuto produrre solamente effetti *inter partes* in quanto "l'utilità del gravame" valeva solo "per coloro che lo sperimentavano"¹⁶⁸. Tale regola, secondo la Corte, avrebbe tuttavia subito un'eccezione nell'ipotesi contemplata in (Ulp. 8 *disp.*) D. 49.1.10.4¹⁶⁹. Infatti, nel caso in cui vi fosse "una *eademque defensionis causa*, giusto quanto diceva Ulpiano", il *decisum* avrebbe dispiegato i propri effetti anche verso i soggetti non appellanti¹⁷⁰.

Ancora una volta, prima di verificare le affermazioni dei giudici di legittimità, si reputa prioritario analizzare separatamente i frammenti.

2.3.a. D. 49.1.3.2 e D. 49.1.10.4

Cominciamo da D. 49.1.3.2:

Certe si plures hi sunt, adversus quos pronuntiatur, et quorundam nomina in libellis sint comprehensa, quorundam non, hi soli appellasse videbuntur, quorum nomina libellis sunt comprehensa.

¹⁶⁷ *Certe si plures hi sunt, adversus quos pronuntiatur, et quorundam nomina in libellis sint comprehensa, quorundam non, hi soli appellasse videbuntur, quorum nomina libellis sunt comprehensa.*

¹⁶⁸ C. Cass. Napoli, cit., p. 594 s.

¹⁶⁹ *Quod est rescriptum in communi causa, quotiens alter appellat, alter non, alterius victoriam ei proficere qui non provocavit, hoc ita demum probandum est, si una eademque causa fuit defensionis: ceterum si diversae, alia causa est. Ut in duobus tutoribus procedit, si alter tutelam gesserat, alter non attigerat et is qui non gesserat provocavit: iniquum est enim, qui idcirco adgnoverat sententiam, quoniam gessisse se scit, propter appellationem eius qui non gesserat optinere.*

¹⁷⁰ Le citazioni sono tutte tratte da C. Cass. Napoli, cit., p. 594 s.

Il passo, tratto dal primo libro del *de appellationibus* di Ulpiano¹⁷¹, riguardava una tematica eminentemente processuale¹⁷²: se fosse pronunciata una sentenza (di primo grado) contro più soggetti, e solamente i nomi di alcuni fossero comparsi nei libelli, questi soli sarebbero sembrati appellanti¹⁷³.

La regola era evidentemente molto generale e imponeva, ai fini dell'impugnazione, di redigere materialmente un apposito libello e di depositarlo¹⁷⁴. Con la compilazione formale dell'atto si volevano, dunque, indicare proprio i nomi di coloro che intendevano proporre gravame. Semmai ci si potrebbe domandare quale rilievo effettivo avesse questo meccanismo rispetto agli effetti sostanziali derivanti dall'impugnazione: in altre parole, se il contenuto del libello individuasse (e quindi limitasse) anche la cerchia di soggetti cui sarebbe stata opponibile la sentenza di appello. L'eventuale risposta affermativa, tuttavia, rischierebbe di rilevare una pervasività eccessiva del ruolo del *libellus* rispetto a tutta la vicenda giudiziale (ossia dalla presentazione dell'atto introduttivo fino alla sentenza). In combinazione a questo dato, se ne aggiungano due ulteriori: da un lato, la notizia riprodotta in D. 49.1.3.2

¹⁷¹ Opera monografica sull'appello a proposito della quale si vedano almeno R. ORESTANO, *Appello (diritto romano)*, in *ED*, II, Milano, 1958, p. 711 ss., con rassegna degli argomenti trattati nel libro primo, tutti riguardanti problematiche di naturale formale; poi V. M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul De appellationibus di Emilio Macro*, Napoli, 2017, spec. p. 24 ss., sebbene il lavoro di Ulpiano venga valutato solo in funzione comparativa rispetto al lavoro di Macro.

¹⁷² Consultando O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II., p. 382 ss., notiamo che già dalla titolazione del libro ("*De libelli appellatoris*") si può intuire a cosa fosse destinata la *sedes materiae*: e cioè, la trattazione di problemi preliminari e prevalentemente formali. Su questi profili torneremo fra breve nel testo.

¹⁷³ Tra quanti hanno studiato il passo si ricordano R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., pag. 233 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, cit., III, pag. 305 ss.; S. LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, Torino, 2017, p. 13 nt. 13.

¹⁷⁴ Si intercetta, con l'uso di quel termine (*libellus*), il controverso statuto del processo d'appello nel principato, in merito al quale ci limitiamo a rinviare a R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, spec. p. 232 ss., W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation in Zivilsachen*, I, in *RIDA*, 12, 1965, p. 347 ss., II, in *RIDA*, 13, 1966, p. 231 ss., III, in *RIDA*, 14, 1967, p. 301 ss.; IV, in *RIDA*, 15, 1968, p. 143 ss., e più di recente F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 8 ss. Tutti condividono la medesima direttrice ricostruttiva, in quanto comune è la problematica di fondo: quello dell'*appellatio* è infatti un tema tutt'altro che monolitico, che merita anzi di essere valutato in funzione della sua evoluzione storica, strettamente connessa all'incessante mutare della giurisprudenza e della cancelleria imperiale.

individuava una regola formale attinente alla fase prodromica del gravame e come tale, ci sembra, incapace di adattarsi al profilo degli effetti sostanziali del provvedimento giudiziale; inoltre, per assimilazione con i frammenti che avremmo letto accanto al nostro, è da escludere che Ulpiano, nel primo libro del suo *de appellationibus*, volesse trattare problematiche ulteriori (come, appunto, gli effetti *inter* o *ultra partes* della sentenza di appello)¹⁷⁵. Certamente, si sarebbe potuta verificare una coincidenza soggettiva tra coloro che comparivano nel libello e i destinatari degli effetti della sentenza: ma ciò, evidentemente, per la multiforme varietà di casi che si potevano presentare nella prassi, non per l'operatività di una precisa regola giuridica.

Passiamo ora a D. 49.1.10.4:

Quod est rescriptum in communi causa, quotiens alter appellat, alter non, alterius victoriam ei proficere qui non provocavit, hoc ita demum probandum est, si una eademque causa fuit defensionis: ceterum si diversae, alia causa est. Ut in duobus tutoribus procedit, si alter tutelam gesserat, alter non attigerat et is qui non gesserat provocavit: iniquum est enim, qui idcirco adgnoverat sententiam, quoniam gessisse se scit, propter appellationem eius qui non gesserat optinere.

¹⁷⁵ In altre parole, nel libro I Ulpiano discuteva minuziosamente ed esclusivamente delle regole che presiedevano l'appello scritto, ossia la legittimazione processuale e il contenuto dei *libelli*. In D. 49.1.1.4 (*Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia*) venivano elencati i requisiti contenutistici del libello appellatorio: il nome del soggetto appellante, del convenuto, nonché il riferimento alla sentenza oggetto di appello. Poi D. 49.1.3.1 (*Sed illud cecidit in quaestionem, si plures habuerit adversarios et quorundam nomina libellis sint complexa, quorundam non, an aequae praescribi ei possit ab his, quorum nomina comprehensa non sunt, quasi adversus ipsos adqueverit sententiae. et cum una causa sit, arbitror non esse praescribendum*) conteneva una regola speculare alla nostra, tradita in D. 49.1.3.2: in altre parole, anche dal lato passivo sarebbe stato necessario indicare tutti i nomi di coloro contro cui si voleva proporre gravame. In sostanza, si trattava di una disciplina base dell'appello che, almeno nel libro considerato, si limitava agli aspetti tecnico-formali.

Il caso verteva ancora, come in D. 49.1.3.2, su una questione esclusivamente processuale¹⁷⁶: al centro dell'attenzione di Ulpiano, nei *libri disputationum*¹⁷⁷, era la possibilità di estendere gli effetti favorevoli dell'appello anche nei confronti di coloro che non avessero effettuato la *provocatio*¹⁷⁸. Il giurista stimava possibile tale esito solo nell'ipotesi in cui, tra i soggetti coinvolti in una *communis causa* e non tutti appellanti, fosse intercorsa una *eadem causa defensionis*¹⁷⁹. E ciò in conformità a quanto statuito da alcuni rescritti imperiali (*quod est rescriptum*)¹⁸⁰. Altrimenti, se si fosse trattato di

¹⁷⁶ Secondo O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 420, il nostro passo lo avremmo letto, insieme con D. 49.1.10 pr., D. 49.1.10.1, D. 49.1.10.2 e D.49.1.10.3, all'interno dello stesso frammento palinogenetico, sotto al titolo congetturale *De appellationibus*.

¹⁷⁷ A proposito dell'opera ci limitiamo a rinviare a A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari, 2003, p. 16 ss. e alle ulteriori considerazioni di E. STOLFI, *I "libri disputationum" di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani*, in *RDR*, 3, 2003, p. 427 ss. ove bibl.

¹⁷⁸ È bene precisare che dallo studio delle fonti sul processo d'appello emerge un impiego pressoché fungibile dei termini "*provocatio*" e "*appellatio*": come osservava già R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., pag. 298 ss., entrambe le espressioni, così come le corrispondenti forme verbali "*appellare*" e "*provocare*", indicavano genericamente la *facultas appellandi*. Considerazioni poi riprese e ampliate da F. PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 238 ss. Un'accezione, dunque, che non ha niente a che vedere con la *provocatio ad populum* di età repubblicana, come giustamente evidenzia C. PELLOSO, *Ai primordi del giudizio popolare: poena capitis e garanzie del civis nella prima età repubblicana*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino, 2016, p. 107 s., nt. 58 ove bibl. Sempre sull'impiego dei lemmi in commento nell'ambito del giudizio di secondo grado, cfr. V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi*, cit., p. 32 ss.

¹⁷⁹ Non convince pienamente la lettura di R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., p. 305 s., che riteneva di riferire l'espressione *de qua* all'identità dei motivi di appello: a nostro parere, non si vede come potrebbero ricorrere le stesse ragioni di gravame tra più soggetti, non tutti impugnanti. Ed è proprio questo il problema del *responsum*: estendere gli effetti dell'*appellatio* anche al soggetto che quel gravame non ha mai proposto (e dei cui "motivi di appello", dunque, sarebbe impossibile parlare). Più corretta, da un punto di vista logico-giuridico, ci sembra la restituzione di M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 410, che parlava di "identità formale delle questioni": in altri termini, "occorreva che in primo grado appellanti e non appellanti fossero stati uniti in un litisconsorzio". Torneremo ancora sul significato di questo sintagma *infra*, nel testo.

¹⁸⁰ Tra gli interventi imperiali di cui abbiamo notizia, e che Ulpiano mostra di conoscere, ricordiamo due costituzioni di Alessandro Severo, ossia C. 7.68.1 del 223 (*Si iudici probatum fuerit unam eandemque condemnationem eorum quoque, quorum appellatio iusta pronuntiata est, fuisse nec diversitate factorum separationem accipere, emolumentum victoriae secundum ea quae constituta sunt ad te quoque pertinere non ignorabit*); e C. 7.68.2 del 224 (*In una eademque causa unus appellaverit eiusque iusta appellatio pronuntiata est, ei quoque prodest qui non appellaverit. Quod si aetatis auxilio unus contra sententiam restitutionem impetavit, maiori, qui suo iure non appellaverit, hoc rescriptum non prodest*).

una *alia causa*, la sentenza non avrebbe potuto giovare al non appellante. Questa seconda evenienza era poi ulteriormente chiarita attraverso un esempio concreto. Il caso era quello di un tutore non gerente che, dopo esser stato condannato per *mala gestio* insieme con il tutore gerente, decideva di proporre individualmente appello avverso la sentenza. In questa ipotesi l'opinione di Ulpiano era netta: sarebbe stato iniquo estendere gli effetti favorevoli dell'appello a colui che era rimasto inerte (e che – aggiungerei – risultava titolare di una *alia causa*)¹⁸¹.

Il passo, nell'ottica che qui interessa approfondire, richiede qualche ulteriore precisazione in ordine al concetto di *causa*. Il termine, che compariva per ben tre volte nel corso del responso, era ogni volta impiegato in accezione diversa. Infatti, la *communis causa* e la *eadem causa defensionis* erano i due presupposti, formali e sostanziali, affinché l'esito dell'appello potesse estendersi anche nei confronti del non appellante: le parti dovevano essere convenute nel solito processo – oggi diremmo litisconsortile – e, in aggiunta, portatrici dello stesso argomento difensivo. Dunque, alla prima *causa*, che rievocava l'identità della lite in senso formale, era affiancata la seconda, che atteneva all'identità delle ragioni sostanziali invocate a difesa dalle parti nel primo giudizio. In presenza di tali circostanze, l'appello dell'uno giovava anche all'altro rimasto inerte. Invece, “*si diversae*” (sottinteso le *causae defensionis*), altrettanto differente doveva risultare il fatto giuridico che portava alla condanna. In questo secondo caso, pertanto, l'impugnazione dell'uno non estendeva i propri effetti a favore dell'altro non appellante: è questo il senso in cui pare di poter tradurre “*alia causa*”. Difatti, il sintagma *de quo*, nella sua terza accezione, non avrebbe potuto assumere né il significato di processo, poiché il primo presupposto per approvare *quod est rescriptum* era l'esistenza di una *communis causa*; né quello di argomento

¹⁸¹ Hanno letto il passo R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., p. 233 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 409 ss.; B. SANTALUCIA, *Le note pauline ed ulpianee alle “quaestiones” ed ai “responso” di Papiniano*, in *BIDR*, 68, 1965, p. 103 ss.; M. KASER, *Studi sulla “in integrum restitutio”*, in *Labeo*, 12, 1966, p. 246 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, cit., III, pag. 315 e ss.; P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *Iura*, 21, 1970, p. 87.

difensivo, in quanto, opinando diversamente, la frase sarebbe apparsa del tutto tautologica¹⁸².

Quindi, affinché la sentenza di appello avesse un'efficacia *ultra partes* (ossia, anche verso colui che non ha impugnato), era anzitutto necessario che le parti fossero chiamate in una *communis causa* in primo grado; a questo punto, la diversa ampiezza degli effetti dell'impugnazione dipendeva dai motivi difensivi: se tra loro diversi, vi sarebbe stato un distinto titolo di condanna a monte, e una relatività del giudizio di appello a valle (cioè, limitato al solo appellante); se uguali, invece, *victoria proficit ei qui non provocavit*.

Ciò trovava ulteriore conferma nell'esempio esposto da Ulpiano. Quella del cotutore non gerente, infatti, era una responsabilità sussidiaria che non consentiva al creditore la *electio debitoris*; egli, pertanto, avrebbe dovuto escutere per primo il tutore gerente e, solo in caso di insolvenza, aggredire il patrimonio del tutore non gerente (il quale, dunque, godeva di un *beneficium excussionis*)¹⁸³. È evidente che tali soggetti, entrambi condannati a seguito di *actio utilis* (in una *communis causa*), erano portatori

¹⁸² Traducendo come “argomento difensivo”, infatti, si otterrebbe il seguente “corto circuito logico”: le ragioni sostanziali sono diverse quando, benché si versi in una *communis causa*, le stesse sono diverse. È evidente come non sia possibile rendere il frammento in questi termini. Quella di “*causa*” come “fatto giuridico”, del resto, è un'accezione che riteniamo di leggere anche in D. 49.1.10 pr.: *Si qui separatim fuerint condemnati, quamvis ex eadem causa, pluribus eis appellationibus opus est*. In questo caso, nonostante il fatto per il quale è intervenuta la condanna sia il medesimo, ciascuno deve proporre appello, poiché difetta il requisito formale della *communis causa* in primo grado. In D. 49.1.10.4, invece, a difettare è il requisito sostanziale dell'identità di ragioni, a sua volta derivante dalla eterogeneità del fatto per cui si è proceduto: anche in questo caso, il gravame dell'uno non gioverà all'altro non appellante.

¹⁸³ Come già evidenziavano E. SACHERS, *Tutela*, in *RE*, VII, Stuttgart, 1948, p. 1523 ss. e F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari, 1960, p. 109 ss. Una rassegna ancora più esaustiva, con fonti, in B. ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 432 ss.: dall'analisi di svariate costituzioni imperiali, l'Autore deduce che il tutore non gerente poteva essere ritenuto responsabile soltanto in via sussidiaria. Insomma, il pupillo avrebbe dovuto agire con l'*actio tutelae utilis* anzitutto contro il tutore effettivamente responsabile di cattiva gestione. Sul tema più generale della tutela dei minori si vedano anche P. ZANNINI, *Tutela (Diritto romano)*, in *ED*, Milano, 45, 1992, p. 306 ss., che si focalizza in particolare sull'evoluzione subita dall'*a.t.u.* nel corso del tempo; C. FAYER, *La familia romana. I. Aspetti giuridici e antiquari*, Roma, 1994, p. 106 ss.; A.P. SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum*, Bari, 2013, p. 65, nt. 71 ove bibl.; P. CAPONE, *La gestione dei beni pupillari nella disciplina di un'oratio Severi*, in *TSDP*, 12, 2019, p. 25 ss., nt. 40 ove bibl.

di due diverse *causae defensionis*: il non gerente, infatti, avrebbe potuto resistere al primo giudizio invocando la natura sussidiaria della propria responsabilità. Da qui la “*alia causa*”: la condanna, seppur intercorsa nel medesimo giudizio, aveva alla base due diverse ragioni giuridiche. Ciò, evidentemente, impediva al successivo grado di appello di dispiegare i propri effetti anche nei confronti del tutore gerente rimasto inerte.

Questa breve analisi, se da un lato ci ha consentito di isolare i frammenti richiamati e di valutarli criticamente, deve ora esser ricondotta e collegata all’ambito giudiziario ottocentesco dal quale abbiamo preso le mosse.

2.3.b. Un’integrazione imperfetta: dai *Digesta* agli artt. 470-71 cpc

Anzitutto, ci sembra che il rinvio ai *Digesta* andasse a designare i presupposti in forza dei quali l’effetto positivo di una sentenza potesse estendersi al non appellante. Dalla formulazione di D. 49.1.3.2 si traeva il principio per cui è appellante solo colui che redige e presenta materialmente l’atto di appello (*rectius*, il libello); attraverso D. 49.1.10.4 si precisava che, qualora tra le parti vi fosse stata una *eadem causa defensionis*, gli effetti del *decisum* si sarebbero comunque estesi oltre il proponente, a prescindere dalla concreta proposizione del gravame da parte dei soggetti in lite. Entrambi i richiami prestano il fianco ad alcune obiezioni. Dal secondo, in effetti, discenderebbe una netta corrispondenza tra la disciplina del ricorrente in adesione e colui che, sebbene non impugnante, si fosse trovato in una *communis causa* con l’appellante. Tuttavia, quest’identificazione pone qualche perplessità. *In primis*, la diversità del contesto fattuale di partenza consiglia di non affidarsi unicamente al nesso (o addirittura all’identificazione) che si vorrebbe leggere tra *eadem causa defensionis* e appellante adesivo. Per certo, semmai, possiamo affermare che, nel diritto romano, la vittoria avrebbe potuto avvantaggiare anche il litigante rimasto inerte solo in via d’eccezione, e purchè le parti fossero state condannate nell’ambito di un medesimo giudizio nonché in forza delle stesse ragioni sostanziali. Ma una simile impostazione si fondava su un precipuo presupposto applicativo: non tutti i soggetti coinvolti

dovevano aver appellato. Uno sguardo alla situazione ottocentesca, invece, può aiutarci a delineare la diversa fisionomia del fatto di partenza.

La questione iniziava, appunto, dal rigetto dell'appello principale che di conseguenza impediva l'analisi nel merito dell'appello incidentale; è evidente che in questo caso la Corte si muoveva sempre sul piano di soggetti tutti impugnanti, benchè l'uno in adesione all'altro. Insomma, rintracciando nel passo ulpiano la soluzione al caso concreto, la Corte compiva in verità un salto verso una diversa branca di problematiche, ossia la possibile efficacia *ultra partes* del gravame¹⁸⁴.

Sarebbe comunque lecito domandarsi che cosa, del responso severiano, abbia attirato l'interesse della Corte al punto da porre D. 49.1.10.4 a fondamento del proprio *decisum*, nonostante la diversità dei rispettivi scenari fattuali. Si potrebbe immaginare, seppur con un certo grado di cautela, che il ragionamento analogico avesse seguito una direttrice del genere: se era vero che, in presenza di certi presupposti, la vittoria dell'appellante si estendeva anche al soggetto rimasto inerte, allora *a fortiori* ciò sarebbe dovuto avvenire a favore del soggetto appellante in adesione qualora fossero stati presenti tutti i requisiti richiesti dalla *regula* ulpiana. E questi ultimi, per la Corte, dovevano proprio esservi: l'appellante adesivo, del resto, era stato senza dubbio coinvolto in una *communis causa* con l'impugnante principale e, dal momento che si inseriva nel gravame altrui, doveva necessariamente essere titolare di una *eadem causa defensionis*.

Se questo era stato il ragionamento, apparirà subito chiaro come l'argomento analogico portato avanti dalla Corte risultasse privo dei necessari presupposti di contiguità: in altri termini, la fattispecie che si voleva attrarre in D. 49.1.10.4 non poteva dirsi davvero simile.

Altrettanto problematico si rivela il richiamo a D. 49.1.3.2. Infatti, nel caso della sentenza abbiamo un soggetto che si inserisce, mediante adesione, nel giudizio di

¹⁸⁴ Nel caso pendente dinanzi alla Cassazione, il rigetto dell'appello principale travolge anche l'appellante in adesione, il quale, per la verità, è una parte processuale sia in senso formale – in quanto ha materialmente presentato il gravame – sia in senso sostanziale (poiché la sentenza diviene, anche per lui, la regola del caso concreto).

secondo grado instaurato dal ricorrente principale e, pertanto, nell'ottica ulpiana, già apparterebbe ai “*nomina quorundam libelli complexa sunt*”. In altri termini, non è possibile individuare alcuna somiglianza tra il gravame adesivo ottocentesco e il soggetto rimasto invece inerte per non aver materialmente presentato il libello romano. Peraltro, alla luce del *responsum de quo*, chiunque avesse presentato il libello, indipendentemente dall'ordine con cui ciascuno vi provvedeva, sarebbe stato egualmente appellante in senso formale. Qui, invece, vi era una diversità sostanziale tra il primo impugnante e i successivi: questi ultimi, infatti, avrebbero ottenuto l'esame nel merito solo a seguito dell'accoglimento del primo ricorso.

Occorre infine precisare che, sebbene la Corte rinvii solamente ai due passi del Digesto, non si può prescindere dal fare una breve incursione sul versante codicistico, onde stimare ancor meglio il fondamento del ragionamento analogico.

Gli artt. 470 e 471 del codice di procedura civile del 1865 sono le uniche due disposizioni latamente inerenti alla questione in commento. La prima norma stabiliva che, “purchè facciano adesione” intervenendo in giudizio “nei modi e nei termini stabiliti in appresso”, la sentenza resa nei confronti dell'appellante principale avrebbe giovato anche all'impugnante adesivo¹⁸⁵. Il concetto era poi ripetuto, quasi pleonasticamente, dalla disposizione successiva: “la riforma di una sentenza giova a quelli che l'hanno domandato”¹⁸⁶. Infine, al capoverso dell'art. 471 c.p.c. erano elencate delle condizioni ulteriori e tassative in presenza delle quali la sentenza di appello avrebbe potuto dispiegare i propri effetti anche verso i soggetti rimasti inerti dopo il primo grado¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Art. 470 c.p.c.: “La domanda di riforma o di annullamento proposta da una delle parti interessate ad impugnare la sentenza giova alle altre per i capi nei quali hanno interesse comune, purchè intervengano nel giudizio, e facciano adesione nei modi e nei termini stabiliti in appresso”.

¹⁸⁶ Art. 471 co. 1 c.p.c.: “La riforma o l'annullamento di una sentenza giova a quelli che l'hanno domandato”.

¹⁸⁷ Art. 471 co. 2 c.p.c.: “Giova anche a coloro: 1) che hanno un interesse dipendente essenzialmente da quello della persona che ottenne la riforma o l'annullamento; 2) che in una controversia su di cosa indivisibile sono stati allora convenuti con la persona che ottenne la riforma o l'annullamento; 3) che con la sentenza riformata o annullata sono stati condannati in solido con la persona che ottenne la riforma o l'annullamento”.

Quindi, se questi erano i riferimenti codicistici, l'unica norma più pertinente poteva essere quella contenuta nell'art. 471 co. 1: ma solo *lato sensu*, posto che nulla diceva a proposito degli effetti, sull'appello dipendente, del rigetto dell'impugnativa principale. Allora, evidentemente il problema era che la materia in esame non riceveva alcuna disciplina, né espressa né implicita, all'interno del codice¹⁸⁸. Da qui il richiamo ai due passi ulpiane, con le criticità che abbiamo tentato di rilevare: criticità che, a dire il vero, sono acuite alla luce delle norme appena richiamate. Infatti, il codice di rito si caratterizzava per ciò, che l'attivarsi formale (ossia, proporre appello) non era sufficiente – a differenza del regime romano – a che il giudice vagliasse nel merito il gravame: a tal fine era ulteriormente necessario che l'impugnazione principale venisse accolta¹⁸⁹. Se anche si volessero trascurare questi dati, prettamente formali e letterali, non appare in ogni caso superabile la distorsione di prospettiva con cui la Corte sussume il caso *sub iudice* entro il Digesto. Infatti, i giudici, nel sostenere che anche nell'antichità la regola fosse quella dell'inefficacia *ultra partes* della sentenza di appello¹⁹⁰, individuavano in D. 49.1.3.2 un principio che Ulpiano, in verità, suggerirà solo altrove. Egli, nel suo primo libro del *de appellationibus*, si stava occupando di questioni puramente preliminari: legittimazione attiva e passiva, modi e tempi di

¹⁸⁸ È sufficiente leggere qualche pagina dei commentari al codice di rito per rendersi pienamente conto del vuoto normativo: “Chi ha un interesse nell'affare, conforme a quello dell'appellante, ha pure l'interesse, o almeno può stimare di averlo, a coadiuvare la difesa ... valutando appunto questo interesse, la legge gli concede di giovare dell'appello interposto da un altro (art. 470). Se non aderisce all'appello, non viene però privato delle utili conseguenze che gli sono garantite dall'articolo 471” (così L. BORSARI, *Codice italiano*, cit., p. 582). Insomma, entrambe le ipotesi vagliate presupponevano una sentenza di secondo grado: e allora il soggetto si sarebbe avvantaggiato del *decisum* perché aveva proposto appello adesivo ovvero poiché si trovava in una delle situazioni di cui all'art. 471 co. 2 c.p.c. Ma se al dispositivo non si giungeva, in quanto la proposizione del gravame terminava con un rigetto mediante formula in rito (che è proprio il nostro caso), dal Codice non era fornita alcuna soluzione. Sempre nei soliti termini si veda anche G. PISANELLI, V. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del Codice di procedura civile*, 1887, I, Napoli, p. 133 ss.

¹⁸⁹ L'art. 470 c.p.c., infatti, ai fini dell'esame delle impugnazioni incidentali prescriveva non solo la proposizione dell'appello in adesione – cui potrebbe, forse, corrispondere il deposito del libello di diritto romano –, ma anche il preventivo accoglimento del ricorso principale. È evidente che in D. 49.1.3.2 non vi è traccia di simili elementi.

¹⁹⁰ “L'utilità del gravame vale solo per coloro che lo sperimentano come dice la legge di Ulpiano (D. 49.1.3.2)”: così, C. Cass. Napoli, cit., p. 558.

proposizione dell'appello¹⁹¹. Pertanto, la “parte” cui il *responsum* alludeva non può che essere intesa in senso puramente processuale: colei che redige e deposita il *libellus*. Le questioni sostanziali – e, dunque, l'eventuale possibilità per il giudicato di secondo grado di produrre effetti anche verso terzi – ricevevano una soluzione in un secondo momento. Pertanto, si sarebbe potuto al più tentare un parallelismo con le norme codicistiche che imponevano una certa forma e un certo termine per proporre gravame (così come, specularmente e per il primo grado, per depositare l'atto di citazione o la comparsa di risposta). Ma queste, del resto, non sarebbero state risolutive rispetto alla controversia pendente.

Quanto a D. 49.1.10.4, esso copriva lo stesso campo dell'art. 471 co. 2 , ossia la possibilità di estendere *ultra partes* gli effetti della sentenza: entrambe le fonti, tuttavia, non avevano nulla a che fare con l'ipotesi *sub iudice*, in cui il soggetto era certamente *pars* del giudizio, in quanto appellante (adesivo).

A ogni modo, se non si vuol ridurre la soluzione giudiziaria ottocentesca a un mero esercizio di stile, vanno vagliate tutte le ipotetiche interpretazioni che potrebbero aver condotto alla soluzione finale. Si tratta, chiaramente, di un'attività congetturale che non trova riscontri univoci nel dispositivo. Sotto tale profilo, potremmo immaginare che sia stato il *libellus* ad attirare l'interesse della Cassazione: per coerenza con la categoria degli atti introduttivi dell'appello codicistico. Da qui, la successiva ricognizione sul significato di parte, questa volta sostanziale, e sulla possibilità di estendere gli effetti del giudicato anche a prescindere dal deposito dei *libella*.

Oppure, e ci sembra ancor più plausibile, l'assonanza con il dato formale di D. 49.1.3.2 doveva essersi congiunta all'ulteriore, e più incisiva, vicinanza tra l'appellante adesivo e la *eadem causa defensionis* di D. 49.1.10.4: in entrambi i casi, infatti, i soggetti avrebbero condiviso il motivo difensivo dell'appellante. E allora torna palusibile il ragionamento svolto in principio: a parità di presupposti, ciò che

¹⁹¹ Lo abbiamo già visto nel § 2.3.a

valeva per il soggetto rimasto inerte doveva valere, a maggior ragione, per colui che si era attivato in via di adesione.

2.4 Corte di Cassazione di Roma, 24 novembre 1882

Passiamo all'ambito della *locatio-conductio*¹⁹². La controversia nasceva tra il gestore di un negozio e il proprietario dell'immobile concesso in locazione, fornitore del locale e delle merci. L'accordo prevedeva che il primo ricevesse in conduzione lo stabile a un certo canone, con l'ulteriore possibilità di vendere i prodotti già immessi e di sostituirli con altri nuovi di eguale specie. Tuttavia, nell'esercizio di tale attività di negoziazione il conduttore dichiarava fallimento: per tale ragione, i terzi creditori azionavano una procedura esecutiva sui beni presenti all'interno del locale, ritenendoli di proprietà del fallito, così da recuperare il *quantum debeatur*. Nell'ambito del procedimento in esame, chiaramente, si inseriva anche il locatore Caio il quale, oltre ad avere l'interesse al recupero dei canoni rimasti inadempiti, si opponeva all'espropriazione delle merci presenti nell'immobile, dichiarandole di sua proprietà.

Per valutare se il contratto tra locatore e conduttore, avente a oggetto il negozio e le *res* originariamente presenti, estendesse i propri effetti anche sulle nuove merci acquistate, la Corte romana riteneva di dover guardare non ai singoli beni in sé considerati, bensì al locale “come *res universa*”, un “*unum et idem corpus*”, originariamente rappresentato dalle merci già presenti e di volta in volta ricostituito con ciò che veniva acquistato¹⁹³.

In questo ambito di discorso, quindi, aveva particolare rilievo l'interpretazione della nozione di “fondaco” indicata nel contratto di locazione: ci si doveva, in sintesi, domandare se essa comprendesse anche tutte quelle merci che, al momento della scadenza (coincidente, in questo caso, con il fallimento), si fossero trovate al suo

¹⁹² C. Cass. Roma 24 novembre 1882 leggibile in *Foro it.*, 7, 1882, p. 1006 ss.

¹⁹³ Le parole sono tratte da C. Cass. Roma, cit., p. 1100.

interno, oppure se fosse limitata esclusivamente ai beni originariamente immessi nel locale e dunque già presenti al momento della conclusione del contratto. Se si fosse accolta questa seconda accezione, secondo la Corte, la locazione non sarebbe stata più concepibile: si sarebbe trattato, piuttosto, di “permuta, vendita, o anche mutuo”, tutti aventi a oggetto determinati beni “come singoli corpi stanti per se”¹⁹⁴. Se questi erano i termini della questione, tutto si doveva decidere attorno all’oggetto del contratto. Difatti, il “trovarsi siffatte cose contrassegnate con un nome solo” (cioè, il fondaco), era il dato sintomatico di una precisa volontà negoziale: far convergere gli effetti dell’atto sull’*universitas*, ossia su un complesso di beni che, “malgrado le mutazioni”, rimaneva “giuridicamente invariato” e, dunque, “di dominio del locatore”¹⁹⁵.

Se questa era la qualificazione giuridica del rapporto, sorgeva la necessità di rintracciare una disciplina legale *ad hoc*: il codice civile del 1865, infatti, taceva sulla possibilità di configurare una locazione-conduzione rispetto alle universalità di mobili.

Ancora una volta, e sin dal grado di merito, l’operazione ermeneutica dei giudici si sostanziava nella automatica trasposizione “delle teorie e dei principi del puro diritto romano” al caso controverso, seppur con approdi interpretativi diversi tra Corte d’Appello e Cassazione¹⁹⁶. La questione si incentrava su un responso di Cervidio Scevola trådito in D. 20.1.31 pr.¹⁹⁷. Più nel dettaglio, il passo veniva espressamente invocato dal locatore per rivendicare la proprietà delle *res* presenti nel fondaco, così da impedirne l’esecuzione forzata a opera dei creditori del conduttore fallito. Di fronte a tale *petitum*, le Corti giungevano a soluzioni diverse, in conseguenza di due distinte alternative esegetiche: la prima, prospettata dai giudici di seconde cure, leggeva nel passo di Scevola un pegno sui singoli beni specificamente individuati; l’altra,

¹⁹⁴ C. Cass. Roma, cit., p. 1098.

¹⁹⁵ C. Cass Roma, cit., p. 1099.

¹⁹⁶ Così C. Cass. Roma, cit., p. 1101.

¹⁹⁷ *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an? Et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.*

prospettata dal ricorrente e accolta dal collegio di legittimità, valorizzava il concetto di “*taberna*” come *universitas* e concludeva per un *pignus conventum* avente a oggetto “un complesso di merci”¹⁹⁸.

Quest’ultima soluzione, a detta della Cassazione, era corroborata, oltre che dal senso letterale del *responsum*, anche da ragioni di ordine pratico. Il pegno su singoli beni, infatti, avrebbe condotto a conseguenze non auspicabili: le *res*, qualora vendute, sarebbero state sempre recuperabili dal creditore con l’azione ipotecaria anche presso il terzo compratore; in alternativa, onde impedire un simile risultato, al diritto reale di garanzia si sarebbe potuto associare il divieto assoluto di alienazione, con evidente lesione degli interessi commerciali del debitore¹⁹⁹. Ebbene, “in vista di questo doppio assurdo”, lo Scevola della Cassazione prospettava subito la *quaestio* iniziale nella seguente alternativa:

“*Utrum eo facto*, inteso cioè il pegno alla maniera come lo intenderebbe la Corte d’appello, *debitor nihil egerit*. O se, invece, il pegno dovesse vincolare le merci nel senso, che, vendute quelle immesse primamente, il nesso ipotecario dovesse cessare su di esse, e determinarsi anche sulle nuove che vi vennero surrogate, onde per tal modo *ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt* (e non le altre distratte) *pignori obligata esse videntur*”²⁰⁰.

Questa seconda soluzione avrebbe, dunque, spiegato “in una maniera ben luminosa, come il pegno della *taberna* si avesse a considerare non già sulle singole merci”, ma sul complesso delle medesime, in quanto costituenti un “*quid universum*”²⁰¹.

Infine, i giudici di legittimità concludevano valorizzando la *eadem ratio* tra la *locatio-conductio* della controversia loro sottoposta e il *pignus conventum* del giurista

¹⁹⁸ Così nella massima inserita in apertura della sentenza, nonché nelle motivazioni del *decisum* (cfr. *C. Cass. Roma*, cit., p.1097 s.).

¹⁹⁹ Queste le argomentazioni centrali della *C. Cass. Roma*, cit., p. 1098 s.

²⁰⁰ *C. Cass. Roma*, cit., p. 1101.

²⁰¹ *Ibidem*.

respondente: “la ragione che milita sul pegno della *taberna*”, invero, “deve valere” anche per la locazione del fondaco, poiché in entrambi i casi “il principio da applicarsi è il medesimo”, cioè quello per cui l’oggetto del contratto “è la *res universa*, che per sé stessa considerata nel concetto astratto giuridico, non va soggetta a mutamento”²⁰².

Da tutto quanto esposto, dunque, “le teorie ed i principii derivanti dal puro diritto romano”, anziché contraddire l’assunto dei ricorrenti – secondo quanto era stato ritenuto dalla Corte d’Appello –, “riescono invece a sorreggerlo pienamente”²⁰³.

Tale catena di affermazioni, chiaramente, deve essere sottoposta a verifica: la prima consiste proprio nel chiedersi quale fosse, dettagliatamente, il caso sottoposto all’attenzione di Scevola e, solo successivamente, si potrà valutare nel complesso l’articolazione del *decisum*.

2.4.a. D. 20.1.34.pr.

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an? Et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

Senza qui indugiare sui dubbi nutriti dagli studiosi meno recenti²⁰⁴, e invero da tempo abbandonati²⁰⁵, il passo, tratto dai *Digesta*²⁰⁶ di Scevola²⁰⁷, appare affidabile nella sua formulazione, ma ha nondimeno dato adito a un intenso dibattito, soprattutto per quanto concerne la ricostruzione del fatto oggetto della prima *quaestio* sottoposta al giurista²⁰⁸.

²⁰⁴ In particolare, da E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum*, I, Weimar, 1929, venivano segnalate alcune congetture di interpolazione, tra cui si ricorda M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom Römischen Pfandrecht in der Klass*, Uppsala, 1910, p. 58 ss. e (seppur in termini più cauti) H. ERMAN, *Pignus hypothecae*, in P. F. GIRARD (a cura di), *Mélanges de droit romain*, I, Paris 1912, p. 437 ss. Cfr. anche F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig, 1917, p. 71 ss. Più in particolare, si voleva eliminare la parola “*hypothecaria*” in quanto la relativa *actio* sarebbe stata introdotta solo in età giustiniana. In generale, a proposito dell’impiego nel lessico giuridico romano del termine “*hypotheca*” – forma latina traslitterata del *nomen* greco “ὕποθήκη” –, a fronte di alcune tesi interpolazionistiche (tra cui F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad.it Firenze 1968, p. 361 ove altra bibl.), oggi si riconosce che tale lemma fosse già impiegato nel gergo dei giuristi del Principato: sull’autenticità del termine, si veda la cospicua bibl. citata da G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018, p. 306 nt. 39.

²⁰⁵ In senso conservativo si è espressa infatti la dottrina successiva, a partire già da F. STURM, *Anleitung zur Anfertigung von Digestenexegesen*, in *Juristische Schulung*, II, 1962, p. 429 ss., fino agli studiosi più recenti, per i quali si rinvia a M.A. LIGIOS, *Merci e legati. Aspetti della riflessione giurisprudenziale in tema di successione nell’esercizio della negotiatio*, in *IURA*, 59, 2011, p. 110 ss.; EAD., *Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell’esperienza giuridica romana*, Torino, 2013, pp. 4 ss., ove bibl. sul punto.

²⁰⁶ Secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 264 ss., il passo, contenuto nel ventisettesimo libro dei *Digesta* di Scevola, lo avremmo letto sotto al titolo “*De pignoribus et hypothecis*”.

²⁰⁷ Per ragguagli attorno alla figura di questo giurista e alla struttura dei suoi *responsa* si veda, di recente, almeno J.M. GOKEL, *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlin, 2014, spec. p. 81 ss.

²⁰⁸ Sul passo di Scevola si vedano almeno D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali: universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936, p. 230 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941, p. 328 ss.; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus tabernae*, in *Ann. dir. comm.*, 6, 1953, p. 787 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni: corso di diritto romano*, Padova, II, 1962-1963, p. 165 ss.; A. DELL’ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963, p. 139 ss.; H. WAGNER, *Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegend Sklaven*, in *SDHI*, 33, 67, p. 183; H. SCHLOSSER, F. STURM, H. HERMANN, *Die rechtsgeschichtliche Exegese: römisches Recht, deutsches Recht, Kirchenrecht*, München, 1972, p. 42 ss.; A. D’ORS, *rec. a H. SCHLOSSER, F. STURM, H. HERMANN, Die rechtsgeschichtliche Exegese*, cit., in *AHDE*, 43, 1973, p. 615; A. PLACHY, *rec. a H. SCHLOSSER, F. STURM, H. HERMANN, Die rechtsgeschichtliche Exegese*, cit., in *SDHI*, 39, 1973, p. 555 ss.; G. PROVERA, *rec. a H. SCHLOSSER, F. STURM, H. HERMANN, Die rechtsgeschichtliche Exegese*, cit., in *BIDR*, 76, 1973, p. 335 ss.; C. RASCÓN, *Notas en torno al pignus de cosa colectiva*, in *RIDA*, 24, 1977,

I due interrogativi contemplati, infatti, prevedono la seguente situazione di partenza: come presupposto, possiamo immaginare che un creditore Tizio avesse dato in prestito una certa quantità di denaro a un debitore Caio per lo svolgimento di un'attività negoziale o commercial, e che quest'ultimo, titolare della *taberna*, avesse poi dato la stessa in pegno a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione principale²⁰⁹. Da qui la prima domanda: il *pignus* sulla *taberna* vincolava anche le merci che si trovano al suo interno o, viceversa, non produceva alcun effetto giuridicamente rilevante? A ciò si aggiunga che, prima di morire, il debitore aveva sottratto quelle merci e ne aveva comprate altre, introducendole anch'esse nella *taberna*. Al momento del decesso di Caio allora sorgeva la seconda *quaestio*: il creditore avrebbe potuto agire (*petere*) con l'*actio hypothecaria* contro tutte quelle cose che si trovavano nella bottega, essendo mutate le specie delle merci? Scevola *respondit*: si consideravano obbligate in pegno quelle cose che, al tempo della morte del debitore, sarebbero state trovate all'interno della *taberna*.

Le maggiori perplessità suscitate dalla situazione fattuale di base attengono al contenuto del diritto reale di garanzia e, dunque, alla tipologia di rapporto instaurato tra le parti.

Secondo un primo orientamento – il cui maggior esponente, almeno nella romanistica coeva alla sentenza in esame, era Scialoja²¹⁰ – la *taberna* e le *merces* si

p. 353 ss.; R. MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, Bilbao, 1986, p. 206 ss.; H. WAGNER, *Zu einigen Grundfragen der Verpfändung von Sachmehrheiten*, in *BIDR*, 89, 1986, p. 502 ss.; J. DE CHURRUCA, *Pignus*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 352 ss.; M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001, p. 566 ss.; M.A. LIGIOS, *Merci e legati. Aspetti della riflessione giurisprudenziale in tema di successione nell'esercizio della negotiatio*, in *IURA*, 59, 2011, p. 110 ss.; EAD., *Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2013, pp. 4 e 106 ss.

²⁰⁹ In ordine alla disciplina generale del pegno, specialmente per ciò che attiene ai diritti e agli obblighi da esso derivanti, si vedano A. BURDESE, *Pegno (Diritto romano)*, in *ED*, XXXII, Milano, 1982, p. 662 ss. e recentemente F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum: le origini l'interdictum Salvianum*, Torino, 2017, p. 23 ss.

²¹⁰ Di rilievo appaiono la sua nota alla sentenza in commento, leggibile in *Foro it.*, 8, 1883, p. 709 s. (sulla quale torneremo *infra*, nel § 2.4.b) e *Teoria della proprietà nel diritto romano* (edizione curata da P. Bonfante), I, Roma, 1933, p. 44: “il debitore era, senza dubbio, un negoziante che aveva dato in

confondevano, assumendo il medesimo significato: questo processo metonimico, fondato sulla premessa che le merci non sarebbero state altro che il contenuto del contenente, avrebbe condotto a un normale pegno su singole *res* specificamente individuate²¹¹.

Per la verità, tale ricostruzione pone qualche perplessità. Infatti, il *quaesitum est* iniziale è secco e difficilmente fraintendibile: il *pignus tabernae* è nullo oppure è validamente costituito ed esteso anche alle cose ivi presenti; non sembra possibile, rimanendo ancorati al dato letterale, ipotizzare una terza alternativa, ossia quella del pegno costituito soltanto sulle singole *res*, disgiunte dalla *taberna*.

Peraltro, appare verosimile che, se le parti avessero voluto costituire un diritto reale di garanzia su singoli beni specificamente individuati, si sarebbero direttamente riferite a questi ultimi senza invocare una certa entità, definita *taberna*. L'impiego di tale lemma, più che la documentazione di una già perfezionata derivazione per via metonimica dall'originario *pignus* su *certa res*, potrebbe trovare una giustificazione in altro: per esempio, la necessità di ovviare ad alcuni inconvenienti pratici – come il divieto di alienare la cosa gravata dal vincolo – propri del pegno (sia esso *datum* o *conventum*) costituito su singoli beni²¹².

pegno il contenuto del suo negozio ... (Scevola) parlando di *taberna* intende dire che quelle merci che in essa si trovano sono date in pegno in quanto costituiscono lo stock del magazzino stesso, pur essendo le merci considerate singolarmente ... Quindi e le merci alienate e quelle nuove entrate nel magazzino cadono sotto l'impero della volontà dei contraenti, la quale ritiene colpito dal pegno ciò che entra e libero da esso ciò che esce”.

²¹¹ Entro il medesimo filone interpretativo si collocano D. BARBERO, *Le universalità*, cit., p. 230 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 328 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 165 s. che, riprendendo l'impostazione di Scialoja, valorizzava la volontà delle parti nel senso di consentire al debitore di alienare le *res* gravate dal pegno. A parere di H. SCHLOSSER, F. STURM, H. HERMANN, *Die rechtsgeschichtliche Exegese*, cit., p. 42 ss., l'espressione *pignus tabernae* – da riferire, comunque, ai singoli beni – avrebbe potuto alludere anche a un pegno di cosa futura, avente cioè ad oggetto tutte le *res* presenti sul luogo al momento della morte del debitore.

²¹² Con nocumento degli interessi del debitore che, nel nostro passo, probabilmente, era titolare di una certa attività negoziale o commerciale. Quanto al suo contenuto, il diritto di pegno assicura al creditore il possesso della cosa *ab initio*, se si tratta di *pignus datum*, a partire dal mancato adempimento del credito garantito, se si tratta di *pignus conventum*; ma in entrambi i casi l'alienazione della cosa pignorata avrebbe comportato la responsabilità del venditore per furto. Da qui, come accennato nella nota precedente, l'ipotesi prospettata da H. SCHLOSSER, F. STURM, H. HERMANN, *Die*

Emerge dunque il dato – a nostro parere – da valorizzare: il *pignus tabernae* doveva essere qualcosa di diverso e ulteriore, che consentiva alle parti di costituire una data universalità a garanzia di un credito, senza per ciò solo paralizzare l’attività negoziale del *debitor*²¹³. Quindi, sotto il profilo giuridico, il termine *taberna*²¹⁴ si sarebbe affiancato all’espressione *pignus* allo scopo di produrre precisi effetti obbligatori: cioè, la costituzione di un vincolo esteso a tutto ciò che si trovava in un luogo presposto *ad emendum vendendumve*²¹⁵.

Certamente, ciò farebbe venire meno uno dei tratti caratteristici dei diritti reali, ossia il *ius sequelae*; da qui, infatti, si apre un ventaglio disparato di interpretazioni, tutte aventi l’obiettivo di trovare un fondamento teorico a tale vincolo, e il cui “file rouge” può essere ricostruito nei termini di un *pignus* su una certa *universitas*²¹⁶. La

rechtsgeschichtliche Exegese, cit., p. 44 per cui tra le parti sarebbe intervenuto un *pactum vendendi* (implicito) di cui, dunque, nel passo non vi è traccia. E così anche secondo H. WAGNER, *Zu einigen Grundfragen*, cit., p. 502, accanto al *pignus tabernae* – termine omnicomprensivo con cui si indicherebbero le singole *res*, tra loro accomunate dalla natura venalica e dalla destinazione mercantile (“ihre venaliciarische, ihre Warennatur”) – “man implicite eine stillschweigende Ermächtigung für den Verpfänder zu pfandbefreiender Veräußerung, gekoppelt mit einer Vorausverpfändung neuer waren, annehmen dürfen”: quindi, anche in questo caso, si prospetterebbe un’autorizzazione tacita a vendere.

²¹³ Tali necessità sono state valorizzate già da J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus tabernae*, cit., p. 787 s. “tienda con sus mercancías pignoradas equivaldría a tienda cerrada. Era, pues, necesario que pudieran venderse y que los compradores las adquieran sin mácula de gravamen”. Cfr. recentemente, negli stessi termini, anche R. MENTXAKA, *La Pignoración*, cit., p. 207 ss.

²¹⁴ Della cui etimologia non possiamo discorrere in questa sede: si vedano, per tutti, M. A. LIGIOS, “*Taberna*”, “*negotiatio*”, “*taberna cum instrumento*” e “*taberna instructa*” nella riflessione giurisprudenziale classica, in “*Antecessori oblata*”. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell’Oro, Padova, 2001, p. 27 ss.

²¹⁵ Abbiamo riportato le parole tradite in (Paul. *l. s. de var. lect.*) D. 14.3.18: *Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur*. Anche nell’ipotesi paolina, proprio come nel nostro passo, la *taberna* veniva intesa come luogo dedicato alla *negotiatio*. Nel caso di Scevola, poi, al lemma in commento veniva affiancato il *pignus*: da qui la necessità del giurista di conciliare le alterazioni quantitative e qualitative dell’entità *taberna* (*merces per tempora distraxerit*) con la funzione di garanzia propria del pegno (e, dunque, con le ragioni creditorie).

²¹⁶ In questi termini, sebbene con sfumature ricostruttive parzialmente diverse, si sono espressi M. ROTONDI, *Il pegno dell’Azienda*, in *RDC*, 28, 1930, p. 749 ss.; D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, cit., p. 232 ss.; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus tabernae*, cit., p. 789 ss.; B. BIONDI, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, in *Congresso giuridico C. Fadda*, Milano, 1968, p. 39 s.; R. MENTXAKA, *La pignoración*, cit., p. 207 ss.

locuzione in oggetto si muoverebbe, cioè, in direzione di un significato giuridicamente più vasto, che i *prudentes* non sembrerebbero invece riconoscere al *pignus* (*datum* o *conventum*) costituito su beni individuati. Se questo è il minimo comun denominatore di tale orientamento – diffuso già entro la romanistica fra Otto e Novecento²¹⁷ –, parzialmente difformi sono state le argomentazioni invocate a fondamento: alcuni hanno richiamato la teoria dell’obbligazione con oggetto indeterminato²¹⁸, altri quella del pegno collettivo²¹⁹ o di cosa futura²²⁰.

Al di là delle varianti ricostruttive, ci sembra che la struttura del passo avalli in linea generale le conclusioni propugnate da questo gruppo di studiosi. Difatti, la prima domanda già inquadra la visuale di Scevola, che è quella di un’*universitas* come oggetto di pegno, poiché altrimenti non avrebbero senso le *quaestiones* successive.

Peraltro, anche dal punto di vista linguistico, il giurista riferisce ogni mutamento materiale a un complesso di beni, a una certa entità: così è domandato cosa accade se, non la singola *res* nella sua individualità, bensì genericamente le *merces* che si trovano nella *taberna*, siano vendute e altre siano acquistate e portate (ancora) *in tabernam*²²¹.

²¹⁷ Basti leggere le pagine di F. SERAFINI, *Le Pandette del prof. Arndts. Trad. it. curata da Serafini*, II, Bologna, 1875, p. 361, del quale riportiamo le parole: “Il pegno di una università di cose ... abbraccia eziandio tutti i capi che vi sono accolti dipoi, e di regola colpisce tutti e singoli gli oggetti che ne fanno parte come se impegnati disgiuntamente”. Non diversamente anche A. ASCOLI, *L’origine dell’ipoteca e l’interdetto salviano. Studio storico esegetico di diritto romano*, Livorno, 1887, p. 119 ss.

²¹⁸ Cfr. B. BIONDI, *La dottrina romana*, cit., p. 133 s. Non inficia questa conclusione il fatto che egli si fosse poco prima espresso a favore della teoria dell’*universitas* (*op. cit.*, p. 39 ss.): i due rilievi, nella sua ricostruzione, si completano a vicenda. Il *pignus tabernae*, avente a oggetto un insieme indeterminato di *merces*, sarebbe rimasto tale nonostante le modificazioni quantitative e qualitative dei singoli beni. Ancora più nette sono le considerazioni di C. RASCÓN, *Notas en torno al pignus*, cit., p. 375 ss. e M.A. LIGIOS, *Merci e legati*, cit., p. 111, nt. 195.

²¹⁹ Cfr. J. DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 352 ss.

²²⁰ Teoria proposta dapprima da A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen. Rechtsvergleich zwischen deutschen und römischem Recht*, Köln-Weimar-Wien, 1996, p. 172 ss. ove bibl., e recentemente riproposta da P. COSTA, *Prestiti e pegni, tempio e città. Note sull’ἐπίκριμα efesino di Paolo Fabio Persico (44 d.C.)*, in *AUPA*, 62, 2019, p. 127.

²²¹ Crediamo sia questo il senso da attribuire all’espressione “*distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit*”: il referente è sempre l’entità “*taberna*”, nella sua composizione materiale. Impiegava un ragionamento simile, ma fondato su ricostruzioni fattuali diverse, G. PROVERA, *rec. a H. SCHLOSSER*, cit., p. 335: il *quid universum* oggetto di pegno, cioè, sarebbe stato costituito da nuove *merces* introdotte dagli eredi dopo la morte del debitore. Per la verità, pare che tale ricostruzione

Inoltre, ci sembra probabile che in questo specifico contesto il sintagma esaminato fosse da interpretarsi meramente in via metaforica (come riferito a tutto ciò che si trovava all'interno di un dato locale, destinato alla *negotatio*, al momento in cui il vincolo reale veniva escusso) piuttosto che in senso tecnico per desumerne un embrionale riconoscimento del concetto di “impresa” come complesso di beni organizzati e destinati alla produzione²²². Ciò in considerazione anche del fatto che, se volessimo leggere nel nostro passo un pegno d'azienda, l'espressione *eo facto nihil egerit an* oggetto della prima *quaestio* disgiuntiva perderebbe di significato: la dialettica è tra il vincolo che incide anche sulle singole *res* e l'irrilevanza giuridica della pattuizione²²³.

Siamo, in definitiva, dinanzi a un *pignus tabernae* della cui ammissibilità si dubitava: Scevola, dando una soluzione al caso concreto, ammetteva la pignorabilità delle merci trovate alla morte del debitore, sancendo l'implicita ammissibilità del vincolo reale costituito sulla *taberna*.

A questo punto, è opportuno riprendere le fila del discorso e valutare l'opzione interpretativa da cui siamo partiti: quella della Corte di Cassazione.

vada incontro a un'obiezione di ordine letterale: è sempre il *debitor* che, a fronte di un certo quantitativo di merci, “*per tempora distraxerit et alias comparaverit*” e solo successivamente *decesserit*. E la soluzione di Scevola bilancia proprio le esigenze di questo debitore, consentendogli di proseguire la propria attività commerciale, con quelle del creditore titolare del *pignus*: non ci sembra, invece, che il senso complessivo attenga alla possibilità di estendere e trasmettere il vincolo reale anche agli eredi e ai loro acquisti (come riterrebbe G. PROVERA, *op. cit.*, p. 336).

²²² Come invece hanno inteso M. ROTONDI, *Il pegno*, cit., p. 749 ss., e A. DELL'ORO, *Le cose collettive*, cit., p. 139 ss.

²²³ Possiamo certamente chiederci il perché di questa alternativa, magari il *pignus* sulla sola *taberna* non era pensabile. Questa è la spiegazione proposta da R. MENTXAKA, *La pignoración*, cit., p. 207 ss., che ravvisa il motivo di tale impossibilità nel fatto che le *tabernae*, il più delle volte, erano pubbliche e di conseguenza non suscettibili di essere costituite in garanzia del debito altrui. Ora, certamente ciò poteva essere plausibile in linea generale, ma per quanto concerne il passo in esame abbiamo qualche perplessità: soprattutto poiché nulla si dice a proposito dell'eventuale natura *publica* del fondo. Forse, più semplicemente, la nozione di *pignus tabernae* ha avuto un'evoluzione definitoria progressiva, inscindibilmente connessa alla produzione giurisprudenziale romana, che al tempo del nostro *responsum* non poteva dirsi ancora completata. Ipotesi, quest'ultima, che ci sembra compatibile con i rilievi di M. TALAMANCA, *I clienti*, cit., p. 483 ss.

2.4.b. Due distinte *rationes*

La sentenza del 1882, dunque, si è incentrata sul concetto di *taberna* come *universitas* e sulle prospettive di una sua applicazione analogica alla materia della locazione-conduzione entro un'esperienza di diritto ormai codificato; nella dimensione di origine, invece, il nostro lemma era associato al *pignus conventum*.

Invero, abbiamo potuto constatare come, nell'ampio dispositivo della Corte, fosse argomento centrale quello per cui la "*taberna*" indicasse, già all'epoca di Scevola, "un *quid universum* indistinto"²²⁴. Ciò equivale ad accettare come già perfezionata la costruzione, per via di astrazione, di un concetto giuridico generale applicabile anche a casi ulteriori, diversi da quello sottoposto all'attenzione del giurista respondente: nel nostro passo, infatti, la locuzione descriveva esplicitamente l'insieme di beni pignorabili alla morte del debitore.

Ora, senza ripercorrere l'evoluzione semantica del concetto di *universitas* in diritto romano, non si può porre in discussione la sua penetrazione nel gergo giurisprudenziale: un simile passaggio verosimilmente si concretizzò dapprima nel più generico lessico degli agrimensori, per poi specificarsi in relazione al mondo dei tecnici del diritto²²⁵.

Per ciò che qui interessa, sembra si possa subito puntualizzare – allo scopo di delimitare *in nuce* il nostro campo di indagine – che l'impiego e la valenza della locuzione ricordata vadano verificate solo con riferimento a D. 20.1.34.pr., in quanto "legge applicabile al caso concreto"²²⁶. Allora, una prima separazione di campo dovrebbe essere tracciata in relazione alla materia: come abbiamo accennato, il *thema decidendum* della Corte di Cassazione riguardava un contratto di locazione di una

²²⁴ C. Cass. Roma, cit., p. 1098.

²²⁵ In questa sede ci limitiamo a rinviare al recente lavoro di A. GRÖTEN, *Corpus und universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen, 2015, p. 72 ss. che se ne occupa approfonditamente.

²²⁶ Cfr. C. Cass. Roma, cit., p. 1099.

bottega; quello di Scevola, invece, un diritto reale di garanzia costituito su una *taberna* e accessorio a un credito principale.

Ci pare, allora, che il ragionamento analogico della giurisprudenza ottocentesca abbia preso le mosse da un argomento linguistico, ossia la pretesa affinità, se non proprio fungibilità, tra “negozio” (oggetto di *locatio-conductio*) e “*taberna*” (gravata da *pignus conventum*).

Difatti, per la Cassazione era rilevante la risposta (implicita) al primo quesito: il concetto di “*taberna*”, come nome collettivo, comprendeva anche tutti i componenti che si trovavano al suo interno. E la ragione a favore di tale conclusione – quella per cui, cioè, il *pignus* in commento si riferisse a un *quid universum* indistinto – non poteva non valere anche per la locazione, poiché in entrambi i casi il principio da applicarsi era il medesimo: il contratto verteva su una certa entità, i cui mutamenti intrinseci non valevano a modificarne l’oggetto. A ciò si aggiunga che, nel primo codice unitario, non vi era una norma *ad hoc* che consentisse la locazione su una data *universitas*, né un divieto espresso che la vietasse, e ciò doveva apparire necessario e sufficiente affinché il responso di Scevola divenisse la fonte di un principio generale²²⁷.

Se questo è l’*iter* logico dei giudici, la conclusione cui essi pervenivano merita qualche riflessione ulteriore. In effetti, oltre all’asserita vicinanza semantica tra “negozio” e “*taberna*”, va ulteriormente verificato l’impiego tecnico-giuridico delle espressioni ricordate nei rispettivi casi concreti.

Nell’ipotesi pratica di Scevola, il debitore Caio continuava a svolgere la propria attività commerciale e negoziale in quella *taberna*, data in pegno, e modificava la consistenza delle merci poiché, rispetto alla condizione iniziale, alcune venivano vendute e altre acquistate. Sopraggiungeva poi la morte, e da qui sorgeva il secondo

²²⁷ Infatti, per quanto concerne il concetto di universalità all’interno del Codice Pisanelli, gli unici due riferimenti si avevano in materia di possesso, rispettivamente agli artt. 694 (“Chi trovandosi da oltre un anno nel possesso legittimo di un immobile, o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, viene in tale possesso molestato, può entro l’anno dalla molestia chiedere la manutenzione del possesso medesimo”) e 707 (“Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l’effetto stesso del titolo. Questa disposizione non si applica all’universalità de’ mobili”).

interrogativo, relativo a cosa fosse effettivamente aggredibile da parte del creditore pignoratizio. Quanto ai presupposti fattuali, il pegno era stato evidentemente dato a garanzia di un rapporto creditorio sottostante: possiamo ipotizzare, per esempio, un mutuo tutelato dalla relativa *condictio*. Chiaramente, per il creditore Tizio scegliere di agire con l'*actio certae creditae pecuniae* (ovvero con la *condictio certae rei*, a seconda dell'oggetto del prestito) o con l'*actio hypotecaria* non era indifferente: far valere la prima azione, infatti, voleva dire porsi alla stessa stregua di tutti gli altri creditori esistenti sull'asse ereditario del debitore defunto. E, allora, appare comprensibile la scelta del nostro *creditor* di assicurarsi un privilegio rispetto ai chirografari, sebbene ciò implicasse la necessità di sciogliere i dubbi relativi all'effettiva estensione del *pignus tabernae*. Da qui la risposta del giurista che, quanto alla *ratio* complessiva, ci sembra realizzasse un equo temperamento degli interessi in gioco: sia di *favor creditoris*, poiché si consentiva di pignorare tutto quanto fosse situato nella *taberna* al momento dell'escussione del credito; sia di *favor debitoris*, dato che la costituzione del pegno non avrebbe impedito all'obbligato la prosecuzione della propria attività negoziale.

Viceversa, nell'ipotesi ottocentesca, si avevano una quantità indistinta di *res* di proprietà del locatore ma nella materiale disponibilità del conduttore (mentre nel passo di Scevola le *merces* si trovano nella materiale disponibilità e nel *dominium* del debitore). Oltre alla situazione fattuale di partenza, era distinta pure la posizione giuridica del locatore proprietario. Egli, infatti, si trovava in una posizione equipollente a quella dei creditori chirografari del conduttore, in quanto sprovvisto di alcun diritto reale di garanzia accessorio. L'unica azione a tutela del proprio interesse, dunque, era quella fondata sul contratto di *locatio-conductio*. Insomma, le diversità (non solo temporali, ma soprattutto) tematiche rendono l'automatica trasposizione del passo un'operazione piuttosto audace.

Inoltre, volendo provare a compiere qualche passo ulteriore, la distanza tra le due ipotesi non si registrava solo in punto di posizioni di fatto e di diritto, ma sotto il profilo di *rationes* complessive.

Invero, a muovere il giurista verso la soluzione trādita in D. 20.1.34 pr. era, verosimilmente, la constatazione della previa costituzione del *pignus*; viceversa, nell'ipotesi *sub iudice*, il locatore non vantava alcun privilegio sulla massa fallimentare. Pertanto, muovendoci lungo tale direttrice, non potremmo escludere che la congetturale soluzione di Scevola avrebbe finito per favorire i creditori del conduttore fallito, in luogo del locatore.

Infine, potrebbe essere utile domandarsi perché la Corte sia andata a reperire la soluzione partendo dalle *merces* intese come *universitas*, invece che dal concetto superiore di “negozio” ; ma a questo riguardo la ragione è puramente cronologica: il codice di commercio del 1882, che avrebbe offerto una disciplina *ad hoc* dell'azienda e del pegno d'azienda, non era ancora entrato in vigore all'epoca dei fatti. Da qui la necessità di rifarsi alle singole merci come *quid universum*, invece che al concetto superiore di “impresa”.

Questo, ovviamente, non sminuisce la rilevanza del ragionamento analogico che accostava l'universalità di mobili alla *taberna* di Scevola: anzi, la conclusione diviene quasi sorprendente se si considera che essa non poteva certo esser stata suggerita dalla romanistica di quei tempi. E ciò per almeno due ragioni: per un verso, la totale distanza, dal punto di vista tematico, tra *pignus tabernae* di diritto romano e *locatio-conductio* del 1883, rendeva assai complesso fornire un senso a tale accostamento partendo dall'esegesi di D. 20.1.34 pr.; per altro verso, se volessimo fermarci alla derivazione del concetto di *universitas* dal passo esaminato (soluzione sicuramente meno eccentrica), lo sguardo cursorio alla romano-civilistica del tempo lascerebbe comunque insoddisfatti. In particolare, avrebbe pesato a sfavore l'andamento ondivago della dottrina di Otto e Novecento: alcune voci mostravano una consistente resistenza avverso la possibilità che il pegno sulla *taberna* potesse riguardare un *quid universum*²²⁸; altre letture, sebbene propense alla teoria dell'universalità, non

²²⁸ Suggestive, pur se risalenti agli anni immediatamente antecedenti l'unificazione legislativa, le parole di A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Siena, 1859, p. 430 s.: “chiamasi dai commentatori *Universitas* ... un insieme di cose distinte le une dalle altre, non connesse materialmente, ma dal comune destino legate ed unite con un legame immaginario, che le fa considerare giuridicamente ed

giungevano per questo ad applicare la soluzione del nostro frammento oltre la materia dei diritti reali di garanzia²²⁹. Infine, come estrema soluzione, si era negata in radice la possibilità di configurare una locazione su un complesso di beni non individuati, facendo così venir meno il motivo stesso dell'analogia²³⁰. Insomma, l'eziologia del ragionamento della Corte rimane ancora oggi avvolto dai dubbi.

2.5 Cassazione di Roma, 13 febbraio 1883

La prospettiva che colloca, in un dialogo diretto, il diritto romano in stretta connessione con il lavoro della giurisprudenza di legittimità risulta confermata da quest'ultimo arresto della Cassazione romana di fine Ottocento. Versiamo nel campo

economicamente quasi una cosa sola ... Tali sono un gregge (*grex*), una mandria di buoi (*armentum*), una bottega provvista delle sue merci (*taberna*) ... Ma giuridicamente nelle questioni di proprietà, si considerano gli oggetti che la compongono, separatamente, e come tanti obietti distinti di proprietà” (e qui, tra gli altri, compare anche il richiamo a D. 20.1.34 pr.). Da menzionare sono poi le considerazioni di V. SCIALOJA, *Nota a sentenza*, cit., p. 714: “ciò che è stato pignorato sono le merci ... il testo dice *merces* ... si riferisce sempre alle cose materiali, non ad una astrazione. Ma se le merci erano il vero oggetto del pegno, bisognava pur considerare ch'esse erano destinate al commercio, e perciò il debitore doveva poterle alienare libere da ogni onere. Tutto ciò ben sapeva il creditore, sicchè accettando il pegno sulle merci egli evidentemente ne aveva in modo tacito permessa l'alienazione, e questo permesso faceva, secondo la regola generale, estinguere il pegno. Se il pegno non perdurava sulle merci alienate, il contratto sarebbe stato vano e ridicolo quando non si fosse ammessa l'intenzione delle parti contraenti di sottoporre al pegno le merci, che si erano acquistate per surrogare le vendute. (D. 20.1.34 pr.) Non può dunque addursi in appoggio del ragionamento della Corte di Cassazione: né per diritto romano il concetto di *universitas* ha l'importanza che la sentenza vi attribuisce”.

²²⁹ Cfr. F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 239: “il pignoramento di una università di cose, per esempio di un gregge o di un magazzino, colpisce di regola le singole cose comprese in quell'università ... Se per esempio viene ipotecato un magazzino di merci aperto, che presuppone necessariamente continue operazioni commerciali di compera e di vendita e cambi continui: chi accetta un'ipoteca sopra una *universitas* siffatta, siccome deve sapere che le cose comprese nella medesima sono destinate a continui cambi, si presume che abbia inteso limitare il suo diritto alle merci che esisteranno nella medesima il giorno in cui passerà all'esecuzione sui beni ipotecati” (compare qui il richiamo a D. 20.1.34 pr.).

²³⁰ In particolare, la natura consumabile della *res universa* avrebbe impedito al conduttore di restituire la cosa locata, nella sua specie, al termine del godimento. Così ritenevano E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano. Della locazione*, III, Firenze, 1873², p. 4 che tranchant negava la possibilità di locare “cose delle quali non può farsi uso senza consumarle, perché in queste il godimento non va disgiunto dalla proprietà”; e negli stessi termini F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VIII, Torino, 1886, spec. p. 69 ss.

della vendita di cosa futura: il dante causa, rappresentato dagli ecclesiastici usufruttuari di una certa estensione boschiva di proprietà dell'Ente Capitolo, aveva alienato all'altra, avente causa, alcuni tronchi d'albero²³¹. L'oggetto del contratto, dunque, era rappresentato dai frutti pendenti sul suolo di dominio dell'Ente, ma non ancora percepiti dai religiosi usufruttuari. Se questo era il perimetro della convenzione conclusa tra le parti, più complesso appariva il retroscena fattuale. Difatti, prima della concreta *perceptio* di detti tronchi, interveniva la legge di eversione degli Enti ecclesiastici, con conseguente espropriazione dei beni mobili e immobili a favore del Demanio²³². Questo mutamento di scenario giuridico aveva dato vita alla questione processuale: tenuto in considerazione che il nuovo *dominus* dei terreni aveva manifestato la volontà di dare esecuzione al contratto (originariamente *inter alios*), a chi era dovuto il corrispettivo, ai canonici o allo Stato?

Il problema appena accennato, per la verità, presupponeva, da parte della Corte, la preventiva risoluzione di due questioni ulteriori: qualificare giuridicamente il contratto in termini di vendita già perfetta oppure di vendita di cosa futura, in quanto dalla definizione del negozio in un senso o nell'altro sarebbe derivata, come vedremo, una diversa conseguenza giuridica; individuare il momento a partire dal quale i frutti potevano dirsi acquisiti da parte dell'usufruttuario alienante.

Su entrambi i punti si registrava una divergenza di soluzioni tra Corte d'Appello e Cassazione²³³.

Per i giudici di secondo grado il prezzo dei tronchi sarebbe spettato all'originario usufruttuario e non al Demanio: ciò, sul presupposto che i tronchi oggetto del contratto, sebbene oggetto di accessione rispetto al terreno, si consideravano beni mobili *ab initio*

²³¹ Cfr., per una sintesi della vicenda, *C. Cass. Roma 13 febbraio 1883*, in *Foro it.*, 8, 1883, p. 450 ss.

²³² Trattasi del Regio Decreto 7 luglio 1866 n. 3036, con cui vennero soppressi i corpi religiosi ed espropriati i valori immobiliari prima appartenenti ai suddetti Enti, con conseguente estinzione, altresì, dei diritti di usufrutto, uso e abitazione un tempo costituiti a loro favore. Per raggugli sul punto si veda P. CONSORTI, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Roma-Bari, 2020, p. 42 ss.

²³³ I passaggi maggiormente rilevanti del dispositivo della Corte d'Appello sono riportati in nota alla sentenza della Cassazione di cui si discorre (*C. Cass. Roma*, cit., p. 451 s., nt. 1).

e di proprietà dell'usufruttuario sin dal momento della stipula, ossia senza che si rendesse necessario l'atto materiale del "tagliare", in quanto il legname poteva dirsi già maturo al momento della conclusione del contratto. Di qui la possibilità di considerare la convenzione tra le parti come perfezionata, anche sul piano degli effetti, prima della successione *inter vivos (ex lege)* a favore dello Stato²³⁴.

La pronuncia della Cassazione, di segno diametralmente opposto, si fondava invece su tutt'altro percorso argomentativo. Quanto alla qualificazione giuridica del contratto, si sarebbe trattato di una vendita di frutto pendente, separato rispetto al terreno: in altri termini, una vendita di cosa futura a tutti gli effetti²³⁵. Questo perché gli alberi, fintanto che non fossero stati materialmente tagliati, accedevano al suolo ed erano pertanto beni immobili. Il contratto, dunque, se poteva dirsi già perfetto rispetto al consenso e al prezzo, non lo era con riferimento all'oggetto e alla traslazione del dominio su di esso, che si poteva realizzare solo con "l'esistenza della cosa cui ebbero a riferirsi i contraenti"²³⁶.

Inoltre, per la Cassazione, altrettanto erroneo era il secondo motivo di diritto esposto dai giudici di seconde cure, cioè la asserita maturità del frutto per sostenerne l'avvenuta acquisizione a favore dell'usufruttuario. Tale conclusione, infatti, avrebbe sovvertito "per intero le nozioni comunemente ricevute intorno al diritto dell'usufrutto": i frutti divenivano di proprietà dell'usufruttuario solo al momento della percezione, che si verificava appunto "con l'atto materiale di separare o raccogliere"²³⁷.

Quanto al quadro normativo, il principale riferimento proveniva ancora una volta dal diritto romano e ciò – sia detto subito – abbastanza singolarmente, visto che il codice unitario era perfettamente provvisto di una disciplina sia della vendita di cosa

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Sulla natura della vendita di cosa futura (e altrui) si rinvia al § 2.5.b

²³⁶ *C. Cass. Roma*, cit., p. 451.

²³⁷ *Op. cit.*, p. 452.

futura che dell'usufrutto). Per il momento rimaniamo entro il contesto della sentenza, rinviando a un secondo momento l'indagine attorno alle ragioni del richiamo²³⁸.

Con riferimento alla vendita di cosa futura, come accennato, si sarebbe trattato di un contratto che, “quanto alla *res*” e “alla conseguente traslazione del dominio su di essa”, non era obiettivamente perfetto: proprio “la legge” D. 18.1.8. pr.²³⁹ poneva “bene in rilievo simigliante definizione”²⁴⁰. Mentre, per quanto atteneva alla disciplina dell'usufrutto, tale diritto non si attuava “se non mercé la percezione”, che era appunto “l'atto di separare o raccogliere i frutti dal suolo, o per sé medesimo, o per mezzo di altri”, così come “ci ammaestrava la legge di Paolo”²⁴¹, ossia D. 7.4.13²⁴².

Anche questa volta, l'interpretazione costruita dai giudici della Corte – che guardava alle fonti antiche per elevarle al rango di disciplina generale – rappresenta non solo un'operazione ermeneutica, ma anche e soprattutto un dato da verificare: nel senso di richiedere un'indagine volta ad accertare se l'impianto argomentativo possa dirsi o meno corretto. Per fare ciò, non si può che partire dall'analisi dei passi.

2.5.a. D. 18.1.8.pr. e D. 7.4.13

Cominciamo subito da (Pomp. 9 *ad Sab.*) D. 18.1.8 pr.;

²³⁸ Precisamente vd. § 2.5.b

²³⁹ *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.*

²⁴⁰ *C. Cass. Roma*, cit., p. 451 s.

²⁴¹ *Op.cit.*, p. 452 s.

²⁴² *Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse fructumque percipi spica aut faeno caeso aut uva adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.*

Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.

Il frammento di Pomponio, inserito dai compilatori nel titolo primo del diciottesimo libro del Digesto²⁴³, delimita in maniera molto diretta l'oggetto dell'*emptio venditio*²⁴⁴. Esso esordiva enunciando una *regula* di carattere generale: né la compera né la vendita potevano concepirsi senza la cosa che doveva essere venduta. Di seguito, il requisito era ulteriormente specificato e adattato all'ipotesi di compravendita avente a oggetto *res* non ancora venute a esistenza. Difatti, i frutti e i figli della schiava (*partus*) futuri erano valido oggetto del contratto, così che, quando il figlio fosse nato, la vendita si sarebbe intesa conclusa già dal momento in cui era stato perfezionato il negozio; se il venditore aveva operato in modo tale che il frutto o il figlio non venisse a esistenza, si sarebbe potuto agire con l'*actio ex empto*²⁴⁵.

²⁴³ Sotto alla rubrica *De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt* e, dunque, dedicato alla vendita, ai patti tra venditore e compratore e a ciò che può essere oggetto di *emptio-venditio*.

²⁴⁴ Secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 108 ss., il nono libro dell'*ad Sabinum* di Pomponio sarebbe stato intitolato *De emptione et venditione* e il nostro frammento lo avremmo letto all'interno di una serie dedicata interamente alla compravendita. La sequenza di passi sarebbe stata così composta: in apertura avremmo incontrato D. 18.1.6.2 sulla vendita sotto condizione, a seguire D. 18.6.8 pr. che, mediante una citazione indiretta, ci informava del momento perfezionativo dell'*emptio-venditio* e, infine, il nostro passo, insieme con D. 18.1.8.1, dedicati alla vendita di cosa futura e, in particolare, all'oggetto della stessa.

²⁴⁵ Tra i numerosi Autori che hanno studiato il passo ricordiamo: P. CORNIOLEY, *Error in substantia, in materia, in qualitate*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 2, 1968, p. 261 ss.; D. MEDICUS, *Zur funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen recht*, in *ZSS*, 86, 1969, p. 95 ss.; P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomia "actio petitio persecutio"*, in *AHDE*, 40, 1970, p. 142 ss.; A. CALONGE, *En torno al problema de la retroactividad de la condicion en el derecho clasico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 3, 1971, p. 157 ss.; M. KASER, *Erbschafts Kauf und Hoffnungs Kauf*, in *BIDR*, 74, 1971, p. 49 ss.; P. VAN WARMELO, *Le droit romain en afrique du sud*, in *Index*, 3, 1972, p. 150 ss.; V. KURZ, *"Emptio rei speratae" "pura" oder "sub condicione"?*, in *Labeo*, 20, 1974, p. 194 ss.; O. BEHREND, *Institutionelles und prinzipielles denken im römischen privatrecht*, in *ZSS*, 95, 1978, p. 203 ss.; W. ERNST, *Periculum est emptoris*, in *ZSS*, 99, 1982, p. 223 ss.; B.W. FRIER, *Roman law and the*

L'enunciazione iniziale, formulata con parsimonia espressiva, forniva un requisito fondamentale del contratto in commento: appunto, l'oggetto. In sua assenza, invece, non vi sarebbe stata alcuna azione, in quanto non avremmo avuto un negozio concluso da tutelare. Nella proposizione seguente, poi, veniva introdotta un'eccezione – cioè, la vendita validamente conclusa, benchè la cosa fosse solo futura – che ha indotto a leggere nel passo una differenza di prospettiva tra l'autore commentato, Sabino, e colui che esponeva l'eccezione medesima, cioè Pomponio²⁴⁶.

Ciò può essere vero per la progressiva specificazione che la regola posta a chiusura del frammento doveva aver subito nel corso del tempo e che imporrebbe, dunque, una valutazione diacronica dell'istituto. In ogni caso, occorre specificare un punto sin qui dato per presupposto: l'ipotesi che Pomponio stava riferendo presupponeva, evidentemente, un contratto che potesse dirsi concluso nonostante non fosse (ancora)

wine trade: the problem of "vinegar sold as wine", in ZSS, 100, 1983, p. 264 ss.; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI, 57, 1991, p. 362 ss.; B.F. CUENA BOY, *La idea de rerum natura como criterio basico de la imposibilidad fisica de la prestacion*, in RIDA, 40, 1993, p. 244 ss.; P. APATHY, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmangelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 111, 1994, pp. 108 ss., 142 ss.; O. BEHREND, *La nuova traduzione tedesca dei "Digesta" e la critica interpolazionistica*, in Index, 25, 1997, p. 23 ss.; M. J. SCHERMAIER, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmangelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischen Kaufrecht*, in ZSS, 115, 1998, p. 263 ss.

²⁴⁶ Come noto, l'*ad Sabinum* è il commento all'opera di *ius civile* di Masurio Sabino e la compresenza eventuale di due voci giurisprudenziali pone, il linea di principio, il problema di comprendere chi stesse concretamente parlando nei frangenti in cui ciò non è esplicito. In considerazione al nostro passo, in letteratura vi sono due orientamenti. Un primo, più risalente, entro cui collochiamo G. BESELER, *Romanistische Studien*, in TR, 8, 1928, p. 287, tacciava di interpolazione tutta la parte riguardante il caso particolare: in altri termini, egli avrebbe voluto inserire in esordio al passo un "*Sabinus ait*", così da attribuire a quest'ultimo la *regula* generale, e riferire alla mano di qualche compilatore la parte introdotto dal "*et tamen*". Dello stesso parere erano anche A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001¹², p. 891 ss., e V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, p. 117 ss. Diversamente, vagliava l'attribuibilità del caso specifico a Pomponio A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 262 s. Tale posizione è stata ulteriormente approfondita da M. KASER *Erbschafts Kauf*, cit., p. 50 ss., che suggeriva di attribuire al giurista del II sec. d.C. la parte relativa all'*emptio rei speratae*, in quanto in età sabiniana il negozio *de quo* si doveva presentare ancora confuso con l'*emptio spei*, senza però revocare in dubbio l'autenticità complessiva del passo. Quest'ultima lettura ha poi incontrato svariati consensi tra gli studiosi successivi: si pensi a V. KURZ, "*Emptio rei speratae*", cit., p. 195 ss., W. ERNST, *Periculum*, cit., p. 224 ss. o M. J. SCHERMAIER, *Auslegung*, cit., p. 263 ss.

possibile la *datio rei*, il che non mostra discordanze rispetto allo stato dell'elaborazione giurisprudenziale sia di età sabiniana che del II sec. d.C.²⁴⁷.

Oltre alla questione di paternità, la seconda parte del frammento solleva ulteriori perplessità sia dal punto di vista grammaticale che contenutistico. Partendo dalle prime, il periodo finale introdotto da “*sed si*” è sprovvisto di un verbo reggente: il “*posse*” della principale, infatti, è all’infinito²⁴⁸. Ma ciò che pone maggiori difficoltà è il significato di quel “*sed*”: tale lemma, che dovrebbe introdurre una frase avversativa rispetto alla precedente, non sembra essere coerente dal punto di vista fattuale e giuridico. Il periodo immediatamente precedente, infatti, ci segnalava che i frutti e i figli futuri, una volta venuti a esistenza, si consideravano venduti sin dal perfezionamento del negozio; il prosiegua, a dire la verità, riconferma la regola generale. Sia nel primo che nel secondo caso, infatti, il contratto era già valido ed esistente e incontriamo la medesima *regula* a presiedere entrambe le ipotesi. Ad apparire diverso, semmai, era il fatto: in un caso i frutti e il figlio venivano a esistenza, mentre nel secondo no. E allora il “*sed*” contrapponeva due diverse ipotesi materiali che, giuridicamente, facevano capo allo stesso principio di diritto: il negozio era già correttamente concluso sin dall’incontro delle volontà. Da questo punto di vista, si potrà comprendere ancor meglio quel passaggio finale “*sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant*”: il contratto, già esistente, attribuiva al compratore tutte le pretese connesse al rapporto obbligatorio, tanto è vero che se il *venditor* faceva in modo che la cosa non venisse a esistenza, quest’ultimo avrebbe potuto agire *ex empto*.

²⁴⁷ Non possiamo qui approfondire l’origine della compravendita consensuale con effetti obbligatori; tuttavia, negli anni in cui fu attivo Masurio Sabino, tale contratto aveva già ampiamente preso piede dal momento che negli anni della maturità di Quinto Mucio il consenso si era già affermato come elemento costitutivo e genetico del vincolo. Una ricognizione sull’*emptio venditio*, quale contratto di *ius gentium*, è leggibile in V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., spec. p. 112 ss. e M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 480 ss.; più di recente M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 480 ss.

²⁴⁸ Potrebbe essere sottinteso, rispetto a quello che è stato detto prima, un *dico* (o simili). A meno che, anche se ci pare una forzatura, il periodo non sia retto da “*intellegatur*”: allora “*intellego posse agi*”.

Difatti, muovendo da queste considerazioni, si delinea intanto come prioritaria l'esigenza di chiarire la natura giuridica di tale compravendita di cosa futura, così da ricostruire più approfonditamente la disciplina del rapporto che precedeva la (mancata) venuta a esistenza della *res*, nonché il significato della chiosa introdotta da “*sed*”. Le soluzioni proposte dagli interpreti si rivelano quanto mai varie.

Secondo un primo orientamento – che ci sembra plausibile –, la figura dell'*emptio-venditio* di cosa futura di cui si stava occupando Pomponio doveva essere collocata nel contesto del contratto incondizionato, nel senso che alla *conventio* (sulla *res* come sul *pretium*) andava attribuito il ruolo di elemento necessario affinché si perfezionasse il negozio e, conseguentemente, sorgessero le obbligazioni tipiche in capo alle parti: sicché l'esperibilità dell'*actio ex empto* prefigurata in chiusura del frammento, derivava proprio dall'inadempimento imputabile al venditore²⁴⁹.

Un limite a tale ipotesi ricostruttiva è stato generalmente individuato nell'inciso “*cum editus esset partus*”: questo, secondo certe proposte ricostruttive, avrebbe rappresentato proprio il meccanismo retroattivo della condizione sospensiva²⁵⁰.

²⁴⁹ Dopo l'interpretazione, solo a tratti conforme a tale orientamento, di A. MASI, *Studi*, cit., p. 262 ss., è così che leggeva il passo V. KURZ, “*Emptio rei speratae*”, cit., p. 207 ss., secondo il quale doveva trattarsi senza dubbio di una vendita incondizionata. Articolate erano le sue argomentazioni: sotto un primo profilo, egli problematizzava il meccanismo della condizione retroattiva che avrebbe operato grazie a una *fictio* di cui, in verità, nel passo non vi è traccia. Per altro verso, il fatto che la *res* fosse futura non avrebbe rappresentato un'eccezione alla regola “*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*”, bensì una sua applicazione: secondo l'Autore, in altri termini, si sarebbe trattato di cose pur sempre esistenti in quanto il frutto era pendente e la gestazione già in corso. Ora, Pomponio non forniva delucidazioni circa lo stato di avanzamento del *fructus* o del *partus ancillae*, ma dal novero delle plausibili alternative riteniamo credibile quella di Kurz. L'*actio ex empto*, dunque, sarebbe stata concessa a seguito dell'inadempimento del venditore, con ciò presupponendo, chiaramente, un'*emptio-venditio* già perfetta *ab initio*. Questa era la ricostruzione preferita anche da W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, p. 117 s.: “Die Entscheidungen betreffs des Jagd- oder Fischfangkaufs (D. 18.4.7; D. 19.1.12) und des Kaufs des *partus ancillae* und der Früchte sind mit dem allgemein Satz ‘*nec emptio nec venditio ... intellegi*’ als dessen Ergänzung wohl vereinbar, wenn man einmal die sogenannte *emptio spei* un die *emptio rei speratae* anerkannt hat. Die letztere ist, wie D.18.1.8 pr. mit Recht sagt, kein bedingter Kaufs”.

²⁵⁰ In particolare, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 118 contestava sia la genuinità, sia il significato giuridico della nostra espressione. Per il primo aspetto, l'Autore riteneva decisivo il fatto che “i due esempi (*fructus et partus*) ricordati all'inizio ed alla fine” si fossero ridotti “nella parte

L'espressione in commento, per la verità, potrebbe essere spiegata anche diversamente, se confrontassimo il nostro passo con quello riportato subito dopo nel Digesto (che del resto, secondo Lenel, doveva presentarsi unito al *principum* nell'opera originaria)²⁵¹: cioè, D. 18.1.8.1²⁵². In altre parole, il giurista trattava prima della vendita di cosa sperata, ove appariva necessario specificare cosa sarebbe accaduto *cum editus esset partus*, per poi passare alla vendita di speranza, nella quale il compratore, acquistando una mera *spes*, avrebbe comunque dovuto adempiere la propria obbligazione anche se quella del venditore, divenuta impossibile, non si fosse compiuta²⁵³.

centrale ad uno solo, il *partus*". Quanto al contenuto, egli leggeva in "*cum editus esset partus*" l'affermazione "del dogma della retroattività". Così, però, risulterebbe difficilmente spiegabile la concessione dell'*actio ex empto* prevista nella chiosa conclusiva: la *res* non è venuta a esistenza e dunque, muovendoci nell'ottica della condizione sospensiva, il contratto non può considerarsi perfezionato. Criticità, queste, che non passavano inosservate neanche all'Autore, tant'è che, nel commentare la parte finale, virava verso due ulteriori alternative: leggere nel frammento, e con non poca fatica, una finzione di avveramento; oppure dichiarare applicabile l'azione per "indennizzare il compratore dal danno arrecatogli" (*op. cit.*, p. 118, nt. 5). Similmente, D. DAUBE, *Condition Prevented from Materializing*, in *TR*, 28, 1960, p. 287 che traduceva il sintagma *de quo* nei termini di avveramento dell'evento dedotto in condizione sospensiva. Quanto all'*actio* finale, egli si diceva invece contrario al meccanismo della *fictio* per una ragione puramente pratica: "it is not use to him (*rectius*, l'*emptor*), if the *vendor* prevents their coming into existence, to have their existence feigned".

²⁵¹ Cfr. *supra*, nt. 244.

²⁵² *Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.*

²⁵³ Visto che l'obiettivo di questo studio non è ricostruire il diverso regime giuridico dell'*emptio rei speratae* e dell'*emptio spei*, le nozioni istituzionali sulla vendita di cosa futura sono fornite in quanto funzionali all'interpretazione dell'inciso "*cum editus esset partus*" (e, quindi, alla nostra indagine). A tal proposito, il confronto tra le due tipologie di negozio ci fornisce una spiegazione che, per quanto generica, può essere plausibile: in altri termini, l'espressione si giustificerebbe in virtù delle caratteristiche precipue della vendita di cosa sperata, la cui efficacia dipendeva dal formarsi della merce. L'esito dell'attesa era invece un elemento del tutto neutro rispetto alla vendita di speranza, in cui il compratore era tenuto al versamento del prezzo anche nel caso in cui non vi fosse stata alcuna *merx* da esigere. Allora è evidente che, in questo secondo caso, non avrebbe avuto senso specificare le conseguenze del formarsi della *res*, poiché le obbligazioni sarebbero comunque rimaste in piedi, anche nell'ipotesi in cui quella del venditore non si fosse compiuta. Sulle due tipologie di compravendita cfr., per tutti, M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 491 ss.

Una diversa ipotesi interpretativa ravvisava nella vendita di cosa futura un negozio condizionato a tutti gli effetti e, più precisamente, sottoposto a condizione sospensiva²⁵⁴. Chiaramente, il contratto si sarebbe perfezionato dal momento della *conventio*: l'elemento accidentale non avrebbe fatto altro che ritardarne l'efficacia, subordinandola all'accadimento di un evento futuro e incerto che, in questo caso, sarebbe stato la venuta a esistenza della *res*. Ora, che vi sia una certa vicinanza tra le due figure è innegabile²⁵⁵. A non convincere, però, è il tentativo di spiegare il finale (*sed si ... ex empto agi posse*) alla luce di tale premessa: la concessione di un'*actio ex empto* contro il *venditor* verrebbe motivata in virtù di una *fictio*, ossia un adempimento fittizio²⁵⁶. In verità, non solo nel nostro passo non vi è traccia di un simile meccanismo,

²⁵⁴ Così già V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 118 ss.e, *per incidens*, M. KASER, *Erbschafts Kauf*, cit., p. 49 ss. che, incentrando lo studio sulla vendita di cosa sperata e di speranza nella loro primigenia emersione, sembrava propendere per la ricostruzione condizionale della prima. Netta la presa di posizione di W. ERNST, *Periculum*, cit., p. 222 ss. e, ancor di più, quella di M.J. SCHERMAIER, *Auslegung und Konsensbestimmung*, cit., p. 262 ss., il quale riteneva addirittura di far discendere dal mancato avverarsi della condizione la nullità dell'*emptio-venditio*. Quest'ultimo punto, in verità, suscita qualche perplessità. Se si parte dalla premessa del negozio condizionato, il non verificarsi dell'evento dovrebbe condurre semmai all'inefficacia del contratto – cioè, nell'ottica dei romani, all'estinzione dell'obbligazione del compratore – e non alla sua nullità, eccezionalmente sopravvenuta in quanto il “vizio” sarebbe successivo alla genesi del vincolo. Queste osservazioni sono valorizzate da S. DI SALVO, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in *BIDR*, 105, 2011, p. 135 ss. che, dopo aver optato per la tesi del negozio sottoposto a condizione, circoscrive l'indagine attorno al “*sed-posse*”, letto come *fictio* di avveramento.

²⁵⁵ Del resto, il contratto sospensivamente condizionato è già vincolante e impegnativo nonché produttivo, come tale, di obblighi a carico delle parti. Una volta avverato l'evento dedotto in condizione, gli effetti retroagiranno al momento della *conventio*: ciò potrebbe creare una certa assonanza con il frammento di Pomponio (*cum editus ... intellegatur*), ma non una vera e propria coincidenza sostanziale. In particolare, la tesi del negozio condizionato presta il fianco ad alcune obiezioni: *in primis*, sul piano più generale, è dubbio il fatto stesso di poter dedurre in condizione l'oggetto del contratto; inoltre, dovendo rimanere legati al testo del giurista, pare ancor più strano che una simile possibilità fosse dallo stesso inserita immediatamente dopo una *regula* di segno opposto: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*. Tant'è che V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 118 si trovava costretto a parlare di “condizione impropria” poiché avente a oggetto un elemento essenziale. Allora, ci pare colga maggiormente nel segno W. FLUME, *Rechtsakt*, cit., p. 117, quando legge la vendita di cosa futura come un'ipotesi supplementare (“Ergänzung”), ma comunque compatibile con la regola generale posta in apertura del frammento. Del resto, quel “*Et tamen*” va ricollegato al prosieguito: sia il *fructus* che il *partus* sono entrambi *recte ementur* sin dal momento dell'incontro delle volontà, nonostante lo scarto temporale tra l'accordo e la “nascita” in senso proprio.

²⁵⁶ Un simile modo di ragionare è comune a tutti coloro che hanno inteso leggere nel nostro

ma, anche a voler propendere per una *fictio* semplicemente presupposta, si farebbe non poca fatica a conciliare il nostro caso con la disciplina propria della finzione di avveramento. Difatti, come è noto, affinché tale meccanismo potesse operare era necessario che il compiersi dell'evento dedotto *in condicione* fosse stato impedito da chi aveva interesse a che la condizione non si verificasse²⁵⁷. Ora, nel nostro caso, risulterebbe particolarmente complesso rintracciare un vantaggio, anche solo indiretto, per il *venditor* , in conseguenza di un atteggiamento intenzionalmente volto a porre nel nulla il negozio. Anzi, se ci poniamo nella situazione in cui si trovava il venditore, l'impressione è semmai quella opposta: agire in senso avverso alla condizione sospensiva andava contro il suo stesso interesse, in quanto il *fructus* e il *servus* non sarebbero stati alienati a nessuno²⁵⁸.

frammento una vendita sottoposta a condizione: si veda *supra* , nt. 254 ove bibl. Da ultimo, ha riproposto questa linea di pensiero S. DI SALVO, *Adempimento fittizio* , cit., p. 136 ss.

²⁵⁷ Per quanto non sia possibile in questa sede scendere nel dettaglio, è appena il caso di segnalare i profili sostanziali della finzione di avveramento. Quello della *fictio* è un tema ampiamente frammentato, specie sotto il profilo del contesto cronologico di emersione, ma questo non ci impedisce di tratteggiarne l'essenza, in via quasi residuale: sarebbe stata la formula " *si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit quominus impleatur* " a condensare la *regula* di cui si discorre. Come evidenziava già F. VASSALLI, *Dies vel condicio. Lineamenti della dottrina romana della condizione* , in *BIDR* , 27, 1915, p. 192 ss., il meccanismo avrebbe tratto la propria origine in una disposizione delle XII Tavole, per ricevere poi la prima grande applicazione nell'ambito delle manomissioni testamentarie. Lasciandoci alle spalle certe letture, più risalenti, dal taglio ancora fortemente interpolazionistico, un'ampia disamina sul punto, con analisi delle fonti, è leggibile in A. MASI, *Studi* , cit., p. 245 ss., e S. DI SALVO, *Adempimento fittizio* , cit., p. 145 ss., ove bibl. In particolare, quest'ultimo evidenzia come la finzione in oggetto venisse solitamente applicata alle disposizioni *mortis causa* o alla *stipulatio* : ipotesi in cui, evidentemente, era facilmente individuabile un soggetto controinteressato all'avveramento della condizione (si pensi, ad esempio, al *promissor* , unico debitore in senso proprio di una certa *obligatio ex stipulatu*). Viceversa, maggiori criticità si presentavano a fronte di contratti consensuali, sinallagmatici, quali l' *emptio-venditio* . E ciò nonostante, in merito a D. 18.1.8 pr., egli concludeva per la tesi del contratto condizionato, con correlata *fictio* (*op. cit.* , p. 136). Sulla finzione di avveramento della condizione, di recente, cfr. G. COSSA, " *Regula Sabiniana* ", cit., spec. p. 268 ove bibl.

²⁵⁸ A tal proposito, non convincono pienamente le osservazioni di D. DAUBE, *Condition* , cit., p. 287 ss., che sembra sovrapporre la posizione dell' *emptor* con quella del *venditor* . Infatti, come abbiamo tentato di evidenziare nella nt. prec., ai fini della finzione di avveramento era necessario guardare alla posizione dell'alienante, e non a quella dell'avente causa: in altri termini, la questione dell'interesse di quest'ultimo era un fattore del tutto neutro rispetto all'operatività della *fictio* . Peraltro, anche a voler guardare al compratore, considerare valido il negozio nonostante l'estinzione della *res* avrebbe avuto

In definitiva, il negozio di cui discuteva Pomponio doveva essere un'*emptio rei speratae*, ossia un contratto commutativo con effetti obbligatori che, per quanto vicino al negozio sottoposto a condizione sospensiva, da esso si allontanava per la disciplina di quel segmento di rapporto compreso tra la *conventio* e la concreta esecuzione delle prestazioni. Difatti, essendo la vendita un contratto consensuale, essa si considerava perfezionata con l'incontro delle volontà: e da quel momento le parti erano tenute ad assolvere alle rispettive obbligazioni. E allora l'ipotesi posta a chiusura – *sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse* – non era altro che l'applicazione di una regola di diritto propria dell'*emptio venditio*: l'inadempimento dell'obbligo di consegnare la *res*, imputabile all'alienante, avrebbe consentito al compratore di agire per recuperare l'eventuale prezzo già versato²⁵⁹. D'altra parte, la mancata venuta a esistenza della cosa era cagionata proprio da un'attività intenzionale (e, verosimilmente, materiale) dell'alienante, il che faceva del suo contegno un inadempimento a lui addebitabile.

A questo punto, procediamo con il secondo passo, (Paul. 3 *ad Sab.*) D. 7.4.13:

Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse fructumque

una propria utilità almeno in un caso: quello di versamento anticipato del prezzo, recuperabile proprio mediante *actio empti*.

²⁵⁹ Rispetto a tale conclusione, non giocherà alcun rilievo la dialettica, assai dibattuta, tra *periculum emptoris* e *periculum venditoris*, per la quale si rinvia almeno a W. ERNST, *Periculum*, cit., p. 216 ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, in *Atti del seminario sulla responsabilità contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, II, Milano, 1990, p. 251 ss., con ragguagli attorno al ruolo della *traditio* rispetto al passaggio del rischio. Si veda altresì la recente disamina di M. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma condizionale e "periculum rei venditae"*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, p. 173 ss., la quale evidenzia come il principio *periculum est emptoris* si sia definitivamente affermato, in termini generali, solo in epoca giustiniana, sebbene le sue prime apparizioni vadano ascritte all'età augustea (e, precisamente, al contributo di Labeone). A ogni modo, è evidente che tale dibattito non interferisca sul nostro studio: anche a voler ritenere che al tempo di Pomponio il rischio di perimento della *res* gravasse ancora sul compratore fino alla materiale consegna, ciò non influirebbe sull'esperibilità dell'*actio ex empto*, fondata sull'inadempimento della *obligatio consensu contracta*, imputabile al venditore, e non su una certa partizione del *periculum*.

percipi spica aut faeno caeso aut uva adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

Il frammento esordisce riportando un parere giurisprudenziale di Labeone²⁶⁰, il quale affermava che se l'usufruttuario aveva fatto il raccolto (*fecit messem*) e poi era morto, lo stelo, che si trovava nel raccolto, apparteneva al suo erede; la spiga, ancora congiunta al suolo, spettava al proprietario del fondo, così che il frutto si considerava percepito quando le spighe o il fieno venivano tagliati, l'uva staccata, le olive fatte cadere e battute, sebbene il frumento non fosse stato ancora macinato, l'olio estratto, o l'uva spremuta. Il passo proseguiva poi ricordando il parere di un altro giurista: questa volta era Giuliano²⁶¹ ad affermare che, se era vero quanto stabilito da Labeone a proposito delle olive battute, la stessa cosa non poteva valere per il caso in cui le stesse fossero cadute da sole; i frutti, allora, divenivano dell'usufruttuario una volta percepiti, mentre il possessore di buona fede li faceva suoi quando si separavano dal suolo²⁶². Il passo solleva alcune problematiche sia di collocazione che di contenuto.

Partendo dalle prime, si riscontra una scarsa assonanza contenutistica tra l'oggetto del responso riportato da Paolo e la *sedes materiae* entro cui oggi lo leggiamo, e ciò sia per quanto attiene alla sua sistemazione entro la serie digestuale, sia per il titolo congetturale sotto al quale lo avremmo trovato nell'*ad Sabinum*. Infatti, quanto al Digesto, il passo era inserito nel titolo dedicato ai modi in cui si perdono l'*usufructus*

²⁶⁰ Secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 1257 dai *loci incerti*.

²⁶¹ Sempre secondo O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 1257 nt. 7, saremmo stati nel libro XXXV dei suoi *Digesta*, di cui sappiamo tramite (Ulp. 17 *ad Sab.*) D.7.1.12.5.

²⁶² Sul passo si vedano P. FREZZA, rec. a R. SANTORO, *Studi sulla "condictio"*, in *SDHI*, 38, 1972, p. 353 ss.; A. D'ORS, *Replicas panormitanas 4. Sobre la supuesta "condictio" sin "datio"*, in *Iura*, 25, 1974, p. 40 ss.; P. PESCANI, *La scoperta del "bononiensis"*. *Sue forme*, in *BIDR*, 88, 1985, p. 392 ss.; J.L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisicion de frutos*, in *BIDR*, 90, 1987, p. 441 ss.; A. D'ORS, *"Messis in spicis" (D. 19, 2, 60, 5)*, in *SDHI*, 58, 1992, p. 281 ss.

e l'*usus*²⁶³; il terzo libro dell'opera originaria, invece, sarebbe stato verosimilmente rubricato "*De legatis*". In entrambi i casi, invero, vi è una certa lontananza con l'oggetto del nostro passo: il modo (e il tempo) di acquisto dei frutti da parte dell'usufruttuario²⁶⁴.

A ogni modo, si può tentare qualche spiegazione. Anzitutto, guardando ai *Digesta*, il passo immediatamente seguente – cioè, D. 7.4.14²⁶⁵ – specificava che il diritto di usufrutto si estingueva con la morte del suo titolare; nel nostro passo, invece, troviamo un usufruttuario che, dopo aver tagliato i frutti ma prima di averli materialmente lavorati, moriva. Ora, la questione che impegnava Labeone prima e Giuliano poi poteva avere a che fare, almeno in via indiretta, con la morte come causa di estinzione dell'*usufructus*: infatti, soltanto i frutti (e non il diritto reale su cosa altrui) sarebbero potuti passare all'erede per successione a titolo universale, e ciò a patto che fossero già stati acquisiti al patrimonio del *de cuius* (questione che, come vedremo, è problematica). Altrimenti, in quanto naturale conseguenza del venir meno dell'usufrutto, il *dominium* del grano (e simili) sarebbe rimasto al proprietario del suolo²⁶⁶. Per quanto concerne l'*ad Sabinum*, il nesso è forse più facilmente ipotizzabile: dal titolo del libro terzo (*De legatis*), possiamo infatti dedurre che, nel

²⁶³ Testualmente: "*Quibus modis usus fructus vel usus amittitur*".

²⁶⁴ Sulla spettanza dei frutti all'usufruttuario – e, più in generale, sull'*usufructus* – si vedano almeno G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, 132 ss.; P. MEYLAN, *Fructus sine usu et actus sine itinere*, in *Studi Albertoni*, I, Padova, 1935, p. 95 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto (diritto romano)*, in *NDI*, XX, 1957, p. 316 ss.; G. WESENER, *Usus fructus*, in *RE*, IX A.1, Stuttgart, 1961, 1137 ss.; con particolare riferimento alla progressiva emersione dell'usufrutto come entità giuridica autonoma dalla proprietà M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, 134 ss. e A. WATSON, *The law of Property*, cit., p. 32 ss.; S. PIETRINI, *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, p. 5 ss.

²⁶⁵ *Excepta capitis minutione vel morte reliquae causae vel pro parte interitum usus fructus recipiunt*.

²⁶⁶ In linea generale, com'è noto, il diritto di usufrutto si estingueva, oltre che con la morte del suo titolare, anche con la *consolidatio*, che ricorreva quando nudo proprietario e usufruttuario coincidevano nella stessa persona; per "non uso"; infine per rinuncia ovvero perimento o notevole trasformazione della cosa: così, tra gli altri, M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. ; A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, p. 214 ss.

caso in commento, il *de cuius*, originario usufruttuario, avesse probabilmente lasciato i frutti in legato.

A questo punto, è opportuno esaminare *funditus* il problema giuridico che dava luogo al *responsum*. Il contenuto della regola labeoniana è chiaro: quando il raccolto veniva tagliato, esso apparteneva all'usufruttuario o al suo erede e non più al proprietario del fondo²⁶⁷.

Nel prosieguo, l'argomentazione del giurista procedeva attraverso un'accumulazione di casi: prima, guardando al lato del proprietario del terreno, si richiamava lo stelo del grano (ossia la stoppia che, attaccata al suolo, è del *dominus fundi*); poi, volgendo l'attenzione nuovamente all'usufruttuario, veniva menzionata la *perceptio* del fieno, delle olive e dell'uva. Ora, è evidente che il caso di partenza fosse la *spica*, che si percepiva materialmente al momento del taglio. Tale soluzione, poi, era giustificata attraverso una serie di esempi ulteriori. Ma cosa accomunava tali frutti? Perché Labeone avvertiva la necessità di *respondere* affidandosi a un'elencazione?

Un minimo comun denominatore, forse, può essere individuato se ipotizziamo che il nostro usufruttuario avesse lasciato in legato il prodotto finito: l'olio, il vino, il grano. Allora, tutte le *res* menzionate sarebbero state accomunate dal fatto che, per ottenere il bene finale, necessitavano di una lavorazione ulteriore al semplice distacco dalla pianta: le olive e l'uva dovevano essere spremute, la spiga doveva essere lavorata.

Se questo è il dato fattuale, apparirà ancor meglio la vicinanza (anche) giuridica tra i beni in questione, tutti destinati a sollevare il medesimo dubbio: la *perceptio* poteva

²⁶⁷ Secondo M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971², p. 427 ss., ai tempi di Labeone sarebbe stata sufficiente la semplice separazione dei frutti ai fini dell'acquisto da parte dell'usufruttuario; la regola della *perceptio*, invece, si sarebbe specificata solo con Giuliano. In senso contrario ritenevano invece G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 132 ss. e M. BRETONE, *La nozione*, cit., p. 134 ss. Anche L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas*, cit., p. 441 ss., attribuiva all'età augustea la distinzione tra la posizione del nudo proprietario e quella dell'usufruttuario: al primo bastava separare il frutto dalla cosa madre; il secondo, viceversa, necessitava della concreta percezione per acquistarne la proprietà.

dirsi compiuta con il semplice distacco dalla pianta ovvero al momento della lavorazione²⁶⁸?

E la *quaestio* doveva farsi ancor più pressante proprio per il fatto che il titolare dell'usufrutto *fecit messem et decessit*, prima di poter trasformare il bene nel prodotto finito, oggetto (probabilmente) di legato. È chiaro che dalla *perceptio* dipendeva anche la risoluzione della problematica *mortis causa*: solo nel caso in cui il *fructus*, benché non lavorato, fosse stato considerato già percepito (*rectius*, acquisito al patrimonio dell'usufruttuario), esso sarebbe potuto passare al legatario (o erede). Labeone risolveva la questione proprio in tal senso, ritenendo sufficiente, ai fini dell'acquisizione, il semplice atto del tagliare. E tale *regula* valeva non solo per la spiga, ma anche per tutta la serie di casi ulteriori e analoghi che impegnavano la motivazione del giurista.

A questo punto Paolo presentava il pensiero di Giuliano, introducendolo con un *sed* avversativo dal quale deduciamo che il fatto e la *regula* seguenti dovevano essere diversi rispetto a quelli labeoniani. Infatti, in questo caso, i frutti erano spontaneamente caduti e perciò non poteva considerarsi compiuta la *perceptio*. Muovendoci da questa premessa, si può ulteriormente segnalare il singolare uso dei tempi verbali mediante il quale, verosimilmente, si cercava di far capire quali fossero le posizioni accolte: il presente a indicazione del principio condiviso (*Labeo ait ... Iulianus ait*), il perfetto per riferirsi all'opinione da rifiutare (*Labeo scripsit*). Ciò, probabilmente, doveva servire a rendere ancor più chiara quella sfasatura di piani che si concretizzava nell'evoluzione giurisprudenziale²⁶⁹.

²⁶⁸ Interrogativo che, nell'esaminare il frammento, era stato sollevato già da R. SANTORO, *Studi*, cit., spec. p. 453 ss.

²⁶⁹ Tale elemento era ampiamente valorizzato da M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., spec. p. 400 ss. per sostenere la diversa posizione giuridica di Labeone e Giuliano e, dunque, la progressiva specificazione della disciplina dell'usufrutto. Ora, seppur sia plausibile una certa evoluzione nello statuto dell'usufruttuario (come, del resto, emergeva anche dalla rassegna, tra gli altri, di M. BREONE, *La nozione*, cit., p. 67 ss.), ci sembra possibile ridimensionare la contrapposizione che l'Autore intendeva leggere tra i due giuristi riportati da Paolo. Infatti, non si trattava di una diversa *regula* per il medesimo caso, bensì di un trattamento giuridico ulteriore che faceva capo a una distinta fattispecie: infatti, nell'ipotesi prospettata a chiusura del frammento, il *fructus* era spontaneamente caduto.

Nella parte finale del passo, con la riproduzione del pensiero di Giuliano, si assiste a un restringimento dell'oggetto al solo olio (*rectius*, all'oliva)²⁷⁰: in questa ipotesi, la proprietà era del *dominus* del fondo in quanto la *perceptio*, per dirsi compiuta, presupponeva un'attività materiale da parte del titolare del diritto (qui, invece, le olive erano solamente cadute, senza intervento umano).

Nell'ultimo tratto, poi, si introduce un soggetto ulteriore: il possessore di buona fede. Per la verità, immaginare che vi fosse un terzo che possedeva *ex fide bona* i frutti appare difficile: egli, infatti, appropriandosi delle olive trovate sul fondo altrui, non avrebbe potuto ignorare, con quel gesto, di ledere il diritto altrui²⁷¹. Né è ipotizzabile che questi fosse l'erede il quale, succedendo nella medesima posizione giuridica del *de cuius*, non avrebbe certo goduto di un diverso trattamento rispetto all'usufruttuario.

Allora, è verosimile che questa figura non fosse che un esempio inserito da Giuliano al fine di definire *per differentiam* il regime giuridico del titolare dell'*usufructus*: quest'ultimo, per regola generale, diveniva proprietario dei frutti dal momento della percezione. In altri termini, il terzo compare solo in contrapposizione al titolare dell'*usufructus* in quanto, ai fini dell'acquisto del *dominium*, al primo bastava l'*apprehensio (a solo separati sint)*, mentre al secondo serviva la *perceptio*²⁷². Se ciò

²⁷⁰ E ciò può essere determinato da una pluralità di ragioni: magari perchè solo l'oliva quando è troppo matura cade spontaneamente dall'albero; oppure in quanto Giuliano si era occupato esclusivamente di questo caso; o, ancora, poichè i giustiniani avevano eliso la restante parte. Però, d'altro canto, il fatto che si sia trovato dinanzi il caso concreto dell'oliva, e non dell'uva o del grano, fa sì che, probabilmente, le ulteriori due ipotesi non si fossero verificate nella pratica. Del resto, vi è sempre un rincorrersi reciproco tra caso e problema giuridico.

²⁷¹ Un primo e utile ragguaglio sulla materia della *possessio* e della sua tutela interdittale si trova in C.A. CANNATA, voce *Possesso (Diritto romano)*, in *Nov. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 323 ss.; A. BURDESE, voce *Possesso (Diritto romano)*, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, p. 452 ss.; G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. Sezione civile*, XIV, 1996, p. 79 ss. Sulla buona fede soggettiva – tematica evidentemente connessa al nostro caso specifico – cfr. E. STOLFI, “*Bonae fidei interpretatio*”. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, p. 47 ss. (ove bibl.). Di recente, una ricostruzione con fonti e bibl. è offerta da P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, spec. p. 4 ss. ove l'Autore ripercorre le diverse teorie in materia di possesso nel diritto romano: da quella incentrata sugli elementi del *corpus* e dell'*animus*, ad alcuni orientamenti più recenti (c.d. “eterodossi”) tesi a ricostruire con sfumature distinte il requisito dell'animo del possessore.

²⁷² Peraltro, la differenza tra possessore di buona fede e usufruttuario non può essere ridotta a questa

è vero, il piano fattuale può essere ulteriormente specificato (seppur in via congetturale): o l'usufruttuario si era appropriato delle olive cadute, ritenendo di aver acquisito i frutti, e il *dominus* aveva contestato tale possesso; oppure il proprietario aveva preso il *fructus* e l'usufruttuario, ritenendo avvenuta la *perceptio*, aveva tentato di fare la *reivindicatio*.

Certamente, l'ampiezza e la complessità dei frammenti esaminati offrirebbero, senza dubbio, l'opportunità di abbracciare innumerevoli prospettive, anche rimanendo nei confini delle indagini storiche intorno all'*emptio-venditio* di cosa futura e all'*usufructus*; dovendo però qui verificare l'esistenza di un punto di collegamento tra i *responsa* di diritto romano e la controversia ottocentesca, non si può che fare un passo indietro e tornare ancora una volta al *decisum* dei giudici.

2.5.b. L'incompatibilità tra *emptio rei speratae* e *fructuum perceptio*

Partiamo subito col dire che, esaminato il contenuto originario dei due frammenti, soltanto il rinvio a D. 7.4.13 ci pare coerente e funzionale a sostenere giuridicamente il dispositivo della Corte. Verifichiamo le ragioni di tale affermazione.

Abbiamo visto come la sentenza in commento abbia fondato la propria decisione su due presupposti di diritto: da un lato, il contratto *de quo* doveva essere definito una vendita di cosa futura che, pertanto, avrebbe dispiegato i propri effetti solo dalla venuta a esistenza della cosa; dall'altro, il buon esito del negozio era subordinato al fatto che il dante causa, usufruttuario, avesse preliminarmente acquistato il *dominium* sulle *res* mediante *perceptio*. Quest'ultimo punto si rivelava cruciale non solo ai fini della

sola semplificazione: infatti, ciò che distingue ulteriormente le due posizioni è il fatto che solo la prima con il tempo può convertirsi in *dominium*, mentre per l'altra questo sbocco è del tutto precluso. Colui che possiede, in altre parole, potrà usucapire la *res*, mentre il titolare dell'*usufructus*, non avendo la *possessio* del bene, ha solo il *ius utendi fruendi*. Tuttavia, nonostante la diversità, anche alla tutela in via d'urgenza dell'usufrutto venivano estesi gli interdetti possessori. Così, in particolare, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, p. 103 ss. e M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 112 ss.

risoluzione del caso, ma anche per giustificare, a posteriori, la distanza di soluzioni rispetto alla pronuncia di Appello e Cassazione.

Anzitutto, a mostrarsi decisivo per qualificare giuridicamente la situazione contesa era il momento della raccolta (o percezione). Per il secondo grado questa sarebbe stata giuridicamente integrata (e compiuta solo in senso figurato) con la semplice stipulazione del contratto. In altre parole, il fatto che le parti avessero voluto riferirsi ai tronchi, come beni mobili separati, e solo a questi, conduceva a due conseguenze: da un lato, l'oggetto della vendita era giuridicamente già esistente e dunque il negozio era perfetto anche sul piano effettuale; dall'altro, non si rendeva necessario alcun "tagliare" o "raccolgere" affinché l'usufruttuario divenisse *dominus* dei frutti, dato che questi, già maturi, si presentavano ormai separati (almeno per il mondo del diritto).

Diversa era invece la *perceptio*, sia per collocazione temporale sia per l'effetto da essa derivante, agli occhi della Corte di Cassazione. Questa, difatti, assumeva che i frutti, benchè maturi, fossero solo pendenti fino alla materiale separazione dal suolo: la vendita, insomma, era di cosa futura. Inoltre, affinché il beneficiario dell'usufrutto potesse acquistare la proprietà del *fructus*, era senza dubbio necessaria la *perceptio* materiale e non solo figurata. La percezione, dunque, non era che il presupposto per un doppio passaggio di proprietà: a favore dei canonici danti causa e, poi, degli acquirenti. Tuttavia, dato che la materiale percezione era avvenuta successivamente al passaggio dei beni nella proprietà del Demanio, era a quest'ultimo che si sarebbe dovuto versare il corrispettivo. Da qui, l'annullamento della sentenza di appello²⁷³.

Se questi sono brevemente i profili giuridici della questione, a noi pare che qualcosa nel ragionamento della Corte non convinca. Difatti, se accogliamo il secondo motivo di ricorso – cioè, la mancata percezione dei frutti – quella in questione diviene una vendita di cosa altrui, più che futura. Delle due l'una: o il contratto era da qualificarsi come *emptio rei speratae* – e allora l'alienante, per essere tale, doveva aver già acquisito la proprietà delle *res* – oppure la vendita aveva a oggetto cose altrui, poiché il *fructus*, fintanto che non veniva separato, apparteneva al proprietario del suolo. Le

²⁷³ Per entrambe le argomentazioni, cfr. C. Cass. Roma, cit., p. 451 ss.

due doglianze, insomma, non possono coesistere tra loro in quanto l'accoglimento dell'una esclude la sostenibilità dell'altra.

Si osservi peraltro che la risoluzione della questione, in un senso o nell'altro, non trovava risposte univoche nella giurisprudenza del tempo. Invero, secondo un primo orientamento, la vendita dei frutti pendenti fatta dall'usufruttuario era pienamente valida anche nel caso in cui l'usufrutto venisse a cessare prima della raccolta: il prezzo, quindi, sarebbe spettato in ogni caso al titolare del diritto reale su cosa altrui²⁷⁴. E tale conclusione trovava accoglimento anche in una parte della civilistica di fine ottocento²⁷⁵. Una seconda tesi, invece, reputava tale vendita non opponibile al nudo proprietario, poiché la *perceptio* poteva considerarsi integrata solo mediante l'atto del tagliare o del raccogliere. Da qui, l'ulteriore conseguenza per cui il prezzo sarebbe spettato al *dominus* del fondo qualora questi avesse inteso dare spontanea esecuzione al contratto *inter alios*. Insomma, la vendita avrebbe avuto ad oggetto la cosa altrui e non una *res sperata*²⁷⁶.

²⁷⁴ Emblematica in tal senso è la pronuncia della *C. Cass. Torino, 25 novembre 1874*, citata in *Foro. it.*, 8, 1883, p. 453 nt. 1: “dal momento in cui segue una speciale vendita dei frutti o dei tagli degli alberi, indipendenti dalla terra, (questi) si considerano come divenuti cosa mobile, benchè ancora aderiscano al suolo. Il compratore dal momento del contratto acquista il diritto di atterrare gli alberi, di raccogliere i frutti: perciò da quel punto quegli oggetti sono mobilizzati ed avviene quasi una morale loro separazione dalla terra”. In buona sostanza, il presupposto di tale orientamento non era altro che il principio consensualistico, la cui operatività rimaneva invariata nella vendita di frutti pendenti: anche in questa ipotesi, la *res* sarebbe divenuta di proprietà dell'avente causa sin dalla valida manifestazione del consenso.

²⁷⁵ In particolare, E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato*, cit., p. 335 prospettava due distinte soluzioni al caso di usufrutto cessato prima della raccolta ma dopo l'alienazione del frutto pendente: “v'ha chi pensa che una tale vendita fatta senza frode possa opporsi al nudo proprietario, e che in tal caso il prezzo appartenga per intero a lui. Altri al contrario reputano che tale vendita non abbia effetto contro il nudo proprietario, che rientra in possesso del suo fondo ... ove i frutti non divengano suoi (cioè, dell'usufruttuario) per la cessazione dell'usufrutto prima della raccolta, la vendita avrebbe avuto per oggetto la cosa altrui, e perciò sarebbe nulla”. L'Autore, pur riconoscendo la maggior “correttezza giuridica della seconda opinione”, si dichiarava a favore della prima in quanto “più equa e per certo non contraddetta da veruna legge espressa”.

²⁷⁶ Optavano per tale soluzione V. CATTANEO, C. BORDA, *Codice civile italiano*, cit., p. 366, seppur riconoscendo, in linea generale, l'esistenza di “dubbii sulla divisione dei frutti alla fine dell'usufrutto”, e G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto. Dell'uso e dell'abitazione*, I, Napoli, 1895, spec. p. 25 ss.

Dovendo escludere che potessero convivere tra loro, non è agevole esprimere una preferenza tra le due tesi appena esposte. Probabilmente, sotto un profilo di stretto diritto, la seconda ricordata appare più coerente con lo stato delle cose. E, del resto, proprio il codice non lasciava dubbio in ordine alla *perceptio*: infatti, dal combinato disposto degli artt. 479 e 480 si deduceva che la proprietà dei frutti naturali veniva acquistata al momento della raccolta²⁷⁷. Si doveva trattare, allora, di una vendita di cosa altrui che si affiancava a un diritto di usufrutto cessato prima del taglio del *fructus* (nel nostro caso, dell'albero).

Ciò nonostante, la decisione dei giudici del 1883 si orientava verso una terza via: qualificare il contratto come *emptio rei speratae*, nonostante l'accoglimento del secondo orientamento quanto ai presupposti della *perceptio* (ossia, il taglio effettivo del frutto). A nostro parere, si tratta di un'interpretazione priva non solo di coerenza logica, ma anche di fondamento normativo (sia esso codicistico che di *ius Romanorum*). E ciò, chiaramente, incide anche sulla sostenibilità dei rinvii ai *Digesta*. L'ostacolo, questa volta, più che tematico o terminologico, è costituito dall'incompatibilità giuridica tra l'*emptio rei speratae* (di D. 18.1.8 pr.) e la *fructuum perceptio* (come descritta in D. 7.4.13): i frutti pendenti non possono essere a un tempo validamente alienati dall'usufruttuario e ancora nel *dominium* del nudo proprietario. Probabilmente, aderendo alla tesi della vendita di cosa altrui, l'unico rinvio logicamente sostenibile era quello al passo paolino, nella parte in cui disponeva la spettanza dei frutti solo dopo la materiale percezione.

Infine, rimane ignota la ragione per cui la Corte, o le parti in causa, non abbiano direttamente fatto riferimento all'art. 480 c.c., espressamente dedicato alla acquisizione dei frutti civili da parte dell'usufruttuario. Potremmo ascrivere la *ratio*

²⁷⁷ Art. 479: "Spetta all'usufruttuario ogni frutto naturale o civile che può produrre la cosa di cui ha l'usufrutto". Art. 480: "I frutti naturali, che al cominciare dell'usufrutto non sono ancora separati dalla cosa che li produce, appartengono all'usufruttuario: quelli che non sono ancora separati quando l'usufrutto finisce, appartengono al proprietario, senza compenso nell'uno e nell'altro caso dei lavori e delle sementi, ma senza pregiudizio della porzione dei frutti, che potesse spettare al mezzaiuolo che vi era al tempo in cui cominciò o finì l'usufrutto".

del ragionamento alla maggiore autorevolezza svolta (ancora) dalla tradizione, ma sarebbe una mera congettura. Certamente, il fatto che il *ius* antico fosse chiamato in causa nonostante il quadro codicistico di riferimento ci induce a ritenere che i *Digesta* – o almeno i principi che da questi si volevano trarre – fossero giudicati ancora perfettamente idonei a fornire una spiegazione a istituti giuridici moderni.

Emerge dunque un ulteriore dato – a nostro parere – da valorizzare: l'uso del diritto romano non presupponeva necessariamente una lacuna in termini giuridici, ma la necessità di rinvenire un appoggio qualificato per la protezione degli interessi altrui. Esso incarnava una voce senza tempo che continuava a fornire risposte agli interpreti e alla luce della quale rileggere le norme codicistiche: per questo prescindeva dalla presenza, in senso stretto, di un vuoto normativo. È certo constatazione comune che le Corti spesso si movessero in questa direzione spinte da un sentimento di deferenza verso il pensiero dei giuristi romani, ma ridurre tutto a un semplice *argumentum auctoritatis* sarebbe semplicistico. Ciò, invero, significherebbe pretermettere un dato di estrema rilevanza: tutti i protagonisti della scena processuale, nell'Ottocento, avevano invocato i *Digesta* per sostenere la propria pretesa in giudizio.

CAPITOLO III

LO STRUMENTO DELL'ANALOGIA IURIS

1. Di alcune tracce dell'art. 3 delle Preleggi

In questo ultimo capitolo esamineremo una serie di sentenze in cui l'impiego del *ius Romanorum* passava per il tramite dei “principi generali del diritto”. Ora, è chiaro che il ragionamento, nella sua essenza più profonda, non si discostasse da quello che presiedeva i rinvii “diretti”: in altre parole, in entrambe le ipotesi ciò che veniva applicato era sempre un principio dedotto dal diritto antico. A mutare era, piuttosto, la tecnica impiegata, poiché solo nei casi che adesso esamineremo l'argomentazione si fondava sul richiamo espresso all'*analogia iuris*. E questo aspetto, all'interno di uno studio che ha preso le mosse proprio dalle tracce applicative dell'art. 3 co. 2 delle Preleggi, non può certo essere ignorato.

Inoltre, entro questo scenario, avremo modo di notare un dato ulteriore: la regolarità con cui le parti fondavano i propri ricorsi sui “principi generali” e, attraverso questi, sul diritto romano. Infatti, mentre la pratica del “rinvio immediato” contraddistingueva, in linea di massima, il contenuto delle decisioni – e, quindi, del ragionamento giudiziario –, quella del “rinvio mediato” aveva maggior fortuna tra le parti processuali: attore e convenuto. Ma ciò che è ancor più rilevante è che tali domande, così formulate, venissero accolte. Difatti, come vedremo, le eventuali sentenze di rigetto si fondavano in linea di massima su considerazioni attinenti al merito della lite, non su ragioni di rito o preliminari. In altri termini, si trattava di un *modus operandi* ordinariamente praticato.

1.1 Corte di Cassazione di Firenze, 13 dicembre 1877

Nella catena di testimonianze giurisprudenziali spicca, in primo luogo, la pronuncia della Corte di legittimità fiorentina del 13 dicembre 1877²⁷⁸. Per inquadrarne le coordinate, è opportuno ripercorrere brevemente i fatti che avevano dato luogo alla sentenza. L'attore, nell'arco degli anni sessanta dell'Ottocento, citava in giudizio il convenuto al fine di ottenere una sentenza di condanna alla demolizione del muro che quest'ultimo aveva innalzato – per un'altezza complessiva superiore ai tre metri –, confinante tra le due abitazioni. La Corte di Firenze accoglieva la domanda, in quanto la costruzione in questione non solo non apportava alcuna utilità al convenuto, ma – ed è questo il punto – toglieva luce e prospetto all'agente²⁷⁹. Nella forma in cui era giunta dinanzi alla Corte d'appello, la fattispecie si presentava piuttosto articolata. Il muro del quale le parti si trovavano a discutere, infatti, era comune a entrambe le abitazioni e, pertanto, rientrava – quanto meno astrattamente – nel campo applicativo dell'art. 553 c.c. che consentiva espressamente a ciascun proprietario di “alzare il muro comune”²⁸⁰. Tuttavia – sulla base del ragionamento della Corte d'appello prima, e della Cassazione poi – la lettera del codice non ostava a una sentenza di accoglimento delle richieste attoree. Infatti, per i giudici di secondo grado, l'*iter* logico muoveva da un presupposto specifico: il vicino avrebbe certamente potuto alzare quel muro “se vi avesse appoggiato un edificio”; altrimenti, l'innalzamento senza causa avrebbe tolto “senza alcuna utilità il prospetto e la luce” al *dominus* confinante, così integrando un atto “fatto per emulazione”²⁸¹. Tale assunto era condiviso per intero anche dai giudici di legittimità²⁸².

²⁷⁸ Il cui testo integrale è consultabile in *Foro It.*, 3, 1878, pp. 481 ss.

²⁷⁹ Cfr. *Foro It.*, cit., p. 482.

²⁸⁰ “Ogni comproprietario può alzare il muro comune, ma sono a suo carico le spese dell'alzamento, le riparazioni per mantenimento dell'alzata superiore al muro comune e le opere occorrenti per sostenere il maggior peso derivante dall'alzamento, in modo che il muro riesca egualmente solido”.

²⁸¹ Riportato a margine della sentenza della Corte di Cassazione fiorentina, e leggibile in *Foro It.*, cit., p. 492, nt.1.

²⁸² *Op. cit.*, p. 492 ss.

Il punto problematico consisteva, evidentemente, nella possibilità di vietare l'ultimazione dell'opera muraria qualificando la stessa come atto emulativo: questione, questa, tutt'altro che scontata, dato lo stato delle fonti in materia. Il ragionamento delle Corti si articolava a partire da quella che era considerata una lacuna legislativa, poiché non era rintracciabile alcuna disposizione che, nel codice del 1865, disciplinasse in positivo la materia degli atti di emulazione né che condannasse genericamente il comportamento di colui che nuoce ad altri, senza lederne specificatamente alcun diritto²⁸³.

Tuttavia, occorre notare come in realtà la problematica risultasse duplice. Da un lato, si doveva accertare se la condotta del convenuto in giudizio fosse giuridicamente rilevante, data la non configurabilità di alcun atto o azione direttamente volti a danneggiare l'altrui diritto, dal momento che, la condotta dell'agente, si arrestava alle soglie della molestia e del danno genericamente intesi²⁸⁴. Dall'altro – e solo dopo aver

²⁸³ La problematica non era affatto sconosciuta alla scienza giuridica tra Otto e Novecento. Non sorprende, allora, imbattersi in svariate riflessioni intorno al (non codificato) tema degli atti emulativi, sul quale si misurarono vari studiosi, a partire da N. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, I, Napoli, 1869², p. 439 ss., il quale menzionava espressamente, tra i limiti al diritto di proprietà, l'agire con il solo scopo di cagionare ad altri molestia o danno. Si concentravano, poi, sul divieto di atti emulativi, ammettendolo nel particolare caso dei condomini, proprietari di una medesima opera muraria (per lo più di confine) E. PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza. Delle servitù legali*, Firenze, 1870², p. 274 ss.; J. MATTEI, *Il codice civile italiano commentato*, II, Venezia, 1873, p. 262 ss.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile. Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni*, II, Torino, 1877, p. 456 ss. Accoglieva l'operare del divieto di atti emulativi, limitandolo alla particolare materia delle acque, S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano. Nozioni generali di diritto e cenni idraulici. Teoria dell'acquisto, esercizio e perdita della presa d'acqua*, I, Torino, 1879, p. 574 ss; ne evidenziava l'applicazione in termini generali E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in AG, 14, 1880, p. 150 ss. Infine, in senso nettamente contrario, con il precipuo intento di confutare le teorie favorevoli al divieto di atti emulativi, V. SCIALOJA, *Aemulatio* (1892), ora in ID., *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, p. 216 ss., sul quale si tornerà più approfonditamente nei §§ 1.1.a, b.

²⁸⁴ È opportuno, quanto meno, segnalare come la problematica del divieto degli atti emulativi abbia, almeno in parte, intersecato (e continui a intersecare) un ulteriore dibattito sorto a cavallo tra Otto e Novecento, dai confini altrettanto controversi: quello relativo all'abuso del diritto. Non ci è certo possibile in questa sede entrare nello specifico della questione; per una sua ricostruzione si rinvia a G. CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in Riv. dir. civ., 63, 2017, p. 564 ss., ove altra bibl.

risolto positivamente il primo quesito – occorre stabilire in che modo poter legittimare un simile divieto nel totale silenzio del legislatore unitario.

Quanto alla questione preliminare, strettamente connessa con la concezione allora imperante della proprietà²⁸⁵, la Corte di legittimità si esprimeva, senza alcun dubbio, a favore della teoria “proibitiva”, statuendo – alla luce di non meglio identificati “principi di onestà naturale”²⁸⁶ – espressi limiti alle facoltà connesse al *dominium* del singolo individuo. Circa la fonte normativa di un simile divieto, questa era tratta da un tritico di frammenti provenienti dal Digesto e trasposti al caso controverso attraverso i “principi generali del diritto”. Più nel dettaglio, così come il diritto romano concedeva “al danneggiato l’azione del dolo, *doli actionem*, per impedire o far demolire l’opera”, secondo quanto previsto in D. 39.3.1.11²⁸⁷, D. 39.3.2.9²⁸⁸ e D. 39.3.2.5²⁸⁹, a “maggior

²⁸⁵ Ormai note sono certe riflessioni attorno al diritto soggettivo del proprietario, fortemente connotate da quell’individualismo liberale che, in giuristi come Scialoja o Bonfante, è alla base di un ordine giuridico borghese in cui la proprietà privata è l’archetipo di tutti i diritti soggettivi. Da qui, l’accurata reazione dell’autore della prolusione camerte contro ogni tentativo di limitare la libertà del singolo nei rapporti tra privati, in nome di una (per lui, infondata) teoria proibitiva dell’emulazione. Sull’indubbia influenza dell’ideologia liberale, soprattutto nella concettualizzazione di certe figure di ampio respiro quali il “negoziato giuridico” o il “diritto di proprietà”, si rinvia a M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 22 ss.; G. CHIODI, *Vittorio Scialoja*, in *DBGI*, II, 2013, pp. 1833 ss.; E. STOLFI, *Giuristi, ideologie, codici. Scialoja e Betti nell’interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia*, XLVIII.3, 2014, p. 4 ss.; ID., *Vittorio Scialoja*, in *DBI*, XCI, 2018, p. 536 ss.

²⁸⁶ Cfr. *C. Cass. Firenze*, cit., p. 491.

²⁸⁷ *Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri.*

²⁸⁸ *Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.*

²⁸⁹ *Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstat, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi*

ragione” doveva esser concesso tra condomini. Tale principio, “adottato dai giureconsulti romani” doveva “aversi per sottinteso nel nostro codice, in ordine all’art. 3 delle Disp. prel.”²⁹⁰.

Fatte queste premesse, è indispensabile considerare singolarmente i frammenti, indipendentemente (almeno per ora) da quella prospettiva attualizzante in cui venivano invocati dalle Corti, quasi quanto materiale normativo applicabile (in modo più o meno immediato) alla nostra controversia.

1.1.a. D. 39.3.1.11, D. 39.3.2.9 e D. 39.3.2.5

La soluzione prescelta dalla Corte di Cassazione fiorentina e rintracciata in frammenti che attenevano al regime delle acque piovane in epoca romana, ci conduce in un ambito teoricamente contiguo – e, soprattutto, non di rado battuto dalla storiografia impegnata attorno al tema dell’*aemulatio*²⁹¹ – ma non perfettamente rispondente alla problematica *sub iudice*, attinente all’innalzamento di un muro tra due proprietà confinanti. Ciò premesso, i tre frammenti risolutivi (nella prospettiva dei giudici) della problematica, erano contenuti in D.39.3.1 e D.39.3.2, dedicati interamente all’*actio aquae pluviae arcendae*²⁹², e pertanto – almeno *prima facie* – distanti dal contesto giuridico del quale la Corte avrebbe dovuto occuparsi.

competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus.

²⁹⁰ Così *C. Cass. Firenze*, cit., p. 491.

²⁹¹ Il fatto che, sin dalla metà dell’Ottocento, l’indagine in materia di atti emulativi abbia incrociato l’esegesi di vari frammenti dei *prudentes*, tutti dedicati alla possibilità di concedere l’*actio aquae pluviae arcendae*, ci consegna un dato incontrovertibile: l’indubbia vicinanza – e, dunque, rilevanza reciproca – tra due terreni di ricerca. A testimonianza di ciò si rinvia a S. PEROZZI, *Il divieto di atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque*, in *AG*, 53, 1894, p. 350 ss., ove troviamo analizzati i testi di nostro interesse, con un’attenzione particolare rivolta alle (eventuali) alterazioni testuali operate dai compilatori. Inoltre, si vedano P. BONFANTE, *Il regime delle acque. Dal diritto romano al diritto moderno*, in *AG*, 87, 1922, p. 3 ss., e i vari lavori sul tema di Scialoja, tra i quali soprattutto V. SCIALOJA, *Del divieto degli atti emulativi in materia di acque* (1879), ora in *ID.*, *Studi Giuridici*, III, cit., p. 210 ss.; *ID.*, *Aemulatio*, cit., p. 216 ss. Vi torneremo ampiamente tra breve.

²⁹² Si trattava, come noto, di un’antica azione civile, della quale vi era traccia, probabilmente, già nel regime decemvirle (sul punto si rinvia a M. SARGENTI, *Sulla responsabilità per danni nei rapporti di*

Iniziamo dunque ad analizzare la prima delle tre testimonianze invocate dalle Corti fiorentine, ossia (Ulp. 53 *ad ed.*) D. 39.3.1.11:

Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri.

Il caso è noto²⁹³: Ulpiano stava riportando il parere di Sabino e Cassio – dei quali, infatti, rinveniamo traccia nei paragrafi immediatamente precedenti²⁹⁴ –, secondo i quali un *dominus* avrebbe potuto lecitamente trattenere sul proprio fondo (*in suo*) l’acqua piovana che naturalmente vi scorreva e, altrettanto legittimamente, deviarla dal terreno confinante, senza che, però, fosse svolta, sul fondo limitrofo, alcuna attività diretta ad ottenere quel risultato (*dum opus in alieno non fiat*) e senza che si operasse con danno altrui (*dum alii non nocet*). Da parte degli studiosi meno recenti, le maggiori difficoltà sono state sollevate, da un lato, in merito al termine *superficientem* (ampiamente tacciato di interpolazione)²⁹⁵ e, dall’altro, dalla seconda condizione – ma,

vicinanza, in *Studi in onore di P. De Francisci*, III, Milano, 1956, p. 351 ss. ove altra bibl.), in forza della quale, il proprietario di un fondo poteva agire nei confronti del *dominus* del terreno contiguo, qualora, a causa di *opus manu factum*, quest’ultimo avesse alterato il normale deflusso dell’acqua piovana a danno del primo. Era, perciò, un rimedio sostanzialmente preventivo, volto a scongiurare la minaccia di danno futuro da *aqua pluvia*. Sul tema, cfr. F. SITZIA, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1977, p. 1 ss.; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, p. 100 ss.; U. AGNATI, *Le Dodici Tavole: il versetto VII, 8 e l’actio aquae pluviae arcendae*, Cagliari, 2000, p. 46 ss.

²⁹³ Hanno esaminato il passo, tra gli altri, C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in *BIDR*, 70, 1967, p. 235 ss.; G. IMPALLOMENI, *Giuseppe Ignazio Luzzato*, in *Iura*, 29, 1978, p. 310 s.; F. SALERNO, “*Aqua pluvia*” ed “*opus manu factum*”, in *Labeo*, 27, 1981, p. 222 ss.; A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell’età classica*, Torino, 1988, p. 239 ss.; F. CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in F. REINOSO BARBERO (ed.), *Principios generale del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 629 ss.

²⁹⁴ Cfr. (Ulp. 53 *ad ed.*) D. 39.3.1.8, 9, 10.

²⁹⁵ Tra Otto e Novecento, tra i più convinti che si trattasse di un’aggiunta a opera dei compilatori giustiniani, era S. PEROZZI, *Il divieto*, cit., p. 351 ss., il quale – attribuendo al termine *superficientem*

anche su questo, la genuinità del passo è stata da molti messa in dubbio²⁹⁶ – introdotta al termine del passo (*prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non noceat, non prohibetur*). Tuttavia, non sembra opportuno condividere le letture più scettiche: infatti, nonostante il regime giustiniano dell'*actio* in commento avesse verosimilmente subito delle modifiche rispetto all'età augustea e severiana²⁹⁷, oggi appare preferibile evitare interpretazioni esageratamente distruttive, proprie di una critica interpolazionistica non sempre possibile da giustificare²⁹⁸. Piuttosto, è preferibile scomporre il regime di cui ci informava Ulpiano in due diversi periodi.

Sino alla prima condizione (*dum opus in alieno non fiat*) non sembrano presentarsi particolari problemi interpretativi, rimanendo perfettamente entro la *ratio* stessa dell'*actio aquae pluviae arcendae*, la quale – è opportuno ricordarlo – nel suo scopo originario aveva proprio la funzione di scongiurare la minaccia di danno derivante

il significato di “sovrabbondante” – sottolineava l'improbabilità che l'espressione appartenesse originariamente a Sabino e Cassio, in quanto ai loro tempi, il diritto di trattenere e derivare l'*aqua pluvia* non era limitato né all'acqua utile, né a quella *superficiens*. Ciascuno, a suo parere, avrebbe potuto tenere per sé quanta acqua possibile: ecco perché la specificazione troverebbe poca ragion d'essere in un simile contesto. In senso opposto, P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 510 ss., il quale, nell'attribuire al termine il significato di “che scorre sopra”, lo ritiene verosimilmente genuino e, soprattutto, perfettamente in linea con la motivazione che si legge in chiusura.

²⁹⁶ Per una sintesi delle diverse teorie in materia si veda M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940, p. 100 ss., orientato a leggerci il significato di “acqua che scorre, che trabocca”. In senso contrario, invece, F. SALERNO, “*Aqua pluvia*”, cit., p. 218 ss. ove si accoglie la teoria interpolazionistica. Infine, cautamente favorevole a Sargenti, cfr. A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., p. 239, che definiva il passo “lineare e privo di contraddizioni”. Infine, non persuaso dell'ipotesi compilatoria, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 140 ss.

²⁹⁷ Si sofferma sul (preteso) netto ampliamento dei casi tutelabili mediante l'*a.a.p.a.*, dalle *legis actiones* sino all'età giustiniana, F. SALERNO, “*Aqua pluvia*”, cit., p. 219 ss. In termini più cauti, invece, F. SITZIA, *Abuso del diritto*, cit., pp. 210 ss. Più di recente, A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino, 2017², pp. 271 ss.

²⁹⁸ Si tratta di una prospettiva fatta propria, con diverse sfumature, da F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso*, cit., p. 198 ss., che ritiene oggi improbabile attribuire ai commissari di Giustiniano, o a un annotatore tardoantico, il riferimento al *non nocere*, limitando così, ingiustificatamente, il riferimento severiano alla necessità, nell'operare *in proprio*, di non cagionare pregiudizio ad altri. Del resto, solo svilendo completamente il senso originario dei frammenti in tema di *aqua pluvia*, le regolamentazioni dei rapporti *inter vicinos* potrebbero corrispondere a inserzioni successive: ipotesi che, con ogni probabilità, non appare plausibile. Di questa opinione anche F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 629 ss.

dalla deviazione del naturale deflusso dell'acqua, dovuta a molteplici circostanze, tra cui, sicuramente, la costruzione di un *opus manu factum* inutile sul terreno dal quale proveniva il pericolo di danno²⁹⁹. Inoltre, l'opera di cui si discorre non avrebbe potuto essere certo realizzata nel suolo altrui³⁰⁰. Al contrario, la seconda parte del passo ulpiano ha dato luogo a molteplici interrogativi, sui quali è opportuno soffermarsi. Innanzi tutto, ci si è domandati se l'assenza del danno altrui (dal quale deriva, quindi, la liceità dell'atto) fosse da valutare sulla base di un giudizio puramente oggettivo – attinente cioè all'obiettiva utilità dell'operare (o, piuttosto, estendendo la valutazione all'*animus* dell'agente) – del quale *animus*, tuttavia, nel passo non si discorre³⁰¹. Sembra, perciò, che tale secondo orientamento provi troppo rispetto al tenore letterale del frammento di Ulpiano. Infatti, il pregiudizio altrui sarebbe stato verosimilmente escluso ogni volta in cui, nel caso concreto, l'opera avesse presentato una qualche utilità per il proprietario, essendo difficilmente prospettabile – se non a costo di spostare pericolosamente l'intero discorso sul piano della *intentio* dell'agente – il caso

²⁹⁹ Si ricordano – oltre al caso menzionato nel testo –, la distruzione o il cattivo funzionamento di un *opus* utile, esistente sul fondo del vicino, come l'ipotesi di ostruzione di una fossa o di abbattimento di un argine di contenimento dell'acqua medesima. Cfr. N. DONADIO, *La tutela dal rischio di danni da aqua pluvia nelle soluzioni giurisprudenziali tra tarda repubblica ed età severiana: a proposito di D. 39.3.2.5 (Paul. 49 ad ed.)*, in *Jus*, 61, 2014, p. 234 ss. ove altra bibl.

³⁰⁰ Su questo punto, egualmente, non sembrano esserci dubbi. Il paragrafo 11, infatti, non fa che ribadire il principio per cui ciascuno *in suo* può svolgere ogni attività che gli risulti utile, non di certo *in alieno*. Sul punto, anche per ulteriori considerazioni, si veda F. SITZIA, *Abuso del diritto*, cit., p. 184.

³⁰¹ Non è qui il caso di dilungarsi sul paragrafo immediatamente successivo, D.39.3.1.12. Tuttavia, qualche rapido accenno sembra inevitabile. Basti dire che qui, discorrendo della possibilità di concedere l'*actio de dolo* (in questo caso, peraltro, negata), veniva fatto espresso riferimento all'*animus nocendi*: quest'ultimo, però, sotto l'apparenza di un "criterio soggettivo", andava inteso in modo "oggettivo", ossia come "sproporzione eccessiva fra l'utile che avrebbe il proprietario e il pregiudizio patrimoniale che ne avrebbe quello vicino" (così già G. SEGRÈ, *Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali, Corso di diritto romano*, I, Torino, 1927, p. 87). In senso conforme, G. ASTUTI, *Acque (introduzione storica generale)*, in *ED*, I, Milano, 1958, p. 346 ss., il quale, peraltro, ammetteva un'interpolazione giustiniana quanto al riferimento all'*animus nocendi*. Del pari, anche F. SITZIA, *Abuso del diritto*, cit., p. 185.

di *opus* considerato illegittimo, ancorché utile, sulla base della sola indagine psicologica³⁰².

Il testo, allora, avrebbe conservato traccia di un caso concreto di peculiare significato tecnico: al proprietario del fondo era consentito fare tutto ciò che gli risultava vantaggioso, se non recava danno al *dominus* vicino³⁰³. E' quindi plausibile che già ai tempi di Sabino e Cassio si avvertisse l'esigenza di disciplinare in modo articolato i rapporti tra fondi contigui in merito allo scolo dell'*aqua pluvia*³⁰⁴.

Altro problema, come accennato, era stabilire a quale tipo di pregiudizio pensassero i *prudentes* citati da Ulpiano, e poi quest'ultimo. Al riguardo, condividerei quanto sostenuto da parte della storiografia più recente che, collegando l'intento lesivo del *dominus* al concetto di *utilitas*, intravedeva nel diritto privato romano le prime ipotesi di reazione a comportamenti immotivatamente pregiudizievoli dell'altrui sfera giuridica³⁰⁵. Le due condizioni, rispettivamente, dell'obiettiva inutilità dell'atto e dell'*animus nocendi*, sarebbero dunque da valutare congiuntamente, come una sorta di sostanziale endiadi, ove la presenza dell'una diverrebbe condizione necessaria e sufficiente a provare l'altra e, quindi, il danno. È infatti possibile, oggi, rileggere le fonti antiche al netto di quella connotazione ideologica che portò, nel corso del XIX

³⁰² Pur non prendendo esplicitamente posizione, sembrerebbe di questa opinione F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso*, cit., pp. 200 ss. In senso contrario, invece, cfr. F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 629 ss., la quale non mostra alcun dubbio nel riconoscere un peso, nel diritto romano, (anche) all'indagine psicologica dell'agente.

³⁰³ Così, apertamente, A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 272.

³⁰⁴ Fa invece risalire a Quinto Mucio la puntuale regolamentazione dei rapporti tra vicini, nella particolare materia delle acque, N. DONADIO, '*Locus inferior naturaliter superiori servit'*: di un'antica '*regula iuris*' in tema di scolo dell'*acqua piovana tra fondi attigui*, in *RIDA*, 61, 2016, p. 161 ss. Su tale ultimo specifico aspetto, si veda il recente lavoro, con analisi delle fonti muciane in tema di *a.a.p.a.*, di E. STOLFI, *Commento ai testi*, in J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, p. 216 ss.

³⁰⁵ A fronte di una storiografia più risalente che aveva sempre studiato il passo in quei termini, appare preferibile la posizione di F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso*, cit., p. 203 ss., volta a riposizionare il fulcro della questione giuridica sottesa a D. 39.3.1.11 nell'ambito del rapporto tra obiettiva utilità dell'opera – realizzata nel proprio fondo – e (conseguente) assenza di pregiudizio per il *dominus* del terreno vicino.

secolo, alla formulazione di certe tesi interpolazionistiche fin troppo condizionate dalla visuale individualistico-liberale³⁰⁶.

E' perciò difficile condividere pienamente le conclusioni di certi studiosi più risalenti, come Scialoja, in merito a D. 39.3.1.11³⁰⁷. Di certo, quel passo non offriva la testimonianza più incisiva di una generale teoria del divieto di atti emulativi; tuttavia non appare facilmente superabile il riferimento ulpiano al *non nocere aliis* come limite imposto a colui che opera *in suo*.

Passiamo ora all'analisi di (Paul. 49 *ad ed.*) D. 39.3.2.9, citato dalla Corte di Cassazione come secondo “parametro normativo” di riferimento:

Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

L'ipotesi qui considerata dal giurista augusteo, e riportata da Paolo, riguardava un torrente (o, ancor meglio, un fiume)³⁰⁸ che, confluendo nel fondo del *dominus*, lo aveva danneggiato, per poi pervenire al fondo del proprietario inferiore. Allora il primo, onde scongiurare un ulteriore pregiudizio, deviava il torrente dal proprio fondo, privando –

³⁰⁶ Rivolgendoci alla romanistica a cavallo tra Otto e Novecento, Bonfante condivise apertamente le conclusioni di Scialoja, individuando nell'utilità dell'opera l'unico limite al godimento dell'acqua, riconoscendo una settoriale (e limitata) rilevanza degli atti emulativi in tema di *a.a.p.a.* Del pari, Perozzi giungeva alle medesime considerazioni, a testimonianza dell'accoglimento pressoché universale che le teorie scialojane conobbero nel panorama giuridico del tempo. Sul punto, cfr. S. PEROZZI, *Il divieto*, cit., p. 350 ss.; P. BONFANTE, *Il regime delle acque*, cit., p. 3 ss.

³⁰⁷ Cfr. V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 447 ss., ove viene più volte rimarcata l'ottica oggettivistica entro cui sarebbe necessario guardare ai riferimenti testuali romani.

³⁰⁸ Riteniamo preferibile l'interpretazione prospettata già da P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 512, ove, rigettando le teorie di quanti proponevano di eliminare l'espressione “*torrentem*”, invitava a considerare il *flumen torrentem* come una sorta di *asynдетon* riferibile, separatamente, a un corso d'acqua ingrossato per l'affluenza di *aqua pluvia*.

in tal maniera – il vicino del giovamento dell’acqua³⁰⁹. La *quaestio* alla quale Labeone doveva dare soluzione, riguardava la possibilità di concedere al *dominus* del fondo inferiore l’*actio aquae pluviae arcendae*, onde garantirsi nuovamente la fruizione dell’acqua. Il giurista dava risposta negativa, per ragioni che attenevano ai presupposti stessi del mezzo processuale considerato.

Il problema, tuttavia, risultava inscindibilmente connesso alla lettura che si intendeva dare al passo, in ordine alla fonte del danno: è cagionato da una *immissio* o da una sottrazione di acqua³¹⁰? Sembra preferibile orientarsi verso la seconda opzione, facendo proprie le considerazioni svolte già da Bonfante³¹¹. Due sono i motivi a sostegno di questa tesi: l’uno, grammaticale, si basa sull’uso di “*ad eum*” e non di “*ad se*”³¹²; l’altro, di ordine logico, evidenzia l’inconciliabilità con l’esito del responso. Infatti, se si fosse trattato di danno da *immissio*, non si capirebbe come Labeone potesse negare l’*actio*: quest’ultima era stata pensata proprio per le ipotesi di danno derivante dall’immissione di acqua nel proprio fondo, in seguito a un *opus manu factum* del proprietario attiguo³¹³. Pertanto, al fine di attribuire un senso giuridico alle parole del giurista augusteo, il caso non può che riguardare la sottrazione di *aqua*

³⁰⁹ Sul passo cfr. F. SALERNO, “*Aqua pluvia*”, cit., p. 237 s.; J. PLESCIA, *The development of the exercise of the ownership right in Roman law*, in *BIDR*, 88, 1985, p. 199 s.; A. RODGER, *The palingenesia of Paul’s Commentary on the actio aquae pluviae arcendae*, in *ZSS*, 105, 1988, p. 727 ss.; F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 623 ss.

³¹⁰ La questione ha creato dubbi interpretativi sin dai tempi meno recenti. A titolo esemplificativo, si può rinviare a E. ANCONA, *Degli atti di emulazione nell’esercizio del diritto di proprietà*, in *AG*, 52, 1894, pp. 321 ss.; V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 436 ss.; S. RICCOBONO, *La teoria dell’abuso*, cit., p. 24 ss.; P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 512 ss., tutti in termini pressoché univoci nell’optare per un danno da sottrazione.

³¹¹ Cfr. P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 513.

³¹² Infatti, il pronome “*ad eum*” non può che riferirsi a una persona diversa dal soggetto della proposizione *si vicinus flumen torrentem averterit*: indicherebbe, piuttosto, il *dominus* del fondo vicino, danneggiato dalla sottrazione di *aqua pluvia*. Optano per la stessa interpretazione F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 625 ss. e N. DONADIO, ‘*Locus inferior naturaliter superiori servit*’, cit., p. 165 ss.

³¹³ Cfr., per tutti, F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 626 ss.

pluvia, di certo non tutelata dall'azione di acqua piovana al tempo in cui egli scriveva³¹⁴.

A questo punto, sembrerebbe intervenire lo stesso Paolo che, approvando esplicitamente quanto precedentemente riportato, introdurrebbe una deroga (*si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*) dalla non facile interpretazione. Infatti, il problema che qui si delinea è duplice: innanzi tutto, capire se si tratti di un'effettiva espressione paolina, e non piuttosto di un'aggiunta compilatoria; in seguito, determinare che tipo di tutela riconoscere al richiedente, in caso di *animus nocendi* del *dominus* e, quindi, di danno giuridicamente sanzionabile.

Quanto alla prima questione, appare opportuno dare conto di talune ipotesi maggioritarie³¹⁵ avanzate tra Otto e Novecento, secondo cui quelle parole sarebbero frutto di un'interpolazione giustiniana: ciò per due ordini di ragioni, l'una conseguenza dell'altra. *In primis*, è noto come l'*actio de qua* avesse subito un progressivo mutamento – in termini di estensione dei casi tutelabili – dalle sue origini (probabilmente) decemvirali, sino a Giustiniano³¹⁶. Pertanto, ed ecco la seconda

³¹⁴ Appaiono quindi fondati i dubbi manifestati da F. SITZIA, *Ricerche*, cit., p. 205, nt. 120, in ordine al riconoscimento – già ai tempi di Labeone, il cui parere ci è riportato da Paolo in D.39.3.2.9 – di un'*a.a.p.a.* estesa anche alle ipotesi di sottrazione di acqua. Infatti, se volgiamo lo sguardo ad altri frammenti labeoniani sul medesimo tema (si pensi, per esempio, a D.39.3.1.21, dove Labeone e Ofilio vengono citati da Ulpiano), notiamo come l'*actio* venisse negata in tutti i casi di sottrazione o diminuzione di acqua al vicino. Dello stesso avviso sembrano anche F. SALERNO, "*Aqua pluvia*", cit., p. 237 ss., e A. PALMA, *Cura vicinitatis*, cit., p. 181 ss.

³¹⁵ Cfr. S. PEROZZI, *Il divieto*, cit., p. 357 ss.; P. BONFANTE, *Il regime delle acque*, cit., p. 3 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 414 ss.; ID., *Aemulatio*, cit., p. 435 ss., seppur riconducendo alla vaghezza medievale, buona parte delle (imprecise e fuorvianti) interpretazioni alle fonti romane. Altri spunti in S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., p. 215 ss., ove viene sottolineata la (presunta) influenza cristiana sulle aggiunte compilatorie, e P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 510 ss.

³¹⁶ Nella storiografia più recente, si dà ampiamente conto dell'*iter* al quale andò incontro l'*a.a.p.a.*, sino all'età giustiniana. Tra i sostenitori di un suo profondo mutamento, avvenuto per mano giustiniana, soprattutto in termini di finalità idrogeologiche e sociali, F. SALERNO, "*Aqua pluvia*", cit., p. 239 ss. Con maggiore cautela in ordine alle soluzioni di continuità M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 98 ss. In effetti, non sembra infondato condividere l'invito di Sitzia a discostarsi da cesure eccessivamente rigide, onde evitare di presentare la storia di questo mezzo processuale operando salti logici, non del tutto probabili (F. SITZIA, *Abuso del diritto*, cit., spec. p. 218 ss., il quale si sofferma sulla valenza – in termini di ricostruzione storiografica dell'*a.a.p.a.* – della legittimazione, già operante nel I sec. a.C., dell'*opus* per mezzo di *lex agri* e *vetustas* e sulla quale torneremo nel § seg.). Più di recente, e in senso

motivazione, la natura compilatoria della chiosa finale sarebbe servita a giustificare un'apparente incoerenza logica: Paolo non avrebbe potuto accettare l'opinione labeoniana e, al contempo, attribuire rilevanza processuale a un'ipotesi (quella del danno derivante da sottrazione) per la quale il giurista augusteo, invece, negava l'azione. In verità, una verifica più accurata del frammento, rende poco persuasive simili congetture. Concorrono a questo assunto, anzitutto, ragioni di ordine lessicale: il *verior* che precede il periodo ipotetico, collega inscindibilmente il pensiero di Labeone a quello di Paolo. A un simile spunto, inoltre, si sommano alcune argomentazioni di carattere sostanziale, che rendono inverosimile dubitare della paternità paolina del frammento. Il giurista severiano, prendendo le mosse dalla tesi del suo predecessore, ne circoscriveva l'ambito di operatività: nel senso di precisarla ed escluderla in una sottoipotesi. Essa, in altre parole, valeva solo se l'*animus* era di evitare un danno a sé anziché arrecarne uno ad altri³¹⁷. Nel primo caso, infatti, l'*actio* veniva negata per una ragione che delimitava i risultati labeoniani: la sottrazione di *aqua pluvia* non dava luogo ad alcun rimedio processuale, non potendo pretendere dal *dominus* di patire sul proprio fondo un pregiudizio per garantire ad altri lo sfruttamento dell'acqua piovana. È a questo punto che Paolo introduceva il riferimento all'*animus nocendi*, come imprescindibile requisito negativo per valutare la legittimità della deviazione del *flumen torrentem*³¹⁸.

Appare allora evidente il nesso con la seconda problematica a cui abbiamo inizialmente accennato. Dal momento che nel frammento, sin dall'*incipit* labeoniano, si stava disquisendo dell'*actio aquae pluviae arcendae*, nell'ipotesi in cui il *dominus* avesse agito con l'intento di nuocere ad altri, quale azione sarebbe stata concessa? Al

parzialmente contrario, N. DONADIO, *La tutela dal rischio*, cit., p. 243, parla di “nuovo regime” delle acque in epoca giustiniana.

³¹⁷ Così, anche F. CURSI, *Il divieto*, cit., pp. 625 ss.; N. DONADIO, *'Locus inferior naturaliter superiori servit'*, cit., p. 165 ss.

³¹⁸ Si noti peraltro che contro i sospetti di fattura giustiniana di ogni riferimento all'*animus* già si pronunciava Riccobono, su cui cfr. R. ORESTANO, *L'“animus di Salvatore Riccobono”*, in *Iura*, 29, 1978, p. 4 ss.

riguardo, le soluzioni prospettate dalla letteratura più risalente non appaiono univoche, essendo divise tra la concessione dell'azione di acqua piovana e, viceversa, il ricorso all'*actio de dolo*³¹⁹. Tuttavia, di quest'ultima non vi è traccia nel frammento considerato³²⁰.

Certamente, ciò non esclude la possibilità di configurare una residuale operatività dell'azione di dolo, anche in materia di acqua piovana, laddove l'*actio* fosse stata negata: soluzione rispondente al regime dell'*actio de dolo* (notoriamente sussidiaria) e anche ricavabile *a contrario* da D. 39.3.1.12, ove Marcello – trattando di un *opus manu factum* lesivo per il vicino – negava l'azione in assenza di *animus nocendi*³²¹. Tuttavia, il passo paolino ci porterebbe verso un diverso assunto giuridico: l'impossibilità di tutelare il danneggiato, poiché l'autore dell'opera lesiva aveva agito per evitare a sé un danno. Allora, è rispetto a tale premessa che andrebbe determinata l'accezione di *animus nocendi*.

Si tratta, però, di un compito non banale, e soprattutto aperto a risultati non univoci: *in primis*, si potrebbe ricavare l'impressione che l'intento lesivo dell'altrui sfera giuridica andasse indagato in una prospettiva prettamente soggettivistica, idonea a superare (anche) l'eventuale utilità dell'atto, ma ciò rischierebbe di portarci verso

³¹⁹ In questa ipotesi, V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 414 ss., prospettava l'operare dell'*actio de dolo*, ridimensionandone, tuttavia, la portata entro una visuale oggettivistica, avulsa da ogni effettiva indagine attorno alla *intento* dell'agente. Al contrario, P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 512 ss., propendeva per la concedibilità dell'*a.a.p.a.*, leggendo nel frammento “pseudo paolino” un intervento dei compilatori di Giustiniano, in linea con la (presunta) dilatazione del campo applicativo dell'*actio*.

³²⁰ Sulle problematiche relative alla configurazione del dolo nell'esperienza giuridico-processuale romana, si rinvia a F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, pp. 133 ss.; E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., p. 69 ss.; T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino, 2015, p. 322 ss., ove altra bibl.

³²¹ (Ulp. 53 *ad ed.*) D. 39.3.1.12: *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*. Si soffermavano sull'intento lesivo qui menzionato, E. ANCONA, *Degli atti ad emulazione*, cit., p. 323 ss.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *ZSS*, 47, 1927, p. 71 ss.

letture estremizzanti il riferimento testuale all'“animo” del *dominus*³²². Proprio la maggiore (ma non assoluta) attenzione, nelle parole di Paolo, all'utilità dell'*opus* – volto a evitare un danno – dovrebbe suggerire di non adagiarsi troppo sul riferimento alla *intentio* del proprietario agente, ma ciò non implicava certo di farne a meno: essa, semmai, sarebbe stata senza dubbio nociva, in caso di obiettiva futilità dell'atto. Specificata in questi termini l'architettura testuale entro cui la problematica è trattata, non pare illogico affermare che, nel passo riportato, fosse ravvisabile una disciplina restrittiva in materia di acque, la quale guardava al danno altrui in modo ravvicinabile alla concezione emulativa dell'atto³²³. Altro discorso è, invece, vedere in che termini si atteggiasse questa presunta similarità, data l'ovvia distanza che intercorre tra il *ius* elaborato dai *prudentes*, cui si riferiva la Cassazione fiorentina, e il diritto applicato da quest'ultima, i cui tratti essenziali non sono certo riducibili al diverso atteggiarsi dell'*animus nocendi*³²⁴.

È il momento, quindi, di concentrarsi sull'ultimo dei tre frammenti, ossia (Paul. 49 *ad ed.*) D.39.3.2.5:

Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet

³²² Secondo F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso*, cit., pp. 203 ss., il riferimento all'*animus nocendi* sarebbe da intendersi in una prevalente chiave oggettiva, come indicatore – mai disgiunto dall'*utilitas* – dell'illegalità dell'operato del *dominus*. Viceversa, ne offre una valutazione “senz'altro soggettiva” F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 627.

³²³ Alle medesime conclusioni, ma con un *iter* logico diverso, focalizzato sull'eccezionalità del risultato, si esprimeva persino V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 430 ss., riconoscendo una limitata operatività degli atti emulativi in materia di acque.

³²⁴ Vi torneremo nel § seg.

facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus.

Il caso partiva da un fatto specifico: un argine nella terra del vicino, originariamente destinato a contenere la violenza con cui l'acqua piovana scorreva tra i campi, era stato dalla stessa distrutto. La disamina, relativa alle conseguenze dell'abbattimento, veniva affrontata attraverso tre soluzioni proposte rispettivamente da Alfeno Varo, Labeone e Paolo (che riportava il parere dei primi due)³²⁵. In particolare, la problematica presentata dai primi era triplice. Infatti, nel primo caso, la *vis aquae* aveva distrutto un *agger naturalis* situato sul fondo limitrofo; nel secondo, invece, la violenza delle precipitazioni aveva fatto crollare un *agger manu factus, cuius memoria exstat*³²⁶; infine, nella terza e ultima ipotesi, la veemenza della pioggia abbatteva un *agger artificialis cuius memoria non exstat*³²⁷.

In ordine ai primi due casi, il frammento riportava la sola voce di Alfeno Varo, lasciando dunque aperta (ma non documentata) la possibilità di un'adesione degli altri

³²⁵ Per un primo inquadramento del frammento si vedano A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, p. 197 ss.; G. NEGRI, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino, 1996, p. 138 s.; H.J. ROTH, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1998, p. 171 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso*, cit., p. 186 ss.; F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 625 ss.; N. DONADIO, *La tutela*, cit., p. 239 ss., ove altra bibl.

³²⁶ Da intendersi, seguendo la letteratura prevalente, come un prodotto dell'attività umana della cui origine si conserva la memoria, legittimato dalla *lex agri*. Si noti come quest'ultima, intesa quale *lex* data dai primi fondatori della colonia, viene annoverata dal medesimo filone interpretativo tra le *leges condicionibus agrorum dictae*, aventi carattere pubblico. Sul punto, cfr. P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 496 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 525 ss. In senso parzialmente difforme, invece, M. BRETONI, *I fondamenti*, cit., p. 262 ss.

³²⁷ Trattasi di un *opus manu factum* situato sul fondo contiguo da tempo immemore e, pertanto, legittimato dalla *vetustas*. Su quest'ultima, definita come "stato di cose che dura da tempo immemorabile", si rinvia a P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 497.

due giuristi alla *opinio* espressa dal primo³²⁸. Questi, in particolare, negava l'azione sia nel caso di *agger naturalis* – per obiettive ragioni che attengono alla *ratio* stessa dell'*actio*, la quale, come più volte accennato, tutelava il naturale flusso dell'acqua contro ogni alterazione, non naturale, bensì determinata da interventi materiali, produttiva di danno –, che nell'ipotesi di *agger artificialis* di cui non si aveva più memoria. Viceversa, nel caso di *agger artificialis cuius memoria exstat*, Alfeno concedeva l'*actio* per obbligare il convenuto a una rimessa in pristino della situazione o, alternativamente, per ottenere dallo stesso un mero *patientiam praestare*³²⁹. L'ipotesi su cui discordavano i tre giuristi e che, senza dubbio, ha creato i maggiori problemi esegetici, era l'ultima, relativa all'*agger artificialis cuius memoria non exstat*. Infatti, a differenza di Alfeno Varo, Labeone e Paolo riconoscevano una tutela processuale agli interessi del proprietario del fondo danneggiato, ma in termini differenti. Il primo, infatti, rimaneva nell'ambito dell'azione (*pluviae arcendae*), concedendola anche in quest'ultima ipotesi; nella chiosa paolina, invece, veniva prospettata un'*actio utilis* o un *interdictum*³³⁰. I problemi che il frammento ha posto, specialmente in ordine all'ultima parte attribuita a Paolo, attengono *in primis* alla genuinità della citazione. Infatti – oltre a qualche proposta di emendamento del passo,

³²⁸ Cfr. N. DONADIO, *La tutela*, cit., p. 240.

³²⁹ Si fa in tal modo riferimento, genericamente, all'obbligo di un soggetto di "sopportare" l'attività di qualcun altro sui propri beni. Nel caso di specie, Alfeno si riferisce all'attività dell'attore, da svolgersi nel fondo del convenuto, e volta alla ricostruzione dell'opera manufatta, distrutta dalla veemenza dell'acqua. Sul tema si vedano P. VOCI, *Risarcimento e pena privata*, Milano, 1939, pp. 168 ss.; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., pp. 103 ss.; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., pp. 200 ss.

³³⁰ Vi è chi ha ritenuto che da "*quamquam tamen*" in poi Paolo stesse ancora riportando il pensiero labeoniano, attribuendo così a quest'ultimo l'intero passo, eccetto che per la parte risalente ad Alfeno Varo. Ciò sul presupposto che il giurista severiano si sarebbe altrimenti contraddetto nell'arco del medesimo *responsum*, disquisendo prima della concedibilità dell'*a.a.p.a.*, per poi tornare, immediatamente dopo, sui propri passi, optando per due rimedi processuali, *actio utilis* e *interdictum*. In questo senso si vedano W. WALDSTEIN, *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, p. 304 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, p. 79 ss. Ora, in verità, questa opzione crea qualche perplessità: del resto, l'*actio utilis* era congegnata sulla falsa riga (*ad exemplum*) dell'azione civile. Senza contare che un'incoerenza, questa volta rispetto al pensiero di Labeone, vi sarebbe proprio se a lui facessimo risalire anche il tratto di cui si discorre.

oggi prevalentemente abbandonata³³¹ –, una parte consistente della storiografia tra Otto e Novecento, aveva sostenuto l'interpolazione della chiosa finale, introdotta da “*haec aequitas*”, a opera dei compilatori giustiniani³³². Le motivazioni addotte erano fondamentalmente due: a venire confutata era in *in primis* la paternità severiana del richiamo all'equità, poi, il riferimento all'interdetto e all'azione civile, considerato frutto di un ampliamento compilatorio poiché non coerente con la parte antecedente del frammento, dove Varo e Labeone stanno disquisendo della sola *actio aquae pluviae arcendae*.

Quanto alla prima questione, in realtà, sarebbe proprio il richiamo all'*aequitas* a testimoniare il progressivo ampliamento della tutela processuale offerta dall'*actio* in commento, già in atto tra II e III secolo d.C., con precise conseguenze sul piano giuridico: ragioni di giustizia sostanziale avrebbe spinto il giurista severiano a fornire una tutela al *dominus*, con strumenti alternativi all'*actio civilis*, onde bilanciare le posizioni dei due vicini nello sfruttamento dei rispettivi fondi. Per quanto l'uso del condizionale appaia necessario, data la persistenza di orientamenti favorevoli all'innesto postumo dell'*aequitas*³³³, ragioni di ordine sistematico concorrerebbero a diverse conclusioni. Infatti, sarebbe sempre il ragionamento equitativo – sperimentato

³³¹ Ci riferiamo, prevalentemente, alle proposte di Cuiacio e Krüger, le quali, seppur abbandonate dalla maggioranza degli interpreti più recenti, trovano ancora – specie con riferimento al secondo – il sostegno di autorevoli studiosi, come F. SITZIA, *Aqua pluvia e natura agri: dalle XII tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999, p. 66 ss. Si sofferma sul punto, più di recente, N. DONADIO, *La tutela*, cit., p. 240 ss.

³³² Si pensi alle voci di autori, quali S. PEROZZI, *Il divieto*, cit., p. 357 ss., il quale – dopo aver accennato a una presunta eccedenza della giurisprudenza romana, nel concedere un'*actio utilis* o un *interdictum* nell'ipotesi di naturale alterazione dello stato dei luoghi – attribuisce all'opera di un compilatore sia D.39.3.2.5 che D.39.3.2.4, dato il comune riferimento all'*aequitas* (a suo avviso, interpolata). In senso parzialmente contrario cfr. già A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895, p. 504 ss.; S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., pp. 25 ss.; P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 504. ss., tutti propensi a limitare l'intervento compilatorio e, pertanto, a mantenere ferma – quanto meno in via generale – la genuinità sostanziale del passo.

³³³ Infatti, tra la letteratura che più di recente si è accostata al tema, rimangono orientati per l'interpolazione del passo, F. SITZIA, *Aqua pluvia*, cit., p. 61 ss. e F. SALERNO, *Aqua pluvia*, cit., pp. 230 ss. Propendono, invece, per una sostanziale genuinità del frammento G. BRANCA, *La responsabilità*, pp. 362 ss.; V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1966, p. 87 ss.; A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., p. 183 ss.

sin dal pensiero labeoniano³³⁴ – a orientare un'altra soluzione paolina, trädita nel frammento immediatamente successivo³³⁵. Quanto a D.39.3.2.6, esso conteneva l'esplicito richiamo all'*aequitas*, per fondare l'estensione dell'*actio* a un caso originariamente non rientrante tra quelli tipici contemplati: l'ostruzione di una fossa posta sul fondo inferiore stava danneggiando il terreno del *dominus* superiore, al quale veniva riconosciuta la legittimazione attiva all'azione, onde tutelare la sua posizione rispetto a quella contrapposta del proprietario vicino. Anche in questo caso, il significato originario del passo non sembrerebbe alterato, potendosi al più limitare l'intervento giustiniano alla condivisione della soluzione paolina, esplicitata nel *nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus*³³⁶. Con ciò, potrebbe rimanere impregiudicata la soluzione circa il carattere autentico di (Paul. 49 *ad ed.*) D.39.3.2.5: entrambe le testimonianze risultano ispirate, peraltro, alla medesima *ratio* di bilanciamento tra interessi contrapposti, realizzata attraverso un ampliamento della tutela processuale.

³³⁴ Si pensi a (Ulp. 56 *ad ed.*) D.47.9.3.2 ove Ulpiano, riconducendola a Labeone, propone l'applicazione analogica – per ragioni equitative – dell'editto *de incendio ruina rade nave expugnata* all'ipotesi di attacco di rapinatori a case o ville già saccheggiate. Non dissimile (Ulp. 10 *ad e.*) D.3.5.3.9, ove il giurista di Tiro – riportando ancora il pensiero labeoniano – richiama il ragionamento equitativo per delimitare l'ambito di applicazione di un rimedio processuale. O ancora in (Ulp. 76 *ad ed.*) D.44.4.4.13 a proposito di *exceptio doli*, così come (Iav. 66 *ex post. lab.*) D.24.3.66.7, dove il giurista augusteo si sta occupando di distribuzione del rischio con riguardo a una *promissio dotis*. Sino a menzionare – come in (Ulp. 81 *ad ed.*) D.39.2.24.4 – l'iniquità di una eventuale soluzione opposta, qui in materia di *cautio damni infecti*. Sul punto, cfr. D. MANTOVANI, *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in D. MANTOVANI, S. VECA (a cura di), *Quante equità?*, Milano, 2013, p. 15 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, p. 80 ss. La polarità tra *aequitas civilis* e *aequitas naturalis* non troverà più seguito dopo Labeone: quest'ultimo, insieme alla successiva riflessione serviana, ha rappresentato un vero punto “di giuntura tra tradizione retorico-filosofica e pensiero giuridico”: A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 259.

³³⁵ Così, appunto, N. DONADIO, *'Locus inferior naturaliter superiori servit'*, cit., pp. 177 ss., che evidenzia la continuità del ragionamento paolino, optando per la genuinità del richiamo all'*aequitas* in entrambe le testimonianze riportate in (Paul. 49 *ad ed.*) D.39.3.2.5, 6.

³³⁶ Un simile modo di procedere, in relazione a D. 39.3.2.6, è stato suggerito da F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 625 ss., e N. DONADIO, *"Locus inferior naturaliter superiori servit"*, cit., p. 177 ss.: entrambe intendono spiegare l'uso del plurale *maiestatis*, necessario a indicare la condivisione del pensiero paolino da parte di Giustiniano e non, piuttosto, indice di una sostanziale aggiunta compilatoria.

Quanto alla seconda questione, a confutare la tesi interpolazionistica convergerebbero due ordini di motivi. Il primo, di carattere testuale, sarebbe suggerito dal passaggio dalla forma indiretta del discorso nella prima parte del frammento – ove viene riportata la discussione in ordine all’*agger artificialis cuius memoria non exstat* – a quella diretta, introdotta dal verbo *opinor*, riferito a Paolo in prima persona. Inoltre, ragioni sostanziali testimonierebbero la paternità severiana del richiamo all’*interdictum* o all’*actio utilis*. Infatti, la chiusa paolina rimetterebbe nelle mani della discrezionalità pretoria l’individuazione del rimedio che, tra l’*actio utilis* e un eventuale interdetto concesso in via utile, si sarebbe prestato a tutelare con maggior efficacia la posizione del *dominus*

Proprio il ricorso a strumenti tipici del *ius praetorium* idonei ad assolvere a quella funzione integrativa e correttiva del *ius civile* potrebbe, a suo modo, confermare la genuinità di D.39.3.2.5³³⁷. Infatti, il ricorso all’interdetto – con la sua sommaria verifica circa la sussistenza delle ragioni del richiedente –, avrebbe consentito di assicurare una tutela più rapida ai casi di danno imminente da *aqua pluvia*; l’azione utile, invece, avrebbe offerto il vantaggio di estendere la portata dell’azione civile a una più ampia e discrezionale valutazione delle circostanze del caso concreto³³⁸. Alla luce di queste considerazioni, è consentito ricavare una visione complessiva della prospettiva adottata dai tre giuristi. Nei frammenti considerati possiamo leggere una progressiva sensibilizzazione verso le ragioni del *dominus*, all’insegna di un graduale ampliamento della tutela nei rapporti di vicinato, in atto tra tarda repubblica ed età severiana³³⁹. Infatti, la rilevanza riconosciuta sin da Labeone – mediante la concessione dell’*actio aquae pluviae arcendae* in merito all’opera manufatta anche se della sua costruzione non si ha memoria – a un’ipotesi per la quale, invece, Alfeno

³³⁷ Giungono alle medesime conclusioni L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, p. 26 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L’abuso*, cit., p. 186 ss.; F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 625 ss.; N. DONADIO, *La tutela*, cit., p. 239 ss.

³³⁸ Sui profili di convenienza dell’*actio utilis* e dell’*interdictum* si sofferma N. DONADIO, *La tutela*, cit., p. 241 ss.

³³⁹ Cfr. in tal senso F. CURSI, *Il divieto*, cit., p. 629 ss.

Varo negava la tutela processuale, conduce, due secoli più tardi, alla soluzione paolina, ancora più attenta alle esigenze del caso concreto.

Tirando le conclusioni di queste elaborazioni giurisprudenziali romane in tema di *actio aquae pluviae arcendae*, preme mettere in rilievo ancora un dato: la raggiunta consapevolezza che fosse possibile riconoscere una risposta da parte dei *prudentes* – sicuramente già dal principato augusteo – a quei comportamenti inutilmente dannosi per gli interessi del *dominus*, attraverso la concessione di un'*actio civilis* o, come nell'ipotesi paolina, mediante il ricorso a strumenti pretori.

A questo punto, senza trascendere in incaute generalizzazioni di principio – volte a desumere dai tre frammenti citati un'immediata formulazione della teoria degli atti emulativi e del loro divieto – è necessario soffermare l'attenzione sulla riproposizione che, di questi passi, è stata fatta dalla Corte di Cassazione.

1.1.b. Una duplice deduzione

Procedendo con riscontri testuali così circoscritti, parlare – con riferimento al diritto romano – di un generico divieto degli atti di emulazione, rischia di forzare eccessivamente il dato letterale. Certamente, la Cassazione non avrebbe potuto agire secondo una direttiva difforme: cercare dati testuali da cui indurre una linea normativa da applicare in via analogica.

La problematica, del resto, si era proposta ampiamente anche entro la scienza giuridica coeva: una parte della romanistica era giunta a conclusioni non troppo difformi dal nostro *decisum*³⁴⁰; altra parte, viceversa, aveva escluso *tranchant* la parificazione tra fonti digestuali e teoria degli atti emulativi e del loro divieto³⁴¹.

³⁴⁰ Senza troppi indugi si pronunciava a favore dell'esistenza di un generico divieto degli atti emulativi nell'esperienza romana M. ROTONDI, *Aemulatio*, in P. CIAPESSONI (a cura di), *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, p. 878 ss.; ID., *L'abuso del diritto*, cit., p. 82 ss. Parlava di un'indubbia derivazione della teoria emulativa di stampo medievale dal *Corpus iuris* giustiniano S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., p. 32 ss.

³⁴¹ Si pensi, innanzi tutto, alla riflessione scialojana attorno all'atto emulativo, difficilmente comprensibile – nella sua intrezza – se non al netto di un'inevitabile, forte, connotazione ideologica

Per quanto riguarda il ragionamento della Corte, ciò che appariva maggiormente creativo, piuttosto che interpretativo, era rispetto al dato letterale dei passi digestuali richiamati, la ricostruzione di un generico divieto romano di atti emulativi, valevole in ogni campo del diritto tra privati e, ancor di più, la sua presunta e immediata derivazione da D.39.3.1.11, D.39.3.2.5, D. 39.3.2.9. Infatti, un primo e incontrovertibile dato avrebbe impedito l'accoglimento di una simile tesi: i frammenti citati riguardavano singole ipotesi, circoscritte al pregiudizio derivante dal decorso dell'acqua piovana, alterato dall'opera altrui. Pertanto, apparirebbe già di per sé complesso, se non a costo di ampliare forzatamente le maglie di un dettato alquanto specifico, trasporre singoli divieti in tema di *aqua pluvia*, all'edificazione di un'opera muraria, sul presupposto che questi frammenti potessero offrire una disciplina di ordine generale

Certo è che, anche tra le voci più caute, se non addirittura ostili all'accoglimento della teoria "proibitiva", si levava un certo consenso nel riconoscere la rilevanza degli atti emulativi in materia di acque³⁴². Ma con una necessaria precisazione: la proibizione di singoli atti, in una materia particolare quale quella relativa all'*actio aquae pluviae arcendae*, non appariva tale da legittimare necessariamente l'estensione della *ratio* del divieto in via analogica. In secondo luogo, l'atto emulativo si atteggiava in modi distinti a seconda del parametro temporale e giuridico di riferimento.

Non soffermandoci oltre in merito alla prima questione, appare invece opportuno qualche chiarimento sulla seconda. Il *vulnus*, infatti, se di derivazione romana si vuol

liberale-conservatrice. Per specifici ragguagli in merito cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja*, cit., p. 21 ss. ed E. STOLFI, *Giuristi*, cit., p. 5 ss.

³⁴² Dopo essersi mostrato contrario alla teoria proibitiva dell'emulazione nell'epoca romana, Scialoja, con particolare riferimento a D.39.3.2.5, riteneva impraticabile l'applicazione analogica della soluzione paolina, in quanto giustificata dai "principi che governano le limitazioni legali alla proprietà rispetto alle acque" e non la totalità dei rapporti di vicinato in correlazione al *dominium* di ciascuno. Così V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 418. Preoccupazioni assai simili animavano Bonfante, il quale – pur ammettendo, in tema di *a.a.p.a.*, l'ispirazione dal divieto degli emulativi – avvertiva subito come, "volendo assumere come regola generale simili motivazioni (...) si andrebbe ben più al di là che non porti la teoria degli atti di emulazione (...) nessuno potrebbe prevedere a quali sorprendenti applicazioni, a che sfacelo del diritto di proprietà si andrebbe incontro con questo principio" (P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., p. 355).

parlare, andrebbe inquadrato in un'ottica prevalentemente oggettiva, senza indugiare sull'analisi psicologica dell'autore dell'atto nocivo³⁴³. Sembrano allora condivisibili le parole di Scialoja – al netto del condizionamento ideologico, peraltro pressoché inevitabile – con cui veniva presentato il difficile equilibrio tra i due termini dell'atto presuntivamente emulativo: a rilevare non sarebbe stato il fatto che l'opera, “che per presupposto generale deve essere sempre inutile a chi la fa”, fosse vietata perché “obbiettivamente dannosa al vicino”, oppure in quanto fatta “con lo scopo di nuocere a lui”³⁴⁴. La particolarità della teoria emulativa, a questo punto, si sarebbe sostanziata nella diversa qualificazione giuridica dell'*animus nocendi*, in quanto elemento subordinato all'inutilità dell'atto.

Tuttavia, ai fini della questione *sub iudice*, ciò che più rileva è notare la “manipolazione” che dei frammenti è stata effettuata dai giudici della Cassazione. Senza dubbio, nei passi citati dalla corte, traspariva una chiara regolamentazione, a opera della giurisprudenza romana, dei rapporti di vicinato, all'insegna di una progressiva sensibilizzazione verso la posizione del *dominus* minacciato dal danno da *aqua pluvia*. È sulla base di questa premessa che i giuristi romani riconoscevano una tutela processuale alla parte danneggiata da un *opus manu factum* inutile (così come in D.39.3.1.11, D.39.3.2.9) o concedevano un'azione al fine di porre rimedio all'inerzia inutilmente lesiva degli interessi altrui (D.39.3.2.5). Tuttavia, nonostante il fondamento giuridico del richiamo appaia coerente, è opportuno notare un inconveniente di ordine logico: ci troviamo dinanzi a una duplice operazione di deduzione. Una prima, che dal particolare casistico tratto dai *Digesta* giungeva alla formulazione di una generalizzante teoria “proibitiva”, considerata di diretta discendenza romana, forzando il riferimento testuale e conferendogli un'operatività di

³⁴³ Si è già accennato alla problematica nel § prec. Basti qui sottolineare come, in merito alla diversa configurazione dell'*animus nocendi*, sono di chiaro stampo oggettivistico le ricostruzioni offerte da S. PEROZZI, *Il divieto*, cit., pp. 356 ss., non ritenendo configurabile – in epoca romana – la proibizione di un atto soggettivamente volto a ledere, benché utile. Il medesimo approccio è poi ravvisabile in V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 416 ss.; P. BONFANTE, *La proprietà*, cit., pp. 353 ss. In senso contrario, invece, S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., p. 46 ss.

³⁴⁴ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 418.

certo non preventivata dai *prudentes*. Una seconda, ancora di maggior impatto teorico, che applicava il (presunto) divieto generale degli atti emulativi al caso specifico, operando una trasposizione concettuale che non teneva conto né della sfasatura terminologica, né – e ancor di più – della distanza teorica tra le due realtà. E partendo dal vuoto normativo del legislatore unitario, la giurisprudenza di legittimità si serviva dei “principi generali del diritto” per dare vita a un parametro normativo in larga misura nuovo, o almeno dai presupposti (antichi) tutt’altro che univoci e indiscussi. Il principio romano ne esce allora trasfigurato, modificato, reinterpretato alla luce di una *ratio* estranea alla *quaestio* motivatrice del responso, per assumere le vesti di una concettualizzazione giuridica doppiamente nuova che dell’epoca romana trattiene solo un’indissolubile eco.

1.2 Cassazione di Torino, 24 febbraio 1888

La fattispecie oggetto di pronuncia riguardava le condizioni di validità dell’atto di disposizione del fondo enfiteutico da parte dell’enfiteuta e la sorte dell’obbligazione personale di pagamento del canone a seguito dell’alienazione³⁴⁵. Il titolare del diritto reale aveva infatti disposto del proprio diritto alienandolo a un terzo – che sarebbe divenuto, dunque, il nuovo enfiteuta –, ritenendosi da quel momento liberato da ogni obbligo verso il proprietario concedente. Quest’ultimo, invero, citava in giudizio l’originario enfiteuta articolando il *petitum* su due passaggi: sul versante contrattuale, l’atto doveva considerarsi invalido poiché privo del consenso del *dominus*; sul piano delle conseguenze patrimoniali, non era consentito al primo enfiteuta di liberarsi dal pagamento del canone enfiteutico adducendo l’alienazione quale causa di estinzione della propria obbligazione³⁴⁶. I primi due gradi di giudizio, rigettando le doglianze del

³⁴⁵ I termini della vicenda sono riportati *C. Cass. Torino 24 febbraio 1888*, in *Foro it.*, 13, 1888, p. 343 ss.

³⁴⁶ Deduciamo l’esito dei primi due gradi di giudizio da *C. Cass. Torino*, cit., p. 343 s.

proprietario, disponevano la cessazione dell'obbligo personale di pagamento in capo all'enfiteuta dante causa in conseguenza della valida alienazione del diritto reale sul fondo altrui. Il concedente si risolveva, quindi, a proporre ricorso in Cassazione, cui resisteva il primo enfiteuta con controricorso. Punto controverso della vicenda e motivo dell'impugnazione principale consisteva nell'asserita erronea interpretazione da parte della Corte d'Appello del quadro normativo di riferimento, con riguardo alla possibilità, per l'enfiteuta, di alienare il proprio diritto. Il legislatore del 1865, all'art. 1562, autorizzava l'enfiteuta a disporre liberamente "tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni", sia per atto tra vivi che *mortis causa*³⁴⁷. Tale norma, secondo la tesi sostenuta dal convenuto e accolta dai giudici di secondo grado, esauriva la disciplina applicabile al caso concreto³⁴⁸. La conseguenza da trarne sarebbe stata la valida conclusione del contratto di vendita del fondo enfiteutico (ossia, del diritto su di esso) e, dunque, la cessazione dell'obbligazione personale di pagamento del canone in capo al precedente enfiteuta. Il ricorrente proprietario confutava le motivazioni sia sul piano della disciplina applicabile sia in punto di conseguenze giuridiche. Quanto al primo profilo, il ricorso del *dominus* prendeva le mosse da una premessa specifica: l'assenza, nel codice italiano, di una norma *ad hoc* che stabilisse l'estinzione dell'obbligo personale dell'enfiteuta in ragione della disposizione del suo diritto³⁴⁹. In questo senso, il contenuto precettivo dell'art. 1562 c.c. si sarebbe presentato "doppiamente" incompleto: *in primis*, nulla diceva in ordine alle condizioni di validità dell'atto di disposizione del diritto di enfiteusi, lasciando così aperta la questione della struttura bilaterale o trilaterale dell'accordo, a seconda che si reputasse o meno necessario il (previo) consenso del concedente; inoltre, sul piano degli effetti del negozio, la norma taceva in ordine alla sorte dell'obbligazione personale di pagamento

³⁴⁷ "L'enfiteuta può disporre tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà. Per la trasmissione del fondo enfiteutico, in qualunque modo avvenga, non è dovuta alcuna prestazione al concedente".

³⁴⁸ I primi due gradi di giudizio non sono rintracciabili in *Foro it.* in versione integrale, ma disponiamo comunque delle parti più salienti dei due dispositivi nella nota riportata a margine della sentenza della Cassazione (cfr. *C. Cass. Torino*, cit., p. 343 nt 1).

³⁴⁹ Si legga *C. Cass. Torino*, cit., p. 344.

del canone. Il quadro normativo, dunque, doveva essere integrato. A tal fine, il proprietario invocava i “principi generali del diritto” di cui all’art. 3 co.2 delle Preleggi che, in questo specifico caso, avrebbero assunto una fisionomia ben precisa³⁵⁰: erano quelli derivanti dal *ius Romanorum* e, nel dettaglio, da D. 6.3.1 pr.³⁵¹ e C. 4.44.3.3³⁵². In ciò risiedeva la specificità del ricorso del *dominus*, che equiparava il silenzio del legislatore in ordine alla necessità del previo consenso del concedente a un vuoto normativo – con un utilizzo singolare, aggiungeremo noi, dell’argomento *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*³⁵³ –, e rintracciava “il principio generale” integrativo nel diritto romano.

L’effetto complessivo che il ricorrente intendeva ottenere era la sostanziale sottrazione del caso concreto al regime delineato dall’art. 1562 c.c., riconducendolo piuttosto nell’alveo dei principi di *ius* antico, ritenuti la fonte di una disciplina più gravosa per l’enfiteuta alienante. Quest’ultimo, infatti, avrebbe dovuto ottenere il previo consenso del *dominus* e la mancata osservanza di tale regola sarebbe stata sanzionata con il perdurare dell’obbligazione di pagamento del canone in capo al dante causa.

La Corte, viceversa, nel prendere in esame i riferimenti normativi invocati dal ricorrente, giungeva a conclusioni opposte: proprio in forza di D. 6.3.1 pr. sarebbe

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat: non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.*

³⁵² *Sin autem duorum mensuum spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini suas meliorationes vendere, his tamen personis, quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emptionem: necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio secundum praefatum modum vendita sit, accipere emphyteutam vel, ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere si emphyteuta maluerit, non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem nec per procuratorem, sed ipsos dominos per se vel per litteras suas vel, si hoc non potu erint vel noluerint, per depositionem in hac quidem civitate apud virum clarissimum magistrum censuum vel praesentibus tabulariis per attestationem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.*

³⁵³ Su questo specifico aspetto torneremo *infra*, al § 1.2.b.

derivato il principio della libera alienabilità del diritto da parte dell'enfiteuta. Quanto a C. 4.44.3.3, volendo l'enfiteuta vendere i miglioramenti o trasferire ad altri i suoi diritti, “doveva ricercare il consenso del padrone del fondo”, il quale aveva facoltà di acquistarli “a quelle condizioni che da altro compratore avrebbe potuto ottenere”. Però, “ricusando di acquistare o lasciando decorrere in silenzio due mesi”, l'enfiteuta rimaneva “libero di alienare senza il consenso” del *dominus*. Venduto regolarmente il fondo, il concedente era “costretto a ricevere il nuovo enfiteuta” e a “riconoscerlo come tale: ogni vincolo fra alienante e concedente veniva a cessare”³⁵⁴. E proprio quest'ultimo aspetto non avrebbe subito alcun mutamento a opera del legislatore unitario.

Dunque, a detta della Corte, se di principi deducibili dal diritto romano voleva parlarsi, questi avrebbero presentato una fisionomia opposta a quella prefigurata dal proprietario impugnante: non solo non si ravvisava la necessità del previo consenso del titolare del fondo, ma neppure sarebbe stato possibile ritenere l'originario enfiteuta obbligato al pagamento del canone ad alienazione avvenuta.

A questo punto, prima di verificare la coerenza delle due sentenze, occorre soffermarsi sui passi richiamati.

1.2.a. D. 6.3.1 pr. e C. 4.66.3.3

Partiamo da (Paul. 21 *ad ed.*) D. 6.3.1 pr.³⁵⁵:

³⁵⁴ Cfr. C. Cass. Torino, cit., p. 353 s.

³⁵⁵ Sul passo si vedano F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager vectigalis*. I. *La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza, 1938, p. 53 ss.; F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella "locatio" degli "agri vectigales"*, in *SDHI*, 30, 1964, p. 2 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Lis Fullonum* (C. I. L. 6,266). (*Notazioni critiche*), in *SDHI*, 43, 1977, p. 129 s.; A. TRISCIUOGGIO, *Le concessioni di beni pubblici nell'esperienza romana*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 286 ss.; S. LONGO, *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino, 2019, p. 39 ss.

Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat: non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

Paolo, nel ventunesimo libro del commento all'editto del pretore³⁵⁶, distingueva gli *agri civitatum* in *agri vectigales* e *agri non vectigales*. Tra i primi rientravano i fondi concessi in perpetuo, ossia con la clausola per cui, fintanto che il *vectigal* venisse pagato, non sarebbero stato possibile sottrarli né a coloro che li avevano in concessione, né ai successori. Viceversa, non si consideravano vettigali i terreni dati da coltivare alla stessa stregua di quelli locati privatamente. In altre parole, il giurista severiano – o, secondo altre letture, meno recenti, qualche compilatore giustiniano³⁵⁷ – raggruppava i territori appartenenti alle *civitates* in base alla forma di sfruttamento prescelta, a seconda che si trattasse di una semplice locazione a termine o di una locazione tendenzialmente perpetua³⁵⁸. La stessa qualifica di *agri vectigales*, dunque,

³⁵⁶ Secondo O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, p. 513 il passo comparirebbe originariamente sotto al titolo “*Si ager vectigalis petatur*”. Poi, all’interno dei *Digesta*, sarebbe confluito nel libro “*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*” ormai dedicato interamente agli aspetti processuali del *ius emphyteuticum* di età tardo-antica. Sul rapporto di enfiteusi, anche rispetto al più antico *ius in agro vectigali* cfr. *infra*, nel testo.

³⁵⁷ Il passo è stato, in tempi più risalenti, ampiamente tacciato di interpolazione. A partire da C. SCHILLING, *Studien aus der romischen Agrargeschichte*, in *RIGA*, 1926, p. 60 ss., che riteneva spurio l’inciso “*ut tamdiu ... liceat*” a causa di certe difficoltà sintattiche nel coordinare il futuro anteriore “*conduxerint*” con il perfetto “*successerunt*”, nonché per la pretesa inversione tra “*tamdiu*” e “*quamdiu*”. Viceversa, F. LANFRANCHI, *Studi sull’ager*, cit., p. 53 ss., riteneva tali incoguenze mere sviste materiali di qualche amanuense. Ancora nel senso dell’intervento compilatorio si esprimeva F. WIEACKER, *Rec. a F. LANFRANCHI, Studi sull’ager*, cit., I, in *ZSS*, 59, 1939, p. 626 nt. 3. Tali orientamenti furono definitivamente superati con le giuste considerazioni di F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 2 ss. L’Autore, infatti, osservava come non avesse alcun senso attribuire ai compilatori l’inserimento della “clausola vettigalista” dal momento che, nel diritto giustiniano, la *locatio in perpetuum* dell’*ager vectigalis* era ormai scomparsa.

³⁵⁸ Sulla natura della *locatio in perpetuum* torneremo tra breve. Per il momento è prioritario segnalare che il riferimento di Paolo ai soli territori delle *civitates* non impedisce di estendere il contenuto del frammento anche agli *agri municipiorum* e *coloniarum*, in quanto tutti fondi appartenenti a enti

già informava sulle caratteristiche dell'atto costitutivo della concessione e sulla tipologia di relazione giuridica che sorgeva a valle tra ente concedente e privato concessionario³⁵⁹. La nozione, infatti, andava a designare quei rapporti di *locatio in perpetuum* aventi a oggetto territori ascrivibili a una comunità locale, soggetti al pagamento di un canone in derrate o in denaro (appunto, il *vectigal*), e la cui lunghissima durata aveva finito per accomunarli, nel tempo, a un *ius in re aliena*³⁶⁰. In

territoriali minori e attribuibili ai privati, al pari dei *praedia civitatium*, subordinatamente al pagamento del *vectigal*. In tal senso, da ultimo, P. SANTINI, *“De loco publico fruendo”*, Napoli, 2016, p. 55 ss. e S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 39 ove bibl. Da non assimilare a tale sistema di sfruttamento era quello degli *agri vectigales rei publicae populi Romani*, di sovente ricondotto allo schema delle *locationes censoriae* e caratterizzato da una minore durata del rapporto, temporalmente coincidente con la durata della carica dei censori, cui era demandata l'amministrazione dell'*ager publicus*. In ogni caso, al tempo in cui Paolo scriveva, la distinzione tra i due sistemi di sfruttamento doveva aver perso di rilievo: è infatti noto che a partire dall'età repubblicana il consolidamento delle *possessiones* dei privati sui fondi del *populus Romanus* portò “a una progressiva trasformazione dell'*ager publicus* in *ager privatus*”; durante l'impero, infine, con l'esaurirsi dell'*ager publicus*, sopravvisse solo la prima tipologia di *agri vectigalis* (EAD., *Emptio venditio*, cit., p. 26).

³⁵⁹ A tal proposito è necessario segnalare come la romanistica risulti divisa in merito alla natura di tale relazione giuridica tra ente e privato. Infatti, ne esaltavano la natura privatistica M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 455 s. e F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 6 ss., entrambi favorevoli all'applicabilità, anche alle locazioni in commento, sia dell'*actio locati* che dell'*actio conducti*. Nella stessa direzione si muoveva anche M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla “rei vindicatio”*. *Corso di diritto romano*, Palermo, 1970, p. 117, che si diceva convinto, “per le controversie dei *municipia*”, della possibilità di “agire per formulas”. In senso difforme S. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *Regimen jurídico de las concesiones administrativas*, Madrid, 1996, p. 94 ss. e A. TRISCIUOGGIO, *Le concessioni di beni pubblici nell'esperienza romana*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 285 ss., propensi per la natura pubblicistica dei suddetti rapporti e, dunque, favorevoli all'applicabilità delle sole regole di *ius publicum*. Più di recente, riconducono la *locatio in perpetuum* entro la sfera della locazione consensuale, sia pur con qualche particolarità, L. MAGANZANI, *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, in *IAH*, 3, 2011, p. 170 ss. e S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 36 ss. e 82 ss., ove altra bibl. Quest'ultima, in particolare, opera una distinzione tra l'atto costitutivo e il rapporto da esso scaturente: il primo “appariva un atto di innegabile formazione pubblicistica avendo ad oggetto *ager publicus* (in senso lato)”; il secondo, invece, rientrava “nella sfera del *ius privatum*, essendo lo stesso inquadrato in uno schema contrattuale tipico qual era appunto quello della *locatio-conductio*” (*op.cit.*, p. 36).

³⁶⁰ A tal proposito non paiono convincenti le considerazioni proposte inizialmente da F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager*, cit., I, p. 105 ss. e sviluppate poi da L. BOVE, *Ricerche sugli “agri vectigales”*, Napoli, 1960, p. 110 ss., nel senso di una praticabile equiparazione tra le locazioni perpetue di cui riferisce Paolo e le comuni locazioni a tempo indeterminato. Del resto, le differenze con quest'ultima tipologia si registravano sia sul piano della disciplina applicabile sia in merito ai profili processuali. Quanto al primo aspetto, nel caso paolino l'ente avrebbe potuto porre nel nulla il rapporto solo in caso di mancato pagamento del *vectigal* (e non in qualunque momento, seppur in conformità alla *bona fides*, come invece

quest'ottica, sembra possibile leggere in tale tipologia di sfruttamento il precedente storico del *ius emphyteuticarum* di origine ellenistica, con il quale è dato percepire un rapporto di ascendenza e trasformazione³⁶¹. Residuavano però svariate ombre attorno alla natura di tali locazioni. Era infatti discusso, tra i giuristi, se le concessioni potessero considerarsi come una sorta di *locatio-conductio*, seppur *sui generis*, o fossero piuttosto da ricondurre allo schema dell'*emptio venditio*³⁶². Nel primo caso, ne sarebbe comunque derivato un negozio con alcuni profili di diversità rispetto all'ordinario contratto di locazione, in ragione della peculiare durata della concessione,

avveniva nella *locatio* ordinaria). Inoltre, nel corso del tempo, al concessionario "vettigalista" vennero riconosciuti diversi, più ampi strumenti di tutela. In ordine a tale ultimo specifico aspetto, risultano decisive le considerazioni svolte da F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 17 nt. 36. Secondo quest'ultimo, la *locatio* degli *agri vectigales*, al suo apparire, doveva presentarsi come una sorta di locazione comune, seppur *sui generis* a causa della durata perpetua del rapporto. Tuttavia, nel corso del tempo, tale istituto subì un'indubbia evoluzione: basti pensare al riconoscimento del possesso (sia pure solo ai fini della tutela interdittale) in capo al conduttore e alla possibilità per lo stesso di tutelarsi mediante un'apposita *actio in rem vectigalis*, costruita sulla falsariga della *rei vindictio*. Ancora, tale *ius in agro vectigali* era trasmissibile dal concessionario sia *inter vivos* che *mortis causa*. Insomma, sebbene non fosse un diritto reale perfetto, in quanto, con ogni probabilità, al conduttore non era concesso esperire l'*actio in rem adversus municipales*, è difficile sfuggire alla convizione che tale istituto si fosse ormai allontanato definitivamente dallo schema contrattuale della locazione per avvicinarsi alla "natura reale" (*op. cit.*, p. 46). Più di recente, parlano di "suggestione" a proposito all'accostamento tra locazioni "vettigaliste" e *ius in re aliena* A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, cit., p. 375 s.

³⁶¹ Del resto, tale affinità doveva esser percepita anche dai compilatori giustinianeï, che inserirono nel sesto libro dei *Digesta*, interamente dedicato al *ius emphyteuticum*, frammenti riferiti alle locazioni dei terreni vettigali. La vicinanza tra i due istituti veniva valorizzata da F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 48 s. il quale reputava "difficile sfuggire alla conclusione secondo cui la *locatio* degli *agri vectigalis* era, almeno a partire dal tempo di Giuliano, un istituto, sebbene non ancora compiutamente formato, del tipo dell'enfiteusi". Su tale specifico profilo, si rinvia all'ampia ricognizione di A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, 1994, spec. p. 15 ss., con svariati spunti attorno ai possibili precedenti del *ius emphyteuticum*, nonché p. 108 ss. per un quadro più generale in merito alla disciplina tardo-antica dell'enfiteusi, dalla nota costituzione di Zenone in avanti (sul contratto enfiteutico, torneremo *infra* nel testo).

³⁶² È Gaio, nelle sue *Istituzioni* (3.145), a informarci dei dubbi circa la qualifica contrattuale da attribuire alle concessioni in godimento dei *praedia municipium*: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit. Quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.*

appunto *in perpetuum*³⁶³. Nella seconda ipotesi, invece, il *conductor* sarebbe stato parificato a un titolare di un diritto reale, ritenendosi così preminente l'aspetto della definitività del godimento³⁶⁴. Sebbene già in età gaiana sembrasse prevalere la prima tesi, non è chiaro se la controversia sia rimasta accesa anche nei secoli successivi³⁶⁵: ma in questa sede non vi è modo di essere più precisi³⁶⁶. Rispetto al nostro caso si può

³⁶³ Ne sottolineava le peculiarità F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 24 s.: a suo avviso, si sarebbe trattato di una “locazione in perpetuo, pura, cui accedeva una clausola risolutiva, a favore del municipio, sottoposta alla condizione del mancato pagamento del *vectigal*”. Più recentemente, torna sulle differenze tra locazione ordinaria e *in perpetuum* S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 50 ss. ove bibl. Il parametro di riferimento, chiaramente, era la *locatio rei*, dalla quale però la concessione dei fondi vettigali si differenziava, almeno in parte, necessariamente. Del resto, “il godimento del fondo non si presentava più come un godimento di per sé temporaneo ... bensì era stato miratamente trasformato in tendenzialmente perpetuo ... Il diritto di godimento in capo al privato concessionario, trasmettendosi per via ereditaria, era destinato a durare praticamente per sempre” (*op. cit.*, p. 52).

³⁶⁴ In questa seconda ipotesi, invece, è assai difficile dire come i giuristi romani avrebbero risolto e qualificato l'obbligo di pagamento del *vectigal* gravante sul concessionario, difficilmente compatibile con lo schema proprio dell'*emptio venditio*. A tal proposito, F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager*, cit., I, p. 28 s. vagliava, per poi escluderla, la possibilità che si fosse trattato di una vendita con pagamento rateale; fermamente contrario a tale qualificazione si mostrava invece F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 28 s. La questione, a ogni modo, non doveva esser meramente teorica (come giustamente osserva P. SANTINI, “*De loco publico fruendo*”, cit., p. 62 ss.), in quanto la soluzione in un senso o nell'altro avrebbe comportato effetti pratici di non poco rilievo. Da ultimo, su tale questione, S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 52 ss. ove bibl.

³⁶⁵ Sulla prevalenza della tesi della *locatio conductio* cfr. *supra*, nt. 362.

³⁶⁶ Secondo L. BOVE, *Ricerche*, cit., p. 104 ss., a dire il vero, il contrasto non sarebbe nemmeno realmente esistito. Infatti, per questo Autore non potevano sussistere dubbi sulla riconducibilità della *locatio in perpetuum* alla *locatio conductio*, e richiamava a conferma uno specifico dato, ossia l'assenza di ulteriori attestazioni nelle fonti, diverse da Gai. 3.145, di tale dibattito (*op. cit.*, p. 110). In senso contrario, invece, F. DE MARTINO, “*Ager privatus vectigalisque*”, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, p. 562 ss., il quale riteneva la disputa certamente interna alla giurisprudenza antica e non sopita con l'età gaiana. In termini parzialmente difforni si esprimeva F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 17 per il quale la questione doveva esser necessariamente risalente, ossia già risolta prima di Gaio. È ciò in quanto il dibattito riferito dal giurista aveva il “sapore di una notizia storica”; senza contare che “la sola causa di divergenza” che risultava dalla lettura di Gai. 3.145 era “l'elemento della perpetuità”. In altre parole – e ci sembra plausibile –, ci si doveva collocare in un periodo antecedente alla configurazione della concessione *de qua* come *ius in agro vectigalis* dato che, altrimenti, le differenze sarebbero state altre e ulteriori, rispetto alla *locatio conductio* e all'*emptio venditio*. Ciò spiegherebbe anche perché nelle fonti non era conservata traccia della vicenda, ormai risalente e risolta. Accoglie tale ultima posizione S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 61, valorizzando non solo il tenore letterale del testo di Gaio, ma anche la sua collocazione, immediatamente prima dei §§ 146 e 147, entrambi interamente dedicati ad (altrettante) dispute di origine giurisprudenziale, ormai sopite.

semmai affermare che la scelta dei verbi “*in perpetuum locantur ... conduxerint*” parrebbe sottintendere una certa vicinanza proprio con la locazione ordinaria³⁶⁷.

Ora, il riferimento poc’anzi compiuto alla perpetuità ci conduce verso il primo profilo di rilievo per la nostra indagine. Tali concessioni, come abbiamo accennato, erano connotate da un certo grado di stabilità: finché il canone fosse stato pagato, la *civitas* non avrebbe potuto porre fine al rapporto. In altre parole, “*perpetuum*”³⁶⁸ era qualcosa di diverso e ulteriore da “indeterminato”: si trattava cioè di un parametro temporale rimesso esclusivamente alla solvibilità del concessionario e non alla volontà di entrambe le parti³⁶⁹. La centralità del *vectigal*, e la sua stretta correlazione con il profilo temporale del rapporto in oggetto, si rifletteva anche sul piano della tutela processuale. Infatti, argomentando *a contrario* dal nostro passo, ne desumiamo che il concedente non avrebbe potuto risolvere il rapporto per cause diverse dal mancato pagamento del canone: il corretto versamento del *vectigal*, dunque, operava come vero e proprio limite alle facoltà riconosciute al concedente-locatore³⁷⁰. Quanto al

³⁶⁷ Così anche F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 48.

³⁶⁸ Circa il significato di “*in perpetuum*”, F. LANFRANCHI, *Studi sull’ager*, cit., I, p. 49 ss. riteneva di doverlo tradurre come “in continuo” sul presupposto che la durata indeterminata sarebbe stata una mera eventualità e che la reale caratteristica di tali locazioni era l’automatica cessazione in caso di inadempimento del concessionario. Viceversa, secondo le (convincenti) osservazioni di F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 20 s., l’espressione dovrebbe esser tradotta semplicemente con “in perpetuo”. Infatti, quella riconosciuta all’ente era una mera facoltà di scioglimento del rapporto in caso di mancato pagamento del *vectigal*; pertanto, l’elemento caratterizzante queste *locationes* era senza dubbio la notevole stabilità nel tempo. Soluzione che, in effetti, ci pare maggiormente compatibile con il testo paolino, ove non si fa alcun riferimento all’obbligo per la *civitas* di porre nel nulla la concessione, né viene menzionata alcuna sorta di automatismo in tal senso.

³⁶⁹ Come abbiamo già accennato *supra* (nt. 363), la *locatio in perpetuum* si distingueva nettamente dalla locazione comune a tempo indeterminato. Infatti, quest’ultima attribuiva al concedente la facoltà di porre unilateralmente fine al rapporto in qualsiasi momento. Tuttavia, in quanto contratto di *ius gentium*, tale possibilità doveva esser necessariamente esercitata e interpretata alla luce del parametro della *bona fides*. Così, come rileva A. CENDERELLI, *Durata del contratto e necessità del locatore. Sulle origini della legislazione vincolistica in tema di locazione abitativa*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, p. 337 ss., la durata di tale negozio finiva per coincidere con il periodo in base al quale era stato commisurato il canone. Il che significava, trattandosi di fondi rustici, guardare all’annata agraria come riferimento temporale, in quanto l’espulsione anticipata del *colonus* avrebbe di fatto impedito il godimento del fondo locato (così S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 51 ove bibl.).

³⁷⁰ Limite che appare lampante rispetto alle facoltà riconosciute a un locatore comune a tempo indeterminato, come evidenziano M. FUENTESECA DEGENEFTE, *Primera etapa histórica del ius*

concessionario-conduttore, invece, non è possibile escludere che egli potesse esercitare la facoltà di scioglimento del rapporto, in via unilaterale, al pari di qualsiasi locatario³⁷¹; inoltre, a differenza di quest'ultimo, avrebbe potuto disporre del fondo, sia *inter vivos* che *mortis causa*³⁷². Un ulteriore profilo dubbio, peraltro, riguardava la possibilità che la risoluzione della concessione operasse in modo automatico, al realizzarsi dell'inadempimento, o se invece fosse una semplice facoltà riconosciuta ai concedenti³⁷³. In ogni caso – e ciò ha particolare importanza, come vedremo, per il nostro studio – il rimedio previsto dal giurista a favore del locatore era di tipo caducatorio: la possibilità, riservata alla città, di *auferre* il fondo in caso di mancato pagamento del canone. Viceversa, nell'ipotesi fisiologica in cui il canone fosse stato

emphyteuticum, in *Estudios Juridicos in memoriam del Profesor A. Calonge*, I, Salamanca, 2002, p. 184 ss. e S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 389.

³⁷¹ Si diceva assolutamente contrario a tale evenienza F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 23 ss., il quale leggeva la clausola “*ut tamdiu ... eos liceat*” come facoltà attribuita in via esclusiva all'ente di far cessare il rapporto “vettigale”. Ora, seppur non sia possibile prendere una posizione definitiva sul punto, una simile conclusione ci appare forse eccessiva. Il frammento, invero, sembrava presentare la *lex locationis* degli *agri vectigalis* come vero e proprio restringimento e limite imposto alle facoltà altrimenti riconosciute al soggetto locatore, ossia il non poter sciogliere il rapporto a meno che non vi fosse un inadempimento. Viceversa, nulla si dice rispetto alla posizione dei conduttori, sia originari che successivi; pertanto, non può escludersi in radice la possibilità che questi ultimi potessero sciogliersi, unilateralmente, dal rapporto purché in regola con il pagamento del *vectigal*. D'altra parte, abbiamo già visto come la *locatio in perpetuum* fosse, preferibilmente, ricondotta allo schema negoziale della *locatio (rei)*, seppur con qualche differenza dettata dalla perpetuità. Di recente, risultano possibilisti in tal senso M. FUENTESECA DEGENEFTE, *Primera etapa*, cit., p. 386 ss. e S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 89 ss.

³⁷² Dato l'inciso “*qui in locum eorum successerunt*”, che rende compatibile con il frammento una vasta gamma di “successibili”, anche *mortis causa*.

³⁷³ A tal proposito le tesi sono piuttosto varie: F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager*, cit., I, p. 49 ss., reputava lo scioglimento una conseguenza automatica, operante *ipso iure*, al semplice verificarsi dell'inadempimento e dunque, potenzialmente, anche poco dopo la costituzione della concessione. Viceversa, secondo F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 20 s. doveva trattarsi necessariamente di una facoltà, rimessa alla libera scelta del concedente. Ancora, a parere di S. SCIORTINO, *Il termine dell'expulsio del conduttore per mancato pagamento del canone nella locatio di aedes e di fundi*, in *AUPA*, 51, 2006, p. 303 ss., vi sarebbe stato un “periodo di tolleranza” – entro cui il colono avrebbe potuto procedere a un adempimento tardivo – spirato il quale sarebbe seguita la revoca del rapporto con conseguente espulsione del concessionario. Nel senso della libera facoltà si esprime anche S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 89 s., per la quale “rientrava nel discrezionale apprezzamento dell'ente locatore ... scegliere o di mantenere in vita ugualmente il rapporto ... oppure di avvalersi del suo diritto di riprendersi il fondo”.

correttamente pagato, alla perpetuità si aggiungeva un'ulteriore caratteristica precipua di tale rapporto, che ci conduce al secondo profilo per noi di rilievo: la libera disponibilità del *ius* da parte del concessionario. Quest'ultimo, infatti, avrebbe potuto trasferire il proprio diritto sul fondo, alienandolo o trasmettendolo ai propri eredi. La facoltà di disporre – che ha ingenerato la suggestione per cui da tale locazione sarebbe sorto un vero diritto reale in luogo di un rapporto obbligatorio³⁷⁴ – non era subordinata ad alcun requisito formale o preliminare: il puntuale pagamento del canone avrebbe posto il conduttore (e i suoi successibili) al riparo da tentativi di scioglimento unilaterale della concessione, eventualmente avanzati dal locatore.

La disciplina giuridica appena esaminata non era destinata a rimanere invariata nel corso dei secoli successivi, con il progressivo affermarsi del *ius emphyteuticum*. Ma per quest'ultimo aspetto occorre leggere il secondo testo, ossia C. 4.66.3.3:

Sin autem duorum mensuum spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini suas meliorationes vendere, his tamen personis, quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emptionem: necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio secundum praefatum modum vendita sit, accipere emphyteutam vel, ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere si emphyteuta maluerit, non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem nec per procuratorem, sed ipsos dominos per se vel per litteras suas vel, si hoc non potuerint vel noluerint, per depositionem in hac quidem civitate apud virum clarissimum magistrum censuum vel praesentibus tabulariis per attestationem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.

Il passo, data la lunghezza e la complessità, potrebbe essere tradotto nei termini che seguono. Se anche sarà trascorso un tempo di due mesi e il proprietario non avrà voluto

³⁷⁴ Lo abbiamo già evidenziato *supra*, nel testo.

fare ciò – ossia, guardando alla costituzione precedente, esercitare il diritto di prelazione sui miglioramenti che l'enfiteuta intendeva alienare³⁷⁵ –, sia dato all'enfiteuta il permesso, quando vorrà, di vendere i suoi miglioramenti anche senza il consenso del proprietario: ma a quelle persone, a cui non si suole vietare, nei contratti di enfiteusi, di giungere a un acquisto di tal tipo. (Si stabilisce che) però i proprietari avranno l'obbligo, se il miglioramento sia venduto ad altri secondo il modo indicato, di accogliere (*accipere*) l'enfiteuta o di non opporsi (*non contradicere*) a che il diritto enfiteutico sia trasposto, se l'enfiteuta lo avrà preferito, a persone non proibite ma ammesse e idonee ad assolvere il canone enfiteutico, di non opporsi ma accogliere nel possesso il nuovo enfiteuta, non per il tramite di un conduttore né per procuratore, ma gli stessi proprietari per sé o per loro lettera o, se non vorranno o non sarà potuto ciò, mediante deposizione proprio in quella città davanti al *clarissimum magistrum censuum*, o da celebrare per attestazione alla presenza dei notai e nelle province anche mediante i governatori o i *defensores*.

Il secondo passo menzionato dai ricorrenti, evidentemente, ci conduce a un fase storico-giuridica, posteriore rispetto a D. 6.3.1 pr., ossia al termine di quel processo di progressivo perfezionamento del *ius emphyteuticum* quale diritto autonomo su cosa altrui³⁷⁶. D'altra parte, sebbene il riconoscimento formale dell'enfiteusi si abbia solo

³⁷⁵ È utile in tal senso leggere interamente C. 4.66.3 (*Just.*, 530 d.C.): *Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae graeco vocabulo emponemata dicuntur, alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum, sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari: sin autem nullo modo huiusmodi pactio posita est vel forte instrumentum emphyteuseos perditum est, minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre. (1) Sed ne hac occasione accepta domini minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum quae invenerint, sed eos deludant et ex hoc commodum emphyteutae depereat, disponimus attestationem domino transmitti et praedicere, quantum pretium ab alio re vera accipit. (2) Et si quidem dominus hoc dare maluerit et tantam praestare quantitatem, quantam ipsa veritate emphyteuta ab alio accipere potest, ipsum dominum omnimodo haec comparare.*

³⁷⁶ Per un quadro generale sul *ius emphyteuticum* ci limitiamo a segnalare G.P. SCAFFARDI, *Studi sull'enfiteusi*, Milano, 1981, p. 18 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 393 ss.; A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana*, cit., p. 6 ss.; M. FUENTESECA DEGENEFTE, *Primera etapa*, cit., p. 375 ss.; R. RODRIGUEZ LÓPEZ, *In emphyteuticus instrumentis*, in *RIDA*, 55, 2008, p. 423 ss.; S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 124 ss. ove altra bibl.

con una costituzione di Zenone³⁷⁷, è noto come l'istituto dovesse esser già conosciuto nella prassi giuridica anteriore³⁷⁸. Il regime di tale relazione appariva chiaro: nella prima parte della costituzione si consentiva all'enfiteuta di alienare liberamente le *meliorationes* senza il consenso del *dominus*, sul presupposto che il proprietario non avesse previamente esercitato il proprio diritto di prelazione e purché l'avente causa fosse una persona idonea *ad solvendum emphyteuticum canonem*³⁷⁹. Inoltre, la facoltà

³⁷⁷ C. 4.66.1 (*Imperator Zeno*, 476 d.C.): *Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.*

³⁷⁸ Del resto, il diritto forniva risposte a situazioni che, nella prassi, dovevano aver già fatto la loro comparsa: da qui infatti sorgeva la necessità di qualificare, disciplinare, tutelare. Nel caso specifico dell'enfiteusi, il suo affermarsi era stato progressivo e graduale, sino alla conferma per il tramite della legislazione di Zenone. Tale percorso era il frutto dell'incrociarsi di due fenomeni ulteriori, strettamente connessi tra loro, e che attingono a quel fascio di rapporti di concessione anteriori, di cui l'enfiteusi rappresentò lo sviluppo. Da un lato, l'attribuzione del *ius in agro vectigali* aveva innescato il cammino verso "la proprietà della terra" (V. SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, a cura di B. Brugi, I, Napoli-Torino, 1922², p. 18); dall'altro, nel corso del IV sec. d.C., il modello della *locatio in perpetuum* "vettigalista" venne estesa, di fatto, anche ai privati, rendendo così giuridicamente possibile il trasferimento del *dominium* del bene in quanto "*res privata*" (così F. GALLO, *Disciplina giuridica*, cit., p. 47 ss. e A. ALBANESE, *Le situazioni possessorie in diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 138 ss.) In altre parole, i tempi erano maturi perché l'atto di concessione del fondo assumesse definitivamente i tratti di uno specifico contratto (appunto, *emphyteusis*), allontanandosi definitivamente dal binomio *locatio-conductio* ed *emptio venditio*. Il diritto che ne scaturiva era diverso dalla proprietà e aveva una fisionomia propria, i cui tratti sono stati ampiamente ricostruiti da A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana*, cit., p. 73 ss. e G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano*, Catania, 1999, p. 517 ss. Da ultimo, ancora sull'evoluzione in esame S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 124 s.

³⁷⁹ Tale possibilità, una volta trascorso il termine di due mesi, consentiva di porre fine agli "abusi" che "sino ad allora si perpetravano dai concedenti per prestare il loro consenso per il trasferimento" (così S.O. CASCIO, *Studi sull'enfiteusi*, in *AUPA*, 22, 1951, p. 36). Sul tema delle *meliorationes* e della loro alienazione, si rinvia a G. SCAFFARDI, *Studi sull'enfiteusi*, Milano, 1981, p. 68 ss., il quale ricordava che un vero e proprio obbligo di migliorare il fondo fosse sorto solo in epoca medievale. Del pari, anche A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana*, cit., p. 112 s. definiva le migliorie nei termini di "modificazioni"

di disporre veniva estesa, alle stesse condizioni, al diritto di enfiteusi in quanto tale³⁸⁰. Sebbene ai fini della nostra indagine sia solo questo secondo aspetto a rilevare, è necessario svolgere qualche considerazione ulteriore sull'intero testo. Ne traspaiono infatti due diverse situazioni in cui il *dominus* concedente poteva venire a trovarsi: *in primis*, *accipere* l'enfiteuta in caso di alienazione dei miglioramenti; inoltre *non contradicere* a che il *ius* venisse alienato a terzi, purchè si fosse trattato di soggetti in grado di assolvere al pagamento del canone. Questa seconda ipotesi, poi, era ulteriormente specificata attraverso un'elencazione delle varie modalità con cui il proprietario avrebbe potuto *suscipere in possessionem* il nuovo enfiteuta. Il punto maggiormente problematico è coordinare la prima opzione, attinente all'alienazione delle *meliorationes*, con la seconda relativa al *ius emphyteuticum*. Difatti, "*accipere emphyteutam*" potrebbe essere tradotto come "nuovo enfiteuta", il che però implica che l'acquirente del miglioramento subentra alla stregua di enfiteuta vero e proprio. E dunque, una volta alienate le *meliorationes* insite nel fondo medesimo, l'avente causa si porrebbe, rispetto al proprietario del fondo, al pari di un titolare del diritto reale su cosa altrui. Questa prima opzione interpretativa, tuttavia, non è esente da obiezioni. Anzitutto, occorre capire se l'acquirente diveniva il nuovo e unico enfiteuta, oppure se la vendita comportasse il sorgere di una sorta di coenfiteusi, una sul fondo e l'altra sulle migliorie. Nel primo caso, però, faremmo non poca fatica a distinguere

che incrementavano "i proventi della terra", la cui assenza, però, "non determinava un'ipotesi di devoluzione".

³⁸⁰ Quanto alle condizioni per alienare sia le *meliorationes* che il *ius emphyteuticum*, non abbiamo molte notizie se non quelle che ci derivano dalle costituzioni giustiniane. Inoltre, anche guardando alla romanistica successiva che si è occupata del nostro testo, le attenzioni sono state focalizzate, prevalentemente, sulla concetto di *meliorationes* e sulla facoltà, riconosciuta all'enfiteuta, di alienarle (su cui vd nt. *supra* e *infra*, nel testo). Viceversa, meno indagata è stata l'espressione "*ad personas non prohibitas sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere*". Tale inciso, seppur non immediatamente rilevante ai fini del nostro studio, suscita comunque qualche interrogativo. *In primis*, la ridondanza complessiva della formula porta a domandarci se ciò che non era "proibito" (ma anzi "concesso") si fondasse su un requisito diverso e ulteriore rispetto alla solvibilità: in altre parole, sarebbe stato possibile immaginare un acquirente "proibito" benché adempiente? In caso affermativo, sarebbe dunque necessario comprendere quali fossero esattamente tali condizioni che avrebbero impedito all'avente causa di addivenire all'acquisto delle migliorie o del *ius*. Ma nel *Codex* non vi è traccia di eventuali cause di incapacità di tal genere.

l'alienazione delle *meliorationes* da quella del *ius emphyteuticum*. La seconda ipotesi, invece, dovrebbe fare i conti con la questione della sua stessa ammissibilità nel *ius Romanorum*³⁸¹. L'alternativa è che *accipere* significhi “accettare il comportamento dell'originario enfiteuta”, e dunque considerare il verbo come riferito al primo enfiteuta alienante. In altre parole, occorre capire se *accipere* si riferisca al vecchio o al nuovo enfiteuta. La seconda soluzione consentirebbe di non addentrarsi nello spinoso tema della qualificazione giuridica del rapporto tra *res* e alienante delle *meliorationes*³⁸². Tuttavia, tale ultima scelta, allontanandosi non poco dal tenore letterale del passo, finirebbe per assumere i tratti di una traduzione creativa. Ci sembra dunque preferibile la prima opzione e quindi inquadrare il rapporto entro i termini di una sorta di coenfiteusi³⁸³. Infatti, pensare che la vendita dei miglioramenti estingua il rapporto enfiteutico originario non pare accettabile: vi ostano del resto C. 4.66.1, 2, 3,

³⁸¹ Nel primo senso si era espresso G. SEGRÈ, *Dell'enfiteusi secondo il diritto civile e le leggi speciali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 45, 1908, p. 444 s. il quale optava per far coincidere l'*alienatio* delle *meliorationes* con quella del *ius emphyteuticum* stesso. Equivalenza che, però, priverebbe di significato buona parte della costituzione giustiniana, tutta incentrata sulla distinzione tra enfiteusi e miglitorie. Invece, a favore della “co-enfiteusi” era V. SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, in P. FIORE e B. BRUGI (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, I, Napoli-Torino, 1922², p. 71 ss.: l'Autore riteneva infatti che il dante causa acquistasse a sua volta il *ius emphyteuticum* sulle sole *meliorationes*.

³⁸² Tematica in merito alla quale, effettivamente, è stato detto di tutto tra Otto e Novecento: V. SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, cit., p. 75 parlava di “appartenenza di fatto”. Qualche anno più tardi, non prendeva una precisa posizione S.O. CASCIO, *Studi*, cit., p. 45 ss. Sul finire del XX secolo, optava per un “diritto reale indipendente”, del quale l'enfiteuta poteva disporre liberamente, A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana*, cit., p. 109. In particolare, dall'espressione “*suas meliorationes*” l'Autrice traeva la regola per cui le miglitorie, una volta esistenti, divenivano “oggetti, economicamente e giuridicamente, di esclusiva spettanza dell'enfiteuta”. Ora, sulla facoltà di disporre liberamente riconosciuta all'enfiteuta *nulla quaestio* – del resto, la costituzione è chiara in tal senso –, tuttavia sembra complesso immaginare che l'acquirente potesse divenire, a seguito di un'alienazione così congegnata, pieno proprietario della *res* (consistente nella miglitoria). Senza contare che la tesi della Bottiglieri potrebbe dar luogo a un'ulteriore obiezione. Essendo i miglioramenti da intendersi come qualsiasi incremento del fondo, idoneo ad aumentare razionalmente lo sfruttamento e la produzione, essi andrebbero soggetti alla regola dell'accessione: in altre parole, ancor prima di esser alienati, cadrebbero nel *dominium* del proprietario del fondo sul quale si trovano. Da qui, la possibilità per l'enfiteuta di alienarli sì, ma comunque nella loro veste di beni enfiteutici. Del resto, tali obiezioni dovevano esser note all'Autrice che, infatti, presentava la statuto giuridico delle *meliorationes* nei termini di “eccezione alla regola dell'accessione” (*op. cit.*, 110).

³⁸³ Cioè di “*ius emphyteuticum sulle sole miglitorazioni*”: allora avremmo due enfiteuti (C.O. CASCIO, *Studi*, cit., p. 46).

4 che distinguono tra miglioramenti e diritto di enfiteusi. Nel nostro caso, tuttavia, ci interessa prevalentemente l'aspetto relativo al solo *ius emphyteuticum*. Quest'ultimo, come si desume anche dalla lettura delle costituzioni immediatamente precedenti, era liberamente alienabile da parte del suo titolare, seppur a determinate condizioni³⁸⁴. Fatti salvi i requisiti formali, l'alienazione sarebbe certamente andata a buon fine: ciò, inoltre, avrebbe determinato il sorgere di un nuovo rapporto enfiteutico con il successore a titolo particolare³⁸⁵. Ciò che preme rilevare fin da subito, in particolare, è l'aspetto della tutela processuale: la mancata osservanza delle condizioni appena esposte, invero, avrebbe comportato il venir meno del rapporto enfiteutico tout court, sia con il vecchio titolare che con il nuovo. Pertanto, sulla falsariga di quanto abbiamo già visto per la *locatio in perpetuum* dell'*ager vectigalis*, anche secoli più tardi la sanzione rimaneva comunque di tipo caducatorio: Giustiniano, infatti, disponeva che il *ius emphyteuticum cadat*³⁸⁶.

1.2.b. La presunta lacuna dell'art. 1562 c.c.

Per tornare all'*iter* argomentativo della sentenza in esame, va subito sottolineato come, nel riconoscere la libera alienabilità del diritto di enfiteusi, la Corte abbia rifiutato in radice la chiave di lettura proposta dai ricorrenti e accolta dai giudici di seconde cure. La diversità di conclusioni si fondava su una duplice, antitetica interpretazione del quadro codicistico di riferimento: cioè, dell'art. 1562 c.c. Tale

³⁸⁴ Vd *supra* nt. 377.

³⁸⁵ Ma anche la qualificazione giuridica di questa successione inter vivos era altamente dibattuta tra Otto e Novecento, specie in ordine alla posizione del *dominus* rispetto all'alienazione del *ius*. Non è qui possibile entrare nel merito di una così ampia disamina; basti tuttavia evidenziarne un aspetto. Nell'ipotesi di enfiteusi di fonte contrattuale le difficoltà consistevano in ciò, che non si riusciva a fornire una risposta soddisfacente per giustificare il sorgere dell'obbligo di pagamento del canone in capo all'avente causa. Secondo V. SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, cit., p. 65, si doveva trattare di ciò che modernamente è definito "contratto per persona da nominare". Il dibattito, poco indagato dalla romanistica più recente, è stato ricostruito da S.O. CASCIO, *Studi*, cit., p. 45 ss., ove bibl.

³⁸⁶ Lo ricaviamo espressamente da C. 4.66.3.6 (Iust., 530 d.C.): *Sin autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat*.

norma, nel consentire all'enfiteuta di "disporre tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni", taceva sulle modalità di esercizio di detta facoltà dispositiva, aprendo così la strada a una pluralità di soluzioni³⁸⁷. Infatti, reputando insufficiente la lettera del legislatore, i ricorrenti muovevano da un presupposto decisivo, tale da incidere necessariamente sulle implicazioni sostanziali, ossia l'esistenza di una lacuna normativa³⁸⁸. Viceversa, la peculiarità del *decisum* della Cassazione, che rigettava l'impostazione accolta nei gradi precedenti, consisteva in ciò: che il codice del 1865 veniva reputato esaustivo, e pertanto sufficiente a risolvere la questione *sub iudice*: in altre parole, *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*³⁸⁹. L'alienazione del *ius emphyteuticum* era, dunque, indipendente dalla volontà del *dominus*, in quanto si perfezionava per il verificarsi del semplice accordo tra l'originario enfiteuta e il nuovo, senza che il proprietario concedente potesse sollevare alcuna opposizione, né *ex ante* né *ex post*. Con l'atto di disposizione, l'avente causa diveniva il nuovo titolare del *ius in re aliena* e pertanto anche dell'obbligo personale di pagamento del canone. Tale fatto comportava, contestualmente, l'estinzione di ogni obbligazione relativa al primo rapporto enfiteutico³⁹⁰. I ricorrenti, viceversa, impiegavano l'argomento del silenzio per reputare la norma incompleta in ordine al concreto esercizio della facoltà di disposizione, pur riconsociuta all'enfiteuta, del proprio diritto. Da tale assunto discendeva la necessità di integrare il quadro codicistico, e il tentativo di piegare

³⁸⁷ Per il testo integrale dell'art. 1562 c.c., vd. *supra* nt. 347.

³⁸⁸ È bene evidenziare subito che, non disponendo dell'atto introduttivo del ricorso per Cassazione, dovremo procedere per ipotesi e congetture in ordine alla strategia difensiva. Pertanto, come vedremo nel testo, verranno vagliate varie opzioni, così da individuare quella che avrebbe potuto meglio giustificare il rinvio del ricorrente al diritto romano.

³⁸⁹ In altre parole la Corte, affidandosi alla regola consacrata in questo adagio, concludeva per il carattere tassativo (ed esaustivo) della norma di cui all'art. 1562 c.c. Nell'ottica dello studioso moderno si potrebbe forse percepire un certo grado di insoddisfazione: del resto, non sempre questa "lineare constatazione" era sufficiente a spiegare le scelte legislative. E ciò potrebbe valere sia con riferimento al legislatore del 1865, sia a quello del 1942, così come per il legislatore speciale di qualsiasi epoca: "vi sono circostanze in cui" tale argomento "deve misurarsi con altre logiche, situate sull'incerto crinale fra interpretazione estensiva e analogia ... supportate dalla considerazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore e anche dalla possibilità che egli si sia espresso in modo difettoso" (sono le parole di E. STOLFI, *Gli attrezzi*, cit., p. 84, che ben si attagliano a quanto abbiamo appena considerato).

³⁹⁰ Si legga C. Cass. Torino, cit., p. 353 ss.

l'*analogia iuris* in senso favorevole alle proprie pretese. Infatti, il *petitum* formale si articolava, in prima istanza, nella richiesta di accertamento della nullità del negozio in quanto privo del consenso del *dominus*; in subordine, veniva sostenuta la possibilità di ritenere ancora obbligato il primo enfiteuta al pagamento del canone. Se questa era la prospettiva di partenza, è evidente come l'introduzione delle fonti di diritto romano e la loro interpretazione servisse essenzialmente a riempire il (presunto) vuoto dell'art. 1562 c.c. attraverso una disciplina ritenuta idonea a sostenere la richiesta dei ricorrenti in giudizio. Quest'ultima affermazione, chiaramente, andrà sottoposta a verifica. Per fare questo, tuttavia, dovremo affidarci a delle congetture: non disponendo del testo del ricorso, dovremo ricostruire la linea difensiva *a contrario*, a partire dal contenuto del dispositivo. Iniziando da D. 6.3.1 pr., una premessa è necessaria. Il frammento, come abbiamo visto, riguardava un istituto specifico e tipico del diritto romano, sorto in età repubblicana e destinato a scomparire nell'età tardo-antica: la concessione ai privati dell'*ager vectigales*. Pertanto, ricostruire il ragionamento dei ricorrenti impone, nella prospettiva degli studiosi moderni, di confrontarsi con un ragionamento analogico che accostava istituti diversi (l'enfiteusi del codice, la *locatio* dei fondi "vettigali" di *ius* antico), ma che probabilmente, nell'ottica dell'attore ottocentesco, non doveva apparire così azzardata. Del resto, lo studio storico del diritto romano era un elemento ben lontano dagli obiettivi perseguiti dai protagonisti della nostra vicenda.

Ciò premesso, occorre prima di tutto domandarci quale fosse la finalità del richiamo: ribadire la necessità del consenso del *dominus* oppure fondare la pretesa al pagamento del canone (anche) nei confronti dell'originario enfiteuta alienante. La prima opzione, invero, implicherebbe una lettura del passo in chiave diacronica: potremmo infatti ipotizzare che i ricorrenti, ritenendo di far rientrare la loro tipologia di rapporto entro gli *agri non vectigales*, avessero voluto dimostrare *a contrario* l'inapplicabilità della regola della libera cedibilità del *ius*, che invece si evinceva, per gli *agri vectigales*, dall'espressione "*qui in loco successerent*". Muovendoci in questa direzione, è verosimile che il "*privatim*" paolino, inserito nella chiosa finale del frammento, avesse richiamato l'idea di una disciplina diversa rispetto alla *locatio in perpetuum* "vettigalista", in forza della quale sostenere la necessità del previo

consenso del concedente all'alienazione del fondo. Ora, questa prima lettura può essere facilmente confutata e dunque esclusa. Infatti, una simile ricostruzione presupporrebbe una particolare fedeltà nell'ordine storico degli istituti romani che pare difficilmente attribuibile al legale rappresentante del 1888. In altre parole, a onta della collocazione giustiniana – che rimandava all'enfiteusi –, l'avvocato avrebbe dovuto richiamare questo passo con il precipuo scopo di riferirsi a una diversa tipologia di rapporto, più risalente, quale appunto la locazione “vettigalista”. E ciò al fine di provare che la libera disponibilità del diritto avrebbe potuto riguardare solo i rapporti (che oggi definiremmo) verticali, pubblicistici; per quelli privati, viceversa, sarebbe stato necessario il consenso del concedente (*qui ita ... dare solemus*)³⁹¹. Per quanto non sia possibile escludere in radice tale ipotesi, ci sembra sicuramente la più inverosimile. Allora, è maggiormente plausibile che l'approccio a D. 6.3.1 pr. avvenisse, per così dire, in chiave sincronica. L'avvocato, trovando questo passo all'interno del titolo inerente all'enfiteusi, lo aveva assunto nella sola prospettiva giustiniana: in altre parole, il rapporto vettigale e quello enfiteutico dovevano per lui corrispondere. Tuttavia, come accennato, tale alternativa ci porta a escludere che la finalità del primo rinvio fosse ribadire l'inderogabilità del previo consenso del proprietario. Infatti, leggere il frammento come complessivamente riferito ai rapporti enfiteutici avrebbe degradato l'efficacia distintiva dell'espressione “*privatim*” e dunque parificato le concessioni entro un quadro comune: la libera facoltà di disporre del diritto. Ciò, come evidente, non avrebbe giovato alla pretesa del ricorrente. Da qui, la seconda opzione relativa alla diversa funzione svolta dal richiamo, ossia sostenere la persistenza dell'obbligazione personale in capo all'originario enfiteuta. In questo senso, è possibile che ad attirare l'attenzione dell'attore fosse l'inciso “*id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur*”. Il giurista faceva dipendere la durata del rapporto dal corretto pagamento del *vectigal* da parte del concessionario o dei suoi aventi causa.

³⁹¹ Il che, peraltro, non è affatto certo: del resto Paolo non specifica quale fosse concretamente la disciplina applicabile ai rapporti parificati al *ius privatum*. L'unica cosa sicura era che, questi ultimi, non avrebbero potuto assumere la denominazione di “vettigali”.

È verosimile, allora, che il ricorrente avesse ricostruito l'adempimento dell'obbligazione quale condizione per la successiva (ed eventuale) cessione del *ius* sul fondo; pertanto, *a contrario*, tale facoltà sarebbe stata inibita, secondo tale lettura, dall'insolvenza del soggetto acquirente. Ora, nell'ottica del caso *sub iudice*, tale prospettiva avrebbe potuto avere una qualche utilità nell'ipotesi in cui il nostro dante causa, nuovo enfiteuta, fosse risultato poi insolvente. Tuttavia, anche questa ipotesi non va esente da obiezioni. Infatti, il passo paolino, pur richiedendo il regolare pagamento del *vectigal*, prevedeva una diversa conseguenza in caso di inadempimento: i *municipia* avrebbero potuto *auferre* il fondo e dunque far cessare la concessione. Senza contare l'illogicità cui avrebbe dato luogo una simile soluzione, nel caso in cui la lite fosse sorta a seguito dell'insolvenza dell'acquirente: è del tutto inverosimile che l'inadempimento dell'avente causa (magari di anni dopo) potesse rendere nulla la pregressa cessione di enfiteusi.

Quanto a C. 4.66.3.3, anche tale rinvio doveva avere la verosimile funzione di affermare la persistenza dell'obbligazione personale di pagamento in capo al primo enfiteuta. La regola sancita per l'enfiteusi romana prevedeva la previa interpellazione del *dominus*: lo deduciamo chiaramente da C. 4.66.3 pr., in forza del quale, se non vi fossero stati dei patti di tenore opposto, non sarebbe stato possibile, per l'enfiteuta, alienare né i miglioramenti né il *ius emphyteuticum* senza il consenso del proprietario³⁹². Ciò induce a una riflessione ulteriore: perché i ricorrenti non hanno menzionato direttamente il *proemium*, certamente idoneo a sostenere la pretesa in giudizio, invece della meno pertinente C. 4.66.3.3? A questa domanda, ovviamente, dobbiamo tentare di fornire una risposta. Anzitutto, la disciplina giustiniana, come abbiamo visto, limitava il dovere di interpellare entro la finestra temporale di due mesi,

³⁹² *Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae Graeco vocabulo emponemata dicuntur, alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum, sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari: sin autem nullo modo huiusmodi pactio posita est vel forte instrumentum emphyteuseos perditum est, minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre.*

superati i quali l'enfiteuta avrebbe potuto cedere liberamente il proprio diritto a terzi³⁹³. La costituzione richiamata, invero, poneva ulteriori requisiti formali affinché la facoltà dispositiva potesse dirsi correttamente esercitata: anzitutto, l'avente causa doveva essere soggetto idoneo ad assolvere al pagamento del canone enfiteutico. Questo, probabilmente, era il punto nevralgico della questione. In altre parole, a fondare le ragioni del richiamo doveva esser stata la previsione per cui la vendita del *ius emphyteuticum* era ammessa, purchè effettuata *ad personas non prohibitas sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem*. Da tale inciso, verosimilmente, i ricorrenti dovevano aver tratto la conclusione ulteriore e risolutiva della loro controversia: in caso di mancato pagamento del canone, da parte dell'avente causa, la sanzione sarebbe stata la persistenza dell'obbligo personale di pagamento in capo al cedente (originario enfiteuta). Ciò, effettivamente, corroborerebbe la congettura che abbiamo poc'anzi svolto in ordine a uno degli ipotetici utilizzi di D. 6.3.1 pr., a seguito dell'inadempimento dell'acquirente. Ma anche in questo caso, l'obiezione che potrebbe esser sollevata è la medesima: se non veniva rispettata la normativa in tema di enfiteusi – e dunque anche il versamento del canone –, la sanzione era il venir meno dell'enfiteusi (*iure emphyteuticum cadat*) e non il permanere dell'obbligazione del primo titolare³⁹⁴.

Quanto all'ipotesi in cui il testo fosse stato richiamato per fondare la necessità del consenso del proprietario alla cessione, la questione appare ancor più problematica. In effetti, dalla disciplina del *Codex* ricaviamo certamente che il *placet* del *dominus* fosse necessario purchè esercitato entro due mesi: ma tale previsione non deriva dalla fonte richiamata dai ricorrenti. Dunque, dovendo limitare l'analisi al quadro normativo invocato dai ricorrenti, la scelta di C. 4.66.3.3 appare a dir poco sorprendente. È probabile che a muovere i ricorrenti verso tale rinvio sia stata la *ratio* complessiva della disciplina giustiniana, cioè consentire al proprietario di accettare il nuovo enfiteuta onde garantirsi contro cessioni fraudolente, compiute a favore di soggetti poi

³⁹³ Così come le *meliorationes* le quali, tuttavia, non ci interessano ai fini del nostro studio.

³⁹⁴ Lo deduciamo chiaramente da C. 4.66.3.4.

rivelatisi insolventi. Ma il ragionamento, come è evidente, rischia di provare troppo; senza contare che invocare direttamente il *proemium* sarebbe stato più efficace e immediato. Pertanto, sembra maggiormente plausibile che il richiamo contribuisse a una specifica parte del *thema demonstrandum*, ossia il permanere dell'obbligazione in capo al primo enfiteuta, seppur con le obiezioni di cui è già dato conto.

Passando alla sentenza, la Corte affermava espressamente che i testi romani, per quanto rilevanti, veicolavano un principio diverso: “già per il diritto delle Pandette”, infatti, l'enfiteuta poteva trasmettere il fondo liberamente, senza consenso, trascorsi “due mesi dall'*interpellatio*”³⁹⁵. Dal primo frammento veniva tratto il principio della “libera alienabilità del fondo”; mentre dal secondo, che non vi fosse più “alcun obbligo in capo all'alienante”³⁹⁶. Nel complesso, l'interpretazione della Cassazione appare piuttosto coerente: in D. 6.3.1 pr., infatti, il pagamento del *vectigal* assicurava la stabilità della concessione anche verso coloro che succedevano, così presupponendo la facoltà di disporre in capo al concessionario; C. 4.66.3.4, invece, non menziona minimamente la possibilità che il cedente rimanesse obbligato, neanche in caso di insolvenza del concessionario. In conclusione, richiedere sempre il consenso avrebbe significato, secondo i giudici, imporre un regime ancor più gravoso di quello previsto nel *Codex* di Giustiniano.

Senza contare che, come abbiamo già accennato, la Cassazione prendeva le mosse dal diverso presupposto dell'assenza della lacuna normativa. Partendo da quest'ultimo profilo si aggiunga che, dal *decisum* di ultimo grado traiamo un dato ulteriore relativo al caso *sub iudice*: l'alienazione del *ius emphyteuticum* era, in conformità all'art. 1562 c.c., validamente conclusa e pertanto sufficientemente regolamentata entro i confini del codice unitario. Da qui, l'ulteriore conseguenza, sempre deducibile dal solo sistema codicistico, dell'estinzione della prima obbligazione, gravante in capo all'alienante, a seguito della disposizione del suo diritto. Muovendo in questa direzione, i testi citati dai ricorrenti apparivano del tutto ultronei rispetto al contenuto del *petitum* e della

³⁹⁵ Cfr. C. Cass. Torino, cit., p. 355.

³⁹⁶ *Ibidem*.

causa petendi. In altre parole, a differenza dei ricorrenti, la questione del consenso sarebbe stata risolta immediatamente, tramite la norma di cui all'art. 1562 c.c. Tuttavia, avendo i ricorrenti invocato il diritto antico attraverso l'art. 3 co. 2 delle Preleggi, i giudici erano stati costretti a pronunciarsi su quanto richiesto: ma da tali fonti, in ogni caso, avrebbero dedotto un principio diverso.

1.3 Cassazione di Firenze, 13 febbraio 1888

Il caso sorgeva a valle di un procedimento speciale di esecuzione forzata con cui il debitore di imposta era stato espropriato dei propri beni immobili in quanto inadempimento nei confronti dell'erario³⁹⁷. La normativa applicabile derivava dalla L. 20 aprile 1871 n. 192, ove il legislatore aveva previsto tempi particolarmente rapidi di accertamento del debito e di vendita all'incanto in caso di mancato adempimento tardivo dell'imposta, rimettendo genericamente all'ufficio del giudice civile la risoluzione di eventuali controversie in ordine sia alla procedura di espropriazione che a quella, eventuale e successiva, di aggiudicazione³⁹⁸. Tali beni venivano dunque venduti all'incanto, e aggiudicati in favore di un terzo, soggetto privato, che avrebbe poi assunto le vesti di attore in primo grado.

La controversia, infatti, sorgeva da ciò: le *res* espropriate si trovavano, al momento dell'aggiudicazione, nel possesso di un ulteriore soggetto, che era appunto diverso sia dal debitore che dall'aggiudicatario. Quest'ultimo, dunque, agiva in giudizio per rivendicare la proprietà degli immobili, invocando come titolo di acquisto la vendita all'incanto. I primi due gradi si concludevano con l'accoglimento delle pretese dell'attore, e con il conseguente ordine di rilascio, impartito al possessore, della *res*

³⁹⁷ La vicenda veniva brevemente ricostruita in *C. Cass. Firenze 13 febbraio 1888*, in *Foro it.*, 13, 1888, p. 218 s.

³⁹⁸ Si trattava della prima legislazione speciale in materia di riscossione delle imposte dirette, con cui venne attuata l'unificazione dei sistemi di riscossione propri degli Stati preunitari. Su tale legge, per tutti, V. UCKMAR, *Evoluzione della disciplina della riscossione tributaria*, in L. TOSI (a cura di), *La nuova disciplina della riscossione dei tributi*, Milano, 1996, p. 25 ss. ove bibl.

controversa³⁹⁹. Il soccombente ricorreva allora in Cassazione, lamentando il mancato raggiungimento, da parte dell'aggiudicatario, della prova del *titulus* per come richiesto dall'azione di rivendica. Tali contestazioni trovavano accoglimento nella sentenza dei giudici di legittimità. In altre parole, colui che rivendicava beni immobili avrebbe dovuto provare non solo il proprio titolo di acquisto, ma anche quello dei suoi predecessori; “questo principio” si applicava anche “quando rivendicante” fosse “l'aggiudicatario di fondi espropriati al debitore di imposte col procedimento speciale”⁴⁰⁰.

In sostanza, la corte riteneva l'aggiudicatario al pari di un comune rivendicante e pertanto faceva gravare su di esso un preciso *onus*: la c.d. *probatio diabolica* dell'azione petitoria, in forza della quale l'agente in rivendica avrebbe dovuto fornire la prova non solo del proprio *titulus* derivativo, ma anche dei titoli dei danti causa anteriori, risalendo a ritroso sino a un acquisto a titolo originario⁴⁰¹.

Sotto il profilo normativo, la norma applicabile al caso, almeno in astratto, al caso, era contenuta nell'art. 439 c.c., riguardante proprio la rivendica⁴⁰². Tale disposizione, però, non si occupava dell'onere della prova: se dunque, in merito alla ripartizione, valeva la regola ordinaria per cui colui che agiva in giudizio doveva fornire la prova del proprio diritto, nell'ombra rimanevano le concrete modalità di attuazione di tale *onus*, nonché l'effettivo contenuto del medesimo. Né sarebbe stato utile volgere lo sguardo alla legge speciale del 1871, anch'essa muta circa il *thema probandum*. Entro questo quadro si inseriva il ricorso del possessore: egli, come accennato, ribadiva la necessità per il rivendicante di fornire la prova del diritto di proprietà anche dei precedenti titolari, ma lo faceva per il tramite del diritto romano. Risolutivo, dunque,

³⁹⁹ Le parti salienti dei primi due gradi di giudizio sono riportate da *C. Cass. Firenze*, cit., p. 219.

⁴⁰⁰ Così *C. Cass. Firenze*, cit., p. 218.

⁴⁰¹ Su questi aspetti torneremo *infra*, al § 1.3.b.

⁴⁰² “Il proprietario della cosa ha diritto di rivendicarla da qualsiasi possessore o detentore, salve le eccezioni stabilite dalle leggi. Se il possessore o detentore, dopo che gli fu intimata la domanda giudiziale, avrà cessato per fatto proprio di possedere la cosa, è tenuto a ricuperarla per l'attore a proprie spese, e, non potendo, a risarcirgli il valore, senza che l'attore sia pregiudicato nel diritto di proporre invece la sua azione contro il nuovo possessore o detentore”.

sarebbe stato non l'art. 439 c.c., bensì D. 6.1.9⁴⁰³, invocato attraverso i “principi generali del diritto” dell'art. 3 co. 2 delle Preleggi⁴⁰⁴. In altri termini, il nostro attore in Cassazione riteneva di poter trarre il regime della *probatio diabolica* proprio da quel frammento digestuale. La Corte, accogliendo tale impostazione, cassava la precedente sentenza di Appello sul presupposto che, essendo anche la vendita all'incanto un “titolo di acquisto derivativo”, il rivendicante avrebbe avuto l'onere di fornire la prova dei precedenti acquisti: “in mancanza, la domanda dell'attore” andava rigettata, “essendo preferita la tutela del possesso del convenuto”. In effetti, “tali principi di giustizia”, consacrati nell'art. 3 delle Preleggi, derivavano proprio da D. 6.1.9 ed erano stati “poi confermati nell'art. 439 c.c.”⁴⁰⁵. Il punto di partenza, evidentemente, si fondava su una specifica equiparazione tra aggiudicatario (del procedimento speciale) e comune avente causa. Anche al primo, insomma, si sarebbero trasferiti “solamente i diritti che sui beni stessi appartenevano al debitore espropriato”⁴⁰⁶. Da qui, l'impossibilità per l'aggiudicatario di acquistare validamente la proprietà nell'ipotesi in cui il debitore di imposta si fosse poi rivelato *non dominus*.

Al di là di tali aspetti, di carattere puramente procedurale, il ricorso rileva, ai nostri occhi, per un altro, specifico aspetto: la denunciata violazione, peraltro accolta, del frammento digestuale, attraverso l'interposizione dei “principi generali del diritto”. Su quest'ultimo profilo, dunque, concentreremo l'attenzione.

⁴⁰³ *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

⁴⁰⁴ Anche stavolta non disponiamo materialmente dell'atto di ricorso presentato dal ricorrente in Cassazione; il suo contenuto, però, può esser ricavato dal *decisum* della Corte ove sono citate, per sommi capi, le strategie difensive di entrambi i litiganti. Cfr. quindi *C. Cass. Firenze*, cit., p. 219 ss.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, p. 220 s.

⁴⁰⁶ *Op. cit.*, 221.

1.3.a. D. 6.1.9

Cominciamo anzitutto analizzando il brano invocato dal ricorrente, ossia (Ulp. 16 *ad ed.*) D. 6.1.9⁴⁰⁷:

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Siamo qui nel campo degli strumenti posti a tutela della proprietà⁴⁰⁸: in particolare, ci troviamo nel sedicesimo libro del commento all'editto del pretore. Ulpiano si stava qui occupando della *rei vindicatio*, con riguardo ad alcuni specifici aspetto

⁴⁰⁷ Hanno esaminato il frammento, tra gli altri, F.P. MAGLIOCCA, *Per la formula dell'“interdictum utrobi”*, in *SDHI*, 33, 1967, p. 233 s.; M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla reivindicatio. Corso di diritto romano*, Palermo, 1970, p. 42 ss., G. MACCORMACK, *Nemo sibi ipse causa possessionis mutare potest*, in *BIDR*, 75, 1972, p. 74 s.; R. QUADRATO, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio Carboniana*, in *BIDR*, 77, 1974, p. 81 ss.; F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del “missus in possessionem”*, in *AHDE*, 52, 1982, p. 374 ss.; G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996, spec. p. 79 ss.

⁴⁰⁸ La letteratura in merito è praticamente sconfinata. Per un quadro generale si rinvia a G. PUGLIESE, *Processo civile romano*, I, Roma, 1962, p. 75 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 205 ss.; R. ASTOLFI, *Rei vindicatio*, in *NDI*, XV, Torino, 1968, p. 366 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, p. 294 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 71 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1990, p. 312 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1996, p. 407 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1999, p. 318 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 376 ss.

processuali⁴⁰⁹. In maniera molto diretta, il frammento ci comunicava che *officium* del *iudex* – o, secondo altri, del *praetor*⁴¹⁰ – era accertare se il convenuto avesse o meno il possesso, indipendentemente dal titolo su cui la situazione possessoria si fondava⁴¹¹; infatti, per l’attore sarebbe stato sufficiente dimostrare l’appartenenza della *res* per ottenerne la restituzione dal possessore. E ciò purché quest’ultimo non si fosse difeso sollevando una qualche *exceptio*. A questo punto, Ulpiano introduceva l’opinione di altri giuristi (*quidam*), quali Pegaso, che avevano ritenuto di restringere la legittimazione passiva della *rei vindicatio* ai soli possessori *ad interdicta (uti possidetis o utrubi)*⁴¹² – con esclusione, dunque, dei casi di *naturalis possessio*. Tale affermazione veniva poi specificata attraverso una serie di esempi, ancora attribuiti al

⁴⁰⁹ Il libro era “*De rei vindicatione*” e, secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, p. 509 s., sarebbe stato dedicato a questioni prevalentemente processuali: assieme al nostro passo, infatti, Ulpiano si occupava di legittimazione attiva (D. 6.1.1.3) e di modalità di restituzione della *res litigiosa* (D. 6.1.11).

⁴¹⁰ Ciò sul presupposto che l’*officium* cui Ulpiano faceva riferimento sarebbe potuto essere solo spettante al *praetor* nella fase *in iure*: era in tale momento, infatti, che si doveva vagliare la situazione possessoria (e quindi la legittimazione passiva). Una volta compiuta la *litis contestatio*, la questione non si sarebbe più riproposta nella fase *apud iudicem*. Solamente con il *iudex unus* della procedura *extra ordinem* sarebbe dunque sorta la necessità di riferirsi al “giudice” della *cognitio*. In tal senso, svariati Autori si sono mostrati propensi per la natura compilatoria del termine, sia in epoche più risalenti (cfr., per esempio, B. KUBLER, H. SIBER, *Die PassivLegitimation bei der rei vindicatio*, Leipzig, 1907, p. 487 ss.) che in tempi più recenti. Si leggano, in proposito, le osservazioni di G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1990, p. 312 ss. e C.A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 415 ss.: entrambi evidenziano come, essendo la *rei vindicatio* un giudizio di stretto diritto, al *iudex* non sarebbe stato permesso discostarsi dal contenuto della formula, così come stabilita al termine della fase *in iure*.

⁴¹¹ Secondo M. MARRONE, *La legittimazione passiva*, cit., p. 42 ss., e M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in *ED*, XXXVI, Milano, 1987, p. 22 ss. (ma anche ID., *Istituzioni*, cit., p. 71 ss.), al *iudex* sarebbe infatti spettato accertare la concreta possibilità, materiale e giuridica, del *reus* di restituire la *res*. Da qui, pertanto, la natura genuina della nostra espressione: il giudice, infatti, avrebbe dovuto necessariamente assolvere il convenuto nell’ipotesi di difetto della *facultas restituendi*, allorquando riscontrata e accertata nella fase *apud iudicem*.

⁴¹² Come noto, si trattava di interdetti appartenenti al *genus retinendae possessionis*, ossia per ottenere la conservazione del possesso, rispettivamente, dei beni immobili e mobili. Sul punto, per un inquadramento generale, si vedano M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Graz, 1956, p. 280 ss.; A. BURDESE, *Possesso (diritto romano)*, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, p. 453 ss., il quale evidenziava, peraltro, come colui che conservava il possesso grazie alla tutela *ad interdicta* sarebbe poi divenuto, nella (eventuale e) successiva rivendica, il convenuto. Si leggano anche le pagine di G. FALCONE, *Ricerche*, cit., spec. p. 79 ss. (ove bibl.).

giurista del I sec. d.C.: non sarebbe stato possibile esercitare tale *actio* per ottenere la restituzione da colui (*ab eo*) presso il quale la *res* era stata depositata o data in comodato, oppure data in locazione-conduzione, oppure fosse nel possesso *legatorum servandorum causa* o a titolo di dote o in nome di colui che stava tenendo i beni per il concepito, o da colui cui non era stata prestata la *cautio damni infecti*, perché tutti costoro non possedevano⁴¹³. Ulpiano, però, reputava che si potesse richiedere il bene a tutti i detentori della *res*, che avevano la *facultas restituendi*⁴¹⁴. Il testo, dunque, ci informava di due aspetti processuali precipui, cioè i doveri del giudice in ordine all'accertamento dei presupposti dell'azione, e l'onere probatorio gravante sull'attore. La prima *regula*, poi, veniva collocata all'intersezione di due diversi orientamenti:

⁴¹³ Tali soggetti non potevano essere convenuti in rivendica *quia hi omnes non possident*: a voler usare una terminologia moderna, li qualificheremmo "detentori". Infatti, sia il depositario che il comodatario, così come il conduttore, erano privi dell'*animus possidendi*. Del pari, le *missiones in possessiones* (ovviamente, *ex primo decreto*) attribuivano al *missus* una situazione particolare non possessoria (ossia, di "moderna detenzione"), non tutelata per via interdittale (e chiaramente, non idonea a fondare l'usucapione). Su questi presupposti, però, M. MARRONE, *La legittimazione*, cit., p. 23 ss., riteneva comunque possibile un'*interversio possessionis*: per il primo gruppo di soggetti, nell'ipotesi in cui avessero rifiutato il possesso del loro dante causa; nel caso dei *missi in possessione*, qualora la relazione materiale con la *res* fosse andata oltre le ragioni per cui erano stati dichiarati tali. Quanto all'*esse in possessione* – entro cui rientravano i casi menzionati da Pegaso da "*qui legatorum ... non cavebatur*" – , non era difeso dai normali interdetti (cfr., sul punto, A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 78 s. (nt. 180 ove bibl.); tuttavia il pretore accordò anche al *missus* "uno speciale interdetto proibitorio", su cui cfr. B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 60 s. Per un quadro generale sugli elementi costitutivi del possesso si vedano, quanto meno, P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie nel diritto romano classico*, Padova, 1998, p. 77 ss.; G. NICOSIA, *Possessio e res incorporales*, in *AUPA*, 56, 2013, p. 277 ss.; e L. VACCA, *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici* (a cura di G. ROSSETTI), Torino, 2015, p. 79 ss., ove bibl.

⁴¹⁴ Espressione che, secondo M. MARRONE, *La legittimazione*, cit., p. 43 ss., avrebbe rappresentato qualcosa di ulteriore rispetto alla mera disponibilità materiale della *res*: cioè, una vera e propria capacità giuridica di restituire la cosa. Pertanto, egli escludeva – anche per i tempi di Ulpiano – i detentori *nomine alieno* dalla cerchia di possibili legittimati passivi. Questi ultimi, in quanto legati negozialmente al proprio dante causa, non avrebbe potuto restituire in favore del terzo rivendicante. Tali considerazioni sono state riprese, e condivise, anche da G. PROVERA, "*Indefensio*" e *legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, p. 213 ss. In senso contrario, in quanto propenso a far coincidere la *facultas restituendi* con la semplice facoltà di disporre della cosa, si veda C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 419 ss. ove bibl.

quello ulpiano – sebbene la genuinità dell’inciso sia avversata da molti studiosi⁴¹⁵ –, per cui qualsiasi *possessio*, corredata dalla facoltà di restituire, avrebbe soddisfatto le condizioni dell’azione⁴¹⁶, e quello dei *quidam*, convinti invece che il *iudex* valutasse anche il titolo della situazione possessoria (e cioè, che si trattasse di *possessio* in senso proprio). Certamente, quest’ultimo punto, attribuito al giurista Pegaso, ha sollevato svariati dubbi, sia nella sua individualità, sia rispetto alla posizione ulpiana. Sotto al primo profilo, è discusso se tra i possessori *ad interdicta* potesse esser incluso anche colui che deteneva la *res nomine actoris*⁴¹⁷ oppure solamente chi possedeva in nome

⁴¹⁵ Infatti, secondo una parte della romanistica la frase in esame sarebbe frutto di un intervento giustiniano. E ciò sul presupposto che solo grazie a una costituzione di Costantino si sarebbe avuto un così vasto ampliamento della legittimazione passiva della *rei vindicatio*. Si vedano, a titolo esemplificativo, P. KOSCHAKER, *Fr. 4. 32 D. 44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano*, in *Iura*, 4, 1953, p. 69 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, p. 390 ss.; C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 416 ss.

⁴¹⁶ A favore dell’origine ulpiana di tale *regula* si leggano le osservazioni di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I, p. 364 ss.; M. MARRONE, *La facultas restituendi di D.6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.)*. *Brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Studi Scaduto*, III, Padova 1970, p. 5 ss.; ID., *La legittimazione*, cit., p. 62 ss.; M. TALAMANCA, *Il processo civile*, cit., p. 23 s.

⁴¹⁷ Secondo M. MARRONE, *La legittimazione*, cit., p. 50 ss. già nel I sec. d.C. sarebbe stato possibile agire in rivendica contro il proprio detentore, con esclusione, dunque, delle sole situazioni di detenzione *nomine alieno*. Più nel dettaglio, il rifiuto del detentore di restituire la *res* avrebbe integrato un’*interversio possessionis* idonea a mutare la situazione di fatto in possesso. Da qui, pertanto, la possibilità per il soggetto di accedere alla tutela interdittale in quanto possessore rispetto ai terzi e, a seguire, di assumere la veste di convenuto nella *rei vindicatio* azionata dal dante causa. Ora, tale *interversio* non avrebbe potuto integrare una *iusta possessio ad interdicta*, data l’illegittimità del rifiuto a restituire la *res*. Tant’è che Marrone avvertiva come questo “non sarebbe stato un possesso *nec vi nec clam nec precario* nei confronti del dante causa. Ma ciò non avrebbe escluso ... la sua legittimazione passiva alla rivendica. Chè Pegaso non richiedeva una *possessio iusta* ... ma una *possessio qua talis*”. In altre parole, l’Autore riconosceva che l’essere *iusta* della *possessio* avrebbe rilevato rispetto agli esiti della tutela interdittale, ma non sulla sussistenza del possesso in sé, quale situazione di fatto (*op. cit.*, p. 52 nt. 55). Questa visione era condivisa da G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 430 ss.

proprio⁴¹⁸: di conseguenza, risulta dibattuta l'effettiva distanza di pensiero tra Pegaso e Ulpiano⁴¹⁹. Si tratta comunque di aspetti non rilevanti ai fini della nostra indagine.

In effetti, il convenuto ottocentesco era senza dubbio un possessore: pertanto, il frammento in commento doveva aver attratto l'attenzione dei ricorrenti per ragioni che non avevano niente a che vedere con la legittimazione passiva alla rivendica. La corretta instaurazione della controversia, infatti, non lasciava alcun dubbio in ordine alla sussistenza di quest'ultima in capo al convenuto. Allora, nell'ottica dei giudici di legittimità, a rilevare doveva essere esclusivamente l'inciso "*ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere*". Su quest'ultimo, dunque, dovremo soffermarci tra breve. Nonostante la brevità, il riferimento toccava la questione dell'onere probatorio gravante sull'attore della *rei vindicatio*⁴²⁰. Il frammento, allora, potrebbe esser suddiviso in tre parti, ciascuna contenente una distinta *regula*: una prima ("*officium ... possideat*"), atteneva alla fase iniziale del processo e riguardava il dovere del pretore di accertare la corretta individuazione del convenuto in giudizio;

⁴¹⁸ Già H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 44 ss. aveva limitato la legittimazione passiva della *rei vindicatio* al solo possessore in nome proprio, sul presupposto che, nei casi di *possessio nomine actoris*, il *dominus* avrebbe dovuto agire in forza del diverso rapporto obbligatorio sottostante. Qualche anno più tardi, giungeva alla stessa limitazione, seppur sulla base di diverse argomentazioni, M. KASER, *Eigentum*, cit., p. 287 ss. Questi riteneva che la parte attribuita a Pegaso si riferisse alla rivendicazione esercitata *per sponsionem ex interdictis*; inoltre, che il detentore *nomine actoris* non sarebbe stato configurabile come *possessor iustus*. Ciò gli avrebbe impedito di accedere alla tutela *ad interdicta* e, dunque, di assumere la veste di convenuto nel successivo giudizio di rivendica. Della medesima opinione era anche A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 150 ss.

⁴¹⁹ Che sarebbe stata ampia, secondo la visione di K. KASER, *Eigentum*, cit., p. 289 ss., dato che solo con Ulpiano sarebbe stato possibile agire in rivendica contro il detentore *nomine actoris* (vd. nt. precedente). Viceversa, per M. MARRONE, *La legittimazione*, cit., p. 53 ss., tale distanza doveva esser necessariamente ridimensionata: secondo l'Autore, nessun dubbio vi sarebbe stato, nemmeno nel I sec. d.C., circa la possibilità di convenire in *rei vindicatio* colui che deteneva in nome dell'attore (vd. nt. 59). Pressochè nei medesimi termini di Kaser si pronunciava anche A. D'ORS, *Derecho privado*, cit., p. 148 ss.

⁴²⁰ In ordine alle discusse origini della correlazione tra il ruolo di attore e l'*onus probandi* si rinvia a G. PUGLIESE, *Regole e direttive della prova nel processo romano per formulas*, in *Scritti in memoria di Calamandrei*, III, Padova, 1958, spec. p. 577 ss. per la *rei vindicatio*; con conclusioni parzialmente diverse G. LONGO, *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *Iura*, 11, 1960, p. 150 ss. Con esclusivo riferimento all'onere del rivendicante cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische*, cit., p. 57 nt. 21, 59 nt. 2. Su questi aspetti torneremo a breve, nel § 1.3.b

poi, in modo quasi incidentale, Ulpiano ricordava l'onere probatorio gravante sul rivendicante (“*probare rem meam esse*”); infine, si passava a trattare *funditus* del convenuto e della sua capacità di assumere effettivamente tale veste. Su quest'ultimo aspetto, come abbiamo visto, si concentrava la restante parte del passo. Ora, la necessità di fornire e precisare una risposta in ordine ai rapporti tra D. 6.1.9 pr. e *decisum* della Corte ci impone di estendere il nostro studio oltre la testimonianza ulpiana. Infatti, l'espressione “*probare rem meam esse*” appare piuttosto opaca e secca: forse, provare l'appartenenza della cosa presupponeva, implicitamente, il dovere di dimostrare un acquisto *a domino*? O forse tale principio, insussistente per il diritto romano, veniva dedotto (creativamente) dalla Corte a partire dal brevissimo riferimento severiano? E in quest'ultimo caso, vi erano stati dei precedenti, dottrinali o giurisprudenziali, a suggerire un tale esito?

1.3.b. *Probare rem meam esse*: luci e ombre di un principio

Per fornire una risposta a simili interrogativi è necessario ampliare le maglie della nostra indagine in merito all'onere probatorio nella *rei vindicatio*. Alla base del ragionamento della Corte poteva esservi qualcosa che aveva spinto a intravedere nel rapido riferimento ulpiano la conformazione primigena di un'intera disciplina: quella che dai medievali in avanti verrà definita “*probatio diabolica*”⁴²¹. Il collegamento, peraltro, doveva possedere una ragguardevole valenza argomentativa, posto che aveva rappresentato il solo e unico fondamento normativo della lite in tutti e tre i gradi di giudizio. Naturalmente, occorre operare delle distinzioni, poiché la *regula* probatoria non poteva assumere il medesimo contenuto in tutte le epoche

⁴²¹ A proposito dell'attribuzione ai Glossatori di tale terminologia, si vedano R. FEENSTRA, *Action Publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du Moyen Age*, in ID., “*Fata iuris Romani*”. *Études d'histoire du droit*, Leiden, 1974, p. 119 ss. e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, p. 369 ss. Sul contenuto concreto di tale *probatio* torneremo *infra*, nel testo.

considerate: dovremo dunque distinguere l'*onus probandi* di diritto romano, gli eventuali apporti della tradizione posteriore e il Codice del 1865. Partendo da quest'ultimo profilo, abbiamo già ricordato che l'art. 439 c.c., dedicato all'azione di rivendica, non toccava minimamente i profili della latitudine dell'onere della prova dell'attore. La norma, infatti, si limitava a riconoscere al proprietario della cosa il "diritto di rivendicarla da qualsiasi possessore o detentore"⁴²². Nel silenzio della legge, la Corte individuava allora la disciplina in materia di *onus probandi* nell'ambito del diritto romano. Ora, tale assunto implica la necessità di indagare meglio l'aspetto processuale della *rei vindicatio* romana onde valutare se, effettivamente, fosse possibile parlare di un modello antico di onere probatorio di tale tipo. Questo ultimo aspetto impone di vagliare separatamente le varie fasi dell'esperienza giuridica romana. Se nella fase più arcaica la *legis actio sacramenti in rem* – con la solenne e reciproca affermazione di potere sulla *res litigiosa* che valeva a equiparare la posizione processuale di entrambi i contendenti – avrebbe impedito di parlare propriamente di "attore"⁴²³, lo stesso non poteva dirsi per l'*agere per sponsionem*. In particolare, con tale azione, e nell'ambito del processo formulare poi, si andarono delineando i tratti di un decisivo mutamento nel campo della tutela processuale del *dominium*⁴²⁴. I nuovi procedimenti comportarono anche un'evoluzione del *thema probandum*: nel senso di una differenziazione delle parti processuali in attore e convenuto, con l'attribuzione al

⁴²² Per il testo dell'art. 439 c.c., vd. *supra* nt. 402.

⁴²³ A tal proposito si leggano le considerazioni di G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, p. 52 ss. ove bibl. e C.A. CANNATA, '*Qui prior vindicaverat*': la posizione delle parti nella '*legis actio sacramenti in rem*', in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, p. 83 ss., con specifico riferimento all'ordine nel quale le parti potevano pronunciare la formula solenne e dunque effettuare la rivendica. Ancora, cfr. M. MARRONE, *Rivendicazione (dir. rom.)*, in *ED*, XLI, Milano, 1989, p. 2 ss. e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione*, cit., p. 371 ss. (ove bibl.).

⁴²⁴ Cambiamenti sui quali la bibliografia è vastissima. Basti qui ricordare F. BOZZA, "*Actio in rem per sponsionem*", in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 591 ss.; M. KASER, *Eigentum*, cit., p. 277 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile*, I, cit., p. 357 ss.; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 83 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 126 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, "*Proprietà assoluta*" e "*proprietà relativa*" nella storia giuridica europea, in *Ius Antiquum*, 14, 2004, p. 7 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 327 ss.

primo dell'onere di provare l'esistenza del suo diritto sulla *res*⁴²⁵; cioè, il definitivo superamento del modello di rivendica come *iudicium duplex* a favore di uno strumento processuale unilaterale, in cui l'*onus probandi* gravava esclusivamente sull'attore⁴²⁶. E ciò, del resto, si poneva in perfetta coerenza con l'inciso ulpiano di D. 6.1.9.

Premesso questo, occorre comprendere l'effettiva ampiezza di tale onere. Difatti, sebbene nessuna fonte ne chiarisca espressamente il contenuto, è affermazione largamente condivisa in letteratura che (già) il rivendicante di diritto romano (almeno dagli inizi del II sec. a.C.) dovesse dimostrare non solo il suo dominio, ma anche quello del suo dante causa immediato e dei precedenti, sino a risalire a un acquisto a titolo originario. E gli studi che si sono occupati del tema hanno invocato, prima di tutto, proprio il nostro passo: D. 6.1.9⁴²⁷. Certamente, tale assetto non doveva propriamente assumere i tratti di una vera e propria *probatio diabolica*, come invece si sarebbe affermata nel diritto dei codici: infatti, è bene ricordare che i brevi termini previsti *ad usucapionem* avrebbero sensibilmente alleggerito il carico probatorio del rivendicante⁴²⁸.

Ciò che preme evidenziare consiste in ciò, che sebbene non vi fosse alcuna fonte di *ius* antico a descrivere espressamente in questi termini l'onere probatorio del rivendicante, la romanistica era piuttosto univoca nel ritenere che tale dovesse essere il sistema processuale romano di tutela del *dominium*. Peraltro, se volessimo indagare

⁴²⁵ Cfr. Gai., *Inst.* 4.93.

⁴²⁶ Su tali aspetti, per tutti, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Onere probatorio e giudizi di rivendica*, in *Ius Antiquum*, 19, 2007, p. 10 ss. ove bibl.

⁴²⁷ L'esistenza, nel mondo giuridico romano, di tale *necessitas probandi*, nonché la derivazione dall'inciso "*probare rem meam esse*" era sostenuta già da G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano "per formulas"*, in *RIDA*, 3, 1956, p. 349 ss., che al riguardo citava proprio D. 6.1.9. Qualche anno più tardi, analoghe considerazioni veniva svolte da M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano, 1956, p. 12 ss. e da G. LONGO, *L'onere della prova*, cit., p. 149 ss. Nei medesimi termini anche V. GIUFFRÈ, "*Necessitas probandi*". *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984, p. 126 ss., il quale ribadiva la necessità per il rivendicante, ogni qualvolta fosse stato invocato un modo di acquisto a titolo derivativo, di dimostrare non solo di aver acquistato in forza di un valido negozio ma anche di aver acquistato *a domino*. Più di recente, si veda la ricognizione di L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione*, p. 369 ss. ove bibl.

⁴²⁸ Così anche M. MARRONE, *Rivendicazione*, cit., p. 10 s.

ancor meglio la tematica, lo sguardo cursorio alla romano-civilistica del tempo non farebbe che riconfermare l'orientamento ricordato. Dai commentari alla manualistica, veniva spesso ribadita la derivazione del moderno onere probatorio del rivendicante dal *ius Romanorum*⁴²⁹.

Evidentemente, dall'espressione "*probare rem meam esse*" la Corte e il ricorrente traevano un principio ulteriore e più ampio rispetto al significato strettamente letterale, in piena coerenza con la ricostruzione dottrinale del tempo (e anche posteriore). Insomma, quel "*rem meam esse*" doveva esser la fonte di una regola giuridica che, evidentemente, aveva superato non solo il mondo romano, ma anche l'Ottocento, dato che avrebbe continuato a fondare l'*onus probandi* del rivendicante anche nel codice del 1942. Siamo a tutti gli effetti di fronte a quello che era considerato un "principio generale". Certamente, in parte mutato nella sua originaria fisionomia: d'altra parte, non era nemmeno più immaginabile quel sistema pluralistico delle forme di appartenenza, tra *dominium ex iure Quiritium* e *in bonis esse*, che aveva caratterizzato buona parte della storia giuridica di Roma; nè erano più praticabili i brevi termini *ad usucapionem* che avevano trovato la loro prima disciplina nelle XII tavole. Ma l'essenza, il significato più profondo di "*probare rem meam esse*" non si era evidentemente perduto.

⁴²⁹ Si leggano per esempio le pagine di V. CATTANEO, C. BORDA, *Il codice civile*, cit., p. 335 ove si affermava come fosse più "agile e sicuro agire in possessorio" per la difficoltà, in vari casi, di fornire "la prova piena del dominio d'un fondo" poichè essa comprende anche la prova della trasmissione "dei diritti" antecedenti. E alla nt. 1 veniva citato D. 6.1.9, in qualità di fonte della *regula* probatoria. Ancora, E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, cit., II, p. 44: "la prova della *proprietà* include necessariamente quella della identità della cosa che si rivendica" – e ciò in forza di D. 6.1.9, richiamato alla nt. 3 –; "la prova, come per *ius* antico, deve esser piena, perciocchè la proprietà che n'è l'oggetto è il fondamento dell'azione. Questa prova risulta in maniera irrefragabile dalla prescrizione acquisitiva che siasi compiuta a profitto dell'attore o di uno dei suoi autori. In mancanza della prescrizione, la prova della proprietà non può risultar piena che da un titolo traslativo di essa, congiunto alla giustificazione del diritto dell'autore immediato e de' suoi predecessori, risalendo sino a quello di uno di essi, per quanto remoto, che l'avesse acquistata mediante la usucapione".

1.4 Cassazione di Roma, 30 maggio 1911

Quest'ultima sentenza attiene ancora al tema delle dispute proprietarie. Oggetto di lite era infatti il *dominium* di un fondo, conteso tra due diversi Comuni⁴³⁰. Da una parte, vi era il convenuto in Cassazione che aveva avuto la materiale disponibilità del terreno, per lungo tempo, a titolo enfiteutico, per poi perderla prima dell'instaurazione del giudizio. Dall'altro lato, si aveva il ricorrente, ossia il successivo possessore della *res* sino al momento dell'esercizio dell'azione. La causa sorgeva per volontà del primo, il quale, al fine di recuperare il bene, invocava l'*actio Publiciana* come strumento di tutela⁴³¹. La strategia difensiva incontrava l'accoglimento sia del giudizio di primo grado che della Corte d'Appello, per essere però radicalmente rigettata in Cassazione. A proposito di tale ultimo giudizio, era stato il soccombente in seconde cure a proporre impugnazione, partendo da un presupposto specifico: l'azione publiciana non poteva più ritenersi ammissibile nell'ordinamento codificato, dal momento che il legislatore, prevedendo la sola rivendica (erede dell'antica *rei vindicatio*) tra le azioni petitorie, ne aveva escluso tranchant la perdurante vigenza⁴³². Le doglianze venivano accolte dai giudici di legittimità che, dunque, cassavano.

Ora, è bene subito introdurre la questione dei fondamenti normativi dell'azione invocata. Il nostro codice civile, invero, non aveva conservato alcuna traccia dell'antica *actio Publiciana*: tale silenzio, come vedremo, aveva suscitato un acceso dibattito nel corso dell'Ottocento in ordine all'eventualità di poter considerare tale azione ancora esperibile⁴³³. Lasciando per ora sullo sfondo gli orientamenti della dottrina, vediamo più da vicino il caso concreto.

Entro il quadro legislativo appena rievocato, è evidente che il convenuto in Cassazione avrebbe potuto fondare la propria pretesa alla restituzione della *res* solo sulla rivendica, azione petitoria espressamente prevista all'art. 439 c.c. Tuttavia, sin

⁴³⁰ I termini della lite sono riassunti in *C. Cass. Roma 30 maggio 1911*, in *Foro it.*, 36, 1911, p. 1117 ss.

⁴³¹ Su questa tipologia di azione torneremo infra, § 1.4.a,b.

⁴³² Desumiamo tale presupposto dalla ricostruzione che ne offriva la *C. Cass. Roma*, cit., p. 1118.

⁴³³ Vd. quanto verrà detto al § 1.4.b

dal grado di merito, il ragionamento era andato verso il diritto romano: l'*actio Publiciana*, sebbene non espressamente recepita dal legislatore unitario, avrebbe potuto trovare ancora applicazione attraverso l'art. 3 co. 2 delle Preleggi. Quest'ultimo, rettamente inteso, avrebbe assunto un contenuto precipuo in materia di "possesso di buona fede"⁴³⁴: quello di D. 6.2.13 pr.⁴³⁵. Pertanto, la disciplina specifica sarebbe derivata dal Digesto e poi, attraverso i "principi generali", avrebbe fatto ingresso nel nostro ordinamento.

Rinviando a un secondo momento l'indagine sull'attendibilità dell'analogia⁴³⁶, osserviamo subito che, come accennato, la Cassazione rifiutava in radice una simile impostazione: sebbene non mancassero "opinioni discordanti", non era possibile sostenere "che nel diritto italiano vigente fosse conservata l'*actio publiciana* in rem del diritto romano". E ciò, secondo i giudici, per una pluralità di ragioni. In primo luogo, "per ragioni storiche", in quanto essa era stata "emanazione del diritto pretorio od onorario" di cui non aveva più senso parlare. Inoltre, "per ragioni giuridiche", dato che il "codice" stabiliva "in modo chiaro e reciso che il proprietario della cosa ha il diritto di rivendicarla da qualsiasi possessore o detentore": l'unica azione, dunque, era la rivendica⁴³⁷. Ancora, "l'art. 3 delle Disp. Prel. non poteva più esser richiamato" per attribuire vigenza "sussidiaria" al diritto romano⁴³⁸.

Si noti subito come l'analisi del frammento non entrava nell'*officium* della Corte: il *decisum*, arrestandosi all'impossibilità di dare applicazione al *ius Romanorum*, si fondava sul rigetto dell'*actio Publiciana* tout court. Ciò nonostante, agli occhi dello studioso moderno, non potrà passare inosservato l'accostamento che il ricorrente pretendeva di cogliere tra il suo *petitum* e D. 6.2.13 pr. Occorrerà dunque procedere

⁴³⁴ Cfr. C. Cass. Roma, cit., p. 1119.

⁴³⁵ *Quaecumque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.*

⁴³⁶ Precisamente ai §§ 1.4.a,b.

⁴³⁷ Tutti le citazioni sono tratte da C. Cass. Roma, cit., p. 1120.

⁴³⁸ *Ibidem.*

per gradi, guardando prima alla sostenibilità della pretesa attorea e in seguito alla *ratio decidendi* della Cassazione.

1.4.a. D. 6.2.13 pr.

Cominciamo analizzando il frammento tradito in D. 6.2.13 pr.⁴³⁹:

Quaecumque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persecuendarum gratia haec actio.

Dalla collocazione entro il settimo libro del commento gaiano all'editto del pretore provinciale, deduciamo che si versava nel campo dell'*actio Publiciana*⁴⁴⁰, di cui veniva ricordato il presupposto fondamentale: in presenza di una causa legittima di acquisto, le cose prima acquisite (mediante *iustae causae*) e successivamente perse sarebbero state recuperabili attraverso la concessione di tale azione. L'affermazione di Gaio, in forma concisa e perentoria, e voleva indicare un criterio di esclusione della tutela processuale per quelle forme di appartenenza non fondate su una "giusta causa".

Per valutare questa enunciazione rispetto al complesso del regime romano, è opportuno analizzare separatamente le due problematiche giuridiche da essa intercettate: per un verso, la disciplina giuridica dell'*actio Publiciana* nel suo complesso e, per un altro, il significato precipuo dell'espressione "*iustae causae acquirendarum rerum*".

⁴³⁹ Sul passo, tra gli altri, vd.; L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 195 ss.; A. BURDESE, *In tema di "res derelictae"*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, p. 635 s.; H. TROFIMOFF, *Le precaire et sa revocation dans la vente provencale*, in *RIDA*, 73, 1995, p. 546 s.; E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, p. 294 ss.; L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in EAD. (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997, p. 89 ss.; F. MERCOGLIANO, *Actiones Ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, p. 21 ss.

⁴⁴⁰ Lo traiamo dalla ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, p. 202: il VII libro del commento gaiano all'editto del pretore provinciale sarebbe stato in tema "*De Publiciana in rem actione*".

Sotto il primo profilo, è bene ricordare che l'azione in esame si inseriva nel solco di quella pluralità di piani normativi tipica dell'ordinamento romano, ove non di rado situazioni concrete trovavano una propria risposta nel *ius honorarium* e nella sua funzione integrativa e correttiva del *ius civile*. Infatti, l'introduzione dell'*actio Publiciana* nell'editto del pretore aveva lo scopo di concedere una tutela in primo luogo al compratore che avesse acquistato una *res Mancipi* mediante semplice *traditio*: in questo caso il giudice, sussistendo una *iusta causa*, avrebbe dovuto giudicare come se il tempo *ad usucapionem* fosse già trascorso, consentendo così all'*accipiens* di recuperare il possesso della *res*, contro terzi ma poi anche contro il *dominus ex iure Quiritium*⁴⁴¹. È evidente in questo caso la pluralità di cui si è detto: un soggetto, pur non potendo esser qualificato proprietario per *ius civile*, assumeva una posizione a esso piuttosto vicina, ricevendo riconoscimento e tutela del proprio potere di disposizione sulla *res*. Proprio questa pluralità delle forme di appartenenza ha fatto parlare di due distinte tipologie di proprietà per i romani⁴⁴²: il *dominium ex iure Quiritium* e la proprietà bonitaria o pretoria⁴⁴³. Non è possibile in questo contesto entrare nel merito

⁴⁴¹ Sulla data di introduzione di tale *actio* nell'editto la dottrina romanistica oscilla tra la fine del II e la metà del I sec. a.C. In merito, si rinvia alle esaurienti considerazioni di F. GALLO, *Actio Publiciana (in rem)*, in *NDI*, I, 1957, p. 269 ss.; F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, in *RIDA*, 9, 1962, p. 357; A. WATSON, *Some Remarks on the dating of the "actio Publiciana"*, in *Estudios de derecho romano (Homenaje al Profesor Sánchez del Río y Peguero)*, Zaragoza, 1967, p. 194 ss.; L. DI LELLA, *Formulae*, cit., p. 108 ss. Quanto al regime originario dell'*actio Publiciana* si rinvia, per tutti, a L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 89 ss. ove bibl.

⁴⁴² Questa formulazione aveva trovato un primo, felice riscontro entro la romanistica fra Otto e Novecento, all'indomani della scoperta del Gaio veronese: cfr., in particolare, P. BONFANTE, *Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione "in bonis habere"* (1885-1890), in *Scritti*, II, Torino, 1918, p. 370 ss.; ID., *L'Editto Publiciano* (1888), in *Scritti*, II, cit., p. 289 ss.

⁴⁴³ Del resto Gaio parlava espressamente di *dominium divisum* (o *duplex*) in due celebri passi delle sue *Istituzioni*. Si intende far riferimento a Gai. 2,40: *Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41. Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipauero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata uel in iure cessa esset. E a Gai. 1,54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure**

di una tematica così vasta; basti solamente ricordare che, in linea teorica, tale duplicità non ha ricevuto ricostruzioni omogenee entro la romanistica più recente⁴⁴⁴.

Dai commentarii dei giuristi all'editto Publiciano deduciamo poi che la tutela concessa dal pretore, probabilmente, si estendeva anche a casi ulteriori, ossia a favore dell'avente causa, in buona fede, cui fosse stata trädita una *res* (*mancipi* o *nec mancipi*) da colui che non ne era il *dominus*⁴⁴⁵. Ora, se questo è il quadro, ci è possibile tracciare alcuni punti fermi: nessun dubbio può residuare circa l'esistenza, a partire all'incirca dal I sec. a.C., di due distinte forme di tutela, rispettivamente di *ius civile* e di *ius honorarium*. Né vi sono ombre sul fatto che questa seconda forma derivava la propria tutela (e origine) da una specifica azione fittizia: appunto, l'*actio Publiciana*⁴⁴⁶. A esser ulteriormente dibattuta, semmai, è l'effettiva ampiezza di tale forma di protezione processuale. Infatti, fermi restando i requisiti della *possessio bonae fidei* e dell'acquisto *ex iusta causa*, alcuni ritengono che la tutela fosse garantita solo contri i terzi⁴⁴⁷, mentre altri la estendono anche (e soprattutto) avverso il *dominus ex iure Quiritium*⁴⁴⁸.

cuiusque servus esse intellegitur, ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritum eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.

⁴⁴⁴ Sui dettagli della questione, qui riassunta per sommi capi, cfr. L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 96 ss., ove bibl. Il punto vi è affrontato nei termini che seguono: “non è discutibile che la *Publiciana* sia stata introdotta non a tutela di un proprietario diverso dal proprietario *ex iure Quiritium*, ma con la funzione di tutelare chi avesse acquistato un bene con un negozio non idoneo di per sé a trasferire il *dominium*, finché egli non fosse divenuto proprietario secondo il *ius civile*”.

⁴⁴⁵ La questione, però, non è pacifica. Si rinvia alle ricognizioni svolte da L. VACCA: *Osservazioni in tema di “iusta caus” e “bona fides” in relazione all’usucapio pro derelicto*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 783, nt. 24; “*Iusta causa*” e “*bona fides*” nell’“*usucapio*” romana a proposito del titolo “*pro suo*”, in *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, p. 5 ss.; *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 90 s., nt. 5; *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, VII, Tricase, 2016, p. 318 ss. ove altra bibl.

⁴⁴⁶ Così, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 389 ss.

⁴⁴⁷ Entro questo filone interpretativo si inserivano, per esempio, M. KASER, *In bonis esse*, in *ZSS*, 78, 1968, p. 55 ss.; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 118 ss. e P. APATHY, *Actio Publiciana ohne Ersitzungsbesitz*, in *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, II, Napoli, 1984, p. 749 ss.

⁴⁴⁸ In tal senso, si veda H. ANKUM, *La droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?*, in *Satura Roberto Feenstra oblata*, Fribourg, 1985, p. 125 ss., il quale afferma “que les juristes

Venendo ora al secondo profilo relativo alle *iustae causae acquirendarum rerum*, occorre chiederci quali esse effettivamente fossero. Su questo punto, è bene evidenziare subito che la nostra azione non era volta a tutelare il possesso *sic et simpliciter*, bensì a garantire il realizzarsi della *causa acquirendi* attuata mediante un *modus* non idoneo a garantire la trasmissione del *dominium* per il *ius civile*⁴⁴⁹. D'altra parte, abbiamo già notato come l'applicazione primigenia della *Publiciana* coincidesse, con ogni probabilità, con i casi di trasferimento di *res Mancipi* posti in essere mediante *traditio*. Quest'ultima, dunque, assumeva la veste di *titulus* astrattamente idoneo a garantire l'acquisto, ma concretamente insufficiente a perfezionare l'atto di trasferimento della *res Mancipi*. In questo senso, allora, la *iusta causa (traditionis)* si distingueva nettamente dalla *iusta causa usucapionis*. Mentre la prima aveva come riferimento l'acquisto della proprietà, la seconda guardava alla (*iusta*) *possessio*: in altre parole, nella *Publiciana* un titolo doveva pur sempre esistere, seppure *a non domino*⁴⁵⁰. Da tale specifico aspetto derivavano conseguenze anche sul piano dell'*onus probandi*: oggetto della prova nella *Publiciana* non era ovviamente il

romains ont donné à la propriété bonitaire, désignée par eux comme *rem in bonis meam* ou *alicuius esse* (ou *rem in bonis habere*), un caractère absolu” (op. cit., p. 126). Il dibattito è stato ricostruito da L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 92 s. ove bibl.

⁴⁴⁹ Una tesi diversa era stata proposta da F. WUBBE, *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, in *RIDA*, 8, 1961, p. 417 ss., il quale riteneva che la funzione della *Publiciana*, almeno originariamente, fosse quella di tutelare ogni possessore di buona fede. Al contrario F. STURM, *Zur Ursprünglichen Funktion*, cit., p. 357 ribadiva come la finalità di tale strumento fosse tutelare quanti avessero acquistato beni senza le formalità prescritte dallo *ius civile*, il che, evidentemente, avrebbe presupposto un *titulus* ancorché inidoneo a realizzare la *causa acquirendi*. Ancora in questi termini L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (diritto romano)*, in *ED*, XXXVII, 1988, p. 160 ss.. E più di recente anche M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 311 s.: “l'*actio Publiciana* viene data al possessore di buona fede che abbia ricevuto una *res Mancipi* mediante *traditio*, in base a una *iusta causa*, e che ne abbia perduto il possesso prima del termine previsto per l'usucapione”. E anche nel diverso caso di acquisto *a non domino*, i requisiti erano i medesimi: si aveva il possesso, “la buona fede dell'acquirente” e un “atto col quale era realizzata l'operazione economica di trasferimento del bene”, ossia un titolo (op. cit., p. 313).

⁴⁵⁰ Sulle analogie e differenze tra queste due tipologie di *iustae causae*, impossibili da ricostruire in questa sede, si veda L. VACCA, “*Iusta causa*” e *bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1982, p. 1955 ss., ove bibl.

dominium, da provare invece nella *rei vindicatio*, ma l'esistenza di una *iusta causa* nel senso che si è specificato⁴⁵¹.

Se questo è dunque il quadro giuridico di riferimento, la visuale di Gaio non faceva che riconfermare quanto abbiamo appena detto: l'*accipiens*, dopo aver ricevuto la *res* in forza di un titolo non idoneo a trasferire il *dominium* per il *ius civile*, poteva, una volta perso il possesso, agire in Publiciana. A quel punto, accertati i requisiti richiesti, il giudice fingeva che il possesso di buona fede fosse proseguito per tutto il tempo richiesto e che pertanto l'usucapione si fosse realizzata; dunque, condannava il convenuto al pagamento di una somma equivalente al valore del bene controverso, a meno che non fosse intervenuta la spontanea restituzione⁴⁵².

1.4.b. Il superamento di un dibattito

Come abbiamo visto, il ricorrente della nostra controversia parificava, sin dal grado di merito, due ipotesi: quella che nel diritto romano avrebbe portato alla concessione dell'*actio Publiciana*, quella in cui si trovava esso stesso. Tale parificazione – inammissibile – veniva respinta dalla Corte di legittimità senza essere vagliata nella sua effettiva portata. Il ricorso, infatti, veniva rigettato sulla base della ragione ritenuta più “liquida”: l'inapplicabilità di una specifica e ormai desueta figura del diritto romano entro l'ordinamento codificato. A questo punto, però, è consigliabile scandire la nostra riflessione in parti: *in primis*, e ponendoci nell'ottica dei ricorrenti, dovremo

⁴⁵¹ Da qui, è stato da alcuni ipotizzato che persino il proprietario civilistico avrebbe potuto (o preferito) agire con l'*actio Publiciana*, proprio per esimersi dal più gravoso onere che invece gli sarebbe stato richiesto nell'azione di rivendica (di tale ultimo aspetto ci siamo occupati supra, § prec.). Lettura che è stata proposta da F. WUBBE, *Der gutgläubiger Besitzer, Mensch oder Begriff?*, in ZSS, 80, 1963, p. 189 e M. KASER, “*In bonis esse*”, cit., p. 173 ss. In senso nettamente contrario F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion*, cit., p. 385. Non è qui possibile compiere un'indagine sulle fonti, onde valutare l'esistenza, per il diritto romano, di una tendenza a degradare l'onere probatorio attraverso l'esperimento della *Publiciana* in luogo della rivendica. Tuttavia, in linea non solo teorica, si può obiettare che i brevi termini *ad usucapionem* non dovevano aver creato una grave distanza tra le due azioni.

⁴⁵² Parafrasiamo le parole di M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 312.

vagliare in maniera più attenta la vera distonia del caso *sub iudice* rispetto alla “regola publiciana”; a quel punto torneremo alla Cassazione, e alla sua deviazione dal percorso tracciato sino a quel momento a proposito dei rapporti tra codice e *ius* antico.

Partendo dal primo approfondimento, è indispensabile scendere sul terreno della *thema disputandum* del 1911, mostrando in cosa consistano effettivamente le criticità del ragionamento analogico. A tal fine, però, è indispensabile una premessa. Il ricorrente in Cassazione, avendo avuto la disponibilità materiale della *res* a titolo enfiteutico, era un detentore *nomine alieno*. Allora, per giustificare sia la linea difensiva, sia il contenuto della sentenza – ove si parla variamente di “possesso” e “possessore” – dobbiamo presumere che si fosse realizzata una *interversio possessionis*. In altre parole, l’attore doveva aver posto in essere uno o più atti esterni dai quali poter desumere una modifica nella relazione di fatto con la cosa, da detenzione *nomine alieno* a possesso in nome e per conto proprio.

Premesso questo, la controversia, se accostata all’azione di D. 6.2.13 pr., si segnalava per una incogruenza di fondo: la pretesa giuridica di entrambi i litiganti si fondava esclusivamente su una situazione di fatto, ossia il possesso (più o meno) prolungato, ma non continuativo, della *res* litigiosa. Ora, tale *possessio* poteva esser anche corredata dalla *bona fides*, tanto non basterebbe comunque ad accostare i due casi. Infatti, l’unico titolo che veniva invocato in giudizio, a giustificazione della relazione materiale con la cosa, era un contratto di enfiteusi stipulato tempo prima tra uno dei due litiganti e il terzo proprietario. Questo *titulus*, evidentemente, avrebbe potuto fondare una *iusta causa possessionis* ma, di certo, non una *iusta causa ad aquirendum*. Si tratta di un dato che illustra, con scarsi margini di dubbio, l’inconveniente teorico in cui dovevano esser incorsi sia i litiganti che i giudici dei gradi precedenti. Una così azzardata trasposizione di principi lascia poi aperta la questione se essi non avessero forse attribuito all’*actio Publiciana* una funzione spuria, ossia la tutela del possessore di buona fede *sic et simpliciter*. A tal fine, non si può che cercare qualche riscontro guardando allo stato della scienza giuridica italiana dell’Ottocento. Sebbene buona parte della romano-civilistica negasse in radice

l'ammissibilità della publiciana nel nostro ordinamento⁴⁵³, non era mancato chi si era espresso in termini favorevoli, sulla base di precipue necessità pratiche: agevolare l'onere probatorio del rivendicante, all'interno di un sistema giuridico privo di libri fondiari efficienti⁴⁵⁴. Tali considerazioni pratiche erano condivise anche da coloro che, pur negando formalmente l'ammissibilità della *Publiciana*, ritenevano necessario (e sufficiente) che il rivendicante dimostrasse il "titolo migliore" e non quello "assoluto" per riottenere la *res*⁴⁵⁵. Ciò significava individuare il proprietario non risalendo sino a un acquisto a titolo originario, ma individuando il soggetto fornito del titolo prevalente. Ora, è chiaro che quest'ultima tipologia di attenuazione probatoria non comportasse automaticamente la trasposizione del meccanismo publiciano al nostro ordinamento, ma certamente doveva favorirne quanto meno l'accostamento. Infatti, la riflessione in ordine alle gravi necessità pratiche doveva aver indotto a guardare positivamente al più snello onere probatorio del mondo romano⁴⁵⁶. Ma è evidente l'errore: l'*actio*

⁴⁵³ Si rivelano contrari all'applicazione di tale *actio*, per ragioni di ordine sia pratico che giuridico, G.P. CHIRONI, *Istituzioni*, cit., I, , p. 189 ss.; E. GIANTURCO, *Istituzioni*, cit., p. 48 ss. Qualche anno più tardi ne ammetteva l'esperibilità ai soli beni mobili B. BRUGI, *Della proprietà*, in ID. (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, IV, Napoli-Torino, 1923, p. 602 ss. In termini apertamente negativi si esprimevano F. RICCI, *Corso teorico*, cit., II, p. 65 ss. Poco accettabili ci paiono, oggi, le argomentazioni di P. BONFANTE, *L'azione publiciana nel diritto civile*, in *Scritti giuridici vari. Proprietà e servitù*, II, Torino, 1926, p. 959 ss.: l'Autore giustificava l'esclusione della Publiciana sulla base di una diversa *ratio*. In altre parole, i romani avrebbero dato luogo a tale azione per "necessità", in quanto "la certezza de' domini era gravamente imperfetta" tanto che la "prova del dominio si dovesse quasi necessariamente e costantemente avere" tramite "ricorso all'usucapione". Ora, se anche tali aspetti possano esser teoricamente veri, sorgono due obiezioni: da un lato, la più volte ricordata brevità dei termini per usucapire del diritto romano; dall'altro il fatto che tale congegno processuale presupponeva la pluralità di piani normativi. La proiezione sostanziale di ciò – sul piano, dunque, delle conseguenze – era proprio la pluralità delle forme di appartenenza.

⁴⁵⁴ In senso apertamente favorevole era già A. DOVERI, *Istituzioni*, cit., p. 541 ss.; qualche anno più tardi concordava E. CARUSI, *L'azione publiciana è ammissibile nel diritto civile*, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 2, 1890, p. 444 ss., il quale affermava come "nel diritto odierno" esistesse "un concetto di azione di proprietà" che comprendeva "la *Rei vindicatio* e la *Publiciana* classiche". In senso analogo C. FERRINI, *L'azione publiciana nel diritto civile*, in *Annuario critico*, cit., p. 154, poiché il "codice nulla vi ha che escluda tale trattamento".

⁴⁵⁵ Di tale avviso erano G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, Napoli, 1827, p. 127 ss. ed E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, III, cit., p. 405 ss.

⁴⁵⁶ Considerazioni poste in luce da A. SCIUMÈ, *Rivendicazione (diritto intermedio)*, in *ED*, XLI, 1989, p. 31 ss. Cfr., di recente, anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *Onere probatorio*, cit., p. 11 ss. ove bibl.

Publiciana, come abbiamo visto, era esito ed espressione del particolare modo di operare della pluralità di piani normativi. Né i romani avevano ragionato in termini di “titolo migliore” o di attenuazione probatoria. La loro finalità era, semmai, assicurare la causa *adquirendi* rispetto a un *titulus* che, sul piano del *ius civile*, non era riuscito a dispiegare i propri effetti negoziali. Il diverso onere probatorio era poi una semplice conseguenza: la *iusta causa traditionis*, benché non idonea ad attribuire il *dominium ex iure Quiritium*, doveva esser presente e dunque provata.

A ogni modo, nemmeno i giudizi apertamente favorevoli alla configurazione di una moderna *actio Publiciana* giustificerebbero l'impostazione dei ricorrenti e della Corte d'Appello: nel nostro caso non abbiamo alcun *titulus*. L'unico negozio invocato era un contratto di enfiteusi, risalente nel tempo, ma che certamente non avrebbe potuto giustificare alcun riconoscimento proprietario nel nostro ordinamento. Ciò che residuava, dunque, era il semplice possesso in capo a entrambi i litiganti ed esplicitosi in periodi successivi tra loro. L'impostazione ci appare quindi doppiamente incongrua: in linea generale, poiché la *publiciana* aveva una conformazione che non si sarebbe più potuta attagliare al diverso sistema giuridico (e proprietario in senso monolitico) del Codice; nel caso particolare, poiché il nostro ricorrente era un semplice possessore (a seguito, come precisato, della necessaria *interversio*) privo di un qualsiasi titolo astrattamente idoneo a trasferire il dominio. In definitiva, il ragionamento sia del ricorrente che della Corte d'Appello conduceva a riconoscere l'applicabilità dell'*actio* a un caso per cui il pretore romano non l'avrebbe certamente concessa.

Tutte queste considerazioni, però, perdono rilievo dinanzi al dispositivo tranchant della Corte: la *Publiciana* non poteva applicarsi nel nostro ordinamento poiché non era più possibile accordare alcuna vigenza al *ius* antico. Simili affermazioni si prestano, nel novero della pronunce giudiziarie che abbiamo esaminato, a esser ricordate proprio in forza del loro contenuto “atipico”. Questa sentenza dava corso, cioè, a un utilizzo del diritto romano del tutto nuovo, meno vicino agli impieghi attualizzanti che abbiamo riscontrato nelle fasi immediatamente successive all'unità legislativa. Chiaramente, non si trattava di una cesura netta ed eclatante: ma la difficoltosa armonizzazione di tale *decisum* con i precedenti esaminati rende ostico ricondurla

entro quel medesimo filone di prassi giudiziaria. Possiamo individuare il germe di un mutamento. In altre parole, con questa sentenza siamo entrati in contatto con la seconda tipologia in cui potremmo virtualmente dividere i rapporti tra Codice e diritto romano. Un dialogo sempre meno propenso all'immediata applicazione del *ius* al caso controverso, ma non per questo meno fruttuoso: qualcosa di diverso dalla "inutile erudizione", e "necessario" poiché ai "supremi principi di diritto romano" continuavano a esser informati i codici⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Le citazioni sono tratte da *C. Cass. Roma*, cit., p. 1119.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE O., *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003
- ABBAMONTE O., CASAVOLA F.P., *Themis. Tra le pieghe della giustizia* (a cura di A. Cernigliaro), Torino, 2009
- ACQUARONE A., *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960
- AGNATI U., *Le Dodici Tavole: il versetto VII, 8 e l'actio aquae pluviae arcendae*, Cagliari, 2000
- AGNELLI A., *Bensa Paolo Emilio*, in *NNDI*, II, Torino, 1958
- AJANI G., PASA B., *Diritto comparato. Casi e materiali*, Torino, 2013
- ALBANESE B., *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, III, 1970
- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979
- ALBANESE B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985
- ALBERTARIO E., *La protezione pretoria delle servitù romane*, in *Il Filangieri*, 37, 1912
- ALBERTARIO E., *Sul diritto agli alimenti: note di diritto romano*, Milano, 1925
- ALBERTARIO E., *Sul diritto agli alimenti: note di diritto romano*, Milano, 1925
- ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 1993
- ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al Code civil*, in *Attualità e storicità del "Dei delitti e delle pene" a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura di G. Rossi, F. Zanuso, Napoli, 2015
- AMARELLI F., *L'insegnamento scientifico del diritto nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index*, 18, 1990

- AMOROSO G., *Sindacato di legittimità e nomofilachia tra massime di giurisprudenza e principi di diritto*, in *Teoria e prassi della giustizia: un dialogo tra Accademia Magistratura e Avvocatura*, a cura di G. Alpa, A. Schiesaro, Napoli, 2013
- ANCONA E., *Degli atti di emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà*, in *AG*, 52, 1894
- ANKUM H., *La droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?*, in *Satura Roberto Feenstra oblata*, Fribourg, 1985
- APATHY P., *Actio Publiciana ohne Ersitzungsbesitz*, in *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, II, Napoli, 1984
- APATHY P., *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmaengelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 111, 1994
- ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954
- ARANGIO-RUIZ V., *In memoria di Carlo Fadda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1955
- ARANGIO-RUIZ V., *In memoria di Carlo Fadda*, in *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda (Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955)*, Milano, 1968
- ARCARIA F., *Oratio Marci: giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, 2003
- ARCARIA F., *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)*, in *LR*, 5, 2017
- ARNAUD A.J., *Essai d'analyse structurale du code civil français: la règle du jeu dans la paix burgeoise*, I, Paris, 1841
- ARNDTS L., *Lehrbuch der Pandekten von Dr. Ludwig Arndts, regierungsrath und ordentlichem Professor an der Universität zu Wien, Sechste Auflage. Erstes Buch. Von den Rechten im Allgemeinen, Erstes Kapitel. Begriff und Eintheilung der Rechte*, München, 1868
- ASCARELLI T., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* (1945), in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, a cura di Id., Milano, 1952

- ASCHERI M., *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989
- ASCOLI A., *La usucapione delle servitù nel diritto romano*, in *AG*, 38, 1887
- ASCOLI A., *Nicola Coviello*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 1913
- ASCOLI A., *Biagio Brugi (Necrologio)*, in *Riv. dir. civ.*, 26, 1934
- ASTOLFI R., *Rei vindicatio*, in *NDI*, XV, Torino, 1968
- ASTOLFI R., *Costituzione di servitù e destinazione del padre di famiglia*, in *BIDR*, LXXII, 1969
- ASTUTI G., *Acque (introduzione storica generale)*, in *ED*, I, Milano, 1958
- ASTUTI G., *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli, 1966
- ASTUTI A., *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto in Europa. Atti del Convegno (Firenze 25-29 aprile 1973)*, a cura di B. Paradisi, II, Firenze, 1977
- ASTUTI G., *Il 'code Napoléon' in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, a cura di G. Astuti, G. Cassandro, Napoli, 1984
- BALDUS C., *Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts*, in *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, a cura di K. Riesenhuber, III, Berlin, 2015
- BARBATI S., *Studi sui "iudices" nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000
- BARBERO D., *Le universalità patrimoniali: universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936
- BASILE R., *Pactionibus et stipulationibus. Un'ipotesi in tema di modi costitutivi di servitù (e usufrutto)*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli, 2007
- BASILE R., *"Usus servitutis". Tutela interdittale*, Padova, 2012

- BEHRENDTS O., *Institutionelles und prinzipielles denken im römischen privatrecht*, in *ZSS*, 95, 1978
- BEHRENDTS O., *La nuova traduzione tedesca dei "Digesta" e la critica interpolazionistica*, in *Index*, 25, 1997
- BELFIORE A., *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979
- BELVEDERE A., *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977
- BENEDETTI A.M., *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Politica del diritto*, 48, 2017
- BENEDUCE P., *Il "giusto" metodo di Emanuele Gianturco. Manuali e generi letterari alle origini della "scienza italiana"*, in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1987
- BENEDUCE P., *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra 800 e 900*, Napoli, 1990
- BENEDUCE P., *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, 1996
- BENSA P.E., *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano. Introduzione e parte generale*, Torino, 1897
- BERLIRI L.V., *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue*, in *AG*, 106, 1931
- BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910
- BESELER G., *Romanistische Studien*, in *TR*, 8, 1928
- BETANCOURT F., *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el derecho romano clasico*, in *AHDE*, 45, 1975
- BETANCOURT F., *La defensa pretoria del "missus in possessionem"*, in *AHDE*, 52, 1982
- BIONDI B., *Summatim cognoscere*, in *BIDR*, 30, 1921
- BIONDI B., *Diritto romano*, in *Un secolo di progresso scientifico italiano (1839-1939)*. VI. Sezione di scienze giuridiche, Roma, 1939

- BIONDI B., *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, Milano, 1954
- BIONDI B., *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, in *Congresso giuridico C. Fadda*, Milano, 1968
- BIROCCHI I., LAMPIS M.C., *Servitù (Diritto intermedio)*, in *ED*, 42, Milano, 1990
- BIROCCHI I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002
- BIROCCHI I., *La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione [secoli XVI-XIX]*, Atti del convegno internazionale di Alghero 2004, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, 2006
- BLECHER M.D., *Aspect of privacy in the civil law*, in *TR*, 43, 1975
- BOBBIO N., *L'analogia del diritto*, Torino, 1938
- BONFANTE P., *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione detta dal Prof. F. Buonamici nella R. Università di Pisa il dì 23 novembre 1876*, Pisa, 1877
- BONFANTE P., *Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione "in bonis habere" (1885-1890)*, in *Scritti*, II, Torino, 1918
- BONFANTE P., *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla bona fides*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVI, 1893
- BONFANTE P., *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto (Prolusione letta nella R. Università di Parma il 23 gennaio 1895)*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, I, 2012
- BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1896
- BONFANTE P., *Res mancipi e nec mancipi*, Roma, 1888-1889
- BONFANTE P., *Diritto romano*, Firenze, 1900
- BONFANTE P., *Storia del diritto romano (1902)*, Milano, 1909²
- BONFANTE P., *Il metodo naturalistico nella storia del diritto (Prolusione, Roma, 1917)*, ora in *Le Prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012

- BONFANTE P., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* (“*Res Mancipi*” e “*res nec Mancipi*”), in *Scritti giuridici vari*, II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1918
- BONFANTE P., *L’Editto Publiciano* (1888), in *Scritti*, II, Torino, 1918
- BONFANTE P., *Il regime delle acque. Dal diritto romano al diritto moderno*, in *AG*, 87, 1922
- BONINI R., *I romanisti e il I libro del codice civile*, in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, 1973
- BONINI R., *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna, 1996
- BONINI R., *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato. Premesse e disposizioni preliminari*, a cura di P. Rescigno, I, Torino, 1999
- BORSARI L., *Commentario al codice civile italiano*, II, Torino, 1872
- BOSETTI F., *Nicola e Leonardo Coviello e la nuova scienza del diritto civile in Italia*, Avigliano, 2005
- BOTTIGLIERI A., *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, 1994
- BOVE L., *Ricerche sugli “agri vectigales”*, Napoli, 1960
- BOZZA F., “*Actio in rem per sponsionem*”, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930
- BRACCIA R., *Un avvocato nelle istituzioni. Stefano Castagnola giurista e politico dell’Italia liberale*, Milano, 2008
- BRETONE M., *Il “naturalismo” del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo*, 5, 1959
- BRETONE M., *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962
- BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 2001⁴
- BRUGI B., *I fasti aurei del diritto romano. Studi preliminari dell’Avv. Biagio Brugi*, Pisa, 1879
- BRUGI B., *Le opere minori di Filippo Serafini*, in *AG*, 68, 1902
- BRUGI B. (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, I, Napoli-Torino, 1922²

- BRUGI B., *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, in *Studi storici e giuridici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Catania, 1910
- BRUGI B., *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in *Il dir. comm.*, 35, 1916
- BRUGI B., *Risarcimento del danno morale (nota a Appello Milano 21/01/1921)*, in *Riv. dir. comm.*, 2, 1921
- BRUGI B., *I principi generali del diritto e il diritto naturale*, in *Archivio giuridico*, 90, 1923
- BRUGI B., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1923
- BRUGI B., *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 3, 1923
- BRUGI B., *Della proprietà*, in ID. (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, IV, Napoli-Torino, 1923
- BRUTTI M., *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quad. fior.*, 9, 1980
- BRUTTI M., *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in *BIDR*, 105, 2011
- BRUTTI M., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013
- BRUTTI M., *I romanisti italiani in Europa*, in *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione (Annuario di diritto comparato e di studi legislativi)*, a cura di M. Bussani, 5, 2014
- BRUTTI M., *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 6, 2015
- BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2015
- BRUTTI M., *Ancora su Vittorio Scialoja [ed Emilio Betti]*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. Piro, VII, Lecce, 2016
- BRUTTI M., *La "dissoluzione dell'Europa": ideologia e ricerca in Betti (1943-1955)*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E. Stolfi, Roma, 2020

- BUONAMICI F., *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione detta dal Prof. F. Buonamici nella R. Università di Pisa il dì 23 novembre 1876*, Pisa, 1877
- BUONAMICI F., SCOLARI S., SERAFINI F., *Programma, Statuto e Discorso inaugurale del Seminario storico-giuridico di Pisa*, in AG, 18, 1877
- BUONAMICI F., SCOLARI S., SERAFINI F., *Relazione intorno agli studi fatti nel Seminario storico-giuridico di Pisa durante l'anno 1877*, in AG, 19, 1877
- BUONAMICI, F., *Discorso del prof. F. Buonamici letto per l'inaugurazione del Seminario storico-giuridico la sera del dì 23 gennaio 1878*, in AG, 22, 1879
- BURDESE A., *Servitù prediali (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, 1970
- BURDESE A., *Pegno (Diritto romano)*, in *ED*, XXXII, Milano, 1982
- BURDESE A., *Possesso (diritto romano)*, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993⁴
- BURDESE A., *In tema di "res derelictae"*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990
- BUZZACCHI C., *Alle radici della politica giuridico-giudiziaria di un ordinamento attraverso l'"exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae"*, in *"Res iudicata"*, a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2015
- CALAMANDREI P., *La cassazione civile. Storia e legislazioni*, I, Milano-Torino-Roma, 1920
- CALDARA E., *Per una missione della magistratura*, in *La scienza del diritto privato. Rivista critica di filosofia giuridica, legislazione e giurisprudenza*, 3, 1895
- CALONGE A., *En torno al problema de la retroactividad de la condicion en el derecho clasico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 3, 1971
- CANNATA C.A., *Possesso (Diritto romano)*, in *Nov. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966
- CANNATA C.A., *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*, 57, 1991
- CANNATA C.A., *'Qui prior vindicaverat': la posizione delle parti nella 'legis actio sacramenti in rem'*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993
- CANNATA C.A., *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001

- CANTINI L., *La legislazione toscana raccolta e illustrata*, I, Firenze, 1800
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana*, I, Milano, 1969
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana*, II, Milano, 1976
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Le “res Mancipi” e “nec Mancipi” di Pietro Bonfante: 1888-89*, in *Iura*, 31, 1980
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *A cent’anni dalle “Res Mancipi” di Pietro Bonfante: 1888-89*, in *Quad. Fior.*, 19, 1988
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Proprietà (diritto romano)*, in *ED*, XXXVII, 1988
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell’800*, Roma, 1994
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Bonfante Pietro*, in *DBGI*, I, 2013
- CAPONE P., *La gestione dei beni pupillari nella disciplina di un’oratio Severi*, in *TSDP*, 12, 2019
- CAPPELLINI P., *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985
- CAPPELLINI P., *Il codice eterno. La forma del codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell’incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002
- CAPPELLINI P., *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003
- CAPRIOLI S., *Codice civile. Strutture e vicende*, Milano, 2008
- CARAVALE M., *Servitù prediali (Diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*, 17, Torino, 1970
- CARAVALE M., *Lo Stato pontificio da Martino V a Gregorio XIII*, in *Lo Stato pontificio. Storia d’Italia*, a cura di M. Caravale, A. Caracciolo, Torino, 1978
- CARAVALE M., *Gian Pietro Chironi*, in *DBI*, XXV, Roma, 1981

- CARCATERRA G., *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988
- CARNELUTTI F., *Nicola Coviello*, in *Riv. dir. comm.*, 11, 1913
- CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1988
- CARONI P., *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index*, 29, 2001
- CARONI P., *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002
- CARRATA A., *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *BIDR*, 105, 2011
- CASAVOLA F.P., *Professori di Napoli 1860*, in *Labeo*, 7, 1961
- CASAVOLA F.P., *La romanistica a Napoli dall'Unità alla guerra*, in *Index*, 29, 2001
- CASCIO S.O., *Studi sull'enfiteusi*, in *AUPA*, 22, 1951
- CASCIONE C., "Addendum" epistolare alla polemica Bonfante "versus" Croce (e Gentile), in *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, a cura di K. Muscheler, Berlin, 2011
- CASELLA V., *La trasmissibilità ereditaria della stipulatio*, Milano, 2018
- CASSESE S., PEREZ R., *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 2014⁵
- CASTÁN PÉREZ GÓMEZ S., *Regimen juridico de las concesiones administrativas*, Madrid, 1996
- CATTANEO M.A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966,
- CATTANEO V., BORDA C., *Il codice civile italiano annotato*, Torino, 1865
- CAZZETTA G., *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002
- CAZZETTA G., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino 2011
- CAZZETTA G., *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quad. fior.*, 40, 2011
- CAZZETTA G., *Chironi Gian Pietro*, in *DBGI*, I, 2013

- CAZZETTA G., *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 63, 2017
- CENDERELLI A., *Durata del contratto e necessità del locatore. Sulle origini della legislazione vincolistica in tema di locazione abitativa*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007
- CESA C., *La scienza nazionale*, in *Università e scienza nazionale*, a cura di I. Porciani, Napoli, 2001
- CHIODI G., *Emilio Pacifici-Mazzoni*, in *DBGI*, II, 2013
- CHIODI G., *Vittorio Scialoja*, in *DBGI*, II, 2013
- CHIODI G., *Vittorio Scialoja*, in *DBGI*, II, 2013
- CHIRONI G.P., *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, Siena, 1881
- CHIRONI G.P. *Il darwinismo nel diritto*, Siena, 1882
- CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, I, Torino, 1884
- CHIRONI G.P., *Sociologia e diritto civile*, Torino, 1886
- CHIRONI G.P., ABELLO L., *Trattato di Diritto Civile italiano. Parte generale*, I, Torino, 1904
- CHIRONI G.P., *L'opera di Emilio Pacifici-Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia*, in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, 1914
- CIANFEROTTI G., *Emanuele Gianturco giurista pratico*, in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1987
- CIANFEROTTI G., *L'università di Siena e la "vertenza di Scialoja". Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi Senesi*, 100, 1988
- CIANFEROTTI G., *La prolusione di Orlando, Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo stato liberale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1989
- CIANFEROTTI G., *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I, Milano, 1998
- CIANFEROTTI G., *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, in *Università e scienza nazionale*, a cura di I. Porciani, Napoli, 2001

- CIANFEROTTI G., *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mano Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della Grande Guerra al Codice di procedura civile*, in *Quad. fior.*, 37, 2008
- CIMBALI E., *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *AG*, 14, 1880
- CIMBALI E., *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni: prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881*, Roma, 1881
- CIMBALI E., *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, 1885
- CIMBALI E., *Studi di diritto civile*, Torino 1900²
- CIPRIANI F., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia [1866-193])*, Milano, 1991
- COLAO F., *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale. Norme e progetti per l'istruzione superiore in Italia (1848-1923)*, Milano, 1995
- COLAO F., *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, 1999
- COLAO F., *Conticini Pietro*, in *DBGI*, I, 2013
- COLETTI A., *Brugi, Biagio*, in *DBI*, XIV, 1972
- CONSORTI P., *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Roma-Bari, 2020
- CONTE A.G., *Ricerche sull'interpretazione analogica*, Pavia, 1957
- CONTICINI P., *Lezioni di Pandette del Professore Pietro Conticini raccolte e ordinate da Filippo Serafini, Professore di Pandette nella R. Università di Pisa, Direttore dell'Archivio Giuridico. I. Trattato delle persone*, Pisa, 1876
- CORBINO A., *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981
- CORBINO A., *Servitù*, in *ED*, XLII, Milano, 1990
- CORNIOLEY P., *Error in substantia, in materia, in qualitate*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 2, 1968
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal Codice Napoleonico al Codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970

- COSSA G., *“Regula sabiniana”. Elaborazioni giurisprudenziali in materia di condizioni impossibili*, Milano, 2013
- COSSA G., *Per uno studio dei Libri Singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018
- COSTA P., *Il “solidarismo giuridico” di Giuseppe Salvioli*, in *Quad. fior.*, 3-4, 1974-1975
- COSTA P., *L’interpretazione della legge: François Génny e la cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fior.*, 20, 1991
- COSTA P., *I “padroni della legge”: Legge, interpretazione, libertà nell’illuminismo giuridico*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 6, 2001
- COSTA P., *Prestiti e pegni, tempio e città. Note sull’ἐπίκριμα efesino di Paolo Fabio Persico (44 d.C.)*, in *AUPA*, 62, 2019
- COVIELLO L., *Moderni metodi d’interpretazione della legge (1908)*, in *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, a cura di A. Tanzi, Milano, 1999
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, 1915
- CRAVERI P., *Paolo Emilio Bensa*, in *DBI*, VIII, 1996
- CRIFÒ G., *Sul contributo dei giuristi allo studio del mondo antico*, in *Ann. Macerata*, n.s. 1993-1994
- CUENA BOY B.F., *La idea de rerum natura como criterio basico de la imposibilidad fisica de la prestacion*, in *RIDA*, 40, 1993
- CUOMO M.O., *Il contributo di Giuseppe Salvioli alla storiografia economica italiana*, in *Economia e storia*, 3, 1975
- CURSI M.F., *Modus servitutis. Il ruolo dell’autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999
- CURSI F., *L’eredità dell’actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008
- CURSI F., *Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in *Principios generale del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso Barbero, Madrid, 2014

- D'ADDIO M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966
- D'AGOSTINO F., *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973
- D'ANGELO G., *Sulla lex Scribonia de usucapione servitutum*, in *AUPA*, 56, 2013
- D'ORS A., *Rec. a H. Schlosser, F. Sturm, H. Hermann, Die rechtsgeschichtliche Exegese: römisches Recht, deutsches Recht, Kirchenrecht* (München, 1972), in *AHDE*, 43, 1973
- D'ORS A., *Replicas panormitanas 4. Sobre la supuesta "condictio" sin "datio"*, in *Iura*, 25, 1974
- D'ORS A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989
- D'ORS A., "Mensis in spicis" (D. 19, 2, 60, 5), in *SDHI*, 58, 1992
- D'URSO F., *Gli avvocati liberali a Ferrara e l'Unità d'Italia*, in *Avvocati che fecero l'Italia*, a cura di G. Alpa, G.S. Pene Vidari, S. Borsacchi, Bologna 2011
- DALLA D., *Ricerche di diritto delle persone (Bologna) Le fonti giuridiche*, in *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico*, a cura di U. Mattioli, II, Bologna, 1995
- DALLA MASSARA T., "Pars in toto est": brevi riflessioni sull'idea di "parte" di giudicato, in *op.cit.*, p. 357 ss.; C. PELLOSO, "Bis de eadem re sit actio": osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata, in "Res iudicata", a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2015
- DAUBE D., *Condition Prevented from Materializing*, in *TR*, 28, 1960
- DE CHURRUCA J., *Pignus*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, a cura di J Paricio, Madrid, 1994
- DE CRESCENZO G., *La fortuna di Vincenzo Gioberti nel Mezzogiorno d'Italia*, Brescia, 1964
- DE CRESCENZO N., *Sistema del diritto civile romano*, I, Napoli, 1869²
- DE CRESCENZO N., *Nota a C. Cass. Napoli 13 luglio 1876*, in *Il foro it.*, I, 1876
- DE FRANCESCO A., *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, 47, 2001

- DE FRANCESCO A., *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, Napoli, 2002
- DE FRANCISCI P., *Il diritto romano (Guide bibliografiche)*, Roma, 1923
- DE FRANCISCI P., *Commemorazione di Pietro Bonfante e celebrazione del centenario giustiniano*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia*, a cura di P. Ciapessoni, Pavia 1934
- DE IULIIS F., *Studi sul pignus conventum: le origini l'interdictum Salvianum*, Torino, 2017
- DE MARINI AVONZO F., *Paolo Emilio Bensa tra Digesto e Codice civile*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001
- DE MARTINO F., *"Ager privatus vectigalisque"*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956
- DE ROBERTIS F.M., *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari, 1960
- DE ROBERTIS F.M., *Lis Fullonum (C. I. L. 6,266). (Notazioni critiche)*, in *SDHI*, 43, 1977
- DE RUGGIERO G., *Storia del liberalismo europeo*, Milano, 1962
- DELL'ORO A., *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960
- DELL'ORO A., *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963
- DERNBURG A., *Pandette, Volume I – Parte I Parte generale, Prima traduzione dal tedesco sulla sesta edizione di Francesco Bernardo Cicala*, Torino, 1906
- DI RENZO VILLATA G., *Un pubblico ministero "figlio della politica". Azione penale e pubblico ministero tra indipendenza e libertà dell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, a cura di B. Durand, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D Simon, Frankfurt, 2005
- DI SALVO S., *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in *BIDR*, 105, 2011

- DI SIMONE M.R., *Diritto*, in *L'illuminismo. Dizionario storico*, a cura di V. Ferrone, D. Roche, Roma-Bari, 1997
- DI SIMONE M.R., *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'Unità*, Torino, 1999
- DI SIMONE M.R., *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006
- DI SIMONE M.R. (a cura di), *La giustizia dello Stato pontificio in età moderna*, Roma, 2011
- DI STEFANO A.M., “*Il diritto non è una scienza teorica ma un progresso organico e naturale*”: nuove prospettive per la Storia del diritto in Italia durante il XIX secolo, in *Historia et ius*, 11, 2017
- DIONISOTTI C., *Storia della magistratura piemontese*, Torino, 1881
- DONADIO N., *La tutela dal rischio di danni da acqua pluvia nelle soluzioni giurisprudenziali tra tarda repubblica ed età severiana: a proposito di D. 39.3.2.5 (Paul. 49 ad ed.)*, in *Jus*, 61, 2014
- DONADIO N., ‘*Locus inferior naturaliter superiori servit*’: di un’antica ‘*regula iuris*’ in tema di scolo dell’acqua piovana tra fondi attigui, in *RIDA*, 61, 2016
- DOVERI A., *Istituzioni di diritto romano*, I, Siena, 1859
- DÜLL R., *Über Textkonjekturen zu Gaius Veronensis und zur Frage der Zwangsenteignung im römischen Formularprozeß*, in *ZSS*, 96, 1979
- EBRARD F., *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig, 1917
- ERMAN H., *Pignus hypothecave*, in *Mélanges de droit romain*, a cura di P.F. Girard, I, Paris 1912
- ERNST W., *Periculum est emptoris*, in *ZSS*, 99, 1982
- FADDA C., *Le servitù. Lezioni*, Napoli, 1913
- FALCHI A., *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d’equità*, in *Rivista di filosofia e scienze affini*, 3, 1903

- FALCONE G., *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996
- FALCONE G., *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*, 55, 2012
- FALZEA A., *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 36, 1990
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, VI, Milano, 2008
- FARALLI C., *Storia del diritto romano e scienze sociali: un'integrazione difficile*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 12, 1982
- FASOLINO F., *Interessi della collettività dei vicini nell'“operis novi nuntiatio”*, in *Labeo*, 45, 1999
- FAYER C., *La familia romana. I. Aspetti giuridici e antiquari*, Roma, 1994
- FEENSTRA R., *Action Publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du Moyen Age*, in ID., “*Fata iuris Romani*”. *Études d'histoire du droit*, Leiden, 1974
- FEHR M., *Beiträge zur Lehre vom Römischen Pfandrecht in der Klass*, Uppsala, 1910
- FELGENTRÄGER W., *Briefe F.C. von Savigny an P.F. Weiss (1804-1807)*, in *ZSS RA*, 48, 1928
- FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999²
- FERRETTI P., *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017
- FERRINI C., *L'azione publiciana nel diritto civile*, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 2, 1890
- FIORAVANTI M., *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979
- FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990
- FRANCIOSI G., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961
- FRANCIOSI G., *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967
- FREZZA P., *Le garanzie delle obbligazioni: corso di diritto romano*, Padova, II, 1962-1963

- FREZZA P., *Rec. a R. Santoro, Studi sulla "condictio"*, in *SDHI*, 38, 1972
- FRIER B.W., *Roman law and the wine trade: the problem of "vinegar sold as wine"*, in *ZSS*, 100, 1983
- FROMMEL M., *Merkel Adolf*, in *NDB*, 17, 1994
- FROSINI F., *Nozione di equità*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966
- FUENTESECA P., *Reflexiones sobre la tricotomia "actio petitio persecutio"*, in *AHDE*, 40, 1970
- FUENTESECA DEGENEFFE M., *Primera etapa histórica del ius emphyteuticum*, in *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor A. Calonge*, I, Salamanca, 2002
- FUETER E., *Storia della storiografia moderna*, trad.it. Milano-Napoli, 1970²
- FURFARO F., *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016
- GABBA C.F., *Teoria della retroattività delle leggi*, Pisa, 1868
- GABBA C.F., *Note a corte di cassazione di Palermo – 23 febbraio 1895*, in *Foro it.*, 1896
- GAETA L., STOLFI E., *Visioni del diritto e impegno politico in Emanuele Gianturco. Con una Introduzione di Giulio Cianferotti*, Avigliano, 2007
- GALLO F., *Actio Publiciana (in rem)*, in *NDI*, I, 1957
- GALLO F., *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella "locatio" degli "agri vectigales"*, in *SDHI*, 30, 1964
- GAMBARO A., *Codice civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988
- GARDINI M., *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2013
- GARIN E., *Hegelianism dell'Ottocento*, in *ID.*, *Tra due secoli. Socialismo e filosofia in Italia dopo l'Unità*, Bari, 1983
- GENY F., *La Technique législative dans la Codification civil moderne (à propos du Centenaire du Code Civil)* (Paris, 1904), in *Le Code civil 1804-1904: livre du centenaire*, a cura di J.L. Halperin, Paris, 2004

- GERI M.P., *Del Rosso Federigo*, in *DBGI*, I, 2013.
- GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari-Roma, 1985
- GHISALBERTI C., *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma-Bari, 2007
- GIANFORMAGGIO L., *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, I, 1987
- GIANTURCO E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1889³
- GIANZANA S., *Le acque nel diritto civile italiano. Nozioni generali di diritto e cenni idraulici. Teoria dell'acquisto, esercizio e perdita della presa d'acqua*, I, Torino, 1879
- GIARDINA A., *Il capitalismo antico (Storia dell'economia romana)*, Roma-Bari, 1985
- GIODICE SABBATELLI V., *Studi sull'ufficio del console*, Bari, 2006
- GIOFFREDI C., *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in *BIDR*, 70, 1967
- GIUFFRÈ V., *"Necessitas probandi". Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984
- GLÜCK F., *Commentario alle Pandette di federico Gluck, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia, Direttori Filippo Serafini e Pietro Cogliolo*, [Libri I-IV, VI], Milano, 1888-1890
- GOKEL J.M., *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlin, 2014
- GORLA G., *I precedenti storici dell'art. 12 Disposizioni Preliminari del Codice Civile del 1942 (Un problema di diritto costituzionale?)*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*. III, a cura di A. Pace, Padova, 1972
- GRECO G., ROSA M., *Storia degli antichi stati italiani*, Roma-Bari, 1996
- GROSSI P., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quad. fior.*, 5-6, 1976-1977
- GROSSI P., *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, 1988

- GROSSI P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992
- GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998
- GROSSI P., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002
- GROSSI P., *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*, Milano, 2002
- GROSSI P., *Code Civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quad. fior.*, 35, 2006
- GROSSI P., *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo ed Età moderna*, in *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, a cura di Id., Milano, 2006
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007
- GROSSI P., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto (Lezione dottorale tenuta presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 2007)*, Napoli, 2009, ora in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011
- GROSSO G., *Servitù*, in *Enc. It. di scienze, lettere e arti*, XXXI, Roma, 1936
- GROSSO G., *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per "non usus" e della "usucapio libertatis"*, in *Il foro it.*, 62, 1937
- GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941
- GROSSO G., *Osservazioni di un romanista in margine al regime delle servitù nel nuovo codice civile*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1947
- GROSSO G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958
- GROSSO G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969
- GROSSO G., *Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto "pactionibus et stipulationibus" sui fondi provinciali*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin, 1970

- GRÖTEN A., *Corpus und universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen, 2015
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1999
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 1993
- GUASTINI R., *Teoria generale del diritto*, in *Digesto delle Disc. Priv.- Sez. Civ.*, 19, 1999
- GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006²
- HACKL K., *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in *ZSS*, 90, 1973
- HACKL K., *Hans-Dieter Spengler. Studien zur interrogatio in iure*, in *ZSS*, 115, 1998
- HONORÈ A.M., *The editing of the Digest titles*, in *ZSS*, 90, 1973
- HORAK F., *Aesthetische Probleme bei den römischen Juristen*, in *Iura*, 38, 1987
- HUBERLANT C., *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, in *Le problème des lacunes en droit. Travaux du Centre national de recherche de logique*, a cura di C. Perelman, Bruxelles, 1968
- IMPALLOMENI G., *Giuseppe Ignazio Luzzato*, in *Iura*, 29, 1978
- INTORCIA G., *Magistrature nel Regno di Napoli. Analisi prosopografica (secoli XVI-XVII)*, Napoli, 1987
- IRTI N., *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
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999⁴
- KANTOROWICZ H., *Savignybriefe. Briefe Friedrich Carl von Savignys an Friedrich Heinrich Christian Schwarz*, in *Neues Archiv für die Geschichte der Stadt Heidelberg und der Kurpfalz*, 13, 1926-1928
- KASER M., *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939

- KASER M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Graz, 1956
- KASER M., *Studi sulla "in integrum restitutio"*, in *Labeo*, 12, 1966
- KASER M., *In bonis esse*, in *ZSS*, 78, 1968
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971²
- KASER M., *Erbschafts Kauf und Hoffnungs Kauf*, in *BIDR*, 74, 1971
- KASER M., HACKL K., *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1996²
- KELLY J.M., *Storia del pensiero giuridico occidentale*, trad. it. Bologna, 1996
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 2000
- KNÜTEL R., *"Stipulatio poenae". Studien zur Römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976
- KOSCHAKER P., *Fr. 4. 32 D. 44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano*, in *Iura*, 4, 1953
- KRÜGER H., *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, in *ZSS*, 45, 1925
- KUBLER B., SIBER H., *Die Passiv legitimation bei de rei vindicatio*, Leipzig, 1907
- KURZ V., *"Emptio rei speratae" "pura" oder "sub condicione"?*, in *Labeo*, 20, 1974
- LA ROSA F., *Pactionibus et stipulationibus*, in *Labeo*, 40, 1994
- LA ROSA R., *Nota minima su D. 8.3.30*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli, 2007
- LABARDI A., *Le lettere inedite di Capei a Savigny: un giurista toscano corrisponde con un mito*, in *ZSS*, 124, 2007
- LABARDI A., *Capei Pietro*, in *DBGI*, I, 2013
- LABRUNA L., *Appunti su "società civile e Stato" in Biagio Brugi*, in *Index*, 16, 1988
- LACCHÈ L., *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in *Quad. fior.*, 39, 2010
- LAMBRINI P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie nel diritto romano classico*, Padova, 1998
- LANDSBERG E., *Windscheid Bernhard*, in *ADB*, XLIII, 1898
- LANDUCCI L., *Filippo Serafini*, in *AG*, 85, 1921

- LANDUCCI S., *L'hegelismo in Italia nell'età del Risorgimento*, in *Studi storici*, 6, 1965
- LANFRANCHI F., *Studi sull'ager vectigalis. I. La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza, 1938
- LANTELLA L., *Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli, 1997
- LANZA C., *Bensa Paolo Emilio*, in *DBGI*, I, 2013
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960
- LASSALLE F., *Die Theorie der Erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze, unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preussischen Rechts*, Leipzig, 1880
- LATINI C., "L'araba fenice". *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 35, 2006
- LATINI C., *Francesco Ricci*, in *Avvocati che fecero l'Italia*, a cura di G. Alpa, G.S. Pene Vidari, S. Borsacchi, Bologna 2011
- LATINI C., "El espíritu egoísta de aquél derecho". *Nicola Coviello y la ciencia jurídica italiana entre individualismo y solidarismo*, in *REDS*, III.1, 2013
- LAURIA M., *Possessiones. Età repubblicana*, Napoli, 1957²
- LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, I-II, Leipzig, 1889
- LEVY E., RABEL E., *Index interpolationum*, I, Weimar, 1929
- LIGIOS M.A., "Taberna", "negotiatio", "taberna cum instrumento" e "taberna instructa" nella riflessione giurisprudenziale classica, in "Antecessori oblata". *Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001
- LIGIOS M.A., *Merci e legati. Aspetti della riflessione giurisprudenziale in tema di successione nell'esercizio della negotiatio*, in *IURA*, 59, 2011
- LIGIOS M.A., *Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2013

- LINARES PINEDA J.L., *Las doctrinas de la adquisicion de frutos*, in *BIDR*, 90, 1987
- LITEWSKI W., *Die Römische Appellation in Zivilsachen*, I, in *RIDA*, 12, 1965
- LIVA S., *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, Torino, 2017
- LOCATELLI F., *L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008
- LÖFFELMANN A., *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen. Rechtsvergleich zwischen deutschen und römischem Recht*, Köln-Weimar-Wien, 1996
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013
- LONGO G., *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *Iura*, 11, 1960
- LONGO S., "Actio" contro il "fideiussor servi" e "Actio de peculio" contro il "dominus", in *Labeo*, 44, 1998
- LONGO S., *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino, 2019
- LOPEZ P., *E. C. e i cattolici napoletani dopo l'Unità*, Roma, 1962
- LORIA A., *Socialismo giuridico, 1893*, ora in *La scienza del diritto privato*, 2, 1984
- LOVATO A., *Diritto romano e scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Roma-Bari, 1999
- LOVATO A., *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari, 2003
- LOVATO A., *Capuano Luigi*, in *DBGI*, I, 2013
- LOVATO A., *Polignani Giuseppe*, in *DBGI*, II, 2013
- LOVATO A., *Savarese Roberto*, in *DBGI*, II, 2013
- LOVATO A., PULIATTI S., SOLIDORO L., *Diritto privato romano*, Torino, 2017²
- LOZZI C., *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in *Temi veneta*, 28, 1878
- LUIG K., *Il diritto privato germanico e gli studi universitari nella Germania del secondo Ottocento*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane, C. Vano, Napoli, 1994

- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990
- LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999
- MACCORMACK G., *Nemo sibi ipse causa possessionis mutare potest*, in *BIDR*, 75, 1972
- MAC CORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978
- MAESTRI E.C., *Alle origini della sociologia dle diritto in Italia. Il contributo di Giuseppe Salvioi (1857-1928)*, in *Annali di Ferrara.*, 15, 2001
- MAFFEI D., NÖRR K.W., *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in *ZSS*, 97, 1980
- MAFFEI D., *Quattro lettere del Capei a Savigny e l'insegnamento del diritto romano a Siena nel 1834*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift H. Coing, I*, München, 1982
- MAGANZANI L., *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, in *IAH*, 3, 2011
- MAGLIOCCA F.P., *Per la formula dell' "interdictum utrubi"*, in *SDHI*, 33, 1967
- MANNINO V., *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2001
- MANTELLO A., *Per una storia della giurisprudenza romana. Il problema dei "miscelliones"*, Milano, 1985
- MANTELLO A., *"Il più perfetto codice civile moderno". A proposito di BGB, diritto romano e questione sociale in Italia*, in *SDHI*, 62, 1996
- MANTELLO A., *Tematiche possessorie e ideologie romanistiche nell'Ottocento italiano*, in *SDHI*, 66, 2000
- MANTELLO A., *Contardo Ferrini e la padettistica*, in *Contardo ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, a cura di D. Mantovani, Milano, 2003
- MANTOVANI D., *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in *Quante equità?*, a cura di D. Mantovani, S. Veca, Milano, 2013

- MARCHISELLO A., *Il giudice, il diritto, la forza. Note sull'esecuzione della sentenza civile in epoca moderna*, in *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra Medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, 2012
- MARINO G., *Positivismo e Giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli-Roma, 1986
- MARINO G., *Biagio Brugi e il metodo storico nella determinazione dei principi del diritto*, in *Index*, 16, 1988
- MARINO G., *Diritto, principi e giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento*, Napoli, 1990
- MAROTTOLI P., *Carlo Fadda*, in *DBI*, XLIV, Roma, 1994
- MARRONE M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 25, 1955
- MARRONE M., *La facultas restituendi di D.6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.). Brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Studi Scaduto*, III, Padova 1970
- MARRONE M., *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio". Corso di diritto romano*, Palermo, 1970
- MARRONE M., *Contributi in tema di legittimazione passiva alla "re vindicatio"*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, 1972
- MARRONE M., *Rivendicazione (dir. rom.)*, in *ED*, XLI, Milano, 1989
- MARRONE, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI*, 64, 1998
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006³
- MARRONE M., *Le significationes di D. 50.16 ("De verborum significatione")*, in *SDHI*, 60, 1994
- MASCHI C.A., *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR*, 46, 1939
- MASI A., *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966
- MASI A., *Brugi, Biagio*, in *DBGI*, I, 2013

- MASUELLI S., *Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica. III. Oscurità*, in *RDR*, 10, 2010
- MATTEI J., *Il codice civile italiano commentato*, II, Venezia, 1873
- MATTIROLO L., *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, I, Torino, 1902
- MAZZACANE A., *Pandettistica*, in *ED*, XXXI, Milano, 1981
- MAZZACANE A., *Die Rechtskultur in Italien und Deutschland nach der nationalem Einigung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, a cura di R. Schulze, Berlin, 1990
- MAZZACANE A., *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane, C. Vano, Napoli, 1994
- MAZZARELLA F., *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, in *Riv. di st. del dir. it.*, 76, 2003
- MAZZARELLA F., *Giuseppe Salvioli*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012
- MECCA G., *Manuali di scienze giuridiche, politiche e sociali. Letteratura universitaria e insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, in *Non bramo altr'esca. Studi sulla casa editrice Barbèra*, a cura di G. Tortorelli, Bologna, 2013
- MECCARELLI M., *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in *Quad. fior.*, 30, 2001
- MECCARELLI M., *Le corti di Cassazione nell'Italia unita: profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005
- MECCARELLI M., *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 40, 2011
- MEDICUS D., *Zur funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen recht*, in *ZSS*, 86, 1969

- MEINECKE F., *Le origini dello storicismo*, trad. it. Firenze, 1954
- MENGER A., *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 1886
- MENTXAKA R., *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, Bilbao, 1986
- MESSINA C., *Tradizione romanistica e principi generali del diritto. Vittorio Scialoja e un piccolo 'bluff' di Fadda e Bensa*, in *TSDP*, 11, 2018
- METRO A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966
- MEYLAN P., *Fructus sine usu et actus sine itinere*, in *Studi Albertoni*, I, Padova, 1935
- MILETTI M., *Stylus judicandi. Le raccolte di "decisiones" del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998
- MILHAUD E., *Le droit au produit intégral du travail : étude historique*, Paris, 1900
- MINALE V.M., *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul De appellationibus di Emilio Macro*, Napoli, 2017
- MOHNHAUPT H., *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert)*, in *Quad. fior.*, 40, 2011
- MÖLLER C., *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010
- MONTI A., *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, 2003
- MORETTI M., PORCIANI I., *La creazione del sistema universitario nella nuova Italia*, in *Storia delle Università in Italia*, a cura di G.P. Brizzi, P. Del Negro, I, Messina, 2007
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1905

- MOSCATI L., *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, 1984
- MOSCATI L., *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, 2000
- MOSCATI L., *Federico Paolo Sclopis*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012
- MURRAY T.J., *Restricted generosity in the New Testament*, Zürich, 2018
- NAPOLI M.T., *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli, 1987
- NARDOZZA M., *Tradizione romanistica e "dommatica" moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007
- NARDOZZA M., *Manualistica e cultura del codice civile in Italia tra Otto e novecento*, Roma, 2012
- NEGRI G., *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996
- NICOSIA G., *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. Sezione civile*, XIV, 1996
- NICOSIA G., *Institutiones. Profili di diritto privato romano*, Catania, 1999
- ORESTANO R., *Alimenti (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 1, 1957
- ORESTANO R., *Appello (diritto romano)*, in *ED*, II, Milano, 1958
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963
- ORESTANO R., *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in *L'educazione giuridica. I. Modelli di Università e Progetti di riforma*, a cura di A. Giuliani, N. Picardi, Perugia, 1975
- ORESTANO R., *L'"animus di Salvatore Riccobono"*, in *Iura*, 29, 1978
- ORESTANO R., *Edificazione e conoscenza del "giuridico" in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in *Quad. fior.*, 9, 1980
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987

- ORESTANO R., *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989
- PACCHIONI G., *I principi generali del diritto*, in AG, 7, 1924
- PACCHIONI G., *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1937
- PACE GRAVINA G., “Una Cattedra nuova di materia nuova”: *Storici del diritto in Italia dall’Unità alla Grande Guerra*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino, 2016
- PACIFICI-MAZZONI E., *Il codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza. Delle servitù legali*, Firenze, 1870²
- PACIFICI MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano. Della locazione*, III, Firenze, 1873²
- PACIFICI-MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano* (ed. a cura di G. Venzi), I, Firenze, 1903
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna, 2007
- PALMA A., *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell’età classica*, Torino, 1988
- PASSERINI G., *Filosofia della storia di G. G. Federico Hegel, compilata dal dott. Edoardo Gans e tradotta dal Tedesco da G. B. Passerini*, Capolago, 1840.
- PASSERO L., *La facoltà giuridica pisana negli anni Ottanta dell’Ottocento*, in *Studi Senesi*, 119, 2007
- PELLOSO C., *Ai primordi del giudizio popolare: poena capitis e garanzie del civis nella prima età repubblicana*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino, 2016
- PENE VIDARI G.S., *Federico Sclopis*, in *Studi piemontesi*, 8, 1978
- PENE VIDARI G.S., *Sclopis di Salerano, Federigo*, in *DBGI*, II, 2013
- PERGAMI F., *L’appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000
- PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895

- PERONI F., *Indice delle Leggi, degli Editti, Avvisi ed Ordini pubblicati nello Stato di Milano dal 1775 al 1821*, Milano, 1821
- PEROZZI S., *Il divieto di atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque*, in AG, 53, 1894
- PEROZZI S., *I modi pretori di acquisto delle servitù*, in Riv. it. sc. giur., 23, 1897
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928²
- PESCANI P., *La scoperta del "bononiensis". Sue forme*, in BIDR, 88, 1985
- PESSINA E., *Manuale di diritto pubblico costituzionale*, Napoli, 1849
- PETRONIO U., *La nozione di 'Code civil' fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, in Quad. fior., 27, 1998
- PETRONIO U., *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana della storia del diritto, Napoli (18-20 ottobre 2001)*, a cura di M.G. Di Renzo Villata, Napoli, 2003
- PETRONIO U., *L'influenza del diritto francese in Italia dopo la promulgazione del 'Code Civil'*, in *Dialettica tra legislatore e interprete: dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, a cura di L. Moscati, Napoli, 2013
- PETRUCCI A., *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015
- PIETRINI S., *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008
- PIOLA A., *Professori e Maestri (nel ricordo di Paolo Emilio Bensa)*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969
- PISANELLI G., SCIALOJA V., MANCINI P.S., *Commentario del Codice di procedura civile*, I, Napoli, 1887
- PLACHY A., *Rec. a H. Schlosser, F. Sturm, H. Hermann, Die rechtsgeschichtliche Exegese: römisches Recht, deutsches Recht, Kirchenrecht* (München, 1972), in SDHI, 39, 1973
- PLESCIA J., *The development of the exercise of the ownership right in Roman law*, in BIDR, 88, 1985

- PROVERA G., *Rec. a H. Schlosser, F. Sturm, H. Hermann, Die rechtsgeschichtliche Exegese, römisches Recht, deutsches Recht, Kirchenrecht* (München, 1972), in *BIDR*, 76, 1973
- PROVERA G., “*Indefensio*” e legittimazione passiva alla “*rei vindicatio*”, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974
- PUGLIATTI S., *L’ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1, 1942
- PUGLIESE G., *L’onere della prova nel processo romano “per formulas”*, in *RIDA*, 3, 1956
- PUGLIESE G., *Usufrutto (diritto romano)*, in *NDI*, XX, 1957
- PUGLIESE G., *Regole e direttive della prova nel processo romano per formulas*, in *Scritti in memoria di Calamandrei*, III, Padova, 1958
- PUGLIESE G., *Processo civile romano*, I, Roma, 1962
- PUGLIESE G., *Giudicato (dir. civ.)*, in *ED*, XVIII, Milano, 1969
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1990
- QUADRATO R., *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio Carboniana*, in *BIDR*, 77, 1974
- RAGGI L., *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *RISG*, 90, 1955-56
- RAINER J.M., *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987
- RANDAZZO S., “*Leges Mancipii*”. *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell’accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998
- RANDAZZO S., *Servitus “iure” imposita “destinazione del padre di famiglia” e costituzione “ipso iure” della servitù*, in *Scritti per Gennaro Franciosi*, IV, Napoli, 2007
- RANIERI F., *Le annotazioni e le traduzioni di opere giuridiche straniere nel secolo XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine*, in *La formazione storica del diritto in Europa*, III, Firenze, 1977

- RASCÓN C., *Notas en torno al pignus de cosa colectiva*, in *RIDA*, 24, 1977
- RESCIGNO G.U., *Disposizioni transitorie*, in *ED*, XIII, Milano, 1964
- RICCI F., *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, I, Torino, 1923
- RICCOBONO S., *La destinazione del padre di famiglia*, in *Riv. it. sc. giur.*, 21, 1896
- RICCOBONO S., “*Dies*” e “*condicio*” nella costituzione delle servitù su fondi italici, in *TR*, 3, 1922
- RICCOBONO S., *Vittorio Scialoja*, in *BIDR*, 42, 1934
- ROCCO A., *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. comm*, 1, 1911
- RODGER A., *The palingenesia of Paul's Commentary on the actio aquae pluviae arcendae*, in *ZSS*, 105, 1988
- RODRIGUEZ LÓPEZ R., *In emphyteuticus instrumentis*, in *RIDA*, 55, 2008
- ROMAGNANI G.P., *Storiografia e politica culturale nel Piemonte di Carlo Alberto*, Torino 1985
- RONDINONE N., *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Torino, 2011²
- ROTH H.J., *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1998
- ROTONDI M., *Paolo Emilio Bensa*, in *RIFD*, 8, 1928
- ROTONDI M., *Il pegno dell'Azienda*, in *RDC*, 28, 1930
- ROTONDI M., *Aemulatio*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, a cura di P. Ciapessoni, Pavia, 1934
- RUPERTO C., *Dalla legge al diritto (1950-2010)*, a cura di G. Alpa, Milano, 2010
- RUSSO L., *Francesco De Sanctis e la cultura napoletana (1860-1885)*, Firenze, 1959³
- SABBIONETI M., *Nicola Stolfi*, in *DBGI*, II, 2013
- SACHERS E., *Tutela*, in *RE*, VII, Stuttgart, 1948
- SALERNO F., “*Aqua pluvia*” ed “*opus manu factum*”, in *Labeo*, 27, 1981

- SALVIOLI G., *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano (20 dicembre 1884)*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, I, Napoli, 2012
- SALVIOLI G., *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Palermo, 1890
- SALVIOLI G., *La teoria storica di Marx*, in *Riv. Sociol.*, 9, 1895
- SALVO R., *A 50 anni dalla morte: ricordo di Giuseppe Salvioli*, in *Nuovi quadreni del Meridione*, 1980
- SANDIROCCO L., *Ancora un contributo sul diritto romano nella storia europea*, in *Rivista di diritto romano*, 18, 2018
- SANTALUCIA B., *Le note pauline ed ulpianee alle “quaestiones” ed ai “responsa” di Papiniano*, in *BIDR*, 68, 1965
- SANTINI P., *“De loco publico fruendo”*, Napoli, 2016
- SANTUCCI G., *La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il “dogma” della fungibilità dei giuristi romani*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento, 2012
- SANTUCCI G., *“Decifrando scritti che non hanno nessun potere”. La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino, 2016
- SARACENO P., *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione: linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, 1979
- SARACENO P., *I magistrati italiani dall'unità al fascismo: studi biografici e prosopografici*, Roma, 1988
- SAREDO G., *Trattato di diritto civile italiano*, Firenze, 1869
- SAREDO G., *Trattato delle leggi, dei loro conflitti di luogo e di tempo*, I, Firenze, 1871

- SARGENTI M., *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940
- SARGENTI M., *Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, III, Milano, 1956
- SAVELLI R., *In tema di storia della cultura giuridica moderna: "strade maestre" e "sentieri dimenticati"*, in *Scopi e metodi nella storia del diritto e funzione del giurista europeo*, a cura di I. Garofalo, Napoli, 2007
- SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, I-VIII, trad. it. Torino, 1886-1898
- SAVIGNY F.C., *Programma e metodo della scuola storica*, in *Savigny. Antologia di scritti giuridici*, a cura di F. De Marini, Bologna, 1980
- SBRICCOLI M., BETTONI A. (a cura di), *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di Antico Regime. Atti del convegno tenuto a Macerata nel 1989*, Milano, 1993
- SCAFFARDI G., *Studi sull'enfiteusi*, Milano, 1981
- SCHERMAIER M.J., *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, in *ZSS*, 115, 1998
- SCHIAVONE A., *La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania – Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny*, in *Quad. fior.*, 9, 1980
- SCHIAVONE A., *Storiografia e critica del diritto: per una archeologia del diritto privato moderno*, Bari, 1980
- SCHIAVONE A., *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Roma-Bari, 1990
- SCHIAVONE A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Roma, 2017²
- SCHILARDI A.P., *Studi sulla tutela impuberum*, Bari, 2013
- SCHILLER A., *"Alimenta" in the "Sententiae Hadriani"*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 4, Torino, 1971
- SCHILLING C., *Studien aus der römischen Agrargeschichte*, in *RIGA*, 1926

- SCHLOSSER H., STURM F., HERMANN H., *Die rechtsgeschichtliche Exegese: römisches Recht, deutsches Recht, Kirkenrecht*, München, 1972
- SCHULZ F., *Sabinus-Fragmente*, in *Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle, 1906
- SCIALOJA V., *Del divieto degli atti emulativi in materia di acque* (1879), ora in ID., *Studi Giuridici*, III, Roma, 1932
- SCIALOJA V., *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Ann. Camerino*, 15, 1880, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, I, Napoli, 2012
- SCIALOJA V., *Lettera aperta a Serafini (1881)*, in *Index*, 18, 1990
- SCIALOJA V., *Aemulatio* (1892), ora in ID., *Studi giuridici*, III, Roma, 1932
- SCIALOJA V., *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* (1898), ora in ID., *Studi giuridici*, III, Roma, 1932
- SCIALOJA V., BRUGI B., *Gli studi del diritto romano in relazione col diritto moderno, VII Congresso giuridico nazionale [Roma-ottobre 1911]*, Roma, 1911
- SCIALOJA V., *Per un'alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa, 1 febbraio 1916*, ora in ID., *Studi giuridici*, IV, Roma, 1933
- SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 23, 1931
- SCIALOJA V., *Un maestro: Pietro Bonfante*, in *L'illustrazione italiana*, 1, 1933
- SCIORTINO S., *Il termine dell'expulsio del conduttore per mancato pagamento del canone nella locatio di aedes e di fundi*, in *AUPA*, 51, 2006
- SCIUMÈ A., *Rivendicazione (diritto intermedio)*, in *ED*, XLI, 1989
- SCIUMÈ A., *Fra revisione e cassazione: modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia postunitaria*, in AA. VV., *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996
- SCIUMÈ A., *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002

- SCOGNAMIGLIO M., *Note su sinallagma condizionale e “periculum rei venditae”*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007
- SCOGNAMIGLIO M., *Profili ricostruttivi della stipulatio poenae nell'esperienza giuridica romana*, in *TSDP*, 5, 2012
- SCOGNAMIGLIO M., *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Torino, 2018
- SEGRÈ G., *Dell'enfiteusi secondo il diritto civile e le leggi speciali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 45, 1908
- SEGRÈ G., *Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali, Corso di diritto romano*, I, Torino, 1927
- SERAFINI E., *Filippo Serafini*, in *AG*, 58, 1897
- SERAFINI F., *Elementi di diritto romano. I: Storia della legislazione. II: Istituzioni civili*, Pavia, 1859
- SERAFINI F., *Rassegna d'opere giuridiche tedesche, 5. Lehrbuch des Pandektenrechts, Von Dr. Bernhard Windscheid, ord. Prof. Des röm. Civilrechts an der Universität zu München, Düsseldorf (1868)*, in *AG*, 4, 1869
- SERAFINI F., *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare* (1871), ora in *Id., Opere minori. Parte prima*, Modena, 1901
- SERAFINI F., *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, Firenze, 1875²
- SERAFINI F., *Trattato delle Pandette del Cav. Lodovico Arndts, Professore di diritto romano all'università di Vienna, Prima versione italiana sulla settima edizione tedesca arricchita di copiose note, appendici e confronti, di Filippo Serafini, Professore di Pandette nella R. Università di Roma, Direttore dell'Archivio Giuridico*, I-III, Bologna, 1874-75
- SILLI P., *Equità (Storia del diritto)*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991
- SIMON D., *Summatim cognoscere*, in *ZSS*, 83, 1966
- SIMONCELLI V., *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, 1917²

- SIMONCELLI V., *Della enfiteusi*, a cura di B. Brugi, I, Napoli-Torino, 1922²
- SIMONCELLI V., *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, Napoli, 1886 in ID., *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938
- SIMSHÄUSER W., *rec. a J.M. Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht* (Graz, 1987), in ZSS, 110, 1993
- SINISI L., *Dal giornalismo all'accademia. G. S. giurista per caso nell'Italia postunitaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 37, 2007
- SITZIA F., *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1977
- SITZIA F., *Aqua pluvia e natura agri: dalle XII tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999
- SOLAZZI S., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947
- SOLIDORO MARUOTTI L., "Proprietà assoluta" e "proprietà relativa" nella storia giuridica europea, in *Ius Antiquum*, 14, 2004
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Onere probatorio e giudizi di rivendica*, in *Ius Antiquum*, 19, 2007
- SOLIDORO MARUOTTI L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni*, II, Torino, 2010
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas'. Lezioni*, Torino, 2013
- SOLIMANO S., *Verso il 'Code Napoléon': il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target, 1798- 1799*, Milano, 1998
- SOLIMANO S., *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003

- SOLIMANO S., *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla restaurazione all'unità*, in *Il bicentenario del codice napoleonico. Atti del convegno. Roma, 20 dicembre 2004*, Roma, 2006
- SOLIMANO S., *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in *Jus*, 57, 2010
- SOLIMANO S., *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012
- SOLIMANO S., *Bianchi, Francesco Saverio*, in *DBGI*, I, 2013
- SOLIMANO S., *Fadda Carlo*, in *DBGI*, I, 2013
- SOLIMANO S., *Ricci Francesco*, in *DBGI*, II, 2013
- SPADA C., *Buonamici Francesco*, in *DBI*, XV, 1972
- SPAGNESI E., *Il Diritto*, in *Storia dell'Università di Pisa. II. (1737-1861)*, Pisa, 2000
- SPAGNESI E., *L'insegnamento del diritto a Pisa dal principio del '700 all'Unità*, Pisa, 2003
- SPAGNESI E., *Buonamici Francesco*, in *DBGI*, I, 2013
- SPINOSA A., *"L'economia dei Codici moderni". Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, in *Quad. fior.*, 40, 2011
- STEINWENTER A., *Satisfatio*, in A. PAULY, G. WISSOWA, *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (d'ora in poi *RE*), II.1, Stuttgart, 1921
- STOLFI E., *A proposito di un fondamentale momento della "tradizione romanistica". L'elaborazione medievale in materia di "pacta"*, in *RDR*, 2, 2002
- STOLFI E., *I "libri disputationum" di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani*, in *RDR*, 3, 2003
- STOLFI E., *"Bonae fidei interpretatio". Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004
- STOLFI E., *Il sistema e il caso. La civilistica lucana dell'Ottocento fra modello pandettistico e tecniche giurisprudenziali romane*, in *Visioni del diritto e impegno*

- politico in Emanuele Gianturco. Con una Introduzione di Giulio Cianferotti, a cura di L. Gaeta, E. Stolfi, Avigliano, 2007*
- STOLFI E., *Quaestiones iuris. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *TSDP*, 1, 2008
- STOLFI E., *Francesco Saverio Bianchi e la civilistica italiana del XIX secolo. Il suo impegno nelle Università di Parma e di Siena*, in *Jus*, 57, 2010
- STOLFI E., *Vittorio Scialoja*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012
- STOLFI E., *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti nell'interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia*, 48, 2014
- STOLFI E., *Il principio di equità*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furgiuele, Napoli, 2015
- STOLFI E., *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno Aristec (Roma 10-11 ottobre 2014)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2017
- STOLFI E., *Commento ai testi*, in *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, a cura di J.L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, Roma, 2018
- STOLFI E., *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, 2018
- STOLFI E., *Interpretatio e auctoritas. Diritto e potere a Roma fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *Issues of interpretation. Texts, Images, Rites*, a cura di C. Altini, P. Hoffman, J. Rüpke, Stuttgart, 2018
- STOLFI E., *La legge e i due volti dell'antico*, in *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna-Ravenna, 9-11 maggio 2013)*, a cura di G. Luchetti, Roma, 2018
- STOLFI E., *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti, A. Somma, Frankfurt am Main, 2018
- STOLFI E., *Vittorio Scialoja*, in *DBI, XCI*, 2018

- STOLFI E., *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, 2019
- STOLFI E., *Attorno al “vichismo” della romanistica napoletana dell’Ottocento*, in *Scritti in onore di P. Casavola*, a cura di L. Franchini, Napoli, 2020
- STOLFI E., *La cultura giuridica dell’antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020
- STOLFI N., *Diritto Civile. Parte generale, I*, Torino, 1919
- STURM F., *Anleitung zur Anfertigung von Digestenexegesen*, in *Juristische Schulung*, II, 1962
- STURM F., *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, in *RIDA*, 9, 1962
- TABBARINI G.B., *Frammenti di storia della giurisprudenza in Italia. Tendenza allo studio di scrittori tedeschi e francesi*, in *La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza*, 1, 1847
- TAFARO S., *Diritti dei fanciulli*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo*, a cura di A. Palma, III, Napoli, 2009
- TALAMANCA M., *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano, 1956
- TALAMANCA M., *Esperienza scientifica. Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano, 1982
- TALAMANCA M., *Processo civile (diritto romano)*, in *ED*, XXXVI, Milano, 1987
- TALAMANCA M., *Un secolo di “Bullettino”*, in *BIDR*, 91, 1988
- TALAMANCA M., *Considerazioni sul “periculum rei venditae”*, in *Atti del seminario sulla responsabilità contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, II, Milano, 1990
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990
- TALAMANCA M., *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001

- TARELLO G., *Per una interpretazione sistematica de "L'esprit de lois"*, in *MSCG*, 1, 1971
- TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998
- TARUFFO M., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in ID. (a cura di), *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991
- TESSITORE F., *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Sessanta*, Napoli 1962
- TOMULESCU C.ST., *Sur la loi Scribonia "de usucapione servitutium"*, in *RIDA* 17, 1970
- TORRE S., *L'"introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche": parabola di un insegnamento*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane, C. Vano, Napoli, 1994
- TORRE S., *Brugi, Biagio*, in *Juristen. Ein biographisches Lexikon, Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, a cura di M. Stolleis, München, 1995
- TREGGIARI F., *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 40, 1986
- TREGGIARI F., *Scienza e insegnamento del diritto tra due secoli: l'opera e la fortuna di Emanuele Gianturco*, in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1987
- TREGGIARI F., *Emanuele Gianturco*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012
- TRIFONE G.P., *La Cassazione nella storia*, in *La corte di Cassazione. Dalle origini ai giorni nostri*, a cura di G.P. Trifone, N. Picardi, Roma, 2010
- TRISCIUOGGIO A., *Le concessioni di beni pubblici nell'esperienza romana*, in *Labeo*, 45, 1999

- TROFIMOFF H., *Le precaire et sa revocation dans la vente provencale*, in RIDA, 73, 1995
- TUCCILLO F., *Note minime sulla lex Scribonia*, in *Histoire, Espaces et marges de l'Antiquité*, 4, 2005
- TUCCILLO F., *Qualche osservazione in tema di servitù prediali*, in AG, 230, 2010
- UCKMAR V., *Evoluzione della disciplina della riscossione tributaria*, in L. TOSI (a cura di), *La nuova disciplina della riscossione dei tributi*, Milano, 1996
- VACCA L., *Osservazioni in tema di "iusta caus" e "bona fides" in relazione all'usucapio pro derelicto*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983
- VACCA L., *"Iusta causa" e "bona fides" nell'"usucapio" romana a proposito del titolo "pro suo"*, in *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984
- VACCA L., *Usucapione*, in ED, XLV, Milano, 1992
- VACCA L., *La riforma di Giustiniano in materia di "usucapio" e "longi temporis praescriptio". Fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in BIDR, 33-36, 1993-94
- VACCA L., *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in EAD. (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997
- VACCA L., *Appartenenza e circolazione dei beni: modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006
- VACCA L., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006
- VACCA L., *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici* (a cura di G. ROSSETTI), Torino, 2015
- VACCA L., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, VII, Tricase, 2016
- VACCA L., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea* (a cura di G. ROSSETTI), Torino, 2017
- VALLET DE GOYTISOLO J.B., *Pignus tabernae*, in *Ann. dir. comm.*, 6, 1953
- VAN WARMELO P., *Le droit romain en afrique du sud*, in *Index*, 3, 1972

- VANO C., “*Edifizio della scienza nazionale*”. *La nascita dell’Enciclopedia giuridica italiana*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell’Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. Mazzacane, P. Schiera, Bologna, 1990
- VANO C., *Avvocati “innanzi all’eccellentissima Corte”*. *Una collocazione ritrovata di allegazioni forensi*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell’età liberale*, a cura di A. Mazzacane, C. Vano, Napoli, 1994
- VASSALLI F., *Dies vel condicio. Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in *BIDR*, 27, 1915
- VASSALLI F., *Discorso*, in *Memorie dell’Istituto giuridico della R. Università di Torino*, II, Torino, 1928
- VASSALLI F., *Paolo Emilio Bensa. Orazione commemorativa pronunciata nell’aula magna della R. Università di Genova (16 maggio 1929)*, ora in *Studi Giuridici*, II, Milano, 1960
- VASSALLI F., *Giampietro Chironi*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960
- VENEZIAN G., *Dell’usufrutto. Dell’uso e dell’abitazione*, I, Napoli, 1895
- VESCIO N., *Salvioli Giuseppe*, in *DBGI*, II, 2013
- VINCENTI U., *L’universo dei Giuristi, Legislatori, Giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003
- VINCENTI U., *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell’avvocato*, a cura di U. Vincenti, A. Mariani Marini, F. Cavalla, Pisa, 2004
- VINCENTI U., *I modelli dell’appartenenza*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2010²
- VIORA M.E., *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967
- VISKY K., *Quelques remarques sur la these ipsam rem condemnare et ses rapports économiques*, in *RIDA*, 19, 1972

- VITUCCI P., *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974
- VOCI P., *Risarcimento e pena privata*, Milano, 1939
- VOCI P., *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *Iura*, 21, 1970
- VOLTERRA E., *Pietro Bonfante*, in *Genus*, 2, 1937
- WAGNER H., *Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegend Sklaven*, in *SDHI*, 33, 67
- WAGNER H., *Zu einigen Grundfragen der Verpfändung von Sachmehrheiten*, in *BIDR*, 89, 1986
- WALDSTEIN W., *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani, A. Schiavone, Pavia, 2007
- WATSON A., *Some Remarks on the dating of the "actio Publiciana"*, in *Estudios de derecho romano (Homenaje al Profesor Sánchez del Río y Peguero)*, Zaragoza, 1967
- WATSON A., *The law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968
- WEISS O., *La "scienza tedesca" e l'Italia nell'Ottocento*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, a cura di P. Prodi, P. Schiera, 9, 1984
- WELING H., *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im roemischen Recht*, in *ZSS*, 102, 1985
- WELSER R., *L'ABGB un capolavoro di codificazione*, in *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012). Atti del convegno internazionale, Trieste, 25-27 ottobre 2012*, a cura di P. Caroni, R. Ferrante, Torino, 2015
- WESENBERG G., WESENER G., *Storia del diritto privato in Europa (Neure deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung)*, trad.it. Padova, 1999
- WESENER G., *Usus fructus*, in *RE*, IX A.1, Stuttgart, 1961
- WIEACKER F., *Rec. a F. Lanfranchi, Studi sull'ager vectigalis. I. La classicità dell'actio in rem vectigalis (1938)*, in *ZSS*, 59, 1939

- WIEACKER E., *Friedrich Karl von Savigny*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 72, 1955
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967²
- WIEACKER F., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, trad. it. Milano, 1980
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Dusseldorf, 1875
- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette, Prima traduzione italiana sola consentita dall'Autore e dagli Editori, fatta sull'ultima Edizione Tedesca dagli avvocati Prof. Carlo Fadda dell'Università di Napoli e Prof. Paolo Emilio Bensa dell'Università di Genova*, I-III, Torino, 1902-1904
- WOLFF E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963⁴
- WOOLF S.J., *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia. Dal primo Settecento all'Unità*, a cura di C. Vivanti, III, Torino, 1973
- WUBBE F., *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, in *RIDA*, 8, 1961
- WUBBE F., *Der gutgläubiger Besitzer, Mensch oder Begriff ?*, in *ZSS*, 80, 1963
- ZANARDELLI G., *Sulla riforma giudiziaria (1904)*, ora in *Opere giuridiche*, 2, 2019
- ZANNINI P., *Tutela (Diritto romano)*, in *ED*, Milano, 45, 1992
- ZOZ M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970
- ZUCCOTTI F., *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in *SDHI*, 60, 1994
- ZUCCOTTI F., *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009
- ZUCCOTTI F., *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in ID. (a cura di), *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del Convegno in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2011

