

**QUAESTIONES IURIS.
CASISTICA E INSEGNAMENTO GIURIDICO
IN ROMANISTI E CIVILISTI NAPOLETANI
DI FINE OTTOCENTO***

1. La trentesima fattispecie¹ che troviamo nella *Cre-
stomazia di casi giuridici in uso accademico* di Emanuele Giantur-

* Questo contributo – una prosecuzione di ricerche da tempo avviate attorno a figure dell'Ottocento giuridico napoletano, specialmente di area lucana, già sfociate nel volumetto L. GAETA-E. STOLFI, *Visioni del diritto e impegno politico in Emanuele Gianturco. Con una Introduzione di Giulio Cianferotti*, Avigliano, 2007 – riprende (con qualche approfondimento, e l'ovvia aggiunta di un minimo apparato bibliografico) la relazione tenuta ad Avigliano (PZ) il 16 novembre 2007, nell'ambito del Convegno dedicato a Emanuele Gianturco, nel centocinquantesimo anniversario della nascita e centenario della morte. Un particolare ringraziamento va da parte mia agli organizzatori di quest'incontro, e ai maestri e colleghi con cui, in quell'occasione, ho potuto discutere alcuni profili del lavoro qui edito, nonché all'amico Paolo Cappellini, la cui disponibilità a dialogare su qualsiasi problema storico-giuridico è pari solo alle sue sconfinite competenze. Il presente studio è destinato, con alcune modifiche, alla pubblicazione anche negli *Atti* del predetto Convegno e negli *Studi in onore del Prof. Generoso Melillo*.

¹ Mi occorrerà più volte, in queste pagine, di impiegare il vocabolo 'fattispecie' sostanzialmente come sinonimo di 'caso', pur consapevole che il primo termine indica, in senso proprio, un modello di fatto e non un concreto accadimento (così che dovremmo considerare tauto-

co – un’opera singolare quanto significativa, apparsa nel 1884, e sulla quale avremo occasione di soffermarci – è così descritta:

Olga, passeggiando in un giardino in S. Canciano nel Veneto, nel luglio 1873, cadde in deliquio.

Una famiglia, che abitava lì vicino, l’accoglie in casa, e manda pel medico². Questi si accorge, che costei è colta dal colera. Quella famiglia fugge, e l’inferma rimane con la madre e con la sorella.

logico il sintagma ‘fattispecie astratta’ e contraddittorio quello ‘fattispecie concreta’: cfr. L. LANTELLA-M. DEGANELLO-E. STOLFI, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, 2004 [rist. integrata e corretta 2007], 174 s.): oltre che adeguarmi a un uso linguistico corrente, intendo così anche alludere alla stilizzazione che, almeno in parte, i singoli accadimenti conoscevano nella rielaborazione ad uso didattico del Gianturco, e anche al valore esemplare che l’autore assegnava loro, quali occasioni di approfondimento e riscontro – ipotesi la cui analisi «dovesse essere il necessario complemento della teoria, dommaticamente esposta nelle mie *Istituzioni di diritto civile italiano*», ma «alla cui risoluzione bastassero i principi esposti nelle suddette mie Istituzioni», come leggiamo in E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, Napoli, 1884 (rist. [con una *Lettura* di F. TREGGIARI] Bologna, 1989), 16.

² Significativa l’estrema vicinanza di questa prima parte della fattispecie con le battute iniziali di un caso che rinveniamo nella *Jurisprudenz im täglichen Leben* jheringhiana (apparsa, come vedremo, nel 1870 e tradotta in italiano, già l’anno successivo, da Filippo Serafini): precisamente l’XI, su cui già si è soffermato F. TREGGIARI, *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d’istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell’Ottocento*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, a cura di N. Picardi-B. Sassani-F. Treggiari, I, Napoli, 2001, 446 s.

Ella guarì, ma le sue congiunte morirono per la detta malattia.

La Commissione sanitaria fece togliere l'intonaco alle mura, ed eseguire quant'altro giudicò opportuno per disinfettare le stanze. Anche i mobili furono distrutti.

Una certa Olivieri era proprietaria di quella casa, e l'aveva locata al Prof. Pick, il quale l'aveva sublocata a quella famiglia. Pick cita la locatrice, perché rimetta la casa in buono stato locativo. Ella si rifiuta.

Chi deve ristorare codesto danno? L. 2 § 3 Dig. de lege Rhodia de jactu 14, 2³.

La nota a pie' di pagina avverte che non si tratta di un'ipotesi inventata, o rinvenuta nella prassi⁴, dallo stesso Gianturco, ma di uno di quei casi già raccolti dal suo maestro Giuseppe Polignani, la cui pubblicazione era stata impedita dalla morte di quest'ultimo⁵. Sin dalla *Prefazione*, in ef-

³ Si veda E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 31 s.

⁴ Come avviene col caso XLIII (sentenza della Corte di Appello di Roma: E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 37) e XLVII (sentenza della Corte di Cassazione di Roma: E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 40 ss.). Circa la più che probabile provenienza giudiziale di altri casi, cfr. F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La Crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze. Lettura alla ristampa* di E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici*, cit., XXXIV s. e nt. 75 (il quale, peraltro, ricorda anche la convinzione del Simoncelli secondo cui ai casi «escogitati con abilità» da Jhering e Gianturco, a fini didattici sarebbero sempre da preferire ipotesi reali, desunte da sentenze di magistrati: *op. cit.*, XXXVII).

⁵ Cfr. E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 15 s. (ove peraltro si annunciava una pubblicazione, ad opera dei figli, dei casi raccolti dal Polignani,

fetti, Gianturco avvertiva come nella sua *Crestomazia* confluissero, oltre a quelli da lui stesso creati e aggiunti, «casi giuridici, racchiusi nelle opere degli antichi glossatori e dei moderni insegnanti, purché fossero atti a servire all'insegnamento del diritto civile italiano»⁶. Così, accanto al nome di Polignani, compare fra gli altri quello di autori di *quaestiones* lontane di secoli, ma evidentemente stimate ancora utili per scopi didattici, quali Pileo (Pillio) e Roffredo⁷.

– cosa che però non sembra sia avvenuta: se ne dispiaceva più tardi N. STOLFI, *Crestomazia di casi giuridici*, Salerno, 1911, 3 nt. 1; non si trova menzione di quella raccolta di casi anche nel necrologio di N. DE CRESCENZIO, *Giuseppe Polignani*, in *AG*, XXXI, 1883, 342 ss.; ne parla senz'altro come di una «raccolta ancor oggi inedita» F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., XXXV). Su Polignani (1825-1882) avremo occasione di tornare: nato a Monopoli e formatosi a Trani e poi a Napoli, romanista e civilista, allievo di Roberto Savarese, collaboratore nella professione forense di Giuseppe Pisanelli, traduttore di Marezoll e Thibaut, egli fu titolare a Napoli, dal 1863, della cattedra di Pandette, sulla quale gli succedettero prima Nicola De Crescenzo e poi Carlo Fadda. Su di lui, per tutti, F. CASAVOLA, *Professori di Napoli 1860*, in *Labeo*, VII, 1961, 38 s.; F. TREGGIARI, *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, 80 ss. (che vede nella «biografia intellettuale del romanista pugliese ... quasi un'anticipazione delle idee e dell'opera» di Gianturco: *op. cit.*, 80); A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica nell'ottocento napoletano*, Bari, 1999, spec. 39 ss., 152; F. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli dall'Unità alla Guerra*, in *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, II, Napoli, 2001, 545 s., 557 ove altra bibl.

⁶ Così E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 16.

⁷ Al primo risalgono i casi VI, XVI e XVII, XXI (cfr., rispettivamente, E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 23, 26 e 27 s.); al secondo il caso VII (cfr. E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 23).

E tuttavia è proprio del romanista di origine pugliese il lascito più cospicuo: su cinquantotto casi sono infatti sette, compreso il nostro, quelli che Gianturco traeva dalla raccolta redatta da Polignani nei suoi ultimi anni di insegnamento⁸: questioni che fra l'altro si caratterizzano tutte (con la sola eccezione del caso XII) per essere fra le pochissime a chiusura delle quali vengano segnalati i riferimenti normativi dal cui esame desumere il principio applicabile alla fattispecie⁹, accompagnati talvolta da indicazioni bibliografiche¹⁰. Il caso (XXX) che abbiamo trascritto in apertura presenta però l'ulteriore particolarità di essere, fra quelli in cui siano menzionate solo le norme cui richiamarsi¹¹, l'unico in cui queste ultime siano esclusivamente costituite da un passo dei *Digesta* giustiniane¹².

Il dato non è, di per sé, di quelli che possano troppo stupire¹³, e non sarebbe da solo sufficiente per giustificare

⁸ Oltre al XXX, risalgono a Polignani i casi I, II, XII, XVIII, XXIII e XXVI (cfr., rispettivamente, E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 21, 22, 24 s., 26 s., 28, 29 s.).

⁹ Così nei casi II, XVIII, XXIII (oltre che, pur con la particolarità che signaleremo fra breve, nel caso XXX).

¹⁰ Come nei casi I e XXVI.

¹¹ Qualcosa di analogo è infatti riscontrabile anche per il caso XXVI, per il quale gli allievi erano però indirizzati anche alla lettura di Vinusius, Pothier e Duranton: si veda E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 30.

¹² Richiamato, come abbiamo visto, quale 'lex', secondo una modalità di citazione dei passi digestuali che non appariva più scontata e che, in Germania, era già stata oggetto di disputa tra Savigny e Hugo (sul punto, per tutti, P. CAPPELLINI, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985, 45 ss.).

¹³ Addirittura, in alcune opere di tenore simile apparse in Germania (ove peraltro – giova ricordarlo – non era in vigore un codice civile)

l'interesse che, agli occhi dello studioso dei diritti antichi, può rivestire questa pagina della civilistica ottocentesca. Che i frammenti della letteratura giurisprudenziale romana, selezionati e assemblati come tasselli di un unico mosaico¹⁴ –

gli unici riferimenti normativi erano proprio al *Corpus iuris civilis*: penso in particolare alla raccolta di casi (su cui già si soffermava N. STOLFI, *Crestomazia di casi giuridici*, cit., 3 nt. 2, da cui traggio la citazione) di HESS, *Achtzehn Civilrechtsfälle mit Entscheidungen nach römischem Recht als Beitrag zum Pandekten-Practicum und Repetitorium für den Gebrauch beim academischen Studium und zur Einführung in die juristische Praxis*, Coburg, 1874.

¹⁴ L'immagine – e il sotteso paragone con le tecniche musive di età giustiniana e bizantina – è assai risalente e diffusa: cfr., da ultimo, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 9. Fra XVIII e XIX secolo proprio la struttura che, nel salvarne le testimonianze (stimate) più rilevanti, Giustiniano impresse al materiale degli antichi *prudentes*, avrebbe favorito il mito savignyano della fungibilità dei giuristi romani, asettici e interscambiabili artefici di un calcolo giuridico (così soprattutto in *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*³, Heidelberg, 1840 [rist. 1967], 157: al riguardo si veda la bibl. che indicavo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 9 s.). Peraltro una prospettiva simile ricorreva – praticamente negli stessi termini, a parte il curioso riferimento al «reggimento di Calmucchi» – anche in N.T. VON GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen, 1815, 277 (ma si veda già il § 49 della *pars specialis* di G.W. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* [1667], che consulto dal *Thesaurus iurisprudentiae iuvenilis opuscula et institutiones*, I, Neapoli, 1754), così come affiora nella vecchia metafora ripresa da G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*², Berlin, 1799, 352 s., che si riferiva ai *Digesta* come a una commedia il cui autore (Giustiniano) non parla mai direttamente, ma si nasconde dietro svariati personaggi, tutti però partecipi della stessa trama. In generale, circa il rapporto fra Giustiniano e i giuristi «classici», per tutti, G.G. ARCHI,

voci di un discorso percepito come compatto e unitario, capaci di dar vita a una silloge (quasi un moderno codice) di immediata e diretta valenza normativa –, avessero conosciuto una vigenza lunghissima, ben oltre il mondo che ne aveva costituito l'originario contesto¹⁵, è cosa notissima. E lo è altrettanto la circostanza che, anche dopo la comparsa dei codici ottocenteschi¹⁶, la 'Aktualisierung' delle fonti romane

Giustiniano legislatore, Bologna, 1970, 141 ss., e più di recente A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 6 ss.

¹⁵ Una seconda vita attendeva i materiali giuridici romani dopo il crollo del mondo antico: un'esistenza quasi in forma di fantasma, secondo l'immagine di P. VINOGRADOFF, *Il diritto romano nell'Europa medievale*, trad. it. Milano, 1950, 16. Si trattava dunque di un diritto «morto» (come proprio nei decenni in cui lavorava Gianturco ebbe a chiarire V. SCIALOJA, *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane*, in *AG XXVI*, 1881, 486 ss., ripubbl. in *Index*, XVIII, 1990, 61 ss., da cui citeremo), ma del quale perdurava la validità, che ancora dettava regole di condotta per comunità nuove e diverse – così che appariva possibile scrivere una storia del diritto romano anche fuori dai confini dell'antichità: a questo erano dedicate opere, significative sin dai titoli, come quelle di F.K. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo*, trad. it. Torino, 1854-1857 (ed. or. 1826), e di B. BRUGI, *Disegno di una storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri con speciale riguardo all'Italia*, Padova, 1888. Palesemente savignyana era l'impronta anche di opere quali il *Saggio di diritto privato romano attuale*, Pisa, 1841-45, di Federico DEL ROSSO, sul quale, per tutti, F. RANIERI, *Savigny's Einfluß auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in *Ius commune*, VIII, 1979, 209. Circa il «diritto neo-romano» che avrebbe dominato la scena giuridica medievale, di recente, R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, trad. it. Bologna, 2003, spec. 26.

¹⁶ Nel movimento che avrebbe condotto alla loro redazione un ruolo non marginale era stato svolto proprio dalla rilettura moderna, e modernizzante, delle testimonianze giuridiche romane, assunte fra XVII

non aveva perduto tutto il suo significato, e che anzi proprio nel cuore della scienza giuridica (quella tedesca) che più compiutamente stava attuando questa «attualizzazione», si registrarono le svolte più rilevanti che, nel campo del diritto, il XIX secolo abbia conosciuto¹⁷.

e XIX secolo quale autentica *ratio scripta*. Tuttavia, tra il movimento per la codificazione e le sue ideologie da un lato, e la scienza del diritto comune (sino all'estrema voce dello storicismo savignyano) dall'altro, si delinea un'autentica «incompatibilità epistemologica», su cui, per tutti, P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, 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, spec. 273 ss.

¹⁷ Su forme e tempi della 'Aktualisierung' conosciuta dai testi del *Corpus iuris civilis* nella scienza giuridica medievale e moderna, la bibliografia è ovviamente vastissima: si sofferma di recente su «i gradi progressivi di questo straniamento» (tale presentandosi, alla nostra sensibilità, questa 'attualizzazione': «un'autentica e sistematica distruzione della storicità») e sul faticoso superamento che se ne è avuto solo negli ultimi decenni, A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 19 ss., 405 ove bibl. Sempre importanti sono anche le pagine che Franz WIEACKER (*Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, I, trad. it. Milano, 1980, 307 ss.) dedicava al cosiddetto *Usus modernus pandectarum*. Circa la controversa (ma a mio avviso non illegittima, purché impiegata con rigorosa consapevolezza storiografica) nozione di 'tradizione romanistica', di recente, E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica». L'elaborazione medievale in materia di 'pacta'*, in *Rivista di diritto romano* II, 2002, 441 ss. ove altra bibl.; P. CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, 453 s. Sulla scienza giuridica tedesca dell'Ottocento, per tutti, K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. Milano, 1966, spec. 19 ss.; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it. Milano, 1974, 17 ss.; F. WIE-

E tuttavia – come già ho avuto occasione di sostenere¹⁸, e come fra breve tenteremo di approfondire – nell’atteggiamento di Emanuele Gianturco nei confronti del lavoro degli antichi *prudentes*, mi sembra da individuare qualcosa di ulteriore e diverso, o comunque peculiare, rispetto agli orientamenti consolidati in gran parte della romanistica

ACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, trad. it. Milano, 1980, 3 ss.; P. CAPPELLINI, ‘*Systema iuris*’. I. *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, 1984; ID., *Systema iuris*, II, cit.; U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, 2005, 50 ss. Circa la mia convinzione che non solo si debba fuggire da ogni nuova versione, più o meno esplicita, di attualizzazione, ma che lo studio del diritto e delle istituzioni antiche (non solo romane, quindi, ma anche greche) possa rivelarsi maggiormente proficuo, e incisivo nel dialogo con le altre discipline, proprio laddove ne sia valorizzata la dimensione di «inattuale» – nel senso dell’*‘unzeitgemäß’* nietzscheano, ma in una linea di pensiero che molto deve anche alla «greicità inattuale» di Hannah Arendt e alla «estetica dell’esistenza» (soprattutto) dell’ultimo Foucault –, cfr. ora E. STOLFI, *La genealogia il potere l’oblio, l’inattuale e l’antico. A proposito di alcune recenti pubblicazioni*, in *Studi sen.*, CXIX, 2007, spec. 535 ss., ove bibliografia (cui si aggiungano, sul fronte della critica a certi odierni filoni neopandettistici o «storico-comparatistici», almeno le lucide osservazioni di G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Europa e diritto privato*, II, 2006, 425 ss., spec. 431 ss.).

¹⁸ Si veda E. STOLFI, *Il sistema e il caso. La civilistica lucana dell’Ottocento fra modello pandettistico e tecniche giurisprudenziali romane*, in L. GAETA-E. STOLFI, *Visioni del diritto e impegno politico in Emanuele Gianturco*, cit., 65 ss., spec. 80 ss. Il medesimo contributo – ma con un titolo diverso (*La civilistica lucana fra Ottocento e Novecento: istanze sistematiche e metodo casistico. Alcune riflessioni*) e soprattutto integrazioni e approfondimenti ulteriori – è ora leggibile anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, LXI, 2007, 1097 ss., e comparirà negli *Studi in onore di Marco Comporti*.

e della civilistica del suo tempo: un atteggiamento che questa pagina della *Crestomazia* aiuta forse a porre in luce.

2. La prima sensazione che suscita l'impostazione del caso trascritto in apertura, è indubbiamente quella di partecipare di un metodo in cui quasi non si desse cesura fra studio delle fonti antiche e costruzione di soluzioni e categorie giuridiche congeniali alle esigenze del proprio tempo¹⁹. Co-

¹⁹ Secondo un'attitudine largamente dominante negli studi giuridici italiani (e non solo) dell'Ottocento: in questo periodo – come ha scritto M. TALAMANCA, *Diritto romano, in Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano, 1982, 780 – ricerca giusantichistica e studio del diritto positivo «più che finitimi, apparivano le due facce di un fenomeno unitario». Secondo alcuni autori (penso soprattutto a P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, spec. 25 ss., 39 ss., 130 ss.), l'impronta romanistica avrebbe segnato profondamente i nostri civilisti, ma come un greve e quasi paralizzante condizionamento, che comportava un eccesso di sistematica e un sovraccarico dogmatico, insensibile alle esigenze e alle trasformazioni della società: un atteggiamento che solo a cominciare dagli anni ottanta avrebbe conosciuto le prime incrinature, e poi, con la generazione di giuristi al lavoro attorno alla prima guerra mondiale, i primi radicali superamenti (ma di una «fase romanistica» negli studi di diritto civile altri parlano sino alla metà degli anni '50 del XX secolo, quando 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, 974). A me sembra, tuttavia, che alla base di un giudizio come quello di Grossi incida forse anche un'indebita assimilazione tra l'effettiva metodologia degli antichi *prudentes* e l'approccio che connotava la rivisitazione moderna dei materiali da loro provenienti, sino ad attribuire al diritto romano nel suo significato storico precipuo (di «diritto romano dei

me il lavoro «sistematico» di alcuni romanisti stranieri e italiani era stato additato, sin dal 1881²⁰, quale modello da se-

romani») quanto in realtà è imputabile ad esso solo se assunto nel diverso significato talvolta attribuito al medesimo sintagma «diritto romano», sino a identificarlo (già vi insisteva R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 457 ss.) con la «tradizione romanistica» o con la stessa «pandettistica»: cfr. E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., spec. 77 s.

²⁰ A quest'anno risale l'intervento programmatico di Gianturco apparso su *Il Filangieri*, intitolato *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia* (ora in *Scritti varii (1880-1905)*, Napoli, 1906, 74 ss.). Vi è apertamente espressa l'esigenza di una svolta nella scienza del diritto privato, la cui esposizione dovrebbe prima di tutto soddisfare un'istanza sistematica: non appagarsi della semplice esegesi del dato codicistico, ma dar vita a trattazioni organiche e rigorosamente strutturate, non diversamente da quanto ai romanisti era già riuscito di fare. Vi leggiamo, ad esempio, l'affermazione secondo cui «nessuno dubita della bontà e della efficacia del metodo sistematico, adoperato nella trattazione del diritto romano», o la domanda: «quale diversità v'è fra il diritto privato romano e il moderno, che giustifichi tanta diversità di metodi di esposizione e di ricerca? Evidentemente il diritto romano in moltissime sue parti, specialmente nella dottrina delle obbligazioni, è ancora vivo: è stato fino a non molto tempo addietro il diritto comune dei popoli civili d'Europa; ed io non so proprio capire, perché non dobbiam trar profitto pel diritto privato moderno degli studii e del metodo adoperato pel diritto romano» (così E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile*, cit., 94 s.; la persuasione che «l'ordine sistematico nell'esposizione del diritto romano è oggi universalmente adottato e credo che non vi sia professore in Italia che non lo segua», era espressa nello stesso anno anche da V. SCIALOJA, *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano*, cit., 65). Il nostro appare così, agli stessi contemporanei, come uno di quei giuristi – lo scriverà Vittorio Polacco proprio nel commemorarlo (*In memoria di Emanuele Gianturco*, Venezia, 1907, 1) – che più contribuirono a «trar fuori il Di-

guire per un profondo rinnovamento della scienza giuridica nazionale, capace di uscire dalle strettoie della Scuola dell'esegesi e dar vita a quadri concettuali più organici, o il lavoro di Jhering poteva essere assunto come paradigmatico per la stessa redazione di una raccolta di casi²¹, così qui il richiamo a un passo del Digesto sembra avere la medesima funzione assolta in altri frangenti dalla menzione di un articolo del codice civile allora vigente.

A uno sguardo meno superficiale, tuttavia, le cose si rivelano decisamente più complesse, e più sottile e al contempo più profondo il legame che si cerca di rinsaldare rispetto al lascito dell'antica *scientia iuris*. Osserviamo più da vicino, per rendercene conto, il caso prospettato da Polignani e Gianturco, nonché il passo del Digesto che avrebbe dovuto condurre gli allievi alla soluzione. La prima ipotesi è

ritto Civile dalla morta gora dell'esegesi»: sul punto, per tutti, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 46; cfr. anche G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 183 ss. Il 1881 è del resto considerato un anno di svolte nella nostra scienza giuridica: vi risalgono, oltre all'intervento gianturchiano su *Il Filangeri*, le proluzioni di Enrico Ferri ed Enrico Cimbali (a quest'ultima fa riferimento, con toni sostanzialmente adesivi, lo stesso E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile*, cit., 98 s. nt. 2; cfr. anche ID., *Sistema di Diritto Civile Italiano*³, I, Napoli, 1909, 66), la «lettera aperta di Scialoja» con la scandalosa affermazione circa il diritto romano come «diritto morto» (*supra*, nt. 15) e il programma delle lezioni di Brini dettate nello studio di Bologna: cfr. in proposito la bibl. indicata in E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., 81 s., cui si aggiungano almeno F. AMARELLI, *L'insegnamento scientifico del diritto» nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index*, XVIII, 1990, 59 ss., e N. IRTI, *L'età della decodificazione*⁴, Milano, 1999, spec. 172 s.

²¹ Vi torneremo più avanti, nel § 3.

quella di una sub-locazione di immobile ad uso abitativo: proprietaria ne è la Signora Olivieri, (conduttore e) sublocatore il Prof. Pick, subconduttore la famiglia che ha ospitato la Signora Olga dopo che questa «cadde in deliquio», e che, successivamente alla diagnosi del medico, ha abbandonato l'abitazione stessa, lasciandovi la Signora Olga assieme alla madre e alla sorella (poi decedute perché a loro volta contagiate dal colera). Il Prof. Pick ha dunque esercitato un diritto che espressamente il codice civile del 1865 riconosceva al conduttore, salvo divieto con «patto speciale» (art. 1573)²²: ma inutilmente – mi sembra – cercheremmo nel codice o in altra legge allora vigente una disposizione, o anche solo un principio immediatamente applicabile al fine di risolvere il quesito posto da Polignani e Gianturco, e cioè per stabilire su chi gravasse l'obbligo di riportare la casa a un buono stato locativo dopo l'intervento della Commissione sanitaria, con cui fu rimosso l'intonaco dalle pareti, distrutti i mobili e realizzate le altre operazioni stimate necessarie per disinfettare le stanze²³.

²² Primo dei due articoli in materia di sublocazione, che così recitava: «Il conduttore ha diritto di sublocare e di cedere il suo affitto ad un altro, se tale facoltà non gli è stata vietata. Gli può essere vietata in tutto o in parte: ma il divieto non ha luogo senza un patto speciale». Cfr. oggi, al riguardo (e con un disposto sensibilmente diverso), gli artt. 1594-1595 cod. civ., nonché gli artt. 2 (e 36, ma relativamente agli immobili non ad uso abitativo) della l. 27 luglio 1978 n. 392.

²³ A questo fine – considerati anche i molti aspetti della nostra fattispecie che, come vedremo, Polignani e Gianturco lasciavano indeterminati – poco giovano anche le osservazioni che, in riferimento all'art. 1573 cod. civ. 1865, formulava un L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV.1, Torino, 1878, 635 (secondo il quale il sublocatore

Proprio per questo i due giuristi optavano per un riferimento assai più risalente, come quello al frammento di Paolo (34 *ad ed.*) conservato in D. 14.2.2.3. Vi si legge:

Si navis a piratis redempta sit, Servius Ofilius Labeo omnes conferre debere aiunt: quod vero praedones abstulerint, eum perdere cuius fuerint²⁴ nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.

Il tenore del passo e la sua collocazione nella silloge giustiniana (il titolo 14.2 è dedicato alla cosiddetta *lex Rhodia de iactu*)²⁵ sono tali che il riferimento di Polignani e Giantur-

«non abitando più la casa è tuttavia tenuto alle minori riparazioni, salve le sue azioni contro il subconduttore»).

²⁴ «Fuerint» è la parola leggibile nella *Florentina* e conservata nell'edizione di Mommsen, il quale nell'*editio maior* neppure segnalava le diverse restituzioni testuali precedentemente prospettate, mentre nell'*editio minor* ricordava almeno quella dell'Haloander (che, nell'edizione del 1529, sostituiva «fuerint» con «fuerit», al fine di legare il verbo al «quod» che precede: soluzione che rende senz'altro più piana la costruzione sintattica, sebbene anche nella versione mommseniana appare piuttosto evidente quale sia il soggetto di «fuerint», ossia le merci che «furono» di colui che adesso ne sopporta la sottrazione ad opera dei pirati).

²⁵ Non è mancato in passato chi ha sospettato radicali alterazioni nelle testimonianze giurisprudenziali al riguardo (si veda, oltre a D. 14.2, anche Paul. Sent. 2.7) e ha posto in dubbio che si trattasse veramente di una norma del diritto rodio recepita a Roma: cfr. in tal senso – ancor più di H. KRELLER, *Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts*, in *Zeitschrift für Handelsrecht*, LXXXV, 1921, 258 ss. – F. DE MARTINO, *Lex Rhodia. Note di Diritto Romano Marittimo* (1937-1938), ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, 285 ss.

co potrebbe non apparire immediatamente comprensibile, e lontanissima la problematica contemplata da Paolo rispetto alla fattispecie illustrata nella *Crestomazia*. In realtà la testi-

(ma si veda anche W. OSUCHOWSKI, *Appunti sul problema del 'iactus' in diritto romano*, in *Iura*, I, 1950, 292 ss.). Maggiormente fiducioso l'approccio della storiografia più recente, semmai propensa a ritenere che la «legge» in questione fosse «in origine forse solo un complesso di usi marittimi rodi»: così R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 263 nt. 87; ma si vedano anche, fra gli altri, F. WIEACKER, *'Iactus in tributum nava salva venit' (D.14,2,4 pr.)*. Exegesen zur 'Lex Rhodia de iactu', in *Studi E. Albertario*, I, Milano, 1953, 515; A. ORMANNI, voce *Necessità (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 835 s.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990 (rist. 1992), 407 s.; H. HONSELL, *'Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est'*. Die Kontribution nach der 'Lex Rhodia de iactu', in *'Ars boni et aequi'*. Festschrift W. Waldstein, Stuttgart, 1993, 141 («vermutlich galt die *lex Rhodia de iactu* schon im Rom der späten Republik als Handelsusance oder Gewohnheitsrecht»); H. WAGNER, *Die 'lex Rhodia de iactu'*, in *RIDA*, 3^a serie XLIV, 1997, 357 ss.; J.L. ZAMORA MANZANO, *El salvamento y la asistencia marítima en el derecho romano*, in *RIDA*, 3^a serie, XLVIII, 2001, spec. 380; G. PURPURA, *'Ius naufragii', 'sylai' e 'lex Rhodia'*. *Genesis delle consuetudini marittime mediterranee*, in *AUPA*, XLVII, 2002, 275 ss.; P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino, 2004, 266 (ove si parla della nostra come di «una normativa che raccoglieva un complesso di usanze marittime praticate dagli abitanti di Rodi, conosciute nel Mediterraneo orientale ed utilizzate poi anche nell'ordinamento romano»); M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 472. Già faceva riferimento proprio alle citazioni di Servio, Ofilio e Labeone in D.14.2.2.3, da cui traeva conferma che la recezione della disciplina rodia era avvenuta a Roma sin dall'età tardorepubblicana, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIV-XV, trad. it. Milano, 1907, 20.

monianza del giurista severiano proviene dall'esame che, nel commentario all'editto, egli conduceva sulle azioni relative alla locazione-conduzione²⁶, giacchè proprio quella doveva essere la sede in cui – entro opere di quel tipo²⁷ – era affrontata anche la normativa in tema di ripartizione del rischio prevista per l'ipotesi in cui, nel contesto di una tempesta che rischiava di far naufragare l'intero carico, si era dovuto gettare a mare parte delle merci onde salvare almeno quelle restanti²⁸.

²⁶ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, 1037 ss.: l'ultimo corposo frammento tratto dalla prima parte del XXXIV libro (dedicata appunto alla previsione edittale «*locati conducti*», laddove nel prosieguo dello stesso libro era verosimilmente [cfr. O. LENEL, *op. cit.*, 1039 nt. 2] trattato l'*aestimatum*) è proprio D. 14.2.2: uno dei testi più significativi per ricostruire il regime della *lex Rhodia de iactu*. In merito ad esso, anche nella parte che qui non interessa direttamente, per tutti, M. MARRONE, *D. 14. 2. 2 pr.: 'retentio' e 'iudicia bonae fidei'*, in *Iura*, VI; 1955, 170 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 408; H. HONSELL, '*Ut omnium contributione sarciatur*', cit., 143 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 262 ss. Cfr. anche *infra*, nt. 28.

²⁷ Tuttavia, per quanto concerne il commentario all'editto di Ulpiano, non disponiamo di riscontri in tal senso, giacchè dal suo XXXII libro (che trattava, fra l'altro, del «*locati conducti*»: O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, 637 ss.) i compilatori di D. 14.2 non trassero alcun frammento. Comprensibilmente diversa era la *sedes materiae* della *lex Rhodia de iactu* in *libri digestorum* come quelli di Giuliano, il quale, in conformità ai canoni di questo genere letterario, ne trattava nella parte conclusiva dell'opera, dedicata a leggi e senatoconsulti (cfr., a proposito di [Iul. 86 *dig.*] D. 14.2.6, O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 483).

²⁸ Come noto, il collegamento con la disamina dei mezzi di tutela in materia di locazione era determinato dal fatto che non solo i proprietari delle merci andate perdute potevano agire, in quanto locatori d'opera (ossia del trasporto dei beni stessi), *ex locato*, ma che il *magister*

Nel frammento in esame, peraltro, è diverso il tipo di pericolo che incombe sul buon esito del trasporto marittimo – pericolo altrettanto ricorrente nei traffici mercantili del Mediterraneo antico, e in altri contesti espressamente accostato, per connettervi le medesime conseguenze giuridiche, al naufragio²⁹ –, ossia la sottrazione dell'intera nave

navis poteva ripartire la sopportazione delle perdite sperando a sua volta un'*actio conducti* nei confronti dei locatori delle merci condotte a destinazione. Questo almeno al tempo di Paolo, laddove diverso sembra fosse l'*iter* processuale con cui la medesima finalità era raggiunta da parte di Servio: cfr. Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 *pr.*, sul quale, per tutti, M. MARRONE, *D. 14. 2. 2 pr.*, cit., spec. 172 ss.; L. VACCA, *La responsabilità del nauta per il 'iactus mercium levandae navis gratia' nel diritto romano classico*, in *Studi D. Gaeta*, Milano, 1984, spec. 588 ss., 601 s.; R. RICHICHI, *Paul. D. 14.2.2.pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, in *'Antecessori oblata'. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi)*, Padova, 2001, 145 ss., spec. 151 ss. (con significative sfasature di vedute rispetto alle ricostruzioni precedenti, e in particolare all'esegesi di Marrone, seguita invece da J.L. ZAMORA MANZANO, *El salvamento*, cit., 388); R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit. 265 ss.; P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 267 s. (ove tale testo è erroneamente indicato come D. 14.2.2.1).

²⁹ Penso soprattutto alla cosiddetta *exceptio Labeoniana*, suggerita dal giurista augusteo per mitigare l'estesa responsabilità di chi prendeva in carico le merci, quale delineata col *receptum nautarum*: se ne conserva memoria nella parte conclusiva di un passo importante e dibattuto quale Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1. Riguardo ad esso si vedano, per tutti, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 399 ss. ove ampia bibl.; R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor'. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali 'in factum contra nautas, caupones et stabularios'*, Torino, 2002, spec. 186 ss.; P. CE-

(o di parte del suo carico) ad opera di pirati³⁰. Anche in questa ipotesi vediamo operare, almeno nella prima parte, quello che è stato designato come principio della «compartecipazione di tutti i *vectores* ai pericoli della navigazione»³¹. L'ipotesi iniziale – contemplata da Paolo sulla scorta di una risalente tradizione giurisprudenziale, che vede allineati in ordine cronologico i tre commentatori dell'editto di età tardo-repubblicana e augustea³², concordi nell'orientamento

RAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., spec. 274 s.

³⁰ Circa la lotta che, contro i pirati, fu condotta con particolare vigore proprio dai rodiesi, cfr. V. ILARI, *Guerra e diritto nel mondo antico*. I. *Guerra e diritto nel mondo greco-ellenistico fino al III secolo*, Milano, 1980, 289, ove indicazione delle principali fonti al riguardo.

³¹ Così R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 124 nt. 245. Peraltro, ancor più che di *vectores* (termine che comunque è impiegato dallo stesso Paolo in D. 14.2.2 pr.-2, e che evidentemente non allude ai soli passeggeri proprietari di merci) potremmo parlare di locatori di merci (consegnate al *magister navis* perché le trasportasse via mare). Nell'ipotesi al centro di D. 14.2.2.3 mi sembra infatti assai probabile che essi non si trovassero a bordo della nave quando essa era caduta nelle mani dei pirati. Parla del caso al centro del nostro passo come del primo «in dem man wohl nicht mehr von Aufopferung, sondern besser allein von Risikogemeinschaft spricht», H. HONSELL, *Ut omnium contributione sarciatur*, cit., 148.

³² Senza che peraltro Lenel fosse indotto da questa circostanza ad attribuire le tre citazioni ai rispettivi *ad edicta*: D. 14.2.2.3 era infatti da lui posto fra i «*loci incerti*» sia per Servio (*Palingenesia*, II, cit., 325 n. 20) che per Labeone (*Palingenesia*, I, cit., 541 n. 279); mentre per Ofilio era collocato tra i frammenti «*ex incertis libris*», ma domandandosi almeno se non fosse da ricondurre all'*ad edictum* o a un *de legibus (ad legem Rhodiam)*: cfr. O. Lenel, *Palingenesia*, I, cit., 800 n. 40 e nt. 2.

che appare poi condiviso dal referente severiano³³ – è infatti quella in cui l'intera nave sia finita nelle mani dei pirati, dai quali viene successivamente riscattata, ad opera (evidentemente) non del *magister navis* ma di uno dei proprietari delle merci imbarcate³⁴.

Per i nostri giuristi non vi è dubbio, al riguardo, che anche gli altri soggetti che avevano concluso la *locatio operis* e che ora si vedono restituiti i propri beni, debbano condividere il sacrificio economico sofferto da chi ha riscattato la nave: su tutti loro grava perciò l'obbligo di «*contributio*». Sottesa alla previsione di questo regime è una *ratio* affatto evidente, alla cui stregua i detrimenti patrimoniali in cui si sia

³³ Le precisazioni successive (nel tratto «*quod vero praedones ... sua merces redemerit*», che in effetti già O. Lenel, *loc. cit.*, riportava anche nelle *paltingenesi* dei tre *prudentes* citati) – con cui erano introdotte una o più varianti casistiche rispetto alla precedente formulazione e quindi, come vedremo, una deroga al regime in essa delineato – sembrano anch'esse da ricondurre già a Servio, Ofilio e Labeone: le frasi in questione si trovano infatti all'infinitiva, evidentemente retta da «*aiunt*». Sia nella prima che nella seconda parte del nostro frammento, Paolo si sarebbe quindi limitato a riportare l'orientamento dei tre giuristi precedenti e implicitamente aderirvi.

³⁴ Così, ad esempio, H. HONSELL, *Ut omnium contributione sarciatur*, cit., 148; non diversamente, nella sostanza, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 268. Ma in tal senso si veda già J. CUJACIUS, *In librum XXXIV Pauli ad edictum commentarii, seu recitationes solemnes* (1584), in *Opera*, V, Neapoli, 1722, 536. E' chiaro, del resto, che il maggior interesse a procedere in tal senso era proprio di chi aveva locato i beni da trasportare, e soprattutto che il regime previsto dai nostri giuristi (con l'immediato obbligo di contribuzione a carico di coloro che si vedevano restituite le merci) si spiega assai meglio se ricostruiamo così l'iniziativa per il riscatto della nave.

incorsi – tanto in caso di alleggerimento del carico in occasione di tempeste che in quest'ipotesi di sottrazione della nave da parte di pirati e sua conseguente *redemptio* – devono essere sopportati da tutti i proprietari delle merci, laddove tali sacrifici siano stati necessari a condurre in salvo gli altri beni o a recuperare l'intero carico³⁵. E' probabile che al riguardo risultasse determinante anche l'operatività di un valore come la *bona fides*³⁶: criterio che del resto informava quelle azioni *ex locato* ed *ex conducto* tramite le quali abbiamo visto, almeno dopo l'età di Servio, attuarsi tecnicamente il disposto della *lex Rhodia de iactu*.

³⁵ Il punto è colto con lucidità, ad esempio, da R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 268. Assai puntuale, in riferimento all'ipotesi dell'*iactus mercium*, era già l'osservazione di J. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, Bassani, 1827 (*editio quinta Veneta*; ed. or. 1698), 80: «Unde apparet, non ex iactu sed ex subsecuta ad jactum conservatione aliarum mercium natam esse contributionis obligationem» (vi si richiamano espressamente ad esempio, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIV-XV, cit., 26, e più di recente A. ORMANNI, *Necessità*, cit., 837). Si veda anche L. VACCA, *La responsabilità del nauta*, cit., 594, secondo la quale «il fondamento giuridico del conferimento non è ... da ricercarsi in una *communio periculi*, ma in un comune interesse patrimoniale a che il *iactus* avvenga». Circa altre ipotesi che esorbitano dal caso tipico contemplato dalla *lex Rhodia* ma che, al pari della nostra fattispecie, vedono un sacrificio sopportato dalla nave o dalle merci per un comune interesse (cfr. in particolare D. 14.2.3; D. 14.2.4 pr.; D. 14.2.5.1), fra gli altri, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIV-XV, cit., 31 s.; A. ORMANNI, *Necessità*, cit., 836; C.A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, in *Labeo*, XLI, 1995, 396; H. WAGNER, *Die 'lex Rhodia'*, cit., 369.

³⁶ In tal senso, per tutti, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 268.

Ancor più evidente è poi come la *ratio* appena posta in luce non trovi applicazione nella casistica ulteriormente contemplata nel nostro passo, comunque si risolvano le incertezze relative all'esatta identificazione (della o) delle fattispecie ivi prospettate, e dei loro rapporti rispetto all'ipotesi di partenza. Paolo – e verosimilmente, come rilevato³⁷, già Servio, Ofilio e Labeone – ritenevano infatti che il regime della *contributio* non avesse luogo in riferimento alle singole cose sottratte dai pirati/predoni³⁸ (la cui perdita doveva essere sopportata dal relativo *dominus*), né qualora il riscatto avesse avuto ad oggetto non l'intera imbarcazione, ma esclusivamente i beni di proprietà di un solo soggetto.

Secondo una lettura diffusa presso gli autori più recenti³⁹, questi due casi sarebbero in realtà da ricondurre ad

³⁷ Si veda *supra*, nt. 33.

³⁸ Nella porzione di testo che ora ci interessa si parla in effetti di *praedones*, e non più di *piratae*: il punto era già colto e spiegato da J. CUJACIUS, *In librum XXXIV Pauli ad edictum commentarii*, cit., 537 (che ricordava analoghi usi del primo termine, quale sinonimo del secondo, in Plauto e Sallustio). Riteneva invece, coerentemente a una lettura d'insieme greve di congetture interpolazionistiche, che fra prima e seconda parte del nostro passo si delineasse una contrapposizione tra *redemptio a piratis* e *vis praedonum* («antitesi [che] non può essere genuina»), F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 364.

³⁹ Cfr. ad esempio H. HONSELL, *Ut omnium contributione sarciatur*, cit., 148 (che parla di una sola 'Ausnahme' che nella seconda parte di D. 14.2.2.3 sarebbe prospettata rispetto al principio precedentemente delineato: «keine Kontribution, wenn Räuber einzelne Sachen weggeschleppt haben und diese vom Geschädigten ausgelöst werden»), e R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 268 («mentre il prezzo pagato per riottenere la nave ed il carico ... sarebbe oggetto di *contributio* da parte di tutti i locatori, il perimento della singola cosa che questi

un'unica eventualità (interna, per così dire, all'ipotesi della nave sottratta dai pirati e poi riscattata): qualora, cioè, dal carico di questa stessa imbarcazione *redempta* da uno dei locatori d'opera fossero stati tratti, da parte dei pirati, alcuni beni, la relativa perdita graverebbe sul solo proprietario di questi ultimi: e qualora egli procedesse a riscattarli, non avrebbe luogo un'ulteriore condivisione, previa *contributio* da parte di tutti i *vectores*, della spesa sostenuta. Così intesa, la soluzione dei nostri giuristi non risulterebbe certo priva di logica, in quanto volta a precisare come la condivisione del detrimento patrimoniale sofferto da uno dei proprietari delle merci opererebbe solo nella fattispecie iniziale – laddove il sacrificio di uno consentiva anche agli altri di recuperare i propri beni –, ma non nel caso in cui un analogo sacrificio si risolveva a esclusivo vantaggio di chi lo aveva compiuto.

E tuttavia a me sembra innegabile che, se interpretato in questi termini, il testo rivelerebbe una certa ridondanza e anche qualche incongruità, sia rispetto al suo tenore letterale che all'ipotesi che concretamente si verrebbe a delineare. Dovremmo in effetti identificare nella medesima persona colui che, a distanza di poche parole, viene dapprima indicato come «*is cuius fuerint [scil. le merci sottratte dai pirati, oppure is cuius fuerit quod praedones abstulerint]*», e poi come «*is qui suas merces redemerit*». Ma soprattutto saremmo costretti a immaginare che coi pirati si sia proceduto a una duplice

[*scil. i predoni*] abbiano deciso di tenersi, è a carico soltanto del proprietario di essa, e perciò la contribuzione non si deve fare rispetto al prezzo da questo pagato per recuperare le sue merci»). In un ordine d'idee non dissimile sembra muoversi anche H. WAGNER, *Die 'lex Rhodia'*, cit., 368.

redemptio: dapprima in riferimento all'intera nave e al suo carico e poi, dopo aver rilevato che quest'ultimo non era stato integralmente restituito, in relazione ai singoli beni ancora trattiene. E così – anche a escludere l'ipotesi-limite che a compiere il doppio riscatto fosse il medesimo soggetto, e pur tralasciando la scarsa probabilità che venisse operata la seconda *redemptio* dopo che la prima aveva sortito un effetto almeno parzialmente infelice – ci troveremmo dinanzi alla paradossale situazione di un locatore che partecipa, tramite *contributio*, alle spese da altri sostenute per il riscatto dell'intero carico, ma si vede poi di fatto privato della propria parte, e costretto a recuperarla con un ulteriore sacrificio economico, che stavolta non sarebbe condiviso con gli altri *vectores*.

In astratto, l'inconveniente da ultimo segnalato potrebbe essere evitato attribuendo tutt'altro significato alla frase «*nec conferendum ei qui suas merces redemerit*»: ove cioè si ritenga soggetto del (non) *conferre*, anziché gli altri locatori d'opera, il solo fra loro che non abbia ottenuto la restituzione delle proprie merci. In tal caso, però, occorrerebbe spiegare perché egli sarebbe liberato dalla *contributio* non a favore di chi ha riscattato la nave, ma di chi ha compiuto la *redemptio* esclusivamente dei propri beni. E al riguardo – a meno che non ci si affidi a qualche comodo sospetto di alterazioni o di maldestre abbreviazioni compiute da copisti tardoantichi o compilatori giustiniani⁴⁰ – a me parrebbe

⁴⁰ Soluzione esegetica che, sia in generale che in riferimento al passo in esame, io sarei propenso a valutare sempre con la massima cautela, e solo in presenza di riscontri univoci e puntuali – secondo un atteggiamento che pure mi ha procurato, da parte di taluno, anche repri-

davvero molto tortuosa, sino a sconfinare nell'implausibile⁴¹, la congettura che potrebbe avanzarsi, alla cui stregua il «*suas merces redemere*» corrisponderebbe al «*navem redemere*» nel senso che chi è soggetto della seconda azione lo è sostanzialmente anche della prima, ossia che chi ha riscattato la nave ha in pratica compiuto la *redemptio* dei propri beni, dal momento che per il ristoro della spesa sostenuta può godere della *contributio* degli altri locatori (i quali è come se, a loro volta, riscattassero in tal modo le proprie merci)⁴².

Non possiamo quindi escludere un'interpretazione affatto diversa di questa porzione del nostro testo, così da scorgervi non una, ma due fattispecie che rileverebbero come eccezioni rispetto all'ordinario regime della *contributio*, gravante su tutti coloro che hanno caricato proprie merci sulla nave al fine di ottenerne il trasporto. Anche qui, tuttavia, si aprono almeno due possibili ricostruzioni. Innanzi

mende veementi e piuttosto anacronistiche (cfr. E. STOLFI, *Plurima innovare instituit'. Spunti esegetici attorno al confronto tra Labeone e Capitone in (Pomp. lib. sing. ench.) D. 1.2.2.47*, in *Studi G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 58 nt. 5) –, e non come semplicistico escamotage cui affidarsi per eludere le più aspre difficoltà interpretative poste da un testo.

⁴¹ Anche a non volerci soffermare, di nuovo, sulle oscure implicazioni che una tale lettura comporterebbe per il caso in cui i pirati abbiano trattenuto proprio (de)i beni appartenenti a colui che aveva provveduto a riscattare la nave e tutte le merci in essa imbarcate.

⁴² Il testo acquisirebbe poi un significato estremamente banale e poco perspicuo ove accedessimo a un'ulteriore e diversa interpretazione (che appare quindi, proprio per questo, senz'altro da respingere), secondo cui il soggetto a cui sono stati sottratti i beni non dovrà *conferre* a beneficio di colui che ha provveduto a riscattare (solo) le proprie merci.

tutto è ipotizzabile che il primo caso contemplato fosse ancora collegato alla fattispecie della nave sottratta dai pirati e riscattata da uno dei *vectores*, e che il secondo riguardasse invece la diversa eventualità in cui oggetto di *redemptio* fosse, non l'intero carico, ma le merci di un solo locatore. Si avrebbero dunque, da un punto di vista logico, due ipotesi poste su piani diversi, ma convergenti nel prevedere l'esclusione del *conferre* a carico degli altri proprietari⁴³. Nel primo caso, infatti, non si dovrebbe procedere a una (ulteriore) *contributio*, in quanto la sottrazione di alcune merci in niente aveva inciso sulla sorte del rimanente carico⁴⁴; non diversamente, qualora la *redemptio* avesse interessato esclusivamente i beni di un soggetto, si escluderebbe che gli altri – i quali non hanno ottenuto la restituzione di alcunché – contribuiscano alla sopportazione della relativa spesa.

Anche questa lettura, peraltro, renderebbe poco chiaro quale fosse il trattamento riservato al proprietario che,

⁴³ La prima variante è, per così dire, interna all'ipotesi principale del riscatto dell'intera nave, ed evita che la logica della *contributio* venga dilataata sino a trovare applicazione anche laddove un detrimento patrimoniale vi sia stato, ma senza essere funzionale al recupero o alla salvezza delle merci degli altri *domini*. La seconda è invece una variante rispetto all'oggetto del riscatto: non più la nave col suo intero carico, ma solo le merci proprie di chi *a piratis redemerit*. Se un nesso può essere individuato fra le due fattispecie, e la relativa disciplina, mi sembra che al massimo esso sia da vedere nei termini di un ragionamento *a fortiori* (se *contributio* non deve esservi nel primo caso, a maggior ragione non deve aver luogo nel secondo).

⁴⁴ Quel sacrificio economico era dovuto, in effetti, solo al comportamento illecito dei pirati, ma non aveva giovato agli altri locatori d'opera, come invece il riscatto della nave.

dopo aver partecipato alle spese del riscatto della nave e del suo carico, si avveda che i propri beni non sono fra quelli restituiti. Un esito simile – decisamente iniquo – è possibile conoscesse dei correttivi, nel senso che non sono da escludere forme di tutela a favore del soggetto in questione: strumenti sui quali nel testo non ci si soffermava⁴⁵, oppure lo si faceva in un modo che, a seguito di qualche abbreviazione successivamente intervenuta, è divenuto per noi irrecuperabile⁴⁶. Dovremmo così immaginare che – subito dopo aver posto a carico di tutti i locatori il «*debere conferre*» – se ne prevedesse l'esclusione a beneficio di chi effettivamente non aveva ottenuto la restituzione dei propri beni. Si tratta, tuttavia, di congetture alquanto laboriose e pressoché indimostrabili, che non rendono questa lettura – mi sembra – più persuasiva delle altre che già abbiamo ripercorso.

Conviene così soffermarsi sulla seconda possibilità esegetica che, come accennavamo, si apre dinanzi a chi scorga in questo tratto del nostro passo due, e non una, fattispecie in cui era escluso il regime della *contributio*. Si tratta, in verità, di un'opzione ermeneutica già formulata, col consueto acume, da Cuiacio⁴⁷, e che – per la sua lineare chiarezza, che sfiora quasi la banalità – è probabilmente ancora da preferire. Semplicemente, il maestro tolosano riteneva che nel nostro frammento fossero delineate due ipotesi, tali da

⁴⁵ Giacchè il problema principale era quello di escludere il regime della *contributio* anche per l'ulteriore detrimento patrimoniale costituito dalla sottrazione delle merci di uno solo dei locatori.

⁴⁶ Riguardo a questa possibilità esegetica – che praticerei solo quale *extrema ratio* – valgono peraltro le osservazioni formulate *supra*, nt. 40.

⁴⁷ *In librum XXXIV Pauli ad edictum commentarii*, cit., 537.

discostarsi dal caso del riscatto dell'intera nave, e di conseguenza non comportare alcuna condivisione nella sopportazione del sacrificio economico: o perché «*nave non expugnata piratae merces tantum unius abstulerint*»⁴⁸, oppure perché (abbiano i pirati sottratto l'intero carico o solo le merci di proprietà di un unico soggetto) quest'ultimo ha provveduto a riscattare unicamente i propri beni⁴⁹.

3. Comunque si risolvano le difficoltà esegetiche che pone la seconda parte di D. 14.2.2.3⁵⁰, trovo probabile (anche se in verità, come vedremo, nient'affatto certo) che ai fini del caso descritto da Polignani e Gianturco rilevi, ancor più della limitazione e precisazione che esso conosce nella casistica su cui ci siamo soffermati, soprattutto il principio giuridico sotteso alla soluzione esposta all'inizio del passo.

Tale principio, per quanto non espressamente enunciato, si lascia ricostruire (come già rilevato)⁵¹ con assoluta evidenza: il detrimento patrimoniale (consistente nella perdita dei beni gettati a mare per alleggerire l'imbarcazione nel corso di una tempesta, o nel pagamento del prezzo del riscatto di nave e carico sottratti dai pirati) deve essere condiviso e sopportato – in forza di evidenti considerazioni di

⁴⁸ Al che – scriveva J. CUJACIUS, *loc. cit.* – «*nihil ei ceteri conferre debent, quod ei soli abstulerunt piratae, id eum perdere, domino suo quamque rem perire*».

⁴⁹ Nel qual caso – rilevava ancora J. CUJACIUS, *loc. cit.* – «*huic ceteri nihil conferre debent, quia rem suam tantum egit, non communem*».

⁵⁰ E quale che sia la valutazione da riservare alla ricostruzione già di Cuiacio, che a me sembra tuttora l'unica in grado di sciogliere i dubbi e le incongruenze che più recenti letture lasciano irrisolti.

⁵¹ Cfr. *supra*, § 2 e ntt. 35 ss.

equità⁵² – anche da coloro che, proprio grazie a tale sacrificio, hanno ottenuto che i propri beni fossero condotti a destinazione oppure restituiti. Ancor più in generale, può dirsi che fra più locatori d’opera si deve avere compartecipazione di perdite e spese che siano riuscite di comune vantaggio.

Se tuttavia ci volgiamo al caso della *Crestomazia* gianturchiana dal quale siamo partiti, e che veniva suggerito di risolvere sulla base di D. 14.2.2.3, dobbiamo constatare che l’applicazione del principio appena individuato è tutt’altro che agevole o immediata, e che ai discenti – proprio in questo consisteva l’obiettivo del giurista lucano – era richiesto un impegno non lieve per trarre da quella *regula* gli spunti necessari a risolvere il quesito loro sottoposto. Certo troviamo, anche in riferimento a quest’ultimo, un evento esterno (il contagio da colera e, di conseguenza, la rimozione dell’intonaco, la distruzione della mobilia e le ulteriori opere di sterilizzazione compiute dalla Commissione sanitaria), cui si collega un detrimento patrimoniale, a proposito del quale ci si interroga su chi debba gravare.

Vi sono però anche rilevanti difformità, dal momento che si tratta non di *locatio operis* (come, con ogni probabilità, nell’ipotesi di D. 14.2.2.3)⁵³, bensì certamente di locazione

⁵² Le stesse cui si richiamava Paolo per dar conto del disposto della *lex Rhodia* nel finale di D. 14.2.2 pr.: *...aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.*

⁵³ Niente imporrebbe di escludere che, in realtà, fosse stata stipulata una *locatio rei* (e cioè che il proprietario delle merci fosse conduttore di una parte della stiva della nave) – secondo una possibilità che dob-

di cosa – e di una cosa particolare quale un’abitazione, in riferimento alla quale il codice civile 1865 indicava minuziosamente su chi gravassero le spese per riparazioni e mantenimento in buono stato locativo⁵⁴ –, e inoltre la pluralità dei soggetti coinvolti è data dall’esistenza non di più locatori (d’opera), ma di una struttura verticale che prevede locatore (di cosa)-conduttore-subconduttore. In che termini, dunque, dovremmo qui adattare e applicare il principio che abbiamo visto sotteso alla soluzione di Paolo?

Ovviamente ogni risposta non può che essere ipotetica, dal momento che Gianturco – riprendendo una scelta già di Jhering⁵⁵, e che sarà poi mantenuta da Nicola Stolfi,

biamo considerare concorrente e alternativa rispetto a quella della *locatio operis* (con cui, ovviamente, il proprietario-locatore consegnava le merci perché esse venissero condotte a una determinata destinazione): cfr., per tutti, P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 255 ss., spec. 257 ss. A far configurare l’ipotesi di D. 14.2.2.3 in termini di *locatio operis* induce peraltro la circostanza che – a partire da quanto lo stesso Paolo scriveva in D. 14.2.2 pr. – le previsioni rodie in tema di *iactus mercium* vedono sempre il proprietario di queste ultime nella veste di locatore d’opera, e non di conduttore di *res*.

⁵⁴ Cfr. artt. 1576 e 1580, e soprattutto 1604, 1605 e 1606 cod. civ. 1865 (nei quali era prevista una disciplina anche più analitica rispetto a quella rinvenibile negli artt. 1576 e 1577 cod. civ. 1942).

⁵⁵ Sua l’opera (intitolata appunto *Civilrechtsfälle ohne Eintscheidungen*) che, nella veste assunta con la seconda edizione (del 1870), costituirà il modello della *Crestomazia* gianturchiana. Mi sono soffermato sul punto in *Il sistema e il caso*, cit., 84 ss.; ma vi torneremo anche *infra*, § 4. «Mit Entscheidungen» («nach römischem Recht») erano invece i *Civilrechtsfälle* dell’Hess: cfr. *supra*, nt. 13.

nipote e allievo del nostro giurista⁵⁶ – lasciava volutamente privi di soluzione i casi raccolti nella *Crestomazia*, ed era quindi solo nella (per noi irrecuperabile) dimensione orale della discussione con gli allievi che poteva emergere la sua opinione⁵⁷. Un'estrema cautela è poi imposta dalla circostanza che non tutto, di quella fattispecie, viene puntualmente descritto (così che, ad esempio, non sappiamo quali altre opere di sterilizzazione compì la Commissione sanitaria, e con quale danno per l'abitazione, né se dei mobili distrutti fosse proprietario il locatore, il conduttore o il subconduttore), e che comunque appaiono ben diverse le direzioni verso cui poteva condurre il raffronto col testo paolino.

Se infatti da quest'ultimo desumiamo l'indicazione generale secondo cui, nel contesto di una locazione, la sopportazione di un detrimento patrimoniale deve essere condivisa da parte di tutti coloro che dallo stesso sacrificio abbiano tratto un vantaggio, potremmo ritenere che – considerato come tutte le operazioni tese a disinfettare la casa dal

⁵⁶ Autore a sua volta di una *Crestomazia di casi giuridici*, cit., visibilmente legata ai modelli di Jhering e Gianturco, ma ancor più orientata sulle esigenze della prassi forense: su di essa, per tutti, F. TREGGIARI, *Scienza e insegnamento del diritto*, cit., 90 s., spec. nt. 100; ID., *Itinerari della casistica*, cit., VI s.; ID., *Sistematica e metodo del caso*, cit., 454.

⁵⁷ Il metodo didattico seguito è puntualmente descritto dallo stesso E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 16: «io solevo assegnare in ciascuna domenica tre casi giuridici, la cui risoluzione doveva formar oggetto di discussione nella domenica successiva: udivo l'opinione di sette o otto fra essi [*scil.* fra gli allievi], e li ponevo in contraddizione: quando la discussione mi pareva abbastanza compiuta, esponevo la mia opinione, adducendo le ragioni, che la confortavano e stavano contro a quelle dei giovani, che non convenivano nella medesima».

colera, si risolvono in un beneficio non solo per coloro che materialmente vi abitano (subconduttori), ma anche per locatore e conduttore – su tutti quanti gravi la sopportazione dei danni connessi alle predette operazioni. E così, pure se può immaginarsi che le relative riparazioni rientrino fra quelle cui, ex art. 1576 cod. civ. 1865, doveva far fronte il locatore, potremmo supporre che, col riferimento a D. 14.2.2.3, Polignani e Gianturco pensassero a qualcosa di simile a una *contributio* da parte degli altri soggetti coinvolti.

E' evidente, peraltro, come soprattutto l'ultimo tratto del ragionamento possa essere sovvertito, in modo da ritenere che, poiché vivere in una casa disinfettata dal colera si risolve a vantaggio (se non esclusivo, largamente prevalente) del solo subconduttore, solo quest'ultimo dovrebbe essere chiamato a condividere la sopportazione del danno. E neppure possiamo essere certi che l'obbligo delle riparazioni (sia pure col regime di *contributio* appena suggerito) debba necessariamente gravare sulla locatrice. Quest'ultima potrebbe infatti invocare – anche se, a mio avviso, sulla base di un'argomentazione non troppo stringente, e con scarsa probabilità di successo – il disposto dell'art. 1588 cod. civ. 1865, il cui secondo comma prevedeva che il conduttore fosse «obbligato pe' deterioramenti e per le perdite cagionate dalle persone della sua famiglia o da' suoi subconduttori»: poiché era stata la famiglia a cui il Prof. Pick aveva sublocato la casa, ad accogliere la Signora Olga e quindi a provocare il contagio, la proprietaria potrebbe invocare questa circostanza per chiedere che a ristorare il danno sia proprio il Prof. Pick, beneficiando eventualmente di una *contributio* da parte dei subconduttori.

Lo stesso D. 14.2.2.3 potrebbe essere invocato, tuttavia, anche nel senso opposto, in riferimento alla casistica che nella sua seconda parte (peraltro, come rilevato, di interpretazione tutt'altro che agevole) veniva richiamata per escludere l'operatività di tale *contributio*: in particolare, il riferimento all'ipotesi in cui dei beni fossero sottratti dai predoni (con la conseguenza che la loro perdita era sopportata dal solo *dominus*) potrebbe anche essere invocato per ritenere che, nel caso prospettato da Gianturco, non intervenisse alcuna condivisione del detrimento patrimoniale e che questo fosse tutto a carico della proprietaria dell'immobile. Ma neppure possiamo escludere che le diverse soluzioni adombrate in D. 14.2.2.3 (*contributio* per le spese; sopportazione della perdita di alcuni beni a carico esclusivamente del proprietario; spese cui non segue alcuna condivisione da parte di altri soggetti) potessero riproporsi, sia pure in altri termini, per il caso in esame, anche a seconda di come vengano concretamente intesi certi suoi aspetti non ben definiti (la titolarità dei mobili, l'entità degli altri danni procurati all'abitazione, il carattere di «piccola manutenzione» o meno da riconoscere ai necessari interventi, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1604 cod. civ. 1865)⁵⁸.

⁵⁸ Se ciò fosse vero, nel nostro caso potrebbe venir meno anche una delle differenze che la casistica di Gianturco presentava rispetto a quelle che, come vedremo (*infra*, § 5), ne costituivano il principale modello, ossia le *quaestiones iuris* medievali. Al riguardo, scrive in effetti F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., XXXIII s.: «il metodo d'istruzione dei glossatori perdeva, coll'uso moderno», anche la sua più originale caratteristica: quella, cioè, di confutare il valore apodittico delle soluzioni attraverso la sottile tecnica delle 'distinzioni'; talché per casi analoghi si finiva spesso per ammettere più d'una soluzione

Come si vede, le direttive che dal passo di Paolo possono essere tratte ai fini della disciplina della nostra fattispecie sono numerose e divergenti, e altre ancora se ne potrebbero agevolmente desumere⁵⁹. In una situazione simile è forse più prudente lasciare senza risposta il quesito posto da Polignani e Gianturco: sarebbe troppo alta, in caso contrario, la probabilità di finire idealmente tra quegli allievi, appassionati ma incerti, per confutare le cui soluzioni doveva intervenire il maestro, con puntuali e più efficaci argomentazioni⁶⁰!

4. Piuttosto, preme – muovendo dalla fattispecie appena esaminata, per certi versi singolare e, per così dire, complessa tanto sul versante antico che su quello moderno – formulare qualche rilievo più generale circa struttura e finalità dell'opera in cui essa era contenuta. E' stato osservato

possibile, o per escluderla affatto: ipotesi ovviamente non concepibili per il giurista moderno, educato al positivismo dei codici».

⁵⁹ Solo per illustrare qualche altro esempio, si pensi al diverso valore che, da parte dei protagonisti del nostro caso, poteva essere attribuito alla circostanza che il *conferre* di D. 14.2.2.3 gravasse sui (soli) locatori, in riferimento a spese sostenute (molto probabilmente) da uno di loro: argomento che però la nostra Signora Olivieri avrebbe potuto ribaltare obiettando che da parte di Paolo ci si riferiva a locatori d'opera, mentre il caso attuale verteva su una *locatio rei*, e che perciò la *contributio* doveva sempre realizzarsi fra coloro a beneficio dei quali era rispettivamente prevista l'attività di trasporto o la messa a disposizione dell'immobile – cioè fra quanti corrispondevano la mercede: i locatori nella fattispecie antica, conduttore (ed eventualmente anche subconduttore) in quella presente.

⁶⁰ Cfr. *supra*, nt. 57.

più volte come la *Crestomazia* gianturchiana riproponga tecniche didattiche ed espositive già attestate nell'Ottocento tedesco, da Puchta⁶¹ a Jhering⁶² – e con uno sguardo privi-

⁶¹ Gli riconosceva «il merito di aver fatto servire al moderno insegnamento accademico quella casuistica, che pareva l'esclusivo e non invidiabile patrimonio dei pratici», lo stesso E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 13.

⁶² A lui, come noto, è dedicata l'opera gianturchiana (in apertura della quale troviamo riprodotta la corrispondenza intercorsa, al riguardo, fra i due studiosi), laddove a Joseph Unger, autore di un *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, vengono dedicate le *Istituzioni di diritto civile* che Gianturco pubblica quasi contemporaneamente alla *Crestomazia*, e che nella seconda edizione intitolerà *Sistema di Diritto Civile Italiano* (proprio, egli scrive, «per designarne, con maggiore precisione, l'intrinseco contenuto»: così nella *Premessa* alla seconda edizione, del 1892). Mi sono soffermato sul significato di questa doppia dedica – espressiva di una ricerca metodologica che media e compone fra due orientamenti decisamente difformi – in *Il sistema e il caso*, cit., 83 ss. ove bibl. (ma assai incisiva appare già l'osservazione di 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., 321: «sia l'Unger che lo Jhering, per quanto autori diversi l'uno dall'altro, divengono nel discorso di Gianturco materiali contigui di uno stesso ragionevole progetto – di compromesso metodologico, di adattamento costante ma anche, per così dire, di “frintendimento” consapevole delle fonti – indirizzato ora a sanare la frattura tra la teoria e la pratica della scienza giuridica, tra l'università e il foro, ora a fronteggiare tendenze ritenute secondo i casi troppo estreme o troppo attardate; ora infine a formulare generi letterari nuovi, che utilizzassero sia l'esegesi sia il metodo costruttivo»). Significativa era poi, da parte di Jhering, la circostanza che i suoi *Civilrechtsfälle* fossero dedicati ad Heinrich Thöl, alle cui esercitazioni pratiche lo stesso Jhering aveva partecipato come studente: vi si sofferma opportunamente F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., XII

legiato (è anch'essa cosa nota) a quest'ultimo, assumendo a modello quella seconda edizione dei suoi *Civilrechtsfälle ohne Eintscheidungen* in cui, rispetto alla prima edizione (maggiormente legata, appunto, all'insegnamento puchtiano), ben si colgono gli esiti della parabola scientifica di quell'autore sempre più solitario e inquieto⁶³, ormai lontano dalle pure speculazioni di una dottrina unicamente votata a erigere «piramidi di concetti», per la quale non si dava attenzione al caso giuridico, se già non fosse oggetto di un lavoro di formalizzazione e astrazione⁶⁴. Ma in verità il nome di Jhering –

ove altra bibl.; ID., *Sistematica e metodo del caso*, cit., 443 (che sottolinea peraltro la novità dell'opera jheringhiana, dal momento che Thöl non aveva mai raccolto in un libro i casi utilizzati nella didattica). Su ulteriori esempi del metodo casistico nella didattica giuridica dell'Ottocento tedesco, cfr. lo stesso F. TREGGIARI, *Sistematica e metodo del caso*, cit., 436 ss. (il quale ritiene comunque che tali tecniche di insegnamento avessero una portata essenzialmente strumentale, lasciando «inalterata la sostanza del sapere trasmesso», secondo un'attitudine che – confermata in Germania anche coi giuristi impegnati in questa direzione dopo Jhering, quali Stammler e Lenel – lascia emergere una considerevole distanza rispetto al modello anglo-americano e al ruolo, ben più costitutivo, che lì è affidato alla dimensione casistica).

⁶³ Sul punto già F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., XIII ss.; ID., *Sistematica e metodo del caso*, cit., 444 ss., e ora E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., 88 ss.

⁶⁴ Laddove invece l'interesse di Jhering viene sempre più concentrandosi proprio sulla *Jurisprudenz im täglichen Leben*: questo il titolo del contributo che compare nella seconda edizione dei *Civilrechtsfälle* e viene anche pubblicato in veste autonoma nello stesso 1870 (su quest'opera, fra gli altri, E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*⁴, Tübingen, 1963, spec. 657 s.). Ed è proprio sui casi raccolti in questa Appendice che ad esempio – lo ricorda lo stesso E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 15 – Filippo Serafini faceva esercitare i propri al-

non a caso indicato, all'inizio della dedica cui accennavamo, come colui «che più addentro di ogni altro contemporaneo o predecessore intese il diritto dell'antica Roma»⁶⁵ – consentiva a Gianturco di richiamare tutta una risalente tradizione, percepita come pressoché ininterrotta dai *prudentes* romani ai grandi interpreti dell'età medievale, e ancora capace di offrire spunti decisivi sul piano delle tecniche di lavoro.

Da qui l'esortazione, nella *Prefazione* all'opera in esame, di un ritorno all'antico⁶⁶: ma con espresso riferimento, in verità, all'esperienza di glossatori e commentatori ancor più che a quella dei giuristi romani. A proposito di questi ultimi, in effetti, emerge per un verso qualche fraintendimento da parte di Gianturco⁶⁷, e dall'altro una consonanza di

lievi pisani. Ma ancor più di quest'ultimo impiego della casistica jheringhiana, era la rielaborazione di quel modello nella prassi di insegnamento e ricerca da parte di Giuseppe Polignani ad apparire davvero decisiva a Gianturco, il quale scorgeva nel proprio maestro «quegli che più profondamente maturò il concetto di Jhering, e che volle farne il fondamento dell'avviamento alla pratica quotidiana dell'Avvoceria» (così in *Crestomazia*, cit., 15). Sul punto – con particolare riguardo all'ammonimento che Polignani formulava nella *Prefazione* alla sua *Sinopsi delle Pandette giustiniane*, circa la necessità di accompagnare allo studio sistematico e al lavoro esegetico l'esercizio su casi giuridici –, cfr. già F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., spec. XXI. Sul rapporto fra Jhering e Polignani, cfr. anche F. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli*, cit., 546.

⁶⁵ Altrettanto significativo, rispetto agli obiettivi perseguiti anche da Gianturco, è il prosieguo della dedica: «e nella conciliazione della scienza colla vita pose il fine ultimo e universale della giurisprudenza».

⁶⁶ Cfr. E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., spec. 8.

⁶⁷ Incline a ricostruire modalità e tecniche della formazione dei giuristi a Roma non sulla scorta delle scarse e controverse informazioni che

scelte metodiche di fondo (a cominciare dallo stesso significato attribuito alla dimensione casistica) che va forse al di là delle esplicite enunciazioni, e ci consentirà comunque di rimeditare ancora sul ruolo delle fonti romane agli occhi di un civilista italiano di fine Ottocento⁶⁸. Al momento, però, interessa soprattutto soffermarsi su quale fosse il modello «antico» cui – alla luce delle più recenti modalità didattiche sperimentate in Germania e in Italia – Gianturco intendeva

ce ne sono pervenute (si cerca ora di fornirne un quadro in E. STOLFI, *Die Juristenausbildung in der römischen Republik und im Prinzipat*, in *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, a cura di C. Baldus – T. Finkenauer – T. Rübner, Tübingen, 2008, 9 ss., spec. 13 ss.), ma sulla falsariga di quanto sappiamo per le scuole di retorica, come se fuori di esse non vi fosse modo di apprendere il *ius* e non vi fossero scritti a ciò destinati (mentre in realtà esistevano opere sia elementari che problematiche, dedicate appunto a diverse forme di raccolte e illustrazioni di casi). Cfr. E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., spec. 6, che ricorda come nelle scuole retoriche della tarda repubblica e del primo principato venissero artificialmente riprodotte «le lotte politiche forensi», in modo da ottenere «l'efficacia educativa, e l'indirizzo pratico, che fanno difetto alle scuole nostre». Tende forse a minimizzare questa sbrigativa assimilazione che Gianturco operava tra insegnamento retorico e formazione giurisprudenziale (intesa ovviamente in senso romanistico) A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., 129. Nell'interpretazione di quest'ultimo, peraltro, «il tornare all'antico» auspicato dal nostro giurista è ridotto a poca cosa («questi riferimenti [*scil.* alle scuole di retorica romane e medievali] avevano il sapore della citazione colta, non la sostanza della proposta tecnica», così A. LOVATO, *loc. cit.*): quanto verificato a proposito dei casi confluiti nella *Crestomazia* dalle antiche raccolte di *quaestiones*, e le ulteriori considerazioni che svolgeremo *infra*, § 5, inducono probabilmente, sul punto, a una maggiore cautela.

⁶⁸ Si veda *infra*, § 5.

rifarsi. Espressamente, nella *Prefazione* alla *Crestomazia*, esso è individuato nelle esercitazioni su casi che venivano svolte dai giuristi medievali, e più specificamente in quelle che prendevano la forma di *quaestiones (iuris)*.

Esse – scriveva il nostro giurista⁶⁹ – «comprendevano *casi pratici*, di cui i giovani dovevano cercare la risoluzione», e che perciò si distinguevano dalle *disputationes*, le quali «si aggiravano intorno ad argomenti di diritto controverso, ed avevano luogo fra professori e studenti, e fra i professori stipendiati e i loro *antagonisti*». La differenza fra queste due tipologie di lavoro casistico era in realtà ancora più antica e, come vedremo, appare rintracciabile (sia pure in forme non del tutto corrispondenti) già nella Roma imperiale, con due filoni di opere – appunto, *quaestiones* e *disputationes* – presenti in quella che Fritz Schulz denominava «letteratura problematica»⁷⁰.

Ma i termini in cui la contrapposizione in esame venne definendosi negli interpreti medievali dovevano risultare

⁶⁹ *Crestomazia* cit. 8. Al riguardo, cfr. già F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., XXXIII s. Sullo schema tipico delle *quaestiones* medievali, il ‘*liberaliter disputare*’ e il ‘*disputare quaestionem*’, si veda tuttavia, per tutti, M. BELLOMO, ‘*Legere, repetere, disputare*’. *Introduzione ad una ricerca sulle ‘quaestiones’ civilistiche*, in *Aspetti dell’insegnamento giuridico nelle università medievali*. I. *Le ‘quaestiones disputatae’*, Reggio Calabria, 1974, 30 ss. ove bibl. Circa la vicinanza (già segnalata da Kantorowicz) fra tali *quaestiones disputatae* e la più recente esperienza anglosassone delle ‘*moot courts*’, si veda F. TREGGIARI, ‘*Pericle e l’idraulico*’. *La formazione e la professione del giurista nelle giurisdizioni anglofone*, in *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, a cura di O. Roselli, Napoli, 2007, 170.

⁷⁰ Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze, 1968, 401 ss.

congeniali agli intenti di Gianturco soprattutto sotto un profilo. In effetti, scopo delle sue esercitazioni non era quello di impegnare i discenti su problemi di *ius controversum* di vasta portata, ma piuttosto educarli al concreto ragionamento giuridico, insegnando a lavorare sulla soluzione della singola specifica fattispecie dopo aver convenientemente acquisito non solo i dati codicistici (in virtù dello studio esegetico delle norme vigenti), ma anche le linee di fondo di un ordinamento sistematicamente ricostruito⁷¹: soltanto in que-

⁷¹ Gianturco – non diversamente dal proprio maestro Polignani: *supra*, nt. 64 – ribadiva con fermezza la necessità di entrambi questi momenti formativi, preliminari alle esercitazioni casistiche: era proprio in questa luce che riteneva insoddisfacente l'esperienza dei «Circoli giuridici» sorti a Napoli e in altri centri universitari, in cui a impersonare i vari protagonisti del confronto forense erano chiamati giovani che ancora non avevano completato la propria istruzione giuridica (si veda E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 17 s.; su questi «Circoli giuridici», e in particolare su quello partenopeo, per tutti, F. TREGGIARI, *Scienza e insegnamento del diritto*, cit., 123 ss.; ID., *Itinerari della casistica*, cit., XXV; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., spec. 128; F. TREGGIARI, *Sistematica e metodo del caso*, cit., 455 ss.; G. CIANFEROTTI, *Introduzione. Emanuele Gianturco: giuslavoristi e romanisti alla ricerca dell'identità*, in L. GAETA-E. STOLFI, *Visioni del diritto*, cit., 16; E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., 90). Nella medesima prospettiva Gianturco poteva anche respingere, per la metodologia da lui stesso suggerita, l'accusa di riproporre quanto già facevano i «casisti», ossia quei «decisionisti e causidici» che fra XVII e XVIII secolo continuarono a coltivare il genere delle *quaestiones*, ma col fine «anziché ... di servire alla scuola, ... di raccogliere le sentenze dei tribunali e venire in aiuto ai pratici» (così E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 13): ma chi gli muovesse ora quest'accusa – scriveva il nostro giurista (*Crestomazia*, cit., 18) – «mostrebbbe di aver l'intendimento corto al segno da non comprendere la profonda differenza, che corre fra chi non sa concepire, né esporre

sto modo si sarebbe superata la difficoltà dei giovani «di veder chiara la quistione da risolvere e il principio di dritto, che conviene applicare nei casi singoli»⁷². Non la disciplina in sé – norma o principio che fosse – doveva essere oggetto di discussione, ma le tecniche tramite le quali individuare quella più adatta a disciplinare i vari eventi della quotidianità giuridica, e ad essi applicarla nel modo più calzante e soddisfacente.

E tuttavia se il proposito è definito con chiarezza – e coerente con esso appare la predilezione del metodo delle *quaestiones* medievali rispetto a quello delle *disputationes* e dei «circoli disputatorii»⁷³, così come la scelta di esporre le fattispecie raccolte nella *Crestomazia* in un ordine diverso dalla successione delle materie nelle *Istituzioni*, perché un primo e non lieve impegno fosse proprio quello di ricercare «a quale istituto giuridico il caso si riferisca e quali siano i principi da applicare per risolverlo»⁷⁴ –, ipotesi come quella su cui ci siamo soffermati aiutano a comprendere come la distinzione fra *quaestiones* e *disputationes* poteva, di fatto, riuscire assai meno nitida che in teoria, e da un caso ricondotto all'ambito delle prime potevano affiorare profili, anche *de iure*, altrettanto problematici, a cominciare dall'esatta comprensione della testimonianza romana che costituiva la sola norma di riferimento. Giova peraltro precisare come nel passo di

la teoria, e se non come una raccolta di casi, e chi con questi fa la riprova della teoria e porge il più adatto mezzo di svolgimento alle facoltà analitiche e attive dell'ingegno giovanile».

⁷² Così E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 6.

⁷³ Si veda ancora E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 9.

⁷⁴ In questi termini, di nuovo, E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 16.

Paolo fosse assente – e verosimilmente non a caso – ogni traccia di *ius controversum*, e vi sia anzi rinvenibile il concorde orientamento di ben quattro *prudentes*; né difformità di posizioni giurisprudenziali antiche emergono a proposito dell'altro caso della *Crestomazia* la cui soluzione è orientata sulla scorta di frammenti del Digesto⁷⁵.

Fra i tratti che più caratterizzarono il lavoro dei giuristi romani, non è dunque la controversialità che veniva valorizzata da Gianturco, quanto piuttosto un aspetto per certi aspetti ancor più profondo e costitutivo – che nell'esperienza antica era stato certo connesso, almeno nel periodo scientificamente più fecondo, all'esistenza di *dissensiones prudentium*, ma che in realtà è rintracciabile anche prima e dopo quella stagione –, e cioè l'impianto casistico. Gianturco è certamente figlio del suo tempo, e la cultura del codice lo ha educato a riconoscere nella certezza del diritto uno dei valori preminenti⁷⁶, cui il metodo sistematico non può che gio-

⁷⁵ Si tratta – come rilevato *supra*, § 1 – del caso XXVI (cfr. E. GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 29 s.): i passi che vi vengono richiamati sono Paul. 4 *ad Sab.* D. 46.3.10 e Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.7.1: brevi testimonianze che non recano tracce (almeno immediatamente visibili) di *ius controversum*, chè anzi nella seconda di esse troviamo una citazione di Giuliano cui, con ogni probabilità, Ulpiano implicitamente aderiva.

⁷⁶ Tanto che proprio con un riferimento al «bisogno di dare certezza e stabilità al diritto privato», quale «verso la secondo metà del secolo XVIII ... era vivamente sentito in tutti gli Stati continentali di Europa», si apre la lunghissima *Prefazione* (quasi un saggio a sé stante) alla prima edizione del suo *Sistema di Diritto Civile Italiano*. Il valore in questione appare invece non assente, e talora anche rilevante (basti pensare alle finalità perseguite con le XII Tavole), ma in genere assai meno determinante e nient'affatto centrale nella storia giuridica di Roma:

vare, ricomponendo in quadri più organici una sparsa messe di istituti e di regole⁷⁷. E tuttavia il generico soddisfacimento di quest'istanza di certezza non poteva appagare il pragmatismo del nostro giurista: ed ecco allora il momento del caso, lo sguardo dell'esperto di diritto che si posa sulla materia viva degli eventi, brulicante di dettagli ora insignificanti ora ambigui ora decisivi, il sapersi muovere – come talora è stato detto per gli antichi conoscitori del *ius* – nella «selva della somiglianze»⁷⁸, e approdare così alla più congrua appli-

sul tema, fra gli altri, *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, a cura di M. Sargenti-G. Luraschi, Padova, 1987; U. VINCENTI, *L'universo dei Giuristi, Legislatori, Giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, spec. 13 ss.; L. LANTELLA-E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, 2005, 47 s. Estremamente fugaci (forse non a caso) sono gli accenni all'esperienza romana in un classico su quest'argomento, quale F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ediz. Milano, 1968, 47.

⁷⁷ La pluralità delle possibili soluzioni non doveva, nella sua prospettiva, collocarsi 'a monte' – a livello di principii e individuazione di norme, come poteva accadere nel diritto giurisprudenziale di Roma, quale sistema giuridico «aperto» (su questa nozione, per tutti, U. VINCENTI, *L'universo dei Giuristi*, cit., 73 ss.; circa le differenze tra il ragionamento del giurista in sistemi chiusi e aperti, cfr. anche ID., *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI-A. MARIANI MARINI-F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004, 30 ss.) –, ma solo 'a valle', dinanzi all'esigenza di rinvenire la disciplina più congrua per una determinata fattispecie.

⁷⁸ L'immagine, coniata per la medicina greca di età ippocratica, è di C.A. VIANO, *La selva delle somiglianze. Il filosofo e il medico*, Torino, 1985, spec. 169 ss. Vi si richiama, per un confronto col coevo sapere dei pontefici a Roma, ad esempio, A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 69 e 416, ove altra bibliografia.

cazione della previsione generale alla fattispecie concreta: e sviluppare nei giovani un eguale talento.

5. Ho già segnalato altrove⁷⁹ come questa contestuale, spiccata sensibilità verso le istanze sistematiche (sin dall'intervento programmatico del 1881 ne *Il Filangieri*)⁸⁰ e verso la casistica come occasione di perfezionamento della formazione giuridica, luogo della verità per qualsiasi metodologia del giurista (che si ridurrebbe solo a «scienza per la scienza»⁸¹, se incapace di sciogliere i nodi che di volta in volta pone la quotidianità), mi appaia cifra peculiare della produzione di Gianturco. Questa dialettica emerge già dal disegno che percorre, da un lato, la sua *Crestomazia* e dall'altro, pur incompiutamente, prima le *Istituzioni* e poi il *Sistema*⁸²: ma

⁷⁹ Cfr. E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., 65 ss., spec. 92 ss.; ID., *La civiltà lucana*, cit., 1097 ss., spec. 1113 ss.

⁸⁰ Ove peraltro si faceva riferimento anche alla possibilità di integrare e comporre insieme «il metodo sistematico e l'eseguitico», e completare entrambi con esercitazioni che avvicinasero i discenti alla prassi del diritto, proponendo loro «la risoluzione di questioni pratiche, come si usa nelle Università della Germania»: cfr. E. GIANTURCO, *Gli studi di Diritto civile*, cit., 94 s.

⁸¹ Tale, letteralmente, si configurava invece il diritto nella prospettiva di un Gian Pietro Chironi – prospettiva evidentemente inconciliabile con la posizione di Gianturco (sul punto, per tutti, P. BENEDEUCE, *Il «giusto» metodo di Emanuele Gianturco*, cit., 323 s., e G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., 182).

⁸² Cfr. *supra*, nt. 62: il *Sistema di Diritto Civile Italiano* rimarrà in realtà limitato alla sola Parte Generale e al diritto di famiglia, e la trattazione gianturchiana che conoscerà maggior fortuna presso intere generazioni di studenti e operatori giuridici, sarà quella posteriore delle più concise *Istituzioni*, edite la prima volta nel 1886 (su queste ultime, il loro

non si arresta, a mio avviso, a un aspetto estrinseco, non si riduce a mero accorgimento didattico che faciliti la memorizzazione di nozioni e la loro comprensione, in quanto proiettata sul vivido sfondo di problemi pratici⁸³. La stessa scelta di evitare ipotesi di *ius controversum* può assumere, in questa luce, una valenza assai precisa: come espressiva di un progetto di ricerca e insegnamento che vuole sempre concentrare nel caso, e nella sua peculiare logica, il fulcro dell'attenzione – senza essere ‘distratti’, per così dire, dal possibile carattere incerto e dibattuto della norma da applicare.

durevole successo e la loro autonoma fisionomia – «né un sunto del *Sistema*, né la premessa alla *Crestomazia*» –, di recente, G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., 178 ss.: diversa era la valutazione di G. CIANFEROTTI, *Emanuele Gianturco giurista pratico*, in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., 163, secondo il quale «le *Istituzioni di diritto civile* ...chiaro e ordinato commento esegetico al codice civile, scritto in “un mese appena”, riproducono letteralmente buona parte del *Sistema*»).

⁸³ Per certi versi riduttiva mi è così apparsa, al riguardo, la lettura di F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., spec. XXVII (ma cfr. anche ID., *Sistematica e metodo del caso*, cit., spec. 451 ss.; non diversa dal suo orientamento, mi sembra ora la posizione di G. CIANFEROTTI, *Introduzione*, cit., 12 ss., spec. 16 ss.: quest'ultimo tende però, a mio avviso, a considerare pressochè fungibile la contrapposizione tra ‘scientifico’ e ‘pratico’ con quella fra ‘sistematico’ e ‘casistico’, laddove anche quest'ultima dimensione era invece assunta da Gianturco come partecipe di un progetto scientifico e formativo, anche se tale da non divaricare eccessivamente astrazione teorica ed empiria del fenomeno giuridico). Più vicini all'interpretazione da me suggerita appaiono, ad esempio, P. BENEDEUCE, *Il «giusto» metodo di Emanuele Gianturco*, cit., 321 ss., e A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., 153 s.

Nel momento stesso in cui guardava alla Pandettistica e alle trattazioni sistematiche dedicate al diritto romano (in Germania come pure in Italia)⁸⁴, e ne auspicava un'applicazione nell'ambito del diritto civile, Gianturco indicava anche gli strumenti per non rimanere, per così dire, vittime della 'sistematica', imprigionati in algidi giochi di forme e in raffinate costruzioni concettuali senza riscontro nelle concrete esigenze degli uomini – o, ancor peggio, tese proprio a lasciare queste ultime senza effettiva tutela, quasi impurità da cui non far contaminare la matematica esattezza delle deduzioni giuridiche⁸⁵. Era in questo senso che avevo accennato⁸⁶ al lavoro di Gianturco come assai più vicino, sul piano metodologico, alle tecniche degli antichi *prudentes*⁸⁷ di

⁸⁴ Con particolare riguardo, soprattutto nell'ambiente napoletano, al *Sistema del diritto civile romano* pubblicato da Nicola De Crescenzo nel 1869. Su quest'ultima opera e il suo autore, per tutti, F. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli*, cit., 543 ss., 554 ove bibl.

⁸⁵ Da ultimo, menziona Gianturco tra i giuristi che più decisamente avvertirono, negli ultimi decenni dell'Ottocento, l'esigenza di avvicinare tecniche giuridiche e vita reale, G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia fra Otto e Novecento*, Milano, 2007, spec. 41, 136.

⁸⁶ Cfr. E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., spec. 93 ss.

⁸⁷ Da lui indicati, assieme agli interpreti medievali, come protagonisti di un «felice connubio della scienza colla pratica, con profonda intuizione dei rapporti intimi fra il diritto e la vita»: così in *Sistema di Diritto Civile Italiano*, I, cit., 70. Termini assai più perentori rispetto a quelli da me impiegati, in merito a «Gianturco [quale] autentico giurista italiano e vicino ai giureconsulti romani – per tendenza e per attitudine spiccatissima all'inquadramento e alla penetrazione dei casi reali, cioè della realtà concreta», si trovano (sulle orme di un giudizio già del Simon-

quanto non lo fosse, nei medesimi anni, la rielaborazione che i materiali provenienti da questi ultimi conoscevano nella scienza giuridica tedesca, che proprio dalle Pandette prendeva il nome e che ad esse poteva continuare a guardare – prima dell’entrata in vigore del BGB – quali fonti ancora vigenti (appunto, come nel titolo del *Sistema* savigniano, «diritto romano attuale»).

Non si tratta di voler descrivere, con una buona dose di campanilismo disciplinare, «l’opera civilistica di Gianturco ... quasi [come] una palingenesi delle analisi casistiche dei giuristi antichi», secondo quanto – in relazione a quelle mie pagine – ha scritto Giulio Cianferotti⁸⁸. Certo ogni studioso corre sempre il rischio di innamorarsi dell’oggetto delle proprie ricerche, e di vederne ovunque tracce ed echi, per quanto in realtà labili essi siano: ma sinceramente non ritengo, in questo caso, di essere caduto in simili eccessi, come, pur con molto garbo, sembra suggerire l’amico senese. Piuttosto, il mio intento era (ed è) quello di segnalare come, pur nel cuore di una stagione della nostra scienza giuridica in cui il modello di riferimento stava divenendo sempre più la Pandettistica, con la sua rielaborazione in chiave sistematica del diritto romano, assunto quale assetto neutro e metastorico, non mancava chi – pur fra i protagonisti della svolta che conduceva proprio verso questo nuovo vettore

celli) in L. CARIOTA-FERRARA, *Emanuele Gianturco e il diritto*, in *Aspetti Letterari. Lucania d’oggi*, Napoli, 1958, 21.

⁸⁸ *Introduzione*, cit., 10 (quest’autore, del resto, si dice affatto persuaso che, da parte di Gianturco, non vi fosse «una adesione effettiva alle pragmatiche tecniche casistiche dei giuristi romani»: *op. cit.*, 16).

di interesse⁸⁹ – si sforzava di trarre dall’esperienza antica qualcosa di diverso, e sostanzialmente più aderente alla sua effettiva realtà storica. Se può parlarsi di «attualizzazione» dei testi del *Corpus iuris* anche nell’opera di Gianturco⁹⁰, essa prendeva la forma non tanto (o almeno non solo) di un re-

⁸⁹ Rispetto a quello che nei decenni precedenti era stato rappresentato dalla Francia e dalla sua «Scuola dell’esegesi». La scena della cultura giuridica italiana di quegli anni è peraltro, come ovvio, assai più complessa, e non si lascia ricondurre unicamente a questa polarità fra modello francese e tedesco: cfr. ad esempio C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma-Bari, 1994, 162 ss., e soprattutto (nel segno di una maggiore, e proficua, problematizzazione) G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., spec. 196 ss. Per un condivisibile rifiuto di certi ripensamenti storiografici degli ultimi anni – e non solo di essi: cfr. già G. TARELLO, *La scuola dell’esegesi e la sua diffusione in Italia* (1969), ora in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 71 – che tendono a rivalutare la Scuola dell’esegesi, non vedendovi necessariamente una fase di offuscamento della scienza giuridica, ormai defilata dinanzi al primato del codice, si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 7 s., ove bibl. Circa l’avvicinarsi, nei riguardi della scienza giuridica italiana, del modello codicistico ed esegetico francese e di quello pandettistico tedesco, cfr. anche F. RANIERI, *Einige Bemerkungen zu den historischen Beziehungen zwischen deutscher Pandektistik und italienischer Zivilrechtswissenschaft: die Lehre des Rechtsgeschäfts zwischen 19. und 20. Jahrhundert*, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, 2000, 705 ss., e ID., *Die Rolle des französischen Rechts in der Geschichte des europäischen Zivilrechts oder zum Aufstieg und Niedergang eines europäischen Kodifikationsmodell*, in *200 Jahre Code civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, Heraus. von W. Schubert-M. Schmoeckel, Köln-Weimar-Wien, 2005, spec. 119 s.

⁹⁰ Lo abbiamo fatto anche noi, alla luce di una specifica pagina della *Crestomazia*: cfr. *supra*, § 2.

cupero di categorie e di segmenti di disciplina, ripensati e disposti entro assetti sistematici loro originariamente estranei, quanto della rimeditazione di una lezione di metodo, che vuole l'analisi del caso come momento più alto della formazione e dell'impegno del giurista.

Non saprei dire se in questo si esprimesse solo la stretta dipendenza che ancora legava Gianturco all'esperienza giuridica della Napoli preunitaria⁹¹, e che gli preclu-

⁹¹ Coi suoi circoli e le sue scuole private, i suoi protagonisti che erano al contempo studiosi, docenti, avvocati e uomini politici: una realtà che aveva ricevuto da Savigny una valutazione nettamente negativa, mentre più misurata era stata quella di Jhering. Su quell'ambiente, le caratteristiche che abbiamo ricordato e questi giudizi riscossi presso osservatori stranieri, si vedano ad esempio F. CASAVOLA, *Professori di Napoli 1860*, cit., 36; F. RANIERI, *Savigny's Einfluß*, cit., 195 ss.; P. BENEDUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, 1986, spec. 25 ss., 183 ss. ove bibl.; A. MAZZACANE, *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, in *L'esperienza*, cit., 20 ss.; G. CIANFEROTTI, *Emanuele Gianturco giurista pratico*, cit., 157 ss.; M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX. I. Tendenze e centri dell'attività scientifica*, Napoli, 1987, 69 ss., 99 ss.; A. MAZZACANE, *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, 79 ss.; L. MUSELLA, *Fra allievi, clienti ed elettori: gli avvocati e la politica a Napoli in età liberale*, *ibidem*, 391 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, spec. 88 ss., 315 ove altra bibl.; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., spec. 51 ss.; F. TREGGIARI, *Sistematica e metodo del caso*, cit., spec. 433 s., 455 ss.; F. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli*, cit., 543 ss., 555 ove altra bibl.; G. CIANFEROTTI, *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, in *Università e scienza nazionale*, a cura di I. Porciani, Napoli, 2001, 19 ss.; ID., *Introduzione*, cit., 31; D. CLAPS, *Emanuele Giantur-*

deva una piena identificazione con lo stile di pensiero e di lavoro proprio della Pandettistica⁹²; oppure se egli, nel mo-

co: *il politico, il giurista, il musicista*, in AAVV., *Emanuele Gianturco: l'uomo dalle molte anime*, Avigliano, 2007, 49 ss., 55. Non è da escludere che su un simile assetto culturale ancora esercitasse una significativa influenza il pensiero di Vico (di un «vichismo» di Savarese parlano ad esempio F. CASAVOLA, *Professori di Napoli 1860*, cit., 37 s.; M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea*, cit., 85 s., 96 ss.; A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., 106 s.; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., 56 ss.; a proposito dell'ispirazione vichiana percepibile in Luigi Capuano, cfr. F. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli*, cit., 546 ss., 557 ove bibl.; circa un'influenza vichiana sugli studi giuridici napoletani, ma con particolare riguardo a Francesco Filomusi Guelfi, cfr. anche G. CIANFEROTTI, *Università e scienza giuridica*, cit., 20 s. nt. 3), e soprattutto la prospettiva in cui egli guardava alla figura del giurista romano, ove erano «confusi», secondo il pensatore napoletano, «*philosophus, pragmaticus et retor*» (si sofferma sul punto, fra gli altri, G. MARINO, *Diritto principî giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Napoli, 1990, 45). Più in generale, sul giurista italiano dell'Ottocento, come al contempo «pratico e scienziato», in cui si realizza «il circuito virtuoso di vocazioni diverse e serrate in una stessa unità», cfr. P. BENEDUCE, *Il corpo eloquente*, cit., 14 ss. (le parole citate sono a p. 15).

⁹² Così che di lui si è discusso come di un giurista in cui «la pratica domina la scienza», autore di opere ove «manca soprattutto la costruzione giuridica pandettistica»: così G. CIANFEROTTI, *Emanuele Gianturco giurista pratico*, cit., 163 ss. Per qualche mia osservazione al riguardo, cfr. E. STOLFI, *Il sistema e il caso*, cit., 90 s. Più di recente, lo stesso Cianferotti (*Introduzione*, cit., 20) scrive peraltro che, «pur nei suoi limiti, il *Sistema* di Gianturco pare appartenere a pieno titolo all'indirizzo pandettistico proprio della scuola romanistica civilistica nazionale, nella linea «Serafini-Scialoja-Bonfante»» (altrove, a dimostrazione di ulteriori oscillazioni di pensiero, il medesimo studioso aveva parlato del paradigma pandettistico come «statuto scientifico accolto dai nuovi giuristi italiani», ma a partire solo dalle generazioni di Scialoja e Or-

mento stesso in cui proclamava (e almeno in parte soddisfaceva) quell'esigenza sistematica nel campo del diritto civile, ne prevenisse ogni eccesso, rintuzzandone le possibili esasperazioni teoriche alla luce di risalenti e prestigiosi modelli – da quelli romano e medievale a quanto di meglio, sul piano metodologico, poteva rinvenire nell'esperienza a lui geograficamente e storicamente più vicina. Certo è che il peculiare approccio che Gianturco riserva ai testi giurisprudenziali romani e all'impianto casistico che vi è sotteso non può essere sopravvalutato – sino a scorgervi un'inclinazione storiografica e una profondità di sguardo che i tempi e gli obiettivi stessi del nostro giurista sicuramente non consentivano –, ma neppure si lascia semplicemente ricondurre allo stereotipo dell'assoluta, «attualizzante» continuità fra lavoro romanistico e civilistico, quale in quei decenni si anda-

lando: cfr. G. CIANFEROTTI, *Università e scienza giuridica*, cit., 41 e nt. 53). Perplessità analoghe in G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., spec. 181, persuaso che «secondo Gianturco ... l'espressione "sistema" non è intesa come l'avrebbero intesa i suoi successori, e secondo il metodo pandettistico ... è intesa piuttosto come organizzazione logica della materia, come *ordine espositivo*»: ma in realtà era Gianturco stesso (cfr. *Sistema di Diritto Civile Italiano*, I, cit., 69) a scrivere che il sistema «da una parte è strumento di *esposizione*, dall'altra è strumento di *ricerca*». Notazioni condivisibili, al riguardo, in N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, cit., 37, e in ID., *L'età della decodificazione*, cit., 173 (secondo il quale in Gianturco «il metodo sistematico non è risolto in una nuova *tecnica espositiva*, ma più propriamente in una *tecnica di ricerca*: non nel semplice liberarsi dalla sequenza numerica degli articoli e dai moduli del commentario, ma in un diverso rapporto con il materiale positivo»).

va effettivamente delineando⁹³, ma che nell'ambiente napoletano conosceva forse qualche temperamento e maggiori articolazioni.

Dal primo punto di vista, è indubbio che nessuna consapevole operazione di recupero dell'effettiva dimensione storica degli antichi *prudentes* e della loro produzione può essere ascritta a Gianturco: laddove egli si faceva puro storico del diritto romano, ne scaturivano indagini improbabili⁹⁴, ed è evidente, piuttosto, l'ottica sostanzialmente strumentale con cui egli guardava al lavoro dei romanisti, i quali – egli scriveva – «dovrebbero contribuire oggidì, con dissertazione sopra argomenti di pratica importanza, a porre le fondamenta di una dottrina scientifica del nostro diritto civile»⁹⁵.

⁹³ Soprattutto nei protagonisti della scienza giuridica tedesca e poi dei loro epigoni italiani: gli uni e gli altri segnati da un'attitudine che A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento*, cit., 89, ha proposto di ricondurre alla categoria della «invenzione della tradizione», dal momento che si cercava di «far prevalere i metodi sistematici e logico-costruttivi nella scienza contemporanea» e li si proiettava nella descrizione del passato perché ne venissero a loro volta rafforzati.

⁹⁴ Come quelle – pur apparse in una sede prestigiosa – relative all'imperatrice Teodora e alla sua influenza sull'attività normativa di Giustiniano: cfr. E. GIANTURCO, *L'influenza dell'Imperatrice Teodora nella legislazione giustiniana*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda per XXV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, 1906, 1 ss.

⁹⁵ Così E. GIANTURCO, *Recensione a A. VERALLI, Procedura per sacramento nelle azioni reali e personali secondo l'antico diritto romano. – Delle 'condictiones'* (1880), ora in *Scritti vari (1880-1905)*, cit., 24. Nove anni prima, nella sua prolusione romana, Filippo Serafini aveva ritenuto «il ravvivamento degli studi di diritto romano ... indispensabile nella costruzione del tessuto giuridico del nuovo Stato nazionale». Sono le tipiche voci di quella che A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto*

Se lo studio di quest'ultimo non poteva risolversi in «scienza per la scienza»⁹⁶, ancor meno ammissibile doveva apparire a Gianturco una ricerca storico-giuridica che non producesse alcun progresso nella costruzione di soluzioni e metodi idonei per il presente, riducendosi quindi a mera erudizione antiquaria⁹⁷.

Ma anche guardando a quella dimensione casistica che abbiamo visto attrarre la sua attenzione, e rappresentare per lui, sul piano delle tecniche di lavoro, il lascito forse più incisivo dell'esperienza romana, è di nuovo evidente una qualche semplificazione e disinvoltura storica: sia (come già segnalato) con l'identificazione nelle scuole di retorica dei principali centri di insegnamento giuridico, sia nel conseguente, mancato esame di quale fosse l'effettivo ruolo attri-

romano in Italia, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 278 ss., ha definito «la romanistica “nazionale”» al lavoro nell'Italia post-unitaria.

⁹⁶ Lo abbiamo ricordato *supra*, all'inizio di questo § e nt. 81.

⁹⁷ Tale certamente non si rivelava la conoscenza del *Corpus iuris*, quando da essa era possibile trarre nozioni e prospettive di una certa originalità rispetto alle visuali allora correnti, e con implicazioni tutt'altro che neutre sul piano ideologico: è il caso – su cui insiste ora G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, Roma-Bari, 2007, 5 ss. – del problema che Gianturco, nelle *Istituzioni*, si poneva in merito alla definizione del diritto privato, e che «risolveva seguendo la tecnica trasmessa dalla sapienza tecnica dei Romani», offrendone una nozione che oggi risulta superata, ma che all'epoca si differenziava sia dall'approccio dei semplici esegeti (in quanto costruita con ambizioni sistematiche) che dalla posizione dei giusliberisti (rispetto ai quali Gianturco delineava una cesura assai meno netta fra area giusprivatistica e giuspubblicistica, considerando contenute nella prima anche talune norme di diritto pubblico).

buito all'indagine casistica (non solo nella produzione del *ius* ma soprattutto, nella prospettiva che più poteva interessare a Gianturco) nella formazione dei futuri *prudentes*. Certo non potremmo pretendere, da parte del nostro giurista, una puntuale disamina delle forme in cui si era realizzato l'insegnamento giuridico a Roma fra tarda repubblica e primi secoli del principato: tema in merito al quale le fonti tramandano notizie spesso limitate e incerte, che alla fine dell'Ottocento riscuoteva qualche attenzione quasi soltanto nella storiografia giuridica tedesca⁹⁸, e che ancor oggi è spesso affrontato, soprattutto in riferimento all'età di Cicerone, sulla falsariga di tratte interpretazioni, in larga parte risalenti a Schulz (o almeno da lui rese 'canoniche')⁹⁹. E tuttavia almeno la

⁹⁸ Si vedano ad esempio F.P. BREMER, *Die Rechtslehrer und Rechtsschulen*, Berlin, 1868; P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, Berlin, 1888, spec. 231 ss. Circa altre indagini che, nella Germania di fine Ottocento, furono dedicate al tema dell'insegnamento giuridico a Roma – ma con prevalente riguardo ai primi due secoli dell'impero, e soprattutto alla vicenda delle *sectae* –, cfr. E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 4 s. e ntt. 11 e 14, 92 s. nt. 430.

⁹⁹ Cfr. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 109 ss. Un quadro più complesso circa la formazione giuridica nell'ultimo secolo della repubblica è in F. BONA, *Il 'docere respondendo' e 'discere audiendo' nella tarda repubblica*, in *'Lectio sua'. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova, 2003, 1131 ss., spec. 1144 ss.; P. CANTARONE, *Osservazioni sullo studio del diritto nella tarda repubblica romana*, in *SDHI*, LXVII, 2001, 417 ss.; E. STOLFI, *Die Juristenausbildung*, cit., 13 ss. Si vedano anche K.M.T. ATKINSON, *The education of the lawyer in Ancient Rome*, in *South African Law Journal*, LXXXVII, 1970, 31 ss., spec. 37 ss.; J. KODREBSKI, *Rechtsunterricht in Republik und Prinzipat*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 177 ss., spec. 184 ss. (non lontano, nella sostanza, dall'interpretazione già di Schulz); D. LIEBS,

prassi, da parte dei giuristi tardorepubblicani, di dare responsi in presenza di giovani *auditores*, che proprio in tal modo potessero apprendere (o più probabilmente perfezionare la conoscenza del)la *scientia iuris*¹⁰⁰ – prassi che, a più riprese, troviamo testimoniata da Cicerone¹⁰¹ (ma non si tratta certo di formazione retorica in senso stretto) –, avrebbe potuto e dovuto interessare Gianturco, per il quale essa ben poteva assurgere a modello autorevole, assai vicino a quell'insegnamento privato in cui egli stesso si cimentò con successo, e al modello di didattica universitaria che stava adesso proponendo.

Né del resto il semplice, generico richiamo alla capacità romana di coniugare costruzioni teoriche ed esigenze

Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, ibidem, 221 ss.; M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982 (rist. 1984), 66 ss.

¹⁰⁰ Nella lettura di Schulz (*supra*, nt. precedente) era proprio tramite l'ascolto dell'attività rispondente (seguita, eventualmente, da discussioni e spiegazioni del maestro agli allievi) che il giovane aristocratico riceveva, in età tardorepubblicana, un'educazione giuridica, senza ausilio di opere o corsi istituzionali. Tuttavia, il ricorrere (verosimilmente, con un difforme significato) di verbi quali '*instituere*' ed '*instruere*' (ma anche '*docere*' e '*audire*') – quali incontriamo nell'*Enchiridion* di Pomponio, e già in alcuni passi ciceroniani –, lascia immaginare un percorso formativo articolato su più livelli, che muoveva da una fase prettamente isagogica sino all'assistenza all'elaborazione di *responsa*, e che poteva contemplare la frequentazione di maestri diversi per ciascuno stadio (fu questo, ad esempio, il caso di Labeone: D. 1.2.2.47): sul punto posso ora rinviare a E. STOLFI, *Die Juristenausbildung*, cit., spec. 18 ss., ove bibl.

¹⁰¹ Cfr. ad esempio *De orat.* 3.33.133, *Orat.* 41.142-42.143, *Brut.* 89.306; si veda anche *Pro Mur.* 9.19. Su questi testi, da ultimo, E. STOLFI, *Die Juristenausbildung*, cit., 13 ss., ove bibliografia.

della prassi, può riuscire, almeno ai nostri occhi, pienamente appagante sul piano storico e teorico. Qui il discorso del giurista lucano mostrava davvero l'empiria e l'immediatezza del suo impegno di «pratico»: era la capacità di diagnosi, il «senso giuridico» e «l'intuito clinico» che si mirava a far apprendere ai giovani con le esercitazioni e l'esempio¹⁰². Ma un caso può essere prospettato e risolto in molteplici forme (così come l'aggettivo «casistico» non sarebbe sufficiente, di per sé, a indicare la specificità di un ordinamento). Di nuovo una maggior sensibilità storica avrebbe potuto condurre a rinvenire, proprio nel mondo romano, un riscontro più puntuale, e uno dei modelli più appropriati per il programma che si stava suggerendo – sia per le modalità di configurazione delle fattispecie (che non erano rimaste certo immutate in opere quali *quaestiones*, *disputationes* o *responsa*, solo per indicarne alcune)¹⁰³, sia per la vasta gamma di tecniche di

¹⁰² Sul punto, in ripresa di una terminologia che nel commemorare il nostro giurista già impiegava Vincenzo Simoncelli, cfr. soprattutto G. CIANFEROTTI, *Emanuele Gianturco giurista pratico*, cit., 164.

¹⁰³ Circa le caratteristiche di fondo di queste e analoghe tipologie letterarie, le loro più significative espressioni e il ruolo da esse assunte nella formazione di giuristi e (poi anche) di funzionari, si vedano, fra gli altri, D. LIEBS, *Rechtsschulen*, cit., 218 ss.; P. FREZZA, 'Responsa' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 203 ss., spec. 212 ss.; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana. Parte seconda*, Milano, 1993, 450 ss.; T. MASIELLO, *Le 'Quaestiones' di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, spec. 73 ss., 165 ss.; G. NEGRI, *Appunti sulle "antologie casistiche" nella letteratura giuridica dell'età dei Severi*, in *Cunabula iuris*. *Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano, 2002, 263 ss.; A. LOVATO, *Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003, *passim*; E. STOLFI, *I 'libri disputationum' di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani*, estr. da *Rivista di diritto romano*, III, 2003, 8

soluzione, forme argomentative, principi e parametri di valutazione messi in campo¹⁰⁴.

E' evidente, peraltro, l'anacronismo di chi volesse muovere a Gianturco, e ai civilisti suoi contemporanei, l'accusa di non svolgere, attorno alle fonti giuridiche antiche, un discorso compiutamente storiografico, laddove, ancora per molti decenni, non ne furono capaci gli stessi ro-

ss. Assai interessanti le caratteristiche di *quaestiones* e *disputationes* – secondo una contrapposizione che abbiamo visto di particolare rilievo nel lavoro di Gianturco, ma da lui assunta in termini diversi, già propri degli interpreti medievali – per come recentemente ricostruite da G. NEGRI, *op. cit.*, 263: «i libri *quaestionum* raccolgono trattazioni teoriche su casi reali o fittizi con analisi e discussioni dei pareri contrari ... i libri *disputationum* sembrano contenere dibattiti derivati in prevalenza dall'insegnamento e tenuti *in auditorio*, anche se è difficile riconoscere se le dispute "*publice tractatae*" siano avvenute fra maestro e allievi o nel *consilium principis*, o di magistrati, come i prefetti del pretorio e i governatori provinciali». In particolare, sulle '*quaestiones publice tractatae*' di Scevola (che «nascono dalla scuola e alla scuola sono indirizzate»), leggibili in un *liber singularis* che l'autore considera «un'opera originale» dello stesso Scevola, si veda T. MASIELLO, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, Bari, 2003, *passim*, spec. 35 ss.

¹⁰⁴ E' un ambito che sempre più attrae l'attenzione degli studiosi, giustamente persuasi che proprio col censire e ricostruire, nella loro concretezza e complessità, le tecniche adottate dagli antichi *prudentes*, si possano davvero cogliere le peculiarità del loro sapere, e anche il senso più profondo in cui la loro analisi può conservare un valore nella formazione del giurista odierno. Al riguardo, si vedano soprattutto L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, rist. Padova, 2007, spec. 39 ss., 46 ss.; F. HORAK, 'Rationes decidendi'. *Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, *passim*; U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, cit., spec. 19 ss.; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 1 ss.

manisti. E neppure, ovviamente, può essergli addebitata un'incompiutezza o un'indecisione nel contrapporre dimensione casistica e produzione del diritto tramite norme generali e astratte: dinanzi al predominio codicistico di queste ultime – dapprima ripercorse in via esegetica, poi rilette e assemblate alla luce del sistema – l'attenzione per il lavoro casistico non voleva e poteva avere alcun intento eversivo, non costituiva un'alternativa radicale nè mirava a delineare un modello reciprocamente escludente¹⁰⁵ rispetto all'assetto in vigore, ma piuttosto a creare un temperamento nei confronti di quest'ultimo, e una dialettica al suo interno¹⁰⁶. E se

¹⁰⁵ Un sistema «aperto» che davvero riproponesse i tratti del *ius* romano e della sua giurisprudenzialità – il che avrebbe comportato, nella sostanza, un assurdo azzeramento della codificazione e dei frutti che essa aveva garantito, e un'assimilazione alla situazione che per tutto l'Ottocento, ad esempio, perdurò in Germania. Ma si tratta di un'eventualità assolutamente irrealistica, che possiamo pensare non abbia minimamente sfiorato la mente di Gianturco.

¹⁰⁶ In tal senso trovo condivisibili, ma in certa misura anche ovvie, osservazioni come quella di G. CIANFEROTTI, *Introduzione*, cit., 18, secondo il quale in Gianturco si avrebbe una completa «subordinazione del caso concreto al principio regolatore già compreso nel manuale» (ossia, aggiungerei, un principio desumibile dal codice, e quindi fissato dal giurista nella sua ricostruzione sistematica). Anche il confronto tra il ruolo assunto dal metodo casistico nella didattica giuridica, rispettivamente, di area tedesca e italiana e del mondo anglo-americano (su cui, lucidamente, F. TREGGIARI, *Sistematica e metodo del caso*, cit., spec. 440 ss.) non può non tener conto della considerevole distanza che (allora ancor più di oggi) contrassegnava questi universi giuridici – e che nel caso italiano vedeva poi l'ulteriore e ingombrante presenza del codice, rispetto alla quale diveniva ancor più difficile impostare qualsiasi discorso, di ricerca o insegnamento, legato alla dimensione del 'caso'.

è poi doveroso segnalare quanto fosse tenue la sensibilità storica di Gianturco dinanzi all'esperienza giuridica romana, e fortemente incentrata sull'esigenze dell'oggi la sua rilettura, occorre soffermarsi anche su un altro profilo cui accennavamo.

A Napoli, infatti, l'attualizzazione dei materiali giuridici antichi non passava solo tramite la strada del sistema, e quindi dei singoli istituti e contenuti normativi che – sulla falsariga dei modelli tedeschi – venissero riassettrati (e talora forzati) entro più generali e univoci quadri teorici. Possiamo anzi dire, in questa prospettiva, che il diritto romano riusciva talora ad acquisire, per i suoi studiosi più avveduti, una fisionomia propria e un'effettiva alterità rispetto al diritto civile vigente, meritevole di attenzione nell'organica pienezza del suo sviluppo, anche in quelle parti che più difficilmente potevano offrire soluzioni per le esigenze del presente. Era senz'altro così per Giuseppe Polignani (già lo segnalava, nel commemorarlo, l'allievo De Crescenzo)¹⁰⁷, ma sembrano da leggere nel medesimo senso anche certe enunciazioni di Luigi Capuano e dello stesso Nicola De Crescenzo¹⁰⁸. Proprio il primo di questi giuristi abbiamo visto esse-

¹⁰⁷ Cfr. N. DE CRESCENZO, *Giuseppe Polignani*, cit., 349 s.

¹⁰⁸ Sul punto, per tutti, A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., spec. 105 ss. ove altra bibl. Riguardo a De Crescenzo si veda però, in direzione almeno in parte diversa, F. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli*, cit., 545. Sull'esigenza, avvertita dallo stesso De Crescenzo e da Polignani, che lo studio del diritto romano avesse come fine anche quello di «dumeggiare le odierne istituzioni», si veda M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea*, cit., 210. Circa l'opposizione di Capuano a una concezione del diritto romano «come modello metastorico», cfr. anche F. CASAVOLA, *La romanistica a Napoli*, cit., 548.

re, fra gli italiani, l'interlocutore e la fonte privilegiata della *Crestomazia* gianturchiana: circostanza non casuale, che aiuta a comprendere la pluralità degli itinerari attraverso cui i materiali antichi erano rimeditati e sfruttati per la costruzione di una nuova scienza giuridica. Era la dimensione del metodo e della casistica che, in questo filone di pensiero (di cui, perciò, diviene davvero emblematica la fattispecie che ha dato inizio alla nostra ricognizione), viene più valorizzata: il piano della logica e delle tecniche, ancor più che delle soluzioni e delle norme.

Ma se questa strada – considerata l'esigua fortuna riscossa, presso le generazioni future, da tali proposte di didattica casistica¹⁰⁹ – sembrava destinata a esaurirsi nel volgere di pochi decenni, era in realtà assai incisiva, e prodiga di conseguenze, la consonanza di vedute che, in merito al significato e al ruolo del diritto romano nel quadro della scienza giuridica italiana di fine Ottocento, possiamo scorgere fra questi esponenti della scienza giuridica meridionale¹¹⁰ e quello che fu uno dei massimi protagonisti del tempo:

¹⁰⁹ Si veda in proposito soprattutto F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica*, cit., VI ss. Cfr. anche ID., *Scienza e insegnamento del diritto* cit. 136 ss.; ID., *Sistematica e metodo del caso*, cit., 451 ss. (che peraltro segnala come in Italia la fortuna del «metodo dei casi» fu senz'altro maggiore di quella del «libro di casi»); P. BENEDUCE, *Il "giusto" metodo di Emanuele Gianturco*, cit., spec. 345 s.

¹¹⁰ Segnata – secondo il giudizio di F. CASAVOLA, *Professori di Napoli 1860*, cit., 41 – da una «tradizione storicistica», tenuta viva «serbando consapevolmente intatta l'originalità del vichismo dalle influenze della Scuola Storica tedesca».

Vittorio Scialoja¹¹¹. Significativa si rivela, in particolare, la persuasione di quest'ultimo – espressa sin dalla ricordata lettera a Filippo Serafini del 1881 – che le ricerche e gli insegnamenti giusromanistici non dovessero limitarsi alla volgare individuazione e memorizzazione di brocardi spendibili nei tribunali, o a una sorta di commentario al diritto vigente (con la conseguenza di concentrarsi sulle sole parti che rivelino minori difformità rispetto agli assetti e alle soluzioni attuali)¹¹², per privilegiare piuttosto le forme del ragionamento giuridico antico, considerato ancora utilissimo e pressochè esemplare ai fini della formazione di nuovi giuristi¹¹³.

Certo non può dirsi che un simile convincimento si sia sempre tradotto, in Scialoja e nella ricca corrente di studi che egli influenzò, in coerenti scelte di metodo (chè anzi proprio attorno al carisma di quest'autore vediamo realizzarsi quella che è stata indicata come «la versione italiana del

¹¹¹ Indicazioni in tal senso sono già in A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica*, cit., spec. 138 ss.

¹¹² Col che – mi è occorso di scrivere riprendendo un paragone famoso – il diritto romano verrebbe ridotto a una sorta di scimmia, la cui dissezione nulla può dirci di interessante circa l'anatomia dell'uomo: cfr. E. STOLFI, *La genealogia il potere l'oblio*, cit., 521 ss., spec. 526.

¹¹³ Fermo restando, peraltro, che per Scialoja – critico severo di ogni «teatrino casistico-processuale» cui si dava vita nei Circoli Giuridici – l'analisi delle fonti antiche e il lavoro esegetico rimanevano comunque finalizzati, prima di tutto, al rinvenimento del principio giuridico: sul punto, 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.*, C (Suppl.), 1988, 734 ss.

diritto “romano-borghese”»¹¹⁴. E tuttavia, se prescindiamo da questi esiti (tutt’altro che marginali, peraltro, nel costituirsi dell’identità culturale italiana fra XIX e XX secolo), a me sembra che quell’idea di fondo – dietro la quale non è difficile intravedere anche il senso attribuito alle esercitazioni casistiche da un Polignani o un Gianturco – meriti di essere meditata con attenzione ancor oggi, in un tempo di grossolani e nebulosi propositi neopandettistici ed ‘euroattualizzanti’, che rischiano di compromettere la credibilità di ogni seria storiografia giuridica¹¹⁵.

¹¹⁴ Così A. SCHIAVONE, *Un’identità incompiuta*, cit., 284. Vi si richiama, di recente, anche G. CIANFEROTTI, *Introduzione*, cit., 20; cfr. altresì G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., 195 s., 440 s., e già G. CIANFEROTTI, *L’Università di Siena e la ‘vertenza Scialoja’*, cit., spec. 729 ss. Non è da escludere, peraltro, che proprio un simile orientamento abbia contribuito a quell’«invincibile scetticismo» di Scialoja nei confronti di una radicale riforma del codice, quale voluta dal regime fascista, cui il giurista collaborò, ma guardandovi come a un mero impegno di «revisione tecnica e formale»: cfr. C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica*, cit., 241 ss., nonché R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*³, Bologna, 1996, 54 ss. Su «il “paradigma” di Vittorio Scialoja» e «la svolta rinnovatrice» da lui incarnata, si veda anche M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e ‘dommatica’ moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007, 51 ss.

¹¹⁵ Affatto condivisibili, sul punto, le osservazioni di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005*, a cura di E. Stolfi, Torino, 2006, 77 ss., spec. 93 ss. Si veda ora anche E. STOLFI, *La genealogia il potere l’oblio*, cit., spec. 523 ss. e nt. 101, ove altra bibliografia (cui *adde* almeno F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, Napoli, 2007, spec. 21 ss., 59 ss.).

EMANUELE STOLFI

Straordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità
nell'Università di Siena

E-mail: emanuelstolfi@hotmail.com; stolfi@unisi.it.

ABSTRACT

Una fattispecie, alquanto problematica, prospettata nella *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico* di Emanuele Gianturco, offre l'occasione per alcune rimediazioni non solo su quest'opera, ma su un'intera stagione della (romantica-)civilistica italiana. Attenzione alla dimensione casistica e recupero di metodologie e tecniche romane e medievali, transizione dal modello esegetico a stili di lavoro più vicini alla scienza giuridica tedesca, innovazione e al contempo aderenza a una tradizione spiccatamente italiana, e napoletana in particolare (coi suoi centri d'insegnamento privato, la sua continuità fra attività scientifica e didattica da un lato e impegno forense e politico dall'altro, la persistente incidenza dell'eredità vichiana): questo e molto altro affiora sullo sfondo di un caso già prospettato da Polignani e poi incluso nell'opera che Gianturco, sulla falsariga di una raccolta jheringhiana, pubblicava nel 1884. L'esame del frammento del Digesto – di interpretazione assai discussa – indicato quale unico riferimento normativo per la soluzione di quella *quaestio*, e l'analisi del ruolo che il principio ad esso sotteso era chiamato a svolgere, consentono poi di gettare qualche luce sull'articolato rapporto (non solo 'Aktualisierung' di

istituti e regimi) che si veniva instaurando tra le fonti giuridiche antiche e la romanistica-civilistica 'nazionale' al lavoro in quei decenni: in un itinerario che, oltre a Gianturco, coinvolge Savarese e Capuano sino a Polignani e De Crescenzo (ma anche, appena più defilati, Serafini e Scialoja).