



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

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

Cecilia Messina

**Tradizione romanistica e  
principi generali del diritto.  
Vittorio Scialoja e un piccolo ‘bluff’  
di Fadda e Bensa.**

**Numero XI Anno 2018**

*[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)*





Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

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

## Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.



**TRADIZIONE ROMANISTICA E  
PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO.  
VITTORIO SCIALOJA E UN PICCOLO ‘BLUFF’  
DI FADDA E BENSA.**

**SOMMARIO** : 1. Premessa – 2. Alcune voci di un denso dibattito – 3. Il richiamo di Fadda e Bensa a Scialoja – 4. I principi generali del diritto nella prolusione camerte.

1. *Premessa*

Il rapporto tra diritto romano e diritto vigente costituisce uno dei molteplici aspetti di quel più ampio dibattito, particolarmente vivo nella seconda metà dell'Ottocento, condensatosi attorno ai principi generali del diritto<sup>1</sup>.

Come noto, con l'avvento delle prime grandi codificazioni nazionali<sup>2</sup>, il pluralismo giuridico dominato da regole e istituti

---

<sup>1</sup> «Un nodo problematico ricorrente», come scrive, ripercorrendo i tratti salienti del dibattito dottrinario che accompagnò la formulazione dell'art. 3 delle Disposizioni preliminari al codice civile del 1865, A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002, 118.

<sup>2</sup> Il processo codificatorio, come noto, coinvolse buona parte dell'Europa continentale, costringendo i giuristi a misurarsi con una nuova fonte del diritto. Per una ricostruzione delle principali tappe storiche, italiane ma non solo, si vedano almeno F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, trad. it., Milano, 1980, 146 ss.; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 82 ss.; ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998, 211 ss.; P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma del codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici:*

derivanti in modo più o meno diretto dal diritto romano ‘puro’<sup>3</sup>, scomparve per lasciare il posto al codice civile unitario. Il filo conduttore che lega questo composito scenario giuridico è essenzialmente costituito dall’esigenza di stabilire un’apposita gerarchia delle fonti del diritto<sup>4</sup>, all’interno della quale assegnare alla legge il ruolo primario, per poi collocare in funzione sussidiaria e residuale l’ulteriore materiale di natura extralegislativa<sup>5</sup>, frutto della composita tradizione previgente, romanistica<sup>6</sup> e non solo.

---

*una riflessione di fine millennio: atti dell’incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, 2002, 34 ss.; A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., 19 ss.; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*<sup>12</sup>, Roma-Bari, 2007, 114 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Roma-Bari, 2009, in particolare 52 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dalla crisi dello ‘ius commune’ alle codificazioni moderne. Lezioni*<sup>2</sup>, II, Torino, 2010, 271 ss.

<sup>3</sup> Sul significato del sintagma diritto romano ‘puro’ vedi oltre, § 4.

<sup>4</sup> Sul tema, criticamente, si vedano molteplici studi di P. GROSSI, tra cui: *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2006, 143 ss.; *Mitologie giuridiche della modernità*<sup>3</sup>, Milano, 2007, 37 ss.; *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto (Lezione dottorale tenuta presso l’Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 2007)*, Napoli, 2009, ora in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, 66 ss.

<sup>5</sup> Insiste sulle molteplici criticità di coordinamento tra il materiale giuridico previgente e il nascente codice, offrendone una panoramica non solo italiana, P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all’elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici*, cit., 285 ss.

<sup>6</sup> Sul significato di ‘tradizione romanistica’ e sui problemi storiografici connessi al suo impiego, per tutti, E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»: l’elaborazione medievale in materia di «pacta»*, in *RDR*, 2, 2002, 441 ss., ove altra bibl. Più di recente, con particolare riguardo alle sue diverse declinazioni rispetto al fenomeno delle codificazioni che si susseguirono dall’inizio dell’Ottocento, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, cit., spec. 44 ss.



A questa primaria necessità di coordinamento i legislatori nazionali risposero con le più varie soluzioni normative, sulle quali si andarono concentrando le riflessioni dei giuristi del tempo<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Si pensi, oltre ai (e prima dei) ‘principi generali del diritto’ italiani di cui all’art. 3, comma 2, delle Preleggi, alla scelta francese di omettere qualsivoglia regola interpretativa o integrativa delle lacune, definita come momento apologetico del positivismo giuridico d’Oltralpe da G. ASTUTI, *Il ‘code Napoléon’ in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, a cura di G. Astuti, G. Diurni e G. Cassandro, Napoli, 1984, 728, il quale insiste sulla assunta completezza del Code e, conseguentemente, sull’impossibilità di recuperare alcun materiale giuridico di natura extralegislativa. In senso sensibilmente diverso cfr. U. PETRONIO, *La nozione di ‘Code civil’ fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa “completezza”)*, in *Quad. fior.*, 27, 1998, 27 ss. Demitizzando la presunta completezza del codice civile e allontanandosi da ogni eventuale stretto legalismo anche F. GENY, *La Technique législative dans la Codification civil moderne (à propos du Centenaire du Code Civil)*, in *Le Code civil 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, 1904, a cura di J.L. Halperin, Paris, 2004, 1012. In termini più generali, ci offrono una ricostruzione complessiva del dibattito teorico antecedente alla codificazione napoleonica G. TARELLO, *Cultura*, cit., 82 ss.; S. SOLIMANO, *Verso il ‘Code Napoléon’: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target, 1798-1799*, Milano, 1998, 17 ss.; A. FALZEA, *‘Code Civil’ e scienza giuridica*, in *Il bicentenario del codice napoleonico. Atti del convegno. Roma, 20 dicembre 2004*, Roma, 2006, 106 ss., U. PETRONIO, *L’influenza del diritto francese in Italia dopo la promulgazione del ‘Code Civil’*, in *Dialettica tra legislatore e interprete: dai codici francesi ai codici dell’Italia unita*, a cura di L. Moscati, Napoli, 2013, 155 ss., dedicando particolare attenzione al disordine normativo, antecedente alla codificazione, che divideva la Francia meridionale rispetto alla parte centro-settentrionale. Nell’ABGB del 1811, invece, incontriamo al § 7 i principi di diritto naturale: il codice austriaco esercitò per lungo tempo una forte influenza sulla realtà italiana, quanto meno in quelle parti territoriali provenienti dalla dominazione austriaca, secondo la lettura offertaci da G. ALPA, *Saluto del consiglio nazionale forense*, in *La codificazione del diritto tra il Danubio e l’Adriatico. Per i duecento anni dall’entrata in vigore dell’ABGB (1812-2012). Atti del convegno internazionale, Trieste, 25-27 ottobre 2012*, a cura di P. Caroni e R. Ferrante, Torino, 2015, 2. Su quelle che furono le radici fondanti l’ABGB, guardando soprattutto al diritto romano

Volgendo lo sguardo, in particolare, all'Italia unificata, le esperienze codificatorie pregresse si rivelarono, per così dire, degli utili laboratori tecnici ai quali attingere nella redazione del primo codice del neonato Stato unitario<sup>8</sup>, sino a giungere alla formulazione definitiva dell'art. 3 delle 'Disposizioni Preliminari' al codice civile del 1865<sup>9</sup>. L'opera del legislatore nazionale – vera e propria *reductio ad unum* delle fonti del diritto – può essere considerata, in qualche misura, il frutto di un compromesso politico, oltre che giuridico, sintesi delle variegate correnti ideologiche che dividevano il neonato regno d'Italia<sup>10</sup>. Non è qui certo possibile soffermarsi sulle molte e delicate questioni che a tutto ciò sono connesse: basti ricordare – nell'affrontare il

---

e comune, si concentra R. WELSER, *L'ABGB un capolavoro di codificazione*, in *La codificazione*, cit., 17 ss. In particolare, sul rapporto tra diritto naturale e ABGB si veda M.R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006, 159 ss.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 147 ss.

<sup>8</sup> A tal proposito rimane fondamentale G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 Disposizioni Preliminari del Codice Civile del 1942 (Un problema di diritto costituzionale?)*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, a cura di A. Pace, Padova, 1972, 1873 ss. Come si evince dalla sua ricostruzione, per molti versi pionieristica, la formula di cui all'art. 3 delle Preleggi del cod. civ. del 1865, trovava un primo antecedente negli artt. 14 e 15 del codice Albertino, entrato in vigore il 1° gennaio del 1838, e ancor prima nel § 7 del codice austriaco del 1811. Uno sguardo complessivo ai precedenti normativi dell'art. 3 delle Preleggi del 1865, oltre che al ventaglio di opzioni tenuto in considerazione dai codificatori nazionali, è offerto da A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., 85 ss. Sul punto torna anche, tra gli altri, S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla restaurazione all'unità*, in *Il bicentenario*, cit., 76 ss.

<sup>9</sup> «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto».

<sup>10</sup> In tal senso A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., 85 ss.

particolare angolo visuale da cui sarà opportuno partire – il clima culturale in cui si mossero, all'interno di un panorama variegato,<sup>11</sup> alcune tra le figure più eminenti del tempo.

## 2. *Alcune voci di un denso dibattito*

Il richiamo ai 'principi generali del diritto' ci appare allora come una sostanziale scelta di compromesso, tesa a conciliare le diverse posizioni che si erano distinte durante i lavori preparatori<sup>12</sup>. La formula che ne emerse, tuttavia, destò non pochi dubbi, e numerosi protagonisti della scena giuridica otto-novecentesca intervennero per manifestare le proprie perplessità. Un primo

---

<sup>11</sup> Il dibattito in sede di lavori preparatori, infatti, va contestualizzato nell'ambiente politico e culturale – di stampo prevalentemente risorgimentale – dell'Italia da poco unificata. Senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi alle correnti di pensiero riconducibili a Gioberti o Rosmini, fautori di un «codice vero italiano» (così S. SOLIMANO, *L'edificazione*, cit., 78); oppure ai seguaci di Romagnosi, come Sacchi e Ambrosioli, convinti di doversi riferire al Code napoleonico come modello normativo. Su quest'ultimo punto si veda, in particolare, G. SACCHI, *Il nuovo codice italiano*, in *Ann. univ. statistica, economia pubblica, legislazione, storia, viaggi e commercio*, XLIII.1, Milano, 1860, 144 ss. Si rinvia poi a G. CALGARINI, *La legislazione e il codice civile*, in *Monitore dei tribunali*, Milano, 1860, 963 ss. per l'indicazione di altri orientamenti, maggiormente propensi a mantenere una certa continuità con la tradizione, selezionando il meglio del diritto comune.

<sup>12</sup> Per una rassegna delle posizioni maggiormente rilevanti che si manifestarono, in tema di *analogia legis e iuris*, all'interno della commissione che lavorò al codice, si veda soprattutto A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., 134 ss. Sempre utile, per l'esposizione dei profili maggiormente critici rinvenuti durante i lavori preparatori, S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle discussioni parlamentari e dai verbali della commissione coordinatrice*, I, Torino, 1887, 6.

coro<sup>13</sup>, pertanto, si levava criticamente in merito alla polisemia della formulazione di cui all'art. 3 nel suo complesso, per escludere, fra l'altro, che vi si potesse rintracciare un necessario e diretto collegamento tra i 'principi' codificati e la tradizione previgente. È del resto innegabile che la disposizione in questione si prestasse a interpretazioni disparate – dalle più tradizionaliste e conservatrici, a quelle più innovative, fautrici di posizioni legaliste e di rottura rispetto alla disomogeneità frammentaria del passato –, non essendo radicalmente incompatibile con alcuna delle possibili impostazioni riscontrabili in quei decenni.

Del resto era probabilmente proprio questo l'obiettivo perseguito dal legislatore unitario: un'espressione polisemica da consegnare agli interpreti.

Appaiono allora emblematiche le voci di certi giuristi (non romanisti ma, per lo più, civilisti), quali Francesco Saverio

---

<sup>13</sup> Sul quale torneremo oltre, § 2.

Bianchi<sup>14</sup>, Pescatore<sup>15</sup>, Pacifici-Mazzoni o Ricci – come, per questi ultimi due, vedremo meglio tra breve –, i quali testimoniano fra l'altro l'attrazione trasversale che un simile concetto ancipite (quello inserito, appunto, nelle Preleggi del 1865) suscitò nell'ambiente del tempo.

---

<sup>14</sup> La sua è una voce pressoché isolata nel contesto giuridico del tempo, in quanto favorevole al ricorso ai principi del diritto naturale per il tramite dell'art. 3, comma 2, delle Preleggi. A tal proposito si veda soprattutto F.S. BIANCHI, *Corso elementare di codice civile*, I, Parma, 1869, 11 ss., laddove il giurista restituisce un'immagine più attuale che mai dei principi di diritto naturale. La medesima visione è confermata in ID., *Principi generali sulle leggi, spiegazione delle disposizioni premesse al codice civile italiano sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale*, Torino, 1888, 16 ss. Sulla posizione di Bianchi cfr., per tutti, S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in *Jus*, 57, 2010, 227 ss. e ID., *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, 387, percependo quel duplice intento portato avanti da Bianchi, e realizzatosi attraverso il suo commentario, consistente prima di tutto nella volontà di nazionalizzare e legittimare il codice, superando però gli inconvenienti che presentava il commento articolo per articolo. Con l'obiettivo di recuperare linearità e organicità nello studio delle disposizioni codicistiche, Bianchi ci offre quello che Solimano definisce un «canone esegetico ben temperato» (S. SOLIMANO, *Tendenze*, cit., 387). Per altri giudizi sull'opera di questo giurista cfr. E. STOLFI, *Francesco Saverio Bianchi e la civilistica italiana del XIX secolo. Il suo impegno nelle Università di Parma e di Siena*, in *Jus*, 57, 2010, 212 ss, ove bibl.

<sup>15</sup> Giurista fermamente contrario alla codificazione di qualsiasi regola ermeneutica, Pescatore – componente della commissione che lavorò al primo progetto Cassinis – proponeva la soppressione dell'intero titolo preliminare, ritenendo che la fissazione di regole in merito all'*analogia legis* e a quella *iuris* non fosse compito spettante al legislatore. In tal senso si veda soprattutto M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, I, Torino, 1863, 276 ss.

Come rilevano, condensando le linee di fondo del dibattito, Solimano<sup>16</sup> e Sciumè<sup>17</sup>, al suo interno si registrano due principali orientamenti: il primo aperto a soluzioni meno fedeli al dato codicistico, con posizioni che spaziavano dall'ammissibilità del ricorso al diritto romano, come con Cattaneo e Borda<sup>18</sup>, oppure ai principi di diritto comune (in Saredo)<sup>19</sup>, e infine agli stessi principi del diritto naturale<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. S. SOLIMANO, *Tendenze*, cit., 385, con una rassegna delle posizioni maggioritarie registratesi, dalla seconda metà dell'Ottocento, all'interno dello scenario giuridico italiano, rispetto al codice civile nel suo complesso.

<sup>17</sup> A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., 19 ss.: una monografia proprio incentrata sull'art. 3, comma 2, delle Preleggi al cod. civ. del 1865 e sui dibattiti a cui dette vita tra i giuristi successivi (oltre che su discussioni e orientamenti che precedettero quella soluzione normativa).

<sup>18</sup> V. CATTANEO-C. BORDA, *Il codice civile annotato*, I, Torino, 1865, 76.

<sup>19</sup> G. SAREDO, *Trattato di diritto civile italiano*, Firenze, 1869, 43 ss.

<sup>20</sup> F.S. BIANCHI, *Corso*, cit., 11 ss. Si veda più tardi, riconducendo i principi di diritto naturale all'interno dell'art. 3, comma 2, delle Preleggi del 1865, anche G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto: prolusione al corso di Filosofia del Diritto letta il 13 dicembre 1920 nella R. Università di Roma*, in *AG*, 85, 1921, 49 ss.

Diversa posizione, invece, era assunta da alcuni civilisti, come Pacifici-Mazzoni<sup>21</sup> e Francesco Ricci<sup>22</sup>, i quali vedevano nell'art. 3

---

<sup>21</sup> Si veda E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1865, 50 ss., secondo il quale, introducendo nel Codice, in via indiretta, elementi appartenenti a un passato ormai non più vigente, si sarebbe sovvertita la stessa gerarchia delle fonti del diritto che si era venuta a stabilire, svalutando inevitabilmente l'opera legislativa, nonché la sua cogenza. Occorre però non estremizzare o fraintendere la posizione di Pacifici-Mazzoni: non è che egli rinnegasse radicalmente la tradizione; anzi ne riconosceva a suo modo l'importanza, attribuendole tuttavia un ruolo come sola *ratio scripta*. Per un quadro sulla personalità scientifica di questo giurista cfr., tra gli altri, G.P. CHIRONI, *L'opera di Emilio Pacifici-Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia*, in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, 1914, 77 ss.; P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quad. fior.*, 5-6, 1976-77, ora in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 439 ss.; S. SOLIMANO, *Tendenze*, cit., 381 ss.; G. CHIODI, voce *Emilio Pacifici-Mazzoni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (d'ora in poi *DBGI*), a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone e M.N. Miletti, 2, Bologna, 2013, 1479 ss. Sulle sue *Istituzioni di diritto civile italiano*, di recente, M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura del codice civile in Italia tra Otto e novecento*, Roma, 2012, 113 ss.

<sup>22</sup> Quella seguita da Ricci era una chiara finalità di nazionalizzazione e legittimazione del codice, esortando gli italiani a concentrarsi e riflettere sulla nascente esperienza giuridica unitaria, spiegando (in tono critico) come si dovesse «studiare noi stessi anziché gli altri»: così F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, Firenze, 1876, 8. Seppure nel caso in questione l'autore stesse commentando il Codice di procedura civile italiano del 1865, nell'introduzione esponeva un pensiero valevole, nei medesimi termini, non solo per il codice di rito: non rinnegava né rifiutava la possibilità di guardare a esperienze giuridiche straniere per ricavarne spunti ed eventuali insegnamenti; tuttavia un simile approccio non poteva andare, a suo avviso, a scapito della formazione di una scienza giuridica autenticamente italiana. Premesse indispensabili per affrontare, l'anno seguente, il tema – per noi centrale – dei principi generali del diritto. In merito, Ricci riteneva che con l'espressione di cui all'art. 3, comma 2, delle Preleggi, il legislatore italiano si riferisse al solo diritto positivo vigente. Si rinvia a F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, I, Torino, 1877, 26 ss., ove, analizzando l'applicazione giurisprudenziale dei

disp. prel. un riferimento ai soli principi dell'ordinamento positivo vigente, senza alcun richiamo, neppure mediato, a elementi esterni al dato legislativo codificato<sup>23</sup>.

Il panorama si fa ancora più ricco, quanto meno per certi aspetti, se volgiamo l'attenzione verso quei giuristi che, a cavallo tra Otto e Novecento, indirizzavano la propria riflessione al rapporto tra principi generali del diritto e diritto romano<sup>24</sup>. È proprio questo il tema di fondo in cui si iscrive lo specifico dibattito sul quale intendo concentrarmi.

Si tratta di un itinerario estremamente composito, di cui potremo qui richiamare solo alcuni passaggi. Il tratto comune di questi giuristi però è sostanzialmente uno (operante sul piano dei motivi ancor più che dei risultati): determinare il ruolo da attribuire – qualora se ne intraveda qualcuno – al diritto romano, nella sua dimensione operativa o di indiretta vigenza, nel contesto giuridico codificato<sup>25</sup>.

---

principi di diritto, egli selezionava solo quelle sentenze che impedivano il ricorso al diritto romano come fonte suppletiva, risolvendo il problema, come già anticipato, entro una prospettiva chiaramente positivistica.

<sup>23</sup> In tal senso anche S. SOLIMANO, *Tendenze*, cit., 386 ss.

<sup>24</sup> Per un primo quadro bibliografico, utile a inquadrare il problema nell'ambito della scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento, si vedano almeno P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fior.*, 20, 1991, 388; P. CARONI, *Il codice*, cit., 285 ss.; P. CAPPELLINI, *Il codice*, cit., 34; P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici*, cit., 587; C. LATINI, *L'araba fenice. Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 35, 2006, 596 ss.; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in *Quad. fior.*, 39, 2010, 153 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, cit., 237 ss.; M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 40, 2011, 721 ss.

<sup>25</sup> A tal proposito, oltre ad A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., soprattutto 131 ss., si veda F.P. CASAVOLA, *Diritto romano tra passato e futuro*, in *Il diritto romano nella*



In tal senso il dibattito di cui ripercorreremo alcune voci – quello, cioè, inerente al possibile richiamo al diritto romano in sede di *analogia iuris ex art.* 3 disp. prel. – si colloca, dal punto di vista storiografico, a cavallo fra due fenomeni ampiamente (ma separatamente) indagati dagli studiosi: l’elaborazione attorno ai ‘principi generali’ fra Otto e Novecento<sup>26</sup> e il ruolo assunto dalla romanistica nella fondazione di una scienza giuridica nazionale<sup>27</sup>.

Una precisazione merita poi il materiale testuale cui più occorrerà di fare riferimento in queste pagine, costituito prevalentemente da prolusioni: veri e propri documenti programmatici ove venivano dibattuti alcuni dei temi più caldi e dei problemi di metodo più delicati<sup>28</sup>.

---

*formazione del giurista, oggi*, Roma, 1989, 161 ss. ove l’autore tratteggia il valore assunto dal diritto romano (anche) per i giuristi del nostro periodo, ponendone in risalto il carattere di indispensabile ausilio alla comprensione di istituti e principi moderni. Partendo dalla medesima prospettiva cfr. anche ID., *Dal diritto romano al diritto europeo*, Napoli, 2006, 35 ss.

<sup>26</sup> Tra i numerosi lavori sul punto, si vedano almeno A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., 38, 42 ss., 110 ss., soprattutto 224 ss.; S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003, 41 ss., 272 ss.; C. LATINI, *L’araba fenice*, cit., 540, 647 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2006, 148 ss.; ID., *La cultura*, cit., 224 ss.; S. SOLIMANO, *Tendenze*, cit., 381 ss.

<sup>27</sup> Uno sguardo complessivo, circa itinerari e protagonisti della romanistica ‘nazionale’ tra Otto e Novecento viene offerto da M. TALAMANCA, *Un secolo di “Bullettino”*, in *BIDR*, 91, 1988, 16 ss., 113 ss.; A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 280 ss.; M. TALAMANCA, *La romanistica italiana tra Otto e Novecento*, in *Index*, 23, 1995, 165 ss.; E. STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell’Ottocento alla prima guerra mondiale*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, 2016, 9 ss. ove altra bibl.

<sup>28</sup> Si trattava, infatti, di un genere letterario scelto dagli studiosi per «delineare programmi di metodo e ... prospettare visioni panoramiche della ricerca scientifica»: così G. SANTUCCI, «*Decifrando scritti che non hanno nessun potere*». *La*

Si tratta di un genere letterario, il cui esempio più rilevante – per il tema di cui si sta discutendo – è rappresentato dalla prolusione di Filippo Serafini<sup>29</sup> pronunciata il 25 novembre del

---

*crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia*, cit., 2016, 72. Sul punto cfr. già A. SCHIAVONE, *Un'identità*, cit., 280 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico: 1860-1950*, Milano, 2000, 40 ss. Significativi i tre volumi in cui sono raccolte alcune tra le prolusioni più importanti pronunciate tra Otto e Novecento: *Le prolusioni dei civilisti (1873-1899)-(1900-1935)-(1940-1979)*, Napoli, 2012.

<sup>29</sup> Sui tratti di fondo della sua esperienza e personalità scientifica si rinvia per primo ad E. SERAFINI, *Filippo Serafini*, in *AG*, 58, 1897, 507 ss.; poi, per una ricognizione sulla sua attività scientifica cfr. anche B. BRUGI, *Le opere minori di Filippo Serafini.*, in *AG*, 68, 1902, 159 ss.; L. LANDUCCI, *Filippo Serafini*, in *AG*, 85, 1921, 9 ss. Evidenzia il taglio fortemente attualizzante degli studi di Serafini, connettendo l'analisi delle fonti antiche al diritto vigente, M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., 14 ss.; nonché ID., *La romanistica*, cit., 163 ss. Questo tipo di approccio, tuttavia, non rendeva Serafini indifferente ai nuovi problemi che il progresso poneva dinanzi al giurista, così come osserva P. GROSSI, *Scienza*, cit., 40 ss. Nell'ambito di una bibliografia non direttamente e unicamente dedicata a Serafini, per ulteriori cenni alla sua biografia scientifica e al ruolo da lui assunto nella scienza giuridica italiana, importante A. SCHIAVONE, *Un'identità*, cit., 280 ss., che definisce la prolusione del giurista considerato come «il manifesto programmatico per la rinascita degli studi romanistici in Italia». Insiste anche sul punto altresì L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 16: per mano di Serafini, infatti, sarebbe avvenuta quella delicata fase di «conversione della giusciviltistica italiana al metodo storico e sistematico proprio della Pandettistica tedesca». Sugli anni pisani di Serafini e sul clima culturale che attorno alla sua figura si andò costruendo in quella sede si può rinviare a L. PASSERO, *La facoltà giuridica pisana negli anni Ottanta dell'Ottocento*, in *St. Sen.*, 119, 2007, 322 ss. Si vedano inoltre E. STOLFI, voce *Serafini Filippo*, in *DBGI*, 2, Bologna, 2013, 1850 ss. ove altra bibl. G. MECCA, *Manuali di scienze giuridiche, politiche e sociali. Letteratura universitaria e insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, in *Non bramo altr'esca. Studi sulla casa editrice Barbèra*, a cura di G. Tortorelli, Bologna, 2013, 184 ss.; F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al 'Lehrbuch des Pandektenrechts' di B. Windscheid*, Torino, 2016, 107 ss.

1871<sup>30</sup>, con il suo accorato invito al recupero della tradizione romana e romanistica e il suo impiego ai fini della costruzione di una scienza giuridica nazionale. Un invito al quale non rimasero affatto indifferenti svariati giuristi a lui coevi e successivi. Mi riferisco soprattutto a Buonamici<sup>31</sup>, con le ‘leggi romane’ da lui

---

<sup>30</sup> Mi riferisco alla nota prolusione romana, pronunciata nel 1871 in occasione della chiamata a ricoprire la cattedra di Diritto romano presso l’università di Roma ‘La Sapienza’. Essa è riprodotta in F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, Roma, 1872, ora in *Opere minori. Parte prima*, Modena, 1901, 201 ss. Il filo conduttore che legava il complesso giuridico pregresso al diritto vigente era da lui considerato più attuale che mai: non si trattava di un’attenzione semplicemente storicistica verso l’antico, bensì dell’ingresso dello stesso (*in primis*, ovviamente, del diritto romano) nel vivo dell’esperienza giuridica del suo tempo. Il diritto veniva presentato come «estrinsecazione della vita di un popolo», e di ogni epoca – in quanto avvinta indissolubilmente al passato – era rilevato che essa «comprende in sé un elemento tradizionale sì da avere una essenza necessaria e insieme libera»: così alle pp. 204-205 della prolusione.

<sup>31</sup> Sulla sua figura nel complesso si veda C. SPADA, voce *Buonamici Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani* (d’ora in poi *DBI*), 15, Roma, 1972, 128 s.; E. SPAGNESI, voce *Buonamici Francesco*, in *DBGI*, 1, Bologna, 2013, 360 s. In particolare, si concentra sul suo sforzo di definire, nell’ambito della sua produzione scientifica, i limiti dell’art. 3 delle Preleggi del 1865. S. SCHIPANI, *Sull’insegnamento delle Istituzioni*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, 153 s. Sull’originalità del pensiero di Buonamici, affrancando la sua figura da quella di Serafini, si veda F.P. CASAVOLA, *Breve appunto ragionato su profili romanistici italiani*, in ‘*Sodalitas*’. *Scritti in onore di A. Guarino*, VIII, Napoli, 1984, 4143. L’autore è individuato come fedele continuatore del metodo propugnato da Del Rosso in E. SPAGNESI, *La sezione legale dell’istituto di Studi superiori fiorentino, la Società dei nomofili, e un progetto degli allievi di Federigo Del Rosso*, Roma, 2005, 185 ss. Torna in argomento ID., *L’insegnamento del diritto al “modo pisano” (1861-1945)*, in *Ann. St. Univ. It.*, 14, Bologna, 2010, 72 ss. Cfr. anche P. BENEDUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra ‘800 e ‘900*, Napoli, 1990, 148 s.; ID., *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell’Italia liberale*, Bologna, 1996, 18 s., 226 ss., ove viene contestualizzata la figura di

considerate oggetto di implicito richiamo implicitamente richiamate mediante l'art. 3 delle Preleggi<sup>32</sup>; o alla incisive parole impiegate da Brugi<sup>33</sup> e Scialoja<sup>34</sup>, in occasione del VII 'Congresso

---

Buonamici nell'ambiente giuridico italiano del tempo, tra scienza e pratica. Inoltre, circa il ruolo da lui svolto nell'ambito accademico pisano, si veda L. PASSERO, *La facoltà*, cit., 327 ss.

<sup>32</sup> Nel senso che «il gius romano supplisce al Codice nei casi dell'art. 3 come ratio scripta ... Sicuramente la ratio scripta non è legge positiva, come sopra dicemmo, ma è somma autorità che si avvicina al diritto, ossia un quasi diritto ... Non s'impone come legge, ma tutte le volte che il legale si trova nelle circostanze indicate dall'art. 3 e in una legge romana incontra il principio generale, o astratto o applicato, può invocarlo con sicurezza»: così in *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione detta dal Prof. F. Buonamici nella R. Università di Pisa il dì 23 novembre 1876*, Pisa, 1877, 38 s.

<sup>33</sup> Sui tratti di fondo della sua complessa personalità scientifica, tra i molti, A. COLETTI, voce *Brugi Biagio*, in *DBI*, 14, Roma, 1972, 491 ss. Assai utili, tratteggiando la vastità degli interessi e la varietà degli argomenti trattati da Brugi, risultano gli studi di G. MARINO, *Gli scritti di Biagio Brugi*, in *Index*, 16, 1980, 265 ss.; ID., *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, 1986, 1 ss.; ID., *Biagio Brugi e il "metodo storico" nella determinazione dei principi del diritto*, in *Index*, 16, 1988, 299 ss. Si vedano altresì, M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., 113 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità*, cit., 282 ss.; M. TALAMANCA, *La romanistica*, cit., 170 ss. In relazione al ruolo svolto dalle scienze politiche e sociali, come elemento caratterizzante il metodo dell'autore, si rinvia a F. TREGGIARI, *Enciclopedia e "ricerca positiva"*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. Mazzacane e P. Schierrà, 29, Bologna, 1990, 163 ss. M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in *Quad. fior.*, 30, 2001, 361 ss., che definisce Brugi come un giurista la cui identità «si svolge su diversi livelli di settori scientifici e, per quanto riguarda quello giuridico, su diversi registri disciplinari» (p. 362). Da ultimo, cfr. A. MASI, voce *Brugi Biagio*, in *DBGI*, 1, Bologna, 2013, 342, oltre che E. STOLFI, *Studio*, cit., 14 ss. ove altra bibl.

<sup>34</sup> Circa la figura e l'apporto di Scialoja – non solo in merito al nostro tema, in virtù del ruolo decisivo da lui assunto rispetto all'intera scienza giuridica italiana fra Otto e Novecento – avremo modo di tornare *infra*, ai §§ 3 e 4.

giuridico nazionale’ tenutosi a Roma nell’ottobre del 1911<sup>35</sup>. Ma non tutti, ovviamente, si erano espressi nei medesimi termini, offrendo riflessioni più velate, difficilmente inquadrabili in un indirizzo univoco. Si pensi alla critica di Giuseppe Salvioli<sup>36</sup>, sintetizzata nel discorso inaugurale tenuto presso l’Università di Palermo nel 1884<sup>37</sup>; o al complesso ruolo del diritto romano (nella sua duplice veste di materiale giuridico inattuale, la cui utilità –

---

<sup>35</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi del diritto romano in relazione col diritto moderno, VII Congresso giuridico nazionale (Roma-ottobre 1911)*, Roma, 1911, 3 ss., sul quale torneremo *infra*, al § 4.

<sup>36</sup> Su di lui si vedano P. COSTA, *Il “solidarismo giuridico” di Giuseppe Salvioli*, in *Quad. fior.*, 3-4, 1974-1975, spec. 462 ss.; G. ALPA, *La cultura*, cit., 224 ss. Si concentra sulla posizione assunta da Salvioli rispetto al diritto romano G. CRIFÒ, *Sul contributo dei giuristi allo studio del mondo antico*, in *Ann. Macerata*, n.s. 1993-1994, 549. Cfr. altresì, A. MANTELLO, *“Il più perfetto codice civile moderno”. A proposito di BGB, diritto romano e questione sociale in Italia*, in *SDHI*, 62, 1996, 357 ss.; M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e “dommatica” moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007, spec. 47. Evidenzia la versatilità di questo giurista – studioso non solo di diritto – F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioli*, in *Il contributo*, cit., 417 ss. Da ultimo cfr. N. VESCIO, voce *Salvioli Giuseppe*, in *DBGI*, 2, Bologna, 2013, 1777 ss., ove bibl.

<sup>37</sup> Critica accesa e incondizionata in G. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Palermo, 1890, 11 ss.; ID., *La teoria storica di Marx*, in *Riv. Sociol.*, 9, 1895, 181 ss., identificando il diritto romano come il primo nemico delle classi lavoratrici meno abbienti. Dai toni più cauti ID., *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano (20 dicembre 1884)*, in *Il circolo giuridico*, 16, 1884, ora in *Le prolusioni*, 1, cit., 179 ss. Ciò che emerge dalla sua prolusione, infatti, è un preciso monito rivolto prima di tutto agli interpreti, la cui attenzione non doveva più essere rivolta soltanto al nucleo romanistico più risalente, ma ampliata e arricchita di ogni componente storica, linguistica e normativa, cui doveva essere riconosciuta eguale importanza nella ricerca giuridica. Inoltre (e questo è il punto qui maggiormente rilevante) il diritto romano, nella sua incontestata importanza storica, era presentato nella sua prolusione quale componente non della sola cultura giuridica italiana, bensì della legislazione nazionale.

tuttavia – risultava ancora spendibile nell'affrontare scientificamente l'ordinamento codificato)<sup>38</sup> delineato da Pietro Bonfante<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> «Il diritto romano, l'eredità più veneranda dell'antica civiltà ... ha, si può dire, due storie: l'una entro l'antico popolo nel quale sorge e si sviluppa, accompagnandone l'espansione e riflettendola nella felice evoluzione degli istituti primitivi; l'altra nel mondo moderno, cui si impone per la grandezza del suo nome e la signorile ricchezza ed elasticità delle sue forme»: così si esprimeva Bonfante, nell'ambito di uno dei contributi maggiormente rilevanti per il tema di cui si sta trattando – concentrandosi sul rapporto tra diritto romano e principi generali (P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, 1). Cfr. anche ID., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, 1 ss. Si consideri poi, come costante del pensiero bonfantiano, il collegamento tra il «carattere organico e vivo» degli istituti di diritto e la storia, intesa come «scienza naturalistica e non come disciplina letteraria»: così ID., *Storia del diritto romano*<sup>4</sup>, I, Roma, 1934, 13. Si veda inoltre ID., *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto (Prolusione letta nella R. Università di Parma il 23 gennaio 1895)*, in *Temi veneta*, 20, 1895, ora in *Le prolusioni*, 1, cit., 901 ove, ribadendo un auspicato ampliamento delle funzioni ermeneutiche del giurista, Bonfante individuava proprio nel diritto romano quell'indispensabile contributo, pratico e teorico, che avrebbe dovuto fornire un ausilio decisivo nel momento interpretativo. E infatti, si legge chiaramente che «il diritto romano non ebbe mai forse un'epoca in cui più che nella presente potesse esercitare una influenza benefica e una virtù rigeneratrice nel pensiero» (ID., *La giurisprudenza*, cit., 901). Infine, cfr. ID., *Il metodo naturalistico nella storia del diritto (Prolusione, Roma, 1917)*, in *Le prolusioni*, 2, cit., 1616 ss.

<sup>39</sup> Su questa complessa figura di studioso si vedano almeno L. RAGGI, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *RISG*, 90, 1955-56, 571 ss.; L. CAPOGROSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 1 ss.; ID., *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma, 1994, 260 ss.; ID., voce *Bonfante Pietro*, in *DBGI*, 1, Bologna, 2013, 292 ss. ove altra bibl. Cfr. anche A. MANTELLO, *Per una storia della giurisprudenza romana. Il problema dei 'miscelliones'*, Milano, 1985, spec. 192 s.; A. SCHIAVONE, *Un'identità*, cit., 287 ss.; M. NARDOZZA, *Tradizione*, cit., 25 ss.

Di segno opposto erano invece le posizioni di alcuni giuristi (per lo più civilisti, il cui pensiero emerge, più che da prolusioni, da trattati e manuali), come – oltre al già menzionato Pacifici-Mazzoni – Emanuele Gianturco<sup>40</sup>, Chironi<sup>41</sup>, Nicola Coviello<sup>42</sup> e Nicola

---

<sup>40</sup> Si veda soprattutto E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1889, 14 ss.

<sup>41</sup> Mi riferisco in particolare a G.P. CHIRONI-L. ABELLO, *Trattato di Diritto Civile italiano. Parte generale*, I, Torino, 1904, 23 ss.

<sup>42</sup> Il riferimento è a N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, 1915, 85 ss.

Stolfi<sup>43</sup>: tutti fautori<sup>44</sup>, in merito al nostro tema, di una visione considerata prevalentemente prettamente legalista<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. N. STOLFI, *Diritto Civile. Parte generale*, I, Torino, 1919, 68 ss.

<sup>44</sup> Nel complesso, in merito a questi giuristi, si vedano, per il primo, F. TREGGIARI, *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 40, 1986, 1235 ss.; ID., *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, 83 ss.; 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. Con una introduzione di Giulio Cianferotti*, Avigliano, 2007, 65 ss.; E. STOLFI, *'Quaestiones iuris'. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *TSDP*, 1, 2008, 1 ss. ove altra bibl. Sul secondo, F. VASSALLI, *Giampietro Chironi*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 365 ss.; M. CARVALE, voce *Gian Pietro Chironi*, in *DBI*, 25, Roma, 1981, 46 ss.; P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, 383 ss.; G. ALPA, *La cultura*, cit., 182 ss. G. CAZZETTA, voce *Chironi Gian Pietro*, in *DBGI*, 1, Bologna, 2013, 529 ss. Sul terzo, A. ASCOLI, *Nicola Coviello*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 1913, 471 ss.; F. CARNELUTTI, *Nicola Coviello*, in *Riv. dir. comm.*, 11, 1913, 1, 730 ss.; P. GROSSI, *Scienza*, cit., 7 ss.; F. BOSETTI, *Nicola e Leonardo Coviello e la nuova scienza del diritto civile in Italia*, Avigliano, 2005, 23 ss.; G. ALPA, *La cultura*, cit., 179 ss.; M. NARDOZZA, *Manualistica*, cit., 114 ss.; C. LATINI, *"El espíritu egoísta de aquél derecho". Nicola Coviello y la ciencia jurídica italiana entre individualismo y solidarismo*, in *REDS*, III.1, 2013, 148 ss. Sul quarto, P. BENEDEUCE, *La volontà*, cit., 32 ss.; G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quad. fior.*, 40, 2011, 781 ss.; M. SABBIONETTI, voce *Nicola Stolfi*, in *DBGI*, 2, Bologna, 2013, 1917 s.

<sup>45</sup> Ricorrente in questi giuristi è la considerazione – espressa o implicita – del diritto romano come «fonte mediata» del diritto (E. GIANTURCO, *Istituzioni*, cit., 20). In realtà, nel trattare dell'art. 3 delle disp. prel. – e difendendo la «tradizionale visione legalista ... sicuro terreno positivo da cui non allontanarsi» (così G.P. CHIRONI-L. ABELLO, *Trattato*, cit., 23) – già i 'principi generali' venivano ricondotti alla categoria delle «fonti mediate» (IID., *Trattato*, cit., 23) del diritto, la cui caratteristica principale è quella di esprimere forza obbligatoria non in sé considerate, ma solo se espressamente richiamate dal legislatore (nei medesimi termini N. COVIELLO, *Manuale*, cit., 85 ss.; N. STOLFI, *Diritto*, cit.,



Tra queste voci eterogenee, spicca per complessità e ricchezza il contributo offerto da Fadda<sup>46</sup> e Bensa<sup>47</sup>, mediante le annotazioni alla traduzione delle *Pandette* di Windscheid<sup>48</sup>.

È appunto delle loro riflessioni che ci si intende occupare, anche se il quadro che si è appena tentato di rievocare, sia pure per sommi capi, costituisce la premessa indispensabile per comprendere il contesto in cui si colloca l'apporto di Fadda e Bensa<sup>49</sup>.

---

617 ss.). La tradizione previgente, rientrando anche solo come 'retroscena giuridico' tra i principi di diritto (N. COVIELLO, *Manuale*, cit., 87), diveniva – in realtà – una fonte 'doppiamente mediata'.

<sup>46</sup> Sulla sua figura, nel complesso, si rinvia a V. ARANGIO-RUIZ, *In memoria di Carlo Fadda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1955, 603 ss.; R. BONINI, *I romanisti e il I libro del codice civile*, in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, 1973, 174 ss.; P. MAROTTOLI, voce *Carlo Fadda*, in *DBI*, 44, Roma, 1994, 128 ss.; M. TALAMANCA, *La romanistica*, cit., 167; S. SOLIMANO, voce *Fadda Carlo*, in *DBGI*, 1, Bologna, 2013, 813 s. Da ultimo, F. FURFARO, *Recezione*, cit., 237 ss.

<sup>47</sup> Su di lui (uno dei non molti civilisti del tempo che non si formò in studi romanistici) per tutti, M. ROTONDI, *Paolo Emilio Bensa*, in *RIFD*, 8, 1928, 546; A. AGNELLI, *Bensa Paolo Emilio*, in *Noviss. dig. it.*, 2, Torino, 1958, 373; P. CRAVERI, voce *Paolo Emilio Bensa*, in *DBI*, 8, Roma, 1996, 575 s.; F. DE MARINI AVONZO, *Paolo Emilio Bensa tra Digesto e Codice civile*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 431 ss.; di recente, C. LANZA, voce *Bensa Paolo Emilio*, in *DBGI*, 1, Bologna, 2013, 218 ss.; F. FURFARO, *Recezione*, cit., 237 ss.

<sup>48</sup> Per qualche orientamento circa la personalità scientifica di Windscheid basti qui il rinvio a E. LANDSBERG, voce *Windscheid Bernhard*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (d'ora in poi *ADB*), 43, Leipzig, 1898, 424 ss.; F. KRÄMER-DIETHARDT, *Bernhard Windscheid*, in *Noviss. dig. it.*, 20, Torino, 1965, 1085; F. WIEACKER, *Storia*, cit., 144 ss.

<sup>49</sup> Vasta è l'attenzione che la traduzione annotata di Fadda e Bensa ha suscitato nel corso del tempo, così come emerge da M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., 90 ss.; ID., *La romanistica*, cit., 167 ss.; P. GROSSI, *Scienza*, cit., 43 ss. Più di recente,

### 3. Il richiamo di Fadda e Bensa a Scialoja

Occorre adesso soffermarci sul volume primo<sup>50</sup> della traduzione annotata di Fadda e Bensa, e più specificatamente sul pensiero di Scialoja che vi è citato, riportato come tendenzialmente conforme all'impostazione dei due autori.

In realtà, come verificheremo, a risultare problematica è proprio la piena sintonia fra la posizione di Fadda e Bensa rispetto all'orientamento di Scialoja. Quella che ai nostri fini rileva è la nota dei due giuristi al § 23 del Primo libro del *Lehrbuch* di Windscheid<sup>51</sup>, dove l'autore tedesco si occupava di lacune, antinomie e analogia<sup>52</sup>.

Prima di tutto, onde evitare di attribuire impropriamente a Fadda e Bensa una posizione esclusivamente legicentrica, si noti il punto di partenza dal quale i due studiosi prendono le mosse:

---

con una monografia dedicata al tema in questione, F. FURFARO, *Recezione*, cit., 1 ss.

<sup>50</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette. Prima traduzione italiana sola consentita dall'Autore e dagli Editori, fatta sull'ultima Edizione Tedesca dagli avvocati Prof. Carlo Fadda dell'Università di Napoli e Prof. Paolo Emilio Bensa dell'Università di Genova, Arricchita dai traduttori di note e riferimenti al Diritto Italiano vigente*<sup>8</sup>, I, Torino, 1930 (prima edizione 1902-1904), 11 ss.

<sup>51</sup> Gli autori si accingevano ad affrontare la discussa terminologia dell'art. 3<sup>2</sup> delle Preleggi al cod. civ. del 1865. La portata dell'articolo menzionato si prestava a divenire «realmente nodale per la comprensione del legame tra interpretazione giudiziale e costruzioni dottrinali pandettistiche», alle quali forniva (almeno ipoteticamente) un aggancio normativo. Più ampiamente, l'art. 3 delle Preleggi assumeva un'importanza fondamentale per determinare l'equilibrio dei rapporti tra potere legislativo, giudiziale e apporto dottrinale. Così, da ultimo, F. FURFARO, *Recezione*, cit., 419.

<sup>52</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 18 ss.

«La legge non può prevedere tutti i casi possibili: né compito di savio legislatore è il perdersi nella casistica delle distinzioni e suddistinzioni, o lo affannarsi a prevedere casi fuor dell'ordinario. Quando egli crede di aver tutto preveduto e a tutto provveduto, la vita, colle sue sempre varie ed incessanti vicende, s'incarica di disilluderlo»<sup>53</sup>.

Si può notare fin da subito la consapevolezza che Fadda e Bensa esprimevano riguardo al problema delle lacune del diritto e all'inevitabile incompletezza dell'ordinamento positivo. Ed è proprio qui che si inseriva il ruolo della tradizione più risalente, come discusso e variabile strumento di ausilio per la risoluzione dei casi che erano rimasti privi di espressa regolamentazione nel Codice. In questi termini poi i due giuristi rispondevano all'interrogativo principale:

«Dovremmo forse con questi principi generali del diritto intendere richiamato il diritto romano o comune? Vi fu chi sostenne ciò ... Ma, a buon diritto, contro questa opinione si è pronunziata la maggior parte dei nostri scrittori ... Già vi osta la legge stessa. Ci vuole molta buona volontà a intendere per diritto romano i principi generali»<sup>54</sup>.

Il voler riconoscere nel diritto romano una sorta di vigenza metastorica, come sostenuto non di rado, era dunque, ad avviso di Fadda e Bensa, una conclusione del tutto anacronistica rispetto alla realtà del proprio tempo. Nella loro prospettiva, guardare la tradizione romanistica come qualcosa di potenzialmente in auge (sia pure in via indiretta, o mediata) sarebbe stato un errore culturale prima ancora che giuridico.

Sulla base di una simile premessa, il passo successivo era uno e inevitabile: l'approdo a un'interpretazione restrittiva dell'art. 3.

---

<sup>53</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 18.

<sup>54</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 21.

Il fondamento della posizione sostenuta da Fadda e Bensa non risiedeva in teorie dottrinarie, bensì – come loro stessi evidenziavano nel passo appena riportato – nei dettami del legislatore: si trattava dell’art. 48 delle Disposizioni Transitorie<sup>55</sup>. Ed è necessario soffermarsi sul punto per qualche istante. Dal momento che cessava di avere forza, per abrogazione espressa, tutto ciò che non fosse stato codificato o dal codice stesso richiamato, i due giuristi escludevano in radice la vigenza (anche solo mediata) di ogni sistema – generale o speciale – normativo antecedente e differente dal Codice, compresi il diritto romano e quello comune. Il senso autentico della disposizione, in una simile visione, era colto nella volontà di escludere l’efficacia della tradizione romanistica previgente dall’intero campo delle relazioni inerenti al diritto privato, senza mantenere dunque in vigore il diritto romano per i casi non previsti dalla legge<sup>56</sup>. La formula di cui all’art. 3 delle Preleggi, nella lettura di Fadda e Bensa, ad assumere maggiore chiarezza con l’aggiunta di un aggettivo: «principi generali del diritto italiano»<sup>57</sup>.

A ben vedere, i toni con cui i due giuristi si esprimevano a proposito della *analogia iuris* sono ben lontani dalle teorie più fedeli

---

<sup>55</sup> Art. 48 disp. att. al cod. civ. del 1865 (pubblicate il 30 novembre 1865): «Nelle materie che formano oggetto del nuovo Codice, cessano di aver forza dal giorno dell’attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali; come pure gli usi e le consuetudini, a cui il Codice stesso espressamente non si riferisca».

<sup>56</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 21. Del medesimo avviso, tra gli altri, N. COVIELLO, *Manuale*, cit., 85; N. STOLFI, *Diritto*, cit., 617. In senso contrario cfr., a titolo esemplificativo, S. GIANZANA, *L’enfiteusi nel passato e nel presente: se, venduto il fondo, rimane al concedente l’azione personale contro l’enfiteuta originario*, Torino, 1887, 14 ss.

<sup>57</sup> Con questa espressione i due autori intendevano riferirsi al sistema positivo nazionale, comprensivo delle «massime ivi contenute». Non si trattava quindi di «principi vaghi, indefiniti, ma certi e determinati»: così A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 21.

alla tradizione: non solo a quelle più legate all'esperienza pregressa – si pensi, come accennato, a Buonamici o Serafini –, ma anche (e questo è il punto) a quelle maggiormente problematiche e più sensibili alle novità determinate dall'assetto codificato vigente, tra cui quella di Scialoja.

E allora, esposta per sommi capi la visione di questi due autori, è il momento di vedere in che termini venga da loro richiamato proprio Scialoja, per poi domandarci se una simile riproposizione si riveli pienamente aderente all'autentico pensiero dell'autore citato.

*«Conviene partire, osserva molto bene il Prof. Vittorio Scialoja, dalle disposizioni delle leggi, ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà, per dirla con Aristotele, come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente, e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto»<sup>58</sup>.*

Queste parole provengono dalla nota prolusione camerte dello Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*<sup>59</sup>. È interessante, in primo luogo, ricordare il passaggio della traduzione annotata in cui ne viene inserito il richiamo. Fadda e Bensa si stavano ponendo il problema di come concretamente determinare il contenuto dei principi generali del diritto, mantenendo certezza e definitezza giuridica, in linea con la concezione prevalentemente legalista sposata. Ed è proprio a questo punto che essi invocavano la prolusione di Scialoja, decidendo di appellarsi all'espressione da quest'ultimo impiegata per individuare il *modus operandi* migliore per riempire di contenuto la formula dell'art. 3. Sin qui, niente sembrerebbe discordante, specie se si pensa alla posizione

---

<sup>58</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 21.

<sup>59</sup> Si veda in effetti V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Ann. Camerino*, 15, 1880, ora in *Le prolusioni*, 1, cit., 102.

preminente che Scialoja già ricopriva nella cultura giuridica del tempo e, conseguentemente, all'autorevolezza della citazione: il più saldo punto di appoggio che i traduttori potevano rinvenire nella dottrina a loro coeva.

Il problema, o per lo meno il dubbio che si desidera insinuare nella lettura, è che quello compiuto da Fadda e da Bensa sia un richiamo non del tutto coerente con le premesse teoriche rispettivamente portate avanti dai tre giuristi. Ma procediamo per gradi.

Nella prolusione scialojana si legge anzitutto che:

*«Nell'articolo si parla di principii (generali) di diritto, con la qual cosa si esclude tutto ciò che non è diritto»<sup>60</sup>.*

Allora il punto è: il diritto («puro»<sup>61</sup>, come poco dopo lo Scialoja lo qualificherà) e il «diritto italiano» dei due traduttori sono esattamente la stessa cosa? Si intende alludere al medesimo complesso giuridico? Si tratta di interrogativi di non semplice soluzione.

Infatti, seguendo il percorso teorico di Fadda e Bensa, il metodo inerente l'art. 3, comma 2, delle Preleggi sembrerebbe il medesimo proposto dallo Scialoja, e identico il complesso normativo cui i principi generali si riferiscono.

Si tratterebbe, in sostanza, della medesima concezione del diritto. Ed è proprio questo il punto che – a mio parere – vacilla dinanzi a una più attenta analisi della questione. Indispensabile sarà allora rivolgersi direttamente alla prolusione camerte, mettendo per

---

<sup>60</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 102.

<sup>61</sup> Su questa nozione si veda soprattutto M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, soprattutto 39 ss. ed E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti nell'interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia*, 48, 2014, 86 nt. 98.

un momento da parte la rilettura che della stessa viene proposta dai traduttori di Windscheid.

Ma soffermiamoci ancora per un momento sull'annotazione di Fadda e Bensa e volgiamo l'attenzione verso un ulteriore interrogativo, che i due giuristi si pongono, di non scarsa importanza per il tema di cui si sta discorrendo: è possibile ricorrere in Cassazione<sup>62</sup> per impugnare una sentenza per contrarietà con i principi generali del diritto<sup>63</sup>?

Una simile questione sorgerà, evidentemente, quando ci si trovi dinanzi a un vuoto di tutela non colmabile mediante ragionamento analogico. Ci si domanda, quindi, se sia possibile fare ricorso, in sede giudiziaria, ai principi di diritto, dotandoli di contenuto normativo specifico e, più in particolare, se per il loro tramite sia lecito far valere un principio tratto dal diritto romano<sup>64</sup>. In effetti, Fadda e Bensa riconoscono che una pratica non infrequente era proprio quella di citare come violati i principi desumibili da testi del *Corpus iuris*. Ed è qui allora che si inserisce il risvolto fondamentale della questione, più direttamente connesso alla tradizione romanistica e alla sua nuova valenza nell'ordinamento codificato. Se si accettasse *sic et simpliciter* la possibilità di far valere in Cassazione la violazione di un principio risalente al diritto romano, i principi generali del diritto comporterebbero, o almeno consentirebbero, in sostanza, un

---

<sup>62</sup> Per una ricostruzione storica dell'*iter* che ha portato all'istituzione delle prime Corti di Cassazione si vedano, tra gli altri, M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, 12 ss.; M. MECCARELLI, *Le corti di Cassazione nell'Italia unita: profili sistematici e costituzionali della giurisprudenza in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, 20 ss.

<sup>63</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 26.

<sup>64</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 26.

richiamo alle fonti romanistiche<sup>65</sup>. Ma Fadda e Bensa sono chiari al riguardo:

*«È una pratica in sè illegale, quella appena prospettata, e non ci peritiamo di affermare che il ricorso dovrebbe essere dichiarato nullo in tali casi, quando non vi fosse un testo positivo indicato. Il diritto romano non è per noi legge: dunque non si può ricorrere per la semplice violazione di esso»<sup>66</sup>.*

Che quel diritto antico non fosse più vigente era una constatazione ormai del tutto pacifica, sulla quale non è il caso di indugiare ulteriormente; è invece interessante notare la prosecuzione del discorso, legato alla possibilità di qualificare il diritto romano come strumento integrativo, sia pur in riferimento a casi alquanto specifici:

*«È innegabile che il nostro codice civile s'ispira largamente a' principi del diritto romano. Il legislatore italiano, pur avendo presente sempre per modello il Codice Napoleone, ha saviamente continuato il movimento di ritorno alle tradizioni patrie, iniziato dal Codice Albertino. Certi istituti sono governati da disposizioni tolte alla lettera dal diritto romano. Quando noi ci troviamo in uno di questi casi, il ricorso al diritto romano come supplemento è non solo opportuno, ma obbligatorio»<sup>67</sup>.*

Già da questo breve cenno si nota subito come il tono della riflessione giuridica dei due giuristi muti e si precisi ulteriormente rispetto a quanto rilevato in precedenza.

Infatti, Fadda e Bensa chiariscono che il diritto romano rileva solo se e in quanto tradotto in norme e principi del Codice (gli unici che, formalmente, possono essere invocati); tuttavia l'appiglio attraverso il quale la tradizione più antica può fare ingresso nel

---

<sup>65</sup> In tal senso G. ALPA, *I principi*, cit., 369.

<sup>66</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 27 s.

<sup>67</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 28.



sistema vigente è proprio l'art. 3 delle Preleggi. Ecco allora che questa disposizione, con il suo richiamo ai principi generali di diritto, assume una connotazione ancor più decisiva a seconda che il Fadda e il Bensa la valutino come mera disposizione in materia di *analogia iuris*, o piuttosto come previsione cui fare riferimento in sede di ricorso in Cassazione. Ma dopo una simile premessa, i giuristi ridimensionano immediatamente la portata delle loro affermazioni, specificando ulteriormente in che modo debba inserirsi ed essere richiamato il diritto romano:

*«Nei casi in cui il richiamo ai principi romani è lecito, dovrà però ritenersi che i testi romani non si citano come leggi positive, ma per ragione del loro contenuto, e, naturalmente, sempre in relazione all'art. 3 spesso ricordato»<sup>68</sup>.*

Prima di tutto il ricorso al diritto romano sarà possibile solo quando non si porrà in contrasto con altri e diversi principi del sistema italiano vigente, ai quali va pertanto riconosciuta assoluta precedenza<sup>69</sup>. Inoltre, un ricorso effettuato citando direttamente una 'legge' romana non sarebbe mai stato ammissibile in Cassazione, dovendo necessariamente fare riferimento anzitutto all'art. 3 delle Preleggi, come norma strumentale di riferimento e, ancor di più, alla norma del Codice in cui si ritrova un'eco o una proiezione del principio (già romano). A ben vedere, i principi generali del diritto assumono una connotazione potenzialmente differente, meno rigorosamente legalista, rispetto a quanto affermato in tema di interpretazione, e su questo si esprimono in termini abbastanza chiari i due autori. Dopo aver negato una simile apertura nella prima parte del § 23 delle loro note al Windscheid,

---

<sup>68</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 28.

<sup>69</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 28.

mostrandosi pienamente e perfettamente «positivi»<sup>70</sup>, l'esame circa l'errore del ricorso per Cassazione, per il tramite dei principi generali del diritto, muta (almeno parzialmente) la prospettiva. Ciò che era stato in radice escluso, fa nuovamente ingresso nel sistema giuridico moderno utilizzando e commentando l'art. 3 sotto una luce differente<sup>71</sup>.

Certamente, – e appare utile sottolinearlo – quello effettuato da Fadda e Bensa (in tema di ricorso per Cassazione) è un richiamo ai 'principi romani', e non a specifiche soluzioni di casi direttamente tratti dai passi del *Digesto*; si tratterà sempre di principi propri dell'ordinamento giuridico dello Stato, seppur – e non è cosa di poco conto – derivanti in modo più o meno diretto dalla tradizione romana e romanistica.

Appare allora lecito domandarsi – in termini quasi provocatori – se la posizione giuridica sostenuta da Fadda e Bensa sia davvero e integralmente legalista, così come essi stessi sembrano sostenere nella prima parte delle loro annotazioni.

#### 4. *I principi generali del diritto nella prolusione camerte*

Tornando a questo punto alla riproposizione del pensiero di Scialoja entro le note di Fadda e Bensa, è il momento di spostare l'attenzione – direttamente e integralmente – sulla prolusione camerte. Scialoja parte dal presupposto che il diritto sia un fenomeno complesso non sintetizzabile nel solo assetto

---

<sup>70</sup> F. FURFARO, *Recezione*, cit., 441.

<sup>71</sup> Ancora sul ricorso per Cassazione per il tramite dei principi di cui all'art. 3 – e in senso favorevole a una ultrattività del diritto romano – F. BUONAMICI, *Dell'uso*, cit., 38 ss. In senso diametralmente opposto E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., 91 ss.

legislativo<sup>72</sup>. Il contenuto minimo del diritto positivo è frutto del comune consenso, e pertanto «mutevole col mutar»<sup>73</sup> di quest'ultimo. In definitiva, Scialoja tenta di collegare il fenomeno giuridico alla società<sup>74</sup> e, per dare valore alla volontà del singolo nel processo attraverso cui sorge la regola di diritto, inserisce il richiamo al diritto romano. In particolare egli ricollega i concetti di *ius* e di *consensus* a quello di *consuetudo*<sup>75</sup>: la consuetudine, infatti, intesa in questo caso come la somma delle volontà dei singoli individui, è il modo più diretto e visibile con cui si esprime la coscienza popolare. Qui, dopo essersi richiamato a Cicerone<sup>76</sup>, Varrone<sup>77</sup> e Ulpiano<sup>78</sup>, Scialoja giunge alla conclusione per cui il diritto è «il portato di più volontà»<sup>79</sup>, e proprio per questo continuamente variabile, non riassumibile nel semplice dato positivo. Ed è entro i limiti di questa composita costruzione che si svolge l'attività dell'interprete, il quale, nel continuo mutare degli

---

<sup>72</sup> Infatti, andando ben oltre il binomio legge-Stato, e dopo un breve cenno alla Scuola Storica, l'autore sostiene che il diritto si svolge armonicamente con le condizioni della società, fonte primaria delle norme; in seguito, l'attenzione del giurista si indirizza verso una visione prettamente individualistica della comunità in cui «certe regole generali» si presentano come «condizioni per la concessione» della tutela richiesta. Così V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 86.

<sup>73</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 86.

<sup>74</sup> In tal senso M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 36.

<sup>75</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 85.

<sup>76</sup> Cic. *de rep.* 1.25: *populus ... iuris consensu et utilitatis communione sociatus.*

<sup>77</sup> Varr. *l.l.* 9.2: *Alia enim consuetudo populi universi, alia singulorum, et de ieis non eadem oratoris et poetae, quod eorum non idem ius. Itaque populus universus debet in omnibus verbis uti analogia et, si perperam est consuetus, corrigere se ipsum, cum orator non debeat in omnibus uti, quod sine offensione non potest facere, cum poeta transilire lineas impune possit. Populus enim in sua potestate, singuli in illius: itaque ut suam quisque consuetudinem, si mala est, correggere debet, sic populus suam. Ego populi consuetudinis non sum ut dominus, at ille meae est.*

<sup>78</sup> Tit. Ulp. 1.4: *mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.*

<sup>79</sup> Così M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 37.

eventi, è il solo in grado di «discernere quale sia la parte del diritto destinata a durare e quale sia transitoria»<sup>80</sup>.

Troviamo quindi significativi riferimenti a una nozione del dato giuridico che ci porta a condividere la lettura formulata, tra gli altri, da Massimo Brutti<sup>81</sup>, nel senso di una definizione complessa e ampia di diritto, propria della visione scialojana, non riducibile pertanto al solo sistema legislativo vigente. Infatti, alla luce della mutevolezza incessante del diritto, non facilmente (e prontamente) recepitibile dal dato codicistico, il complesso normativo si presenta come un *unicum* di tradizione romanistica e innovazione, il cui avvicinarsi è da analizzare partendo dalle esperienze giuridiche più remote sino al proprio presente.

Ma la visione del giuridico, da parte di Scialoja, non si arresta qui: infatti sono definite come ‘puro diritto’<sup>82</sup> anche le sentenze delle Corti di Cassazione, nonostante la difficile funzione nomofilattica da esse perseguibile, data la molteplice presenza di Tribunali supremi sul suolo nazionale dell’epoca<sup>83</sup>. Infine – ed è qui il punto fondamentale – ‘puro diritto’ sono gli stessi principi generali cui fa riferimento l’art. 3 delle Preleggi.

---

<sup>80</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 100.

<sup>81</sup> M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in *BIDR*, 105, 2011, 54 ss.; poi in ID., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 39 ss. Si vedano anche E. STOLFI, voce *Vittorio Scialoja*, in *Il contributo*, cit., 399 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, spec. 22, 36 ss.; E. STOLFI, *Giuristi*, cit., 85 ss.; ID., *Il principio di equità*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furguele, Napoli, 2015, 530 ss. In senso difforme, interpretando il pensiero di Scialoja in termini di stretto legalismo, cfr. P. GROSSI, *Scienza*, cit., 43 ss., 104 ss.; ID., *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, Napoli, 2011, 34.

<sup>82</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 102.

<sup>83</sup> Insiste sul punto (in connessione con la visuale dell’equità illustrata da Scialoja) E. STOLFI, *Il principio*, cit., 530.

Appare quindi chiaro come il punto nevralgico della questione – il solo che ci permette di chiarire la posizione del giurista – è dato proprio dal sintagma ‘puro diritto’, tutt’altro che di semplice definizione.

Proprio a tale vaghezza terminologica, sono dovute (probabilmente) alcune raffigurazioni di Scialoja in termini di ‘legalista’ o ‘statualista’<sup>84</sup>, che lo allontanerebbero sensibilmente dal quadro entro cui, viceversa, lo stiamo ora collocando. Infatti, l’impiego di una simile espressione va inserito nel tentativo dello stesso autore di definire il concetto di diritto positivo: non riassumibile, a suo avviso, nelle sole disposizioni codicistiche, dovendo includere piuttosto la stessa tradizione e quindi «l’ininterrotta catena di principi e di regole che rimontava fino a Roma»<sup>85</sup>.

Con ciò non si vuole disconoscere *in toto* una componente legalista, per certi versi innegabile nella prolusione camerte, quanto piuttosto inquadrarla in un più complesso disegno di politica del diritto che va oltre la semplice codificazione<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Si veda ad esempio il giudizio, già ricordato, P. GROSSI, *Scienza*, cit., 43 ss. Si veda anche L. SOLIDORO MARUOTTI, ‘*Aequitas*’ e ‘*ius scriptum*’. *Profili storici*, in *Ann. Camerino*, 1, 2012, 207 ss.; EAD., *Tra morale e diritto*, cit., 36 ss. Ulteriore bibl. in E. STOLFI, *Giuristi*, cit., 86, nt. 98.

<sup>85</sup> Così E. STOLFI, *Giuristi*, cit., 7.

<sup>86</sup> Infatti, tra le preoccupazioni avvertite da Scialoja doveva esservi senz’altro la necessità di salvaguardare la «precaria coesione dello Stato unitario» e quindi anche dello stesso codice civile da esso prodotto; ogni possibile forza disgregante veniva valutata alla luce di questa più vasta concezione, ivi compresa l’equità e ogni elemento non propriamente (o direttamente) positivo. Così E. STOLFI, *Giuristi*, cit., 399. Ma, in termini più generali, la salvaguardia dell’unità giuridica italiana fu interesse trasversale e largamente diffuso negli ambienti giuridici del tempo. L’unificazione delle fonti del diritto appariva come un fenomeno di razionalizzazione ed evoluzione dell’Italia unita, indipendentemente dalle correnti dottrinarie che si andavano profilando.

Il sintagma menzionato ('puro diritto') esprimeva lo sforzo di Scialoja di isolare l'elemento giuridico rispetto ad altri sistemi direttivi, recuperando e isolando l'autonomia del primo<sup>87</sup>. Il problema, manifestato nella stessa prolusione, era distinguere il diritto da ogni ulteriore elemento non definibile come tale; senza dubbio, in questo tentativo di delimitazione, lo sguardo si volgeva prima di tutto alla legge dello Stato, e tuttavia il diritto di un popolo era avvertito come un fenomeno più complesso, «altro rispetto alla sola lettera legislativa e fortemente condizionato dai principi della sua tradizione»<sup>88</sup>.

Nel determinare il contenuto dei 'principi generali del diritto' il giurista rimanda espressamente a un ragionamento di tipo induttivo, chiamando in causa complesse «generalizzazioni»<sup>89</sup>: astrazioni che devono guidare nell'interpretare la disposizione codicistica. Partendo (indubbiamente) dal diritto positivo, si procederà per gradi, muovendo dal particolare verso il generale. Richiamando a proprio sostegno l'*Etica Nicomachea* di Aristotele (alludendo ai suoi passaggi relativi all'*epieikés*, ossia all'«equo»), Scialoja invita a ragionare come avrebbe fatto il legislatore se solo si fosse pronunciato sul caso rimasto privo di disciplina; e tuttavia simili considerazioni devono essere sempre rapportate al concetto di 'diritto puro' con cui si confronta lo stesso giurista. È questo appunto il quadro teorico su cui si innesta il passo riportato da Fadda e Bensa.

---

L'opera legislativa, infatti, consegnava un diritto «espressivo dell'Italia come comunità di lingua e di cultura, come riconoscimento di garanzie fissate in principii immutabili»: così G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011, 37. Sul punto cfr. anche, tra gli altri, S. SOLIMANO, *Tendenze*, cit., 381 ss.

<sup>87</sup> M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 42.

<sup>88</sup> E. STOLFI, voce *Scialoja Vittorio*, cit., 398 ss.

<sup>89</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 102.

Viene da domandarsi, allora, se il ‘diritto italiano’ a cui a loro volta fanno riferimento i due traduttori sia così ampio e composito come ciò che veniva indicato dal sintagma scialojano. Al di là di certe forzature linguistiche, appare innegabile che l’espressione «sistema positivo nazionale»<sup>90</sup>, usata da Fadda e Bensa, non sia perfettamente sovrapponibile al ‘puro diritto’ della prolusione dello Scialoja.

I due traduttori, nel riferirsi all’art. 3 disp. prel., non individuano altro che il sistema giuridico vigente in quel momento, senza alcun influsso o commistione con alcune delle componenti (in particolare proprie della tradizione romanistica) non direttamente derivanti dall’assetto legislativo. I principi cui essi alludono, sono le «massime»<sup>91</sup> derivanti dallo stesso ordinamento giuridico positivo (ossia iscritte nel codice medesimo, in modo più o meno diretto ed esplicito): ricavabili attraverso quel processo induttivo a proposito del quale si richiamano a Scialoja.

I principi generali di diritto di quest’ultimo, invece, sono il frutto di un processo mentale di induzione che trae le basi non solo dal dato codicistico, bensì da quel diritto configurato in termini ampi e compositi, comprensivo della tradizione e della innovazione, a cui era fatto riferimento nella prolusione<sup>92</sup>.

Si tratta dunque, in definitiva, di due visioni non propriamente sovrapponibili. Ed è verosimile che, nel richiamare un’impostazione tanto autorevole, Fadda e Bensa avessero inteso enfatizzare quanto coincideva coi propri orientamenti, lasciando invece sullo sfondo – semplicemente taciuto – quanto vi era inconciliabile.

---

<sup>90</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 22.

<sup>91</sup> A. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 22.

<sup>92</sup> In tal senso M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 42.

Da segnalare inoltre, per determinare con maggiore consapevolezza il pensiero scialojano e, quindi, il modo in cui esso era richiamato nelle annotazioni a Windscheid, il rapporto tra i principi generali del diritto e l'equità<sup>93</sup>. Quest'ultima, nella visione scialojana, non si contrappone al diritto positivo, ma anzi riceve un riferimento normativo implicito nelle Disposizioni Preliminari. È questo uno dei punti nevralgici della sua riflessione sull'equità. Si tratta infatti di ipotesi in cui, mancando l'esplicito richiamo del legislatore, il giudizio equitativo viene recuperato per il tramite dell'art. 3 delle Preleggi. E per evitare fraintendimenti con il puro arbitrio giudiziale, Scialoja si premura di specificare ulteriormente la nozione di equità da lui accolta, separandola da ogni ulteriore elemento eccessivamente indeterminato. Infatti, posta una regola giuridica, mediante la 'valvola' in questione non potrà di certo permettersi al giudice di richiamare, nel caso concreto, vaghi sentimenti di pietà o di moralismo, ricadendo altrimenti (e di nuovo) in quella incertezza dal giurista rifuggita<sup>94</sup>.

Pertanto, questo nuovo e raffinato concetto di equità, accolto dallo Scialoja, non si distingue dal 'puro diritto', finendo per essere ricompreso in esso, tradotto in disposizioni normative e reso immanente all'ordinamento. La valutazione che verrà quindi operata dal giudice, alla luce di queste precisazioni, gli consentirà di apprezzare e stimare tutti gli elementi giuridici rilevanti nel caso

---

<sup>93</sup> Per alcuni interventi entro questo dibattito sull'equità si vedano per esempio C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in *Temi veneta*, 28, 1878, 445 ss.; A. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, in *Riv. filosofia e scienze affini*, 3, 1903, 160 ss. Nella storiografia più recente cfr., in particolare, A. SCIUMÈ, *I principi*, cit., 118 ss.; C. LATINI, *L'araba fenice*, cit., 596 ss.; G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della Grande Guerra al Codice di procedura civile*, in *Quad. fior.*, 37, 2008, 259 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, cit., 32 ss.

<sup>94</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 98.



concreto, senza per ciò solo inserire nel ragionamento interpretativo alcunché di incerto e rischioso<sup>95</sup>.

L'equità così intesa non diventa altro che una regola di diritto in forza della quale il caso potrà essere valutato e risolto. L'assonanza con la più antica visione aristotelica, allora, si chiarisce ancor di più<sup>96</sup>.

E, senza dubbio, Scialoja non si riferisce al giudizio equitativo come a un momento creativo della norma giuridica, bensì come direttiva ermeneutica che, nei casi in cui porti a interpretazioni abrogatrici o modificative del dato legislativo, non farebbe altro che precedere una scelta implicitamente compiuta dallo stesso legislatore<sup>97</sup>.

Ma al di là del concetto di 'equo' accolto dallo Scialoja, sul quale non è il caso di soffermarci oltre<sup>98</sup>, emblematico è il fatto che

---

<sup>95</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 99.

<sup>96</sup> Si noti peraltro che, nella visione aristotelica, l'equità presenta una portata differente a seconda che ci si riferisca alla *Rettorica* o all'*Etica Nicomachea*. Solo nel primo caso, infatti, l'equità assume una diretta funzione correttiva, e in connessione al momento interpretativo: il riferimento è non a una fonte del diritto, bensì 'a un criterio di interpretazione della norma giuridica' oltre che 'correttivo' della legge scritta. Nel secondo testo, invece, l'*epieikés* è in funzione esclusivamente integrativa del *nómos*, che è universale e, pertanto, può presentare lacune senza alcuna colpa del legislatore. In tal senso si veda V. FROSINI, *Nozione di equità*, in *Enc. dir.*, 15, Milano, 1966, 71 ss. ed E. STOLFI, *Il principio*, cit., 528, nt. 20 ove altra bibl.

<sup>97</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., 100.

<sup>98</sup> Basti ricordare come il dibattito sull'equità venga da Scialoja risolto in termini ben precisi. Egli rifiuta la dicotomia *ius-aequitas*: il secondo termine acquista rilevanza solo in quanto sia immanente e connesso al primo. Infatti, ogni criterio assiologico non espressamente recepito dal sistema positivo vigente non potrà influire sull'interpretazione. Non si tratta, però, di un rifiuto del concetto di equità in ogni sua possibile declinazione: Scialoja, infatti, rifugge solamente quella particolare forma che si risolve in un precario e instabile sentimento individuale, potenzialmente disgregante. A ben vedere, il suo rifiuto

l'art. 3 venga presentato (anche) nel suo rapporto con l'equità, e non solo come semplice espressione di massime tratte dal dettato codicistico, nonostante l'autore non abbandoni mai il nesso con il diritto positivo.

Più in generale, occorre notare che il richiamo alla prolusione camerte non si attaglia perfettamente al quadro complessivo delineato dai due traduttori di Windscheid. Infatti, come è stato già accennato, il diritto romano e quello comune erano stati espressamente e irrimediabilmente abrogati dall'art. 48 disp. att.: pertanto, individuare un richiamo anche solo vago e indiretto alla tradizione nella formulazione dell'art. 3 sarebbe stato, secondo l'esplicito orientamento di Fadda e Bensa (almeno nelle sue prime battute, come verificato), decisamente inaccettabile. I principi cui i due giuristi alludono risiedono nello stesso ordine giuridico moderno, e non altrove: nessun bagaglio culturale e giuridico concorre a determinarne il contenuto<sup>99</sup>. La preoccupazione dei due autori, nel trattare dell'art. 3 disp. prel., si concentra nel tentativo di individuare un metodo *ad hoc*, sufficientemente certo e sicuro, attraverso il quale poter trarre i principi in funzione integrativa. Ed è proprio a questo che è rivolto il richiamo a Scialoja e al suo ragionamento induttivo di ascendenza aristotelica. Rimane, tuttavia, la sostanziale dissonanza creata dalla adozione di un medesimo metodo in connessione a due premesse teoriche profondamente diverse. Infatti, seppur sempre di ragionamento induttivo si tratti, Scialoja ha come primo referente il 'puro diritto', comprensivo di una serie composta di elementi, tra cui il diritto romano e la tradizione che ne è discesa; viceversa, nelle note italiane al Windscheid, il terreno giuridico da cui estrapolare i

---

si rivolge proprio (e solamente) a questa «configurazione parcellizzata dell'equità»: così E. STOLFI, voce *Scialoja Vittorio*, cit., 399 ss.

<sup>99</sup> In tal senso anche G. ALPA, *I principi*, cit., 148 ss.

principi di diritto è il sistema positivo nazionale, strettamente inteso.

Allora, e più coerentemente, la citazione rinvia al metodo induttivo-deduttivo aristotelico, piuttosto che alla visione giuridica scialojana, comprensiva anche – ma non solo, ed è proprio questo il punto – del ragionamento espresso nell'*Etica Nicomachea*.

Ma soffermiamoci ancora per un momento sulla posizione abbracciata da Scialoja, spostando l'attenzione al di là della prolusione camerte. A tal proposito è opportuno richiamare alcune pagine emblematiche da lui scritte poco più tardi e indirizzate a Filippo Serafini, in una lettera aperta<sup>100</sup> pubblicata nel 1881 dall'*Archivio Giuridico* e da alcuni considerata il manifesto di una «Nuova Scuola storica italiana»<sup>101</sup>. Nel trattare del metodo di insegnamento del diritto romano<sup>102</sup>, Scialoja affronta argomenti

---

<sup>100</sup> Sulla quale, per tutti, F. AMARELLI, *L'insegnamento scientifico del diritto nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index*, 18, 1990, 59 ss. Cfr anche R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 506 ss.; M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., 89 ss.; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Roma-Bari, 1999, 34 ss.; E. STOLFI, voce *Vittorio Scialoja*, cit., 399; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 52 ss.; G. CHIODI, voce *Vittorio Scialoja*, in *DBGI*, 2, Bologna, 2013, 1835; E. STOLFI, *Studio*, cit., 8, nt. 30 ove altra bibl.

<sup>101</sup> Così R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., 507.

<sup>102</sup> Il taglio didattico adottato da Scialoja, a Camerino prima e successivamente a Siena – ove si sollevarono le contestazioni studentesche che dettero avvio alla sua riflessione, e sulle quali non è qui il caso di soffermarci –, prevedeva un'impostazione assai ampia e impegnativa, con uno studio che dagli istituti romani giungeva sino agli approdi moderni, rinviando poi a libri sistematici e a esegesi non comprese in essi, inserendo anche domande su materie di studio diverse dal diritto romano. Gli studenti contestarono un simile metodo, stimato troppo complesso, sino a bloccare le lezioni di Scialoja il 23 maggio 1881. Sui fatti senesi si vedano, tra gli altri, G. CIANFEROTTI, *L'università di Siena e la "vertenza di Scialoja". Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del*

centrali anche rispetto al tema che stiamo qui affrontando. Già dalle premesse si comprende l'importanza da lui attribuita al porre costantemente in relazione le norme vigenti con le fonti antiche, laddove l'approfondimento della tradizione era considerato indispensabile per comprendere fino in fondo le «scelte che hanno costituito e trasformato i concetti giuridici»<sup>103</sup> attuali. E in quest'ottica Scialoja esprimeva la propria critica verso insegnamenti inadeguati:

*«V'ha chi nel diritto romano non vede altro che un periodo della storia del diritto, utile a conoscersi per chi vuol parere erudito e non senza lettere, ma privo d'importanza per gli studi del diritto moderno; v'ha invece chi di esso vuol fare solamente un perpetuo commentario al diritto attuale, pretendendo che questo in ogni parte debba conformarsi all'antico, e che dell'antico non sia utile conoscere se non quelle parti che oggi ancora sono applicabili»<sup>104</sup>.*

L'approccio di Scialoja, disincantato e consapevole, rifugge dalle apologie dell'antico rintracciabili non di rado tra gli studiosi di diritto romano, e inadeguate alla realtà codificata del tempo, senza però tradursi in un'analisi meramente erudita o antiquaria delle fonti antiche, per stimare che fosse da sfruttare in altra direzione la ricchezza offerta dagli studi romanistici. La lettera aperta a Serafini offre uno spunto di indubbia rilevanza per determinare quel 'diritto puro' a cui faceva riferimento Scialoja nella prolusione camerte e, di conseguenza, per individuare l'esatta posizione assunta dalla tradizione al suo interno. Infatti, dopo aver

---

*diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *St. Sen.*, 100, 1988, 230 ss. e M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 47 ss.

<sup>103</sup> M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 50.

<sup>104</sup> V. SCIALOJA, *Lettera aperta a Serafini*, in *AG*, 26, 1881, ora in *Index*, 18, 1990, 63.

decantato l'universalità del diritto antico, invita a non cadere in errore traendo conclusioni improprie:

*«Non bisogna illudersi: il diritto romano puro è morto, e i diritti moderni possono essere suoi discendenti, non sono esso medesimo. È necessario rendersi ben conto di tutto ciò, per giudicare compiutamente del miglior metodo d'insegnare il diritto romano»<sup>105</sup>.*

Quella che si legge è una chiara presa di coscienza di Scialoja, unica (almeno in questi termini) tra i romanisti del tempo, che invita a riflettere e riqualificare l'autentica natura del diritto romano. È innegabile che il codice unitario si sia sostituito, come unico diritto vigente, alla precedente tradizione: ma ciò non implica affatto la completa reiezione del diritto romano dagli studi giuridici. Infatti, se il valore di questa materia non è più rintracciabile nella sua perpetua vigenza, non andrà per ciò solo rifiutato a priori, bensì ricercato altrove. E su questo è molto chiaro Scialoja: «l'essere il diritto romano un diritto morto... anziché scemarne l'importanza scientifica, forse l'accresce»<sup>106</sup>. È qui che possiamo cogliere il punto nevralgico della questione, che ci porta a inserire il giurista tra i fautori di un recupero della tradizione, sia pure in una forma più sofisticata e matura.

Più specificamente, possiamo dire che Scialoja ha dotato la tradizione di un'importanza nuova, perfettamente calata nell'ordinamento giuridico di fine secolo e conforme all'assetto codificato. In questa impostazione, il maestro rifugge dal metodo, proprio di certi professori, volto a imporre la loro «scienza»<sup>107</sup> come «fedes»<sup>108</sup> formulata in poche righe, e sottolinea come il vero scopo dello studio sia progredire, anche se di poco, verso il

---

<sup>105</sup> V. SCIALOJA, *Lettera*, cit., 63 s.

<sup>106</sup> V. SCIALOJA, *Lettera*, cit., 64.

<sup>107</sup> V. SCIALOJA, *Lettera*, cit., 65.

<sup>108</sup> V. SCIALOJA, *Lettera*, cit., 65.

conseguimento di un approccio scientifico. Ed entrando più nel dettaglio nel merito della questione, Scialoja descrive il metodo da lui auspicato in termini ben precisi:

*«Nel ragionare è assai vantaggioso tener due diversi sistemi: la deduzione dai principi astratti, e la ricerca diretta sulle fonti. Il primo di questi sistemi giova ad avvezzare la mente a maneggiare le formule e le idee generali, a saperle insieme combinare per ottenere la risoluzione dei problemi particolari. Il secondo è altrettanto e anche più necessario ... Nello studio esegetico dei frammenti dei giureconsulti romani, essi vedranno all'opera questi sommi maestri e potranno colla pratica acquistare l'arte di trattare il diritto, quell'arte che si suol chiamare senso giuridico. E poiché i romani non erano solo interpreti, ma creatori del diritto, nell'opera loro si rivela anche l'evoluzione»<sup>109</sup>.*

Ecco che, anche nella lettera a Serafini, Scialoja torna a menzionare quel ragionamento di tipo induttivo, procedente per generalizzazioni e astrazioni, richiamato nella prolusione camerte, ma allora in riferimento al diritto (positivo) puro.

Si tratta, evidentemente, di un approccio scientifico fruibile per gli studi giuridici in termini generali, indispensabile ad allenare la mente del giurista alla risoluzione di casi pratici partendo dai principi ispiratori della materia, e non necessariamente tradotti in norme specifiche *ad hoc*. Infine, e ancor più importante, la tradizione non viene presentata come mero precedente storico, 'appetibile' solo tra i cultori dei diritti antichi, ma anche (e soprattutto) come chiave di lettura del sistema giuridico attuale: il diritto giustiniano dovrà formare la base dell'insegnamento auspicato da Scialoja, guardando alle fonti vigenti nel loro storico

---

<sup>109</sup> V. SCIALOJA, *Lettera*, cit., 66.

svolgimento<sup>110</sup>. Volendo utilizzare le parole di Talamanca, si può senza dubbio affermare che, entro queste e analoghe impostazioni, ricerca romanistica e diritto positivo «più che finitimi, apparivano le due facce di un fenomeno unitario»<sup>111</sup>.

Allora, il punto di forza della visione scialojana – che la differenzia anche da quella di Serafini – sta proprio nel diverso utilizzo del diritto romano: la dimensione dell’attualizzazione non viene abbandonata, bensì inglobata in una concezione di ‘puro diritto’ inclusiva della tradizione giuridica. È appunto questa la ‘palestra’ del giurista e del suo ragionamento.

Tuttavia, per completare la posizione di Scialoja e, conseguentemente, valutare con maggiore consapevolezza la fedeltà del richiamo alla prolusione camerte compiuto da Fadda e Bensa, appare utile far riferimento al VII congresso giuridico nazionale tenutosi a Roma nell’ottobre del 1911<sup>112</sup>, concentrandosi sulle parole impiegate in tale occasione da Scialoja, insieme con Brugi.

In termini più decisi rispetto a quelli impiegati sia nella prolusione camerte che nella lettera aperta a Serafini, in questa sede, Scialoja da un lato e Brugi dall’altro evidenziano apertamente il valore mantenuto dalla tradizione nell’Italia codificata, e l’importante insegnamento che, ancora a inizio Novecento, la stessa consegna agli studiosi di diritto (non solo dell’antichità). Infatti, l’esempio del diritto romano, e lo studio critico e consapevole delle sue fonti, offrono ai giuristi del tempo un vero e proprio strumento giuridico da impiegare in ogni campo del sapere «nel più alto e nobile senso di questa espressione»<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> In tal senso F. AMARELLI, *L’insegnamento*, cit., 67, nt. b. Cfr. anche M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni*, cit., 52 ss.; E. STOLFI, *Studio*, cit., 8 ss.

<sup>111</sup> M. TALAMANCA, *Diritto*, cit., 780.

<sup>112</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi*, cit., 3 ss.

<sup>113</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi*, cit., 7.

Da queste prime parole, però, non deve trarsi un'interpretazione frettolosa; infatti, né Scialoja né Brugi intendono condurre un estenuato encomio del diritto romano, senza mantenere alcun contatto con la realtà giuridica che li circonda. E, probabilmente coscienti di poter essere fraintesi, specificano con maggiore precisione il loro orientamento: con ciò non si vuol dire certo – osservano – che tutto debba prendersi dal *Corpus iuris*<sup>114</sup>. Nella relazione dei due giuristi, piuttosto, «il passato illumina il presente e segna le vie dell'avvenire»<sup>115</sup>, assumendo un insostituibile valore tecnico per studiare il diritto vigente stesso, pertanto in chiave più moderna che mai. Quella a cui alludono Scialoja e Brugi è prima di tutto una discendenza, storica e logica, del complesso normativo attuale dalla tradizione previgente:

*«le nostre leggi sono tuttora in larghissima parte ispirate al diritto romano... Non si può intendere il sistema giuridico che sostanzialmente il Codice rispecchia, senza una completa padronanza della sua massima fonte che è il diritto romano»*<sup>116</sup>.

Senza dubbio, rispetto ai toni maggiormente moderati dello Scialoja ottocentesco, qui si riscontra un atteggiamento più deciso; tuttavia a livello contenutistico non ci si discosta dalle posizioni precedenti. Infatti, nel congresso romano, i due autori stabiliscono un preciso vincolo tra diritto romano e diritto moderno, che non si esaurisce in una mera (e obbligata) immanenza del primo nei confronti del secondo, bensì in una derivazione (prima di tutto logica, e non solo storica) di quest'ultimo dalla tradizione più risalente.

---

<sup>114</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi*, cit., 7.

<sup>115</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi*, cit., 7.

<sup>116</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi*, cit., 9.



E, con particolare riferimento al complesso problema delle lacune del diritto, si osserva che «il giurista moderno che prepara la soluzione del caso non deciso esplicitamente nella legge» dovrà «appropriarsi del metodo romano»<sup>117</sup> per la sua risoluzione. Quale allora la reale ed effettiva consistenza dei principi generali del diritto, richiamati dallo stesso legislatore?

*«Ed anche in quelle necessarie ascensioni ai principi generali del diritto, che son quasi il deus ex machina del codice civile, noi diciamo a ragione di cercar i principii generali del diritto italiano, ma questi si perdono all'apice quasi sempre in principii romanis»*<sup>118</sup>.

Occorre segnalare, prima di tutto, come i giuristi parlino – in questa occasione – di ‘metodo’ e di ‘principi’ del diritto romano e non di singole soluzioni da quest’ultimo derivanti, e tale punto non è di poco conto. L’art. 3 delle Preleggi, infatti, non consentiva comunque di usare come diritto (indirettamente) vigente questo o quel passo del Digesto ma, al più, di determinare una (indubbia) derivazione logica tra diritto codificato e tradizione previgente, isolando principi immanenti al primo ma (quasi sempre) risalenti alla seconda.

Inoltre, soffermandoci sul metodo, ecco che compare nuovamente il ragionamento induttivo più volte richiamato da Scialoja, assumendo però, in questa occasione, tratti ben più chiari. Infatti, le generalizzazioni e le astrazioni logiche cui si alludeva già nella prolusione camerte, definite conformi e non esorbitanti la sfera del ‘diritto puro’, vanno adesso collegate e ridefinite alla luce di quanto esposto nel congresso romano. Senza dubbio, come appare chiaramente dalle parole impiegate dai due giuristi, il primo elemento di confronto e di riferimento, nel riempire di contenuto

---

<sup>117</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi*, cit., 9.

<sup>118</sup> V. SCIALOJA-B. BRUGI, *Gli studi*, cit., 9.

la vaga formula dell'art. 3 disp. prel., è il diritto (positivo) italiano, coi suoi più generali principi; tuttavia (e proprio qui è il punto), nella maggior parte dei casi queste astrazioni non faranno altro che connettersi al loro primo referente storico, costituito appunto dal diritto romano.

Una ragione in più per cogliere un considerevole scarto teorico tra l'impostazione di Scialoja e quella di Fadda e Bensa: uno scarto che il piccolo 'bluff' realizzato da questi ultimi non vale a occultare pienamente.

### ABSTRACT

Il contributo – ponendo a confronto alcune voci della scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento – affronta il problema del recupero delle fonti romane e della tradizione romanistica entro il sistema giuridico nazionale posteriore alla codificazione civile. L'attenzione si volge soprattutto all'art. 3 delle Disposizioni Preliminari al codice del 1865, col suo richiamo ai 'principi generali del diritto' ai fini dell'*analogia iuris*. Partendo da questa prospettiva di ricerca, lo studio si sofferma soprattutto sulla riflessione che al tema è dedicata nelle note di Fadda e Bensa apposte alla loro traduzione del *Diritto delle Pandette* di Windscheid, e in particolare sul pensiero di Vittorio Scialoja richiamato dai due giuristi italiani. Più specificamente, viene analizzata l'effettiva, piena sintonia tra l'impostazione di Scialoja (che emerge da una pluralità di scritti, e con diverse sfumature, dal 1881 sino al 1911) e la prospettiva in cui viene citata e apparentemente condivisa.

Parole chiave: principi generali dell'ordinamento - diritto romano - cultura giuridica italiana tra XIX e XX secolo - Vittorio Scialoja - Carlo Fadda - Emilio Bensa

The essay – retracing some specific voices of Italian legal science from both nineteenth and twentieth centuries – deals with some aspects of the reuse of Roman sources, and of their modern tradition, within the national legal system after the civil codification. The attention is directed mainly to art. 3, Preliminary provisions of the Code of 1865 with its reference to the 'general principles of law' in order to the *analogia iuris*. Based on this research approach, the study focuses mostly on the annotated translation, by Fadda and Bensa, of Windscheid's *Lehrbuch des Pandektenrecht* and, particularly, on the thought of Vittorio Scialoja, who is there mentioned. More specifically, it's analysed the real, perfect harmony, between Scialoja's thought (that emerges from several writing, and with differing shades, from 1879 to 1911) and the prospective where it's cited and, apparently, shared.

Keywords: general principles of law - roman law - Italian legal culture between XIX<sup>th</sup> and XX<sup>th</sup> century - Vittorio Scialoja - Carlo Fadda - Emilio Bensa

CECILIA MESSINA  
Dottore in Giurisprudenza  
Università di Siena  
cecilia.messina.22@gmail.com



