Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
Dipartimento di Giurisprudenza



Tesi di Dottorato in
'Diritti umani. Teoria, storia e prassi'
XXXIV Ciclo

L'argomento romanistico.
Vincoli della tradizione e fantasmi ideologici nelle pronunce della Suprema Corte.

Tutor
Chiar.ma prof.ssa
Carla Masi Doria

Dottorando
dott. Marco Auciello

Coordinatore
Chiar.mo prof.
Cosimo Cascione

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

« … io sono convinto che anche senza il diritto romano
si possa discutere e sentenziare bene. Più che direttamente
per illuminarci nelle controversie, il diritto romano serve,
conosciuto che sia scientificamente, a formare quelle abitudini
di mente, senza delle quali non si coltiva o non si applica
bene nessun diritto. Ma sono altrettanto convinto che col
diritto romano si possa discutere e sentenziare meglio.
Occorre però mutar via; tutto ciò che il diritto romano
può contribuire alla pratica non può contribuirlo …
che per le vie della scienza. O la pratica torna a questa
e può continuare a giovarsene; o non intende di tornarvi
e allora non resta che esprimere l'augurio che essa
lasci dormire al diritto romano i sonni del giusto»

Silvio Perozzi, *Il diritto romano nella giurisprudenza*,
in *Temi Veneta* (1894) 364 [= in *Scritti giuridici* III.
Famiglia, successione, procedura e scritti vari (Milano 1948) 653 s.]

INDICE SOMMARIO

INDICE DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI v

CAPITOLO I
LA CASSAZIONE E L'ARGOMENTO ROMANISTICO.
SPUNTI PER UN INQUADRAMENTO DOGMATICO

1. Una inesauribile miniera: il «legato romano» nella giurisprudenza della Suprema Corte. Premesse vecchie e nuove di un'indagine. 1

1.1. (*Segue*): Sulla falsariga della nota a sentenza. Una (piccola) disputa romanistica su un 'cavaliere dissidente' (o «mezzo consenziente»?): «il diritto si deve evolvere, deve non fare dei salti». 6

2. Tra le Preleggi, la Relazione al Re e le disposizioni attuative del Codice di procedura civile. Anatomia di una presunta antinomia. 57

3. Nuove prospettive. La Cassazione e le fonti dell'obbligazione: alla ricerca di una legittimazione storica. 103

4. Una necessaria delimitazione del campo di indagine. Prospettive. 134

CAPITOLO II
LA CADUTA, IL CASO (NON) FORTUITO
E IL BARBIERE DI ULPIANO.
PERCORSI ROMANISTICI A PARTIRE
DA CASS. CIV. N. 9997/2020

1. La vicenda processuale. Una comitiva di «turbolenti *iuvenes*» e una pizza rovesciata. 141

2. Una prima *quaestio iuris*. La forza espansiva del contratto di ristorazione. 144

2.1. L'integrazione (*ex lege*?) del contratto. 149

2.2. Una sintetica valutazione equitativa. 169

2.3. I doveri di protezione *ex fide bona*, tra integrazione ed esecuzione del contratto. L'affidamento (post)contrattuale. 173

3. Responsabilità e 'rischi funzionali' nel contratto ristorativo. 188

3.1. Tra ‘*periculum culpae*’ e ‘*aliquatenus culpae*’: modelli storici di imputazione della responsabilità. 191
4. Percorsi romanistici in tema di caso fortuito, prevedibilità ed evitabilità. Usi e riusi di una «millenaria tradizione giuridica». 208
5. Un barbiere ‘fuori posto’. D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 a*d ed.*) e Mart. *ep.* 7.61. 242
6. Qualche osservazione conclusiva. 260

CAPITOLO III
LA SUPREMA CORTE ALLE PRESE CON LA MATRICE STORICA DEGLI INTERESSI MORATORI.
LA DIFFICILE CONVIVENZA
CON LA NORMATIVA ANTIUSURA.

1. Una breve premessa. 267
2. L’ordinanza n. 27442 del 30 ottobre 2018. La vicenda processuale. 281
3. La lettura della Cassazione e la ‘ontologica omogeneità’. Gli interessi moratori non sfuggono alla L. n. 108/1996. 286
4. Un’antica disomogeneità. L’argomento storico e il «fantasma» romanistico. 297
5. Un diverso paradigma. La *stipulatio poenae*. 307
6. L’argomento testuale. La rivalutazione dell’art. 1224 cod. civ. 314
7. La tutela del debitore. 319
8. La giurisprudenza successiva coglie i messaggi della storia? 329
9. Qualche nota conclusiva sull’uso dell’argomento di diritto romano nell’ordinanza del 30 ottobre 2018, n. 27442. «Ciò che sta dietro la facciata della motivazione in diritto». 338
POSTILLA 342

INDICI 347
FONTI 349
INDICE BIBLIOGRAFICO 361

INDICE DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

AAL.	=	Atti dell'Accademia dei Lincei. Classe di Scienze Morali
ABF	=	Arbitro Bancario Finanziario
AG.	=	Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'
Ann. dir. comp.	=	Annuario di diritto comparato e di studi legislativi
APDR.	=	Altre pagine di diritto romano
AUPA.	=	Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo
BBTC.	=	Banca, Borsa, Titoli di credito
BGB	=	*Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco
BIDR.	=	Bullettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'
C.	=	*Codex Iustinianus*
Cass. civ.	=	Cassazione civile
Cass. pen.	=	Cassazione penale
Cod. civ.	=	Codice civile italiano
Cod. civ. abr.	=	Codice civile italiano del 1865
Cod. pen.	=	Codice penale italiano
Cod. proc. civ.	=	Codice di procedura civile italiano
Cod. proc. pen.	=	Codice di procedura penale italiano
Comm. Schlesinger	=	Il Codice Civile. Commentario fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli
Comm. Scialoja-Branca	=	Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, curato da F. Galgano
Cons. St.	=	Consiglio di Stato
Contr. impr.	=	Contratto e impresa
Corr. giur.	=	Il Corriere Giuridico
Corte app.	=	Corte d'appello
Corte cost.	=	Corte costituzionale
Cost.	=	Costituzione italiana
CTh.	=	*Codex Theodosianus*
D.	=	*Digesta Iustiniani*
Danno e resp.	=	Danno e Responsabilità
DBGI.	=	Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)
DBI.	=	Dizionario biografico degli italiani
d.d.l.	=	Disegno di legge
DI.	=	Digesto italiano
Dig. disc. priv., Sez. civ.	=	Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile
Dir. rom. att.	=	Diritto romano attuale
Diz. prat. dir. priv.	=	Dizionario pratico del diritto privato

d.l.	=	Decreto-legge
d.lgs.	=	Decreto legislativo
Enc. dir.	=	Enciclopedia del diritto
Enc. giur.	=	Enciclopedia giuridica italiana
Foro it.	=	Il Foro Italiano
Giur. it.	=	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	=	Giustizia civile
Giust. civ. Mass.	=	Giustizia civile. Massimario annotato della Cassazione
G.U.	=	Gazzetta Ufficiale
Index	=	*Index*. Quaderni camerti di studi romanistici
IVRA	=	*Ivra*. Rivista internazionale di diritto romano e antico
JUS	=	*Jus*. Rivista di Scienze Giuridiche
L.	=	Legge
Labeo	=	*Labeo*. Rassegna di diritto romano
LR.	=	*Legal Roots*
NDI.	=	Nuovo digesto italiano
NNDI.	=	Novissimo digesto italiano
Nov.	=	*Novellae Iustiniani*
Nuova giur. civ. comm.	=	La nuova giurisprudenza civile commentata
PDR.	=	Pagine di diritto romano
Pers. merc.	=	Persona e mercato
QF.	=	Quaderni fiorentini
Quad. Lup.	=	Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto
Rass. dir. civ.	=	Rassegna di diritto civile
R.D.	=	Regio Decreto
Rep. Foro it.	=	Repertorio del Foro Italiano
Resp. civ. prev.	=	Responsabilità civile e previdenza sociale
RIDA.	=	*Revue internationale des droits de l'antiquité*
RISG.	=	Rivista italiana per le scienze giuridiche
Riv. crit. dir. priv.	=	Rivista critica del diritto privato
Riv. dir. banc.	=	Rivista di Diritto Bancario
Riv. dir. civ.	=	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	=	Rivista del Diritto Commerciale
Riv. dir. proc. civ.	=	Rivista di Diritto Processuale Civile
Riv. trim. dir. proc. civ.	=	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
SDHI.	=	*Studia et documenta historiae et iuris*
Tratt. Cicu-Messineo	=	Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger
Tratt. Iudica-Zatti	=	Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti
Tratt. Rescigno	=	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
TRG.	=	*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*
Trib.	=	Tribunale
TSDP.	=	Teoria e Storia del Diritto Privato

Vita not.	=	Vita Notarile
ZSS.	=	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung

CAPITOLO PRIMO

La Cassazione e l'argomento romanistico. Spunti per un inquadramento dogmatico

SOMMARIO: 1. Una inesauribile miniera: il «legato romano» nella giurisprudenza della Suprema Corte. Premesse vecchie e nuove di un'indagine. – 1.1. (*Segue*): Sulla falsariga della nota a sentenza. Una (piccola) disputa romanistica su un 'cavaliere dissidente' (o «mezzo consenziente»?): «il diritto si deve evolvere, deve non fare dei salti». – 2. Tra le Preleggi, la Relazione al Re e le disposizioni attuative del Codice di procedura civile. Anatomia di una presunta antinomia. – 3. Nuove prospettive. La Cassazione e le fonti dell'obbligazione: alla ricerca di una legittimazione storica. – 4. Una necessaria delimitazione del campo d'indagine. Prospettive.

1. *Una inesauribile miniera: il «legato romano» nella giurisprudenza della Suprema Corte. Premesse vecchie e nuove di un'indagine.*

Coglie pienamente nel segno la metafora con cui Antonio Guarino accostava la «ricchissima esperienza giuridica romana» ad «una miniera cui i giuristi del moderno fanno male a ricorrere così poco e talvolta, disprezzando l'aiuto degli esperti, così male»[1]. La suddetta esperienza, per

[1] *Relazione di sintesi*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice 22-25 novembre 1988* (Palermo 1992) 312 s. [= in *PDR.* I (Napoli 1993) 170]. A riguardo, si v. altresì l'intervento di Vincenzo Simoncelli – illustre civilista, allievo di Emanuele Gianturco ma legatissimo (non soltanto per ragioni accademiche) anche a Vittorio Scialoja, di cui sposò la figlia Giulia – pronunciato alla Camera dei Deputati (Legislatura XXIII, tornata del 6 dicembre 1912, negli Atti Parlamentari alle pp. 22043 ss., spec. a p. 22047) che molto insisteva sulla necessità di «addestrare» i giovani giuristi a «risolvere controversie»: «[l]a giurisprudenza è una scienza pratica per eccellenza … I romani, grandi maestri del giure, ci hanno lasciato nel digesto una miniera di casi pratici risoluti con inarrivabile sapienza» (sullo studioso di Sora – la cui produzione scientifica è interamente caratterizzata, sin dagli esordi, per l'attenzione alla storia degli istituti – v. la voce di M.

altro verso, è stata assimilata – ancora, dal Maestro napoletano[2] – ad una «eredità» tecnicamente intesa, interrogandosi – provocatoriamente, com'è ovvio – sull'opportunità o meno per i moderni di procedere all'accettazione della stessa: la medesima eredità che, a più riprese e a titoli diversi, è stata evocata dagli studiosi per descrivere icasticamente i lasciti del diritto di Roma antica alle epoche successive, talvolta alla stregua di una «eredità perduta» da riscoprire con pazienza, talaltra – significativamente – accostandola ad una «eredità giacente»[3]. Questa idea era penetrata – in una

NARDOZZA, «*Simoncelli, Vincenzo*», in *DBGI*. II [Bologna 2013] 1867 ss.). La medesima idea – quella della miniera di concetti cui l'interprete non può non attingere – riecheggia altresì nelle pagine dello stesso Scialoja e del suo più primo allievo, Pietro Bonfante: cfr. M. BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *RISG.* 6 (2015) 80 s.; ulteriori riferimenti – in specie, sull'opera e sul metodo bonfantiano – sono *infra*.

[2] A. GUARINO, *Il diritto romano: eredità da rifiutare?*, in *L'Héritage classique. Il ruolo delle discipline classiche nella società post-industriale* (Aosta 1991) 87 ss. [= in *Dir. Giust.* 106 (1991) 1 ss.; *PDR.* I cit. 40 ss.].

[3] Si v. già il titolo prescelto da A. ORMANNI, *L'eredità classica nel mondo moderno*, in *Labeo* 1 (1955) 98 ss. L'immagine della «eredità perduta» del diritto romano è stata a più riprese – e con declinazioni assai differenti – proposta, in particolare, da Filippo Gallo: tra i molti contributi, possono qui ricordarsi *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto@Storia* 6 (2007) 1 ss. [= in *Studi in onore di R. Martini* II (Milano 2009) 139 ss.]; *L'eredità perduta del diritto romano: a proposito della produzione del diritto*, in *Eur. dir. priv.* (2007) 1005 ss.; *L'eredità perduta del diritto romano*, in *Index* 40 (2012) 533 ss. (si v., altresì, i lavori variamente richiamati dal medesimo a. in *La definizione celsina del diritto nel sistema giustinianeo e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP*. 3 [2010] *passim* e spec. a p. 3 s. nt. 3, nonché, successivamente, in *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica* [Torino 2010] spec. 21 ss., da leggere con A. TORRENT, *Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica*, in *Index* 40 [2012] 537 ss.; sull'interesse dello studioso – specialmente condensatosi negli ultimi due decenni della sua produzione scientifica – per il «recupero di elementi di 'eredità perduta' del diritto romano», si v. i ricordi dedicatigli da F. GORIA, *Filippo Gallo*, in *IVRA* 68 [2020] spec. 595, 610 nonché da P. GARBARINO, *L'eredità perduta del diritto romano. Il pensiero giuridico di Filippo Gallo*, in *Diritto@Storia* 17 [2019] 4 ss.). Si v., inoltre, M.F. CURSI, *L'eredità del modello romano della responsabilità per colpa nella configurazione della responsabilità civile dei genitori*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* IV (Napoli 2011) 1 ss.; G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia* (Bologna 2018) 22 ss. (ove il § 4 del I capitolo è dedicato, appunto, alla «eredità del diritto romano»); più recentemente ancora, può segnalarsi il chiaro riferimento nel sottotitolo del volume curato da P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE, *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie* (Torino 2019). In particolare, dal medesimo lavoro, si v. le notazioni introduttive di P. BONIN, N. HAKIM, *Postmodernità e romanità del diritto: di quale eredità il pensiero giuridico ricostruisce la genealogia?* (pp. xiii ss.), in uno con i contributi di O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)* (pp. 89 ss.); G.

prospettiva più generale ma, in un certo senso, opposta – già altrove, come risulta da una illuminante pagina – particolarmente cara ad Oliviero Diliberto[4] – del grande Thomas Stearns Eliot, ove si legge che «La tradizione non può essere ereditata, e se uno la vuole deve ottenerla con grande fatica. Essa implica, in primo luogo, il senso storico … e il senso storico implica una percezione, non solo di passato del passato, ma della sua presenza»[5].

Per fare ritorno ai «recinti»[6] frequentati dagli storici del diritto e, in specie, dai romanisti, più incisivo ancora appare l'asciutto richiamo ad un altro fondamentale istituto del diritto successorio proposto da Luigi Capogrossi Colognesi, il quale – nella intitolazione della prima parte della

---

LUCHETTI, *Giustiniano e l'eredità della scienza giuridica romana* (pp. 135 ss.); da ultimo, si v. R. CARDILLI, *Lo studio del diritto romano e i fondamenti del diritto europeo*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive* (Trieste 2019) 63, che accosta – evocando implicitamente l'immagine tanto cara a Filippo Gallo – il diritto romano ad una «eredità … non tanto perduta quanto giacente», la quale «per essere compresa impone anche la consapevolezza della storicità delle categorie giuridiche attuali per evitare distorsioni». Si riferisce variamente – valendosi di una più generica terminologia – al «legacy of Roman Law», in una prospettiva di cui si discuterà più innanzi, P.G. MONATERI, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'*, in *Hastings Law Journal* 51 (2000) 490 ss. (accessibile online alla pagina web https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3393&context=hastings_law_journal), pur se nella versione italiana del contributo (con titolo *Caio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della "Tradizione Giuridica Occidentale"*, parimenti consultabile online al seguente link: http://www.jus.unitn.it/cardozo/users/pigi/blackgaius/bgi.pdf, dipoi trasfuso – con titolo parzialmente limato: «Gaio nero» – in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva* [Bari 2005] 19 ss.) la suddetta locuzione è sempre resa con «eredità del diritto romano» *et similia* (p. es., v. p. 72, 73, 74).

[4] Che più volte l'ha richiamata: si v., dapprima, O. DILIBERTO, *La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in L. CANFORA, U. CARDINALE (a cura di), *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L'insegnamento del latino e del greco antico in Italia e nel mondo* (Bologna 2012) 67, e, poi, *Fra storia e diritto*, in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC – Roma 10-11 ottobre 2014* (Napoli 2017) 90, nonché *L'eredità fraintesa* cit. 89 (in epigrafe).

[5] *Il bosco sacro. Saggi sulla poesia e la critica* (Milano 2010, ma 1919) 69.

[6] Per utilizzare un'espressione di Francesco Carnelutti (in sede di recensione a B. BIONDI, *Prospettive romanistiche* [Milano 1933], in *Riv. dir. proc. civ.* [1933] 107 s.), richiamata da G. SANTUCCI, *«Decifrando scritti che non hanno nessun potere». La crisi della romanistica tra le due guerre*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive* (Torino 2016) 78, 86 e nt. 122.

sua recente monografia sulla *remissio mercedis*[7] – evoca (non già l'eredità, ma) il «legato romano»[8], restituendo al lettore un'immagine ancor più nitida – e, in un certo qual modo, diretta – di quel che lo *ius Romanorum* può rappresentare per i posteri. Difatti – scriveva Pasquale Voci, a margine delle «funzioni etico-sociali del legato» – esso, tra le altre cose, «[è] stato espressione di spirito civico, e ha fornito i mezzi per costruire opere pubbliche»[9].

La ricchezza del suddetto lascito non può che manifestarsi – seppur con pesi e misure differenti – in gran parte delle innumerabili sfaccettature di cui si compone l'ordinamento giuridico. Non è certo questa la sede adatta ad approfondire l'essenza e la portata del fenomeno[10]; esiste, tuttavia, una breccia – assai significativa – che consente all'osservatore esterno di coglierne una porzione, lasciando intravedere, in un certo modo, una epifania

[7] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *'Remissio mercedis'. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma* (Napoli 2005) 1.

[8] Immagine giuridica che mi pare distaccarsi con nettezza – e non soltanto a livello strettamente tecnico – da quella dell'eredità: si cfr., sul punto, le osservazioni – significative in tal senso – di P. BONIN, N. HAKIM, *Postmodernità e romanità del diritto* cit. xvii: «[p]er mezzo della forma, il diritto si astrae dalle condizioni in cui è stato prodotto, il che ne consente l'autonomia e l'impersonalità. Fenomeni che non danno alcuna informazione sull'essere di cui sono la conseguenza, la manifestazione, producono qualcos'altro, nella fattispecie ciò che viene costruito come un'eredità, che non si giustifica più in termini di trasmissione, giacché l'erede non è chi ha obiettivamente ricevuto, ma chi vuole ricevere, e sceglie cosa ricevere in un perenne beneficio d'inventario che fa dell'eredità una costruzione sempre nuova». Per altri richiami alla metafora, si v. P. ZANNINI, *In tema di regolamento di confini della sfera di risarcibilità del danno aquiliano: una lezione dei 'prudentes'*, in A. TRISCIUOGLIO (a cura di), *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)* (Napoli 2009) 124; R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano: un problema aperto*, in *Rivista Giuridica Sarda* (2017) II, *passim* e spec. 5 nt. 10 (con esplicito richiamo alla «felice espressione» di Luigi Capogrossi Colognesi); A. SACCOCCIO, *Osservazioni sparse in tema di servitù tra storia e dogmatica. Per una rilettura delle norme cinesi*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 39 (2018) 97 (nell'*abstract* in epigrafe).

[9] P. VOCI, s.v. «*Legato (dir. rom.)*», in *Enc. dir.* XXIII (Milano 1973) 709 s., con indicazione di fonti alla nt. 18.

[10] Mi limito a richiamare in questa sede, i volumi di P. STEIN, *Il diritto romano nella storia europea*, a cura di E. Cantarella (Milano 2001) e di G. HAMZA, *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano* (Santiago de Compostela 2013), dai quali è possibile ricavare le principali referenze bibliografiche. Si v., altresì, i saggi raccolti in L. LABRUNA, *Matrici romanistiche del diritto attuale* (Napoli 1999), anche per aspetti peculiari.

del suddetto «legato romano», che può a ragione iscriversi in uno degli «innumerevoli canali di comunicazione esistenti tra l'esperienza giuridica romana e il diritto vigente»[11].

Un utile esercizio in tal senso, infatti, può consistere nello scandagliare uno dei principali gangli[12] del sistema, e cioè le decisioni dei giudici, specie quelle rese ai livelli più elevati, ove l'astrazione del diritto si esprime – o dovrebbe, tendenzialmente, esprimersi – in tutta la sua *vis*[13]. E per avere un saggio immediato della suddetta affermazione, pur non volendo anticipare argomenti che si esporranno più oltre, è sufficiente una rapida scorsa al «repertorio»[14] in cui Giovanni Micali compendiava – pur non indugiando su profili di teoria generale – le pronunce della Suprema Corte di Cassazione (di

[11] L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II. *Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni* (Torino 2010) 255.

[12] Prendendo a prestito un'espressione di V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli* (Napoli 2006).

[13] Sul punto, si v. fin d'ora quanto osserva S. SATTA, s.v. «*Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*», in *Enc. dir.* X (Milano 1962) 805, sul «volto» della Cassazione, nonché – soprattutto – P. CALAMANDREI, C. FURNO, s.v. «*Cassazione civile*», in *NNDI.* II (Torino 1958) 1055, per cui «[l]a Corte di cassazione, quantunque faccia parte dell'ordinamento giudiziario, e costituisca anzi il vertice supremo della gerarchia di organi ai quali è demandata l'amministrazione della giustizia, non è istituita per raggiungere *soltanto* quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici (che, in contrapposto alla Corte di cassazione, si sogliono chiamare i giudici *di merito*): e che consiste nella attuazione del diritto in concreto, mediante accertamento delle singole volontà di legge che scaturirono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte di cassazione coopera … a questa funzione giurisdizionale in senso stretto, consistente nel render giustizia ai singoli: ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine; perché il fine ultimo che essa, come suo ufficio esclusivo, persegue, è un fine più vasto ed eccedente … i limiti della singola controversa decisa», come nitidamente risulta – altresì – dall'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12). In argomento, si v. pure, recentemente, M. FALASCHI, *Il giudizio di cassazione: il ricorso ed il controricorso*, in AA.VV., *Introduzione alla Corte di cassazione* (Roma 2017) 71 (liberamente accessibile online alla pagina web https://www.portaledelmassimario.ipzs.it/frontoffice/studiPubblicazioni.do).

[14] Così lo ha definito, recentemente, C. MASI DORIA, *Alimentazione e «cura corporis»: un po' di tempo e di dignità nella giornata del lavoratore antico*, in *Studi in onore di F. Santoni*, i.c.d.p.

cui egli stesso era stato protagonista) che avevano attinto, a piene mani, dalla materia prima romanistica[15].

1.1. *(Segue): Sulla falsariga della nota a sentenza. Una (piccola) disputa romanistica su un 'cavaliere dissidente' (o «mezzo consenziente»?): «il diritto si deve evolvere, deve non fare dei salti».*

Ma procediamo con ordine. Lo spunto appena accennato non rappresenta, di certo, una novità. Come ricordava già negli anni successivi al secondo conflitto mondiale Salvatore Riccobono – nel recensire un volume di Salvatore Di Marzo[16], in una pagina richiamata, anche recentemente, da Carlo Lanza[17] – nelle decadi successive all'unità d'Italia «l'uso dei Digesti nelle discussioni forensi, davanti le Corti di Cassazione, era così comune che determinò lo Scialoja a proporre ed eseguire una edizione tascabile appunto dei soli Digesti, per comodità dei forensi ... Le discussioni allora, dinanzi le Cassazioni regionali, erano dibattiti che assumevano il carattere e l'altezza delle *controversiae iuris* degli antichi su casi pratici e presupponevano nei

[15] Ci si riferisce a G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in *Giur. it.* (1993) 489 ss. – contributo sul quale si avrà modo di tornare di qui a breve.

[16] *Le basi romanistiche del Codice civile* (Torino 1950), in *BIDR.* 55-56 (1952) 421. Sul lavoro di S. Di Marzo, assai criticamente si era espresso – tra l'altro – proprio Antonio Guarino, nella sua recensione apparsa in *IVRA* 2 (1951) 214 ss. [= in *PDR.* I cit. 176 s.]. Di contro, assai positiva è l'impressione di Salvatore Riccobono, che sulle pagine del *Bullettino* scialojano (420 ss.) così esordiva: «Opera del tutto nuova, nel senso che non ha precedenti nella letteratura giuridica europea, utilissima ai forensi e che poteva essere composta solamente da un Maestro del diritto romano». In tempi più recenti, ha mostrato il suo apprezzamento al volume di Di Marzio anche G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 490.

[17] *Diritto romano e diritto moderno. Processi di 'decontestualizzazione'* (Torino 2000) 110 s., e – da ultimo – nella *Introduzione* al volume, curato dal medesimo a., *La tradizione classica e l'unità d'Italia. La questione del diritto romano* (Napoli 2015) a p. 6 (con citazione in nt. 18); nondimeno, nei luoghi appena richiamati è indicata – in riferimento al volume LV-LVI della serie *post bellum* del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* – l'annata 1951, ove invece (come segnalato *supra*, alla nt. precedente) l'anno corretto è il 1952. Il suddetto passaggio è stato rievocato, altresì, da P. BIANCHI, *'Iura-leges'. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia* (Milano 2007) 70; S. SCHIPANI, *Rileggere i 'Digesta'. Enucleare i pricipii. Proporli*, in A. TRISCIUOGLIO (a cura di), *Valori e principii del diritto romano* cit. 52.

forensi la padronanza del *Corpus iuris* e della letteratura giuridica, dalla Glossa ai Culti, nella quale in ogni regione emergevano nomi di magistrati o di avvocati di cui la fama è ancora viva nel campo della scienza del diritto privato. Di conseguenza, le sentenze di quel periodo erano largamente illustrate con testi della grande giurisprudenza romana, come si può vedere scorrendo il repertorio di quelle della Corte di Cassazione di Palermo dal 1870 al 1905, che riporta citati dai Digesti circa 1500 testi, ed altri 500 dalle altre parti del *Corpus iuris*»[18]. «Il diritto romano» – prosegue lo studioso palermitano – «adempiva ancora la sua funzione come la fonte più luminosa della scienza del diritto, in particolare di tutto il diritto privato. Né le codificazioni, per sé stesse, avrebbero mai potuto condurre all'oblio di quella

[18] Si avrà modo più oltre di richiamare (anche testualmente) talune pronunce pressoché coeve a quelle evocate da Riccobono, che – rispetto alle decisioni delle epoche più recenti – restituiscono al lettore un senso differente del riferimento al diritto romano, che penetra nella struttura dei provvedimenti giudiziari – almeno in quelle decadi – alla stessa stregua (se non con maggior vigore) della legislazione corrente: cfr. *infra*, in questo §; cap. II nt. 169. Sul punto, può richiamarsi altresì una pagina di Biagio Brugi del 1904 (*Diritto romano classico, diritto giustinianeo, diritto romano* comune, in *AG.* 72 [1904] 139 s.): «Prendiamo uno qualsiasi dei nostri buoni repertori di Giurisprudenza: nelle note alle sentenze, negl'indici di massime noi vedremo balzar fuori, ad ogni pie' sospinto, delle reminiscenze, e delle regole di diritto romano, come già si vedono nei lavori preparatori del Codice civile». Restituisce uno scorcio ulteriore di tale quadro F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione detta dal prof. F. Buonamici nella R. Università di Pisa, il dì 23 novembre 1876* (Pisa 1877) 1 ss. (v. spec. la p. 38 s.); su taluni aspetti della impostazione di Francesco Buonamici – specie nel dibattito sulla portata applicativa dell'art. 3 delle disposizioni sulla legge in generale che aprivano il Codice civile del 1865 (su cui si tornerà *infra*, § 2) – si v., recentemente, C. MESSINA, *Tradizione romanistica e principi generali del diritto. Vittorio Scialoja e un piccolo 'bluff' di Fadda e Bensa*, in *TSDP.* 11 (2018) 12 s., con indicazioni bibliografiche alla nt. 31 s. Sulla *Prelezione* cit., v. spec. 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. S. Romano* (Milano 1981) 154 nt. 27 (e poi ID., *La codificazione del diritto romano comune* [rist. accr. Torino 1999] 156 s.); E. SPAGNESI, s.v. «*Buonamici, Francesco*», in *DBGI.* I (Bologna 2013) 360 (ove ulteriore bibl. sullo studioso pisano); da ultimo, v. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*[2] (Torino 2018) 85. Sull'uso del diritto romano da parte dei pratici – e, soprattutto, della giurisprudenza – si v. altresì la bella prospettiva tracciata da S. PEROZZI, *Il diritto romano nella giurisprudenza*, in *Temi Veneta* (1894) 361 ss. [= in *Scritti giuridici* III. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari* (Milano 1948) 643 ss.].

fonte viva di scienza, quando si consideri l'intimo rapporto, la filiazione di esse da quella ricca sorgente»[19].

Le suddette affermazioni sono state dipoi confortate – e, con riguardo a taluni specifici argomenti, approfondite – nelle pagine di un recente volume, curato proprio da Carlo Lanza[20], che rappresenta il frutto di una indagine articolata su un «attento spoglio delle sentenze delle Cassazioni civili compiuto – sulla base principalmente delle rassegne 'Giurisprudenza del Regno', poi 'Giurisprudenza italiana', ma tenendo presente anche raccolte come 'Il Foro Italiano' e la 'Gazzetta dei Tribunali' – che ha fatto emergere un numero enorme di occorrenze nelle quali per la soluzione di processi si faceva ricorso al diritto romano con esplicito riferimento alle sue fonti o indirettamente ai suoi principi o anche soltanto ad accenni alle discipline romane»[21]; più nel dettaglio, con lo spoglio dei massimari relativi a svariate annate – collocate in un intervallo temporale che va dal 1860 al 1901[22] – «sono state selezionate circa trecento sentenze in cui la presenza di fonti romane – o almeno il riferimento a quel diritto – è apparsa centrale nell'iter di decisione delle controversie o ha rappresentato … uno snodo fondamentale nelle delibere dei giudici e nella articolazione delle richieste delle parti»[23].

Nel medesimo solco si colloca, altresì, il volumetto in cui Tatiana Balbiani[24], agli inizi degli anni '90, aveva raccolto – per finalità,

[19] S. RICCOBONO, *Rec.* di S. DI MARZO, *Le basi romanistiche* cit. 421.

[20] *La tradizione classica e l'unità d'Italia* cit.

[21] L. MINIERI, *Sentenze di Cassazione e diritto romano: in tema di diritto marittimo*, in C. LANZA (a cura di), *La tradizione classica e l'unità d'Italia* cit. 25

[22] Segnatamente, gli anni 1860, 1861, 1864-1870, 1872, 1875, 1876, 1900, 1901: v. L. MINIERI, *Sentenze di Cassazione e diritto romano* cit. 26.

[23] L. MINIERI, *Sentenze di Cassazione e diritto romano* cit. 26. Il volume sopra citato è altresì completato – oltre che dalla ristampa anastatica delle pronunce di maggior interesse tra quelle analizzate, tratte dalle rassegne richiamate (pp. 81-217) – anche da un prezioso indice delle sentenze, con indicazione, altresì, degli argomenti trattati e delle fonti romanistiche menzionate da ciascuna (pp. 223-296), nonché da un indice delle fonti relativo al solo indice delle sentenze (pp. 299-311). In tema, si cfr. il progetto di ricerca ideato da Giovanni Negri (*infra*, su ntt. 29 ss.), peraltro non richiamato nei saggi che compongono il volume di cui sopra.

[24] *Il diritto romano nella giurisprudenza dei tribunali* (Como 1993).

evidentemente, didattiche[25] – un piccolo apparato di pronunce giurisprudenziali di varia estrazione[26] (già all'epoca abbastanza risalenti, salvo qualche eccezione), che pure si erano valse – in misura più o meno ampia, più o meno 'tecnica' – dell'argomento di diritto romano.

Come può agevolmente intuirsi, il suddetto filone risulta assai ghiotto per i romanisti (specie nell'ottica metodologica della comparazione diacronica, su cui si tornerà di qui a breve[27]) ed anche in tempi più recenti ha rappresentato il crinale d'indagine del programma di ricerca ideato e diretto

[25] Sul frontespizio può leggersi – difatti – la dicitura «Appunti ad uso degli studenti». La destinazione eminentemente didattica del lavoro si desume con nitidezza (oltre che dalla struttura dell'opera, e, in particolare, dalle indicazioni essenziali in tema di ordinamento giudiziario delineate nella parte prima [pp. 11-16], dedicata a «La sentenza») dalle pagine introduttive, ove la Balbiani, muovendo dagli interrogativi sollevati da Biondo Biondi in una conferenza del '50 (dipoi raccolti e pubblicati sotto il titolo *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche* [Milano 1960] 3 ss.), manifesta l'intento di far dire «[a]l giurista romano, col suo latino ed il suo *servus Stichus* … ancora una parola ai moderni» – per utilizzare le immagini del Maestro siciliano, testualmente richiamate – proponendo un'analisi «[del]l'incidenza del diritto romano nella prassi giurisprudenziale, vale a dire nelle motivazioni delle sentenze dei Tribunali» (così a p. 7). Il libretto, di tal guisa, si prefigge di offrirne «qualche esempio, senza alcuna pretesa di completezza né tematica né temporale, per verificare sul campo la presenza del diritto romano nella realtà giuridica moderna». Scopo precipuo dell'opera – che viene espressamente definita dall'a. come una «dispensa» – è, altresì, «quello di avvicinare gli studenti del primo anno della Facoltà di giurisprudenza ai testi dei giuristi romani e alle sentenze dei tribunali, offrendo loro alcune indicazioni minime per la lettura di queste ultime» (p. 8).

[26] Può cogliersi, sul punto, l'occasione per rilevare una piccola anomalia nel titolo del volume, dedicato – come si diceva poc'anzi – al diritto romano «nella giurisprudenza dei tribunali». Per vero, delle tredici pronunce raccolte dall'a., solamente tre risultano estese da «tribunali» *stricto sensu* (cfr., sul punto, per tutti, F. PEDACE, s.v. «*Ordinamento giudiziario*», in *NNDI.* XII [Torino 1965] 20; R. MARENGO, s.v. «*Tribunale ordinario*», in *Enc. dir.* XLV [Milano 1992] 2 s.) e, segnatamente, Trib. Perugia, 31 dicembre 1909, Cantarelli c. Fabbrica italiana di carburi e derivati, in *Foro it.* (1911) I, 118; Trib. Cuneo, 25 gennaio 1933, Calandri c. Delleani e c. Gasco, in *Resp. civ. prev.* (1933) 94; Trib. Roma, 16 marzo 1964, Bonamartini e Bianconi c. C.o.f.i.d., in *Foro it.* (1965) I, 1112, ove gli altri provvedimenti collazionati provengono dalle Corti d'appello e dalle Corti di Cassazione regionali (eccezion fatta per una ordinanza della Pretura di Chieti del 10 settembre 1970 [pp. 35 s., 97 ss.] e per la fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Corte di Cassazione del 28 aprile 1989 [pp. 45 ss., 136 ss..], sui cui si avrà ampiamente modo di tornare). Il rilievo, peraltro, non varrebbe ove l'a. abbia inteso riferirsi al concetto romano di *tribunal*, lemma con cui – almeno, nelle fonti postclassiche – si indicava per traslato anche l'organo giudicante e non soltanto il «suggesto da cui il magistrato … esercita la giurisdizione» (così C. GIOFFREDI, s.v. «*Tribunal*», in *NNDI.* XIX [Torino 1973] 695, con indicazione di fonti alla nt. 1).

[27] *Infra*, §§ 2 ss.

da Giovanni Negri (recentemente scomparso[28]), incentrato appunto su «Il diritto romano nella Giurisprudenza dei Tribunali italiani moderni»[29]. Ricerca, quest'ultima, che – come lo stesso Negri[30] ha avuto modo di specificare – «si propone di accertare l'effettiva incidenza del diritto romano e della tradizione romanistica sulla pratica, di contribuire al dibattito sulla funzione del diritto romano nella formazione professionale del giudice, di raccogliere una documentazione concreta utile alla problematica più generale dell''attualità' del diritto romano nei suoi rapporti col diritto civile e delle ragioni della sopravvenienza di discipline romanistiche nei piani di studio delle Facoltà giuridiche italiane: tutto ciò sulla scorta di un'ampia verifica sul campo anziché con dichiarazioni ideologiche o affermazioni sentimentali, per quanto nobili e rispettabili esse siano»[31].

[28] Si v. il sentito «ricordo di un'allieva» dedicatogli da L. MAGANZANI, *Giovanni Negri*, in *IVRA* 69 (2021) 696 ss., ove – oltre al profilo dell'uomo e dello studioso – sono tracciate altresì le linee fondamentali del metodo e delle tendenze di ricerca di Negri.

[29] Finanziato dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, con sede presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano: cfr. G. NEGRI, *Prefazione* a L. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica* (Milano 2006) vii; nel medesimo programma di ricerca si inserisce, altresì, il volume – richiamato poco più sopra – di T. BALBIANI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. (v. p. 8).

[30] Che, nel saggio *Un esempio di interpretazione del legato nel diritto romano e nella giurisprudenza dei tribunali italiani moderni*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo* III (Napoli 1997), così esordiva (alla p. 605): «Qualche anno fa chi scrive ha iniziato una ricerca sull'incidenza del diritto romano nella giurisprudenza dei Tribunali italiani moderni, che ambisce ad integrare la celebre indagine sulla storia della giurisprudenza e lo stile delle sentenze ideata e diretta negli anni sessanta da Gino Gorla nell'ambito di un ampio progetto su 'L'interpretazione e il valore del precedente giudiziario in Italia', i cui risultati sono apparsi sui Quaderni del Foro italiano fra il 1966 e il 1979»; cfr. già ID., *Sull'uso del diritto romano nella giurisprudenza dei Tribunali italiani moderni in tema di vendita con riserva dell'esercizio minerario*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990* II (Milano 1991) 668 ss.

[31] *Un esempio di interpretazione del legato nel diritto romano* cit. 605. Prosegue l'a. (a p. 605 s.), «La raccolta di un numero assai elevato di sentenze edite e di molte inedite è stata ultimata. I materiali comprendono le sentenze degli ultimi due secoli su singoli argomenti, fra i quali il contratto di deposito, l'interpretazione del contratto, il principio *ratihabitio mandato comparatur*, la buona fede nell'esecuzione del contratto, il modo, la presupposizione, il passaggio dalla *diligentia quam suis* alla *culpa in abstracto* nel deposito, il negozio fiduciario, la gestione d'affari, la revocatoria ordinaria, i limiti verticali della proprietà, gl'incrementi fluviali, l'azione negatoria, la responsabilità da lesione del

Seguendo i suddetti rivoli, uno dei più incisivi strumenti di analisi – con riguardo all'approfondimento delle specifiche questioni sollecitate dalla lettura di pronunce di tal fatta – può certamente essere rintracciato nella nota a sentenza. Difatti, si registrano numerosissimi contributi di romanisti assati, per l'appunto, sulla falsariga del suddetto genere letterario, pur se sovente la lettura della pronuncia – o, più spesso, delle pronunce – rappresenta, per chi vi si appropinqui, lo spunto per allargare il campo d'indagine tanto nelle profondità degli istituti romani, quanto nello spettro del diritto positivo[32], al

possesso, l'accettazione dell'eredità, la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, l'interpretazione del testamento e molti altri ancora. È stata inoltre spogliata per intero la giurisprudenza civile apparsa sul Foro italiano dalla fondazione al 1995. Le sentenze sono organizzate secondo una tipologia dei riferimenti al diritto romano, a seconda, salva l'individuazione di sottotipi, che le fonti romane siano citate esplicitamente, o penetrino nelle strutture profonde e inconsapevoli dell'argomentazione giudiziaria, oppure, non di rado, incidano direttamente, almeno sul piano formale, sul dispositivo, pur sotto l'impero dei codici».

[32] Tra i moltissimi interventi incasellabili nella suddetta categoria possono ricordarsi in questa sede, senza alcuna pretesa di completezza: G. NEGRI, *Sull'uso del diritto romano nella giurisprudenza dei Tribunali italiani* cit. 657 ss.; ID., *Un esempio di interpretazione del legato nel diritto romano* cit. 605 ss.; A. PALMA, *«Diritto a non nascere» e diritto alla salute del nascituro: soggetto o oggetto di tutela. A proposito di Corte di Cassazione, sez. III, 2.10.2012, n. 16754*, in *In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenarii* (Fribourg 2013) 97 ss.; C. CASCIONE, *'Nomen omen'?*, in *Iurisprudentia.it* ([2013] 2015) 1 ss., consultabile online alla pagina web http://www.iurisprudentia.it/public/sentenze/635575630390822500_nomen%20omen.pdf, recentemente ripubblicato con titolo *«Nomen omen»*, in ID., *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 87 ss., con inserzione dell'apparato di note; L. MINIERI, *Sentenze di Cassazione e diritto romano* cit. 25 ss.; A. MEOLA, *Sul 'nato morto': osservazioni a margine di un caso giurisprudenziale*, in C. LANZA (a cura di), *La tradizione classica e l'unità d'Italia* cit. 61 ss.; E. LECCISI, *Le costituzioni imperiali tardoantiche nella motivazione delle sentenze di Cassazione: due esempi*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* XXI. *Frontiere della romanità nel mondo tardo antico. Appartenenza, contiguità, alterità, trasformazione e prassi* (Napoli 2016) 519 ss.; C. CASCIONE, *Nel (cog)nome della madre e contro il fantasma romanistico, il giudice 'delle leggi' abroga… una consuetudine*, in *Iurisprudentia.it* (2017) 1 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 101 ss.]; ID., *Un diritto del concepito non nato (o «nato morto»)? Nota minima su obbligo di sepoltura e 'ius proprium' alla tumulazione nella tomba gentilizia*, in *Liber amicorum per S. Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto* I (Bari 2019) 147 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 115 ss.]; nel medesimo solco, si v. altresì le considerazioni proposte in M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori tra omogeneità e disomogeneità ontologica e storica. La difficile convivenza con la normativa antiusura. Osservazioni a margine di Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442*, in *TSDP*. 12 (2019) 1 ss., in relazione a un percorso giurisprudenziale sul quale si indugerà più oltre (v. *infra*, cap. III). Recentemente, ha sollecitato in vario modo l'interesse dei romanisti una pronuncia della Suprema Corte in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale

(Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit. *infra*, nt. 318); alla sentenza appena richiamata – e, soprattutto, alla lettura critica proposta dalla dottrina romanistica e non solo – è dedicato il successivo § 3. Ad ogni modo, si v., sin d'ora, il repentino commento di C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto. Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016*, in *Iurisprudentia.it* (2016) 1 ss., online alla pagina web http://www.iurisprudentia.it/public/sentenze/636082794913116304_contatto-contratto%20sentenza%20cassazione.pdf [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 121 ss.]; R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 1 ss. (con ampie notazioni di metodo); F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato', diritto romano e tradizione romanistica. Brevi considerazioni a margine di Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188*, in *Agricoltura e Costituzione, una Costituzione per l'Agricoltura. Studi in onore di M. Goldoni* (Pisa 2018) 355 ss.; S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index* 46 (2018) 623 ss. (che pure si sofferma sui presupposti dell'indagine diacronica e sulla letteratura di riferimento). Da ultimo, v. altresì il bel saggio di R. D'ALESSIO, *«Un dogma privo di solide fondamenta». L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*, in *TSDP*. 13 (2020) 1 ss. (se ne può leggere una sintesi nella seconda appendice [*La 'dimensione atemporale': una categoria perduta*] al suo volume *«Quasi sine tempore». La dimensione atemporale nel diritto privato romano* [Napoli 2021] 261 ss.), che muove da una importante pronuncia in cui le Sezioni Unite civili (7 ottobre 2019, n. 25021, in *Notariato* [2019] 649 ss.) – in seguito ad un annoso dibattito – hanno affermato la natura costitutiva degli atti di divisione ereditaria, con un richiamo espresso – pur se solo cursorio – all'*actio familiae erciscundae* (al § 4 delle Ragioni della decisione; per ogni approfondimento, si rinvia alle pagine di R. D'Alessio, ove è anche un ampio apparato bibliografico).

Per uno sguardo alle declinazioni che tali linee di ricerca hanno assunto anche oltre i confini nazionali, si v. – tra i moltissimi – F. REINOSO BARBERO, *España y el Derecho romano actual*, in *Labeo* 32 (1986) 310 ss.; ID., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1987); ID., *El derecho romano como 'desideratum' del derecho del tercer milenio: los principios generales del derecho*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 3 (1997) 23 ss.; P. THOMAS, *The application of Roman law in modern South African law*, in *TSDP*. 3 (2010) 1 ss.; F. DU TOIT, *Roman-Dutch law in modern South African succession law*, in *Ars Aequi* (2014) 278 ss. (sul sistema del *Roman-Dutch law* sudafricano – in cui, com'è noto, il diritto romano e la tradizione romanistica costituiscono una fonte normativa *stricto sensu* – si v., per tutti, A. WATSON, *La formazione del diritto civile* [trad. it. Bologna 1986] 64 ss.; R. ZIMMERMANN, D. VISSER [eds.], *Southern Cross. Civil law and Common law in South Africa* [Oxford 1996] *passim*; ad ogni modo, si v. la recentissima pronuncia della Supreme Court of Appeal of South Africa, Case 636/2019, *Van Meyeren v. Cloete*, 11 settembre 2020, per l'esperimento dell'*actio de papuperie* in relazione ai danni patiti in seguito all'aggressione di una muta di cani); A. DIMOPOULOU-PILIOUNI, *Il diritto privato romano nei tribunali ellenici*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes historicos y orizonte actual* (Pamplona 2014) 1025 ss.; F. SCOTTI, *L'utilizzo del diritto romano come fonte persuasiva nella giurisprudenza inglese: una decisione della House of Lords in materia di responsabilità civile e nesso di causalità*, in *TSDP*. 11 (2018) 1 ss. Un elenco di pronunce delle Corti statunitensi che contengono riferimenti alla esperienza giuridica romana è in D. FIGUEROA, *References to Roman Law in US Courts* (2015) online alla pagina web https://blogs.loc.gov/law/2015/03/references-to-roman-law-in-us-courts/, ove è presente anche un piccolo apparato bibliografico. Con riguardo specifico alle Corti sovranazionali, si v. sin d'ora i contributi di R. KNÜTEL, *Diritto romano e 'ius commune' davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto* III cit. 521 ss.; L. LABRUNA, *«Ius europaeum commune». Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in ID., *Matrici romanistiche* cit. 14 ss.; Con riguardo a tali impostazioni – e, in

fine di sintetizzarne gli elementi di continuità e di discontinuità per fornire un'interpretazione delle vicende esaminate che si giovi del «respiro lungo della storia»[33].

Non a caso, come è stato autorevolmente sostenuto, la nota a sentenza sarebbe stata elevata a «genere letterario classico della nostra letteratura»[34] proprio da un (eccelso) romanista: Pietro Bonfante[35], «[p]rimo allievo e corifeo della scuola di Scialoja»[36]. E non a caso, infatti, una intricata «disputa

specie, a quella di Knütel – si v. la posizione scettica assunta da A. MAZZACANE, *«Il leone fuggito dal circo»: pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index* 29 (2001) 104 ss.; oltre ai richiamati saggi di Labruna e Knütel, si v. altresì, più recentemente, F. REINOSO BARBERO, *El derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista general del Derecho Romano* 10 (2008) 1 ss. (con la versione in lingua tedesca *Ein offensichtliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht*, in *ZSS.* 127 [2010] 345 ss.); ancora, dal medesimo a., si v. *Los principios generales del derecho en el 'impeachment' al lenguaje jurídico*, in F. REINOSO BARBERO, A. MARTÍN MINGUIJÓN (coord.), *Principios jurídicos. Antecedentes históricos de los Principios Generales del Derecho Español y de la Unión Europea* (Madrid 2013) 13 ss.

[33] Prendendo a prestito un'espressione utilizzata da Aldo Schiavone, che leggo nella sua *Premessa* al IV volume della *Storia di Roma*, curato insieme a Emilio Gabba (Torino 1989) 3.

[34] Così N. IRTI, s.v. «*Diritto civile*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* VI (Torino 1990, rist. 1994) 132. Sul punto, cfr. altresì C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso. Una disputa romanistica di primo novecento su collegialità e condominio*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli 2003) 78 e nt. 151 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 38 e nt. 151]; ricorda il suddetto merito bonfantiano, esaltato da Irti, anche Antonio Masi – a margine della feconda collaborazione di Giuseppe Branca con il *Foro Italiano*, a partire da una nota a sentenza pubblicata nel 1950, la prima di una lunghissima serie – nel suo contributo su *L'opera di Giuseppe Branca*, in *Index* 34 (2006) 29.

[35] Che gode di un posto di rilievo nell'Olimpo delle «figure mitiche di romanisti-civilisti» (cfr. C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il terzo millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI [a cura di], *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive* [Torino 2016] 192); per un profilo del giurista di Poggio Mirteto, v. la voce «*Bonfante, Pietro*», redatta da Luigi Capogrossi Colognesi per il *DBGI.* I cit. 292 ss., cui *adde* di recente i saggi raccolti nel volume, curato da I. Piro e S. Randazzo, *I Bonfante. Una storia scientifica italiana* (Milano 2019), ove ulteriori notizie allargate anche alla famiglia di B. Ripercorre un tratto assai rilevante della produzione scientifica bonfantiana C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. *passim*, spec. 60 ss. e 74 ss., con ampi richiami di letteratura nell'apparato di note [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 22 ss., 34 ss.]. In generale, sull'approccio bonfantiano v. anche M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento* (Torino 2007) 25 ss., con letteratura; più di recente ancora, si v. le belle pagine di M. BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia* cit. 77 ss., con ulteriori referenze bibliografiche.

[36] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 53 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 15].

romanistica di primo novecento su collegialità e condominio» – ricostruita e raccontata, nelle sue profondità, da Cosimo Cascione[37] –, che coinvolse, oltre allo stesso Bonfante[38], giuristi del calibro di Carlo Fadda, Silvio Perozzi e Giovanni Pacchioni, si era combattuta (anche) a colpi di annotazioni a pronunce giurisprudenziali[39].

Peraltro, una pronuncia resa dalla Corte di Cassazione torinese il 31 dicembre 1904 in tema di *negotiorum gestio*[40], a conferma di una celebre sentenza emessa dal Pretore di Borgo San Donnino (oggi, Fidenza)[41] – sovente richiamata a proposito dell'utilizzazione delle fonti romane da parte della giurisprudenza moderna[42] – era stata annotata proprio da Pacchioni[43] (nelle cui pagine, forse, è possibile rintracciare altresì una connessione con

[37] Nelle dense pagine del già richiamato saggio *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 39 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 3 ss.], ove è ricostruito nel dettaglio il contesto culturale e accademico in cui si inscriveva la romanistica italiana di quel torno di anni.

[38] Come rileva Cascione (nelle pagine del contributo appena richiamato, a p. 78 [= 38]), attraverso questo «genere letterario suo tipico … Bonfante riesce abilmente a sintetizzare storia e diritto positivo e ad indirizzare autorevolmente l'interpretazione di quest'ultimo». Difatti, «[l]'ormai affermato maestro utilizza con sapienza le tipologie letterarie dello storico del diritto che è allo stesso tempo giurista autorevole e nome di richiamo per il lettore delle testate tecniche» (p. 74 [= 34]). D'altronde, il metodo bonfantiano – più che a rilevare l'utilizzo diretto o indiretto di strumenti tecnici di matrice romana – è proteso a cogliere, eccelsamente, l'eco, nel diritto moderno, delle strutture sociali e giuridiche più antiche e ad interpretare il primo attraverso le seconde: sul punto, v. la pagina di S. PEROZZI, *Rec.* di P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (Firenze 1896), in *BIDR.* 9 (1896) 210 [= in *Scritti giuridici* III cit. 670 s.], testualmente richiamata da C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 96 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 53 s.], ove ulteriori riferimenti bibliografici. Quel che caratterizza la produzione del giurista di Poggio Mirteto, nelle sue continue – e culturalmente elevatissime – oscillazioni tra le strutture (giuridiche e sociali) arcaiche e le morfologie del diritto moderno, è la capacità di cogliere nel sistema – per utilizzare una nota metafora attribuita al grande matematico polacco Stefan Banach – non soltanto le analogie, ma le «analogie tra le analogie».

[39] Sul punto, v. C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 74 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 34 ss.].

[40] Il cui testo è pubblicato in *Riv. dir. comm.* (1905) II, 52 ss.

[41] Sent. 8 febbraio 1904, in *Monitore dei Tribunali* (1904) 494 ss.

[42] Cfr. C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno* cit. 111 ss.; S. SCHIPANI, *Rileggere i 'Digesta'* cit. 52 s.

[43] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui*, in *Riv. dir. comm.* (1905) II, 52 ss.

la sopra evocata disputa su collegialità e condominio, che lo oppose – insieme con gli altri studiosi citati – a Silvio Perozzi)[44].

Il caso è particolarmente interessante[45] – specie nei suoi sviluppi giudiziari, a partire dalle decisioni rese nei gradi precedenti – e merita (anche per le successive reazioni che ha provocato) qualche notazione.

Innanzi al Pretore di (quella che allora si chiamava) Borgo San Donnino (che conosceva, quale giudice di seconde cure, un provvedimento emesso dal Giudice conciliatore di Soragna[46]) si discorreva, in particolare, delle vicende di taluni braccianti della bassa parmense, i quali – alla vigilia della mietitura, nell'estate del 1901 –, ritenendo eccessivamente bassi i salari offerti, deliberarono per uno sciopero di massa. L'iniziativa costrinse i padroni e i fittavoli a formare una Commissione per incontrare una delegazione dei lavoratori onde addivenire a un accordo, che – con i buoni uffici dell'autorità comunale di Soragna – fu, di lì a poco, effettivamente raggiunto. Sennonché, uno dei proprietari – parrebbe, assente (di proposito?) al momento della stipula del 'concordato' – si era, dipoi, rifiutato di garantire le migliorie concesse dagli altri membri della Commissione di cui sopra. Di talché, il padrone 'dissenziente' fu chiamato innanzi al Giudice conciliatore di

[44] Si v. *infra*, 41 ss.

[45] Sintetizzato, anche con ampie citazioni letterali delle pronunce giurisdizionali, da C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno* cit. 111 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

[46] Cfr. le conclusioni del provvedimento, in *Monitore dei Tribunali* (1904) 498 c.1; ulteriori riferimenti *ivi*, 494 c. 3 (dalla medesima sede sono tratte le successive citazioni testuali della pronuncia). Una delle attribuzioni del Pretore, infatti, era proprio quella di giudicare in secondo grado le pronunce rese dai Conciliatori nelle controversie di valore superiore alle lire cinquanta (cfr. l'art. 2, L. 22 luglio 1895, n. 455, sugli uffici di conciliazione; si v., altresì, per tutti, M. D'AMELIO, s.v. «*Giudice conciliatore*», in *Enciclopedia italiana* XVII [Roma 1933, rist. 1949] 305, online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giudice-conciliatore_%28Enciclopedia-Italiana%29/), come nella vicenda che ci occupa. Pertanto, la notazione di T. BALBIANI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 48 nt. 4, per cui le pronunce del Conciliatore «sono impugnabili solo avanti alla Corte di Cassazione», rappresenta una mera svista.

Soragna da uno dei mezzadri, per essere condannato a pagare il corrispettivo stabilito con la successiva determinazione (pur adottata in sua assenza)[47].

In buona sostanza, non essendo esperibile alcuna azione *ex contractu* (di mezzadria) – rimasto formalmente invariato, anche in seguito alla intervenuta conciliazione tra le fazioni – il Pretore, nel confermare in appello la sentenza emessa dal Giudice conciliatore di Soragna, inquadrava la fonte dell'obbligazione di quel proprietario terriero nella *negotiorum gestio*, sulla base (anche)[48] del parere serviano relativo al caso notissimo del cavaliere romano – parimenti 'dissenziente' – che era stato ridotto *in vinculis* dai Lusitani assieme a due sodali, e poi, in un primo momento lui soltanto, liberato[49]. Particolarmente interessante, sul punto, è l'annotazione – di mano anonima (dunque, attribuibile alla direzione del *Monitore*)[50] e di stampo, diremmo, bonfantiano[51] – per cui «[i]l diritto si deve evolvere, deve non fare dei salti».

[47] Con l'accordo, infatti, oltre alle generali migliorie concesse ai braccianti, le parti si erano determinate altresì per corrispondere ai mezzadri – oltre al salario mezzadrile – 1,20 Lire per ogni biolca (corrispondenti a trenta are di terreno coltivato) – somma che il Pretore di Borgo San Donnino definisce atecnicamente «beneficio» e che Pacchioni (*Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 52) ritiene corrisposta «a titolo di indennizzo» onde evitare che soltanto sui mezzadri gravassero i maggiori esborsi per le mercedi dei braccianti; ulteriori notazioni sono *infra*.

[48] Come si dirà immediatamente, i riferimenti all'esperienza giuridica romana nel discorso del Pretore sono molteplici ed articolati; un'indicazione delle principali fonti testualmente richiamate è *infra*, nt. 60.

[49] D. 3.5.20(21) pr. (Paul. 9 *ad ed.*), riportato *infra*, nt. 68.

[50] P. 494 nt. 1-2. La pronuncia, nondimeno, è annotata più oltre nella medesima rivista – alle pp. 681 ss. – da Mario Sarfatti, *Brevi appunti in materia di gestion d'affari. A proposito della sentenza 8 febbraio 1904 della Pretura di Borgo San Donnino*, sul cui contributo si tornerà *infra*.

[51] Cfr. P. BONFANTE, *Storia del diritto* romano I[4] (Roma 1934) vii (ma si v. anche la bella *Prefazione* di Emilio Betti alla medesima edizione della *Storia* bonfantiana ristampata per i tipi di Giuffrè [Milano 1958] vii ss.); ID., *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Rivista italiana di Sociologia* 21 (1917) 53 ss., poi in *Scritti giuridici varii* IV. *Studi generali* (Roma 1925) 46 ss., ora leggibile anche in *Le prolusioni dei civilisti* II. *1900-1935* (Napoli-Roma 2012) 1615 ss., nonché in M. CARAVALE, L. SIGISMONDI, *La facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali* (Napoli 2014) 513 ss. (lo scritto riporta la prolusione romana di B. al corso di Storia del diritto romano del 20 gennaio 1917; sulla celeberrima polemica che ne scaturì – protagonisti, oltre a Bonfante, Benetto Croce e Giovanni Gentile – v., di recente, C. CASCIONE, *Addendum epistolare alla polemica Bonfante versus Croce (e Gentile)*, in K. MUSCHELER [hrsg.], *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift D. Liebs zum 75.*

Invero, la sentenza del Pretore è ancor più rilevante di quanto non sembri ad una prima lettura dei contributi che – più o meno di sfuggita – la richiamano, soprattutto ai fini dell'analisi che ci si prefigge in questa sede. La pronuncia – come esplicita lo stesso estensore[52] – muove da una ricca elaborazione, «col metodo storico», della «teoria della gestione di affari altrui», che occupa una porzione assai sostanziosa della sentenza.

Quel che però colpisce, ancor prima della dozzina di brani dei *Digesta* testualmente richiamati – che risultano davvero molti, anche in rapporto alla mole del provvedimento – è la generale attenzione per il dato storico dimostrata dal Pretore, il quale muove, addirittura, da un breve riferimento all'evoluzione storico-politica che ha interessato la *civitas* arcaica:

> Sino a che in Roma rimase in vigore l'antico organamento gentilizio, questo da solo bastò ad ovviare a qualsivoglia inconveniente fosse potuto derivare dall'assenza, imperocché nel dovere di mutua assistenza che le *gentes* imponevano ai loro membri doveva pur comprendersi quello di provvedere ai bisogni verificantisi nel patrimonio d'un loro membro durante la sua assenza. D'altra parte nei primi tempi di Roma le assenze erano rare, sia per la limitazione del territorio, sia perché il commercio era reputato indegno di liberi cittadini, sia perché difficilissime erano le comunicazioni e relazioni cogli altri popoli vicini, che erano ritenuti nemici finché non fossero

Geburtstag [Berlin 2011] 97 ss.; F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)*, in *LR.* 6 [2017] 243 ss., con letteratura). Tra i molti contributi sul metodo bonfantiano, si v. P. VOCI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* I (Napoli 1953) 101 ss., spec. 109 ss.; M. BRETONE, *Il «naturalismo» del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo* 5 (1959) 275 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di Stato e di famiglia nella storiografia dell''800*[3] (Roma 1997) 272 ss., spec. 277, 285 ss.; più recentemente, v. F. ARCARIA, *Il 'metodo naturalistico' di Pietro Bonfante*, in I. PIRO, S. RANDAZZO, *I Bonfante* cit. 35 ss. Lo storico direttore del *Monitore* – Eliseo Porro – sarebbe dipoi, tra l'altro, stato «impegnato in prima persona» proprio assieme a Bonfante (nonché con Alfredo Ascoli e Carlo Longo) nella *Rivista di diritto civile*: v. M.G. DI RENZO VILLATA, s.v. «*Porro, Eliseo Antonio*», in *DBGI.* II cit. 1618.

[52] P. 496 c. 2.

colla guerra soggiogati. Quando un tale stato di cose ebbe a cambiarsi per avere la potenza romana a sè assoggettati i popoli finitimi, in ispecie dopo le guerre puniche e macedoniche, allargando la cerchia delle sue relazioni esterne, per essere divenuto il commercio la professione preferita del numeroso medio ceto, che con quello a pronta ricchezza mirava, la costituzione della *gens* aveva perduto tutta la sua originaria forza e vitalità. Così le assenze volontarie e coatte si fecero sempre più frequenti, sovrattutto per le intestine guerre civili, ch'ebbero inizio al tempo dei Gracchi, sino a che, verso gli ultimi secoli della repubblica, crearono una situazione di cose veramente intollerabile. Fu allora, e così tra il sesto ed il settimo secolo di Roma, che il pretore pubblicò il suo editto *de negotiis gestis*, con cui conferiva l'*actio negotiorum gestorum*, propria della curatela, a coloro che avessero gerito gli affari degli assenti[53].

A tale esordio segue quella che è stata non a torto definita «una lezione sulla *negotiorum gestio* romana»[54], sorretta da un inquadramento delle fonti principali idonee a esplicarne – pur sinteticamente – essenza e disciplina.

Le citazioni dei *Digesta* giustinianei – preannunciate, sovente, con il termine «legge»[55] – sono riportate, conformemente agli usi di quei tempi, in maniera assai diversa da quella (per vero, più agevole) invalsa in tempi più recenti[56]; difatti, il Pretore si esprime nei seguenti termini[57]:

[53] P. 495, c. 1.

[54] Così C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno* cit. 113. Cfr. altresì le (ironiche) battute iniziali della nota critica – su cui si tornerà – redatta, per il medesimo volume del *Monitore* in cui è pubblicata la pronuncia, da M. SARFATTI, *Brevi appunti in materia di gestion d'affari* cit. 681, di cui si dirà a breve.

[55] Cfr. C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno* cit. 116 (ma v. altresì *ivi*, 11, 97); L. MINIERI, *Sentenze di Cassazione e diritto romano* cit. 49 s.

[56] Cfr., sul punto, S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di storia e d'esegesi del diritto romano* (Milano 1949) 211 s. Si v., altresì, F. DE MARINI AVONZO, *I signori delle fonti. Note sullo stile della romanistica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 9 (1979) 231 ss.

[57] P. 495 c. 1.

L'editto era così concepito: «Ait Praetor. *Si quis negotia alterius* sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo»; L. 3 pr., II, *de neg. gest.*, 3, 5; Ulpiano, libro decimo *ad Edictum*. Esso fu emanato appunto per provvedere alla difesa degli assenti, come c'insegna Ulpiano nella legge 1 D. h. t., 3, 5.: «Hoc edictum necessarium est: quoniam magna utilitas absentiam versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem vel iniuria rem suam amittant»[58].

L'introduzione al tema è di stampo manualistico: «Quattro erano i requisiti per valersi dell'editto *de negotiis gestis*, e così: 1° l'*animus negotia aliena gerenda* [*sic*!]; 2° la mancanza d'un rapporto giuridico validamente precostituito tra il *dominus negotii* e il gestore; 3° la condizione che la gestione fosse *utiliter coepta et gesta*; 4° la circostanza che si trattasse di affari appartenenti, nel momento in cui si prendevano ad amministrare, ad assenti o a persona già morta. Dall'esame delle fonti emerge che il beneficio dell'editto sovraccennato era appunto concesso a coloro che avevano assunto l'amministrazione degli affari d'un assente collo scopo di sostituirsi volontariamente all'attività di quello, e quindi coll'animo di rivolgere il prodotto della loro gestione a favore dell'assente»[59]. Seguono, dipoi, numerosi *exempla* – tratti quasi tutti dai *Digesta* – afferenti alla casistica vagliata dalla giurisprudenza romana in relazione alla gestione di affari altrui[60].

[58] Quindi, le suddette citazioni si riferiscono, rispettivamente, a D. 3.5.3 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*) e D. 3.5.1 (Ulp. 10 *ad ed.*). Sulla *laudatio edicti* ulpianea, v., per tutti, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I. *Azione pretoria e azione civile* (Napoli 1999) 25 ss., con letteratura nell'apparato di note.

[59] P. 495 c. 1 s.

[60] Segnatamente, il Pretore richiama – talvolta riportandone *verbatim* il testo, accompagnandovi, in taluni casi, anche la traduzione – la «legge 6, § 3 D. h. t. [*scil.*, *de*

Ma il Pretore scende ancor più a fondo, discorrendo anche della genuinità di un riferimento contenuto nel frammento ulpianeo conservato in D. 3.5.3 pr.: «… se è vero che l'editto *de negotiis gestis* nacque per provvedere alla cura dei beni degli assenti e dei defunti prima che l'adizione avvenisse, è altresì vero che nel corso del tempo la giurisprudenza ne estese grado a grado l'ambito sino ad applicarlo a tutti coloro che gerissero un affare altrui a sua insaputa e senza che un precedente rapporto obbligatorio ve li spingesse. Gli è perciò che taluno, come l'Atzeri, suppone che nell'editto originario, anziché *si quis negotia alterius....*, si leggesse *si quis negotia absentis....* e che quando l'editto ebbe all'epoca della compilazione giustinianea il suo massimo sviluppo, venisse sostituita la parola *alterius* alla parola *absentis*»[61]. Desta interesse, altresì, il riferimento esplicito alla dottrina (sul cui rilevo si tornerà *amplius* di qui a breve)[62]: verisimilmente, il

negotiis gestis], 3, 5» [= D. 3.5.5.5(6.3) (Ulp. 10 *ad ed.*)]; la «legge 48 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5» [= D. 3.5.48(49) (Afr. 8 *quaest.*)]; «L. 23 *de rebus creditis*, 12-1» [= D. 12.1.23 (Afr. 2 *quaest.*)]; «L. 6, § 8 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5» [= D. 3.5.5.10 (6.8) (Ulp. 10 *ad ed.*)]; «L. 45, § 2 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*]» [= D. 3.5.44(45).2 (Ulp. 4 *opin.*)]; «L. 5 pr. D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5» [il testo riportato corrisponde a D. 3.5.5.2(6 pr.) (Ulp. 10 *ad ed.*)]; «L. 5 pr. D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*]; L. 42 D. h. t.» [= D. 3.5.5 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*); D. 3.5.42(43) (Lab. 6 *post. epit. a Iav.*)]; «L. 29 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5» [= D. 3.5.28(29) (Call. 3 *ed. monit.*)]; «L. 10 D. *si pars hereditatis petatur*, 5, 4; L. 41 [*scil.*, 14] D. *communi dividundo*, 10, 3» [= D. 5.4.10 (Pap. 6 *quaest.*); D. 10.3.14 (Paul. 3 *ad Plaut.*)]; la «legge 9 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5» [= D. 3.5.8(9) (Scaev. 1 *quaest.*)]; la «legge 10 (9), § 1 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5» [= D. 3.5.9(10).1 (Ulp. 10 *ad ed.*)]; «L. 22 (21) D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5; L. § 1 D. h. t.» [= D. 3.5.21(22) (Gai. 3 *ad ed. prov.*); D. 3.5.1 (Ulp. 10 *ad ed.*)]; «L. 3, § 6 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], 3, 5» [= D. 3.5.3.6 (Ulp. 10 *ad ed.*)]; «C. 3 § 10 D. h. t. [*scil., de negotiis gestis*]» [= D. 3.5.3.10 (Ulp. 10 *ad ed.*)]. È altresì richiamato – cursoriamente – un passo del Codice giustinianeo: «Costituzione, 6, C. h. t. [*scil., de negotiis gestis*], II, 18 (19)» [= C. 2.18.6 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Gallo*, a. 207)].

[61] P. 496 c. 1. Conclude il Pretore: «il primo caso in cui si concesse l'*actio negotiorum gestorum* fu quello in cui taluno gerì gli affari d'un *assente*, poi si estese per analogia al caso del non assente, *ma ignorante*, poscia al caso del *dominus* non assente, né ignorante dell'affare gerito dal terzo, ma essendo nullo il rapporto giuridico in base a cui il terzo aveva gerito, in fine si applicarono le norme dell'editto anche al caso di colui che fosse spinto a gerire l'altrui affare dalla necessità di amministrare un affare proprio, che con quello dell'altro fosse indissolubilmente legato». Sul problema testuale v., diffusamente, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I cit. 73 ss. con discussione della letteratura.

[62] *Infra*, § 2.

Pretore doveva avere sul banco una monografia del cagliaritano Francesco Atzeri Vacca[63] edita nel 1890[64].

La pronuncia prosegue raccordandosi con il diritto positivo, indugiando soprattutto, naturalmente, sugli artt. 1141 ss. del Codice Pisanelli[65]. Nondimeno, come si anticipava, il nodo centrale – cui prelude, in sostanza, l'intero provvedimento del Pretore – coincide con la declinazione dei requisiti della *negotiorum gestio* (illustrati con l'ausilio delle fonti romane) nel caso specifico del concordato cui erano pervenuti, in quella estate del 1901, i mezzadri con i (*rectius*: con taluni dei) proprietari terrieri di Soragna.

Difatti, la Commissione aveva stipulato un accordo «promettendo per conto di tutti i proprietari di Soragna ai mezzadri del Comune alla fine dell'anno agricolo il pagamento di L. 1,20, per ogni biolca, pari ad are 30 di

[63] I cui interessi scientifici spaziavano, appunto, dal diritto romano al diritto civile: cfr. la breve voce di A. MATTONE, «*Atzeri Vacca, Francesco*», in *DBGI.* I cit. 122.

[64] *I principj fondamentali della gestione di affari* I. *Sul concetto originario della 'negotiorum gestio' nel diritto romano* (Cagliari 1890). Il riferimento alla sostituzione del lemma *absentis* con *alterius* è, segnatamente, alle pp. 142 ss. Discute l'opinione dello studioso sardo G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I cit. 74 ss.; sul punto – dopo aver confutato le tesi che caldeggiavano, a vario titolo, la suddetta alterazione (spec. alle pp. 77 ss.) – l'a. così conclude: «sebbene sia senz'altro probabile che nell'introdurre l'editto in esame il pretore intendesse soddisfare l'esigenza di evitare l'*indefensio* dell'*absens*, cioè del soggetto che non era presente *in iure*, sembra verisimilmente che una limitazione in tal senso non risultasse al livello dei *verba* edittali» (p. 82).

[65] «Fra tutte le varie specie di gestioni non autorizzate che il diritto romano nel momento del suo massimo rigoglio disciplinava, solo alcune venivano dal nostro legislatore raccolte e regolate nella Sezione II, titolo IV, libro III del codice civile. Suona l'art. 1141 c. c.: "Quegli che volontariamente si assume un affare altrui contrae l'obbligazione di continuare la gestione e di condurla a termine sino a che l'interessato non sia in grado di provvedersi da sé stesso e deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare ed a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un mandato avuto dall'interessato". L'art. 1140 poi così definisce in genere il quasi-contratto: "il quasi-contratto è un fatto volontario e lecito dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti" … Per aversi quindi il quasi-contratto di gestione di negozio altrui, secondo il nostro diritto civile, occorre un atto volontario e lecito compiuto coll'animo di rivolgere l'effetto utile presumibile secondo la sua natura a vantaggio del *dominus negotii*, che abbia per contenuto un affare del *dominus negotii*, non del gestore, che non sia preceduto dall'autorizzazione del *dominus* o imposto da un rapporto giuridico preesistente tra il gestore e colui, cui l'affare appartiene, e infine che per esso l'affare d'altri sia bene amministrato». Continua il pretore, «[è] una ragione sociale ed umanitaria che genera le obbligazioni reciproche fra gestore e *dominus negotii*, e in certi casi … tra il *dominus* e un terzo, quell'impulso verso il bene, che in certe evenienze è provvido venga in soccorso dei cittadini assenti o impediti» (così a p. 496 c. 1 s.).

terreno coltivato, oltre il salario mezzadrile», onde evitare, appunto, che solamente i mezzadri sopportassero le conseguenze economiche pregiudizievoli delle migliorie ottenute dalle altre classi[66]. Il Pretore, a questo punto procede con una sfilza di interrogative dirette: la Commissione ha compiuto una valida gestione di negozio altrui? La sua intromissione negli affari degli altri proprietari non presenti costituisce un fatto volontario e lecito? Era possibile conseguire – ugualmente – una riappacificazione obbligando una parte soltanto dei proprietari a venire incontro ai mezzadri? La Commissione ha amministrato bene l'affare degli altri proprietari non presenti, ivi compreso chi – poi soltanto – dissentì?

Con riguardo al requisito della volontarietà, si osserva: «Né la pressione che sulla Commissione esercitò la minaccia del sciopero, inducendola a promettere non solo per sé, ma anche per gli altri proprietari e fittaioli, toglie nulla alla volontà della non autorizzata gestione, e il caso è contemplato da Ulpiano là dove dice: " Hac actione tenetur non solum is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiserit se negotius alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitate suspicione gessit ". (C. 3 § 10 D. h. t.)»[67]. Ecco, allora, la rievocazione dell'episodio tramandato in D. 3.5.20(21) pr.[68]: «I Lusitani avevano fatto tre prigionieri di guerra e per liberarli

[66] P. 496 c. 2 s. L'aspetto sarà posto nuovamente in luce in sede di ricorso per cassazione – sul quale ci si soffermerà più oltre –, ove il proprietario lamenterà, altresì, il disconoscimento da parte della Commissione della natura «personale e aleatoria del contratto di mezzadria», che avrebbe dovuto rendere del tutto indifferente per il padrone del fondo «le fluttuazioni del prezzo della manodopera» (censura, anche questa, dipoi respinta dai giudici subalpini); sul punto, v. altresì la menzionata annotazione di Pacchioni, *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 52 (ove si fa riferimento ad un «indennizzo» accordato ai mezzadri), 54 s. (in uno col testo della medesima sentenza della Cassazione, pp. 56 ss.).

[67] P. 496 c. 3. Il richiamo (come segnalato s*upra*, nt. 60) è a D. 3.5.3.10 (Ulp. 10 *ad ed.*).

[68] Paul. 9 *ad ed. Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.* Sul frammento, per tutti, v. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I cit. 82 ss.; 173 nt. 29, con

pretendevano dai tre una data somma a titolo di riscatto. Venne mandato uno di loro in patria coll'incarico di tornare colla somma necessaria per la liberazione di tutti e tre. L'inviato non faceva ritorno, per modo che gli altri due per riacquistare la libertà dovettero pagare anche la quota del terzo. Orbene il giurista Servio nella legge 20(21) D. h. t. [*scil.*, *de negotiis gestis*] sentenziava che ai due che avevano pagato pel terzo era giusto competesse l'*actio negotiorum gestorum* contro di lui per farsi rimborsare il più voluto»[69].

Sull'onda del frammento paolino, poi, il Pretore prosegue calcando ancor più la mano[70]: «Che se dalla speciale condizione in cui si trovava la rappresentanza dei proprietari si dovesse trarre delle conseguenze giuridiche, si dovrebbe dire che se anche in tale frangente alcuno dei proprietari avesse esposto il suo dissenso dal sottoscrivere il concordato 1 luglio, e così anche il patto dell'uno e venti, verseremmo in uno dei pochissimi casi in cui l'opposizione del *dominus* non varrebbe a rendere inefficace l'utile gestione del gestore»[71]. Pertanto, «anche se il signor ing. Bassani, anziché non farsi vivo durante il periodo acuto dell'agitazione dei contadini, si fosse mostrato e avesse proibito alla Commissione già ricordata di stipulare per lui, tale proibizione non avrebbe valso nulla, come non avrebbe valso il dissenso di uno di tre viandanti dai malandrini catturati, ad impedire agli altri due di pagare la taglia per la liberazione di tutti e tre agendo poscia contro il dissidente per lo sborso della sua quota in base all'art. 1144 c. c.»[72].

indicazioni di letteratura; cfr. altresì le brevi considerazioni di A. GUARINO, *I prigionieri dei Lusitani*, in *Linee di tutti i giorni* (Napoli 2006) 58 ss.

[69] P. 496 c. 3.

[70] In un passaggio che – lo si vedrà immediatamente – sarà sottoposto a revisione critica da avveduta dottrina.

[71] P. 496 c. 3.

[72] *Ibidem* e p. 497 c. 1. La chiosa è – ancora – una *laudatio* alle soluzioni elaborate dal diritto di Roma antica: «Ciò dimostra che molto a ragione il diritto romano prima, il nostro poi sottrassero il giudizio sull'utilità della gestione alla ratifica del dominio *negotii* per assegnarlo al magistrato».

Di qui, la netta conclusione: il 'cavaliere dissidente' (o forse, si vedrà, «mezzo consenziente») – tale ing. Bassani – «per l'art. 1144 c. c. deve adempiere i patti del Concordato 1 luglio 1901 della Commissione dei proprietari a favore delle varie classi di lavoratori della terra, e fra gli altri quello dell'uno e venti a favore dei mezzadri»[73].

Resta, soltanto, da vagliare un'ultima «grave questione di procedura»[74] e, segnatamente, se il mezzadro (in teoria, terzo rispetto al rapporto gestorio intercorso tra la Commissione e l'ing. Bassani) ha o meno «azione diretta verso il *dominus negotii*, di cui, sia pure in esecuzione del contratto stipulato col gestore, ha in realtà utilmente gerito l'affare»[75].

La risposta – manco a dirlo – è nella trama dei *Digesta*: «Il quesito è risolto dalla legge 6 § 1 h. t. [*scil.*, *de negotiis gestis*] 3. 5, ch'è così concepito: " Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione ut creditorem tuum vel pignus liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam "»; di talché, «il terzo (mezzadri, e qui il Mora) ha l'azione *negotiorum gestorum* contro il *dominus* (proprietari, e qui il Bassani), purché provi, oltreché il concorso dei requisiti necessari al quasi-contratto di gestione d'affari altrui, di aver stipulato non tanto per riguardo al gestore (Commissione) quanto per riguardo al *dominus* (proprietari, e qui il Bassani) per liberarlo da una minaccia di un danno presentatosi nel suo patrimonio o nella sua persona (nel caso nostro lo sciopero che minacciava d'impedire o procrastinare la mietitura e quindi di mandare a male il raccolto del grano)»[76].

Non manca, in chiusura, un ulteriore elogio alla ricerca della giustizia 'sostanziale', quella «vera giustizia» già perseguita dal «pretore romano

[73] P. 497 c. 1.
[74] *Ibidem.*
[75] *Ibidem.*
[76] P. 497 c. 3. La fonte richiamata corrisponde a D. 3.5.5.3(6.1) (Ulp. 10 *ad ed.*), su cui v. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* II.1. *Requisiti delle 'actiones negotiorum gestorum'* (Cassino 2003) 435 ss.

[che] si copriva di gloria, temperando ed integrando il vecchio rigoroso diritto civile della Roma quadrata», in aperta polemica con quanti, ancorati a rigidi formalismi, amino «fermarsi alla corteccia delle leggi, mal soffrendo la fatica che importa l'addentrarsi nelle viscere loro, nell'animo che le ispira e le vivifica»[77].

La sentenza del Pretore, per concludere, pare annodata più alla esperienza giuridica romana che non al diritto civile vigente; ma al di là dello stile che contraddistingue il provvedimento – ove, si è visto, i frammenti dei *Digesta* paiono fungibili (e legati in una inestricabile trama) con gli articoli del Codice Pisanelli –, quel che forse risulta ancor più interessante è il tenore delle reazioni che esso ha suscitato.

Si è già accennato che il medesimo volume del *Monitore dei Tribunali* (che in quegli anni costituiva «vera palestra di discussione dei tormentati problemi dai risvolti giuridici che una società in continua evoluzione poneva agli operatori»[78]) in cui la sentenza è stata pubblicata ha ospitato, altresì, un'annotazione assai critica del provvedimento, redatta da un «avvocato del Foro torinese», Mario Sarfatti[79]. Già le primissime battute del breve contributo risultano permeate da un velo di ironia: «A pag. 494 di questo volume si legge una sentenza del Pretore di Borgo S. Donnino dell'8 febbraio 1904, la quale è un buono studio di diritto romano, che fa onore a chi l'ha concepita ed elaborata. Con accurata osservanza della più recente dottrina, è

[77] P. 497 c. 3.

[78] Così M.G. DI RENZO VILLATA, s.v. «*Porro, Eliseo Antonio*» cit. 1619.

[79] *Brevi appunti in materia di gestion d'affari* cit. 681 ss. Sulla figura di Sarfatti, si v. sin d'ora A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone: il contributo di Mario Sarfatti (1876 – 1962) alla comparazione giuridica*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Lavorando al cantiere del 'Dizionario Biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)'* (Milano 2013) 589 ss. (e spec., per sua collaborazione con il *Monitore*, p. 603 s.), ove è un'ampia mole di dati sulla formazione e sugli interessi scientifici di S. che – si vedrà – pure torneranno utili (cfr. altresì, assai più brevemente, EAD., s.v. «*Sarfatti, Mario*», in *DBGI.* II cit. 1804). Il pregevole lavoro di Annamaria Monti è corredato altresì da numerosi (e preziosi) riferimenti ai *Verbali della Facoltà di giurisprudenza* dell'Archivio storico dell'Università di Torino, che contribuiscono a delineare gli equilibri dell'Ateneo subalpino in quegli anni (e in specie, per quel che qui rileva, la vicinanza di Sarfatti a Pacchioni).

svolta con maestria la teorica della *negotiorum gestio* e con molto criterio pratico questa viene adattata alle nuove condizioni di vita moderna. La conclusione alla quale però giunge la sentenza in modo così assoluto ci fa dubitare che di qualche elemento non sia stato tenuto conto …»[80]. Nondimeno, a siffatto esordio fa da pendant la nota della Direzione della Rivista in calce[81]: «Pubblichiamo con piacere questo scritto dell'egregio avv. Sarfatti, del Foro torinese, perché amanti della discussione, ma dichiariamo apertamente che dissentiamo da lui sul punto fondamentale. Diciamo di più, che la naturale, necessaria evoluzione degli istituti giuridici della specie di quelli di cui si tratta, non sarebbe mai stata o non sarebbe più possibile, se si dovessero seguire i rigidi formalistici criteri segnati dall'egregio scrittore»[82].

La critica di Sarfatti muove da quello che – nella sua ottica – è un principio saldo già nella mente dei giuristi romani: l'intervento del terzo nella sfera patrimoniale altrui già in quei tempi «si vedeva di mal occhio», come testimonia la *regula* pomponiana per cui *culpa est immiscere se ad rei se non pertinenti*[83]. Le obiezioni proposte si articolano principalmente lungo due direttrici: la prima concerne la possibilità di considerare realmente 'assenti' i

[80] *Brevi appunti in materia di gestion d'affari cit.* 681 c. 1.

[81] P. 861, in nt. *.

[82] Tra l'altro, Sarfatti riprende testualmente una stringa dell'elogio – in quella sede, sincero – alla pronuncia, già richiamato, alla nt. 1-2 di p. 494 (di mano anonima); cfr. *supra*, su nt. 50.

[83] *Brevi appunti in materia di gestion d'affari* cit. 681 c. 2 s. e nt. 3. Il frammento evocato è D. 50.17.36 (Pomp. 27 *ad Sab.*), che era stato richiamato – quale portatore di un principio opposto a quello «fondamentale della *negotiorum gestio*» – da V. SCIALOJA, Nota a Corte di Cassazione di Roma, udienza del 21 novembre 1888, in *Foro it.* (1914) I, 941 ss. (nell'estr. con titolo *Della 'negotiorum gestio prohibente domino' ed in ispecie dell'azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore*) [= con qualche aggiunta in *Studi giuridici* III. *Diritto privato – Prima parte* (Roma 1932) 389 ss.], contributo che – se ben s'intende – è quello cui si riferisce Sarfatti alla nt. 4 di p. 681 c. 3 (segnatamente, Scialoja menziona la *regula* pomponiana alla c. 951). La stringa scialojana è ripresa quasi testualmente anche da G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile* (Lanciano 1893) 283. Peraltro, il medesimo brano pomponiano è stato più volte ripreso, con riguardo al diritto vigente, da P. GALLO, s.v. «*Gestione d'affari altrui*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* VIII (Torino 1992) 698 e 701 (v. anche la voce in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.* VI [Torino 2011] 424 e 425).

padroni renitenti[84]; con la seconda, invece, si contesta la liceità della gestione della Commissione, che sarebbe giunta a comprimere eccessivamente «il dominio patrimoniale dei singoli *domini*»[85].

Lasciamo per un momento da parte Sarfatti, sulla cui storia – una storia complicata, resa ancor più tortuosa dalle persecuzioni razziali[86] – si dovrà tornare a breve. La sentenza del Pretore di Borgo San Donnino – evidentemente, anche e soprattutto in ragione della delicatezza della materia trattata – aveva trovato ulteriori riscontri anche sulle pagine di una Rivista non propriamente giuridica, *La Riforma Sociale*, all'epoca diretta congiuntamente da Francesco Saverio Nitti, Luigi Roux e Luigi Einaudi. Un volume del 1905[87] aveva ospitato un contributo di Giuseppe Prato, *Tra scioperi e serrate*[88], in cui l'economista torinese – di orientamento liberal-conservatore[89] –, dopo aver raccolto e analizzato svariate notizie inerenti a taluni scioperi, agrari e industriali, organizzati in Italia e a Marsiglia nei primi anni del Novecento, si diffonde in un ultimo, breve, paragrafo – anch'esso ironico sin dall'intitolazione – sulla «Giurisprudenza avveniristica in materia di sciopero»[90]. A tal proposito, si legge, in apertura, «A complemento degli appunti in materia di sciopero, tornerà interessante ricordare una recente interpretazione di legge italiana, sulla cui importanza richiama giustamente

[84] Su questo aspetto, in particolare, Sarfatti insiste sulla nozione di *absentia domini* elaborata da Pacchioni nel suo *Trattato della gestione degli affari altrui* cit. 304; il passaggio – lo si vedrà più oltre – è rilevante, in quanto solleciterà lo stesso Pacchioni – nella sua annotazione alla pronuncia della Cassazione torinese che confermerà *in toto* la sentenza del Pretore – a precisare ulteriormente la sua posizione (cfr., sin d'ora, G. PACCHIONI, *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 56); e rileva, altresì, per comprendere come il peso ascritto al «mezzo consenso» o al dissenso del *dominus* incida sulla costruzione dogmatica della *negotiorum gestio*: cfr. *infra*, in questo §.

[85] *Brevi appunti in materia di gestion d'affari* cit. 682 c. 2.

[86] *Infra*, su e in nt. 188.

[87] *Anno XII – Volume XV (Seconda serie)*.

[88] Alle pp. 485 ss.

[89] Cfr. F. IEVA, s.v. «*Prato, Giuseppe*», in *DBI*. LXXXV (Roma 2016) 282 s., online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-prato_%28Dizionario-Biografico%29/; posizioni, le sue, che lo avevano condotto sovente a scontrarsi con le correnti socialiste e, successivamente, con Antonio Gramsci (ne dà una sommaria notizia anche G. SAVANT, *Luigi Einaudi e Antonio Gramsci*, in *Studi Storici* 53 [2012] 653 nt. 48).

[90] G. PRATO, *Tra scioperi e serrate*, in *La Riforma Sociale* 12 (1905) 494 s.

l'attenzione l'avvocato Mario Sarfatti in un sobrio commento»; segue l'enunciazione del principio estrapolato dalla sentenza del Pretore[91]. Soggiunge Prato – il quale, peraltro, si era laureato in giurisprudenza e s'era anche avviato alla pratica forense, prima di dedicarsi agli studi economici[92] – «[l]e promozioni miracolose del *buon giudice* Magnaud van moltiplicando, come si vede, anche di qua dell'Alpi, le schiere dei suoi imitatori[93]; e quel povero Diritto Romano presta con esemplare compiacenza gli argomenti anche alle motivazioni più radicalmente contrarie al rigore logico del suo spirito conservativo. Ma, nonostante gli arzigogoli di dottrina su cui si vorrebbe assidere il novissimo postulato, non riesce difficile al commentatore [*scil.*, Sarfatti] dimostrarne la fallacia, richiamandosi alla purezza di fondamentali principii». «L'istituto della *negotiorum gestio* a cui il magistrato volle appoggiare il proprio asserto» – continua Prato – «ha per elementi essenziali: 1° la prova che coloro nel cui nome si agisce sian veramente assenti, cioè in condizioni che, *a loro insaputa*, o nella loro *materiale impossibilità di agire*, debban da altri esser geriti i loro affari; 2° che l'intervento non richiesto del terzo gestore risulti in un vantaggio

[91] G. PRATO, *Tra scioperi e serrate* cit. 494. Naturalmente, il «sobrio commento» di Sarfatti cui allude Prato è l'annotazione apparsa sulle pagine del *Monitore dei Tribunali* di cui abbiamo già discusso *supra* (citata dall'economista alla nt. 1).

[92] Cfr. F. IEVA, s.v. «*Prato, Giuseppe*» cit. 282.

[93] Il celeberrimo Paul Magnaud – soprannominato, com'è noto, 'le bon juge' – proprio in quel torno di anni aveva reso, tra le tante altre, diverse pronunce assai benevole nei confronti dei lavoratori francesi, schierandosi anche, in particolare, a favore del libero esercizio del diritto di sciopero: cfr., recentemente, M. ROBERTAZZI, *Giurisprudenza e responsabilità morale: il "buon giudice" Magnaud*, in *Universitas* 28 (2018) 96 ss. (spec. a p. 95 s. per il caso di un bracciante agricolo che – egli soltanto – aveva scioperato rifiutando una paga eccessivamente bassa). C'è da dire che il giudice transalpino – divenuto una icona della 'buona' giustizia 'sostanziale', disancorata da rigidi formalismi – è stato altresì utilizzato, all'inverso, quale esempio (negativo) di uso politico del diritto: cfr. le battute – come di consueto, caustiche – di F. GAZZONI, *Introduzione*, in *Manuale di diritto privato*[18] (Napoli 2017, ma 2007) lvii, ove può leggersi, altresì, come «più che mai attuale è … l'ammonimento di Vittorio Scialoja, secondo cui "aequitas legislatori, jus iudici magis convenit"» (leggo la citazione di Scialoja nel discorso *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Studi giuridici* III. *Diritto privato – Prima parte* [Roma 1932] 15; sulla «suddetta formulazione icastica», v. E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti nell'interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia* 48 [2014] 86, su e in nt. 110, con referenze).

incontestabile a pro di quelli nel cui nome si agisce. Né l'uno né l'altro di tali requisiti si verifica nel caso nostro; dacché non era punto dimostrato si trattasse di *assenza forzata* per parte dei proprietari dissidenti, e non piuttosto di deliberata astensione da un'adunanza che avrebbe potuto creare a loro carico obblighi giudicati più dannosi della perdita di tutto il raccolto». Di qui – si conclude – «lo sfasciarsi della tesi del bravo Pretore, che per voler troppo agilmente spaziare *in jure condendo*, ha perdute di vista le norme tassative e precise del diritto vigente in questa materia»[94].

In buona sostanza: quel che sembrerebbe emergere dagli interventi a margine della sentenza del Pretore – e soprattutto dalle pagine di Giuseppe Prato, pur profondamente intrise delle sue idee conservatrici – è una ipotesi (risalente, ma assai consistente) di quel deprecabile «uso politico del diritto romano» su cui tanto ha insistito, in tempi recenti, Alessandro Somma[95].

[94] G. PRATO, *Tra scioperi e serrate* cit. 495.

[95] Cfr. *L'uso giurisprudenziale della comparazione del diritto interno e comunitario* (Milano 2001) 287 ss.; *«Roma madre delle leggi». L'uso politico del diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 32 (2002) 153 ss.; *Da Roma a Washington*, in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni* cit. 169 ss., *passim*. Non è un caso se nell'ultimo dei contributi menzionati (segnatamente, alle pp. 217 ss., ma v. già *«Roma madre delle leggi»* cit. 168 ss.) Somma richiama, a titolo esemplificativo, «una pronuncia della Cassazione italiana su una vicenda – si direbbe forse ora – di *mobbing*, decisione in cui si prospetta un uso del diritto romano come strumento da utilizzare nella lotta di classe o almeno nello sforzo di incidere sul bilanciamento degli interessi tra le classi» (così a p. 217): com'è evidente, la materia giuslavoristica – in astratto – si mostra ancor più sensibile di altre ai suddetti pretesi 'usi politici' dell'argomento storico. La decisione evocata (su cui Somma aveva insistito già in *«Roma madre delle leggi»* cit. 168 ss.) è Cass. civ., Sez. lav., 29 novembre 1985, n. 5977, in *Giust. civ.* (1986) I, 357 ss., il cui estensore fu Giovanni Micali (che ricorda la pronuncia – sintetizzandone i riferimenti romanistici – in *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 503 ss.; il suddetto contributo è stato definito – da C. MASI DORIA, *Alimentazione e «cura corporis»* cit. – alla stregua di un «repertorio romanistico-lavoristico», ove sono compendiate numerose pronunce che, nel suddetto ambito, hanno attinto – in maniera più o meno tecnica – alle fonti romane). I titoli prescelti da Somma per i paragrafi in cui ha inscritto la richiamata sentenza sono particolarmente eloquenti: «Il diritto romano al servizio della lotta di classe» (*«Roma madre delle leggi»* cit. 167); «Roma marxista» (*Da Roma a Washington* cit. 212). C'è da dire che, al di là delle radicali posizioni espresse da quest'ultimo (su cui si v., sin d'ora, le considerazioni recentemente svolte da G. SANTUCCI, *Introduzione ai temi del convegno*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA [a cura di], *Fondamenti del diritto europeo* cit. 16), la sentenza di cui sopra era stata segnalata «per la sovrabbondanza di riferimenti al diritto romano per la soluzione del caso» già da O. MAZZOTTA, *Diritto di critica e contratto di lavoro* (Nota a Cass. civ., Sez. lav., 25 febbraio 1986, n. 1173), in *Foro it.* (1986) I, 1882. Per un recente contributo che pure trae spunto dall'uso del diritto romano in una pronuncia

Tuttavia, potrebbe scavarsi ancora un po' più in fondo, cogliendo un altro spunto che proviene dagli ulteriori sviluppi giudiziari delle vicende di Soragna. Difatti, il 'proprietario dissidente' – l'ingegner Bassani – non ci stava, e proponeva ricorso innanzi alla Corte di Cassazione di Torino, lamentando la violazione dell'art. 1123 cod. civ. (ove era stabilita la forza di legge del contratto – nel caso di specie, di mezzadria – stipulato dai paciscenti), degli artt. 1140, 1141 e 1144 cod. civ. («contestando nell'operato della Commissione il concorso degli estremi di un'utile gestione»), nonché degli artt. 3 e 5 delle disposizioni preliminari al Codice civile «per avere il Pretore inspirata la sua pronuncia a criteri giuridici incerti ed a concetti soggettivi e tendenziosi, meglio che a precise disposizioni di legge».

La Cassazione subalpina si pronunciava il 31 dicembre 1904[96] confermando *in toto* il *decisum* del Pretore di Borgo San Donnino, dando torto – per la terza volta – a quel proprietario terriero della bassa parmense. Nella sentenza, i riferimenti alle fonti romane – rispetto al provvedimento impugnato – risultano certamente asciugati, ma non scompaiono; a proposito

della Suprema Corte in ambito giuslavoristico, si v. C. MASI DORIA, *Alimentazione e «cura corporis»* cit. (segnatamente, Cass. civ., Sez. lav., 18 marzo 1983, n. 4958, in *Giust. civ.* [1983] 3193 ss., anch'essa segnalata nel «repertorio» di Micali [alla c. 508]). In generale, sui temi sino ad ora lambiti, si v. altresì i contributi di A. MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, *in Dir. rom. att.* 4 (2000) 37 ss. (da cfr. con le osservazioni di C.A. CANNATA, *Cuiusque rei potissima pars principium*, in *Dir. rom. att.* 6 [2001] 157 ss.); ID., *Ancora sulle smanie 'romanistiche'*, in *Labeo* 48 (2002) 7 ss.; ID., *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, in P. ZAMORANI, A.D. MANFREDINI, P. FERRETTI (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004* (Torino 2005) 93 ss.; T. GIARO, *«Comparemus!». Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Riv. crit. dir. priv.* (2001) IV, 539 ss.; cfr., poi, V. MANNINO, *Considerazioni intorno a una presunta pandettistica di ritorno*, in *Eur. dir. priv.* (2005) 365 ss. [= in *Questioni di diritto* (Milano 2007) 1 ss.]; nonché, più recentemente, G. SANTUCCI, *Introduzione ai temi del convegno* cit. 14 ss.; R. FIORI, *Fondamenti del diritto europeo: problemi scientifici, didattici, accademici*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo* cit. 119 s. nt. 4. Per una sintesi, v. F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index* 33 (2005) 83 ss., che ricostruisce accuratamente il denso dibattito di quel torno di anni.

[96] La sentenza è stata pubblicata nella *Rivista del diritto commerciale* (1905) II, 52 ss., luogo da cui sono tratte le indicazioni successive (anche i virgolettati relativi ai motivi di ricorso sono ricavati dalla pronuncia della Cassazione torinese).

della seconda censura, in particolare, osserva il Collegio che «[i]l giudizio … sull'utilità della gestione è provvidamente sottratto all'arbitrio dell'amministrato e riservato al Giudice (*Quod utiliter gestum est necesse est apud judicem pro rato haberi,* L. 3 Dig., *De neg. gestis*) e forma il tema di un apprezzamento di fatto irrefutabile in questa sede, salvo che emerga inficiato da errori di diritto»[97]. Dipoi, «[l]'obbietto, che la Commissione abbia ceduto alla violenza, quand'anche fosse in fatto attendibile, nulla toglierebbe alla legalità della gestione: *Hac actione tenetur et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit* (L. 5 Dig. e. t. [*scil.*, *de negotiis gestis*]). Nella necessità sta anzi riposta la ragione giustificativa della intromissione negli affari altrui»[98].

Con riguardo, infine, alla tendenziosità e al soggettivismo della motivazione pretoria, il Collegio statuisce che «il rimprovero è immeritato»[99]: «[a]ccennò è vero il Pretore, proponendosi il quesito quale fosse l'indole della azione spiegata dal Mora, che la medesima potesse anche avere attinenza alla *de in rem verso*, stante l'ingiusta locupletazione che il Bassani avrebbe a suo danno consumata qualora fosse riuscito ad esimersi dal contribuire per la sua parte alla salvezza dei prodotti, ma in seguito poi bastò unicamente il suo responso sui principii informatosi della *negotiorum gestio*, per cui è indotta la ratifica legale all'utile operato di chi per solo debito

[97] P. 57. La citazione corrisponde a D. 3.5.8(9) (Scaev. 1 *quaest.*), già rievocata dal Pretore (cfr. *supra*, nt. 60). Sul frammento – e spec. sul parere di Cervidio Scevola – v. ancora, per tutti, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* II.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità* (Cassino 2006) 584 ss. (anche per la connessione con D. 17.1.50 pr. [Cels. 38 *dig.*], a p. 587 s.), ove indicazioni di letteratura e fonti ulteriori.

[98] P. 57 s. Il frammento conservato in D. 3.5.3.10 (Ulp. 10 *ad ed.*) era stato testualmente ripreso anche dal Pretore: cfr. *supra*, su nt. 67. Soggiunge la Cassazione torinese: «L'apprezzamento per ultimo del Giudice che solo mediante il Concordato sia stato possibile scongiurare collo sciopero la perdita dei raccolti disapplica l'ulteriore obbiezione del Bassani che il solo mezzadro sia stato avvantaggiato, non potendosi disconoscere che al raccolto fossero cointeressati per la rispettiva quota anche i proprietari e non potendo parlarsi di responsabilità per danni quando *absque culpa* il mezzadro si sarebbe trovato nella impossibilità più che nella semplice difficoltà di effettuare la raccolta».

[99] P. 59.

di socievolezza *aliena negotia sponte et grate suscepit*; e lo stesso Bassani lo ha voluto riconoscere formulando il secondo mezzo del ricorso»[100]. Per concludere – con buona pace del ricorrente –, «se nella chiusa del suo pregevole elaborato il Pretore alluse anche alle odierne tendenze del progresso legislativo a disciplinare il contratto di lavoro, ed in specie quei contratti collettivi in cui da taluni si vorrebbe che la maggioranza potesse vincolare la minoranza dissenziente, di questa divagazione non ha ragione di allarmarsi l'ing. Bassani, che non comparve ad ostacolare col suo voto il componimento, e le sue postume resistenze vede oggi rimosse in base a disposizioni del diritto positivo vigente», le quali – si noti – «si retrotraggono all'equità del Pretore Romano»[101].

La pronuncia della Cassazione subalpina – lo si accennava poco più sopra – era stata annotata sulle medesime pagine della *Commerciale* da Giovanni Pacchioni[102], da poco rientrato in Italia, all'Università di Torino,

[100] P. 59.

[101] *Ibidem.*

[102] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 52 ss. Un dato ulteriore contribuisce a restituire un'immagine della temperie 'romanistica' di quelle annate: la sentenza della Cassazione torinese annotata da Pacchioni è preceduta – in quello stesso volume della *Commerciale* (pp. 45 ss.) – dalla pubblicazione di un'altra (notissima) pronuncia della medesima Corte del 27 dicembre 1904, in materia di compromessi e lodi fra industriali («prima sentenza di Cassazione che, affermando la validità dell'arbitrato libero, poneva con sicuro intuito il nuovo istituto sul terreno contrattuale»: così L. BIAMONTI, s.v. «*Arbitrato (dir. proc. civ.)*», in *Enc. dir.* II [Milano 1958] 936), la quale – pur se cursoriamente – chiama in causa il diritto romano, e, segnatamente, «il *pacta servabo* dell'antico pretore»; in particolare, si legge nella motivazione che con l'accordo contrattuale ex art. 1098 cod. civ. i paciscenti ben possono convenire «in un modo di componimento amichevole anche con rimettersi al giudizio imparziale di terze persone … e il loro accordo sovra questo modo di comporre amichevolmente le loro differenze, non essendo loro vietato da alcuna legge, dovrà avere necessariamente l'efficacia di un vincolo giuridico contrattuale. *Ait Praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta principum, neque quo fraus quique eorum fiat facta erunt, servabo* (l. 7, § 7 D. *De pactis*)» (il riferimento è al notissimo frammento ulpianeo conservato in D. 2.14.7.7 [Ulp. 4 *ad ed.*]). L'annotazione in calce a quest'ultima sentenza (intitolata *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*) reca la illustre firma di un altro romanista, a Pacchioni «unito in stretta colleganza»: Pietro Bonfante (che il primo considerava – assieme a Vittorio Scialoja – suo maestro: cfr. C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 69 e nt. 128 [= 29 s. e nt. 128]; sull'ingentissimo apporto di B. alla *Commerciale*, v. *ivi*, 92 e nt. 209 [= 50 e nt. 209], con indicazioni bibliografiche). La nota di Bonfante – che accoglie con favore la decisione della Cassazione torinese – ha

per insegnarvi materie romanistiche, dopo aver trascorso due lustri presso l'Università di Innsbruck[103].

Pacchioni si era già diffusamente occupato della *negotiorum gestio*, avendo dato alle stampe già nel 1893 – pochi anni dopo la laurea ed il quasi immediato conseguimento della libera docenza in Diritto romano (1891)[104] – per i tipi di Carabba il suo *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, ed essendo intervenuto sul tema ancor prima – nel 1889 – con un corposo saggio, raccolto nei suoi *Studi di diritto privato*, incentrato sui profili di responsabilità del gestore[105].

La nota è al contempo netta nei toni e misurata: equilibratamente, infatti, prende in considerazione sia il percorso argomentativo del Pretore che quello – sostanzialmente adesivo – del Collegio subalpino, evidenziandone

---

rappresentato, dipoi, uno dei capisaldi in materia di arbitrato irrituale: cfr., per tutti, L. BIAMONTI, s.v. «*Arbitrato (dir. proc. civ.)*» cit. 936 ss., 948 s. (più di recente, v. N. RAMPAZZO, *'Sententiam dicere cogendum esse'. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico* [Napoli 2012] 27 nt. 54, con altre indicazioni bibliografiche). In quelle fitte pagine, il Maestro coniuga – come di consueto – una ricognizione 'tecnica' (pur se sintetica) delle principali fonti romane utili a supportare la ricostruzione della Cassazione con considerazioni di stampo generalissimo, collocabili in quell'incerta area che lambisce al contempo la sociologia e i fondamenti dell'ordinamento giuridico. Può leggersi, ad esempio: «si avrebbe … gran torto di ritenere … che lo stato voglia portata avanti a sé, ai suoi organi, qualunque divergenza giuridica in cui non sia interessato che il singolo. Non solo ciò oltrepassa smisuratamente le forze dello stato, che è una organizzazione umana, non una potenza divina, ma non è conforme ai suoi fini. Lo stato abborre precisamente dalla giustizia privata nel senso della esecuzione, ma la promuove, la desidera nel senso della conciliazione, della eliminazione delle controversie: se le parti si accordano, nulla di meglio, anche se per avventura l'una di esse rinuncia alla sua pretesa giuridica integrale. Circondata di solenni formalità era ogni convenzione del diritto classico di Roma: un solo tipo ne era assolutamente scevro, l'accordo fra le parti per eliminare la controversia, rinunciando il creditore in tutto o in parte alla sua pretesa, il *pactum* o la *pactio*, il far la pace d'amore e d'accordo …» (così a p. 48 s.). In tema, si v. altresì la successiva annotazione di Pacchioni a Corte di Cassazione di Roma, 20 gennaio 1911, *'Arbitrium merum' e 'arbitrium boni viri'*, in *Riv. dir. comm.* (1911) II, 369 ss., ove la discussione delle fonti romane e della tradizione successiva giunge a sovrastare il diritto positivo.

[103] Sulle vicende dell'illustre giurista, si v. da ultimo F. ASTONE, s.v. «*Pacchioni, Giovanni*», in *DBGI*. II cit. 1475 s. Cfr., altresì, C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 68 s. e ntt. 126 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 29 s. e ntt. 126 ss.], con ulteriori indicazioni di letteratura.

[104] Cfr. F. ASTONE, s.v. «*Pacchioni, Giovanni*» cit. 1475.

[105] *La prestazione della colpa e del caso fortuito nella 'negotiorum gestio'*, in *Studi di diritto privato* (Cesena 1889) 73 ss.

gli aspetti condivisibili (la maggioranza) e talune – invero, non marginali – criticità.

Anzitutto, l'accento è posto sul giudizio inerente alla utilità della gestione. Pacchioni – richiamando un passaggio del suo *Trattato* – osserva: «… per giudicare se la gestione sia utile o meno bisogna tener presente "*l'ambiente economico e morale nel quale il dominus vive*". Queste parole che pure sono state da altri citate a sostegno della tesi opposta sembrano a me scritte per il caso presente. I proprietari di fondi, come ogni classe di capitalisti, non possono uniformare le proprie azioni ad un esclusivo riguardo dei propri interessi individuali, ma devono tener conto anche degli interessi delle altre classi alle quali sono necessariamente associati nei fatti della produzione agricola. Ciò, ben s'intende, indipendentemente da ogni preconcetto collettivista, poiché l'interesse della produzione è ad un tempo interesse generale di tutte le classi che ad essa presiedono»[106].

L'a. procede richiamando espressamente la «vivace ed ingegnosa critica della sentenza del Pretore di S. Donnino» dell'«Avv. Sarfatti», il quale «nega[va] che i proprietari presenti alle trattative avessero il diritto di rappresentarvi gli altri proprietari in quanto questi si trovavano nella possibilità di prendere posizione di propria iniziativa nelle sorte controversie …»[107]. Pacchioni segue il filo del «ragionamento sottile» di Sarfatti, secondo il quale non sarebbe stato in nessun luogo dimostrato che i proprietari 'dissenzienti' «ignorassero le trattative o fossero nella impossibilità di prendervi parte»: di contro, «dalla sentenza pretoria può dedursi che erano presenti e che solo si tennero in disparte per non compromettersi»[108]. «Dato ciò» – prosegue Pacchioni, sintetizzando uno degli snodi della nota di Sarfatti

[106] Così a p. 55. Il riferimento – per ora, soltanto implicito – è (anche) alla nota di Sarfatti apparsa sul *Monitore* (*Brevi appunti in materia di gestion d'affari* cit., che, segnatamente, si riferisce all'ambiente economico del *dominus* – a suo avviso, trascurato dal Pretore – a p. 682 c. 3). L'autocitazione è tratta dalla p. 268 del *Trattato della gestione degli affari altrui* cit.

[107] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 55.

[108] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 56.

– «non può dirsi che essi fossero *assenti* e … che potessero venir rappresentati da un gestore»[109].

Sul punto, la replica di Pacchioni – del quale Sarfatti, peraltro, «si considera[va] 'allievo'», come lo era stato anche di Gian Pietro Chironi[110] – assume un tono vagamente piccato: «Questa deduzione il Sarfatti la trae dall'art. 1141 c. civ. con una argomentazione *a contrariis* che non mi sembra corretta. E veramente dal fatto che la legge obbliga il gestore a continuare la gestione finché il *dominus* sia in grado di provvedervi da sé, non discende menomamente che la gestione possa essere validamente iniziata solo quando il *dominus* sia nell'impossibilità di gerire da sé»; accogliendo una simile idea «si verrebbe ad attribuire alla negligenza del *dominus* una efficacia maggiore o per lo meno eguale a quella di un suo espresso divieto rivolto al gestore di gerire»[111].

Difatti, gli ampi richiami di Sarfatti all'opera di Pacchioni, specie in riferimento al requisito dell'assenza, costringono quest'ultimo a precisare la posizione dapprima espressa nel suo *Trattato della gestione degli affari altrui*: «Il caso in cui il *dominus* sia assente è certo uno di quei casi in cui più desiderabile si palesa l'intervento del gestore, ed è giusto dire che l'assenza del *dominus* è per sé un elemento costitutivo dell'utilità della gestione, ma il *dominus* può essere presente e pur tuttavia esser ugualmente desiderabile l'intervento di gestore. Da questo punto di vista io concludevo "*assente è chiunque per qualsiasi motivo non provvede agli affari propri*" (*Trattato* pag. 304), "quindi anche (posso ora soggiungere completando semplicemente il mio pensiero), chi pur potendo provvedere ai propri interessi di fatto non vi provvide, vuoi per negligenza, vuoi per altri motivi non lodevoli"»[112].

---

[109] *Ibidem.*

[110] Si v., sul punto, A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 601. Ulteriori riferimenti sono *infra*.

[111] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 56.

[112] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 56. Alla pagina seguente, l'ulteriore specificazione, a conclusione del discorso: «colui che è in grado di gerire da sé, ma pure se ne astiene, per pusillanimità o per furbesca malizia o per altra causa non

Le conclusioni cui giunge Pacchioni – una volta esaurita la polemica con Sarfatti – suonano come una formidabile anticipazione di quelle avanguardie della civilistica italiana che, molti decenni più tardi, si sarebbero valse dei principi posti dalla sopraggiunta Carta Costituzionale per illuminare il diritto dei privati:

> Nel caso concreto giustamente osservò il Pretore che sarebbe stato troppo comodo pei proprietari tenersi nascosti mentre la bufera di un minacciato sciopero imperversava per poi presentarsi a cielo sereno, a far la parte degli intransigenti. Noi dobbiamo ammettere che nella vita moderna si è sviluppato un principio di solidarietà sociale ben più ampio di quello cui si ispiravano i giuristi classici romani, quando emettevano la massima (da essi del resto non rigorosamente rispettata) che *nemo ad faciendum compelli potest* … Il proprietario che al primo annuncio di una minaccia di sciopero, da parte dei lavoratori della terra, si eclissa e lascia tutto e tutti in asso, mostra di non conoscere i suoi doveri di solidarietà cogli altri proprietari, né il rispetto dovuto alle altre classi interessate alla produzione agricola.

lodevole, mostrandosi incapace di difendere a viso aperto il suo diritto, si pone per ciò solo in condizioni analoghe a quelle in cui realmente si trova l'assente o l'incapace e può quindi validamente venir rappresentato da un gestore». Tuttavia, a me pare che quello di Pacchioni non sia soltanto un 'innocente' completamento del suo pensiero: difatti, alla p. 271 del suo *Trattato della gestione degli affari altrui* – ove l'a. sembrerebbe parimenti far sublimare l'*absentia* nella utilità della gestione – può leggersi: «Se l'assenza o l'impedimento del *dominus* è un elemento costitutivo del requisito dell'*utiliter coeptum*, come il Ruhstrat ha giustamente sostenuto, esso deve rinvenirsi in tutti i casi nei quali si ammette esservi utile gestione, indipendentemente dalla natura degli atti che costituiscono questa gestione (spese o contratti)»; da tale stralcio potrebbe evincersi, in astratto, che la presenza del *dominus* elida l'utilità di una eventuale gestione, come mi sembra aver inteso anche V. SIMONCELLI SCIALOJA, *'Absentia domini'*, in *Foro it.* (1957) IV, 137 (il quale cita le tesi di Pacchioni dalla terza edizione del *Trattato* cit. [Padova 1935] 215). Di talché, la precisazione sulla nozione di assenza (che pure è più nel dettaglio descritta alle pagine 302 ss. [dalla prima ed.]) diviene indispensabile.

Gli ulteriori rilievi di Pacchioni sono dedicati al passaggio più ardito della sentenza del Pretore, concernente la possibilità astratta, nei casi consimili a quelli di Soragna, di imputare ugualmente al *dominus* gli effetti della gestione – su tutti, l'insorgere dell'*actio negotiorum gestorum* – pur ove quest'ultimo fosse intervenuto con un espresso divieto: «Ma qui (anche a mio avviso) egli si spinge troppo oltre»[113]. In questo snodo, il discorso del Maestro si ricongiunge con quello dell''allievo' (pur non nominato, stavolta, espressamente): era stato già Sarfatti ad osservare come il Pretore avesse «abbraccia[to] con leggerezza la teorica della *negotiorum gestio prohibente domino* (sostenuta soltanto dal Cogliolo per mantenersi coerente all'opinione che informa tutta l'opera sua) senza vedere che essa non trova fondamento neppure nel diritto romano ed è respinta dalla nostra più seria dottrina»[114].

Converrà, sul punto, indugiare un poco e seguire il ragionamento di Pacchioni[115], nelle cui anse possono forse cogliersi degli spunti che, in qualche maniera, preconizzano la posizione assunta dal medesimo nella celebre disputa – più sopra accennata[116] – che lo oppose (non da solo) a Silvio Perozzi:

> Non si può … disconoscere che per quanto collegati da comuni interessi economici i proprietari di un dato comune, non rappresentano una specie di corporazione, ma conservano intatta la loro autonomia individuale. Ai *domini*, presenti e rifiutanti[117] la concessione ai

[113] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 58.

[114] M. SARFATTI, *Brevi appunti in materia di gestion d'affari* cit. 683 c. 1. I riferimenti – alle ntt. 24 e 25 – sono ancora alle ricerche (già citate) di Pacchioni e Scialoja, oltre che di Chironi.

[115] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 58.

[116] A p.13 s.

[117] È interessante osservare, sul punto specifico, come Pacchioni ponga la 'presenza' (e, quindi, la negazione dell'*absentia domini*) e il 'rifiuto' in una sorta di endiadi; è come se, tra le righe, lo studioso stesse ponendo un'alternativa: o il potenziale gerito non si occupa dei suoi affari pur essendo fisicamente presente (e sarà, quindi, considerato 'assente', esponendosi a tutte le conseguenze che discendono dall'utile gestione), oppure, qualora voglia impedire il prodursi degli effetti (o almeno, si vedrà, di taluni degli effetti)

mezzadri, questa non avrebbe potuto venir imposta dalla maggioranza degli altri proprietari. Questi, se avessero, malgrado il dissenso di alcuni, garantito la prestazione dell'indennizzo a tutti i mezzadri ne sarebbero rimasti direttamente responsabili e non avrebbero potuto agire in rivalsa che nei limiti ristretti e alle condizioni richieste dalle dottrine dominanti in materia di gestione di affari *prohibente domino*. Ciò è stato ammesso dalla Suprema Corte, la quale tuttavia ha qualche poco esagerato nella formulazione, considerando l'assenza di *prohibitio* come un *requisito positivo* dell'utile gestione, mentre più correttamente deve, a mio avviso, dirsi che la *prohibitio* può solo essere causa di impedimento all'esercizio dell'azione sorta da un'utile gestione.

Pacchioni recupera le idee già espresse – com'è ovvio, assai più ampiamente – nel suo *Trattato*[118] (in cui, invero, lo studioso lasciava aperto un non irrilevante spiraglio di tutela per il gestore anche in caso di *prohibitio domini,* cui allude – in maniera alquanto sbrigativa – anche nel brano appena riportato[119]).

della gestione deve intervenire positivamente, esercitando lo *ius prohibendi*. Su questi aspetti, in senso contrario, v. V. SIMONCELLI SCIALOJA, *'Absentia domini'* cit. 132 s.

[118] Segnatamente, alle pp. 669 ss., ove discute la letteratura precedente (ed è questo il luogo cui si richiama Sarfatti: cfr. *supra*, nt. 114).

[119] Cfr. G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit. 678 ss., spec. 680: «Io penso che al gestore *prohibente domino* debbasi in ogni caso accordare non già un'azione per l'arricchimento effettivo risentito dal *dominus*, ma un'azione tendente ad ottenere tutto ciò che il *dominus* può restituire al gestore senza che il suo patrimonio, e la sua personalità patrimoniale, si trovino ad essere danneggiati in confronto allo stato nel quale si trovavano prima che venisse incominciata la gestione»; sono evidentemente questi i «limiti ristretti e [le] condizioni richieste dalle dottrine dominanti in materia di gestione di affari *prohibente domino*» (così in *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 58) cui l'a. si riferisce, evidenziando per vero uno spazio assai più ampio – per l'ipotetico gestore *prohibente domino* nelle vicende di Soragna – di quanto non sembri leggendo la sola richiamata stringa dell'annotazione sulla *Commerciale*. Per tali ragioni, la equiparazione *tout court* delle posizioni di Scialoja (che negava recisamente qualunque effetto alla *gestio prohibente domino*) e di Pacchioni pecca di imprecisione: cfr. sul punto specifico P. GALLO, s.v. «*Gestione d'affari altrui*» cit. 704 e nt. 58 [= in *Agg.* VI cit. 429 e nt. 63]).

Non si vuole certamente entrare, in questa sede, nel merito delle complesse teorie proposte a margine della gestione *prohibente domino*, che tanto ha impegnato i romanisti, specie in relazione alla costituzione giustinianea conservata in C. 2.18(19).24[120]. Tuttavia, il quadro tracciato da Pacchioni contiene taluni profili assai rilevanti, specialmente in riferimento all'indagine che ci si è prefissi in queste pagine.

Anzitutto, nel suo *Trattato*, lo studioso muove da un punto fermo[121]: il civilista moderno si trova a fronteggiare l'inconsistenza – almeno, si vedrà, in quel tempo – del dato normativo innanzi ai quesiti posti dalla *negotiorum gestio prohibente domino*. L'interprete, in particolare, non era «tenuto ad uniformare la sua decisione ad alcuna speciale disposizione di legge. La Cost. 24 Cod. II 18 (19) infatti non ha più per lui un valore legislativo ma puramente dottrinale. I soli criteri ai quali egli deve uniformare la sua decisione sono: — 1.°) le esigenze della costruzione giuridica data all'intero istituto della gestione degli affari altrui e la interpretazione della coscienza giuridica nazionale; 2.°) la tradizione giuridica, cioè la elaborazione che il diritto romano ha subito per opera della dottrina del diritto comune, in quanto questa elaborazione abbia prodotto dei sostanziali mutamenti nei principi fondamentali della gestione. In questa elaborazione infatti può scorgersi la manifestazione di nuovi bisogni, la formulazione di taluni mutamenti, per quanto lievi, subiti dalla coscienza giuridica nazionale, e pertanto gli è necessario tenere di essa conto nel risolvere un quesito che deve equamente rispondere a questa coscienza»[122].

---

[120] Sul punto si v., per tutti, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I cit. 558 ss., con ampio inquadramento bibliografico e indicazione di fonti.

[121] Si v. le pp. 673 ss.

[122] Così, segnatamente, a p. 673 s. Si cfr., sul punto, quanto aveva scritto Vittorio Scialoja (Nota a Corte di Cassazione di Roma, udienza del 21 novembre 1888 cit. 950 [= *Della 'negotiorum gestio prohibente domino'*, in *Studi giuridici* III cit. 400]): «Un primo ammaestramento noi possiamo trarre dalla storia … La indeterminatezza delle disposizioni del codice sulla gestione d'affari contiene in realtà un rinvio ai principi del diritto romano o, se meglio si vuole, del diritto comune a base romana; si può dire pertanto che il codice non ha interrotto in questa parte la giurisprudenza anteriore. Ora, se in Francia può sembrare giustificato perciò il richiamo alle massime professate dal Pothier, e dagli autori,

Questa pagina di Pacchioni sembra riassumere, in buona sostanza, la traccia metodologica in cui si innesta la presente ricerca[123], e da cui muoveranno – più o meno coscientemente – numerose pronunce della Cassazione, alcune delle quali saranno oggetto di esame approfondito più oltre. Ed ecco allora che quella particolare – «nuova» – teoria, elaborata da Pacchioni, «se non ha esplicita base in alcuna disposizione del nostro codice civile, tuttavia … sembra fondata sui *principi generali del diritto* (art. 3 cod. civ. it.) … »[124].

Un altro punto che merita di essere sottolineato può rintracciarsi nella conclusione cui perviene Pacchioni, a margine del requisito della 'serietà' della *prohibitio*[125], posta a chiusura del paragrafo sulla gestione *prohibente domino* e dell'intero *Trattato*[126], nella quale sta un che di divinatorio: può ritenersi «non seria» – e, quindi, priva di efficacia – «la proibizione di tutti quegli atti che il *dominus* è tenuto a fare per ragioni d'ordine pubblico»[127].

---

sui quali questo si appoggiava; in Italia noi dobbiamo invece attenerci ai principi della nostra pratica antica e gloriosa, la quale dal diritto Giustinianeo non si era voluta distaccare». Pacchioni, tuttavia, non concordava con Scialoja – testualmente citato – a margine del distacco dal diritto giustinianeo (che il primo ravvisava invece per la tradizione medievale: cfr. *Trattato della gestione degli affari altrui* cit. 674 s.).

[123] A tale aspetto è dedicato il § che segue.

[124] *Trattato della gestione degli affari altrui* cit. 680; si v., altresì, p. 681. Sul fondamentale ruolo svolto dai «principi generali del diritto» nelle operazioni ermeneutiche di raccordo tra il sistema positivo e l'esperienza giuridica romana, v. ampiamente *infra*, § 2.

[125] In seguito a un fitto dialogo le idee scialojane: v. spec. le pp. 683 ss.

[126] Si v. le pp. 685 e 686.

[127] Con riguardo a tale aspetto, tuttavia, può forse muoversi un appunto all'annotazione di Pacchioni alla Cassazione subalpina (che tuttavia, lo si è ricordato, considera ampiamente anche la precedente pronuncia del Pretore di Borgo San Donnino). Quando quest'ultimo afferma che «se anche in tale frangente [*scil.*, quello delle trattative di Soragna] alcuno dei proprietari avesse esposto il suo dissenso dal sottoscrivere il concordato 1 luglio, e così anche il patto dell'uno e venti, verseremmo in uno dei pochissimi casi in cui l'opposizione del *dominus* non varrebbe a rendere inefficace l'utile gestione del gestore», a me pare, a ben vedere, che l'*humus* su cui cammina il Pretore corrisponde esattamente a quello che egli stesso marchia – implicitamente, da un punto di vista eminentemente politico – alla stregua di un dissenso contrario all'ordine pubblico (economico); quel medesimo dissenso che – nell'avveniristica ottica proposta da Pacchioni nel suo *Trattato* – ben potrebbe restare senza efficacia, pur se lo studioso non considera affatto questa evenienza nell'annotazione sulla *Commerciale* (cfr. spec. *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 58).

Com'è noto, il legislatore del 1942, sulla scorta anche delle opzioni fatte proprie da altri ordinamenti, ha espressamente preso in considerazione delle ipotesi in cui la gestione d'affari produce effetti pur in presenza della proibizione del potenziale gerito – colmando, per tale via, la lacuna individuata da Pacchioni. L'art. 2031 del vigente Codice civile, infatti, al comma secondo, stabilisce che le conseguenze dell'utile gestione non si producono per quegli «atti … eseguiti contro il divieto dell'interessato, eccetto che tale divieto sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»[128].

Ma c'è un altro aspetto ancor più interessante, che ci consente di scorgere, in queste poche battute di Pacchioni, una nitida anticipazione delle tesi che lo studioso difenderà – certamente, ben supportato – in quella polemica, più volte richiamata, con Silvio Perozzi[129], restituitaci viva e

[128] Sul punto, si v. la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-xx per l'approvazione del testo del «Codice civile»*, § 788, che leggo in *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al Disegno di legge sul "valore giuridico della Carta del lavoro"* (Roma 1943) 534: «Si dà valore giuridico alla *prohibitio domini* perché non sarebbe equo imporre ad una persona di tollerare l'invadenza altrui se la ritenesse priva di utilità nell'interesse proprio. A questa valutazione, se l'interesse è disponibile, deve uniformarsi anche l'attività altrui, per evitare sovrapposizioni di volontà. Limite inderogabile all'efficacia della *prohibitio* può essere, ed è, la contrarietà del divieto alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 2031, secondo comma), che non possono essere violati nemmeno dal *dominus*». Su questi aspetti, cfr., per tutti, P. GALLO, s.v. «*Gestione d'affari altrui*» cit. 704 [= con qualche marginale modifica in *Agg.* VI cit. 428 s.], che definisce «molto opportuna» la previsione di cui all'art. 2031 co. 2 cod. civ.: «[s]i tratta del resto di regole che sono rinvenibili nella maggior parte degli ordinamenti moderni. Le applicazioni più frequenti di questa regola si trovano in materia di diritto di famiglia quando qualcuno si sostituisce ad altri nell'adempimento di un obbligo di natura alimentare anche contro l'espresso divieto del diretto obbligato. In questi casi la giurisprudenza non ha mai esitato a configurare un valido atto gestorio nonostante la prohibitio». Nelle note possono trovarsi ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

[129] I cui protagonisti non mantennero tutti, nell'argomentare, «una certa urbanità di forma e di tono», qualità che Perozzi riconosce ad uno soltanto dei suoi «censori» (Pacchioni, ove ben altre attitudini attribuisce all'altro, che sarebbe dipoi divenuto il suo principale contraddittore: Pietro Bonfante); si v., sul punto, S. PEROZZI, *Condominio e collegialità negli scritti di due miei censori*, in *Riv. dir. comm.* (1913) I, 564. Sui contributi di Pacchioni e Bonfante evocati da Perozzi, v. subito *infra*.

pulsante dalle pagine di Cascione[130], in cui spiccano, altresì, le autorevolissime voci di Carlo Fadda e Pietro Bonfante.

A tal riguardo, basterà qui ricordare che Perozzi, nelle sue *Istituzioni di diritto romano*[131], si era pronunciato – a torto, secondo Fadda (che aveva solo «formalmente» aperto la disputa)[132] – «contro un'analogia diffusa tra i romanisti, che serviva a "lumeggiare la scabrosa figura del condominio col paragonarla alla collegialità della magistratura"»[133]. Il nodo centrale della controversia può essere sintetizzato – pur se in maniera, inevitabilmente, semplificatoria – prendendo a prestito le stesse parole di Cascione: «mentre Fadda (a suo dire seguendo la *communis opinio*) mette sostanzialmente sullo stesso piano la posizione del magistrato collegiale e quella del condomino con riferimento alla possibilità di bloccare l'atto del soggetto con pari potere, secondo Perozzi mentre il primo può far tutto finché il collega non interceda, il comproprietario non può far nulla senza il preventivo consenso degli altri *socii*»[134].

---

[130] *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 39 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 3 ss.].

[131] Vol. I (Firenze 1906) 475 nt. 1, in luogo rimasto intonso nella seconda edizione del manuale (1928, ristampata nel 2002 per cura di Luigi Capogrossi Colognesi), a p. 748 nt. 2: «Non si confonda questo principio con quel che vale per le magistrature collegiali romane. Un console può far tutto sinché l'altro console non intercede; invece il comproprietario non può far nulla, se gli altri soci prima non consentano».

[132] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 41 su nt. 11, 72 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 5 su nt. 11, 33]. Tuttavia, è interessante notare come Perozzi ritenesse di ascrivere «a Pacchioni la primigenia esposizione della tesi poi sviluppata da Fadda»: v. ancora *ivi*, 69 nt. 129 [30 nt. 129], con indicazioni bibliografiche.

[133] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 40 s. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 4 s.]. Il virgolettato interno è tratto da C. FADDA, *Consortium, collegia magistratuum, communio*, in *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento* (Palermo 1910) 141. Per la posizione di Carlo Fadda, si v. già la sua *Teoria della proprietà. Lezioni di diritto romano* (Napoli 1907) 100 s. (sul Corso napoletano del giurista sardo, si v. l'appena richiamato saggio di Cascione, con minuziose indicazioni a p. 64 e nt. 106 [= 25 s. e nt. 106]).

[134] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 47 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 10 s.]. Sulla collegialità magistratuale – che rappresenta «com'è noto … uno dei cardini della costituzione repubblicana» –, v. per tutti C. MASI DORIA, *'Spretum imperium'. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica* (Napoli 2000) 215 ss., con ampio inquadramento bibliografico nell'apparato di note.

Centrale è un noto frammento dei libri *quaestionum* papinianei, conservato in D. 10.3.28[135]. Il tratto 'incandescente' per la disputa è contenuto nella prima stringa del frammento, ove, secondo il parere di Masurio Sabino, *in re communi* nessuno dei comproprietari può – «*iure*», «secondo diritto» – fare alcunché *invito altero*; subito appresso, il frammento si riferisce allo *ius prohibendi*, attribuito a ciascuno dei *domini*[136]. Di là dell'ambiguità del lemma *invitus* (che, nelle fonti, è talvolta utilizzato quale sinonimo di mancanza di assenso, non di espressa proibizione)[137], la regola non farebbe null'altro che attribuire al *dominus* lo *ius prohibendi*: e «*prohibere* non può dirsi di colui che potendo opporsi non si oppone»[138]. Di contro, nella prospettiva perozziana – ribadita e specificata in una replica successiva, apparsa nei *Mélanges Girard*[139] – la collegialità magistratuale (ove non v'era «nessuna necessità di un espresso o presunto consenso del collega perché l'atto del magistrato sia legittimo»[140]) e il condominio (in cui vigeva la regola della «assoluta necessità del consenso degli altri soci perché l'atto di uno sia legittimo»[141]) rappresentano due entità irriducibili e

[135] Pap. 7 *quaest. Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

[136] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 48 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 11 s.]. Sullo *ius prohibendi* si v. il recente contributo di M. EVANGELISTI, *Riflessioni sulla natura e l'evoluzione del 'ius prohibendi'*, in *Koinwnia* 41 (2017) 423 ss., con bibliografia nell'apparato di note.

[137] C. FADDA, *Consortium* cit. 142; sul punto, v. C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 49 e nt. 47 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 12 e nt. 47].

[138] C. FADDA, *Consortium* cit. 145. Cfr. ancora, con ulteriori riferimenti, C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 49 e nt. 48 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 12 e nt. 48].

[139] S. PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges P.F. Girard* II (Paris 1912) 355 ss. [= *Scritti giuridici* I. *Proprietà e possesso*, cur. U. Brasiello (Milano 1948) 557 ss.].

[140] *Un paragone* cit. 358 [= *Scritti* I cit. 560].

[141] *Un paragone* cit. 358 [= *Scritti* I cit. 560].

reciprocamente incomunicabili. Il riferimento tecnico è rappresentato ancora dalla locuzione *invito altero* del richiamato brano papinianeo, contemplata in una prospettiva «diametralmente opposta»[142] rispetto a quella prescelta da Fadda: «la frase *invito altero* … non può evidentemente significare altro se non che: *senza il consenso*»[143].

Già da questi brevissimi cenni al problema – e in specie dalla contrapposizione tra Fadda e Perozzi – può intuirsi la simiglianza di esso con il quesito posto al Pretore (e, poi, alla Cassazione torinese) dal concordato di Soragna. Certamente, non si vuole qui sovrapporre due posizioni del tutto differenti, quella dei condomini e dei comproprietari da un lato, quella di gestori e geriti dall'altro (pur se molto spesso, anche nella più recente giurisprudenza, gli istituti tendono a intrecciarsi in maniera problematica…[144]). Ma è significativo – e merita qui una particolare evidenza – un dato ulteriore, che ci consente di porre in relazione la nota di Pacchioni alla Cassazione torinese (in uno con un precedente brano del suo *Trattato della gestione degli affari altrui*) con il suo successivo intervento, apparso

[142] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 51 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 14].

[143] S. PEROZZI, *Un paragone* cit. 362 s. [= *Scritti* I cit. 564]. Per ulteriori (non certo trascurabili) precisazioni – sulle quali non è possibile, qui, indugiare ulteriormente – si rimanda ancora al saggio di Cascione, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 51 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 14].

[144] Per proporre un notissimo esempio (riferito alla comunione), si può richiamare l'ipotesi – assai ricorrente nella prassi – del contratto di locazione stipulato da uno soltanto dei comproprietari, ricondotto appunto dalla Suprema Corte (Sez. Un., 4 luglio 2012, n. 11135, in *Corr. giur.* [2012] 1441 ss.) alla gestione d'affari altrui, con contestuale assoggettamento alla disciplina dell'art. 2032 cod. civ. Ancor più specificamente, per l'ambito condominiale, scrive Paolo Gallo (s.v. «*Gestione d'affari altrui*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.* VI cit. 428, a margine del problema della alienità dell'affare): «Un'altra interessante applicazione … si trova in materia di condominio dove si ammette la configurabilità di un valido atto gestorio a favore del condomino o dei condomini che nell'assenza degli altri curino gli affari comuni; o ancora di un coerede che curi gli interessi comuni. In queste condizioni non è difficile rendersi conto del fatto che la giurisprudenza legittima di fatto singoli condomini o le minoranze a prendere decisioni che in caso di urgenza vincolano la maggioranza» (il medesimo brano si ripete sostanzialmente uguale – salva l'aggiunta del riferimento ai coeredi – dalla originaria voce in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* VIII cit. 703); nell'apparato di note possono reperirsi gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

qualche anno più tardi – nel 1912 – ancora sulle pagine della *Commerciale*[145], attraverso cui lo studioso offrirà il suo ulteriore contributo a quella «epica sfida»[146] su collegialità e condominio.

Pacchioni, dapprima, compendia la posizione del giurista sardo, «recupera[ndo], per così dire, la figura del "mezzo consenso" (espressione che era stata utilizzata da Perozzi) per descrivere l'opzione di Fadda: la non opposizione come accettazione del fatto»[147]. Cardine della controversia è ancora il frammento delle *quaestiones* papinianee conservato in D. 10.3.28[148]; la notazione che aggiunge Pacchioni è inattaccabile da un punto di vista strettamente logico: «se, come il Perozzi sostiene, la regola fosse stata che nessuno dei *condomini* può fare alcunché se non ha precedentemente ottenuto il positivo espresso consenso di tutti gli altri, non vi sarebbe stato certo il bisogno di riconoscere ad ogni condomino un *jus prohibendi*. Se fosse stato sufficiente astenersi dal consentire, per togliere ogni valore al fatto del

[145] *Il 'jus prohibendi' del condomino in due recenti pubblicazioni*, in *Riv. dir. comm.* (1912) I, 1030 ss., con un titolo, per vero, ingannevole: v. sul punto C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 69 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 30]. All'articolo di Pacchioni faceva seguito (alle pp. 1040 ss.) l'adesiva *Postilla* bonfantiana che – in uno con il contributo che l'aveva occasionata – avrebbe suscitato l'ulteriore replica (assai risentita) di Perozzi (*Condominio e collegialità* cit. 564 ss.), a sua volta – non certo teneramente – 'postillata' da Bonfante (a seguire, alle pp. 602 ss.).

[146] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 41 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 5].

[147] *Ivi*, 69 s. [= 30]. Cfr., sul punto, G. PACCHIONI, *Il 'jus prohibendi'* cit. 1030, 1039 nt. 2, nonché S. PEROZZI, *Condominio e collegialità* cit. 565, 572. In quest'ultimo luogo, segnatamente, Perozzi rigetta (ribaltandola su Giustiniano) l'attribuzione – nel senso voluto da Pacchioni – dell'idea dogmatica in cui si innesta il «mezzo consenso» (che potrebbe riassumersi con la seguente eguaglianza: 'non proibire, potendo proibire' = 'mezzo consenso'): l'idea per cui «il consocio non proibisce potendo proibire … [l]a chiamerò, giovandomi della terminologia stessa del Pacchioni, non mia, con [il nome] di *mezzo consenso*». L'a. precisa, dipoi, alla nt. 1: «Io, ripeto, ho detto che Giustiniano vide un mezzo consenso nel non proibire potendo proibire; non ho detto di vederlo anch'io. E dirò che per me non c'è. O c'è il consenso e ci sarà dove il non proibire potendo proibire avvenne in quelle circostanze in cui il non dir di no vale dir sì: o non c'è nessun consenso».

[148] Con un taglio vagamente ironico, osserva Pacchioni, «i testi romani sono straordinariamente pazienti e si lasciano tirare di qua e di là» (a p. 1031). Si vedrà che sarà anche la Suprema Corte di Cassazione ad abusare della pazienza delle fonti romane, utilizzando il medesimo frammento per affermare concetti, sostanzialmente, opposti: si v. *infra*, nt. 431.

condomino, a nessun giurista avrebbe potuto passare per il capo di dire che ognuno può renderlo nullo proibendo»[149].

La disputa continuerà «più latente lungo qualche decennio … tra prese di posizione, repliche, interventi e riferimenti vari per decine e decine di pagine»[150]; non se ne può dar qui conto a dovere, e per i successivi sviluppi – in cui un ruolo decisivo si ritaglierà anche Bonfante[151] – non può che rinviarsi, ancora, alle pagine di Cascione. A questo punto, tuttavia, dopo aver brevemente illustrato la posizione assunta da Pacchioni nella polemica su collegialità magistratuale e condominio, converrà rileggere uno stralcio della sua nota alla Cassazione torinese (che – lo si ricordi – aveva preceduto il contributo su *Il 'jus prohibendi' del condomino* di sette anni); difatti, per il commentatore, la Corte subalpina aveva «qualche poco esagerato nella formulazione, considerando l'assenza di *prohibitio* come un *requisito positivo* dell'utile gestione, mentre più correttamente deve … dirsi che la *prohibitio* può solo essere causa di impedimento all'esercizio dell'azione sorta da un'utile gestione»[152].

A me pare che in questo stralcio Pacchioni stia ragionando esattamente in termini di «mezzo consenso»[153], quando afferma che soltanto l'esercizio di un eventuale *ius prohibendi* da parte dei *domini* (vale a dirsi, i proprietari terrieri) sarebbe valso a impedire gli effetti scaturenti dalla gestione (o, seguendo l'opinione dello stesso a. – che egli ascrive anche alla dottrina

[149] *Il 'jus prohibendi'* cit. 1032.

[150] C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 46 s. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 9 s.].

[151] Il giurista di Poggio Mirteto avrebbe fornito alla diatriba il suo decisivo apporto non soltanto con l'apposizione delle due 'postille' agli articoli di Pacchioni e Perozzi richiamate *supra*, in nt. 145 (successivamente raccolte e pubblicate in un contributo – spogliato del *coté* polemico ma intonso nell'essenza scientifica – apparso nel IV volume dei suoi *Scritti giuridici varii* [Roma 1925] con titolo *Il 'ius prohibendi' nel diritto pubblico e nel diritto privato*, alle pp. 136 ss.), ma anche con tre articoli e tre note a sentenza: v. ampiamente C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 74 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 34 ss.], ove indicazioni bibliografiche.

[152] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 58.

[153] Nella declinazione sopra descritta (che Perozzi, in risposta a Pacchioni, aveva ribaltato su Giustiniano): cfr. *supra*, nt. 147.

dominante – gran parte dei suddetti effetti). Il gerito, difatti, deve opporre al gestore un positivo divieto (e, quindi, 'proibire'): nondimeno, come aveva scritto Fadda, «*prohibere* non può dirsi di colui che potendo opporsi non si oppone»[154].

La questione inerente alla possibilità o meno di opporsi, con riguardo alla gestione d'affari altrui, resta assorbita nella nozione stessa di *absentia domini* (dipoi estesa analogicamente alla mera inerzia del gerito), che – come si è segnalato – ne costituisce uno dei requisiti essenziali[155].

Infine, una conferma del dato per cui è lo stesso Pacchioni a percepire una qualche correlazione tra lo *ius prohibendi* nel condominio e nella gestione d'affari altrui mi sembra possa trovarsi nella parte finale del suo contributo sul *Il 'jus prohibendi' del condomino*[156], che rappresenta la replica – quasi immediata – allo scritto di Perozzi apparso sui *Mélanges Girard*[157]:

> L'altro argomento addotto dal Perozzi riguarda l'assenza di qualsiasi disposizione regolativa del *jus prohibendi*. Questa assenza sarebbe una semplice conseguenza del non essersi mai ammesso nel condominio un diritto autonomo di proibire: è appunto perché il proibente è un mero non consentiente che il diritto non ha nulla a dire attorno al tempo, al modo e agli effetti della proibizione. Esso si rimette alle norme generali sul consenso. Basta però osservare che anche riguardo alla gestione degli affari altrui non si ebbe per tutta l'epoca classica alcuna disciplina positiva circa il modo e il tempo e la forma di

[154] C. FADDA, *Consortium* cit. 147.

[155] Su questi aspetti, cfr. V. SIMONCELLI SCIALOJA, *'Absentia domini'* cit. 129 ss. (che si mostra assai critico in relazione alle teorie proposte nel *Trattato* pacchioniano). Si ricordi, altresì, la precisazione di Pacchioni – sollecitata dall'intervento di Sarfatti – nell'annotazione alla Cassazione di Torino (*Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 56): assente è anche «chi pur potendo provvedere ai propri interessi di fatto non vi provvide, vuoi per negligenza, vuoi per altri motivi non lodevoli», ma, più in generale, «"*assente è chiunque per qualsiasi motivo non provvede agli affari propri*" (*Trattato* pag. 304)». Per ulteriori approfondimenti, v. subito *infra*.

[156] P. 1040.

[157] *Un paragone* cit.

una eventuale *prohibitio domini* per persuadersi che l'argomento del Perozzi non può essere decisivo.

Soltanto per concludere sul punto, può osservarsi che il problema del consenso – o del mancato dissenso – si pone, com'è ovvio, in maniera diversa per la gestione d'affari rispetto a quanto non accada nel contesto «spinoso»[158] del condominio, pur se vi sono dei tratti di simiglianza. Certamente, non avrebbe senso l'idea perozziana del necessario (e preventivo) atto positivo d'assenso (che equivarrebbe, nei fatti, al conferimento – anche tacito – di un incarico, con conseguente insorgenza d'un rapporto giuridico autonomo tra le parti, che rappresenta una delle cause escludenti il rapporto gestorio[159]).

Ma allora, è sufficiente il «mezzo consenso»? Nell'ottica di Pacchioni, senz'altro: la mancata opposizione – anche e soprattutto per motivi biasimevoli – è sinonimo di 'assenza' del *dominus* (pur se fisicamente *in loco*). Di contro, per incidere – elidendole *in toto* o quasi, a seconda degli orientamenti – sulle conseguenze giuridiche della gestione, il proprietario deve esercitare, positivamente, lo *ius prohibendi*.

Nell'ottica di Sarfatti – diffusa anche tra gli economisti da Giuseppe Prato[160] – la situazione fattuale corrispondente al «mezzo consenso» (e, quindi, la mera possibilità di intervenire) avrebbe inciso su un altro requisito della gestione: l'*absentia domini*. Ed è proprio questo lo snodo su cui Pacchioni ha ritenuto di dover 'completare' il pensiero a suo tempo espresso nel suo *Trattato della gestione degli affari altrui*[161]. Sul punto, possiamo

[158] Cfr. C. FADDA, *Il concetto d'innovazione nell'art. 677 cod. civ. italiano*, in *Foro it.* (1899) I, 1065; P. BONFANTE, *L'azione autonoma del condomino*, in *Riv. dir. comm.* (1913) II, 882 («il problema veramente spinoso del condominio») [= in *Scritti giuridici varii* III. *Obbligazioni, comunione e possesso* (Torino 1921) 495]. L'uso dell'aggettivo da parte di Fadda e Bonfante – in relazione al condominio – in questi luoghi è rilevato da C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 65 e nt. 108, 81 e nt. 163 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 26 e nt. 108, 40 e nt. 163].

[159] Sul punto, v. per tutti A. GUARINO, *Diritto privato romano*[12] (Napoli 2001) 964.

[160] *Tra scioperi e serrate* cit. 485 ss.

[161] Si v. *supra*, 38 ss.

seguire il ragionamento che lo studioso già all'epoca – era il 1893 – proponeva[162]: «sarebbe … iniquo attribuire alla semplice possibilità che abbia il *dominus* di provvedere ai propri affari l'efficacia di una *prohibitio* rivolta ad ogni possibile gestore. Iniquo e non giuridico, poiché non si può al silenzio del *dominus*, puro e semplice, attribuire un tale contenuto di volontà: Dunque anche quando il gestore non abbia la certezza della impossibilità [in] cui il *dominus* si trovi di gerire da sé, può intraprendere la gestione e non è escluso che egli acquisti l'*actio neg. gest. (contraria)*, tutto dipendendo dal constatare se realmente *absentia* v'era. Ciò facilmente si constata poi a gestione finita. Infatti: o il *dominus* è rimasto inattivo ed allora egli è a considerarsi come assente; o ha gerito ed ha dimostrato il contrario. Nel primo caso soltanto può conseguentemente esercitare l'azione di gestione contraria».

Ritorniamo, per un attimo solo, al più volte richiamato «mezzo consenso», immagine attraverso cui si allude al *dominus* che, potendo intervenire, se ne astiene. Per Pacchioni, in questo caso, «mezzo consenso» vuol dire, essenzialmente, consenso (non, tuttavia, mandato tacito, che sarebbe incompatibile con la gestione[163]). Il presupposto, ancora, sta nella proposta eguaglianza tra l'*absentia* e l'astensione dall'intervento (da parte di un *dominus* pur materialmente presente): se il gerito non esercita lo *ius prohibendi*, nulla osterà all'insorgenza della gestione, con tutto ciò che ne scaturisce. Di tal guisa, l'ingegner Bassani non poteva che considerarsi, tecnicamente, 'assente'; non 'dissidente', ma «mezzo consenziente».

Ma il «mezzo consenso» è, appunto, terra di mezzo[164]. E infatti, chi si è opposto alla elaborazione di Pacchioni aveva battuto proprio sul potenziale

[162] *Trattato della gestione* cit. 306 s. È forse questo il primo luogo in cui può rintracciarsi la germinazione della tesi difesa, nei decenni successivi, nella disputa su condominio e collegialità, contro la ricostruzione proposta da Silvio Perozzi.

[163] *Trattato della gestione* cit. 307 nt. 297.

[164] La figura – che ben rende l'idea di una ambigua acquiescenza, in un certo modo 'sospesa' – ha trovato qualche riscontro anche in letteratura. Se ne può scorgere un bell'esempio nelle meravigliose pagine del più noto romanzo di Carlo Levi, *Cristo si è*

intervento del *dominus* quale dato incompatibile con l'*absentia* (con l'evidente conseguenza che il gestore non avrebbe potuto beneficiare dell'*actio negotiorum gestorum contraria*). Mario Sarfatti – lo si è già sottolineato[165] – aveva immediatamente sollevato la questione: «sorge legittimo il dubbio che i proprietari cosiddetti *renitenti*, non fossero affatto *assenti*, nel senso … di non conoscere l'operato degli altri proprietari, o di non potere personalmente aderirvi, ma soltanto che si fossero tenuti appartati per non compromettere la loro questione»[166], suscitando la reazione dello stesso Pacchioni, che s'era sentito, evidentemente, frainteso dall''allievo'.

Il problema sarebbe stato oggetto di una più approfondita analisi – nelle cui pieghe la dottrina di Pacchioni verrà sottoposta a critiche serrate – qualche decennio più tardi, sotto l'impero del Codice civile del 1942, da parte di Vittorio Simoncelli Scialoja, intervenuto, sulle colonne del *Foro italiano*, con un denso scritto intitolato *'Absentia domini'*[167].

Il quesito generale, in sostanza, è «se sia qualificabile qual gestione d'affari l'ipotesi di attività gestoria iniziata allorché il *dominus* sia in condizioni di provvedere»[168]. Il centro motore della revisione proposta dall'a. sta esattamente nel «punto … a suo tempo sfiorato, toccato di sfuggita e senza impegno»[169] da Pacchioni, nel luogo riportato testualmente poco più sopra[170],

fermato a Eboli (la cui prima edizione è stata pubblicata nel 1945 per i tipi di Einaudi); il passaggio è quello in cui il protagonista viene raggiunto da un tassativo – quanto, apparentemente, incomprensibile – divieto, imposto dalla prefettura di Matera (e, anzi, da quel «Sacro Romano Impero di Matera»…), di esercitare la professione di medico in quel di Gagliano, «pena la prigione». Levi, tuttavia – dopo aver prestato abusivamente le sue cure alla figlia del locale podestà – ottiene che le Autorità *in loco* 'chiudano un occhio' anche innanzi alle richieste di soccorso avanzate dai contadini lucani: «Così si stabilì quel modus vivendi, che durò poi sempre, per cui io facevo il medico a mezzo, con un mezzo consenso non esplicito, e soltanto fin dove la cosa potesse essere tenuta segreta. Avrei preferito smettere del tutto, e non pensare più ad altro che ai quadri: ma era impossibile, finché fossi rimasto a Gagliano» (da p. 221).

[165] Si v. *supra*, su e in nt. 84.

[166] *Brevi appunti in materia di gestion d'affari* cit. 682 c. 1.

[167] *'Absentia domini'* cit. 129 ss.

[168] *'Absentia domini'* cit. 138.

[169] *'Absentia domini'* cit. 138.

[170] A p. 48 s.; Simoncelli Scialoja cita la terza edizione del *Trattato* pacchioniano (Padova 1935) 244, ma il brano si ripete immutato dalla prima (p. 306 s.).

che conduce immediatamente alla seconda domanda che si pone Simoncelli Scialoja – in cui risuonano nitidamente, ancora, gli echi della disputa su collegialità e condominio più volte evocata –: «se possa la *prohibitio* considerarsi, in linea di principio … *un onere*, cui debba necessariamente assolvere l'interessato ogniqualvolta altro soggetto – non altrimenti qualificato che dall'*animus aliena negotia gerenda* e dall'*utiliter coeptum* – imprenda la gestione dell'affare di lui; un onere, non assolvendo il quale, sorga la *negotiorum gestio*, con ogni conseguenza»[171]. La risposta è netta: «L'applicazione dei principi … induce a recisamente negare che la *prohibitio* costituisca, in linea generale, un onere pel *dominus* … epperciò ad affermare che se questi puramente e semplicemente si astenga dal divieto – e l'astensione … non tragga *aliunde*, e sotto altro profilo, rilevanza –, la di lui sfera patrimoniale rimane, di per sé, chiusa, insensibile all'ingerenza aliena»[172].

In presenza delle condizioni di fatto corrispondenti al «mezzo consenso», si interroga l'a.: «quale mai esigenza, meritevole di protezione, giustifica una eccezione al principio dell'ordinaria legittimazione, in ordine all'ipotesi di un *dominus* in grado di provvedere agli affari suoi, e di un interveniente che s'ingerisca in essi, sia pure utilmente e con l'intento di curarli nell'interesse di colui, che però se ne astiene – e bene può astenersene – e che trascura – e ben può trascurarlo – di proibir l'intervento?»[173]. Soggiunge lo studioso che questa ipotesi «costituisce in realtà un caso-limite, un prodotto d'ingegno per esperienza *in vitro*, un "affare interno alla dottrina"»[174]; l'affermazione, tuttavia, è smentita proprio da quei fatti di

[171] *'Absentia domini'* cit. 188 s. Soggiunge l'a.: «Deve, in altre parole, il titolare dar necessariamente nella tromba della proibizione? La cosiddetta sfera patrimoniale del soggetto è, di per sé, aperta o chiusa a chi vuol penetrarvi senz'altre chiavi che la buona intenzione e l'utile cominciamento? Occorre affiggere il cartello del divieto, ovvero è sufficiente confidare nel silente vigore di una norma?».

[172] *Ivi*, 189.

[173] *Ivi*, 141.

[174] *Ibidem.*

Soragna, che tanta risonanza ebbero nella letteratura specialistica e non. E da essi, forse, l'a. – così attento alla produzione di Pacchioni – avrebbe potuto trarre ulteriori spunti.

In conclusione, come si evince anche dalla polemica ora richiamata, i problemi ermeneutici relativi al consenso, al «mezzo consenso» e allo *ius prohibendi* si sono mantenuti pressoché inalterati – ancora pregni della tradizione romanistica[175] – nonostante i decenni e il trapasso al Codice del 1942. Sul punto, nondimeno, l'analisi delle ricostruzioni proposte – in specie da Pacchioni – a margine del valore della *prohibitio* (e della mera inerzia del *dominus* materialmente presente) può aggiungere forse un ulteriore tassello al complesso mosaico di quella famosa disputa su collegialità e condominio di primo Novecento.

Per tornare, ancora, alle vicende giudiziarie di Soragna, l'ultima considerazione svolta da Pacchioni nell'annotazione alla Cassazione subalpina[176] è indirizzata a censurare la Corte proprio sull'utilizzo – diretto – dell'argomento romanistico (e, anzi, delle fonti romane):

> … soggiunge la Corte che anche ove i proprietari presenti avessero realmente agito sotto la pressione di una minaccia, non meno per questo potrebbero agire contro gli assenti coll'*actio negotiorum gestorum* e cita il fr. 5, Dig. III, 5: *Hac actione tenetur et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit*. Qui nè posso accettare la tesi della Corte nè trovo corrispondente ad essa la citazione romana. Non trovo giusta la tesi, poiché richiedendosi, a mio avviso, al sorgere dell'*actio negotiorum gestorum contraria l'animus negotia aliena gerendo,* e questo *animus* consistendo in una intenzione di rendere altrui servigio (Vedi Pacchioni, *Trattato* pagg. 436 e segg.) non

[175] Dato che ben si evince scorrendo il contributo di Simoncelli Scialoja e la letteratura *ivi* richiamata nell'apparato di note (oltre alle fonti romane testualmente riportate).

[176] *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* cit. 58 s.

potrebbe certo dirsi che i proprietari coatti a conchiudere un patto che spontaneamente non avrebbero neppur per sè conchiuso, avessero agito con animo di giovare agli altri. Non trovo poi corrispondente la citazione poiché il fr. 5 citato tratta dell'azione spettante al *dominus* contro il gestore (*actio directa*) e non già dell'azione spettante al gestore contro il *dominus* (*actio contraria*), della quale soltanto si tratta nella presente controversia[177].

Sul punto, la Cassazione torinese mutua ancora una porzione della motivazione elaborata dal Pretore di Borgo San Donnino, il quale, come segnalato, pure aveva richiamato (impropriamente, nell'ottica di Pacchioni) il frammento di cui sopra (corrispondente a D. 3.5.3.10 [Ulp. 10 *ad ed.*])[178] – che, nondimeno, si riferisce espressamente alla possibilità per il *dominus* di chiamare (ugualmente) in giudizio il gestore, pur se questi *aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit*.

In definitiva, pertanto, la pronuncia della Cassazione – che trae in sé quella del Pretore – è vista complessivamente con favore da Pacchioni (salvo, lo si è detto, taluni aspetti, connessi a quella eventuale *prohibitio domini*, che tuttavia non vi fu, e salvo l'appunto a margine dell'ultimo richiamo ulpianeo), anche dal punto di vista della complessiva ricostruzione storica della ossatura romanistica dell'istituto.

Per quanto riguarda la posizione di Sarfatti, è utile una precisazione. A leggere pianamente le richiamate pagine di Prato su *La Riforma Sociale*[179], in uno con le annotazioni – asciutte, ma eloquenti – della Direzione del

[177] Sul problema della direzione dell'azione, si v. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I cit. 95 ss.

[178] Per il luogo corrispondente nella sentenza del Pretore, v. *supra*, su nt. 67. Si ricordi, altresì, la precisazione – di carattere processuale – proposta da quest'ultimo in riferimento alla possibilità per i mezzadri di valersi ugualmente dell'*actio negotiorum gestorum* (con il relativo richiamo a D. 3.5.5.3[6.1] [Ulp. 10 *ad ed.*]): cfr. *supra*, su nt. 76.

[179] G. PRATO, *Tra scioperi e serrate* cit. 485 ss. (v. diffusamente *supra*).

Monitore[180], parrebbe che l'a. sia parimenti refrattario ad un siffatto 'uso' del diritto romano nelle pronunce giudiziali.

A ben vedere, così non può essere. Si è già accennato, infatti, che Sarfatti si considerava, in qualche modo, allievo di Pacchioni[181] (pur se il 'maestro' non gli ha poi risparmiato – nella successiva annotazione alla Cassazione torinese – diverse censure). Ed è proprio Sarfatti a ricordarlo, insieme a Chironi, nella *Prefazione* al suo volume su *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*[182]. A Torino, Pacchioni – scrive Annamaria Monti[183] – «continuò a sostenere le sue ricerche, promuovendole e difendendole da attacchi autorevoli ancora in anni ben successivi alla promozione alla libera docenza. Al di là di una reciproca stima personale che emerge pure dagli aridi verbali del consiglio di facoltà, evidentemente Sarfatti aveva trovato una consonanza di interessi con Giovanni Pacchioni, un 'romanista-civilista' che si occuperà altresì di diritto internazionale privato con esiti comprovati»; la studiosa ha notato, altresì, una connessione tra l'insegnamento milanese di Pacchioni – presso la neonata Università Bocconi – di «legislazione comparata», ed i contemporanei corsi torinesi di «diritto romano civile comparato» (affidato allo stesso Pacchioni) e quello – offerto dal medesimo ateneo subalpino – di «diritto civile comparato», tenuto proprio da Mario Sarfatti[184].

Di tal guisa, già un breve sguardo alle tappe della formazione di Sarfatti (ove spicca la vicinanza accademica con Pacchioni) varrebbe a smentire una

[180] *Monitore dei Tribunali* (1904) 494 nt. 1-2; 861 nt. * (*supra*, su ntt. 50, 51, 81, 82).

[181] *Supra*, su nt. 110.

[182] Pubblicato, per i tipi di Vallardi, nel 1924. Sul punto, v. A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 591: Mario Sarfatti «poteva ricordare l'importanza dell'insegnamento e dei consigli non solo di Chironi, ma anche di Giovanni Pacchioni, impegnati a rinnovare il metodo giuridico e a rifondare il ruolo dell'interprete, continuando a mostrare la sua gratitudine verso quei docenti che tanta parte avevano avuto nel guidare e, poi, sostenere in seno all'ateneo piemontese i suoi studi 'eterodossi', spiccatamente orientati alla comparazione e, soprattutto, al *common law*».

[183] *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 601 s.

[184] A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 603.

sua presunta ostilità all'utilizzo del diritto romano. Ma guardando ancora più oltre, potrebbe giungersi ad una conclusione esattamente opposta. Quello che all'epoca della segnalata annotazione – correva l'anno 1904 – era indicato semplicemente come «l'avv. Sarfatti, del Foro torinese», sarebbe divenuto successivamente uno dei pionieri della scienza comparatistica italiana, specie in relazione al diritto anglosassone; lo studioso pubblicherà dipoi, nel 1933, il suo manuale di diritto comparato[185], «primo in Italia del genere e uno dei rari esempi nel panorama internazionale»[186]. La sua produzione scientifica – sostanzialmente ignorata nella Penisola – aveva riscosso altrove (specie tra gli autori inglesi e statunitensi) ampi consensi[187]; sarà proprio il Regno Unito ad accoglierlo quando, nel 1938, si vedrà costretto ad emigrare in seguito alla approvazione delle leggi razziali[188].

Non solo Sarfatti voterà la sua carriera alla comparazione tra i sistemi giuridici, ma manterrà sempre salda, tra i punti cardinali della sua attività, l'esperienza giuridica romana: e per avere un saggio della suddetta affermazione, è sufficiente una lettura della sua *Prolusione* torinese del 1906[189]. Al di là di tali esternazioni di principio, poi, una più concreta manifestazione dell'attenzione alla comparazione storica dell'a. risulta esplicitamente dal saggio dedicato alla *Influenza reciproca del diritto romano e del diritto anglosassone*[190], ove può leggersi che «le analogie tra

[185] M. SARFATTI, *Introduzione allo studio del diritto comparato* (Torino 1933).

[186] A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 618, con altri riferimenti bibliografici alla nt. 112.

[187] A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 593 ss., 613 ss. Scrive Annamaria Monti (a p. 615): «Davvero l'adagio sembra descrivere il destino di [Sarfatti]: *nemo propheta in patria*. Osannato al di là dell'Oceano, sembra quasi che i suoi colleghi italiani lo evitino di proposito».

[188] Sarfatti apparteneva ad una famiglia ebrea di origini veneziane: sul punto, v. A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 591 e nt. 13, con riferimenti.

[189] M. SARFATTI, *Sulla utilità dello studio del diritto privato inglese in Italia. Prolusione al corso libero di diritto civile comparato (R. Università di Torino 15 dicembre 1906)*, in *Il Filangieri* 32 (1907) 1 ss.; si v., specialmente, le pp. 4 s., 12, 17.

[190] Apparso negli *Studi in memoria di A. Albertoni* III (Padova 1938) 563 ss. Cfr., sul punto, A. MONTI, *Alla scoperta del diritto anglosassone* cit. 620 e nt. 121; per la Relazione tenuta – con medesimo oggetto – da S. per il *Congresso internazionale di diritto comparato all'Aia* nell'agosto 1937, v. *ivi*, 618 e nt. 110. Tra l'altro – com'è stato ancora

diritto inglese e diritto a fondamento romano interessano non tanto per quel che sono state nel passato, quanto per quel che si presentano per l'avvenire»[191].

Per concludere, può ritenersi che la (invero breve) polemica tra Sarfatti e Pacchioni rappresenti una (piccola) 'disputa romanistica' – incentrata, in particolare, sulla segnalata consistenza dell'*absentia domini* in relazione al mancato intervento del gerito materialmente presente[192] –, e non una disputa sull'uso 'politico' del diritto romano (come sembrerebbe, invece, dalla lettura congiunta delle annotazioni del *Monitore* e delle pagine di Giuseppe Prato)[193].

---

osservato da Annamaria Monti (spec. a p. 607, con riferimenti bibliografici alla nt. 67) – i primi anni della produzione scientifica di S. sono caratterizzati dall'approfondimento di problemi giuridici pulsanti anche Oltremanica (non soltanto lavoro, ma anche diritto delle assicurazioni, societario, bancario, fallimentare, concorrenza, ecc.); pertanto, anche la stessa annotazione comparsa sul *Monitore* ben potrebbe proiettarsi nella dimensione comparatistica, quale base per osservare la legislazione giuslavoristica in materia di sciopero nell'ambito del *common law*: si v., ad esempio, le successive pagine di Sarfatti su *Il boicottaggio nella giurisprudenza americana* e *Arbitrati su controversie di lavoro in Inghilterra*, in *Riv. dir. comm.* (1907) I, rispettivamente 451 s. e 452 s.; *Un secolo di legislazione sul lavoro in Inghilterra*, in *Riv. dir. comm.* (1910) I, 479 ss.

[191] Così a p. 574.

[192] Di cui, in sostanza, il successivo contributo di Vittorio Simoncelli Scialoja (*'Absentia domini'* cit.) non costituisce che una più tarda appendice. L'attualità del problema, peraltro, perdura ancora: si v. sul punto le considerazioni svolte da Paolo Gallo (s.v. «*Gestione d'affari altrui*» cit. 702 [= in *Agg.* VI cit. 427]), per cui «[p]oiché il requisito della absentia domini, così come lo intendevano i romani, è ormai per lo più inconcepibile» – pur se, lo si è visto *supra*, spec. con la ricostruzione proposta da Pacchioni, quest'ultima affermazione appare quantomeno riduttiva – «la nostra giurisprudenza lo ha relativizzato. L'absentia viene cioè intesa sempre meno come assenza fisica, ma come semplice impossibilità a provvedere, come per esempio in caso di dominus presente ma incosciente. In questa prospettiva sarebbe così concepibile anche un atto di gestione a favore di un dominus impossibilitato ad intervenire in quanto in prigione. La giurisprudenza ha esteso ulteriormente questa impostazione giungendo a formulare il principio in virtù del quale ai fini della configurabilità della absentia sarebbe sufficiente la mancata opposizione da parte del dominus; il che equivale a dire che può configurarsi un valido atto di gestione purché non vi sia prohibitio. In base a questa impostazione troviamo per esempio deciso che un condomino può utilmente locare la cosa comune, fino a che l'altro condomino esplicitamente o implicitamente non gli faccia conoscere il suo divieto».

[193] Si v. *supra*, 25 ss. Tuttavia, si può qui soltanto accennare un ulteriore aspetto (che pur meriterebbe ben altri approfondimenti). Il problema dell'esercizio del potere di veto nel diritto privato – ad esempio, nell'ambito del *consortium* – è un problema (anche) politico, come ha avvertito, tra gli altri, M. BRETONE, *'Consortium' e 'communio'*, in *Labeo* 6 (1960) 184; esso, infatti, sottendeva una «profonda coscienza dell'interesse collettivo che, alimentata ogni giorno dalla comunanza di vita e di culto, ispirava e guidava l'azione

2. *Tra le Preleggi, la Relazione al Re e le disposizioni attuative del Codice di procedura civile. Anatomia di una presunta antinomia.*

L'intelaiatura romanistica della appena illustrata sentenza del Pretore di Borgo San Donnino, conservata – pur soltanto nell'essenza, depurata da ogni riferimento non strettamente indispensabile – dalla successiva pronuncia della Cassazione torinese che ne sancì la legittimità, in uno con le annotazioni che i suddetti provvedimenti hanno sollecitato nelle immediatezze (insieme, altresì, ai più recenti contributi che hanno ripreso le vicende di Soragna[194]) restituiscono indubbiamente all'interprete una riprova della copiosità di spunti che giungono dalle utilizzazioni giurisprudenziali del diritto romano e del ruolo fondamentale svolto dalla nota a sentenza, quale strumento tecnico adoperato dal giurista per scendere nelle profondità del diritto antico e di quello moderno, al fine di realizzare la complessa – e

del singolo» (sul ruolo del *consortium* e della 'divinazione' faddiana nella disputa su collegialità e condominio, v. ampiamente C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 87 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 45 ss.]). Anche con riguardo alle applicazioni della gestione d'affari altrui, in ambito giuslavoristico – specie in relazione a momenti di crisi e di aperto conflitto tra capitale e lavoro, come accadde in quel di Soragna – le azioni (e, ancor più, le 'non azioni' e gli eventuali divieti) dei protagonisti implicano, inevitabilmente, una incisione della sfera dell'altra classe, come risulta nitidamente anche dal brano dell'annotazione di Pacchioni riportato *supra*, su nt. 106. Ecco allora spiegata, forse, la ragione del recupero (o meglio, della paziente costruzione) di una 'collegialità artificiale' – che per ovvie ragioni non potrebbe operare 'fisiologicamente' nei rapporti tra gestori e geriti – sia nelle sentenze che si sono esaminate, sia (pur se in una misura meno netta) nelle pagine di Pacchioni. E nella medesima ragione sta anche l'insorgere di Prato (non – mi pare – quello di Sarfatti). Sul punto, mi sembra opportuno richiamare le considerazioni che, a suo tempo, Arnaldo Biscardi aveva svolto a margine della comproprietà arcaica, la cui base doveva, in ogni caso, essere costituita dall'amicizia, intesa quale «vincolo di solidarietà morale che nasce dal sangue o dall'affinità elettiva» (così, a margine dei fondamenti aristotelici della comproprietà, in *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo* 1 [1955] 161; sul punto, cfr. altresì da ultima P. GIUNTI, *Il 'consortium ercto non cito': fraternità e solidarismo nelle pieghe della storia*, in *LR.* 9 [2020] *passim*, spec., in sintesi, a p. 295 s., con bibl. nelle pagine a seguire): diversamente, l''artificiale' incasellamento, nei fatti di Soragna, dei proprietari terrieri (e, specularmente, dei mezzadri e dei braccianti, usciti quella volta vincitori) in una classe omogenea – in cui la maggioranza poteva vincolare la maggioranza, attraverso gli schemi della gestione negoziale – era destinata a sollevare conflitti ancora più aspri, nei quali nemmeno lo *ius prohibendi* del gerito (nella prospettiva del Pretore) o soltanto esso (nell'ottica di Pacchioni) poteva valere a ristabilire gli equilibri.

[194] Cfr. C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno* cit. 111 ss.; S. SCHIPANI, *Rileggere i 'Digesta'* cit. 52 s.

altissima – aspirazione di «sintetizzare storia e diritto positivo» e, quindi, di «indirizzare … l'interpretazione di quest'ultimo»[195]. Ma, certamente, questi ultimi rappresentano solamente alcuni degli esempi – tra i più noti – della felice commistione tra il suddetto genere letterario e l'analisi storica del diritto vigente. Ulteriori – e numerosissime – conferme possono riscontrarsi semplicemente scorrendo la bibliografia di alcuni tra i più grandi romanisti del secolo scorso, che pure si sono distinti per un largo uso dell'annotazione

[195] Così – nel compendiare la cifra del metodo bonfantiano – C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 78 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 38]. Cfr. *supra*, nt. 38.

alla giurisprudenza ai fini sopra descritti[196] (pur se, certamente, non mancarono talvolta più prosaiche motivazioni[197]).

[196] Si v. a titolo puramente esemplificativo – limitandomi, senza alcuna pretesa di completezza, a taluni dei nomi illustri evocati da C. MASI DORIA, *La romanistica italiana* cit. 192 s. – le produzioni di Giuseppe Grosso (sul punto, cfr. A. BURDESE, *Presentazione degli scritti di Giuseppe Grosso*, in *Riv. dir. rom.* 1 [2001] 4; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Commemorazione di Giuseppe Grosso*, *ivi*, 4), Giuseppe Branca (v. spec. A. MASI, *L'opera di Giuseppe Branca* cit. 29: con riferimento alla collaborazione dello studioso con il *Foro Italiano*, inaugurata con le prime osservazioni a margine di Cass., 7 giugno 1950 [1950] I, 1299, «si può veramente dire, riprendendo un'espressione di Virgilio Andrioli, che dal 1950 le note di lui "più non si contano"»), Francesco De Martino (cfr. C. CASCIONE, *Elenco degli scritti storici e giuridici di Francesco De Martino (con un appunto per una bibliografia su di lui)*, in *Index* 32 [2004] 597 ss., spec. nel periodo compreso tra il 1938 e il 1950: v. le pp. 599 ss.), Giovanni Pugliese (cfr. C.A. CANNATA, s.v. «*Pugliese, Giovanni*», in *DBGI.* II cit. 1639, nonché la voce vergata dallo stesso Cannata per il *DBI.* LXXXV [Roma 2016], accessibile online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giovanni-pugliese_%28Dizionario-Biografico%29/), Antonio Guarino (cfr. R. MAZZOLA, *Elenco degli scritti storico-giuridici di Antonio Guarino*, in *Index* 42 [2014] 25 ss.). L'interesse per pronunce giurisprudenziali ha contraddistinto – pur se in misura inferiore rispetto agli altri studiosi richiamati sopra – anche taluni tratti della produzione di Arnaldo Biscardi (cfr. M. BALESTRI FUMAGALLI, S. LAZZARINI, *Carriera e scritti di A. Biscardi (1910-1998)*, in *SDHI.* 65 [1999] 552), di Alberto Burdese (cfr. l'elenco di scritti raccolti da L. GAROFALO, *Alberto Burdese: tratti di un Maestro (e i Suoi scritti)*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* I [Padova 2003] 36 ss.) e Mario Talamanca (specie in una primissima fase: cfr. il bel ricordo di G. FINAZZI, *Mario Talamanca (1928-2009)*, in *SDHI.* 77 [2011] 732 s., 766).

Ad ogni modo, mi piace qui ricordare – proprio per la eccentricità che le contraddistingue, in relazione al profilo dello studioso – tre note a sentenza vergate da Luigi Amirante, che si era posto «nelle vesti, per lui alquanto insolite, di culture del diritto positivo (tenendo presenti le sue preferenze scientifiche ed il suo orientamento metodologico, fortemente tesi agli aspetti storico-antichistici del fenomeno giuridico)» (così C. MASI DORIA, *Modificazione e estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque. Un esempio della relazione tra natura e ius: diritto romano e codificazioni*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* cit. 286). Mi riferisco, in particolare, alle pronunce – in cui culminarono le controversie divampate in seguito alle profonde modificazioni del paesaggio rurale determinate da una piena eccezionale del fiume Volturno, sul finire degli anni '30 del secolo scorso – della Pretura di Guardia Sanframondi, 29 novembre 1952, in *Diritto e Giurisprudenza* (1953) 368 ss.; Trib. Benevento, 12 marzo 1959, in *Diritto e Giurisprudenza* (1959) 696 ss.; Cass. civ., Sez. II, 6 luglio 1962, n. 1748, in *Diritto e Giurisprudenza* (1963) 273 ss., tutte annotate – con la medesima impaginazione – da Amirante con titoli, rispettivamente: *In tema di inondazione ed 'alvei mutatio'*; *Inondazione e mutamento di alveo*; *'Inundatio', 'mutatio alvei' e 'interitus rei'*. Le suddette, peculiari, «incursioni» dello studioso partenopeo «hanno un senso» proprio in quanto «portano evidenti i segni della cultura romanistica del compianto studioso» (C. MASI DORIA, *Modificazione e estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque* cit. 286). La vicenda giurisprudenziale, peraltro, aveva destato altresì l'interesse di Manlio Sargenti (v. la nota in *Foro pad.* [1960] I, 1357) e di Giuseppe Branca (*Inalveamento su*

Nondimeno, prima ancora di esaminare nel dettaglio taluni esempi del ricorso (esplicito) al «legato romano» nelle pronunce più recenti della giurisprudenza di legittimità[198], è doveroso un passo indietro, che conduce l'interprete su una casella scomoda (ma imprescindibile ai fini dell'analisi che ci si è prefissati): il fondamento tecnico dell'utilizzo dell'argomento storico – e, specialmente, di diritto romano – nelle pronunce giudiziali.

La *vis* del richiamo romanistico nei provvedimenti dei giudici, difatti, non può che misurarsi (anche) sulla scorta di quegli elementi di diritto positivo che ne giustificano, a monte, la sussistenza, specie ove tali riferimenti si inscrivano in un quadro ordinamentale e – forse, soprattutto – socio-culturale assai diverso da quello cui alludeva, a suo tempo, Salvatore Riccobono[199].

---

fondo privato e successivo abbandono, in *Foro it.* [1960] I, 1630 ss.). Con riguardo, ancora, a Luigi Amirante, può qui segnalarsi, altresì, la nota a Corte d'app. Napoli, 11 giugno, 1964, n. 1056, pubblicata ancora in *Diritto e Giurisprudenza* (1965) 416 ss., con titolo *Condominio e beni condominiali*.

[197] Si v., sul punto, i frammenti di vita vissuta raccontati da A. GUARINO, *Francesco De Martino scolarca*, in *Labeo* 49 (2003) 9 ss. [= in *APDR.*[2] (Napoli 2006) 300 s.], con riguardo alla sua esperienza di annotatore – parrebbe, seriale – di sentenze straniere, in prospettiva comparatistica con il diritto italiano, per conto dell'Istituto di Studi Legislativi di Roma diretto da Salvatore Galgano.

[198] *Infra*, § 3 e capp. II-III.

[199] Cfr. *supra*, p. 6 s. Sul punto, si cfr. quanto osserva criticamente G. NEGRI, *Tradizione romanistica e diritto europeo*, in L. MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l'Europa* (Roma-Bari 1997) 29, a proposito di un certo «volgarismo persistente in provincia» relativo all'utilizzo a sproposito, da parte dei pratici, di frammenti del *ius Romanorum* «fomentato dall'editoria specializzata che anche recentemente provvede al mercato con una espansione del deprecabile genere letterario delle raccolte di brocardi (addirittura tradotti e commentati)»; soggiunge l'a., «ciò conferma molti nell'opinione che il superstite retaggio del diritto romano consista propriamente in questo». Di un «diritto romano volgare», che s'inverava in «ingenue rimembranze di scuola» aveva già parlato B. BRUGI, *Diritto romano classico* cit. 140. Non che – ovviamente – siffatti richiami da parte degli operatori giudiziari, anche in tempi meno risalenti, rappresentino sempre e comunque una espressione del «volgarismo» cui alludeva Negri: v., ad es., G. STOLFI, *Il diritto romano nell'esperienza di un civilista*, in *SDHI.* 43 (1977) 21 (pagina richiamata, recentemente, anche da S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 626): «Mi pare superfluo aggiungere che nella vita forense (quando, cioè, ogni avvocato non arretra davanti a qualsiasi audacia pur di giustificare la domanda di accoglimento dell'azione o dell'eccezione proposta in concreto), ho argomentato dal diritto romano tutte le volte in cui mi pareva utile invocarlo a sostegno delle mie tesi».

Com'è stato a più riprese osservato[200], il suddetto fondamento è stato soventemente ancorato all'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile e, nello specifico, in una stringa lumeggiata dal corrispondente brano della Relazione al Re.

Ma procediamo con ordine. Anzitutto, converrà leggere per intero l'art. 12 delle Preleggi, rubricato «Interpretazione della legge»:

> Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

[200] Si cfr. – pur nella diversità dei temi lambiti e delle impostazioni metodologiche – P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei. Convegno sul tema «I principi generali del diritto» – Roma 27-29 maggio 1991* (Roma 1992) 334 s.; G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 489 ss.; G. NEGRI, *Tradizione romanistica* cit. 28; G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica* (Padova 1996) 295 s. (già pubblicato in *Riv. dir. civ.* [1971] I, 369 ss.); G. SANTUCCI, *Il credito 'personale' del socio. Un profilo della teoria dei conferimenti alla luce della tradizione romanistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* cit. 414 s. (e poi anche ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche* [Bologna 2010] 48 s.); R. FERCIA, *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»* (Napoli 2005) 50 ss.; A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio* (Milano 2006) 33 ss.; D. RIVIECCIO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico*, in *Ricerche giuridiche* 1 (2012) II, 151 ss.; A. METRO, *'Rebus sic stantibus'*, in F. REINOSO BARBERO, A. MARTÍN MINGUIJÓN (coord.), *Principios jurídicos* cit. 214; P. CERAMI, *D. 1.7.25 pr. (Ulp. 5 opin.) e il brocardo 'venire contra factum proprium'*, in F. REINOSO BARBERO, A. MARTÍN MINGUIJÓN (coord.), *Principios jurídicos* cit. 227 s. e nt. 10; C. LANZA, *Introduzione* cit. 5 s.; S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 625 s. nt. 12; M. BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa* cit. 35; S. DI MARIA, G. SANTUCCI, *«Comparison involves history»*, in *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di R. Toniatti* (2020) 4 e nt. 15 (online alla pagina web https://uploads-ssl.webflow.com/5fbe5f3d2518140051aa3343/5fd7b3458d50239fe201d73d_03%20Di%20Maria-Santucci%20per%20Toniatti.pdf). Pur in tutt'altro contesto, richiama l'importanza dell'art. 12 delle Preleggi – che scolpisce la «tecnica positivamente prevista» per l'interpretazione storica del diritto vigente – C. CASCIONE, *Tra «potere» e «dovere» del giudice. Note minime sull'art. 182, 2° co. c.p.c.*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche* (Napoli 2002) 175 e nt. 50, ove sono ulteriori referenze bibliografiche (afferenti, altresì, alla letteratura tedesca).

> Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Quel che più interessa in questa sede è il riferimento – che chiude, graficamente e concettualmente, la norma – ai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Sul punto, si rende da subito necessaria una precisazione. Come lucidamente scriveva Gino Gorla[201] – in un contributo fondamentale per la ricostruzione del contesto in cui è maturata la formulazione della disposizione di cui sopra –, «a ben riflettere, l'art. 12 in esame, almeno nel suo 2° comma, e stando alla sua lettera, non tratta dell'interpretazione della legge, ma del modo di decidere le controversie da parte dei giudici. Invero, il 2° comma, sempre nella sua lettera, non può essere diretto all'interprete in generale e a tutti coloro (privati o organi dello Stato o di enti pubblici, o loro consiglieri), cui si presenta il problema di interpretare la legge per tenere un comportamento conforme alla stessa o per fare una scelta di comportamenti; poiché tutti costoro non decidono delle controversie. Chi decide è soltanto il giudice»[202]. Non che – ovviamente – la norma di cui sopra escluda *tout court* dalla sua platea tutti i soggetti diversi

[201] *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.* (1969) V, 113.

[202] Per vero, il contributo di Gorla appena citato è interamente proteso a dimostrare come l'art. 12 disp. prel. cod. civ. nella sua integralità – e, quindi, ivi compreso il comma primo – sia indirizzato agli organi giudicanti: «tutto l'art. 12, secondo la sua lettera, riguarda il giudice e concerne il suo compito di decidere le controversie e del come deciderle, applicando e interpretando la legge (anche nel 1° comma si tratta di "interpretare" la legge per applicarla, sebbene si tratti di interpretare il significato del suo testo, cioè di un "interpretare" diverso da quello considerato nel 2° comma)» (così alla c. 113). E l'auspicio finale dell'a. – che può leggersi, in sintesi, alla c. 132 – risiede propriamente nel recupero di una lettura dell'art. 12 delle Preleggi «secondo la sua lettera e la sua storia» al fine di «risolvere il problema dei poteri (e doveri) del giudice di fronte al legislatore (rapporti tra il potere giudiziario e il potere legislativo)». Sul punto, si v. la sintesi di G. ALPA, *I principî generali* cit. 169 s.

dal giudice: nondimeno, ciò accade «soltanto in via indiretta, e non in quanto ciò costituisca l'oggetto diretto dell'art. 12»[203].

Assodato che l'art. 12 delle Preleggi – e, in specie, il comma secondo – è rivolto principalmente al giudice (quasi a disegnare – nell'ottica di Gino Gorla – uno dei tratti essenziali del principio della separazione dei poteri[204]), è necessario domandarsi per quale ragione il richiamo (residuale) ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato possa rappresentare la breccia attraverso cui lo *ius Romanorum* e la sua tradizione penetrino nelle intercapedini del sistema (e – per quel che qui più interessa – nelle pronunce giudiziali).

Da questo punto di vista, pur rappresentando il citato art. 12 la principale disposizione dell'ordinamento sulla interpretazione della legge – come risulta, del resto, anche dalla rubrica –, inevitabilmente esso stesso (alla stregua di qualunque altra norma giuridica) deve essere, a sua volta, interpretato. E la disposizione che deve guidare tale attività ermeneutica non può che essere rintracciata – secondo i canoni di quello che può sembrare una sorta di paradosso logico-giuridico – proprio nell'art. 12[205]: per intendere il richiamo ai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» non può eludersi la scala ideale tracciata dalla medesima norma. Anzitutto – ove non sia già decisivo a monte il senso fatto palese dal significato delle parole – il comma 1 dell'art. 12 impone di guardare alla intenzione del legislatore. È opportuno, a questo punto, compulsare la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) … per l'approvazione del*

[203] G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12* cit. 113.

[204] In un'ottica consimile, a margine dell'art. 3 co. 2 delle disposizioni sulla legge in generale che precedevano il Codice civile del 1865 – del quale l'art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ. rappresenta il diretto successore: v. subito *infra* –, si v. 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) 289 ss.

[205] Cfr., sul punto, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *«Alien in Rome». L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.* (1999) V, 49 s.: «l'art. 12 deve applicarsi a sé medesimo, onde ricavarne un'interpretazione»; peraltro, ciò costituisce un «profilo [che] non appare compiutamente sviluppato dalla civilistica impegnata a commentare l'art. 12 preleggi».

testo del «Codice civile», nella parte in cui prende espressamente in considerazione l'art. 12 di quelle disposizioni preliminari (segnatamente, al § 22)[206]:

> Nell'art. 12, relativo all'interpretazione delle norme giuridiche, si è avuto cura di far risultare che i principi generali di diritto ai quali deve farsi ricorso in mancanza di una precisa disposizione e nell'impossibilità dell'applicazione analogica devono essere ricercati entro la sfera del sistema legislativo vigente. Anzi, in luogo della formula del progetto definitivo «principi generali del diritto vigente», che avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete, si è ritenuta preferibile l'altra «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», nella quale il termine «ordinamento» risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statuale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.) con esso concordante. Tale ordinamento, adottato o sancito dallo Stato, ossia il nostro ordinamento positivo sia privato e sia pubblico, darà all'interprete tutti gli elementi necessari per la ricerca della norma regolatrice.

Prima ancora di ponderare le implicazioni del brano della Relazione al Re appena richiamato, è opportuno sottolineare che l'art. 12 delle Preleggi si pone in linea di sostanziale continuità con il precedente art. 3 delle «Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale» che aprivano il Codice civile del 1865[207], anche se dal

[206] In *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli* cit. 40.

[207] Di cui converrà leggere il testo: «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

punto di vista testuale può registrarsi un intervento – pienamente coerente con il lessico «politico-legislativo»[208] tipico di quel torno di anni[209] – proprio sulla stringa che qui interessa: difatti, l'espressione «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» adottata nel 1942 andava a sostituire il più generico riferimento ai «principii generali di diritto»[210] prescelto dal

regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto».

[208] Riferimento, quest'ultimo, che tra l'altro – ove si accolga l'idea di Gorla, per la quale l'art. 12 delle Preleggi è indirizzato, principalmente, al giudice – si pone in frizione con il sopraggiunto art. 101 co. 2 Cost., che, com'è noto, sancisce la sottoposizione dei giudici alla sola «legge» (concetto assai diverso da quello espresso con la locuzione «orientamento politico-legislativo statuale», la quale reca in sé un limpido messaggio di supremazia del potere esecutivo rispetto al comparto giudiziario).

[209] Ad es. – nella sterminata letteratura – cfr. il bel volume di S. CAPRIOLI, *Codice civile. Strutture e vicende* (Milano 2008), che nel primo capitolo («Struttura e caratteri del Codice civile») dedica un paragrafo alla «Statualità e nazionalità del codice» (pp. 16 ss.); l'a. (a p. 17) richiama, a tal proposito, una sorta di proclama mussoliniano, a più riprese utilizzato nei suoi discorsi – ad esempio, in quello pronunciato alla Scala di Milano il 28 ottobre 1925, dipoi ripreso nel celebre 'Discorso dell'Ascensione', letto innanzi alla Camera dei Deputati il 26 maggio 1927 –: «tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla fuori dello Stato». Sul «richiamo all'ordinamento» quale elemento «fortemente [connotativo della] politica del diritto fascista» – a proposito della formulazione prescelta dai *conditores* per l'art. 1173 cod. civ., su cui si tornerà *infra* – v. C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni: «diritto romano o classico»?*, in *Index* 47 (2019) 493 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 75]. Per un inquadramento generale sui contesti in cui è maturata la codificazione del 1942, può rinviarsi a N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile* (Milano 2003) *passim*.

[210] Per una contestualizzazione, si v., anzitutto, S. GIANZANA, *Codice Civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice* I. *Relazioni (Ministeriale e Senatoria)* (Torino 1887) 160. Sulle diverse opinioni maturate in seno alla Sottocommissione per il Codice civile, v., A. SCIUMÈ, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)* (Torino 2002) 133 ss.; sulla formulazione dell'art. 3 disp. prel cod. civ. abr. – con discussione della letteratura dell'epoca – v. G. ALPA, *I principî generali* cit. 144 ss. In arg., v. altresì, recentemente, C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 5 ss.

legislatore post-unitario[211]. In disparte il riferimento allo Stato[212], nondimeno, il lemma «ordinamento» non può che essere inteso – come risulta espressamente dalla Relazione al Re – nella sua più ampia latitudine[213].

Già l'art. 3 co. 2 disp. prel. cod. civ. abr.[214] aveva innescato un assai nutrito dibattito sulla persistente utilizzabilità – sotto l'egida dei «principii generali di diritto» – delle norme e dei principi desumibili dalla esperienza giuridica romana[215], animato dalla contrapposizione tra impostazioni rigidamente 'legaliste' ed altre più aperte al recepimento di istanze non strettamente positiviste, con numerose sfumature nel mezzo[216].

---

[211] Sul punto, si v. altresì le considerazioni di P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa* cit. 303 ss., spec. a p. 304: «Statalismo e legalismo si affannano a rintuzzare il più possibile il rango della interpretazione e dell'interprete. Ne abbiamo un esempio in Italia in quelle 'Preleggi' al Codice del 1942, che, mutate e trasfigurate in molte parti, rimangono ancora conservate in una positività formale (e stonata con l'attuale approccio giuridico pos-costituzionale) per quanto attiene proprio alla "interpretazione della legge"; dove si afferma, in modo lampante nell'articolo 12, che "non si può ad essa [legge] attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole … e dalla intenzione del legislatore", lasciando all'applicatore il solo ricorso alla interpretazione estensiva ed analogica e ai 'principii generali dell'ordinamento giuridico dello Stato' e mantenendo così il principio salvante (salvante per una visione assolutistica) della statualità del diritto». Su questi temi, in generale, v. G. ALPA, *I principî generali* cit. 162 ss.

[212] Osserva sul punto G. ALPA, *I principî generali* cit. 162 come «Formula più rigida, oltre che più positivista, non si poteva inventare»: essa, infatti, «fu il frutto di una scelta non casuale, atteso che furono scartate altre formule più blande». Alla pagina che segue è discusso il trapasso dalla prima redazione di quello che avrebbe dovuto essere l'art. 3 delle Preleggi (l'anno era il 1939) alla formula accolta definitivamente nel 1942 all'art. 12 citato.

[213] Si v., sul punto, G. ALPA, *I principî generali* cit. 162 ss.; P.G. MONATERI, A. SOMMA, *«Alien in Rome»* cit. 50.

[214] Il cui testo è riportato *supra*, alla nt. 207.

[215] Dibattito che è stato ripercorso in tempi recenti da C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. *passim*, spec. alle pp. 5 ss., ove è altresì un ampio apparato bibliografico (per una sintesi, v. P. BIANCHI, *'Iura-leges'* cit. 69 nt. 11). Per un recente riferimento a quel torno di anni – a margine della celebre vicenda dello *ius deambulandi* su Villa Borghese, decisa dalla Cassazione romana il 9 marzo 1887 (in *Foro it.* [1887] I, 397 ss.) –, in cui «si discute[va] sull'opportunità dell'uso del diritto romano nelle aule di giustizia, all'indomani della promulgazione del nuovo codice civile del 1865», v. A. ANGELOSANTO, *La questione degli usi pubblici sui beni privati in diritto romano. Il caso delle 'ripae fluminis'*, in *BIDR.* 113 (2019) 184.

[216] Su tali aspetti, v. *amplius* A. SCIUMÈ, *I principî generali* cit. *passim*. Per un sintetico inquadramento, si v. altresì le recenti pagine di G. FERRI, *Gli studi privatistici e la facoltà giuridica romana tra XIX e XX secolo*, in M. CARAVALE, F.L. SIGISMONDI (a

Pur non essendo possibile in questa sede scendere nelle profondità delle diverse opinioni fronteggiatesi all'epoca, possono qui richiamarsi le voci autorevoli di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, che si erano espressi, sul punto, in sede di annotazione alla traduzione delle *Pandette* di Windscheid[217]. Pur non muovendo da «una posizione esclusivamente legicentrica»[218], gli annotatori rigettano l'idea per cui il «diritto romano o comune» possa rappresentare una tessera di quel variegato mosaico costituito dai principi generali del diritto: «Ci vuol molta buona volontà a intendere per diritto romano i principi generalî del diritto»[219]; «Per noi l'espressione *principi*

cura di), *La facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali* (Napoli 2014) 300 ss., e spec. a p. 300, ove sono tratteggiate le diverse correnti di pensiero che si fronteggiavano in quegli anni: «da un lato i promotori di una 'sopravvivenza' del diritto romano e della necessità del suo ricorso; dall'altro lato i fautori di una impostazione positivistica per cui il diritto romano si atteggia ad essere solo uno dei mezzi di interpretazione del neonato codice; nel mezzo coloro che intravedono nel diritto romano lo strumento per gestire i riflessi giuridici della complessità del mutamento sociale, coloro che, sotto un profilo didattico, esaltano l'astrattismo concettuale proprio della Pandettistica tedesca e, per converso, coloro che ne proclamano il fallimento rilanciando l'impostazione esegetica francese».

[217] 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*[8] IV. *Note dei Proff. C. Fadda e P.E. Bensa ai libri I. – Del diritto in genere; II – Dei diritti in generale* (Torino 1930) 18 ss., ove è la nota *(t)* al § 23.

[218] Sul punto, v. C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 20 s. (la citazione testuale è tratta da p. 20); l'a. richiama un brano dei due illustri studiosi (in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 18) ove è una presa d'atto del dato per cui «[l]a legge non può prevedere tutti i casi possibili: né compito di savio legislatore è il perdersi nella casuistica delle distinzioni e suddistinzioni, o lo affannarsi a prevedere casi fuor dell'ordinario». Nondimeno, di «impulso positivistico … ancor più definitivo e definitorio» in Fadda e Bensa ha parlato G. FERRI, *Gli studi privatistici* cit. 306, in contrapposizione al pensiero di Filippo Serafini, condensato in F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare. Prolusione letta il 25 novembre 1871* (Roma 1872) 1 ss. [= in *Opere minori, Parte prima. Scritti vari* (Modena 1901) 201 ss.], su cui si v. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza* (Napoli 1986) 41 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica* (Roma-Bari 1990) 278 ss. (il quale ha definito la Prolusione di Serafini – a p. 279 – alla stregua di un «solenne manifesto programmatico per la rinascita degli studi di diritto romano nella nuova Italia»); S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune* cit. 157; *adde* C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 12 ss.

[219] C. FADDA, P.E. BENSA, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 21. I due autori ritenevano che siffatta conclusione fosse desumibile, altresì, dallo stesso dato positivo, e segnatamente dall'art. 48 disp. att. cod. civ. 1865 (a mente del quale «[n]elle

generalî di diritto acquista tutta la maggiore chiarezza e verità coll'aggiunta di un aggettivo: *principî generali di diritto italiano*»[220]. Sembrerebbe di poter desumere, in tal senso, una lettura marcatamente restrittiva del richiamato art. 3 co. 2 disp. prel. cod. civ. abr.

Proseguendo in tale solco, Fadda e Bensa sembrano negare altresì (coerentemente con l'impostazione positivista brevemente descritta) la possibilità – pur concretatasi in più occasioni nella prassi giudiziaria,

materie che formano oggetto del nuovo Codice, cessano di avere 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»); osservano Fadda e Bensa (a p. 21): «L'articolo 48 delle disposizioni transitorie relative al Codice civile italiano del 1865 abroga tutte le leggi, *generali* e speciali, per lo innanzi in vigore: epperò anche il diritto romano comune, come legge *generale*, ossia come sistema legislativo».

[220] C. FADDA, P.E. BENSA, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 22. Sul punto, può richiamarsi la pagina in cui Biagio Brugi affermava – riferendosi ai civilisti –: «Sanno bene anch'essi che i loro 'principii di diritto' (i n t e n d a s i p u r e i t a l i a n o) [spaziato mio, M.A.] non sono nella massima parte dei casi, che di diritto romano più o meno ammodernato» (*Diritto romano classico* cit. 141). Mi pare evidente come gli interlocutori occulti del Maestro siano proprio Fadda e Bensa.

prima[221] e dopo[222] l'approvazione del Codice Pisanelli – che la violazione dei principi di diritto romano possa costituire motivo legittimo per ricorrere in

[221] Se ne può scorgere un lampante esempio – che si riferisce ad una pronuncia della Cassazione milanese del 1864 – nelle pagine di L. MINIERI, *Sentenze di Cassazione e diritto romano* cit. spec. 36 ss., che risulta particolarmente interessante (anche) in relazione agli aspetti peculiari su cui stiamo indugiando. Il caso concerne, in particolare, una vicenda giudiziaria che oppose il Comune di Sannazzaro (oggi Sannazzaro dei Burgondi) ad un cittadino (tale Pietro Maggi) che aveva «richiesto all'ente il pagamento di certe somministrazioni fatte all'esercito austriaco – su indicazione del sindaco ma per ordine degli occupanti – durante l'invasione di quel territorio. Il Tribunale di Vigevano con sentenza del 12 luglio 1861 aveva dato ragione al ricorrente senza tenere presente che le ordinanze del Sindaco erano state emesse su imposizione delle forze nemiche» (*ivi*, 37). Il ricorso – approdato alla Corte di Cassazione di Milano, che si pronunciò il 18 luglio 1864 – è riportato in originale alle pp. 38-45; in particolare, «[i]l Comune, difeso dall'avvocato (e deputato) Pasquale Stanislao Mancini … chiese dinanzi alla Corte di Cassazione l'annullamento della precedente sentenza sul presupposto che, nel merito, i danni e le requisizioni di guerra sono danni "procedenti da forza maggiore ed irresistibile che non si riconoscono da nessuno". Stando, almeno, alla versione della 'Gazzetta dei Tribunali', massimario che, come è noto, riporta stralci più ampi delle sentenze, la richiesta del Mancini era basata non soltanto su una norma dello stato italiano ma anche soprattutto su "la legge 23, *De regulis iuris*"» (così alle pp. 37 e 46; il riferimento ai «p r i n c i p j g e n e r a l i d e l d i r i t t o [spaziato mio, M.A.] consacrati dall'art. 1239 del Cod. Civ. e dalla L. 23 ff. *De regulis juris*» può leggersi alla quarta e alla quinta pagina del ricorso originale, riportate da Minieri, segnatamente, alla p. 42 s.). Quel che colpisce, allora, è che «[l]'istanza era … direttamente basata su un passo dei *Digesta* giustinianei e in particolare su un noto brano relativo alla disciplina del contratto – estratto dal ventinovesimo libro del commento di Ulpiano *ad Sabinum* – in cui è affermato in modo reciso che in caso di inadempimento causato da rapina, disordine sociale, incendi, forza delle acque, assalto dei predoni nulla è dovuto. La causa, quindi, era impostata dall'avvocato del comune sin dall'inizio sull'utilizzo della fonte romana come se fosse una norma in vigore e questa scelta doveva sembrare a tutti una normale valutazione se non solo la Cassazione ma anche i commentatori della sentenza non hanno trovato alcuna obiezione nel suo impiego, tanto che in entrambe le raccolte di sentenze l'indicazione del passo di Ulpiano viene post[a] in esergo subito dopo l'indicazione delle parole chiave della sentenza» (così a p. 46). Nel dispositivo della pronuncia della Cassazione meneghina (che è riportato – in riproduzione anastatica dalla «Gazzetta dei Tribunali» – a p. 49) può leggersi: «Per queste considerazioni, Vista la legge 23 *de regulis juris*, del seguente tenore: "Rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur". Visto l'art. 592, n. 3, del Cod. di proc. civ. … Cassa senza rinvio, ecc. Milano, 18 luglio 1864». Sul punto, osserva Minieri (a p. 49 s.): «Fa una certa impressione – a chi segue un'impostazione moderna – leggere che i giudici dispongano che la decisione venga presa sulla base di un brano – nella loro ottica, una legge – di un giurista romano (così come chiesto dal ricorrente e confermato dal Pubblico Ministero) e di un articolo del Codice di procedura civile sabaudo»; difatti, «entrambi vengono posti sullo stesso piano, come se fossero due disposizioni coeve». Sull'accostamento dei testi giurisprudenziali alla 'legge' ci si dovrà soffermare di qui a breve. Il frammento ulpianeo appena richiamato (D. 50.17.23 [Ulp. 29 *ad Sab.*]) tornerà, poi, anche più innanzi, stante il suo ruolo fondamentale nell'elaborazione storica del concetto di 'caso fortuito' (*infra*, cap. II, nt. 207).

Con riguardo alla prassi di evocare in sede di ricorso per cassazione anche le 'leggi' romane, si v. altresì il caso (pure precedente il Codice Pisanelli: la pronuncia di cui si

discorre – emessa dalla Cassazione milanese – risale al 27 giugno 1860) illustrato da A. MEOLA, *Sul 'nato morto'* cit. 61 ss.; in particolare, in quella vicenda – che verteva sulla condizione giuridica del concepito, poi nato morto – il ricorrente invocava con il primo motivo la «violazione degli artt. 700, 927 e 705 Cod. civ. e delle corrispondenti leggi romane 12, Dig. *De libr. et posth.*; 2, *De mort. Infer.*; e 2 Cod. *De posth.*» (v. *ivi*, 61 s.). In arg., v. di recente C. CASCIONE, *Un diritto del concepito non nato (o «nato morto»)?* cit. 147 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 115 ss.].

[222] Per un celebre caso giudiziario – che s'innesta sotto la piena vigenza del Codice Pisanelli – in cui le argomentazioni dal diritto romano delle parti in causa ebbero un peso specifico assai rilevante (anche in sede di ricorso per cassazione), può ricordarsi la già richiamata pronuncia della Suprema Corte capitolina (resa il 9 marzo 1887: v. *supra*, nt. 215) che battezzò il cd. *ius deambulandi* su Villa Borghese; in estrema sintesi, la controversia era insorta in seguito alla decisione del principe Borghese (assunta nel maggio del 1885) di sbarrare quegli stessi cancelli che, per espressa disposizione di chi volle la costruzione della villa – il cardinale Scipione Caffarelli-Borghese –, avrebbero dovuto restare aperti affinché il popolo di Roma potesse goderne (per una ricostruzione dei fatti e degli sviluppi giudiziari successivi, oltre al contributo di A. ANGELOSANTO, *La questione degli usi pubblici* cit. 183 ss., si v. A. DI PORTO, *'Res in usu publico' e 'beni comuni'. Il nodo della tutela* [Torino 2013] 51 ss.). Non è possibile in questa sede – per ovvie ragioni – addentrarsi nel merito della questione, che tocca svariati aspetti nevralgici di grande attualità; per gli approfondimenti del caso non può che rimandarsi all'appena citato volume di Andrea Di Porto (ma v. altresì, dal medesimo a., *I "beni comuni" in cerca di identità e tutela,* in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH [a cura di], *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno* [Roma 2018] 171 ss.); basti qui ricordare che lo studioso intravede nella vicenda giudiziaria di Villa Borghese il «punto di partenza» (*'Res in usu publico'* cit. 52) di un lungo percorso tracciato dalla giurisprudenza di legittimità, recentemente culminato con il riconoscimento – da parte delle Sezioni Unite – della natura di 'bene comune' alle Valli da pesca della laguna veneziana (Cass. Civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.* [2012] 524 ss., con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, che pure richiama – ma soltanto *en passant* – la «ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico»).

Il caso di Villa Borghese interessa certamente, in questa sede, per i ricchissimi riferimenti al diritto romano dedotti dalle parti in giudizio, ove spiccano le argomentazioni di uno degli avvocati del Comune di Roma – già Deputato e Ministro della giustizia –, Pasquale Stanislao Mancini (che pure aveva largamente attinto allo *ius Romanorum* nel caso riportato subito *supra*, alla nt. 221, nel ricorrere alla Cassazione meneghina: sulle ispirazioni romanistiche di P.S. Mancini, v. recentemente F. VALLOCCHIA, *«Legalità» e «ordine» nel pensiero di Giuseppe Grosso: «valore positivo» del «potere negativo»*, in A. TRISCIUOGLIO [a cura di], *Tribunado. Poder negativo y defensa de los derechos humanos. Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo. En homenaje al Profesor G. Grosso (Torino, 8-9 settembre 2016)* [Milano 2018] 51 nt. 25), la cui arringa innanzi al Tribunale di Roma (ove si celebrava il secondo grado del giudizio che opponeva i Borghese – difesi da Adriano Mari, anch'egli già Ministro della giustizia – al Comune capitolino) può leggersi in tre dispense de *Il Filangieri* 11 (1886), segnatamente quella di gennaio (pp. 1 ss.), febbraio (pp. 49 ss.) e marzo (pp. 119 ss.) – riferimenti, questi ultimi, che possono leggersi riflessi in più luoghi nella lunga motivazione confezionata della Suprema Corte. Ma a destare interesse è anche (e, forse, ancor più) il tenore della reazione del Collegio, che osserva: «data l'indole speciale del diritto, di cui ora si disputa, le tradizioni del giure romano, alle quali si accenna dalle parti, o sono poco opportunamente invocate, o porgono l'indizio di regole che la legislazione vigente ha ora completate». Infatti – soggiunge la Corte, in un passaggio assai significativo per la ricerca

Cassazione: in siffatti casi, «il ricorso dovrebbe essere dichiarato nullo … 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»[223]. Ma

che qui si conduce –, «[i]l diritto, come la vita, ha il suo eterno divenire, e a regole antiche non si possono costringere i fatti nuovi senza forzarne le conseguenze. Dalle dottrine romane puossi trarre solamente un argomento di comparazione con quelle moderne e vigenti sull'*uso pubblico*, rispetto alla privata proprietà; e la comparazione è anch'essa una dimostrazione». Segue il nucleo essenziale della lettura storica della Cassazione: «veramente, è fatto nuovo, rispetto al diritto classico, l'uso pubblico che si sovrappone alla privata proprietà; è fatto nuovo la loro simultanea coesistenza ... quando la necessità sociale s'impose, e un uso pubblico si volle, la proprietà privata non fu mantenuta, ma convertita in proprietà *extra commercium*, perché d'allora divenuta pubblica». Di questo assunto «fa fede la legge Zenoniana cod. *de aqu.*» – che corrisponde a C. 11.43.9 –: «in essa sta scritto che se fontane di privata proprietà sieno divenute pubbliche, non possano più né per rescritto di principe, né per prescrizione *ad privatorum usum converti*, e se a ciò si contravviene, *ius s[u]um regiae civitati restituatur*. La conversione di *fontes privati iuris* in *fontes publici iuris* fu solo voluta, non la sovrapposizione o la coesistenza delle due proprietà» (sul punto, v. ancora A. ANGELOSANTO, *La questione degli usi pubblici* cit. 186 s.; l'a., nondimeno, individua già nella esperienza romana una deroga al 'principio di conversione', che si invera nel «caso emblematico delle *ripae fluminis*», ove è ravvisabile una «'coesistenza' dell'uso pubblico con la titolarità privata»: v. le pp. 186 ss., con fonti e bibl.). Rispetto alla impostazione brevemente illustrata, mi pare quantomeno dissonante il passaggio immediatamente successivo, in cui la Corte afferma che «il testo di Paolo (L. 8, *de serv.*) [*scil.*, Paul. 15 *ad Plaut.* (D. 8.1.8 pr.)], tanto contrastato in questa causa, non è a p p l i c a b i l e [spaziato mio, M.A.]»: la non applicabilità del frammento (che impedirebbe di costituire una servitù prediale per passeggiare sul fondo altrui) in quella sede, presupporrebbe – *a contrariis*, com'è evidente – la possibilità, in astratto, di altre applicazioni (ammettendosene quindi, indirettamente, la perdurante valenza; coglie lo spunto – ponendo in evidenza il termine utilizzato dalla Corte – A. ANGELOSANTO, *La questione degli usi pubblici* cit. 185 nt. 9). Per concludere sul punto, «[t]utto ciò dimostra, come, in diritto romano, il principio che definisca la lite non ci è, ma ce n'è solo il germe, fecondato dipoi per nuovi tempi e nuovi bisogni».

Con riguardo al profilo del ricorso espresso al diritto romano da parte della Cassazione capitolina – con citazione diretta di numerosi testi, tratti dai *Digesta* o anche dalle *Institutiones* giustinianee – può rinviarsi alla lettura della motivazione in relazione al terzo e al quarto mezzo di ricorso (in riferimento, segnatamente, alla possibilità di esperire l'«azione possessoria di reintegra … in tema di *diritti reali*» – e non «soltanto in tema di detenzione di *cosa materiale*» –, e alla sussistenza della «*violenza* dello spoglio, o, come in diritto romano fu detto, la *dejectio per vim*»). Con riguardo, invece, all'aspetto che più specificamente qui interessa – vale a dirsi, il richiamo al diritto romano nella predisposizione dei motivi di ricorso per cassazione –, si v. il passaggio in cui la Suprema Corte romana – con nettezza di toni, in relazione al terzo mezzo – afferma: «sono male allegate dal ricorso la L. 3, § 13, D. *de vi*; 60, D. *de usuf.*, e la L. 4, § 27, D. *de usurp.*, l'una per dire che la reintegranda era data all'usufruttuario di un fondo, l'altra per dire che, invece, era negata per un *ius viae*. Questa distinzione non è più per l'art. 695».

[223] C. FADDA, P.E. BENSA, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 28. Su questi aspetti, si cfr. altresì le considerazioni di P. BIANCHI, *'Iura-leges'* cit. 72 s. e nt. 21, ove sono raccolte referenze bibliografiche.

i suddetti autori – com'è stato recentemente colto[224] – finiscono, poco più oltre, con il deviare leggermente dalla sicura rotta positivista che sembravano aver tracciato, con nettezza, nelle pagine immediatamente precedenti[225]. E il punto in cui il sistema può divenire più sensibile all'eco della esperienza giuridica romana è ravvisato proprio nel ricorso per cassazione, il quale potrà fungere – ad opinione di Fadda e Bensa – da strumento di raccordo con l'esperienza giuridica romana ogni qual volta un istituto sia «governat[o] da disposizioni tolte alla lettera del diritto romano»[226]: in questi casi, pertanto, il ricorrente potrà sì richiamarsi allo *ius Romanorum*, ma non in via diretta (dovendo la doglianza passare per la violazione dell'art. 3 delle disposizioni preliminari), e sempre che esso non si ponga in contrasto con disposizioni vigenti[227].

[224] Da C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 26 ss.

[225] Forse, nondimeno, una lieve sfumatura può cogliersi già con riguardo al dato per cui la nullità del ricorso si ravviserebbe (non in ogni caso, ma) «quando non vi fosse un testo positivo indicato», nonché nel divieto di ricorrere per la «semplice» violazione di esso, aprendo pertanto ad eventuali elementi ulteriori che giustifichino il richiamo all'esperienze giuridica romana: v. subito *infra*.

[226] C. FADDA, P.E. BENSA, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 28. Sul punto, cfr. il pur cursorio riferimento in C. MASI DORIA, *Modificazione e estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque* cit. 285 su e in nt. 28, a margine delle norme che disciplinavano, nel Codice civile del 1865 e, poi, in quello del '42, i cd. accrescimenti fluviali, di «palese matrice romana» (ma il quadro, in seguito alla L. 5 gennaio 1994, n. 37, è sensibilmente mutato: si v., per tutti, L. GAROFALO, *Il tramonto dei principi romani in tema di alveo abbandonato*, in *Index* 27 [1999] 423 ss.).

[227] C. FADDA, P.E. BENSA, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 28: «Quando noi ci troviamo in uno di questi casi, il ricorso al diritto romano come supplemento è non solo opportuno, ma obbligatorio. Adottate le basi del sistema romano, si ritengono adottate le conseguenze logiche di esso, purché, naturalmente, non siano in opposizione ad altri principî del sistema italiano». Proseguono gli aa., «Nei casi in cui il richiamo ai principî 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». Sul punto, si v. altresì S. SCHIPANI, *Sull'insegnamento delle Istituzioni* cit. 154 nt. 27, che raffronta le opinioni di Fadda e Bensa con la *Prelezione* di Buonamici (*Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza* cit., spec. 27 ss.), per il quale l'art. 3 disp. prel. cod. civ. 1865 consentirebbe il richiamo all'esperienza giuridica romana laddove da essa fosse possibile trarre quei «principii generali di diritto» evocati dalla norma citata; cfr., dipoi, S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune* cit. 155 ss., ove tuttavia – per mera svista – è riportato il testo (pur analogo nella sostanza) dell'art. 15 del Titolo preliminare al Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna in luogo dell'art. 3. disp. prel cod. civ. abr. (v. altresì il titolo del § 6, che reca il medesimo riferimento errato; cfr., correttamente, la p. 126).

Mi pare significativo – soprattutto ai fini della ricerca che ci occupa – osservare come il richiamato «impulso positivistico»[228] dei traduttori di Windscheid si incrini esattamente in corrispondenza del passaggio sul ruolo ascritto dagli illustri studiosi alla Cassazione, la quale «non deve solo sindacare la violazione precisa dei testi di legge, ma correggere anche le erronee decisioni, fondate cioè su principî che non sono in armonia col sistema»[229].

La prospettiva brevemente illustrata, ad ogni modo, muta parzialmente con la codificazione del 1942, ove la lettura congiunta dell'art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ. con il § 22 della Relazione al Re sembra seminare qualche dubbio in meno, stante l'espresso richiamo al diritto romano e comune – nell'alveo della tradizione scientifica nazionale – al fine di riempire di significato l'ultima stringa della richiamata disposizione delle Preleggi. Sul punto, la Relazione è ancor più netta quando afferma – anteponendo un eloquente «anzi» – «in luogo della formula del progetto definitivo 'principi generali del diritto vigente', che avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete, si è ritenuta preferibile l'altra 'principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato', nella quale il termine 'ordinamento' risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statuale e della

In arg., poi, si v. altresì C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 27. Quest'ultimo saggio (spec. pp. 20 ss.) è proteso a dimostrare la sussistenza di uno scarto non insignificante tra la posizione assunta su questi temi da Vittorio Scialoja e dai traduttori di Windscheid, che, in quella sede, richiamavano il pensiero dell'illustre Maestro (C. FADDA, P.E. BENSA, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 21); siffatto scarto può essere colto – nell'ottica dell'a. – sulla base di una più profonda (e fedele al pensiero dello studioso) lettura del sintagma scialojano «puro diritto» (su cui v. i recenti contributi di M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile* [Torino 2013] 40 ss., e di E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici* cit. 85 s.), idoneo a ricomprendere in sé – pur non completamente estraneo ad una logica legalista – (anche) la tradizione romanistica (su questi aspetti, v. spec. C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 24 ss., da cui possono ricavarsi i principali riferimenti bibliografici; sulla «componente legalista» del pensiero scialojano, v. spec. p. 31 s. e nt. 86; cfr., sul punto, anche le notazioni critiche di E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici* cit. 85 s.).

[228] Cfr. G. FERRI, *Gli studi privatistici* cit. 306.

[229] C. FADDA, P.E. BENSA, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* IV cit. 29.

tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.) con esso concordante». Evidentemente, un riferimento testuale al solo diritto vigente sarebbe stato percepito alla stregua di una gabbia ermeneutica, che avrebbe impedito all'interprete di battere – pur nel rispetto della scala ideale disegnata dall'art. 12 delle Preleggi – la strada della tradizione[230].

Nel trapasso dal Codice del 1865 a quello del 1942 – con riguardo specifico all'inserzione espressa, nella Relazione al Re, del riferimento al diritto romano e comune – è stato rilevato un vero e proprio «paradosso tra quell'età e l'epoca nostra»[231]. Il paradosso risiederebbe nel dato per cui, pur se «[n]é il Codice civile del 1865, né la Relazione che lo accompagna menzionano il diritto romano»[232], «proprio i magistrati che operavano sotto il Codice del 1865 – imbevuti di cultura classica e di non superficiali insegnamenti romanistici – motivavano le proprie decisioni facendo ampi e costanti riferimenti al diritto romano»[233].

Certamente, l'attenzione rivolta all'argomento storico e, soprattutto, alla ricerca dei richiami romanistici – esauriti i fasti esaltati da Biagio Brugi e Salvatore Riccobono[234], cui anche ai giorni nostri taluni autori hanno dato lustro[235] – è progressivamente scemata. Cionondimeno, la tendenza delle pronunce giudiziali (in specie, quelle di legittimità) ad attingere alla esperienza giuridica romana non è mai del tutto svanita, e – anzi – sembra

[230] Sul punto, osserva G. ALPA, *I principî generali* cit. 163 s. – valendosi di una immagine efficace – come «il richiamo alla tradizione giuridica nazionale, che oggi si tende a considerare mero orpello, era il modo di riannodare al diritto positivo i valori soffusi nell'ordinamento e posti alla base di esso». Con riguardo all'idea per cui il suddetto richiamo costituisca un «mero orpello», il riferimento di Alpa è a P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva* cit. 331.

[231] Così C. LANZA, *Introduzione* cit. 5.

[232] C. LANZA, *Introduzione* cit. 5.

[233] C. LANZA, *Introduzione* cit. 6. Nondimeno, già sotto l'impero del Codice Pisanelli – e, quindi, del più volte richiamato art. 3 delle disposizioni ad esso premesse – non era mancato chi intravedesse nei «principii generali di diritto» la breccia attraverso cui far ricorso – ove opportuno – alla esperienza giuridica romana: si v., sul punto, C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 8 ss., con indicazioni bibliografiche nell'apparato di note.

[234] V. *supra*, a p. 6 s.

[235] Si v., ancora, C. LANZA (a cura di), *La tradizione classica* cit. *passim*.

essersi da alcuni anni invertita quantomeno in relazione a taluni assai recenti filoni giurisprudenziali sui quali si indugerà più oltre[236].

Tornando ancora al fondamento tecnico del richiamo al diritto romano, la sua giustificazione sulla base della congiunta lettura dell'art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ. con il corrispondente brano della Relazione al Re ha trovato l'autorevole avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Il riferimento è, anzitutto, alla pronuncia resa il 28 aprile 1989 (n. 2021)[237] – il cui estensore fu Giovanni Micali[238] – che, in materia di condanna alle spese, si occupò di delimitare l'ambito applicativo dell'art. 91 cod. proc. civ. in relazione ai provvedimenti giudiziali diversi della «sentenza» (cui soltanto fa riferimento la lettera della richiamata disposizione del Codice di rito). Il contrasto giurisprudenziale, in particolare, verteva sulla possibilità di applicare il comma 1 dell'art. 91 cod. proc. civ.[239] anche per i provvedimenti resi a chiusura di procedimenti sommari e cautelari (e, nella specie, nel caso dei procedimenti promossi ex art. 700 cod. proc. civ. per l'adozione di provvedimenti d'urgenza).

Converrà leggere per intero il luogo della pronuncia che qui più interessa. A margine della più restrittiva lettura dell'art. 91 cod. proc. civ., osservano le Sezioni Unite:

> Tale valore minimale attribuito alla norma di cui all'art. 91 c.p.c. si pone in antinomia non soltanto col criterio di giustizia commutativa che impone di ristorare il *reus absolutus* delle spese di lite sopportate,

[236] *Infra*, § 3, capp. II-III.

[237] In *Giust. civ.* (1989) I, 1814 ss., con nota di A. DE NITTO, *Sull'art. 12 preleggi e la c.d. tradizione scientifica nazionale in tema di condanna alle spese* (pp. 1818 ss.). Il testo della sentenza può leggersi altresì (come si accennava *supra*, in nt. 26) in T. BALBIANI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 136 ss. (un breve commento della pronuncia è alle pp. 45 ss.).

[238] Difatti, la pronuncia è riportata altresì nel «repertorio» più volte richiamato: v. G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 502 s.

[239] «Il giudice con la sentenza che chiude il processo dinanzi a lui condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa …».

ma contrasta anche con la nostra stessa tradizione giuridica senza alcuna spiegazione plausibile, e di essa bisogna tener conto allorquando è necessario ricorrervi per riassumere i princìpi generali del nostro ordinamento giuridico, essendo essa criterio comprimario di ermeneutica legislativa, *ex* art. 12, comma 2, preleggi, secondo la *ratio* stessa che di tale norma ne dà la relazione al re (n. 12): «ho ritenuto preferibile la formula princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, che risulta comprensiva, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'ordinamento politico-legislativo statuale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.)»[240].

I concetti espressi nello stralcio appena riportato hanno reperito successivamente numerose conferme nella giurisprudenza di legittimità, che a più riprese ha richiamato, a supporto delle proprie decisioni, i concetti di «tradizione giuridica» e «tradizione scientifica nazionale» accompagnati ai riferimenti formali ora evocati[241].

[240] La citazione è tratta, nello specifico, non dalla Relazione integrale al Codice civile (presentata da Grandi), ma dalla (parziale) *Relazione a S. M. il Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Solmi, presentata all'udienza del 12 dicembre 1938 XVII per l'approvazione del testo delle Disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale e del Libro Primo del Codice Civile* (cfr. G.U. 15 dicembre 1938, n. 285 [suppl.]): leggo il passaggio richiamato dalla pronuncia al nr. 3. Il brano corrisponde – eccezion fatta per l'utilizzo della prima persona, che ricorre soltanto nella versione parziale – al § 22 della Relazione Grandi (v. *supra*, su nt. 206).

[241] Nello stesso solco della pronuncia del 28 aprile 1989, anche in riferimento alla permeabilità del sistema – attraverso il viatico di cui all'art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ., letto alla luce della Relazione al Re – alla tradizione giuridica, v. Sez. Un., 30 maggio 1989, n. 2631 (il cui estensore è, ancora, Micali), in *Giust. civ. Mass.* (1989) 623. Prima ancora delle richiamate pronunce delle Sezioni Unite, tale percorso ermeneutico risultava tracciato già in Cass. civ., Sez. lav., 29 novembre 1985, n. 5977 cit., nonché in Cass. civ., Sez. lav., 13 ottobre 1987, n. 7571, in *Giust. civ. Mass.* (1987) 2169 (ambedue estese da Micali); v. dipoi – ancora, dal medesimo estensore – Cass. civ., Sez. lav., 12 aprile 1990, n. 3110, in *Giur. it.* (1990) I, 2001 ss. (su cui si dovrà tornare più avanti, stanti i copiosi richiami romanistici in tema di *usurae*: v. *infra*, cap. III, § 1); Cass. civ., Sez. lav., 20 giugno 1990, n. 6193, in *Giust. civ. Mass.* (1990) 1186, con riferimento alla «tradizione giuridica, quale elemento comprimario di ermeneutica legislativa (ai sensi dell'art. 12, primo comma, delle preleggi)» (il riferimento al primo e non al secondo comma, se ben s'intende, rappresenta

una mera svista). Ancora, si v. Cass. civ., Sez. II, 6 novembre 1993, n. 10994, in *Giust. civ. Mass.* (1993) 1566, ove – subito dopo il richiamo alla pronuncia n. 2021/1989 delle Sezioni Unite – può leggersi che «la tradizione scientifica nazionale … in quanto compresa nei principi generali dell'ordinamento richiamati dall'art. 12 preleggi, costituisce criterio comprimario di ermeneutica legislativa»; Cass. civ., Sez. Un., 3 luglio 1995, n. 7359, in *Giur. it.* (1995) I, 480 ss. («Le norme processuali … devono interpretarsi alla luce della tradizione scientifica nazionale la quale, siccome compresa nei principi generali dell'ordinamento, costituisce un criterio [com]primario di ermeneutica»). Nelle ultime due pronunce menzionate, Micali non figura tra i membri del Collegio giudicante. Sul filone giurisprudenziale appena richiamato, v. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 50 ss. e spec. nt. 51.

Merita un cenno, in questa sede, la recentissima ordinanza (21 maggio 2020, reg. ord. n. 151/2020) a mezzo della quale la IV Sez. civ. del Tribunale ordinario di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale – sia qui concessa una semplificazione dell'assai intricato problema – del regime normativo delle spese sostenute per l'attività del collegio nominato ai fini dell'espletazione della consulenza tecnica d'ufficio nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 696-*bis* cod. proc. civ. e 8 L. n. 24/2017, che ha lo scopo di far conseguire alle parti, in via preventiva rispetto all'instaurazione del giudizio di merito, una valutazione tecnica in ordine ai danni derivanti da responsabilità sanitaria. In particolare, il rimettente ha ritenuto di sollevare q.l.c. (in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 32 Cost.) «del combinato disposto dell'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica 30 Maggio 2002, n. 115, dell'art. 91 del codice di procedura civile, dell'art. 8, commi 1 e 2 della legge 8 marzo 2017, n. 24, dell'art. 669-*quaterdecies* e dell'art. 669-*septies* del codice di procedura civile nella parte in cui esclude nella interpretazione consolidata e divenuta diritto vivente, che il giudice possa addebitare, in tutto o in parte, a carico di una parte diversa da quella ricorrente, il costo, comprensivo di compensi ed esborsi, dell'attività del collegio nominato per lo svolgimento di CTU nel procedimento di cui all'art. 696-*bis* del codice di procedura civile ed all'art. 8 della legge 8 marzo 2017, n. 24, che l'ha resa condizione di procedibilità della domanda di merito». L'ordinanza di rimessione – dopo aver riportato, al § 3.2, amplissimi stralci della sent. n. 2021/1989, costituenti l'ossatura del richiamato «diritto vivente» – sostiene che «l'esito di una eventuale pronuncia di incostituzionalità si ritiene pienamente compatibile con la tradizione giuridica richiamata dalla Cassazione civile, SS.UU., nella sentenza n. 2021 del 28 aprile 1989, in particolare con riferimento al principio per cui "la pronunzia di condanna alle spese può essere pronunziata anche con *interlocutio* nel corso del giudizio, anziché con *sententia* e, quindi, prescindendo dalla soccombenza della parte in punto di merito" e che "la condanna alle spese non è la cagione della soccombenza in punto di merito, ma costituisce la conseguenza obiettiva di una situazione di disagio posta in essere da una delle parti in danno dell'altra, la cui pronunzia può essere data con ordinanza" nonché dell'asserto per cui "Non v'è dubbio, quindi, che la liquidazione delle spese operata addirittura nel corso del giudizio, e, quindi, prescindendo dalla pronunzia sulla soccombenza nel merito, ed operata con *interlocutio* anziché con *sententia*, sia, pur nella sua peculiarità, nostra tradizione giuridica, finalizzata allo sveltimento dei processi in funzione dell'economia dei giudizi, secondo la direttiva stessa impressa al codice di procedura civile per evitare lo spreco di giurisdizione"». Mi pare ancor più significativo – in relazione alla percepita cristallizzazione dell'orientamento delle Sezioni Unite – il passaggio (tratto dal medesimo § 3.2 dell'ordinanza) in cui il rimettente, in sostanza, invita la Consulta a valersi della medesima «tradizione» ricostruita dalla pronuncia estesa da Micali per accogliere la q.l.c.: «Tali passaggi argomentativi [*scil.*, della sent. n. 2021/1989] se non possono più orientare il giudicante in senso diverso al consolidato approdo della Corte suprema, di cui è doveroso prendere atto anche considerato il numero di procedimenti che potrebbero proseguire solo per la risoluzione del relativo contrasto e sino ad un eventuale revirement della Corte

Con riguardo al merito della decisione, essa indugia lungamente sull'inquadramento in prospettiva storica della «formulazione degli art. 91 e 96 c.p.c.», la quale «si pone nel solco di quella che fu, in un primo tempo, la giurisprudenza pretoria e, successivamente, la legislazione imperiale». A seguire, la pronuncia si preoccupa di compendiare «[i] punti salienti della tradizione romanistica» in materia di spese giudiziali, che «sono tre: 1) il principio che il pagamento delle spese del giudizio non è soltanto la conseguenza della malafede (*temeritas*) della parte soccombente, ma l'attuazione del principio obbiettivo della causalità, onde chi ha cagionato una spesa, indipendentemente dall'elemento subiettivo che l'ha animato, è obbligato a risarcire l'altra parte dell'onere economico impostole; 2) che l'obbligo del pagamento delle spese (*expensae*), sia dirette che indirette (*sumpta*), non è connesso esclusivamente all'accertamento di merito che conclude il giudizio, ancorché la pronunzia della sentenza definitiva ne sia il sistema normale; 3) che la pronunzia di condanna alle spese può essere pronunziata anche con *interlocutio* nel corso del giudizio, anziché con *sententia* e, quindi, prescindendo dalla soccombenza della parte in punto di merito».

Segue, dipoi, una lunga digressione, in cui spicca la menzione diretta di due costituzioni imperiali:

---

suprema, possono per contro costituire il fondamento ricostruttivo sistematico dell'esito di un eventuale accoglimento della questione [d]i legittimità sottoposta alla Corte con il presente provvedimento». La Corte Costituzionale si è dipoi pronunciata con sent. 5 maggio 2021, n. 87 (online alla pagina web https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2021&numero=87), dichiarando – per ragioni che non possono qui essere ulteriormente approfondite – in parte inammissibili e in parte non fondate le questioni sollevate dal Tribunale di Firenze (peraltro, la Consulta riporta il brano dell'ordinanza di rimessione in cui si insiste sulla «tradizione giuridica» evocata dalle Sezioni Unite: v. § 1 del Considerato in diritto). Sull'uso dell'argomento storico nella giurisprudenza della Consulta, si v. sin d'ora le belle pagine di G. DE CRISTOFARO, F.A. GENOVESE, *L'argomento storico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione* I (Napoli 2006) 19 ss.; più in generale, si v. altresì, dallo stesso volume, F. GUIZZI, *La storicità dell'esperienza giuridica nella giurisprudenza costituzionale* (pp. 3 ss.).

Circa il primo profilo, il principio suddetto costituì il punto di massima evoluzione dell'istituto, che ebbe inizio, per contro, coll'esperibilità dell'*actio calumniae* ad iniziativa della parte vittoriosa: «la costituzione stabilisce che tutti i giudici, pronunziando sentenza, devono condannare il soccombente al pagamento delle spese di lite. Il giudice ha facoltà di aumentare di un decimo l'ammontare delle spese, qualora vi sia indotto dalla temerarietà della parte soccombente» (costituzione dell'imperatore Zenone, C.7.51.5). In ordine al secondo e terzo principio in base al quale la condanna alle spese non è la cagione della soccombenza in punto di merito, ma costituisce la conseguenza obiettiva di una situazione di disagio posta in essere da una delle parti in danno dell'altra, la cui pronunzia può esser data con ordinanza, il precedente romanistico è il seguente: «stabiliamo che tutti i giudici…, nel caso che una parte, rimasta contumace, sia, poi, comparsa, non provvedano a giudicarla, se prima essa non risarcisca agli avversari tutti i danni cagionati loro, sia per quanto concerne le spese di causa, sia per quanto riguarda gli onorari dovuti agli avvocati, sia per le altre ragioni relative alla lite. L'ammontare di tali spese dev'essere stabilito dal giudice dopo che le parti interessate abbiano prestato giuramento circa la consistenza di esse… » (costituzione dell'imperatore Giustiniano a Giuliano, prefetto del pretorio, C.3.1.15)[242].

Per tali ragioni, può concludersi:

[242] Le fonti evocate, rispettivamente, sono C. 7.51.5 pr. [a. 487] e C. 3.1.15 [a. 531]. Su tali aspetti, si v. gli studi di M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprocessrecht*[2] (München 1996) 630 ss., ove indicazioni bibliografiche; fondamentale resta il volume di G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* (Torino 1901, rist. Napoli 2001), spec., sulle fonti di cui sopra, 50 ss., 67 s. Più recentemente – anche in prospettiva storico-comparatistica – v. R. FERCIA, *La compensazione delle spese di lite nella procedura 'per libellos'*, in *Studi in onore di R. Martini* I (Milano 2008) 1097 ss., ove ulteriori richiami di letteratura nell'apparato di note.

> Non v'è dubbio, quindi, che la liquidazione delle spese operata addirittura nel corso del giudizio, e, quindi, prescindendo dalla pronunzia sulla soccombenza nel merito, ed operata con *interlocutio* anziché con *sententia*, sia, pur nella sua peculiarità, nostra tradizione giuridica, finalizzata allo sveltimento dei processi in funzione dell'economia dei giudizi, secondo la direttiva stessa impressa al codice di procedura civile per evitare lo spreco di giurisdizione.

La pronuncia – pur se ha inaugurato un solidissimo orientamento giurisprudenziale, che resiste tutt'ora[243] – interessa, in questa sede, più per le coordinate generali tracciate in punto di apertura alla tradizione romanistica (sulla base dell'art. 12 delle Preleggi e della Relazione al Re) che per la soluzione adottata nel merito, sulla base (anche e soprattutto) delle richiamate fonti romane. La correttezza del risultato sostanziale cui perviene la sentenza – che «mostra evidenti connessioni con l'interpretazione che … dava il Chiovenda»[244] – è stata, difatti, a più riprese affermata[245].

---

[243] Cfr. *supra*, nt. 241.

[244] Così R. FERCIA, *La compensazione delle spese di lite* cit. 1112. L'a. (*ivi*, nt. 39) specifica che il riferimento implicito al volume di Chiovenda è rinvenibile «[n]ella parte in cui la Corte considera Zeno C. 7.51.5 pr. espressione del principio dell'obiettiva soccombenza quale presupposto della condanna *in expensis*», principio che Fercia ritiene riconducibile «piuttosto» a C. 3.1.13.6 (v. *ivi*, a p. 1101 s. nt. 15). D'interesse – per un ulteriore aspetto di carattere generale su cui si indugerà di qui a breve – è altresì il passaggio (ancora, a p. 1112 nt. 39) in cui l'a. osserva che l'opera di Chiovenda «non è ricordata in motivazione stante il singolare divieto posto ai nostri giudici dall'infelice disposto dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. che, lungi dal tutelare l'autonomia dell'interprete, è suscettibile unicamente di rendere difficoltoso il miglior dialogo tra il foro e l'accademia». Ulteriori riferimenti sono subito *infra*.

[245] Oltre alle numerose conferme giurisprudenziali successive più volte richiamate, v. T. BALBIANI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 47, per la quale «[a]nche togliendo l'*excursus* romanistico, la motivazione potrebbe ritenersi ugualmente ineccepibile»; in senso adesivo, v. anche R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 51 s. nt. 102 (ove, sul problema, è richiamato il manuale di C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*[16] I [Torino 2004] 338 ss.). Non mi sembrano particolarmente incisive – quantomeno, in riferimento al merito della decisione – le perplessità manifestate (pur solo brevemente, essendo il suo intervento incentrato perlopiù su profili di carattere generale) da A. DE NITTO, *Sull'art. 12 preleggi* cit. 1820.

Tuttavia, si rendono necessarie talune considerazioni. Difatti, anche le suddette premesse di carattere generale (e, quindi, il fondamento formale del richiamo storico reperito nelle Preleggi) in uno con l'uso immediato del diritto romano hanno suscitato, in dottrina, talune perplessità, che meritano di essere ponderate.

Il presupposto fondamentale risiede nel dato per cui, come si è avuto modo di dire poco più innanzi, la Suprema Corte ha più volte insistito sulla invocabilità della «tradizione giuridica» quale «criterio comprimario di ermeneutica legislativa». Il sintagma è stato ripreso, dipoi, quasi testualmente – a conferma di quanto a suo tempo affermato in veste di estensore – da Giovanni Micali nel saggio già richiamato[246]: «Non v'è dubbio … che la nostra tradizione giuridica, costituita in massima parte dal diritto romano, è, per intenzione esplicita del legislatore, fonte comprimaria di esegesi legislativa»[247]. Nondimeno, la decisione delle Sezioni Unite – lungi dall'indagare un eventuale *continuum* tra le costituzioni evocate e le esperienze successive, sino a giungere alle codificazioni moderne – si limita al richiamo puntiforme di un periodo (ristretto) della esperienza giuridica romana[248].

Tale aspetto non è passato inosservato in dottrina, ove si è sostenuto che risulta «quanto meno discutibile voler ricondurre, *sic et simpliciter*, ai 'princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato' alcune costituzioni del codice giustinianeo … D'altra parte – normativisti o no – forse non basta rintracciare un dato normativo del passato per assumerlo come simbolo di una 'tradizione giuridica', talora le norme non applicandosi o non

[246] *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit.

[247] Così alla c. 489. Nelle righe immediatamente precedenti, Micali aveva (ri)tracciato il rapporto – che può dirsi, in senso atecnico, di 'interpretazione autentica' – tra il disposto dell'art. 12 delle Preleggi e il corrispondente squarcio della Relazione al Re.

[248] Pur se, quantomeno negli intenti, l'aspirazione iniziale doveva essere più ampia: si v., in particolare, il passaggio in cui la Corte – nell'introdurre i «punti salienti della tradizione romanistica» in materia di condanna alle spese giudiziali – afferma che «[l]a formulazione degli art. 91 e 96 c.p.c. si pone nel solco di quella che fu, in un primo tempo, la giurisprudenza pretoria e, successivamente, la legislazione imperiale».

ugualmente»[249]. Il contributo richiamato prosegue affondando ulteriormente il colpo: «Il punto è che, postulata questa improbabile 'tradizione' (nel senso di un filo ininterrotto fino a noi), è difficile passare a ricomprenderla nell'alveo – pur così capiente – dei 'principi generali' del nostro attuale ordinamento positivo sulla base del semplice fatto che la Relazione al codice ritiene – in un brano puntualmente riportato – questa formula comprensiva della 'tradizione scientifica nazionale'. Una cosa è la costituzione di un imperatore d'Oriente; altra cosa è la tradizione 'scientifica', la cosiddetta *communis opinio doctorum*, quell'immenso deposito di *auctoritates* accumulatosi nelle esperienze del 'diritto comune europeo', non solo continentale, fino alla codificazione (e poi, naturalmente, sia pur con diverso peso, anche oltre)»[250].

Il dato è, di fatto, incontrovertibile. Ed è confermato ulteriormente da talune – recenti – pronunce della Suprema Corte in cui lo sforzo ricostruttivo della tradizione «nel senso di un filo ininterrotto fino a noi» è effettivamente compiuto (al di là degli spazi inevitabilmente compressi in cui esso si dipana, e al di là, altresì, della opinabilità dei risultati conseguiti)[251].

---

[249] A. DE NITTO, *Sull'art. 12 preleggi* cit. 1819.

[250] *Ibidem*. Tale aspetto non è sfuggito, altresì, a Riccardo Fercia, che osservava: «Mi pare quindi che, comunque, in questa pronuncia la Corte guardi alle fonti romane come ad un mero 'modello teorico e metodologico', a vale a dire in una prospettiva di 'imitazione' … dato che i principî statuiti dalle costituzioni imperiali discusse appaiono in realtà avulsi da un esame della tradizione culturale e pratica ad esse successiva» (così in *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102). Il giudizio dell'a. su siffatta impostazione metodologica, nondimeno, è (condivisibilmente) positivo, come meglio si vedrà subito appresso (cfr. *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102 [a seguire] e 53 s.).

[251] Basti qui un cenno al filone giurisprudenziale in materia di responsabilità civile e caso fortuito, e spec. a Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2017, ord. n. 25837 (§ 3.2); Cass. civ., Sez. VI-3, 4 giugno 2018, ord. n. 14216 (§ 4.3); Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2020, ord. n. 9997 (§ 3.3) (su cui v. *infra*, cap. II, e spec., rispettivamente, nt. 178, nt. 189 e nt. 4 per le citazioni complete) nonché il tentativo di ricostruzione storica – ancor più marcato e approfondito – presente in Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442 (§§ 1.7.1-1.7.6) (cit. *infra*, cap. III, nt. 8) in materia di interessi moratori e usura, laddove l'analisi condotta dalla Suprema Corte (pur non senza qualche incongruenza, che si è già tentato di registrare in M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori* cit., spec. 17 ss.) muove dalle disposizioni contenute nelle XII tavole spingendosi sino alle codificazioni moderne, passando per il diritto romano classico, l'età giustinianea, il diritto altomedievale, con riferimenti sparsi, altresì, alla «Scuola Culta, [al] Diritto Comune, [ai] Giusnaturalisti»

Tuttavia, sul punto, appare condivisibile quanto ha recentemente osservato – pur avendo preso atto dell'assenza, nella pronuncia delle Sezioni Unite, di una indagine sulla tradizione successiva alle costituzioni imperiali evocate[252] – Riccardo Fercia: «il richiamo alle fonti romane, quantunque espresso in termini diversi da quelli che connoterebbero una riflessione scientifica, non rappresent[a] un mero sfoggio di cultura, ove si consideri che, sia pur con i limiti indicati, i contenuti di C. 7.51.5 e C. 3.1.15 risultano in fin dei conti funzionali alla decisione: qui, in sostanza, un contrasto di giurisprudenza è risolto nella direzione indicata dalla storia; e, per questo, l'*iter* della motivazione pare costituire uno spunto degno di grande considerazione»[253].

In effetti, la preponderanza pressoché assoluta dei richiami alle fonti romane (con la contestuale marginalità degli spazi concessi all'analisi della tradizione successiva) nelle pronunce delle quali Giovanni Micali si è fatto estensore – in linea di continuità, quindi, con l'impostazione delle Sezioni

(sulla pronuncia e, più in generale, sugli intrecci storico-giuridici da essa evocati, v. *infra*, cap. III).

[252] Cfr. *supra*, nt. 244.

[253] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102. Si riferisce ad un uso meramente retorico del diritto romano nelle pronunce giurisprudenziali A. SOMMA, *«Roma madre delle leggi»* cit. 166 s. e nt. 85 (ma v. già ID., *L'uso giurisprudenziale della comparazione* cit. 287 ss.). È bene anticipare sin d'ora, tuttavia, che l'argomento di diritto romano, fondandosi sull'art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ., presupporrebbe – per essere evocato – l'esistenza di una lacuna in senso tecnico, che sola giustificherebbe il ricorso all'analogia: su questi concetti in generale, v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1993) 421, nonché le pp. 429 ss., per il rapporto tra analogia e lacune ordinamentali (ulteriori riferimenti sono *infra*, nelle pagine a seguire; per il problema della 'analogia senza lacuna', v. spec. su e in nt. 430). Nondimeno, la leva storico-romanistica può essere azionata, altresì, sulla scorta di un'altra tecnica ermeneutica, quella volta – appunto – a prevenire le lacune ordinamentali, ad esempio attraverso l'uso dell'interpretazione estensiva (cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 423), illuminata dalla storia. Difatti – come risulta anche dalle pagine di Guastini appena richiamate – l'individuazione (e anche – in ipotesi – la creazione) dei *vacua* nell'ordinamento è essa stessa operazione ermeneutica, prodromica all'attivazione delle tecniche volte a colmare le suddette lacune (tra le quali si iscrive l'*analogia iuris*).

Unite n. 2021/1989 – risulta *ictu oculi* da una scorsa al «repertorio» più volte richiamato[254].

Si potrebbe tentare, sul punto, di cogliere nella pronuncia delle Sezioni Unite (ed in quelle che si collocano nel solco da esse tracciato) uno spunto diverso quanto alla lettura del contenuto – esplicato nella Relazione al Codice civile – del sintagma 'tradizione scientifica nazionale' concordante con l'orientamento politico-legislativo statuale[255]. Come si è detto, infatti, la Relazione al Re (al § 22) traccia un'equazione 'aperta' tra la cd. «tradizione scientifica nazionale» e «diritto romano, diritto comune, ecc.».

La parentesi esplicativa citata «(diritto romano, diritto comune, ecc.)» si presta, astrattamente, a due letture distinte. Da un lato, infatti, potrebbe ragionevolmente ritenersi che la tradizione scientifica nazionale consti di un *continuum* che – necessariamente – muove dal diritto romano, prosegue nel diritto comune e giunge sino alle codificazioni moderne; in tal senso, la parentesi di cui sopra andrebbe letta alla stregua di una imprescindibile progressione cronologica[256].

Per altro verso, tuttavia, potrebbe accogliersi l'idea per cui l'elenco proposto dalla Relazione – costituito dal «diritto romano», dal «diritto comune» e da una ambigua clausola aperta («eccetera») – non rappresenti, necessariamente, una sequenza progressiva, ma una esemplificazione delle materie prime cui attingere per reperire elementi idonei a concorrere – lo si ricordi, in via soltanto residuale – al riempimento di eventuali *vacua*

[254] G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 489 ss. L'a., peraltro, consiglia una «lettura *in extenso*» delle pronunce ivi succintamente illustrate, in quanto in esse è reperibile «l'esegesi puntuale di norme del codice civile o di procedura civile, non soltanto con l'utilizzazione dei testi romanistici, ma anche coi lavori preparatori sia del codice vigente che di quello del 1865» (così alla c. 491): se ne ricava agevolmente un interesse non particolarmente pronunciato per il periodo intermedio (con talune sporadiche eccezioni – v. ad es. la sent. 24 ottobre 1989, n. 4330, alla c. 496 – che non valgono certo a sovvertire la preponderanza assoluta dei – soli – testi romani).

[255] Locuzione, quest'ultima, che – anche alla luce dell'art. 101 co. 2 Cost. – deve essere letta con le dovute cautele: cfr. *supra*, nt. 208.

[256] Mi sembra questa, in sostanza, la lettura critica proposta da A. DE NITTO, *Sull'art. 12 preleggi* cit. 1819 s.: cfr. *supra*, su nt. 249 s.

dell'ordinamento, laddove gli altri criteri precedentemente indicati dall'art. 12 disp. prel. cod. civ. abbiano fallito. Mi pare sia questa la lettura accolta – implicitamente – dalle Sezioni Unite, le quali risultano, com'è ovvio, largamente influenzate dall'impronta culturale e metodologica propria dell'estensore – protesa a realizzare una «nomofilachia romanistica»[257] –, che può leggersi attraverso le parole autentiche di Micali: «la nostra tradizione giuridica, costituita in massima parte dal diritto romano, è, per intenzione esplicita del legislatore, fonte comprimaria di esegesi legislativa»[258]; «il diritto romano costituisce ancor oggi un criterio ermeneutico insostituibile per l'esegesi del diritto civile [e] … con molta probabilità, lo costituirà ancora per molto tempo»[259]; «il diritto romano vive nella giurisprudenza della Corte di cassazione come un criterio ermeneutico *qu*[*ae*] *omne ius digessisset*»[260].

Non che tale impostazione neghi recisamente la rilevanza delle esperienze successive: l'analisi della tradizione pratica e culturale posteriore allo *ius Romanorum* diverrebbe, soltanto, non imprescindibile ai fini dello svolgimento delle motivazioni delle pronunce giurisdizionali, ove il modello romano, comunque, possa ritenersi concordante con l'«orientamento politico-legislativo statuale»[261]. E infatti non è un caso se la pronuncia n. 2021/1989 ha espressamente osservato – a margine della giurisprudenza che aveva adottato una interpretazione meno rigida del riferimento alla «sentenza» contenuto all'art. 91 cod. proc. civ. – come un siffatto indirizzo

[257] G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 496. Sul punto, v. anche la c. 491, in cui l'a. fa riferimento alle «sentenze che hanno richiamato *in extenso* i principi di diritto romano utilizzati a scopo nomofilattico»,

[258] G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 489.

[259] G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 490.

[260] G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 490. Nella parte iniziale del saggio appena richiamato (e, segnatamente, alla c. 491), i brevi riferimenti al periodo intermedio sono incentrati, parimenti, sul ruolo preponderante svolto dalla compilazione giustinianea, che sembra semplicemente identificarsi con (o assorbire per intero) la tradizione nazionale – con il «diritto romano» che assume, di volta in volta, una delle diverse sfumature individuate da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna 1987) 456 ss.

[261] Locuzione che – come si avvertiva *supra*, nt. 208, 255 – deve essere intesa con le dovute cautele.

«ha il pregio … di servirsi del criterio ermeneutico dell'interpretazione estensiva per dare sbocco a una tematica che il legislatore non ha considerato *ex professo*, ma la cui soluzione s'inserisce nelle l i n e e d i p o l i t i c a l e g i s l a t i v a [spaziato mio, M.A.] da lui perseguite ed è coerente, altresì … col postulato dell'economica dei giudizi»[262].

Com'è ovvio, un siffatto ragionamento muove inevitabilmente dall'idea per cui la tradizione romana rappresenti «la tradizione giuridica più nobile della nostra legislazione»[263], onde riconoscerle un ruolo del tutto centrale nella delimitazione della «tradizione scientifica nazionale» richiamata dalla Relazione al Codice civile. Sul punto, deve necessariamente segnalarsi che tale presupposto ha reperito, in tempi recenti, la strenua opposizione di un noto saggio di Pier Giuseppe Monateri[264], denso di «furori iconoclasti»[265] – ma «francamente risibili»[266] –, in reazione al quale si è levato un «coro di dissensi romanistici»[267].

---

[262] Mi sembra evidente che la scelta lessicale ricalchi il riferimento contenuto nella Relazione al Re (§ 22). Ad ogni modo, pare discutibile l'inquadramento della interpretazione estensiva nell'alveo dei «criteri ermeneutici»: essa, piuttosto, descrive il risultato – in contrapposizione, appunto, alla interpretazione restrittiva – cui può giungersi in seguito all'esperimento dei mezzi ermeneutici.

[263] Così Cass. civ., Sez. lav., 29 novembre 1985, n. 5977 cit. (est. Micali).

[264] *Black Gaius* cit. 490 ss. [= trad. it. *Gaio nero*, in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni* cit. 19 ss.].

[265] Così L. SOLIDORO, *I Fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo* cit. 196, la quale, nondimeno – pur con le dovute cautele – non ritiene del tutto infondato l'impianto di Monateri (v. *ivi*, 196 ss.).

[266] Ad opinione di C. CASCIONE, *Rec.* di E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari* (Bologna 2010), in *IVRA* 62 (2014) 471.

[267] Così, recentemente, E. STOLFI, *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (Frankfurt am Main 2018) 564 nt. 56. Tra le voci del «coro», possono qui ricordarsi (oltre allo stesso Stolfi: *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari* [Bologna 2010] 53 ss. e nt. 11) E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali. Da 'Black Athena' a 'Black Gaius': recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio* (Milano 2004) 101 ss.; R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 51 nt. 101; F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni* cit. 86 ss.; G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Eur. dir. priv.* (2007) 1057 ss.; ID., *Diritto romano e diritti europei* cit. 24 nt. 43; C. CASCIONE, *Rec.* di E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit. 471. Sul punto,

In sintesi, quindi, sembrerebbe che nell'ottica delle Sezioni Unite – tributaria della «nomofilachia romanistica» di Micali – lo svisceramento delle fonti romane possa astrattamente soddisfare le indagini sistematiche imposte dall'applicazione del canone ermeneutico residuale di cui all'art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ. (alla luce della Relazione al Codice civile), ove venga, altresì, individuato un raccordo con le generali «linee di politica legislativa» (in quel caso reperite nella tendenza ordinamentale alla economia dei giudizi)[268]. Ad ogni modo, gli sforzi giurisprudenziali profusi in tal senso forniscono certamente uno «spunto degno di grande considerazione»[269], anche a prescindere dalla lettura più o meno rigida che si voglia dare alla trama che avvince l'art. 12 delle Preleggi alla Relazione al Codice civile.

Nondimeno, guardando all'*iter* motivazionale della sent. 28 aprile 1989 delle Sezioni Unite, può forse muoversi un ulteriore appunto metodologico. Data la sua (assai apprezzabile) vocazione generalizzante (che giunge – com'è ovvio – anche dall'autorevolezza della sede in cui è stata resa), e dato anche il vasto seguito riscontrato nella giurisprudenza successiva[270], sarebbe stato opportuno palesare le ragioni (forse, date per implicite) del fallito esperimento degli altri criteri interpretativi enucleati dall'art. 12 disp. prel.

può leggersi una recente pagina di Gianni Santucci (*Introduzione ai temi del convegno* cit. 16): «La centralità della tradizione romanistica nella storia dei diritti europei è stata oggetto anche di attacchi, tendenzialmente però frutto di opzioni ideologiche, da parte di studiosi della comparazione giuridica. Non penso tanto al *Black Gaius* di Pier Giuseppe Monateri, che, azzardando una demitizzazione del primato del diritto romano a favore, invece, degli altri diritti dell'antichità, ha fondato le sue ipotesi su argomenti alquanto imbarazzanti sotto il profilo scientifico, quanto ad Alessandro Somma il quale ha svolto un'interpretazione politica dell'uso del diritto romano, cogliendo nel metodo storico comparativo l'espressione di un neopandettismo di tipo liberista volto a negare i profili di solidarietà e istanze sociali presenti nella contemporaneità. Non c'è dubbio che siffatto complesso di critiche risenta di un condizionamento ideologico in parte fuorviante e, al tempo stesso, si accomunino in modo indistinto metodologie e ricerche giusromanistiche differenti fra loro, non cogliendo la specificità del metodo storico-comparatistico».

[268] Cfr. *supra*, su nt. 255.

[269] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102. Spunto che si tenterà di sviluppare ulteriormente nelle pagine che seguono.

[270] Cfr. *supra*, nt. 241.

cod. civ., che rappresenta – in definitiva – il presupposto (almeno, dal punto di vista tecnico-formale) del ricorso all'argomento storico.

Ove, infatti, il richiamo al diritto romano risulti del tutto sganciato dal vano appello agli altri criteri interpretativi (che, per espressa scelta del legislatore, godono della precedenza), il riferimento storico – per così dire, meramente 'fluttuante' – potrebbe risultare semplicemente superfluo (stante la sua inidoneità a incidere concretamente sulla motivazione della sentenza), o essere addirittura tacciato di pura retoricità[271]. Ecco perché, a ragione, si è detto che soltanto di rado «il testo romano [può] offrire il fondamento da cui la Cassazione trae argomenti decisivi per la soluzione a lei affidata»[272].

[271] Cfr. le osservazioni critiche di A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione* cit. 287 ss.; ID., *«Roma madre delle leggi»* cit. 166 s. e nt. 85. Sul punto si v. (anche) per il diritto straniero D. RIVIECCIO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione* cit. 154 s.

[272] Così G. SANTUCCI, *Il credito 'personale' del socio* cit. 414 nt. 107; soggiunge l'a. (*ibidem*) – nel discutere il «repertorio» di Giovanni Micali – « … ma sono certamente più numerosi i casi in cui il riferimento ai predetti testi fornisce solo ulteriori appoggi alla dimostrazione di principi già espressamente contemplati in disposizioni del diritto positivo; o, ancora, casi in cui le fonti romane hanno funzione meramente formale di orpello esornativo alle motivazioni della Corte»; sul punto, v. già S. PEROZZI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 361 [= in *Scritti giuridici* III cit. 646]: «è chiaro che questa perseveranza dei pratici di oggi ad usare del diritto romano, dove ne avrebbero usato gli antichi e nella stessa misura, mentre l'ambiente giuridico è tanto diverso, finisce col convertire troppe volte le citazioni romane in un semplice ornamento, addobbo, gala dello stile forense». Su questi aspetti, cfr. S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 625 ss. Innegabilmente, ad ogni modo, «[a]l pari delle altre strategie argomentative, l'argomento storico possiede prevalente carattere di persuasione (topico-retorico), più che dimostrativo»: così G. DE CRISTOFARO, F.A. GENOVESE, *L'argomento storico* cit. 23. Anche in relazione all'affermazione di Santucci da cui si è partiti – che qui si condivide appieno –, mi pare eccessivamente restrittiva la posizione espressa da Tommaso dalla Massara in un passaggio del suo bel contributo *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (eds.), *Diritto: storia e comparazione* cit. 118, per cui «non è mai ribadito a sufficienza che la funzione unica della comparazione diacronica sia quella *epistemica*. Sarebbe del tutto incongruo attendersi di perseguire una funzione che – per contrapposizione – potremmo dire *euristica*. In altri termini, nessuna velleità di *trovare la soluzione* può fondatamente trarre linfa nella storia giuridica» (analogamente, v. poi ID., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA [a cura di], *Fondamenti del diritto europeo* cit. 111). Difatti, come si tenterà di mostrare nelle pagine a venire – e come si è solo parzialmente già anticipato –, pur se la vocazione «epistemica» rappresenta certamente il tratto fondamentale della comparazione diacronica, degli spazi – pur se, certamente, ridotti – per una funzione «euristica», ispirata a trovare la soluzione (o una delle soluzioni) a quesiti odierni, ben possono ricorrere nella prassi (sul punto, cfr. altresì G. NEGRI, *Un esempio di interpretazione del legato nel diritto romano* cit. 606, su

Va da sé, poi, che quand'anche il ricorso alla storia risulti opportuno e conferente, esso debba essere sorretto da un'indagine il più possibile seria (pur compatibilmente con gli spazi – non certo smisurati – in cui essa deve esplicitarsi[273]): diversamente, si rischia di scadere in aberrazioni[274].

Una volta ripercorsi gli aspetti più rilevanti emersi in riferimento al fondamento tecnico-formale del ricorso all'argomento storico (in particolare, romanistico) nelle pronunce della giurisprudenza, è necessario indugiare brevemente su un elemento normativo ulteriore in cui – anche in tempi recenti – taluni hanno intravisto un ostacolo al richiamo delle fonti romane nelle decisioni giudiziali. La norma cui si allude è contenuta nelle Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile, e corrisponde, segnatamente, all'art. 118 (rubricato «Motivazione della sentenza»)[275]:

---

cui v. *supra*, nt. 31). Ed è esattamente la prospettiva euristica che ha mosso – nel bene o nel male – anche in tempi recenti la Corte di Cassazione nelle pronunce che si esamineranno più oltre: v. *infra*, capp. II e III.

[273] L'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. (il cui testo è riportato subito *infra*) reca plurimi riferimenti alla «succinta esposizione» dei fatti di causa e delle ragioni della decisione (co. 1) ed alla concisione con cui devono essere esposte le questioni trattate (co. 2).

[274] Si v., ad esempio, M.A. FINO, *Sintesi di informazione. Transazione*, in *Riv. dir. civ.* (2002) II, 310 (si trattava, in quella ipotesi, di richiami – generici – non pertinenti alla pandettistica e a Nov. 19 in tema di transazione); A. ADAMO, *Diritto romano: a proposito ed a sproposito*, in *Labeo* 45 (1999) 254 ss. (con riguardo all'evocazione – tra l'altro, non usuale: v. *infra* § 4 – dell'argomento *ab antiquo* in ambito penalistico). Com'è stato recentemente osservato – da C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 125], a margine di Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 – «non essendo necessario il riferimento al diritto antico, si suppone che se lo si utilizza (e ciò costituisce certamente testimonianza di passione e tentativo di comprendere più a fondo il diritto positivo) lo si debba fare con una certa dose di autocontrollo (affidandosi dunque a dottrina certa), anche (in un'occasione come questa) per l'*alta dignitas* dell'organo giudicante». Sul punto, può richiamarsi una bella pagina di Silvio Perozzi (*Diritto romano e giurisprudenza* cit. 364 [= in *Scritti giuridici* III cit. 653 s.]): «io sono convinto che anche senza il diritto romano si possa discutere e sentenziare bene. Più che direttamente per illuminarci nelle controversie, il diritto romano serve, conosciuto che sia scientificamente, a formare quelle abitudini di mente, senza delle quali non si coltiva o non si applica bene nessun diritto. Ma sono altrettanto convinto che col diritto romano si possa discutere e sentenziare meglio. Occorre però mutar via; tutto ciò che il diritto romano può contribuire alla pratica non può contribuirlo, ripeto, che per le vie della scienza. O la pratica torna a questa e può continuare a giovarsene; o non intende di tornarvi e allora non resta che esprimere l'augurio che essa lasci dormire al diritto romano i sonni del giusto».

[275] L'art. cit. è stato modificato – ma soltanto al co. 1 – dall'art. 52 co. 5, L. 18 giugno 2009, n. 69.

La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.

Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto dall'art. 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione.

In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.

La scelta dell'estensore della sentenza prevista dall'art. 276 ultimo comma del codice è fatta dal presidente tra i componenti del collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione.

Soffermiamo la nostra attenzione sul comma terzo della disposizione appena richiamata: «In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici». La stringa – com'è noto – contiene il divieto, imposto ai giudici, di citare (espressamente) la dottrina.

Il comma terzo dell'art. 118 citato è stato variamente discusso da quegli stessi «autori giuridici» – apparentemente silenziati, dal legislatore, nelle motivazioni delle pronunce giudiziali – che, anche di recente, si sono diffusi sul tema, evidenziando diverse aporie[276]. Ma procediamo per gradi.

[276] Da ultimo, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La circolazione dei modelli dottrinali e giurisprudenziali nel «mondo comunicante»*, in *Liber amicorum L. Moccia* (Roma 2021) 115 ss., spec. 118 ss. Si v., in ogni caso, M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Riv. dir. rom.* 13 (2013) 6 ss.; M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (2015) 25 ss.; R. FAVALE, *Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele* I (Mantova 2017) 146 ss. In generale, sul tema, si v. i due recenti volumi curati da S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio, *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze* I. *La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi* (Torino 2016); II. *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione*

La storia del divieto è stata ripercorsa, recentemente, da Laura Solidoro[277]. La studiosa, nel ricostruire la sedimentazione storica dei (plurimi e assai diversi tra loro) divieti legislativi di citare in giudizio le opinioni della dottrina, muove, anzitutto, dalla emanazione nella parte occidentale dell'Impero della costituzione di Valentiniano III «denominata dalla dottrina moderna 'Legge delle citazioni'»[278], per poi passare all'analisi dei «precedenti storici» più prossimi all'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ.

Il periodo cruciale è individuato nel XVIII secolo[279]; nel suo svolgersi, si distinguono dapprima gli interventi di Vittorio Amedeo II di Savoia[280] e,

e materia (Torino 2016), e spec., dal vol. I, il saggio di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza* (pp. 113 ss.). Tra i romanisti che si sono occupati dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. – oltre a De Bernardi (*La «legge delle citazioni»* cit.) – v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 69 s. (un riferimento è anche in EAD., *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell''aequitas'* [Torino 2013] 13); cfr., altresì, la relazione tenuta da Luigi Garofalo in occasione del IX Conv. Int. ARISTEC su *Il precedente nel civil law*, il cui contenuto è sintetizzato da L. SOLIDORO, *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Il convegno internazionale ARISTEC a Roma*, in *TSDP*. 5 (2012) 27 ss. Infine – pur solo incidentalmente – si v. R. FERCIA, *Accessione facoltativa del possesso dell'avente causa ed usucapione in confronto del dante causa: spunti ricostruttivi per un'applicazione dell''exceptio doli generalis'* (Nota a Trib. Oristano, 18 aprile 2012, n. 225), in *Rivista Giuridica Sarda* 29 (2014) I, 75 e nt. 3 (nella vasta ed eterogenea produzione dello studioso sardo, ulteriori riferimenti all'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. sono reperibili in *La compensazione delle spese di lite* cit. 1112 nt. 39; *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 35 s. e nt. 91).

[277] *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 69 s.

[278] *Ivi*, 68. Com'è noto, con la celebre costituzione – adottata nel 426 d.C. e dipoi accolta da Teodosio II nel suo Codice (CTh. 1.4.3) – «è statuito che soltanto le opere di cinque giureconsulti, e precisamente Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino, possono essere utilizzate nella prassi dei tribunali … Quanto agli altri giureconsulti, le loro opinioni possono essere citate solo se a loro volta fatte oggetto di citazioni da parte dei cinque giuristi giudicati come i più importanti, e solamente quando le citazioni medesime possano trovare conferma attraverso un confronto con i testi originali» (così G. CERVENCA, in M. TALAMANCA [dir.], *Lineamenti di storia del diritto romano*[2] [Milano 1989] 606). Sulla cd. legge delle citazioni – nella sterminata bibliografia – si v. almeno G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo* 29 (1983) 280 ss.; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *AAL*. 27 (1983) 187 ss. [= in *Scritti giuridici* VI. *Le fonti* (Napoli 1994) 415 ss.].

[279] Per un inquadramento generale dei temi richiamati, può rinviarsi al recente contributo di M. MORELLO, *Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiurisprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra XV e XVIII secolo*, in *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche Politiche ed Economiche* 68 (2017) 159 ss., nel cui apparato di note sono raccolte numerose indicazioni bibliografiche.

[280] Il sovrano – correva l'anno 1723 – «nella redazione originaria delle *Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna* … aveva limitato le citazioni dottrinali con riguardo alla pratica

qualche decade più tardi, il noto dispaccio napoletano emanato nel 1774 da Ferdinando IV «su suggerimento dell'allora ministro Bernardo Tanucci»[281]. Con tale ultimo provvedimento – che imponeva la «totale proibizione del ricorso all'autorità dei giuristi»[282] – era stato altresì introdotto l'«obbligo generale, per i giudici dei tribunali maggiori, di motivare le sentenze»[283]. Osserva sul punto Laura Solidoro – seguita, anche recentemente, da altre voci[284] – che «il divieto di citazioni dottrinali destabilizzava definitivamente il sistema normativo dello *ius commune*, abbattendo l'autorità dei Dottori medioevali, le cui opinioni erano state, fino a quel momento, 'leggi'»[285].

Il referente normativo successivo che qui interessa è contenuto nell'art. 265 del Regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del Codice di procedura civile, di quello di procedura penale, e della legge sull'ordinamento giudiziario (R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641), che al co. 2 disponeva:

> Nella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto dalle questioni di diritto; si enunciano gli articoli di

forense sabauda, benché i tre giuristi olandesi da lui consultati nel 1717, Antonio Giovanni Schulting, Gerard Van Noodt e Philipp Vitrarius, si fossero sul punto pronunciati negativamente … Ma il Sovrano sabaudo volle andare ancora oltre, con la redazione definitiva delle *Costituzioni*, effettuata nel 1729, introducendo il tassativo divieto, per gli avvocati, "di citare nelle loro allegazioni veruno de' dottori nelle materie legali" e per i giudici di ogni grado "di deferire alla opinione di essi … sotto pena della sospensione da' loro uffizi"» (così L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 69). Sul punto, v. ampiamente M. MORELLO, *Il problema delle citazioni* cit. 190 ss.

[281] L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 69. Sul punto, v. altresì M. MORELLO, *Il problema delle citazioni* cit. 211.

[282] L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 69.

[283] L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 69. Sul dispaccio ferdinandeo, si v. ancora le pagine di M. MORELLO, *Il problema delle citazioni* cit. 211 ss., ove numerose citazioni testuali e ulteriori indicazioni bibliografiche. Sul punto, osservava G. GORLA, *Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico" della giurisprudenza napoletana nel 1700*, in *Foro it.* (1970) V, 6 nt. 18: «Nonostante che le sentenze dei tribunali napoletani fino al Dispaccio del 1774 non fossero motivate, era cosa nota che i giudici si fondavano sull'autorità dei dottori o sulle 'dottrine legali'».

[284] Per tutti, v. ancora M. MORELLO, *Il problema delle citazioni* cit. *passim* e, in sintesi, a p. 222.

[285] L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 70.

legge, sui quali la sentenza è fondata, e si fa un cenno conciso dei principii generali del diritto che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali.

Il medesimo divieto – come si diceva – è rimasto intonso nella disposizione di cui all'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ.[286] ed è stato anzi confermato, in tempi recenti, anche per la giustizia amministrativa con l'art. 88 co. 3 del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), a mente del quale, seccamente, «Si applica l'articolo 118, comma 3, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile»[287].

[286] Sul punto, v. altresì, recentemente, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La circolazione dei modelli dottrinali* cit. 119.

[287] La norma costituisce il frutto – assai tardivo per il processo amministrativo – dello spacchettamento del richiamato art. 265 R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641 (che, per taluni segmenti, deve ritenersi tuttora vigente). Può essere interessante osservare come – pur non esistendo in quella sede una espressa, analoga, disposizione (lo rileva F. CASO, nel suo opuscoletto *Essere giudice* [Milano 2018], nel paragrafo al rapporto tra «Il giudice e la dottrina», ove sono interessanti notazioni di più ampio respiro) – il divieto è generalmente ossequiato anche dalla giurisprudenza penale, evidentemente sulla base di una norma consuetudinaria, pur se ricorre qualche (recente) eccezione: cfr. quanto rilevato in M. AUCIELLO, *Romani-giganti e Romani-pigmei. Un 'Leitmotiv' dottrinario (vagamente stonato) e un piccolo bluff di Enrico Ferri*, in *Index* 49 [2021] 564 s. nt. 1. Il riferimento è a una importante pronuncia resa dalla Cassazione penale nella sua composizione più autorevole (Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681, ric. Tushaj, in *Diritto penale e processo* [2016] 782 ss.), ove al § 9 è testualmente richiamato l'«insegnamento Carrariano» sulla concezione gradualistica del reato (con ogni probabilità, la leggera deviazione dal contegno generale dei provvedimenti giudiziali può in quella sede giustificarsi sulla base della 'classicità' dell'autore richiamato che, com'è noto, è unanimemente considerato come uno dei padri fondatori della criminalistica italiana). A voler sottilizzare, la Cassazione – aggirando il divieto – non richiama espressamente l'autore, ma il suo «insegnamento» (analogamente, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2013, n. 25454, che fa riferimento – al § 4 – alla «intuizione chiovendiana prevalsa nella scienza processualcivilistica» e – al § 5.2 – all'«indirizzo chiovendiano»; sul punto, v. F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al "processo" costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali* [2015] 3 nt. 9). Tra l'altro – per concludere questa breve digressione sugli altri plessi giurisdizionali del nostro ordinamento – anche la Corte Costituzionale si conforma al divieto: v., sul punto, F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze?* cit. *passim*, 6 nt. 17; E. PALICI DI SUNI, *Corti, dottrina e società inclusiva: brevi annotazioni a partire dalla sintesi dei risultati della ricerca*, in S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici* I cit. 9.

Non è possibile, in questa sede, esaminare a fondo la *ratio* della permanenza di una siffatta disposizione all'interno del sistema[288]. Basti qui ricordare che autorevoli romanisti – e non soltanto[289] – le hanno riservato aspre critiche, ritenendo, in buona sostanza, il suddetto divieto – estrapolato com'è dalla storia che si è brevemente tracciata – privo di senso[290]. Sul punto, merita una riflessione la peculiare posizione espressa da Riccardo Fercia, che ritiene la norma tacitamente abrogata[291]. In particolare, lo studioso sardo fa leva sulla sopraggiunta caducazione della «unica ragione per la quale la giurisprudenza aveva avuto modo di ritenere» l'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. «ancora vigente: per un verso, infatti, la violazione della norma non implica alcuna conseguenza processuale (cfr. esattamente Cass., 6 ottobre 1994, n. 8184 …[292]); per altro verso, nei confronti del magistrato che la

[288] Per ogni approfondimento, si rinvia ai contributi richiamati *supra*, alla nt. 276.

[289] Per tutti, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La circolazione dei modelli dottrinali* cit. 119: «l'attuale divieto sancito dall'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. … per un verso, rileva sul mero piano deontologico, essendo sfornito di una sanzione di nullità; per altro verso rappresenta una regola ingannevole e apparente, che opera sul mero piano formale, là dove obbliga il giudice soltanto a non rivelare esplicitamente la fonte bibliografica, ma non, invece, a prendere nella dovuta considerazione le diverse posizioni della dottrina. Silente o omessa è "l'identità dell'autore, non l'esistenza stessa del pensiero, inteso nella sua oggettività"» (il virgolettato interno è tratto da M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente)* cit. 32).

[290] Si v., ad es., L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II cit. 70, per cui «il divieto settecentesco di ricorrere all'autorità dei dotti ha solo inaugurato un duraturo – quanto immotivato e deprecabile – disfavore da parte dei legislatori e dei giudici nei confronti della dottrina. Anche dopo il mutamento del contesto storico che ha determinato la svolta illustrata, questo principio si è mantenuto – inspiegabilmente – pressoché inalterato»; la medesima studiosa ha poi definito anche altrove (in *Tra morale e diritto* cit. 13 nt. 40) il divieto «oggi del tutto privo di senso». Sul punto si è espresso a più riprese anche Riccardo Fercia, per il quale «il singolare divieto posto ai nostri giudici dall'infelice disposto dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. … lungi dal tutelare l'autonomia dell'interprete, è suscettibile unicamente di rendere difficoltoso il miglior dialogo tra il foro e l'accademia» (*La compensazione delle spese di lite* cit. 1112 nt. 39); la suddetta disposizione «esprime invero un divieto anacronistico, retaggio … dell'affermazione – nella prospettiva quasi ideologica che connota la temperie culturale coeva al passaggio dai giuristi ai codici – della centralità assoluta della legge, di cui il giudice deve fare mera applicazione esegetica» (così in *Accessione facoltativa del possesso* cit. 75 nt. 3). Più recentemente ancora, lo studioso sardo (*Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 35 s.) lo ha definito «insensato 'divieto senza sanzione'».

[291] Sul punto, v. R. FERCIA, *Accessione facoltativa del possesso* cit. 75 e nt. 3 e, quindi, ID., *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 36 nt. 91.

[292] Sulla decisione della Cassazione v. subito *infra*.

disattenda non è oggi esperibile neppure l'azione disciplinare (alla quale faceva riferimento la decisione or ora ricordata), dato che una siffatta condotta non è in alcun modo contemplata nel capo I, sez. I, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109»[293]. Il suddetto ragionamento è certamente convincente da punto di vista sostanziale, laddove restituisce con precisione l'idea di un divieto normativo che consta, oramai, di una *imago sine re*. Nondimeno, da un punto di vista meramente formale, la tesi dell'abrogazione tacita non pare sostenibile quantomeno in seguito alla (già richiamata) approvazione del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (recante il Codice del processo amministrativo), che all'art. 88 co. 3 ha espressamente preveduto l'applicazione dell'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ. anche per quella giurisdizione speciale. Non che – ovviamente – ciò muti il rilievo (scarso, se non nullo) ascritto alla norma: l'intervento del legislatore nel 2010 rappresenta, anche ad opinione di scrive, un mero – e, fondamentalmente, acritico – perpetuarsi di un divieto estrapolato dalla storia, la cui unica giustificazione – cui mai potrebbe corrispondere, in ogni caso, una sanzione – risiede in istanze puramente stilistiche ed 'estetiche', volte a trarre fuori (ma – lo si è visto – soltanto nella forma delle decisioni, mentre la sostanza è ben diversa…) il giudice dalle *querelles* dottrinali. Nella sostanza, pienamente condivisibile è l'idea per cui «la citazione degli scritti dottrinali, adoperata al fine [di] esporre nel miglior modo possibile le 'ragioni giuridiche della decisione', [dovrebbe essere] semplicemente una facoltà del giudice, che non deve determinare né un aggravio della motivazione, né un mezzo di elusione di essa»[294].

Ad ogni buon conto, è stata la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione a svalutare la portata applicativa del divieto, la cui violazione non si traduce in alcun vizio del provvedimento giudiziale. Nello specifico, in una pronuncia del 1994 – richiamata poco addietro discutendo la lettura di Fercia – la Suprema Corte ha affermato che l'infrazione del disposto del co. 3

[293] R. FERCIA, *Accessione facoltativa del possesso* cit. 75 nt. 3.
[294] R. FERCIA, *Accessione facoltativa del possesso* cit. 75 nt. 3.

dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. non conduce a conseguenze particolari, «se non sul piano dell'esatto adempimento dei doveri propri del giudice»[295]; tuttavia, si è visto come – come correttamente è stato rilevato, ancora, da Fercia[296] – la sopraggiunta normativa sugli illeciti disciplinari dei magistrati (e, segnatamente, il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109) non faccia alcun riferimento all'art. 118 in questione.

Ancor più interessante è una decisione successiva (del 2001) in cui la Cassazione[297], per soppesare il divieto di citare espressamente la dottrina (che pure è evocata dalla medesima pronuncia, ma in forma 'anonima'…), ricorre a un concetto fondamentale della esperienza giuridica romana: «la violazione dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.c. … non rileva se non sul piano deontologico, poiché, come esattamente è stato osservato in dottrina, la norma violata è *lex imperfecta*, non prevedendo alcuna sanzione per la sua violazione. È noto che solo la soccombenza, nella specie non ipotizzabile, può far sorgere l'interesse a impugnare»[298] (nel caso di specie, il giudice d'appello «in violazione della norma citata, [aveva] menzionato un autore giuridico quale inventore dell'espressione 'interesse negativo'»).

È forse in questa interpretazione giurisprudenziale che può cogliersi – e in tutta la sua profondità – il solco storico che separa il divieto odierno dai provvedimenti regi del XVIII secolo – quelli sì, delle *leges perfectae*, che

[295] Cass. civ., Sez. III, 6 ottobre 1994, n. 8184, in *Rep. Foro it.* (1994) s.v. «*Sentenza civile*», n. 35. Cfr. M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni»* cit. 7.

[296] R. FERCIA, *Accessione facoltativa del possesso* cit. 75 nt. 3.

[297] Cass. civ., Sez. II, 23 ottobre 2001, n. 12999, in *Giust. civ.* [2002] I, 672 ss.

[298] Concetto che «si riscontra in una fonte tarda, come i *Tituli ex corpore Ulpiani*» – segnatamente, Tit. *Ulp.* 1.1-2 – che distingueva tra *leges perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae*, «tripartizione che risale, però, alla giurisprudenza classica, e probabilmente allo stesso Ulpiano» (così M. TALAMANCA, in ID. [dir.], *Lineamenti di storia* cit. 234).

Sul punto, v. ancora M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni»* cit. 8 e nt. 41, il quale rileva come «curiosamente, proprio pronunciandosi sulla inammissibilità della censura relativa alla violazione della norma qui esaminata, la Cassazione stessa ha richiamato espressamente un rilievo formulato "in dottrina" circa la natura di *lex imperfecta* della norma stessa … riferimento comunque non vietato, posto che in effetti non viene lì riportato *il nome* di alcun "autore giuridico"». Cfr., altresì, R. FAVALE, *Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno* cit. 146 s.

comminavano, addirittura, la sospensione dagli uffici tanto per i magistrati, quanto per gli avvocati (ed anche questo mi pare un dato significativo) che non avessero ottemperato all'ingiunzione del Sovrano[299].

Ad ogni modo (e a prescindere dalla sostanziale pratica irrilevanza di esso) il divieto di citare autori giuridici deve essere ponderato – per quel che qui più interessa – in relazione alla possibilità di evocare l'esperienza giuridica romana (e, soprattutto, i testi giurisprudenziali) nelle pieghe dei provvedimenti giudiziari. Infatti, come si anticipava poco più sopra, secondo un'opinione la disposizione di cui all'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ. ben potrebbe costituire un ostacolo tecnico-formale alla citazione dei testi romani. Lo ha sostenuto non molto tempo addietro in un bel saggio Giovanni Negri; seguiamo, sul punto, il ragionamento condotto dallo studioso[300]:

> Nella giurisprudenza anche recentissima dei Tribunali italiani le fonti romane fungono spesso da princìpi generali da cui, sotto il profilo formale, è fatta discendere la decisione, o costituiscono l'ulteriore appoggio al richiamo di norme di diritto positivo: in ambedue i casi si tratta di un orpello esornativo estrinseco (sullo stesso piano formale) alla struttura della motivazione. Non c'è affatto da rallegrarsene: neppure gli studiosi specializzati in discipline romanistiche dovrebbero farlo.

L'a. prosegue introducendo un interrogativo: «Fino a che punto il giudice italiano di oggi ha recepito la formazione romanistica che gli viene

[299] Cfr., per quanto concerne Vittorio Amedeo II, M. MORELLO, *Il problema delle citazioni* cit. 200, 201.

[300] G. NEGRI, *Tradizione romanistica* cit. 27 s. Ricorda Lauretta Maganzani (in *Giovanni Negri* cit. 699) come l'a. considerasse, in qualche modo, quelle pagine il suo «testamento spirituale».

offerta e imposta dall'università?»[301]. Nella risposta al quesito si annida la riflessione che preme esaminare:

> Il richiamo al diritto romano è spesso riferito all'art. 12 delle disposizioni preliminari al nostro codice civile. I casi di «applicazione» giurisprudenziale dei c.d. «princìpi generali» sono assai frequenti: in un sistema formale concepito come sistema concreto non c'è niente di arbitrario in questa attività creativa del giudice. Ma neppure in una visione non formale dell'ordinamento lo stesso combinato disposto di due norme costituisce di per sé una norma esplicitamente nuova: anche in questo caso la «creazione» di questa norma può ritenersi legittimata dall'art. 12. Le due concezioni dell'ordinamento trovano dunque una superiore coerenza nella realtà operativa. Gli estensori delle sentenze dimenticano allora troppo spesso l'art. 118, c. 3°, delle norme di attuazione del c.p.c., che vieta «ogni citazione di autori giuridici», dai quali non c'è ragione di escludere gli autori romani[302].

Sulla «ragione di escludere gli autori romani» dal perimetro applicativo dell'art. 118 citato si dovrà tornare di qui a breve. Prima di riflettere su tale ultima affermazione, deve registrarsi come la netta posizione di Negri – subito dopo aver valorizzato il portato (si è visto, solo teorico) del divieto di citare autori giuridici – sfumi rapidamente:

> Non c'è tuttavia alcun bisogno che la sentenza renda esplicite le determinanti genetiche dell'argomentazione giudiziaria con citazioni romanistiche, che nulla aggiungono alla legittimazione delle categorie adoperate. I giudici debbono essere bensì consapevoli dei propri strumenti concettuali, ma ciò non significa che essi debbano renderne

[301] G. NEGRI, *Tradizione romanistica* cit. 28.
[302] G. NEGRI, *Tradizione romanistica* cit. 28.

conto alle parti (nei giudizi di merito) o ai giudici di rinvio (in quelli di legittimità): così come chi parla o scrive è tenuto a farsi carico delle regole della grammatica senza alcun onere di interrompere continuamente il proprio discorso per farne avvertito l'interlocutore. La sentenza è un giudizio fondato sul potere di giurisdizione, non una dissertazione diretta a convincere con l'autorità della dottrina, che è fonte di *ius controversum*, o della storia, la cui ricostruzione è opinabile: l'eterogeneità e aporeticità intrinseche al diritto positivo debbono invece trovare nel giudizio la propria composizione autoritativa.

Il pensiero di Negri può pertanto sintetizzarsi in due punti essenziali. Anzitutto, l'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ. non consente ai giudici di citare esplicitamente «gli autori romani». In ogni caso, siffatti riferimenti espressi non sarebbero affatto necessari, ben potendo rilevare alla stregua di un presupposto inespresso della decisione (analogamente a quanto accade con le regole grammaticali per la lingua parlata o scritta).

Ambedue gli aspetti meritano una più attenta riflessione.

Quanto al primo, la «ragione di escludere gli autori romani»[303] dal perimetro del divieto di citare dottrina (cui, come si è detto sopra, non corrisponde comunque alcuna sanzione) potrebbe ravvisarsi nella stessa modalità con cui i medesimi giuristi – almeno, nella assoluta maggioranza delle ipotesi – vengono costantemente evocati nei provvedimenti giudiziali: vale a dirsi, attraverso il prisma dei *Digesta* giustinianei[304]. E, sul punto, nessuno può certamente dubitare del portato normativo di questi ultimi, come avvertiva – non senza cadere in una piccola contraddizione – lo stesso Negri qualche pagina prima nel medesimo contributo[305]: «il Digesto giustinianeo è un'antologia di opere giurisprudenziali prevalentemente casistiche … benché

[303] G. NEGRI, *Tradizione romanistica* cit. 28.

[304] Per averne un saggio, basterà scorrere i testi delle pronunce sin qui richiamate e di quelle che si esamineranno nei paragrafi e capitoli a seguire.

[305] G. NEGRI, *Tradizione romanistica* cit. 23.

questa compilazione sia stata essa stessa concepita e intesa come opera legislativa»[306].

In tal senso, la menzione – pur espressa – del giurista (quantomeno, ove intermediata dal richiamo ai *Digesta*) è, in sostanza, un richiamo normativo, e non dottrinario. Pertanto, anche dal punto di vista formale, non ricorre alcuna violazione dell'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ. Di ciò è testimonianza, altresì, il frequentissimo riferirsi – specie nelle pronunce più risalenti[307] – ai frammenti dei *Digesta* con il termine 'Legge', che rappresenta un retaggio della percepita normatività ascritta ai testi giurisprudenziali dalla compilazione dell'antologia giustinianea[308].

[306] Di recente, sul valore normativo dei *Digesta*, si v. il contributo di A. LOVATO, *Giustiniano e la 'consummatio nostrorum digestorum'*, in *MEFRA.* 125 (2013) *passim*, spec. 402 s.: in particolare, si legge a p. 402, «[d]opo l'entrata in vigore del Digesto … tutte le fonti giuridiche, *iura* o *leges*, venivano ad assumere pari dignità e valore, per la semplice ragione che nell'ottica 'applicativa' erano tutte *leges*». A margine del § 23 della costituzione *Tanta*/Δέδωκεν (*Leges autem nostras, quae in his codicibus, id est institutionum seu elementorum et digestorum vel pandectarum posuimus, suum optinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu, praesentis duodecimae indictionis tertio kalendas Ianuarias, in omne aevum valituras et una cum nostris constitutionibus pollentes et suum vigorem in iudiciis ostendentes in omnibus causis, sive quae postea emerserint sive in iudiciis adhuc pendent nec eas iudicialis vel amicalis forma compescuit* ...) l'a. osserva che «[p]er quanto tali parole siano da valutare nel loro contesto, non può non sorprendere l'affermazione imperiale per cui erano "le nostre leggi" a formare il contenuto tanto delle Istituzioni quanto del Digesto: il cambiamento dei termini, riflettendo la tendenza alla totale legalizzazione delle fonti, si traduce nel riconoscimento di una piena normatività. L'antologia, è stato scritto di recente, "prendeva forma essa stessa di 'norma' per il solo fatto che così disponeva l'imperatore"» (così a p. 403; il virgolettato interno è tratto da L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia* [Roma 2007] 442 s.).

Sul rapporto tra *ius* e *lex*, v. altresì A. LOVATO, *La giurisprudenza romana come fattore di sviluppo degli ordinamenti giuridici tardo-antichi*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes historicos y orizonte actual* (Pamplona 2014) 169 ss., ove sono indicazioni di letteratura. Sulla 'legificazione' del materiale giurisprudenziale quale «diretta conseguenza e applicazione del principio autocratico su cui si basava il potere dell'imperatore», v. recentemente P. GARBARINO, *'Sistema' e compilazione giustinianea*, in *AUPA.* 63 (2020) 159 s.

[307] Pur sotto la vigenza di altra – ma del tutto analoga – norma, qual era l'art. 265 co. 2 del R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641 (cfr. *supra*, su nt. 285).

[308] Ancora, per trarne una conferma sarà sufficiente scorrere le numerose pronunce sin qui richiamate. Ad ogni modo, sul punto, v. C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno* cit. 116; L. MINIERI, *Sentenze di Cassazione e diritto romano* cit. 49 s.

Dipoi, nella sola ipotesi – non certo diffusa nella prassi giudiziaria – in cui la citazione del giurista fosse sganciata dalla compilazione giustinianea, potrebbe effettivamente porsi il problema, ma – a voler sottilizzare – solo e soltanto ove il medesimo testo non fosse poi stato altrove richiamato (e, quindi, normativizzato) da Giustiniano... Anche in quel caso, ad ogni modo, il provvedimento giurisdizionale sarebbe posto al riparo da qualunque conseguenza di sorta, stante la ricordata natura *imperfecta* della *lex* che ha scolpito il divieto di cui si discorre.

Un'ulteriore riflessione, poi, è sollecitata dal passaggio in cui Negri osserva che «[n]on c'è … alcun bisogno che la sentenza renda esplicite le determinanti genetiche dell'argomentazione giudiziaria con citazioni romanistiche, che nulla aggiungono alla legittimazione delle categorie adoperate»[309]. Sul punto, lo studioso sembra evocare la necessità di un «dialogo muto»[310] tra le pronunce giudiziali e la tradizione romanistica.

Purtuttavia, qualora l'indagine inerente ai «principi generali» e alla «tradizione scientifica nazionale» sia sollecitata da una corretta applicazione dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. – secondo la lettura che se n'è data più sopra[311] –, il richiamo espresso alla fonte storica potrebbe essere (se non obbligato) quantomeno assai opportuno. Difatti, la esplicitazione delle citazioni romanistiche – rilevanti quali «determinanti genetiche dell'argomentazione giudiziaria» – presenta indubbiamente il pregio di consentire un miglior controllo tecnico sugli impianti motivazionali delle pronunce giudiziarie, agevolandosi in tal modo quello che dovrebbe essere uno dei compiti più rilevanti della odierna dottrina.

[309] *Tradizione romanistica* cit. 28.

[310] Traggo l'immagine dall'intitolazione della Sezione I (*Dialoghi espressi, dialoghi muti: l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza*) della parte monografica dell'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (2015). Cfr., sul punto, R. FAVALE, *Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno* cit. 146 e nt. 53; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La circolazione dei modelli dottrinali* cit. 116 e nt. 4.

[311] Alle pp. 60 ss.

Infine, qualora si acconsentisse – come sembra paventare Negri – alla prassi di evocare (ma non esplicitare) la trama dei testi romani nelle decisioni giurisdizionali, ben più elevato sarebbe il rischio – che lo stesso studioso vorrebbe scongiurato – di un dilagante «volgarismo»[312], recante in sé il potenziale susseguirsi di numerose epifanie di quello che Francesco Galgano ha chiamato «falso diritto romano»[313].

Per concludere sul punto, l'art. 12 delle Preleggi – letto alla luce della Relazione al Codice civile (§ 22) – ben può rappresentare il riferimento tecnico-formale (o anche – come pure è stato detto – la «chiave di ingresso dell'interpretazione storica»[314]) cui ancorare il richiamo alla esperienza giuridica romana nelle pronunce della giurisprudenza[315]. Nondimeno, la corretta applicazione della suddetta disposizione presuppone – inevitabilmente – il vano esperimento di tutti i criteri ermeneutici che la norma sull'interpretazione antepone alla ricerca di quei principi generali

[312] *Tradizione romanistica* cit. 29; cfr. *supra*, nt. 199.

[313] F. GALGANO, *Le anime moderne del diritto privato romano*, in *Contratto e impresa. Europa* (2010) 141 e 152 ss. Non che – com'è ovvio – in presenza di un «dialogo muto» con la tradizione l'interprete possa ritenersi sollevato dall'incombenza di indagarne le profonde (e più o meno consapevoli) radici: numerosi esempi sono nelle pagine a venire. Basti qui il richiamo alla pronuncia della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286) che – pur non richiamandosi espressamente all'esperienza giuridica romana – ha accostato (correttamente, come si è già tentato di dimostrare: cfr. M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori* cit., spec. 24 ss.) la convenzione degli interessi moratori alla clausola penale (in aperto contrasto con una pronuncia, di poco precedente, che aveva accomunato, dal punto di vista ontologico, gli interessi moratori a quelli corrispettivi, sulla scorta – soprattutto – dell'argomentazione storica). Per ogni approfondimento, si rinvia al cap. III.

[314] Così testualmente G. SANTUCCI, *Il credito 'personale' del socio* cit. 413.

[315] Si v., in sintesi, la pagina di M. BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale* cit. 35: «Quando la distanza logica del principio dai referenti normativi su cui esso si fonda è più marcata, allora si può immaginare una scoperta: quasi l'esistenza di una prescrizione latente nell'ordinamento, che si fa emergere; ma questa è soltanto una metafora. Vi è in sostanza anche qui un procedimento induttivo: è più articolato ed è volto a colmare quelle che all'interprete appaiono come lacune nell'ordinamento. Sia l'articolo 3 delle disposizioni preliminari al Codice del 1865, sia l'analogo articolo 12, relativo al nostro Codice, intendono in questo senso i princìpi generali, concepiti come norme non immediatamente aderenti a disposizioni legislative, e che tuttavia l'interprete fa discendere dal diritto vigente. Il giurista o il giudice arrivano alla loro definizione, lavorando su ciò che già esiste. Esse possono ricomprendere anche i brocardi, le massime provenienti dalla tradizione, di cui l'interprete sostenga ed argomenti in modo attendibile, l'inerenza al diritto entro cui opera o meglio, secondo l'articolo 12, all'ordinamento giuridico dello Stato».

dell'ordinamento giuridico dello Stato, in cui si annida la «tradizione scientifica nazionale» e, quindi, il diritto romano. Pur in una forma diluita, il suddetto schema può contribuire a realizzare l'auspicio di Biagio Brugi (e che fu, prima ancora, di Filippo Serafini): l'uso del diritto romano «per correggere e completare il Codice civile»[316].

Ancora, tra l'art. 12 appena richiamato e l'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ. non sussiste alcun rapporto di antinomia, non ostando quest'ultimo in nessun modo alla rievocazione della tradizione nella trama delle pronunce giurisdizionali, quantomeno per le ipotesi – che costituiscono l'assoluta maggioranza nella prassi giudiziaria – in cui le opinioni dei giuristi vengano richiamate per il tramite dei *Digesta*. In ogni caso, il divieto di citare dottrina – unanimemente riconosciuto, anche dalla medesima Cassazione, quale *lex imperfecta* – non può certo scoraggiare la profondità di una ricerca storica, da ritenersi, talvolta, persino obbligatoria, in ossequio alla scala ideale tracciata dall'art. 12 delle Preleggi.

3. *Nuove prospettive. La Cassazione e le fonti dell'obbligazione: alla ricerca di una legittimazione storica.*

Giunti a questo punto, può osservarsi più da vicino un primo – significativo – esempio dell'esplicito ricorso all'argomento di diritto romano da parte della Corte di Cassazione in uno dei più recenti (e rilevanti, anche a livello sistematico) filoni giurisprudenziali in materia di responsabilità civile. Si tratta di una sentenza resa dalla I sezione – cui, peraltro, si è già si avuto

[316] Si v., sul punto, B. BRUGI, *Diritto romano classico* cit. 139 s. (la citazione testuale è tratta da p. 140). Cfr., recentemente, A. SCIUMÈ, *I principî generali* cit. 189 s.; L. BUSSI, *I diritti d'uso pubblico nella dottrina di Flaminio Mancaleoni fra interpretazione e creazione del giurista*, in *Diritto@Storia* 5 (2006) su nt. 69; G. SANTUCCI, *«Decifrando scritti che non hanno nessun potere»* cit. 77. Su questi aspetti, per ogni approfondimento può rinviarsi a G. MARINO, *Biagio Brugi e il 'metodo storico' nella determinazione dei principi di diritto*, in *Index* 16 (1988) 299 ss. Per un inquadramento della figura di Brugi, si v. A. MASI, s.v. «*Brugi, Biagio*», in *DBGI.* I cit. 342 ss.

modo di accennare[317] – il 12 luglio 2016 (n. 14188)[318]. La decisione si diffonde in un'ampia riflessione – immersa nella storia – sulla natura della responsabilità precontrattuale, propendendo per l'assoggettamento della stessa – con tutte le conseguenze del caso, in punto, soprattutto, di prescrizione, ma anche di ripartizione degli oneri probatori e di ponderazione del danno – al regime della responsabilità da inadempimento, sulla base della teorica del 'contatto sociale' (in un'ambigua connessione con il modello delle *obligationes quasi ex contractu* romane), come meglio si dirà di qui a un momento.

Questi, in sintesi, i fatti di causa. Una società di servizi aveva stipulato con una Pubblica Amministrazione (più precisamente, con due articolazioni del Ministero della Difesa) un contratto di appalto; nondimeno, il suddetto negozio non aveva conseguito l'approvazione ministeriale prescritta dall'art. 19 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440[319]. La società, pertanto, conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Roma il Ministero della Difesa – in uno con il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri e con la Scuola Allievi Carabinieri di Roma –, domandando il risarcimento dei danni patiti.

[317] *Supra*, nt. 32.

[318] La sentenza è pubblicata – tra le molte riviste – in *Giur. it.* (2016) 2565 ss., con nota di A. DI MAJO, *La 'culpa in contrahendo' tra contatto e torto* (pp. 2568 ss.); in *Corr. giur.* (2016) 1504 ss., con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale* (pp. 1510 ss.); in *Danno e resp.* (2016) 1051 ss., con commento di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede* (pp. 1058 ss.); in *Nuova giur. civ. comm.* (2016) I, 1451 ss., con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale* (pp. 1457 ss.).

[319] Questa la porzione di testo che qui interessa: «Gli atti di aggiudicazione definitiva ed i contratti, anche se stipulati per corrispondenza … non sono obbligatori per l'amministrazione, finché non sono approvati dal ministro o dall'ufficiale all'uopo delegato e non sono eseguibili che dopo l'approvazione. L'approvazione dei contratti pei quali sia richiesto il parere del Consiglio di Stato deve essere data con decreto ministeriale. Il decreto sarà motivato quando non sia seguito in tutto o in parte tale parere …». La disposizione non risulta essere stata abrogata espressamente né dall'art. 217 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), né dall'art. 256 del vecchio Codice appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163): v., sul punto, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 86 nt. 264.

Il giudice di prime cure rigettava la domanda, ritenendo prescritto il diritto azionato: il contratto, difatti, era stato stipulato tra le parti in causa nel febbraio del 1993, e l'atto di citazione notificato il 13 dicembre 2000. Alla medesima conclusione era giunta, dipoi, la Corte d'appello capitolina, che «condivideva l'inquadramento, operato dal Tribunale, della fattispecie di responsabilità precontrattuale in esame derivante dalla mancanza di efficacia del contratt[o] di appalto in questione, per mancato avveramento della *condicio iuris* rappresentata dall'approvazione da parte dell'autorità tutoria nel modello della responsabilità di tipo aquiliano, e dichiarava, di conseguenza, prescritto, per decorso del termine quinquennale ex art. 2947 c.c., il diritto di credito azionato dall'appellante in giudizio»[320].

Come si può immediatamente intuire – ed è questo, essenzialmente, il nodo empirico del problema –, la data della notifica del ricorso si colloca precisamente nel limbo che separa la prescrizione ordinaria (computata ex art. 2946 cod. civ., che pertiene anche alle azioni fondate sulla responsabilità contrattuale) e la prescrizione quinquennale (termine speciale preveduto dall'art. 2947 cod. civ. per il credito da risarcimento aquiliano). In sostanza, nelle ipotesi incerte – come quella dell'illecito precontrattuale –, ove l'attore si determini ad agire tra il quinto e il decimo anno dai fatti dedotti in giudizio, il credito – alla stregua del notissimo paradosso del gatto di Schrödinger[321] – può considerarsi, al contempo – sia consentita la forzatura, per finalità meramente illustrative – vivo e morto, prescritto e non prescritto. Qualora il giudicante opterà per l'inquadramento della responsabilità precontrattuale nell'alveo del regime dell'inadempimento, il gatto – e, quindi, il credito – sarà vivo e vegeto; ove, di contro, si ritenga di ricondurre tale peculiare forma

[320] Sono le parole della Cassazione (n. 14188/16 cit.), § 2 dello Svolgimento del processo.

[321] Si v. E. SCHRÖDINGER, *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*, in *Die Naturwissenschaften* 23 (1935) 812 (l'articolo può leggersi altresì nella traduzione italiana [*La situazione attuale della meccanica quantistica*] online alla pagina web https://fisica.unipv.it/antoci/mq/Schroedinger35.pdf).

di responsabilità al regime aquiliano, la pronuncia non potrà che dichiarare – come era accaduto in primo e in secondo grado, nella vicenda di cui sopra – il diritto prescritto ex art. 2947 cod. civ.

Per rispondere al quesito – e sancire, quindi, la sopravvivenza o meno del credito – la Corte percepisce la necessità di indagare la genesi storica dei problemi ad essa sottoposti[322]; la conclusione cui giunge la Cassazione, in estrema sintesi, è nel senso della riconduzione della «responsabilità precontrattuale nell'alveo di quella contrattuale, con l'utilizzo del modello dell'obbligazione senza prestazione. In termini semplici, il contatto sociale conseguente all'instaurazione delle trattative farebbe sorgere obbligazioni reciproche di correttezza, nella cui violazione sarebbe insita la responsabilità»[323].

Il suddetto orientamento – sia per le evidenti ricadute sistematiche, sia per la rilevanza pratica ed economica della questione – è stato ampiamente indagato dalla dottrina civilistica[324]. Nondimeno, la scelta di dedicare in questa sede alla decisione n. 14188/2016 uno spazio ridotto (rispetto a quello che si riserverà, più oltre, ad altri percorsi giurisprudenziali[325]) è dovuta all'attenzione che il provvedimento ha suscitato, nello specifico, tra i romanisti: innanzi alle pagine riempite da autorevoli studiosi, il rischio concreto sarebbe quello di ripetere vanamente concetti già detti. Come si anticipava, infatti, oltre a Cosimo Cascione, con il suo commento 'a caldo'[326],

[322] Cfr., sul punto, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 2.

[323] Sono le battute iniziali della nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale* cit. 1510.

[324] Oltre ai contributi richiamati, un quadro esauriente dei commenti alla pronuncia n. 14118/2016 può ricavarsi da R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 1 s. nt. 1 e da S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 628 nt. 21; una rassegna è anche in F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principî* (Napoli 2017) 81 s. nt. 72. Si v., in ogni caso, la lettura di F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.* (2017) 104 ss.

[325] *Infra*, capp. II e III.

[326] *L'invadente cont(r)atto* cit. 1 ss. [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 121 ss.].

si sono occupati nello specifico della decisione Sabrina Di Maria[327] e Federico Procchi[328]; la medesima pronuncia, poi, ha rappresentato per Riccardo Fercia l'occasione per riflettere – in un saggio di ampio respiro – sulla storia (e anzi, in qualche modo, sulla 'non storia'[329]) della cd. obbligazione senza prestazione[330]. Infine, le linee fondamentali delle questioni che la pronuncia estiva della Cassazione sottende sono state di recente ripercorse da un contributo di Sabrina Di Maria e Gianni Santucci[331], ove sono altresì interessanti notazioni metodologiche[332].

Mi sono limitato a richiamare gli scritti chini sulla sentenza n. 14188/2016 (o che comunque da essa, nello specifico, hanno preso spunto). I materiali cui attingere crescono esponenzialmente ove soltanto si allarghi il raggio ai saggi che hanno incrociato il tema – assai complesso e frastagliato – delle radici storiche della responsabilità precontrattuale[333].

In seguito a questa doverosa premessa, può passarsi all'analisi dei passaggi motivazionali più rilevanti della pronuncia.

Anzitutto, la tesi del ricorrente: la responsabilità della Pubblica Amministrazione – «costituendo l'approvazione del contratto ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 19 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, una *condicio iuris sospensiva* della mera efficacia di un contratto già concluso»[334]

[327] *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 623 ss.

[328] *Contatto sociale qualificato'* cit. 355 ss.

[329] Cfr., in sintesi, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 34, 59 s.

[330] R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 1 ss.

[331] S. DI MARIA, G. SANTUCCI, *«Comparison involves history»* cit. 1 ss.

[332] Che trovano ancor più spazio in S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 623 ss.

[333] Sul punto, nella letteratura sterminata, si v. almeno L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in *TSDP*. 1 (2008) 1 ss. [= con qualche modifica in *Studi in onore di A. Metro* VI (Milano 2010) 105 ss.]; F. PROCCHI, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* I (Padova 2007) 181 ss.; più di recente, v. S. CAPASSO, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, in *AG.* 151 (2019) 285 ss. Da essi è possibile trarre ulteriore bibliografia. Per gli ulteriori – e importanti – lavori di Federico Procchi, v. subito *infra*.

[334] § 1.2 (Motivi della decisione).

– «essendo ancorata alla violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, ai sensi degli artt. 1358 e 1375 c.c. , avrebbe dovuto essere configurata dal giudice di appello come una responsabilità di tipo contrattuale»[335]. Il regime individuato, pertanto, sembrerebbe quello *stricto sensu* dell'inadempimento; nondimeno, il ricorrente prosegue – non senza «una lieve retromarcia»[336] – osservando che la disciplina della responsabilità contrattuale sarebbe invocabile «[t]anto più che tra l'amministrazione ed il privato verrebbe ad instaurarsi … un rapporto qualificabile, secondo un consistente indirizzo giurisprudenziale, come 'contatto sociale qualificato', dal quale deriverebbero specifici obblighi di protezione della prima a favore del secondo». Pertanto – e qui la linea difensiva rende esplicita la «lieve retromarcia»[337] segnalata da Cascione, il quale registrava l'anomalia di quel «tanto più che» introduttivo[338] –, «l'inadempimento di tali obblighi – non traducendosi in una lesione dall'esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia in virtù della condotta di un soggetto non legato ad essa da una precedente relazione giuridica, come avviene nella responsabilità aquiliana – darebbe luogo ad una responsabilità del tutto assimilabile a quella contrattuale»[339]. Il modello evocato pertanto è (non contrattuale, ma) del tutto assimilabile a quello contrattuale.

La sfumatura – pur vagamente contraddittoria rispetto alla premessa – coglie nel segno, in quanto riesce nel far scivolare il nucleo della decisione «su un tema molto appetitoso … quello del rapporto tra 'contatto' e 'contratto'»[340]. Il motivo, infatti, è fondato. La Cassazione, sul punto, scarta

[335] *Ibidem.*

[336] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 1 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 122].

[337] § 1.2 (Motivi della decisione).

[338] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 1 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 122].

[339] § 1.2 (Motivi della decisione).

[340] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 1 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 122].

rapidamente l'ipotesi strettamente contrattuale (pur paventata dal ricorrente)[341] per «aggredire»[342] il tema – certamente più succulento – del contatto prenegoziale.

Si rende allora necessario «affrontare il dibattuto problema concernente la ravvisabilità di una responsabilità contrattuale anche in assenza di un atto negoziale dal quale scaturiscano specifici obblighi di prestazione a carico delle parti, qualora tra le stesse venga comunque ad instaurarsi una relazione qualificabile come 'contatto sociale qualificato'»[343]. La Suprema Corte osserva, in via preliminare, come sia la medesima giurisprudenza di legittimità ad essersi orientata «pressoché uniformemente … – in materie diverse e sia pure senza una consapevole visione di insieme – nella direzione del riconoscimento di una responsabilità di tipo contrattuale, anche in assenza di un formale vincolo negoziale tra le parti»[344]: la suddetta tesi «ha la sua genesi in concezioni ed elaborazioni risalenti al diritto romano, perpetuatesi nel corso dei secoli (si consideri che la figura del quasi-contratto, della quale si dirà, si è mantenuta, con qualche variante, nel diritto comune ed è stata recepita dal Codice Napoleone e dal nostro codice civile del 1865, per poi sparire solo nel codice del 1942), e – dipoi – riprese e perfezionate dai giuristi contemporanei europei, in special modo tedeschi ed anglosassoni, oltre che dalla stessa dottrina nazionale»[345]. Ed è stata proprio la dottrina italiana – ed

[341] Osserva sul punto la Corte (§ 3) che «in relazione ai contratti conclusi con la p.a., il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, che richiede un provvedimento espresso – adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge – la cui esistenza non può, pertanto, desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall'Amministrazione. Ne discende che, ai fini del perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale, è insufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.) (Cass. 10020/2015)».

[342] Cfr. C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 1 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 122].

[343] § 3.1.

[344] *Ibidem.*

[345] § 3.2.

è qui evidente il «dialogo muto»[346] con Carlo Castronovo[347] – ad aver «fornito un apporto essenziale», nell'ambito della responsabilità precontrattuale e, «più in generale, nella costruzione di una responsabilità di tipo contrattuale da 'contatto sociale qualificato' anche in settori diversi da quello del contratto», «agevolando il formarsi, nella giurisprudenza di legittimità, di una linea evolutiva della responsabilità civile, orientata verso un *favor* – laddove vi sia un contratto tra le parti che genera obblighi di informazione e di protezione, anche se non ancora di prestazione – per la più incisiva forma di tutela rappresentata dalla responsabilità contrattuale»[348].

La Corte prosegue – nel § 4 – ricordando come «l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato … per lungo tempo ancorato alla tradizionale concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità di tipo aquiliano»; nondimeno, tale evenienza poggia «per lo più» sulla secca «bipartizione fondamentale delle fonti delle obbligazioni»: da una parte quelle da atto lecito (e, quindi, da contratto), dall'altra quelle da fatto illecito (vale a dirsi, da delitto). Tuttavia, il suddetto approccio manicheo ha fatto sì che risultasse «pretermessa la terza, importante, fonte

[346] Cfr. *supra*, su e in nt. 310.

[347] Mi limito a richiamare la prima esposizione in C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni* I (Milano 1995) 147 ss. Si v., sul punto, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 2 e nt. 3.

[348] § 3.2. Il riferimento al pensiero di Castronovo – in un brano che costituisce un fulgido esempio del formalismo intrinseco dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. – è ancor più inequivocabile al successivo § 8: «La dottrina italiana si è posta consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca "ai confini tra contratto e torto", in quanto radicata in un 'contatto sociale' tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è 'qualificato' dall'obbligo di 'buona fede' e dai correlati "obblighi di informazione e di protezione", del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.». La Cassazione, nel virgolettato interno, riprende pedissequamente il sottotitolo del saggio sopra richiamato (*L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto* cit.).

delle obbligazioni, rappresentata – ai sensi dell'art. 1173 c.c. – da "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico; il che non ha consentito di dare il giusto rilievo, sul piano giuridico" [*sic*!][349] a peculiarità di talune situazioni non inquadrabili né nel torto né nel contratto, e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima».

Alla breve premessa sul problematico inquadramento delle fonti delle obbligazioni segue immediatamente il passaggio motivazionale – che converrà leggere *in extenso* – in cui la Corte evoca l'esperienza giuridica romana e il suo (preteso) successivo svolgimento:

> § 5. L'ambiguità classificatoria ha radici lontane. Anche nella dottrina romana più antica la classificazione delle fonti delle obbligazioni si ridusse al dualismo tra *obligationes ex contractu* o *ex maleficio* ed *obligationes ex delicto*, laddove al *contractus* venne attribuito l'esclusivo significato di negozio giuridico bilaterale diretto a creare un vincolo obbligatorio finalizzato ad una prestazione, consistente della dazione di denaro o di una cosa. E ciò in conformità alla tradizionale (Gaio) definizione di obbligazione come "*iuris vinculum*", tutelato dall'ordinamento e diretto a costringere il debitore ("*necessitate adstringimur*") a dare alcunché al creditore ("*alicuius solvendae rei*") a titolo di prestazione nascente, dapprima solo dal contratto, poi anche dal delitto. E tuttavia, la bipartizione non incontrò il favore della giurisprudenza, in special modo del *praetor peregrinus*, che si sforzò di configurare un'obbligazione da atto lecito, pure in assenza di un negozio bilaterale. Tale opzione ermeneutica trovò, infine, un coronamento nel Digesto giustinianeo, nel quale alle

[349] Il testo dell'art. 1173 cod. civ. – com'è noto – si chiude con le parole «in conformità con l'ordinamento giuridico». Sul *lapsus calami* v. R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 6 nt. 15.

obbligazioni *ex contractu* ed a quelle *ex delicto* o *ex maleficio*, si affiancarono le *obligationes* "*ex variis causarum figuris*", che divennero, poi, nelle successive Istituzioni, *obligationes* "*quasi ex contractu*". Nella categoria del "*quasi contractus*" il diritto romano post-classico annoverò, dunque, quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio, ma nei quali vi era comunque un contatto tra le parti che generava un'obbligazione in qualche modo assimilabile a quella contrattuale donde il *nomen* di "*quasi contractus*" – come nel caso dell'indebito, nel quale l'obbligo della restituzione scaturiva dal mero fatto del pagamento erroneamente eseguito, o della *negotiorum gestio*, scaturente da un'attività intrapresa allo scopo di fare cosa utile ad altri.

La Corte prosegue con il delineare – pur per sommi capi – le correnti di pensiero successive che ebbero il merito di cogliere la «provocazione» della giurisprudenza romana per spingere lo sguardo oltre il nudo schema contrattuale, in un passaggio ove la figura del quasi-contratto e la sagoma della obbligazione senza obbligo di prestazione risultano agglutinate:

§ 6. L'istituto proveniente dal mondo antico [*scil.*, il '*quasi contractus*'] è rimasto in vita – come si è detto – per secoli, fino ai codici europei dell'800. Nelle successive elaborazioni dogmatiche, la provocazione dei giuristi romani a guardare al di là del contratto formale si è tradotta, in special modo nella dottrina tedesca degli anni '30 del secolo scorso nell'individuazione e concettualizzazione della relazione biunivoca che viene a porsi tra l'affidamento precontrattuale ed il rapporto obbligatorio, sebbene in assenza di un formale contratto e degli obblighi di prestazione che ne derivano. Fino al delinearsi, nella riflessione successiva, di un vero e proprio "rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione", qualificato dall'affidamento reciproco delle

parti e, perciò, connotato da "obblighi di informazione e di protezione", costituenti un completamento ed un corollario dell'obbligo di 'buona fede' che grava su ciascuna parte, laddove viene ad assumere una posizione di garanzia nei confronti dell'altra.

Muovendo dal § 5 sopra riportato, può qui rapidamente rilevarsi – con Cascione – «qualche strana svista»[350] in cui è incappata la Suprema Corte. Anzitutto, la costruzione di un «dualismo tra *obligationes ex contractu* o *ex maleficio* ed *obligationes ex delicto*» (con la disgiuntiva, evidentemente, fuori posto). Ma anche – e questo può dischiudere la nostra prospettiva a scenari più interessanti – «il riferire a Gaio, e non a Giustiniano, la definizione di *obligatio* come *iuris vinculum*»[351].

Com'è noto, il brano cui allude la Cassazione può leggersi in I. 3.13 pr. (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*): «la definizione di *obligatio* conservata nelle Istituzioni di Giustiniano … è forse "il testo giuridico latino più universalmente conosciuto"»[352]. Sul punto, Gianni Santucci[353] – non senza una certa indulgenza – si è mostrato dubbioso sul ritenere il riferimento a Gaio una semplice disattenzione («del resto veniale nell'ottica in cui si muove il giudice») oppure alla stregua di «una testimonianza di una profonda e aggiornata conoscenza dei risultati della scienza giusromanistica, poiché di

[350] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 125].

[351] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 125]. Sul punto, v. altresì S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 633 nt. 31; S. DI MARIA, G. SANTUCCI, *«Comparison involves history»* cit. 6 nt. 21.

[352] Queste le battute con cui Giuseppe Falcone apre la sua monografia *«Obligatio est iuris vinculum»* (Torino 2003) 5; il virgolettato interno è tratto da B. ALBANESE, *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J.3,13pr.*, in *SDHI.* 50 (1984) 168 [= in *Scritti giuridici* II (Palermo 1991) 1658].

[353] *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*[2] (Bologna 2018) 64 nt. 139. Cfr., dipoi, S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 633 nt. 32; S. DI MARIA, G. SANTUCCI, *«Comparison involves history»* cit. 6 nt. 22.

recente è stata avanzata l'ipotesi che la definizione giustinianea, certamente di origine classica, possa essere stata tratta proprio dall'opera *Res Cottidianae* di Gaio»: il richiamo, com'è noto, è alle tesi sviluppate da Giuseppe Falcone[354].

È impensabile, qui, ridisegnare il percorso soltanto tratteggiato – com'è, del resto, del tutto comprensibile – dalla Cassazione, operazione che implicherebbe il ripercorrere, essenzialmente, «un argomento centrale del diritto privato romano»[355]: la storia delle (fonti delle) obbligazioni, e della loro classificazione[356].

---

[354] *«Obligatio est iuris vinculum»* cit. 49 ss.; si v. poi, ancora, G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di 'obligatio'*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI (a cura di), *'Obligatio'-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*. *Atti del Convegno (Roma, 23-24 settembre 2010)* (Napoli 2011) 17 ss. Falcone – allineato alla dottrina «largamente dominante» (compendiata in *«Obligatio est iuris vinculum»* cit. 30 s. nt. 73) – propende per la «assegnazione delle *Res cottidianae* … direttamente alla mano di Gaio» (v. in part. le pp. 30 ss.); sul punto, v. altresì recentemente C. CASCIONE, *Primi appunti sul bettiano 'Manoscritto di Heidelberg'*, in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 69 nt. 52 [= in *Liber amicorum per P. Pollice* I (Torino 2020) 108 nt. 49], con ulteriori referenze (ma v. già ID., *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* [Napoli 2003] 446 s. nt. 176, con ampia disamina della lett. precedente). Diversamente, Carlo Augusto Cannata, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* II (Torino 2008) 103 ss. (ma si v. già almeno – pur solo cursoriamente – ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (Prima parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 4 [1974] 66 e nt. 73), seguito di recente da Riccardo Fercia (*Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 14 s., «consapevolmente [allineato] a dottrina minoritaria»; v. anche i riferimenti a p. 34 e 44), per i quali le *Res cottidianae* rappresenterebbero il frutto di una rielaborazione epiclassica (segnatamente, di età dioclezianea). Per Cannata, in particolare, il parafraste «anche se a suo modo pensava bene, aveva del tutto smarrito certe prospettive del pensiero giuridico della giurisprudenza classica, che del Gaio delle *Institutiones* rappresentavano il sicuro bagaglio intellettuale» (*Materiali per un corso di fondamenti* II cit. 104); la tesi proposta da Cannata è stata poi brevemente (ri)discussa da G. FALCONE, *Sistematiche gaiane* cit. 17 ss. nt. 3 (sul punto, cfr. altresì, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 14 s. nt. 30). Per i contrasti insorti tra gli studiosi sulla paternità dei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* può rinviarsi alla selezione di letteratura proposta da S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 634 nt. 34.

[355] C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 490 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 71].

[356] Si v. la bella sintesi proposta da R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 11 ss., tenendo presente – soprattutto – la produzione di Carlo Augusto Cannata (v. spec. a p. 10 e nt. 21); nelle pagine dello studioso sardo sono presenti, comunque, numerose indicazioni bibliografiche. Ad ogni modo, si v. i recenti lavori di R. CARDILLI, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione* (Napoli 2016), spec. 61 ss.; A. WEGMANN STOCKEBRAND, *'Obligatio re contracta'. Ein Beitrag zur sogenannten*

Ad ogni modo, deve segnalarsi – tralasciando il riferimento al «fantomatico *praetor peregrinus*»[357] – come la Corte, nella paziente costruzione del basamento storico su cui poggia la decisione, riconduca ai soli *Digesta* giustinianei il «coronamento» di quella «opzione ermeneutica» volta a «configurare un'obbligazione da atto lecito, pure in assenza di un negozio bilaterale», che sta appunto nell'affiancamento – al *contractus* e al *maleficium* – delle *variae causarum figurae* tra le fonti d'obbligazione[358]: ne

Kategorie der Realverträge im römischen Recht (Tübingen 2017) 64 ss.; V. GIUFFRÈ, *Le obbligazioni tra volontaria assunzione e imposizione 'ex lege'. Un racconto cronodinamico* (Lecce 2018) 53 ss.; F. MERCOGLIANO, *Betti, le fonti di obbligazione, il negozio giuridico*, in *Index* 47 (2019) 201 ss., dai quali possono trarsi ulteriori riferimenti di letteratura.

[357] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 126]. Cfr. altresì S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 634 e nt. 33.

[358] D. 44.7.1 pr. (Gai 2 *aur.*). *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Su questi temi, nella sterminata letteratura, si v. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG.* 14 (1970) 77 ss. (su cui v., recentemente, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Opinioni al Magnifico Rettore dell'Università di Varsavia concernenti il Prof. Dr. Witold Wołodkiewicz*, in *Index* 47 [2019] 3 ss.); F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle 'obligationes ex variis causarum figuris'*, in *BIDR.* 76 (1973) 171 ss. [= in *Opuscula selecta* (Padova 1999) 131 ss.]; C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni* cit. 37 ss. [= in *Scritti scelti di diritto romano* I (Torino 2011) 265 ss.]; M. TALAMANCA, s.v. «*Obbligazioni (storia) a) Diritto romano*», in *Enc. dir.* XXIX (Milano 1979) 41 ss.; S. TONDO, *Classificazione delle fonti d'obbligazione*, in *Labeo* 41 (1995) 371 ss.; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las 'Res Cottidianae'* (Madrid 1996) 211 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford 1996) 10 ss.; G. FALCONE, *«Obligatio est iuris vinculum»* cit. 45 ss. Tuttavia, come si è già segnalato (*supra*, nt. 354), l'attribuzione dei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* è stata variamente discussa in dottrina, pur se l'opinione prevalente tende ad attribuirla «direttamente alla mano di Gaio» (cfr. G. FALCONE, *«Obligatio est iuris vinculum»* cit. 30). Può registrarsi qui la recente notazione di Barbara Cortese (*'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*[2] [Napoli 2013] 9 nt. 15) per cui «[i]l problema dell'attribuzione delle *Res cottidianae* non influisce sulla problematica della classificazione: la *divisio* si rivelava troppo rigida nelle sue componenti già nelle Istituzioni dove si evidenzia la prospettiva processuale, il che verosimilmente sfocia nella tripartizione, testimoniando che un re-inquadramento veniva percepito come necessario»; ulteriori notazioni sulla bipartizione *ex contractu*/*ex delicto* presente in Gai 3.88 – cui l'a. allude nel brano richiamato – sono subito *infra*.

risulta obliterato – stavolta – il ruolo di Gaio[359] (cui era stata attribuita, poco prima, la paternità della definizione conservata in I. 3.13 pr.).

Il punto nevralgico – per mettere un po' di ordine nel passaggio in cui è ravvisabile «un confuso rapporto tra diritto classico, postclassico, giustinianeo, con l'assenza di quello postgiustinianeo»[360] – sta nelle pieghe degli *Elementa* di Giustiniano, secondo la cui impostazione, com'è noto, le obbligazioni non sgorgano (anche) da una fonte residuale (come per le *variae causarum figurae* della tripartizione gaiana, che tuttavia rappresenta già, a sua volta, una «scansione maggiormente articolata rispetto alla secca originaria alternativa *ex contractu*/*ex delicto*» rinvenibile nelle *Institutiones*[361]), ma *aut ex contractu aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*[362]. Anche in questo caso, la sistematica proposta è tutta assata sulla *obligatio*, «che è *quasi ex contractu* (cioè da assimilare a quella – diversa – discendente da contratto)»[363]. Nondimeno, la *obligatio quasi ex contractu* non rappresenta una novità giustinianea: lo spunto, difatti, era già presente nella «matrice gaiana»[364], e, segnatamente in Gai 3 *aur.* (D.

[359] La disarmonia è stata notata, ancora, da C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 126] (cfr., altresì, S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 634 nt. 35).

[360] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 126].

[361] Così C. CASCIONE, *'Consensus'* cit. 448. Il riferimento, com'è noto, è a Gai 3.88. *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Sul punto, v. anche S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 634.

[362] I. 3.13.2. *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus.* Nel suddetto luogo – osservava Mario Talamanca, s.v. «*Obbligazioni (storia) a) Diritto romano*» cit. 44 – «lo schermo, piuttosto sovrastrutturato, delle *variae causarum figurae* cade, lasciando emergere quanto effettivamente si racchiudeva al di sotto di esso». Di recente, cfr. C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 492 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 74].

[363] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 4 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 126 s.].

[364] Questa la neutra espressione utilizzata – a proposito delle *Res cottidianae* – da C. CASCIONE, *Primi appunti sul bettiano 'Manoscritto di Heidelberg'* cit. 67 [= in *Liber amicorum per P. Pollice* I cit. 107].

44.7.5.1)[365], ove tuttavia – come è stato rilevato[366] – l'accento era posto su un profilo eminentemente processuale (*quasi ex contractu teneri videntur*).

La figura cruciale nella elaborazione della Suprema Corte, tuttavia, risiede appunto (non nella *obligatio quasi ex contractu* ma) nel «quasi contratto»; com'è stato (anche recentemente) osservato, tale categoria[367] emerge soltanto con la Parafrasi delle *Institutiones* giustinianee ascritta a Teofilo[368], che «conia la terminologia *quasi contracton* e *quasi delicton*»[369].

---

[365] *Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit*. Sul passaggio, v. in part. C.A. CANNATA, s.v. «*Quasi contratti e quasi delitti (storia)*», in *Enc. dir.* XXXVIII (Milano 1987) 28 s. (l'a., come si accennava più sopra, ritiene che i *libri aureorum* rappresentino una «elaborazione paleopostclassica delle Istituzioni di Gaio» [così a p. 28]). Cfr. altresì S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 635 e nt. 37 s.

[366] S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 637.

[367] Sui quasi-contratti, oltre al risalente lavoro di Giovanni Pacchioni, *Diritto civile italiano – Parte seconda* III. *Dei quasi-contratti* (Padova 1938) *passim* (ma v. già ID., *La prestazione della colpa e del caso fortuito nella 'negotiorum gestio'* cit. 75 ss.), può rinviarsi alla sintesi di C.A. CANNATA, s.v. «*Quasi contratti e quasi delitti (storia)*» cit. 25 ss. Un più recente compendio delle vicende dei quasi-contratti può leggersi altresì in B. CORTESE, *'Indebiti solutio'* cit. 1 ss. (l'a. vi dedica il primo capitolo della trattazione).

[368] 3.13.2; 3.27.3, 5; 3.28 pr.; 3.29.3; 4.5 pr., 1, 3.

[369] Così C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 492 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 74]; cfr. altresì ID., *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 126]; *Primi appunti sul bettiano 'Manoscritto di Heidelberg'* cit. 67 [= in *Liber amicorum per P. Pollice* I cit. 107]; nel medesimo senso, S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 637. In ogni caso, cfr. C.A. CANNATA, s.v. «*Quasi contratti e quasi delitti (storia)*» cit. 28 s. Sul punto, si cfr. quanto osservato già sul finire del XIX secolo da Giovanni Pacchioni (*La prestazione della colpa e del caso fortuito nella 'negotiorum gestio'* cit. 75), che ben coglie il capovolgimento della prospettiva romana: «Nel medioevo … l'*obbligatio quasi ex contractu* si trasforma nel quasi-contratto, ed il quasi-contratto che era l'effetto dell'obbligazione ne viene considerato causa, e come tale è artificiosamente lavorato ed architettato». Soggiunge l'a. – richiamando la letteratura precedente sul tema –, «La critica moderna ha posto in chiaro come estraneo alle fonti romane fosse il concetto del quasi-contratto, ed ha con successo sostituito le classificazioni romane e medioevali» (p. 75 s.); ancora (p. 76), «[e]straneo alle fonti romane, il concetto del quasi-contratto fu invece famigliarissimo alla dottrina romanistica dalla quale lo raccolsero le legislazioni moderne. Il codice francese e l'italiano considerano quale speciale fonte delle obbligazioni, accanto alle quattro, tradizionalmente tramandate da Giustiniano, la legge. Questa poco felice partizione ebbe gravi conseguenze sul nostro istituto, perché contribuì massimamente a tener vivo il concetto del quasi-contratto».

Ed al modello dei quasi-contratti – che, secondo taluni, sarebbe 'aperto'[370] – ha ampiamente attinto, dipoi, la tradizione culturale successiva[371]. Tradizione che giunge – da ultimo, per quel che qui interessa – all'art. 1097 cod. civ. 1865, «ove era ripreso in sostanza, sulle fonti delle obbligazioni … lo schema proposto da Pothier (e ripetuto nel grande Codice di Napoleone, nel libro III, in particolare ai titoli III e IV)», che rimontava a sua volta agli *Elementa* giustinianei e – come si è detto – alla Parafrasi teofilina[372].

[370] C.A. CANNATA, s.v. «*Quasi contratti e quasi delitti (storia)*» cit. 28. Sulle diverse letture del lemma '*quasi*' nell'ambito dei problemi che ci occupano v. B. CORTESE, *'Indebiti solutio'* cit. 13, con letteratura. Dipoi, v. altresì S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 637 s., che sottolinea come «[l]a mancanza di tipicità della categoria in questione pare non essere messa in discussione dalla Glossa – ove la terminologia *quasi ex contractu* è sostituita da *ex quasi contractu* – che non ebbe dubbi ad attribuire valore esemplificativo all'elenco delle cinque fattispecie che compare nelle *Institutiones*, ossia *negotiorum gestio*, obbligazioni del tutore protette con *iudicium tutelae*, obbligazioni sorgenti fra comunionisti, legato con effetto obbligatorio, *solutio indebiti*» (il riferimento, in particolare, è a gl. *post genera ad* I. 3.27 pr.). Su questi aspetti, v. diffusamente C.A. CANNATA, *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni dal 1804 ai nostri giorni*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* III (Firenze 1977) 1183 ss. Con riguardo al carattere sostanzialmente assorbente – nelle ultime decadi dell'Ottocento – della questione sulla tassatività nel dibattito sul quasi-contratto (concetto del quale «la dottrina civilistica francese e, quella seguendo, l'italiana, non [hanno] saputo liberarsi»), v. G. PACCHIONI, *La prestazione della colpa e del caso fortuito nella 'negotiorum gestio'* cit. 76 s. La questione teorica, difatti, presentava svariati – e importanti – risvolti applicativi: v., sul punto, le considerazioni di F. PROCCHI, *'Licet emptio non teneat'. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. 'culpa in contrahendo'* (Padova 2012) 336 s., a margine della discussione di fine Ottocento sulla inaffidabilità della dichiarazione negoziale, nel cui ambito talune tesi dottrinali – facenti capo a Hermann Halben e Wilhelm Greven –, sulla scorta del dato per cui «[l]'elenco giustinianeo delle azioni *quae quasi ex contractu nasci videntur* non sarebbe da intendersi come esaustivo» (p. 336), avevano immaginato un'azione risarcitoria avente natura «quasi contrattuale atipica» (p. 335). Nelle suddette opinioni, peraltro, Riccardo Fercia (*Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 35 e nt. 90) ha intravisto un'anticipazione della idea mengoniana – sostanzialmente seguita da Cass. civ. n. 14188/2016 – di accostare i quasi-contratti alla dogmatica della *culpa in contrahendo*: v. *infra*, nelle pagine a seguire.

[371] I cui sviluppi sono stati recentemente ripercorsi da T. WALLINGA, *La recepción de los cuasicontractos*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 31-32 (2018-2019) 453 ss. In ogni caso, si v. già C.A. CANNATA, s.v. «*Quasi contratti e quasi delitti (storia)*» cit. 29 ss. Su tali aspetti, v. già G. PACCHIONI, *La prestazione della colpa e del caso fortuito nella 'negotiorum gestio'* cit. 76.

[372] Sul punto, v. C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 492 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 73 s.]. Cfr. altresì B. CORTESE, *'Indebiti solutio'* cit. 22 ss.

La suddetta disposizione – che apre il capo I (intitolato «Delle cause delle obbligazioni»), del titolo IV, libro III del Codice Pisanelli – stabilisce che «Le obbligazioni derivano dalla legge[373], da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto»[374].

Risalta *ictu oculi* la differente impostazione accolta dai *conditores* del 1942 all'art. 1173 cod. civ. (rubricato «Fonti delle obbligazioni») – «il cui modello è … sempre romano e sta in D. 44.7.1 pr. (Gai 2 *aur.*)»[375] – a mente del quale «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

Fondamentale – anche ai fini di una più profonda comprensione delle trame storiche evocate dalla sentenza n. 14188/2016 – è la lettura del corrispondente passaggio della Relazione al Codice civile[376], da cui possono nitidamente cogliersi le intenzioni del legislatore:

> § 556. Nell'elencare le fonti delle obbligazioni il nuovo codice (art. 1173) non considera la figura dei quasi-contratti e quella dei quasi-

[373] Sulle obbligazioni *ex lege* v. ora la monografia di V. GIUFFRÈ, *Le obbligazioni tra volontaria assunzione e imposizione 'ex lege'* cit., spec. 39 ss. per la formulazione dell'art. 1097 cod. civ. abr.

[374] Per i riferimenti romanistici – e non soltanto – v. S. GIANZANA, *Codice Civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice* V. *Codice Civile colle riferenze* (Torino 1888) 366, *sub* art. 1097. Il Codice del 1865, peraltro, all'art. 1140 proponeva altresì una espressa definizione del quasi-contratto: «Il quasi-contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti»; sul punto, S. GIANZANA, *Codice Civile preceduto dalle Relazioni …* V cit. 381, *sub* art. 1140, richiamava in nota D. 44.7.5 (Gai 3 *aur.*), oltre a D. 3.5.2 (Gai 3 *ad ed. prov.*).

[375] Così C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 493 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 75].

[376] Lo leggo, ancora, in *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli …* (Roma 1943) 342, che rappresenta – e il dato, lo si vedrà, non è irrilevante – «[l]'edizione comunemente considerata 'ufficiale', pubblicata nel 1943 dall'Istituto Poligrafico dello Stato sotto l'egida del Ministero di Grazia e Giustizia, ampiamente circolante e normalmente utilizzata da giurisprudenza e dottrina» (così C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 494 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 76]. Il brano – tratto dalla medesima fonte – è infatti, ad esempio, riportato (per richiamare uno scritto già evocato più volte in queste pagine) da S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 641 e nt. 65.

delitti, che non hanno mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale, essendo ignote al diritto romano o classico [*sic*!], né dal lato sostanziale, essendo prive di un contenuto determinato. I cosiddetti quasi-contratti e i cosiddetti quasi-delitti non sono istituti giuridici simili ai contratti e ai delitti; sono fatti di natura varia dai quali la legge fa scaturire obbligazioni, e che, appunto per la loro diversità, non sono suscettibili di classificazione.

Proprio nel passaggio citato si cela una «piccola stranezza» – che sembra «sfuggita ai pur attenti sguardi degli interpreti»[377] –, posta da Cosimo Cascione al centro di un suo recente scritto: si tratta della bizzarra disgiunzione «diritto romano o classico», la quale – come, del resto, qualunque alternativa che opponga, alla stregua di un *aut*, il 'diritto romano' («contesto complessivo e cronologicamente comprensivo»[378]) ad altri sottoinsiemi (ad es., 'diritto arcaico', 'diritto preclassico')[379] – non può funzionare[380]. La storia di quello che, alla fine, si rivelerà un mero refuso[381]

[377] C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 491 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 72].

[378] *Ivi*, 495 [= 77].

[379] Con l'eccezione – forse – della contrapposizione «diritto romano o giustinianeo»: v. il dubbio (che suona più come una provocazione) sollevato dallo stesso Cascione, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 495 nt. 23 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 77 nt. 23].

[380] E nemmeno potrebbe funzionare – com'è stato rilevato ancora da Cascione (*ivi*, 495 [= 77]) – alla stregua di un *vel*, che rimanderebbe ad una fungibilità dei termini adoperati: il diritto romano non si consuma, certamente, nel solo diritto classico. Basti qui il richiamo alla notissima pagina di Riccardo Orestano (*Introduzione allo studio del diritto romano* cit. 457) ove – tra gli «almeno cinque significati» che può assumere il riferimento al «diritto romano» – l'illustre studioso individua (anteponendolo agli altri) il «diritto romano dei Romani», che corrisponde – si noti, «convenzionalmente» – al «diritto romano … nei suoi svolgimenti dalle 'origini' alla compilazione giustinianea, il c.d. *Corpus iuris*». Pertanto, per concludere sul punto, neppure il cd. «diritto romano dei Romani», atomisticamente considerato, può considerarsi esaurito dal «diritto classico».

[381] Cfr. G.U. a. 82, nr. 31-*octies*, Parte I (5 febbraio 1941) x, ove è pubblicata la *Relazione* al solo Libro delle obbligazioni, «che sarà l'ultima delle edizioni straordinarie della G.U. antidatate al 5 febbraio 1941» (così N. RONDINONE, *Storia inedita* cit. 531, che alle pp. 525 ss. ripercorre la storia tormentata della *Relazione al Libro delle Obbligazioni*, «pubblicata dopo tutte le altre … comunque entro la fine di dicembre 1941» [p. 531]); G.U. a. 83, nr. 79-*bis*, Parte I (4 aprile 1942) 114 (in cui può leggersi la «Relazione unificata al

– amplificato dalla larghissima diffusione tra i pratici dell'edizione della *Relazione* pubblicata nel 1943 dall'Istituto Poligrafico dello Stato[382] – si rivela estremamente interessante in relazione al percorso alternativo tracciato (e poi scartato) da Cascione, che incrocia la «diversa disgiunzione di Vittorio Scialoja»[383], restituendo al lettore un interessante spaccato di quella stagione[384].

Per tornare al trapasso dal Codice del 1865 a quello del 1942, deve segnalarsi come l'abbandono della categoria (si è visto, postgiustinianea) dei quasi-contratti rappresenti un retaggio della dottrina romanistica – di matrice interpolazionistica – che aveva caldamente suggerito l'espunzione del riferimento[385].

Veniamo, allora, al nodo centrale: il giudizio espresso dai romanisti sull'uso dell'argomento storico da parte della Suprema Corte.

---

codice civile … pubblicata … unitamente alla Relazione … alla legge sul valore giuridico della Carta del Lavoro»: cfr. N. RONDINONE, *Storia inedita* cit. 535).

[382] Cfr. *supra*, nt. 376.

[383] C. CASCIONE, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 497 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 79]. Il riferimento è allo «scritto breve ma succosissimo» di V. SCIALOJA, *In difesa di termini giuridici fuori uso*, in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante* II (Roma 1931) 229 ss. [= in *Studi giuridici* IV. *Diritto privato – Seconda parte e questioni di procedura civile* (Roma 1933) 241 ss.], in cui il maestro prendeva in considerazione – tra le altre – la locuzione 'Quasi contratto', che richiedeva, in quelle pagine, «un esame più approfondito». «Essa» – sintetizzava Scialoja – «ci viene dal diritto romano o classico o giustinianeo che sia, ma in forma corrotta. Così, è noto, le fonti non parlano di *quasi contratti*, ma di obbligazioni nascenti *quasi ex contractu*».

Tra le «poche ma appassionate opposizioni» all'abbandono della categoria del quasi-contratto Barbara Cortese (*'Indebiti solutio'* cit. 31 e nt. 93) annovera anche quella di Salvatore Riccobono, richiamando il suo scritto su *La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Riv. dir. comm.* (1917) I, 369 ss.

[384] Per ogni approfondimento, non può che rinviarsi alle pagine di Cascione.

[385] Si v. in particolare la posizione di Emilio Albertario, espressa nel saggio su *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, in *Studi di diritto romano* III. *Obbligazioni* (Milano 1936) 73 ss., spec. a p. 93 (testualmente richiamata da Cascione, *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 497 nt. 30 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 79 nt. 30]; l'articolo di Albertario era già apparso, con medesimo titolo – ma meno sviluppato – in *Riv. dir. comm.* [1923] I, 493 ss.). Insiste sul ruolo attivo dell'allievo di Bonfante nella gestazione del Codice civile del '42 C. CASCIONE, nel saggio da ultimo citato, a p. 497 nt. 30 e 499 [= 79 nt. 30 e 82], nonché – spec. in riferimento all'influsso esercitato sulla formulazione dell'art. 1173 cod. civ. dal contributo su *Le fonti delle obbligazioni* cit. – in *Primi appunti sul bettiano 'Manoscritto di Heidelberg'* cit. 65 nt. 35 [= in *Liber amicorum per P. Pollice* I cit. 106 nt. 33].

Anzitutto, dal punto di vista della comparazione tra i modelli – su cui ampiamente insiste la decisione –, quel che non funziona è il forzoso accostamento delle ipotesi (pre)giustinianee di *obligationes quasi ex contractu*[386] – il cui presupposto è, unicamente, l'assenza di un previo consenso –, alle situazioni ricondotte dalla Cassazione sul terreno del contatto sociale[387]. Com'è stato efficacemente osservato[388], a caratterizzare la riflessione romana è la carenza di consenso, non il 'contatto', che – pur non escludibile in via contingente – non rappresenta, di certo, un elemento imprescindibile a livello dogmatico.

I maggiori problemi, nondimeno, non stanno nel tentativo di ricostruzione – in sé meritorio[389], al netto delle piccole obiezioni che si sono

[386] Successivamente trasmigrati – come si è detto poco più indietro – nella categoria dei cd. quasi-contratti a partire dalla Parafrasi teofilina.

[387] Si v., segnatamente, i §§ 9.1 ss. dei Motivi della decisione. Per la casistica successiva, v. la *Postilla* a C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit., in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 128 ss.

[388] Si v., in particolare, quanto osserva Cascione (*L'invadente cont(r)atto* cit. 4 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 126]) con riguardo «difficoltà dogmatica» del comune inquadramento delle ipotesi incasellate nelle *obligationes quasi ex contractu* – e, a titolo esemplificativo, la *negotiorum gestio* e la ripetizione dell'indebito –, le quali maturano «in condizioni molto diverse da quelle che hanno condotto all'elaborazione dei rapporti contrattuali di fatto» (sull'assenza del consenso quale requisito strutturale della *negotiorum gestio*, v. ampiamente *supra*, § 1.1). Rilevano la disarmonia anche F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 357 s., e S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 638.

[389] Concordano sul punto C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 125]; S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 638, spec. 648 s. Federico Procchi (*'Contatto sociale qualificato'* cit. 356) – subito prima di sottoporre a revisione critica l'orientamento della Cassazione – osservava: «L'espresso richiamo, da parte della Suprema Corte … all'*auctoritas* dei giuristi romani ed alle sue successive proiezione e rielaborazioni, che costituiscono – com'è noto – i 'fondamenti' del vigente diritto privato europeo, non può che destare viva soddisfazione tra i cultori del giure romano». In senso sostanzialmente analogo si muovono le considerazioni di Riccardo Fercia (*Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 8 s.): «il ricorso al legato romano come criterio comprimario dell'ermeneutica del dato normativo confluito nell'art. 1173 c.c.» è «[d]i per sé pregevole»; tuttavia – e qui è una sintesi essenziale della critica proposta nel lungo saggio – «l'argomentazione romanistica della Cassazione si espone a qualche perplessità, anche perché finisce per non tener adeguatamente conto della 'tradizione scientifica nazionale' cui faceva riferimento il Guardasigilli nella relazione al codice civile, vale a dire la tradizione culturale e pratica delle fonti giustinianee che per noi sono il *principium* del diritto europeo, esattamente come lo era, per i *prudentes*, la legislazione decemvirale» (v. altresì a p. 34: «In sostanza, per la Cassazione Gai. 2 *aur*. D. 44.7.1 pr. e la sua tradizione culturale e pratica … è il punto di

registrate – della storia delle fonti d'obbligazione nella esperienza giuridica romana, bensì nella piana saldatura della stessa – effettuata al § 6, riportato *supra* – con le dottrine della prima metà del Novecento e, quindi, con la dogmatica della obbligazione senza obbligo di prestazione (problematiche, queste ultime, che come subito si dirà nulla hanno a che vedere con l'elaborazione storica dei cd. quasi-contratti).

Sul punto, deve anzitutto premettersi che «la categoria della responsabilità precontrattuale colposa non è stata consapevolmente utilizzata, neppure implicitamente, dai giuristi romani»[390]. Il massiccio portato dottrinale e giurisprudenziale che si è di volta in volta richiamato alla cd. *culpa in contrahendo* rimonta – invero – alla successiva tradizione, e in particolare ad un notissimo saggio di Rudolph von Jhering, apparso per la prima volta – sembrerebbe – nell'estate del 1860[391]. Lo studioso tedesco era giunto ad elaborare la categoria – ricercandone il fondamento nella esperienza romana – per «ragioni eminentemente pratiche»[392]: l'esigenza contingente, in particolare, concerneva l'individuazione di un mezzo di tutela per chi fosse incappato in una trattativa dipoi sfociata in un negozio nullo o,

riferimento per l'interpretazione dell'art. 1173 c.c.: il che è intrinsecamente condivisibile; ma la storia non porta all'obbligazione senza prestazione per quella strada, ed in particolare non di certo per la via dell'*obligatio quasi ex contractu*»). Da ultimi, cfr. S. DI MARIA, G. SANTUCCI, *«Comparison involves history»* cit. 7.

[390] Così F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 358. Maggiori svolgimenti sono in ID., *'Licet emptio non teneat'* cit. 192 ss. (per un sunto, v. la p. 395). Sul punto, v. già sinteticamente M. TALAMANCA, s.v. «*Vendita a) Diritto romano*», in *Enc. dir.* XLVI (Milano 1993) 439 nt. 1417.

[391] R. VON JHERING, *'Culpa in contrahendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik* 4 (1860) 1 ss., poi in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* I (Jena 1881) 327 ss. Il saggio di Jhering può leggersi altresì nella traduzione dal tedesco con nota di lettura di F. PROCCHI, *Della 'culpa in contrahendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* (Napoli 2005). Sulla controversa datazione della prima pubblicazione (con l'alternativa 1860 o 1861: quest'ultima indicazione risulta formalmente dal frontespizio del quarto volume degli *Jahrbücher für die Dogmatik*), v. F. PROCCHI, *Nota di lettura*, in R. VON JHERING, *Della 'culpa in contrahendo'* cit. xviii s. nt. 10, ove è dato ampiamente conto delle ragioni per le quali deve preferirsi la prima opzione.

[392] F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 359.

più semplicemente, non portato a perfezione[393]. Lo sforzo dello studioso tedesco era stato sollecitato dall'imperativo di comminare la sanzione della nullità al negozio viziato da errore essenziale – secondo l'imposizione del dogma volontaristico, allora largamente dominante –, con la conseguente impossibilità per il paciscente di valersi dell'azione contrattuale per ottenere il ristoro dei pregiudizi patiti. Il vuoto di tutela, peraltro, si allargava anche alla tutela extracontrattuale, laddove l'ortodossa applicazione delle fonti romane impediva di esperire l'*actio doli*, concepita esclusivamente per la condotta dolosa dell'altra parte. Così – come efficacemente sintetizzava Federico Procchi[394] – «[l]'assenza di qualsiasi tutela risarcitoria per fatti del genere che si fossero verificati nel dominio del diritto romano vigente parve del tutto inaccettabile a Jhering»: lo studioso tedesco, si risolse allora a passare «in rassegna le fonti per verificare se in esse fossero contemplate ipotesi di invalidità negoziale in cui, comunque, potesse dirsi assicurata una forma di risarcimento per il soggetto che avesse invano confidato nell'effettiva conclusione di un contratto». La ricerca lo condusse, in particolare, ad esaminare taluni brani in cui i giuristi – per le ipotesi di acquisto di una *res extra commercium* o di una eredità inesistente – avrebbero riconosciuto al paciscente «l'esperibilità dell'azione di compra in funzione risarcitoria, e ciò nonostante l'evidente nullità del contratto (*licet emptio non teneat*) avente ad oggetto una prestazione impossibile»[395].

[393] R. VON JHERING, *'Culpa in contrahendo'* cit. 2 ss. Su questi aspetti, v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La violazione degli obblighi di informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, in *Studi in onore di R. Martini* III (Milano 2009) 613 ss.

[394] F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 359 s.

[395] F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 360. Il riferimento è a D. 18.1.62.1 (Mod. 5 *reg.*) (*Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*), sostanzialmente recepito in I. 3.23.5 (*Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis, deceptus a venditore, emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat ut consequatur quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit*). Sul punto, v. ampiamente F. PROCCHI, *'Licet emptio non teneat'* cit. 193 ss. e ntt. 16 ss., con indicazioni bibliografiche. A tal proposito, resta

Le tesi di Jhering – i cui fondamenti romani furono sin da subito sottoposti a critiche severe[396] – avrebbero largamente influenzato la scienza giuridica europea degli anni successivi. In particolare, pur se la dogmatica jheringhiana della *culpa in contrahendo* non fu espressamente positivizzata nell'ambito della codificazione tedesca del 1900, le teorie dello studioso tedesco continuarono ad echeggiare (anche) in quel sistema «alla stregua di un 'principio latente' nel BGB, suscettibile di varie estrapolazioni»[397]; una di esse è stata rinvenuta nel celebre caso giurisprudenziale del rotolo di linoleum ('Linoleumrollfall'), deciso dal *Reichsgericht* – al tempo, il più elevato organo giurisdizionale – nel 1911[398].

La Cassazione, con la decisione n. 14188 del 2016, si pone esattamente nel solco della dogmatica jheringhiana. Ma il nodo problematico – come si è segnalato – risiede nella commistione di quest'ultima con l'edificio romanistico innalzato dalla Corte: difatti, «la tesi dello Jhering sulla c.d. *culpa in contrahendo* … non ha davvero nulla a che vedere con la categoria giustinianea dei quasi contratti»[399]. Sul punto, Fercia adombra la possibilità

fondamentale la lettura proposta da M. TALAMANCA, s.v. «*Vendita a) Diritto romano*» cit. 336 s., richiamata da Procchi (*'Licet emptio non teneat'* cit. 194 nt. 16) e Fercia (*Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 7 nt. 17; lo studioso sardo torna sul brano di Modestino a p. 41 s.).

[396] Sul tema, si v. F. PROCCHI, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita* cit. 218 ss.

[397] F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 360.

[398] Sul punto, v. ancora F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 361; sul caso del rotolo di linoleum, v. altresì R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 48 e nt. 138 s.; A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I (Torino 2018) 158. Si vedrà più avanti come i presupposti ideologici del cd. 'Linoleumrollfall' – già recepiti dalla pronuncia n. 14188/2016, di cui si discorre – sembrano esser stati nuovamente ripresi dalla Corte di Cassazione in tempi ancor più recenti nell'ord. n. 9997 del 28 maggio 2020 (cfr. *infra*, cap. II, § 2.3).

[399] Così, in sintesi, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 6. Può qui rilevarsi come anche nel 'Linoleumrollfall' il *Reichsgericht* avesse evocato un rapporto giuridico con caratteristiche quasi-contrattuali (*vertragsähnlichen Charakter*): sul punto, cfr. la critica di Günter Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse* (Leipzig 1941) 9 e nt. 13 (ma v. altresì, più in generale, p. 9 e nt. 12), e, quindi, la discussione di G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, nella edizione italiana – curata dal medesimo – del saggio sopra richiamato, *Sui rapporti contrattuali di fatto* (Torino 2012) 20. L'autore tedesco – il padre della teorica dei 'faktische

che la Cassazione abbia seguito l'autorevole lettura a suo tempo proposta da Luigi Mengoni[400], il quale aveva appunto insistito – a proposito del menzionato frammento di Modestino D. 18.1.62.1 e del brano degli *Elementa* in cui confluì – sul dato per cui «[l]a qualifica '*ex contractu*' era … in questi casi un *nudum nomen*: in realtà l'azione si ricollegava a un rapporto obbligatorio che sorgeva indipendentemente dalla volontà delle parti. Un rapporto che i bizantini avrebbero volentieri definito di natura quasi contrattuale»[401]. Difatti, discutendo l'opinione di Mengoni – i cui presupposti possono reperirsi già nelle pieghe di talune tesi della dottrina tedesca di fine Ottocento, nell'ambito del dibattito sulla inaffidabilità della dichiarazione negoziale[402] – Fercia osserva che «nulla autorizza – nemmeno l'indiscutibile

Vertragsverhältnisse', sui cui si tornerà subito *infra* in queste pagine – insisteva, in particolare, sulla necessità di estromettere il concetto di quasi-contratto dalla costruzione dei rapporti contrattuali di fatto. Può leggersi nel saggio sopra richiamato (che cito dalla trad. it. di Varanese a p. 49; il luogo originario è a p. 8 s.): «Per non ingenerare confusione con una terminologia artificiosa … vorrei utilizzare la locuzione '*rapporti contrattuali di fatto*'. Con essa va messa in risalto che questi rapporti contrattuali non si costituiscono perché si conclude un contratto, ma perché accadono dei fatti. Si distinguono quindi dagli altri contratti di diritto civile soltanto per le modalità con cui è avvenuta la loro costituzione, mentre si equivalgono nella sostanza. Pertanto le regole della disciplina contrattuale debbono trovare diretta applicazione ai rapporti contrattuali di fatto e, conseguentemente, questi non vanno considerati solo come relazioni giuridiche quasi-contrattuali» (sul punto, v. altresì la eloquente specificazione alla nt. 12: «In questo contesto si consiglia di non utilizzare il concetto di *quasi-contratto*, perché esso era destinato ad avere un campo di applicazione più ampio e non indica un istituto giuridico a sé stante, caratterizzato da principi comuni»). Cfr., quindi, ancora, le osservazioni di Varanese, *Commiato dalla teoria* cit. 20, a margine di tale ultimo passaggio. Ulteriori notazioni sono *infra*.

[400] E ciò rappresenterebbe – come avverte lo stesso Fercia, che proprio sul punto richiama l'art. 118 co. 3 disp. att. cod. proc. civ. (cfr. *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 35 s.) – un ulteriore esempio del più volte evocato «dialogo muto» tra dottrina e giurisprudenza (v. ancora *supra*, nt. 310, 346).

[401] L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.* (1956) II, 367 (il contributo è stato poi raccolto nel II vol. [*Obbligazioni e negozio*] degli *Scritti* mengoniani, a cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese, Andrea Nicolussi [Milano 2011] 267 ss.).

[402] R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 35. Le tesi cui si allude – che insistono sulla esperibilità di una «azione risarcitoria … [di] 'natura quasi contrattuale atipica'» – sono discusse in F. PROCCHI, *'Licet emptio non teneat'* cit. 335 ss., con ampie citazioni testuali (cfr. *supra*, nt. 370). Può essere interessante osservare come – anche all'epoca – uno dei risvolti empirici considerati risiedesse proprio nella individuazione del termine di prescrizione applicabile: «[d]ovendosi applicare … estensivamente la normativa sui contratti, non potrebbe che valere anche in questo caso

autorevolezza di uno dei più gradi giuristi italiani di tutti i tempi – a pensare che gli *antecessores* davvero avrebbero 'volentieri' definito 'quasi contrattuale' – e non magari 'quasi delittuale': ma anche questa sarebbe … una forzatura della loro dogmatica – la responsabilità precontrattuale, ancora tendenzialmente ancorata all'illecito extracontrattuale quanto meno per buona parte della dottrina civilistica; meno che mai quando, da questa autorevole lettura, si giunga a rapportarne il risultato nell'alveo dell'obbligazione senza prestazione»[403]: difatti, «le *obligationes quasi ex contractu* della tradizione romanistica sono tutte obbligazioni non già 'senza', ma 'con' la prestazione principale. Sono, cioè, obbligazioni 'ordinarie'»[404].

Può reperirsi una ulteriore concausa dell'equivoco laddove la Cassazione giunge ad evocare (nel solco di quel «dialogo muto», a noi sempre più familiare) la dottrina tedesca dei *faktische Vertagverhältnisse*[405] (la quale, appunto, secondo il Collegio avrebbe colto «la provocazione dei giuristi romani a guardare al di là del contratto formale»[406]): «muovendo [da quel] sostrato … la tentazione di pensare alla *obligationes quasi ex contractu* giustinianee è forte»[407]. Il riferimento, in particolare, è agli studi di Günter

l'ordinaria prescrizione trentennale del diritto al risarcimento, allora vigente» (F. PROCCHI, *'Licet emptio non teneat'* cit. 337).

[403] R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 36 s.

[404] Così, in sintesi, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 38, con ulteriori svolgimenti nelle pagine a seguire, ove sono rapidamente analizzate, singolarmente, le «cinque figure quasi contrattuali indicate dalle Istituzioni imperiali». La conclusione dell'a. – a p. 41 – è nel senso che «[n]essuna figura contrattuale giustinianea, in ultima analisi, è correlabile all'obbligazione senza prestazione, perché né il diritto romano, né la sua tradizione culturale e pratica, hanno mai scisso il DARE FACERE OPORTERE dall'EX FIDE BONA: quand'anche poi il dovere di buona fede vi sia, perché il diritto romano – a differenza del diritto privato italiano contemporaneo – conosce indubbiamente rapporti obbligatori da atto lecito, contrattuale come acontrattuale, cui è aliena la clausola di buona fede, ma non, correlativamente, doveri di buona fede cui sia aliena la prestazione principale».

[405] Cfr. § 6.

[406] *Ibidem.*

[407] R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 43. Lo studioso richiama, sul punto, un passaggio assai significativo del notissimo volume di Grant Gilmore, *The death of Contract*[2] (1995) 96 s.: «we think of quasi-contract as a sort of no-man's-land lying between contract and tort».

Haupt[408] («al quale si deve il conio anche del sintagma»[409]), sviluppati, dipoi, da Karl Larenz[410]. E infatti – come avverte ancora Fercia[411] – il richiamo alle obbligazioni *quasi ex contractu* (in misura più o meno descrittiva) ha attratto talune (autorevoli) voci della romanistica proprio in relazione alla riflessione sui 'faktische Vertagverhältnisse'[412].

Tuttavia, come si è già avuto modo di segnalare, fu lo stesso Haupt a porre l'edificio dei *faktische Vertagverhältnisse* al di fuori del perimetro concettuale segnato dai quasi-contratti[413]. Per la superfluità dell'appello a tale ultima categoria – che avrebbe costituito un «infelice espediente» – ai fini dell'inquadramento dei rapporti contrattuali di fatto si era espresso altresì il

[408] G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse* cit., che può leggersi nell'ed. italiana di G. VARANESE, *Sui rapporti contrattuali di fatto* cit., alle pp. 45 ss.

[409] S. PAGLIANTINI, *Una breve pagina introduttiva*, in G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto* cit. 5.

[410] K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts* I[14]. *Allgemeiner Teil* (München 1987) 104 ss. Sulle recezioni delle teorie di Haupt, v. la sintesi di G. VARANESE, *Commiato dalla teoria* cit. 34 ss. Per un più ampio inquadramento, si v. il volume di P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang* (Tübingen 1994), il quale (alle pp. 125 ss.) insiste sul declino della figura nella giurisprudenza tedesca; cfr., sul punto, C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 2 nt. 9 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 124 nt. 9]. Indicazioni di letteratura sono anche in S. SEGNALINI, *«Contrahere» senza «consentire»? Il punto di vista dello storico*, in *Riv. dir. rom.* 10 (2010) 2 s. nt. 11.

[411] *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 43 s.

[412] Il riferimento è a TH. MAYER-MALY, *Von solchen Handlungen die den Kontrakten in ihrer Wirkungen gleichkommen*, in *Festschrift zum 60. Geburstag von W. Wilburg* (Graz 1965) 165 (il cui pensiero è richiamato anche da C. ANGELICI, s.v. «*Rapporti contrattuali di fatto*», in *Enc. giur.* XXV [Roma 1991] 3), che intravide «nella contemporanea riflessione sui 'faktische Vertagverhältnisse' la stessa esigenza – non altro, però – che aveva condotto all'elaborazione della categoria residuale delle *variae causarum figurae* e, quindi, delle *obligationes quasi ex contractu* delle Istituzioni imperiali». Un ulteriore spunto è ravvisato da Fercia nelle pagine di Cannata (*Materiali per un corso di fondamenti* II cit. 181 ss.; s.v. «*Quasi contratti e quasi delitti (storia)*» cit. 25 ss.), a margine della lettura di D. 13.6.13.2 (Pomp. 11 *ad Sab.*) – sulla scorta delle opinioni di Voet e Vinnen –, di cui, tuttavia, lo studioso sardo propone una interpretazione parzialmente differente (v., in sintesi, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 44 s., nonché *amplius* ID., *Appunti per un'esegesi di Pomp. D. 13.6.13.2*, in *Liber amicorum per B. Troisi* I [Napoli 2017] 493 ss.).

[413] *Über faktische Vertragsverhältnisse* cit. 9 e nt. 12 [= nella trad. it. *Sui rapporti contrattuali di fatto* cit. 49 e nt. 12]. Cfr. *supra*, nt. 399, ove è la citazione testuale del brano che qui interessa.

nostro Emilio Betti[414], il quale – non senza sagomarle a sua volta – aveva fatto eco alle teorie di Haupt nella Penisola. Ancora, per la scissione tra il problema della *culpa in contrahendo* e il modello dei quasi-contratti si era pronunciato anche Hans Dölle[415], «cioè, in fin dei conti, il vero 'padre' della dottrina del 'contatto sociale qualificato'»[416].

Nondimeno – alla stregua dell'anatra goethiana, che «spesso riemerge da profondità insondate»[417] – la connessione tra il paradigma del quasi-contratto e le ipotesi giurisprudenziali ricondotte al 'contatto sociale qualificato' ha vissuto «una sorta di 'storia parallela' nella dottrina delle Corti»[418], il cui illustre precedente sta nel già richiamato 'Linoleumrollfall'

[414] *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *JUS* (1957) 354. Sul punto, v. R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 46 e nt. 132.

[415] *Außergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 103 (1943) 73. Sul punto, cfr. G. VARANESE, *Commiato dalla teoria* cit. 36 e nt. 126. Come ha osservato Fabrizio Piraino, peraltro, nella decisione n. 14188/2016 «[f]orte è l'eco delle pagine di Dölle» (*La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale* cit. 126, nt. 117, ove la dottrina italiana ispiratrice della trama argomentativa disegnata dalla pronuncia di cui sopra è individuata nelle pagine di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* [Milano 2015] 135, 140, 142 s.).

[416] Così R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 48.

[417] C. MASI DORIA, *Robert Louis Stevenson: tra Gibbon, (Hugo) e Jhering*, in *Koinwnia* 44 (2020) 1021. Recentemente, l'accostamento è stato proposto da Cascione con riguardo alle «*variae causarum figurae*, un argomento che davvero sembra mostrare tutta la vivezza della metafora goethiana dell'anatra che riemerge» (*Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 490 e nt. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 71 s. e nt. 3]). Di «riemersione» («problematica») del modello quasi contrattuale parla anche Riccardo Fercia (*Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 34; v. spec. l'intitolazione del § 3). È doveroso sottolineare come lo studioso sardo non neghi *tout court* la «vitalità … del quasi contratto», il cui «modello, pur se inadeguato per la ricostruzione teorico dell'obbligazione senza prestazione, può avere una sua funzione quantomeno ad una stregua descrittiva» (così alla p. 52 s.). Pertanto, muovendo da una censura di Bartolo alla Glossa accursiana (v. p. 53 e nt. 151, 152), l'a. sottolinea come la tassonomia delle obbligazioni «consegnata da Giustiniano all'Europa» si dipanasse «in tre *genera*, uno dei quali 'aperto'», in quanto, per il giurista di Sassoferrato, «quasi contratto e quasi delitto erano … espressioni puramente indicative dell'analogia di alcune fattispecie o con il contratto o con il delitto» (p. 53 [ma v. anche p. 84]; sul punto, è richiamato il pensiero di C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti* II cit. 141 ss., spec. 143, ove è altresì proposta una traduzione del passo di Bartolo [*ad* D. 44.7] cui si accennava sopra). Sulla scorta della tradizione europea, quindi, Fercia propone – a titolo puramente esemplificativo – l'inquadramento come «'quasi contrattuale'» della «obbligazione 'con' la prestazione che sorga dal negozio unilaterale sottoposto a rifiuto di cui all'art. 1333 c.c., letto ovviamente con la lente dogmatica di Giuseppe Benedetti» (così ancora a p. 53).

[418] R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 47.

del 1911, ove il *Reichsgericht* – in un passaggio, come detto, oggetto di critica puntuale da parte di Haupt[419] – aveva evocato la sagoma di una relazione giuridica con caratteri quasi-contrattuali.

Può allora segnalarsi il dubbio – sollevato nelle immediatezze del provvedimento da Cascione – che la Cassazione «abbia ritenuto che, trattandosi nella fattispecie 'quasi' di un contratto (o di un contratto in qualche misura claudicante), si doveva applicare la disciplina contrattuale. Naturalmente non è questa la visione romana classica, tutta assata sulla centralità della *obligatio*, che è *quasi ex contractu* (cioè da assimilare a quella – diversa – discendente da contratto), e non sul *quasi contractus* (elaborazione classificatoria … più tarda)»[420]. Così, in buona sostanza, la Suprema Corte – «chiaramente animata da un condivisibile intento equitativo»[421] – si è ritrovata ad inseguire un fantasma[422] della tradizione.

Sulla scorta (altresì) di taluni precedenti sostanzialmente analoghi[423], la conclusione cui giunge Cass. civ. n. 14188/2016 – che riecheggerà (ma non

[419] G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse* cit. 9 e nt. 13. Cfr. diffusamente *supra*, nt. 399.

[420] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 4 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 126 s.].

[421] C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 4 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 127].

[422] Mutuo un'espressione di C. CASCIONE, *Nel (cog)nome della madre e contro il fantasma romanistico* cit. 1 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 101 e 104 (§ 3)].

[423] Si v., essenzialmente, Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.* (2012) 1227 ss., con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, alle pp. 1233 ss. Appare più problematico il riferimento a Cass. civ., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, ove la responsabilità da contatto sociale qualificato non è inquadrata né nel regime dell'inadempimento né in quello aquiliano (cfr. in sintesi, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 4 nt. 9).

incontrastata[424]) anche in pronunce successive[425] – è quindi nel senso di ancorare la *culpa in contrahendo* alla teorica del contatto sociale qualificato, a sua volta connessa (si è visto, inopportunamente) al paradigma dei quasi-contratti, che condurrebbe – per la via dell'art. 1173 cod. civ. – al regime dell'inadempimento (in luogo di quello dell'illecito aquiliano)[426]. Di tal

[424] Come avvertiva già F. PROCCHI, *'Contatto sociale qualificato'* cit. 362 e nt. 25, ove è richiamata, in particolare, l'importante pronuncia resa da Cass. civ., Sez. Un., 25 aprile 2017, n. 10413, che appunto ha optato per l'assoggettamento della responsabilità precontrattuale al regime di cui all'art. 2043 cod. civ. (v. spec. § 1.2, Ragioni della decisione). Nel medesimo senso, si v. – pur cursoriamente – Cass. civ., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, per la quale «[c]ostituisce … principio consolidato in materia che la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale» (§ 7.1, Ragioni della decisione); sulla pronuncia citata, v. altresì la *Postilla* a C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit., in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 130.

[425] Mi limito qui a richiamare Cass. civ., Sez. I, 27 ottobre 2017, n. 25644, nonché – nel medesimo solco – la recente ordinanza resa dalle Sezioni Unite (pur se in sede di controllo sulla giurisdizione) il 28 aprile 2020, n. 8236 (spec. §§ 31 ss.), per cui la responsabilità della Pubblica Amministrazione per la violazione dell'affidamento riposto dal privato nella correttezza dell'*agere* amministrativo – «alla stregua dei principi enunciati in Cass. 14188/2016» – «va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto» (così, segnatamente, al § 33.2). Poco prima (al § 33) le Sezioni Unite «ritengono di dover valorizzare … l'orientamento che connota la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo *status* della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti. Il contratto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile». Dunque, in sostanza, l'impianto dogmatico è il medesimo che caratterizza la pronuncia n. 14188/2016, con la pretermissione dell'argomentazione storica e (quindi) del modello quasi-contrattuale. Per uno scorcio degli ulteriori orientamenti giurisprudenziali connessi al suddetto filone ermeneutico, rinvio ancora alla *Postilla* a C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit., in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 127 ss.

[426] A tal proposito, può richiamarsi la critica mossa da Riccardo Fercia (*Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 57), che osserva come «le *variae causarum figurae*, nella loro dimensione di residualità, possono in ogni caso far virare il timone dell'interprete, a seconda dell'autonomia che ne connoti ineluttabilmente l'approccio dogmatico, tanto verso l'art. 1218 quanto verso l'art. 2043, ove si consideri che, nelle Istituzioni imperiali, esse si scandivano nelle categorie descrittive del quasi delitto e, appunto, del quasi contratto, che però produce … obbligazioni da atto lecito 'ordinarie'. In sostanza, mi sfugge, nel ragionamento della decisione della Cassazione che ha dato spunto

guisa, nel caso vagliato in quella sede, «vertendosi in ipotesi di responsabilità di tipo contrattuale, deve applicarsi alla fattispecie concreta il termine decennale di prescrizione, ai sensi dell'art. 2946 c.c., con la conseguenza che essendosi l'eventuale illecito della p.a. consumato, com'è assolutamente incontroverso tra le parti, l'1 gennaio 1994, ed [essendo stato] il termine suindicato interrotto per effetto della citazione di primo grado, notificata il 13 dicembre 2000, il diritto al risarcimento del danno azionato in giudizio dalla Italia Service s.r.l. – contrariamente all'assunto del giudice di appello – non può ritenersi prescritto»[427].

Con riguardo specifico all'uso dell'argomento (storico e) di diritto romano, se è vero – come sostiene anche Sabrina Di Maria – che «[l]'*excursus* diacronico delineato … lungi da apparire mero sfoggio di erudizione, è invece funzionale al dispositivo della sentenza assurgendo così a *ratio decidendi*»[428], deve registrarsi l'assenza, nella trama della corposa motivazione, di qualunque riferimento – anche implicito – al vano esperimento dei criteri ermeneutici di cui all'art. 12 disp. prel. cod. civ.; esso – lo si è detto più sopra[429] – rappresenta, nella prospettiva qui delineata, l'imprescindibile sostrato tecnico-formale del richiamo alla «tradizione scientifica nazionale» per la via dei «principi generali dell'ordinamento».

Laddove l'ossequio all'art. 12 delle Preleggi non risulti dalla motivazione in via esplicita o implicita – e non sia, quindi, neppure ricostruibile *ex post* –, il rischio concreto è che l'argomentazione romanistica o si riduca a orpello formale o retorico, oppure che – peggio ancora – essa si

a queste riflessioni, nonché della dottrina che, magari anche implicitamente, pensa al modello quasi contrattuale, per quale ragione le 'nostre' *variae causarum figurae* dovrebbero ritenersi, quasi per scelta obbligata, fonte di rapporti obbligatori (per di più privi del loro 'cuore') rapportabili allo schema dell'atto lecito acontrattuale, e non piuttosto fonte di rapporti obbligatori rapportabili allo schema del fatto illecito extracontrattuale, al limite quasi delittuale».

[427] § 16 (Motivi della decisione).

[428] S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano* cit. 648 s.

[429] *Supra*, § 2.

fondi su pericolose «analogie senza lacuna»[430]. Nei gangli di queste ambigue (e inaccettabili) figure, difatti, ben può celarsi il perseguimento di istanze equitative, che (pur talvolta condivisibili, ma solo *de iure condendo*) si rivelano, in ultima analisi, incompatibili con il diritto positivo, anche – e, forse, soprattutto – per la pronunciata duttilità che caratterizza i tessuti dell'esperienza giuridica romana[431].

[430] Colgo qui un ulteriore spunto di R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 84; la «singolare figura» dell'analogia senza lacuna (che, secondo l'efficace metafora di Fercia, rappresenta il «contraltare dell'obbligazione senza prestazione» [p. 84 s.]) sottende uno dei quesiti (virtualmente) rimessi dall'a. alle Sezioni Unite (a margine del «contrasto giurisprudenziale 'occulto' sul risarcimento della pura perdita patrimoniale» [v. le pp. 83 ss.]), e cioè «se nel tessuto normativo privatistico italiano, visto sempre nella sua dimensione storica, si riscontri una lacuna che giustifichi, in tal caso, il ricorso ad un'applicazione analogica dell'art. 1218 c.c.» (p. 88). Sul concetto, cfr. le considerazioni proposte a p. 71 nt. 213 (con indicazioni bibliografiche). Si v., in ogni caso, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 421, nonché le pp. 429 ss., per il rapporto tra analogia e lacune ordinamentali.

[431] Osservava Giovanni Pacchioni – a proposito di D. 10.3.28 (Pap. 7 *quaest.*), nelle pieghe della polemica che l'aveva opposto a Silvio Perozzi, di cui si è brevemente dato conto più sopra (§ 1.1) – che «i testi romani sono straordinariamente pazienti e si lasciano tirare di qua e di là» (*Il 'jus prohibendi'* cit. 1031). A tal proposito, si vuol qui solo segnalare come la frase di Pacchioni calzi perfettamente per l'uso (anzi, gli usi) che – pur soltanto di sfuggita – la Suprema Corte ha fatto di un notissimo brano paolino, conservato in D. 50.17.144 pr. (Paul. 62 *ad ed.*). *Non omne quod licet honestum est*. In una delle più rilevanti tra le molteplici pronunce che hanno segnato l'accidentato percorso (non certo esaurito) delle clausole cd. *claims made* (mi riferisco a Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506, al § 3.2, Ragioni della decisione) può leggersi, infatti: «Affinché … un patto atipico possa dirsi 'immeritevole', ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i princìpi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei *Libri* [*sic*!] *LXII ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)» (il passaggio è esattamente replicato in Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10509, § 2.4, Ragioni della decisione; Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, ord. n. 1465, § 8.4). Sintetizzando – e semplificando concetti assai complessi, sui quali non si può qui indugiare – la Suprema Corte accosta la sentenza paolina al giudizio di meritevolezza preveduto dall'art. 1322 co. 2 cod. civ., spezzando, in buona sostanza, la (presunta) equazione tra l'astratta liceità del negozio e l'essere quest'ultimo, in concreto, «*honestum*»: precisamente in questo secondo segmento si collocherebbe il sindacato del giudice (pur se, com'è noto, la giurisprudenza sulle clausole *claims made* ha assunto al riguardo orientamenti ondivaghi prima di assestarsi, almeno temporaneamente, con la successiva pronuncia delle Sezioni Unite del 24 settembre 2018, n. 22437, ove il controllo del giudice 'scivola', dal piano della meritevolezza del patto atipico, su quello della causa in concreto del negozio tipico: sul punto, rinvio per tutti ad A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione 'claims made'*, in *Nuova giur. civ. comm.* [2019] I,

4. *Una necessaria delimitazione del campo di indagine. Prospettive.*

Prima di passare ai *case studies* che si proporranno nelle pagine a seguire – ed entrare, quindi, nel vivo di queste ricerche –, è doverosa una precisazione (anzi, una delimitazione). Sin qui, a partire dal caso vagliato dal Pretore di Borgo San Donnino[432] – poi approdato alla Cassazione subalpina[433] –, per giungere alla pronuncia della Suprema Corte del luglio

70 ss., ove a seguire è anche il testo della pronuncia). A fronte del suddetto uso dell'assai noto brano paolino, una successiva ordinanza della stessa Sezione III (27 febbraio 2019, n. 5715, relatore – come nelle pronunce poco più sopra richiamate – Marco Rossetti) ha attinto alla suddetta *regula* leggendola in maniera sostanzialmente opposta. Il caso – sia concessa anche qui una essenziale semplificazione – è il seguente: un giovane medico, avuto accesso ad una certa scuola di specializzazione a partire dall'a.a. 2000/01, aveva percepito per il relativo periodo di formazione una borsa di studio che ammontava – ai sensi del d.lgs. n. 257/1991 – ad euro 940 mensili. La doglianza concerneva il dato per cui «gli emolumenti percepiti a tale titolo erano inferiori a quelli che le sarebbero legittimamente spettati, se lo Stato italiano avesse dato tempestiva attuazione alle Direttive 75/362/CEE e 82/76/CEE, le quali imponevano agli Stati membri di remunerare in modo "adeguato" gli studenti delle scuole di specializzazione in medicina». La ricorrente chiedeva, pertanto, «la condanna delle amministrazioni convenute al risarcimento del danno causato ad essa attrice in conseguenza della tardiva od incompleta attuazione delle direttive sopra indicate, quantificato in misura pari alla differenza tra la misura della remunerazione per gli specializzandi introdotta dalla legge n. 266 del 2005, e quella effettivamente percepita» (le citazioni sono tratte dal § 1 dei Fatti di causa). Per quel che più interessa, di fronte alla doglianza sopra esposta, la Suprema Corte (§ 3.3, Ragioni della decisione) ne sancisce la «palese l'infondatezza», osservando che la pretesa «si riduce a ciò: … avendo le persone iscritte alla scuola di specializzazione dopo di lei percepito remunerazioni più elevate della sua, anche ad essa dovrebbe spettare il medesimo trattamento economico. Ma tale oggettivamente incresciosa situazione fu frutto di una scelta rientrante nella discrezionalità del legislatore, e dunque non illegittima sul piano dello stretto diritto: se poi essa fu anche conforme all'etica ed all'opportunità sono questioni che esulano dal perimetro dei poteri di questa Corte, noto essendo che *non omne quod licet honestum est*». La vicenda può risultare emblematica della malleabilità che caratterizza la materia prima romanistica, con la medesima fonte (utilizzata a più riprese dalla stessa sezione della Suprema Corte, in una serie di pronunce cronologicamente ravvicinate) si presti tanto a descrivere il modello del controllo sul contratto da parte del giudice, quanto a sorreggere l'imperativo della separazione dei poteri, che impone all'autorità giudiziaria di astenersi da qualsivoglia sconfinamento nella discrezionalità del legislatore. Sarebbe a dire: non tutto ciò che la legge (o, all'inverso, la *lex contractus*) ha – formalmente – stabilito in maniera lecita, può dirsi, al contempo, sostanzialmente *honestum*; nondimeno, mentre nel caso della pattuizione negoziale il controllo del giudice può – e anzi, deve – penetrare nella struttura dell'accordo atipico, vagliandone la meritevolezza, l'atto del legislatore ben può essere *non honestum*, non essendo – tendenzialmente – sindacabile nel merito dal giudice.

[432] Sent. 8 febbraio 1904 cit. (v. *supra*, § 1.1).

[433] Sent. 31 dicembre 1904 cit. (v. *supra*, § 1.1).

2016 (n. 14188)[434], passando per le Sezioni Unite Micali del 1989[435] e agli altri filoni collaterali che si sono incidentalmente lambiti, il «legato romano» nella giurisprudenza odierna si è apprezzato solamente lungo il crinale civilistico (con una minuta incursione in un'area che interseca – anche – delle tematiche amministrative[436]). Non faranno eccezione i filoni giurisprudenziali che si esamineranno più oltre[437].

La ragione, di base, è la più intuitiva: «Il campo del diritto penale è quello forse nel quale la tradizione romana appare meno visibile»[438]. Tale affermazione non può che traslarsi, da un piano generalissimo, su quello peculiare – che qui più interessa – costituito dalla recezione giurisprudenziale della esperienza giuridica romana, pur in presenza di qualche timida (e poco rilevante, oltre che criticata) eccezione[439]. Con ciò, com'è ovvio, non si vuole

[434] Cfr. § 3.

[435] Cass. civ., Sez. Un., 28 aprile 1989, n. 2021 cit. (v. *supra*, § 2).

[436] Il riferimento è alla pronuncia resa dalla Cassazione capitolina, 9 marzo 1887 cit., sulle vicende di Villa Borghese, usualmente ritenuta il punto iniziale dei percorsi giurisprudenziali sui beni di uso pubblico: v. *supra*, nt. 222.

[437] Cfr. *infra*, cap. II e III.

[438] Così L. LABRUNA, *«Ius europaeum commune»* cit. 10. Sul punto, v. altresì la sintesi proposta da C. CASCIONE, *Nota minima sulla responsabilità dei 'ministri' per 'repetundae'*, in *Estudos em Homenagem a L.F. Corrêa* (Sao Paulo 2014) 37 s.: da un punto di vista quantitativo, «[l]a grande tradizione romanistica è incentrata prevalentemente su fonti relative al diritto privato. La repressione criminale è, certo, presente nella grande Compilazione giustinianea, ma defilata, soprattutto nei cd. *libri terribiles* dei *Digesta* e in costituzioni del *Codex* spesso di non facile lettura. A un tentativo di misurazione, la sua importanza risulta incomparabile rispetto al *ius privatorum*». Tuttavia – come avverte l'a. –, a venire in rilievo non è soltanto la stretta ponderazione quantitativa: «Il problema è che i giuristi romani (che sono per noi i tramiti principali del sapere giuridico antico) si occupavano prevalentemente di questioni relative a rapporti privatistici: solo questi rispecchiavano pienamente le esigenze e le soluzioni tradizionalmente ancorate al *ius*. La conoscenza approfondita di quello che fu il diritto penale romano, nella sua storicità, è certamente più difficile dal punto di vista della ricerca dei materiali e della loro interpretazione giuridica» (così *ivi*, 38). Sul punto, si v. altresì A. MANNI, *'Poena constituitur in emendationem hominum'. Alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena* (Napoli 2017) 137 nt. 1.

[439] Si allude a Cass. pen., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 10086 (in *Foro it.* [1998] II, 569 ss.), che tra l'altro si era pronunciata su una tematica di diritto processuale (in particolare, sugli effetti dello *ius superveniens*, in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova, nel corso del processo). La Suprema Corte, nella sua composizione più autorevole – a margine della «organica riforma dell'art. 513 c.p.p. … ispirata all'esigenza di allargare il campo delle garanzie» – aveva affermato che «la reintrodotta regola di giudizio [*scil.*, dell'assunzione in dibattimento della prova penale], oltre ad essere

certamente sbarrare la porta a un dialogo che anzi – com'è stato, anche recentemente, sottolineato – deve esservi[440]: e in dottrina non sono mancate

connaturata ad un processo di tipo accusatorio, risponde a un così elementare senso di giustizia da trovare riscontro p e r s i n o n e l d i r i t t o r o m a n o [spaziato mio, M.A.], di cui è pur nota, in materia penale, la dura impronta autoritaria, non certo sospetta di inclinazioni garantistiche *ante litteram*. Se ne trova infatti luminoso esempio in un episodio riferito da attendibili fonti storiche, dove si legge quale risposta fu data da Festo, procuratore di Roma in Giudea, a quanti, sulla base di accuse formulate contro Paolo di Tarso, ne reclamavano la consegna per la condanna: "io risposi – dice il procuratore – che i romani non usano consegnare una persona, prima che l'accusato sia stato messo a confronto con i suoi accusatori e possa aver modo di difendersi dall'accusa"». Sulla decisione – e, quindi, sull'uso del «luminoso esempio» romanistico – v. le osservazioni di critiche di A. ADAMO, *Diritto romano: a proposito ed a sproposito* cit. 254 ss. Sul processo a Paolo di Tarso, alla bibliografia richiamata nel contributo di Adamo appena menzionato, *adde* L. PEPPE, *Il processo di Paolo di Tarso: considerazioni di uno storico del diritto* (Lecce 2018); ID., *I 'processi' di Paolo di Tarso tra narrazioni e storia*, in *IVRA* 68 (2020) 189 ss., ove ulteriore letteratura.

[440] Lo ha ribadito – sottolineando l'inutilità dell'apposizione di «limiti tematici» allo studio dei *Fondamenti del diritto europeo* – R. CARDILLI, *Lo studio del diritto romano e i fondamenti* cit. 80: «… anche il diritto penale appare all'interno di un discorso quale quello che ci occupa. L'aforisma per cui il diritto penale borghese sia in totale polemica di contenuti con il diritto romano e quindi, di conseguenza, non possa entrare in una dialettica proficua con questo è tutto da riconsiderare». Ed anzi, nel medesimo luogo, l'a. sottolineava come «[s]e si vuole … l'ambito del diritto privato è forse quello che può presentare maggiori difficoltà proprio in virtù del … problema dell'auto-proiezione». Si v., infatti, l'impostazione dell'a. nel saggio su *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento* II (Napoli 2018) 817 ss.

Per un recente tentativo che si innesta in questo solco, v. il volume, curato da Laura Solidoro, *Regole e garanzie nel processo criminale romano* (Torino 2016) *passim* (su cui v. la *rec.* – il cui titolo restituisce, in sintesi, il senso di questo discorso – di L. ROMANO, *Tracce antiche nel garantismo moderno?*, in *Index* 47 [2017] 614 ss.); dall'opera appena richiamata – nella prospettiva che qui più interessa – si v., in part., l'introduzione di L. SOLIDORO, *Alle origini del garantismo: note introduttive* (pp. 1 ss.); F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza* (pp. 33 ss.); P.P. ONIDA, *La responsabilità penale degli enti collettivi fra diritto romano e diritto moderno* (pp. 59 ss.); M. SCOGNAMIGLIO, *Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio 'nullum crimen sine lege'* (pp. 137 ss.). Nella medesima prospettiva, mi limito a richiamare – a titolo puramente esemplificativo – il recente volume di F. PULITANÒ, *'Quid enim municipes dolo facere possunt'? Illecito del singolo e responsabilità collettiva nel diritto romano* (Milano 2018), che dedica l'intero capitolo VI («Interesse, vantaggio, profitto: profili problematici del dibattito attuale sulla responsabilità degli enti», pp. 161 ss.) all'analisi di aspetti comparatistici. In tema, si v. altresì i recenti contributi di E. LECCISI, *Le basi romanistiche dell'appropriazione indebita. Nota di commento a Cass. 4 settembre 2012 n. 33623*, in *Diritto@Storia* 11 (2013); F. BERTOLDI, *L'origine romanistica del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege'*, in *forum historiae iuris* (2016), online alla pagina web https://forhistiur.net/2016-10-bertoldi/?l=it; L. SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di 'civil law'*, in *De iustitia* (2016) III, 72 ss.; L. D'AMATI, *Reati di danno e reati di pericolo. Radici antiche di una distinzione moderna*, in *La legislazione penale* (2017) 1 ss.

voci autorevoli che hanno sostenuto la sicura utilità dello studio della tradizione dello *ius criminale* anche ai fini dell'approccio al diritto penale moderno[441].

Non è, certamente, una questione di Romani «giganti» nel diritto civile «pigmei» in ambito criminale, secondo la notissima metafora ascritta da Enrico Ferri – ma senza citarne la fonte – a Francesco Carrara[442] (il quale aveva sì utilizzato l'immagine, per iscritto[443], ma in maniera assai diversa da come parrebbe ad una piana lettura della pagina di Ferri: il recupero del contesto originario in cui quelle riflessioni maturarono vale da solo a svelare l'inghippo[444]). Soltanto, i canali di comunicazione tra le discipline penalistiche odierne e i diritti dell'antichità – ma, per vero, anche con esperienze assai più vicine a noi[445] – sono certamente incomparabili a quelli

[441] Si v., per tutti, L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* IV (Napoli 2001) 73 ss. [= in ID., *Piccoli scritti di diritto romano* (Padova 2008) 95 ss.].

[442] E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in *Per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini* (Firenze 1892) 45 ss. [= in *Scuola positiva* 3 (1893) 326 ss.; *Studi sulla criminalità e altri saggi* (Torino 1901) 413 ss.; *Studi sulla criminalità*[2] (Torino 1926) 375 ss.]; la metafora attribuita a Carrara è altresì in ID., *Sociologia criminale* (Torino 1892) 614 s. (il vol. costituisce la terza edizione – «completamente rifatta», come si legge dal frontespizio – dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*).

[443] F. CARRARA, *Pensieri sulla nozione della bancarotta*, in *Opuscoli di diritto criminale* V (Lucca 1874) 174, saggio pubblicato altresì con titolo *La bancarotta e il Codice penale* nel XXV vol. della rivista *Nuova antologia di Scienze, Lettere ed Arti* (1874), alle pp. 151 ss. (il riferimento ai giganti e ai pigmei è, segnatamente, a p. 161). Pertanto, la scaturigine della metafora non è orale, come invece ipotizzava in tempi recenti – ma in maniera prudente e cursoria – Francesco Gianniti, nelle battute d'esordio del suo volume *Criminalistica. Le discipline penalistiche e criminologiche nei loro collegamenti* (Milano 2011) 1.

[444] Per ogni approfondimento della questione, rinvio a M. AUCIELLO, *Romani-giganti e Romani-pigmei* cit. 564 ss. La metafora attribuita a Carrara è sovente accostata, in dottrina, ad una (sintetica) valutazione negativa espressa da Mommsen nella prolusione zurighese del 1852 sul diritto criminale romano, che sarebbe stato «ganz schlecht[e]» e «zum Theil wirklich niederträchtig[e]», che deve peraltro ritenersi superata da parte dello stesso studioso di Garding con la pubblicazione, nel 1899, del *Römisches Strafrecht*: su questi aspetti, si v. le fondamentali pagine di C. MASI DORIA, *Il gigante e i pigmei: Mommsen e il diritto penale romano. Appunti per una rilettura del "Römisches Strafrecht"*, in I. FARGNOLI, S. REBENICH (hrsg.), *Theodor Mommsen und die Bedeutung des Römischen Rechts* (Berlin 2013) 93 ss., spec. 115 ss.

[445] Cfr., sul punto, C. CASCIONE, *Nota minima sulla responsabilità dei 'ministri'* cit. 37, che sottolinea come – per apprezzare la stretta contingenza del sistema penale, legata inevitabilmente alla temperie politica e culturale – basti pensare, nell'ambito

– pervasivi e pressappoco onnipresenti – che caratterizzano il sistema privatistico, ove (quantomeno in taluni settori) è dato cogliere, nella sua pienezza, un vero e proprio «rapporto di derivazione genetica»[446] tra l'esperienza degli *antecessores* e quella dei moderni. Alla «forza di resistenza» dello *ius privatorum* – che «ha fatto pensare addirittura all'esistenza di strutture giuridiche *a priori*» – si contrappone un diritto assai diverso, soggetto a rapida obsolescenza: quello dei *crimina*, che «il tempo … scardina più velocemente», «trasforma[ndolo] fin nella sua essenza, incessantemente»[447].

Già da queste battute iniziali emerge con nitidezza il ruolo che la giurisprudenza di legittimità – in specie, per la ragioni appena viste, quella civile – svolge nell'indagine che ci si propone: in buona sostanza, essa rappresenta il prisma attraverso cui osservare l'influenza dell'esperienza storica – e in particolare quella di matrice romana – sull'ordinamento vigente, offrendo l'occasione all'interprete di ponderare le ragioni del ricorso (e, talvolta, del mancato ricorso) all'argomento di diritto romano, in uno con la bontà delle soluzioni elaborate, e di inquadrare il problema valendosi del prezioso strumento della comparazione diacronica[448], ben «diversa dal neoattualismo», la cui importanza «è patrimonio ampiamente condiviso tra gli storici del diritto romano»[449]. Con l'imperativo tuttavia – onde evitare i

dell'esperienza italiana, «anche solo alle discrepanze tra il diritto penale del Codice del 1930 negli anni immediatamente successivi alla conclusione dell'opera legislativa, in pieno regime fascista, e quello contemporaneo. E ciò pur nella formale vigenza di quella legge, invero sempre più scarnificata dalla sua matrice totalitaria (attraverso il lavorio attento di 'democratizzazione' portato avanti dalla Corte costituzionale e anche, seppur in misura meno rilevante, dal legislatore)».

[446] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Commemorazione di Giuseppe Grosso* cit. 5.

[447] C. CASCIONE, *Nota minima sulla responsabilità dei 'ministri'* cit. 37.

[448] Sul tema si v., per tutti, i recenti contributi di M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (eds.), *Diritto: storia e comparazione* cit. 49 ss.; T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica* cit. 111 ss.; ID., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica* cit. 91 ss., con ulteriori indicazioni di letteratura.

[449] Così C. MASI DORIA, *La romanistica italiana* cit. 193. Sul punto, v. la sintesi proposta di L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi Saggi* (Torino 2015) 137 ss. (saggio già

rischi più sopra segnalati – di valersi del suddetto approccio metodologico solamente ove esso consenta effettivamente di meglio interpretare il sistema.

Le pronunce della Suprema Corte, in tal senso, possono divenire il banco dell'anatomopatologo, su cui dissezionare il famosissimo «cadavere» cui alludeva Scialoja nella «arcinota»[450] lettera aperta a Filippo Serafini[451], per restituirne – ove i presupposti di fatto lo permettano – all'interprete moderno tutta la antica vivezza. Per evocare una più lieta metafora, potrebbe affermarsi che i provvedimenti dei giudici devono essere intesi – nel solco tracciato in queste ricerche – alla stregua dei pioli che compongono la scala

pubblicato in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca [Padova 2008] 263 ss.).

[450] Cfr. F. MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n.s., 1 (2012) 172 su e in nt. 7.

[451] V. SCIALOJA, *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera aperta al Prof. F. Serafini*, in *AG.* 26 (1881) 490: «L'essere il diritto romano un diritto morto … anziché scemarne l'importanza scientifica, forse l'accresce. A quel modo che la possibilità di studiare il cadavere è condizione essenziale di progresso nelle scienze naturali, è pure necessario alla scienza giuridica lo studiare l'anatomia di questo diritto morto; anatomia che sarebbe quasi impossibile studiare in un diritto vivente, di cui sempre si ignora se sia giunto al suo completo sviluppo; e che sarebbe senza dubbio di minima utilità, studiata sopra un diritto informe o troppo diverso dal diritto moderno. Oltre a ciò lo studio di un diritto morto ha sopra lo studio di un cadavere nelle scienze naturali un immenso vantaggio: esso può mercè la storia essere studiato nei diversi tempi nei quali ha vissuto, e lo si può studiare secondo un dato momento, conoscendo già quale esso fu per lo innanzi, e quale sarà per essere in futuro. Si possono in tal modo osservare le funzioni di questo organismo giuridico e l'influenza delle funzioni sugli organi e di una funzione sull'altra. L'anatomia e la fisiologia del diritto si vengono così a fondere in questo studio del diritto romano». Sul punto, v. le pagine di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* cit. 506 ss. La lettera è stata ripubblicata in tempi più recenti – con una breve nota introduttiva – da F. AMARELLI, *L'«insegnamento scientifico del diritto» nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index* 18 (1990) 59 ss. Si v. altresì M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna* cit. 51 ss., spec. 54 ss.; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti* cit. 49 ss.; ID., *Costruzione giuridica e storiografia* cit. 65 s. nt. 31. A tal riguardo, nondimeno, può segnalarsi come lo stesso Scialoja – significativamente, negli ultimi anni della sua produzione – non abbia mancato, almeno in un'occasione, di sancire espressamente la vitalità del diritto romano: il riferimento, in particolare, è alla parte dedicatoria – a Cesare Vivante – dello scritto *In difesa di termini giuridici fuori d'uso* cit., in cui Cascione (*Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 497 nt. 32 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 80 nt. 32]) – che la riporta testualmente – ha letto, appunto, «la dichiarazione di vitalità del *ius Romanorum*, che lo stesso [Scialoja], nella notissima lettera a Serafini, aveva definito 'morto'».

immaginata da Ludwig Wittgenstein[452]: una volta che l'abbia percorsa, l'interprete «deve, per così dire, gettar via la scala». Dal luogo raggiunto sarà allora possibile – forse – vedere più nitidamente il sistema.

[452] Mi riferisco alla celebre Proposizione 6.54 del *Tractatus logico-philosophicus*, che leggo nella traduzione italiana di Amedeo G. Conte, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, edita per i tipi di Einaudi nel 1964, a p. 82.

CAPITOLO SECONDO

La caduta, il caso (non) fortuito e il barbiere di Ulpiano. Percorsi romanistici a partire da Cass. civ. n. 9997/2020

« … per mero caso,
ossia per la norma che presiede alla ricerca dell'ignoto … »
Carlo Dionisotti[1]

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. Una comitiva di «turbolenti *iuvenes*» e una pizza rovesciata. – 2. Una prima *quaestio iuris*. La forza espansiva del contratto di ristorazione. – 2.1. L'integrazione (*ex lege*?) del contratto. – 2.2. Una sintetica valutazione equitativa. – 2.3. I doveri di protezione *ex fide bona*, tra integrazione ed esecuzione del contratto. L'affidamento (post)contrattuale. – 3. Responsabilità e 'rischi funzionali' nel contratto ristorativo. – 3.1. Tra '*periculum culpae*' e '*aliquatenus culpae*': modelli storici di imputazione della responsabilità. – 4. Percorsi romanistici in tema di caso fortuito, prevedibilità ed evitabilità. Usi e riusi di una «millenaria tradizione giuridica». – 5. Un barbiere 'fuori posto'. D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) e Mart. *ep.* 7.61. – 6. Qualche osservazione conclusiva.

1. *La vicenda processuale. Una comitiva di «turbolenti 'iuvenes'» e una pizza rovesciata.*

Il lemma 'caso' «[d]eriva dal latino *cado*, significa etimologicamente 'caduta' … Tra i diversi significati di questa parola, il più importante per il giurista è quello di 'caso fortuito'»[2]. In senso più ampio, «si usa il termine

[1] *Resoconto di una ricerca interrotta*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia* 37 (1968) 259.

[2] Queste le battute di apertura della – pur sintetica, ma particolarmente interessante – voce «*Caso*», vergata da A. CANDIAN per il *NNDI.* II (Torino 1958) 988. Per ulteriori

'caso' per indicare 'causa', … [t]ale accezione si va anzi sempre più estendendo nel campo civile … e ciò probabilmente per influsso della terminologia anglosassone, dove *case* significa appunto causa o processo»[3]. La Cassazione, con recentissima ordinanza[4] – passata in sordina in dottrina, ma variamente ripresa dai quotidiani[5] – ha avuto modo di esprimersi intorno ai tre elementi appena menzionati: una caduta (segnatamente, di una «pizza ancora fumante»[6]), il lungo *case* che ne è conseguito (la domanda degli attori risale al 2007) e l'utilizzabilità del caso fortuito ai fini della decisione della controversia.

Nell'ambito di tale pronuncia, la Suprema Corte si è dilungata sui caratteri fondamentali della responsabilità del ristoratore per i danni occorsi agli avventori, cogliendo l'occasione per inquadrare, altresì, le linee essenziali del negozio di ristorazione[7] (specificando altresì le fonti normative

---

approfondimenti, non solo etimologici, si v., altresì, RED., s.v. «*Caso*», in *DI.* VI.2 (Torino 1891) 325 s.; O. HEY, s.v. «*Casus*», in *Thesaurus linguae Latinae* III (Lipsiae 1907) 573 ss.; AE. FORCELLINI *Lexicon totius latinitatis* I (Padova 1940, rist.) s.v. «*Casus*» 551 s.; G. MUCIACCIA, *L'elemento fortuito nel diritto romano e comune*, in *AG.* 193/2 (1977) 63 ss., ove altre indicazioni di fonti e bibliografia, cui *adde* O.F. ROBINSON, *'Casus' in the Digest*, in *Essays in Honour of B. Beinart* II (Cape Town 1979) 337 ss.

[3] A. CANDIAN, s.v. «*Caso*» cit. 988. Con riguardo a siffatte sfumature, mi piace richiamare, altresì, una recente – e icastica – definizione di Mauro Orlandi (*Forza normativa della descrizione*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA [a cura di], *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* [Torino 2016] 174), resa in riferimento alla distinzione tra 'fatto' e 'caso': «'Caso' è un fatto guardato con gli occhi di una norma». Soggiunge l'a., «[e]sso si edifica a fatto rilevante, ossia pensato e scelto attraverso l'applicazione di uno schema ideale».

[4] Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2020, ord. n. 9997 (ud. 28 novembre 2019), pubblicata in *Gazz. For.* 13 (2020) 726 ss., con, a seguire, l'annotazione – sostanzialmente descrittiva – di P. SORRENTINO, *Sulla responsabilità del ristoratore per i danni subiti dal cliente*, alle pp. 729 ss.

[5] Cfr. per tutti (per vero, con titolo – come si vedrà – fuorviante) A. Fontanarosa, *Cameriera spinta, la pizza fumante ustiona la bambina. La Cassazione: "Responsabile è il ristoratore"*, *la Repubblica* (5 giugno 2020), online alla pagina web https://www.repubblica.it/economia/2020/06/05/news/pizza_fumante_ustiona_la_bambina_il_ristoratore_e_responsabile_-258473781/. Notava P. FORCHIELLI, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore I) Diritto civile*», in *Enc. giur.* V (Roma 1988) 1, che «[i]l termine 'caso fortuito' … si rivela … inscindibilmente circoscritto (come confermano le stesse espressioni 'caso' e 'per caso') a ciò che accade in modo del tutto inatteso e fuori di ogni regola»: ed infatti, «proprio per questo crea sovente anche il 'caso' di cronaca».

[6] § 1 (Fatti di causa) ord. cit.

[7] Su cui si v. sin d'ora A. PAPA, *I contratti dell'azienda ristorativa* (Firenze 2007) *passim*, spec. 13 ss.

idonee ad integrarne *ab externo* il regolamento), unitamente alle conseguenze, in punto di addebiti, che da esso discendono. Cionondimeno, l'ordinanza, ponderando (anche – e, forse, soprattutto – da una prospettiva storica) gli elementi costitutivi del caso fortuito e del fatto del terzo nell'ambito della responsabilità da inadempimento, offre all'interprete numerosi spunti di riflessione su temi assai più generali.

Questi, in estrema sintesi, i fatti di causa. Una comitiva di giovani – a quanto parrebbe, particolarmente turbolenti – si ritrova all'interno di un ristorante. Un'addetta alla sala, urtata da uno dei commensali, rovescia una pizza bollente sull'arto superiore di una minore, che sedeva alla medesima tavolata, cagionandole una grave ustione.

I genitori della minore, agendo sia in proprio che in qualità di esercenti la potestà genitoriale sulla figlia, citano il gestore del ristorante innanzi al Tribunale di Roma, sezione di Ostia, domandando la condanna del convenuto al risarcimento dei danni patiti. Il giudice di prime cure (con sent. 20 novembre 2008, n. 285) rigetta la domanda. I genitori impugnano, e la Corte d'appello di Roma accoglie il gravame, con sent. 5 luglio 2017, n. 4460. Il giudice romano, in particolare, osservava che nonostante il rovesciamento fosse stato cagionato da un caso fortuito – «un urto improvviso ed imprevedibile», inferto peraltro da un commensale della stessa danneggiata – , appurato che la vittima e gli astanti costituivano una «comitiva di giovani turbolenta», per il ristoratore sarebbe stata «del tutto prevedibile la possibilità che la cameriera fosse urtata da uno dei componenti del gruppo, di talché avrebbero dovuto essere adottate delle adeguate cautele ed attenzioni»[8].

Il ristoratore propone allora ricorso per cassazione, affidandolo a plurimi motivi di censura, lamentando in particolare – per quel che qui rileva – ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. la violazione degli artt. 1173, 1176,

[8] § 3 Fatti di causa, ove l'ordinanza riprende testualmente le parole del giudice di secondo grado nel virgolettato.

1218 e 2043 cod. civ. in prima battuta, e in seconda quella degli artt. 2043, 2049 e 2697 cod. civ., nonché degli artt. 40 e 41 cod. pen.

2. *Una prima 'quaestio iuris'. La forza espansiva del contratto di ristorazione.*

Con il primo motivo di impugnazione, il ricorrente adduce che la Corte d'appello avrebbe dovuto inquadrare la domanda degli attori nell'alveo della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ., ribaltando in tal modo su questi ultimi l'onere probatorio relativo alla totalità degli elementi costitutivi della fattispecie, su tutti il nesso di causalità tra la condotta e l'evento e la colpa del danneggiante. Il contratto di ristorazione, difatti, avrebbe a oggetto «unicamente la fornitura, da parte del ristoratore, delle pietanze e delle bevande», di talché «l'infortunio occorso ad un cliente durante il periodo in cui si trattiene nel ristorante, originato dalla condotta di un altro avventore, non rientrerebbe nel 'programma contrattuale' cui si obbliga il ristoratore»[9]. Eventuali obblighi di protezione in capo al gestore, difatti, potrebbero insorgere solamente ove la salvaguardia dell'utente da un determinato e delimitato rischio rappresenti un «corollario specifico di quel tipo contrattuale».

La Suprema Corte sconfessa con fermezza tale impostazione, affermando che ove risulti stipulato, in seguito all'accesso al ristorante, «*per facta concludentia* un contratto rientrante nel *genus* del contratto d'opera», l'avventore (o meglio, il cliente) «ha diritto di pretendere dal gestore che sia preservata la sua incolumità fisica».

In particolare, proponendo una dicotomia (forse – si vedrà – eccessivamente) netta, i giudici di legittimità affermano che «[i]l contratto di ristorazione … nella sua struttura socialmente tipica comporta l'obbligo del ristoratore di dare ricetto ed ospitalità all'avventore. In mancanza di questo

[9] § 2 (Ragioni della decisione).

elemento, non di contratto di ristorazione si dovrebbe parlare, ma di compravendita di cibi preparati o da preparare»[10]. Ancora, nel contratto di ristorazione, «come in quello d'albergo o di trasporto, il creditore della prestazione *affida* la propria persona alla controparte: e tanto basta per fare sorgere a carico di quest'ultima l'obbligo di garantire l'incolumità dell'avventore, quale effetto naturale del contratto ex art. 1374 c.c.»[11].

Pertanto, la Corte rigetta l'equazione proposta dal ricorrente, per cui gli obblighi di protezione sarebbero desumibili dal programma dei paciscenti esclusivamente ove essi integrino un 'corollario specifico' del tipo contrattuale. Ad essa contrappone, piuttosto, l'idea che dal negozio – e da qualsiasi negozio cd. affidante – discendano plurimi 'effetti naturali'[12], tra cui l'obbligo di salvaguardia della sfera giuridica altrui.

---

[10] § 2.1.

[11] *Ibidem*.

[12] Pur se tale espressione pare generalmente utilizzata – soprattutto – in altro senso, vale a dirsi per indicare le conseguenze giuridiche che discendono *ipso iure* da un contratto ove i paciscenti non vi deroghino, da distinguersi dagli effetti necessari, imposti da disposizioni inderogabili di legge, se del caso anche contro la volontà delle parti: cfr., per tutti, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*[24] (Milano 2019) 214, per cui «[l]a dottrina meno recente soleva aggiungere un'altra categoria di elementi: i cosiddetti *elementi naturali* (*naturalia negotii*). In realtà si tratta di *effetti naturali* del negozio, ossia di effetti che la legge considera connaturati al negozio posto in essere dalle parti stesse: essi si producono senza bisogno di previsione delle parti, in forza della disciplina legislativa che è stabilita per il tipo di negozio prescelto, salva contraria volontà manifestata dalle parti. Così, l'ordinamento giuridico ritiene che chi acquista un bene mediante corrispettivo intende essere garantito nell'ipotesi che il bene stesso non risulti di proprietà del venditore, ma di altra persona. Perciò, anche se il contratto di vendita non contiene alcuna clausola in proposito, il venditore è sempre tenuto alla garanzia di cui si parla … L'ordinamento giuridico non impone, peraltro, inderogabilmente questa garanzia: libere le parti di regolare i propri interessi, e quindi libero il compratore di acquistare a suo rischio e pericolo (art. 1487 c.c.)»; sul punto, si v. già F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*[9] I (Milano 1957) 478, che fa riferimento agli «effetti impliciti del *dato* negozio, *in concreto* … *e non del negozio in genere*; i quali effetti talvolta, sono previsti e stabiliti dal dichiarante (o dai dichiaranti, nel negozio bilaterale), ma nascerebbero ugualmente per legge; tanto che l'utilità di far riferimento a quegli elementi (*rectius*: effetti) si appalesa, piuttosto, quando li si voglia escludere, anzi che quando li si voglia provocare»; si cfr., altresì, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto* (Milano 1966, rist. 1974) 81 ss., 84; P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile. Artt. 1343-1469 bis* (Milano 2010) 328. Con riguardo alla dottrina più risalente, si v. almeno C. SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*[3] I. *Parte generale. Teoria dei diritti reali* (Napoli 1941) 351, che definisce (non gli effetti, ma) gli «*elementi naturali* (*naturalia negotii*)» alla stregua di «quegli elementi che la legge, per così dire, inserisce in taluni negozi nel silenzio di coloro che li hanno post[i] in essere,

perché essa ritiene che tali elementi valgono ad attuare meglio i loro scopi ed interessi»: esempi addotti, ancora, sono le garanzie per evizione e per vizi o difetti occulti, allora disciplinate agli artt. 1481 ss. del Codice Pisanelli (sulla *contentio* cagionata dall'inquadramento del *pactum de evitione* nell'alveo della «natura *contractus*» in epoca medievale, si v. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* cit. 189 ss., con fonti e bibliografia; sulla evizione quale «elemento naturale delle compravendita» sotto l'impero del vigente Codice civile v. altresì T. DALLA MASSARA, *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in *IVRA* 57 [2008-2009] 245, 262; interessanti notazioni – anche comparatistiche – sono in G. IMPALLOMENI, *Il 'pactum de non praestanda evictione' nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)* I [Milano 1988] 233 ss. [= in *Scritti* cit. 561 ss.]). Si cfr., infine, le considerazioni proposte altrove da Roberto Fiori (*'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* II [Napoli 2006] 222), per cui «l'art. 1374 contribuisce a far emergere quei profili del contenuto contrattuale che sono impliciti nel rapporto perché derivano dalla stessa 'natura' del contratto: si tratta, entro certi limiti, dei *naturalia* della tradizione, che sono certamente 'elementi' del contenuto, e che confluiscono nella più ampia nozione di *natura contractus* … [I]l processo di distinzione tra contenuto ed effetti e tra interpretazione e integrazione è verisimilmente un effetto della concezione volontaristica del contratto, che colloca l'accordo al centro del negozio mettendo in ombra le fonti 'oggettive' del rapporto. In tal modo i *naturalia contractus* – in quanto non 'voluti' dalle parti – sono stati posti tra gli effetti ed estromessi dal contenuto». Com'è stato osservato (da R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra 'natura contractus' e 'forma iuris'*, in R. FIORI [a cura di], *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* III [Napoli 2008] 1) fu già con i Glossatori che si giunse a distinguere «con adeguata precisione … nel contenuto del contratto i *naturalia*, quale àmbito di contenuto 'naturalmente' incluso nel contratto e suscettibile di essere modificato da una contraria volontà delle parti, dagli *essentialia*, àmbito di contenuto contrattuale inderogabile e immodificabile dalle parti». Non è possibile, in questa sede, dar conto delle critiche che già nel XIX secolo la Pandettistica aveva mosso alla tripartizione – si diceva, risalente alla tradizione medievale – che distingueva *essentialia*, *accidentalia* e *naturalia negotii* (trittico le cui «più remote radici», peraltro, sono state ricondotte da taluno alla logica aristotelica: si v. sul punto A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)* [Milano 2012] 185 e nt. 13, ove è richiamato il pensiero di H. COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *ZSS.* 69 [1952] 32 s.). A tal riguardo può rinviarsi al pregevole – e articolato – lavoro di R. CARDILLI, *Il problema della resistenza* cit. 1 ss., ove ampi richiami bibliografici nell'apparato di note (sul punto si v., in ogni caso, P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in *QF.* 15 [1986] 607 ss., spec. 608 nt. 18 s.). Su tali aspetti, cfr. anche M.F. CURSI, *Alle origini degli 'accidentalia negotii'. Le premesse teoriche alla categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index* 29 (2001) 301 ss., 316 s. nt. 4 e 5, nonché R. FIORI, *Il problema dell'oggetto* cit., spec. 182 ss. (ma v. già ID., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica* [Napoli 1999] 315 ss.), ove ulteriori riferimenti; più recentemente, cfr. A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete* cit. 181 ss. Peraltro, in connessione con le questioni accennate, pare opportuno richiamare le considerazioni svolte – pur in altro contesto – da Fiori (*'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in ID. [a cura di], *Modelli teorici e metodologici* III cit. 239) a margine del ruolo ascritto alla *fides* dalle fonti romane; essa, difatti, costituisce – altresì – «il parametro per relazioni codificate dai *mores* anche nel

contenuto. Ne sono un esempio la *clientela*, i cui obblighi risultano fissati già in età antichissima … o ancora le associazioni aristocratiche tra *gentiles* denominate *sodalitates*, costruite su un sistema di comportamenti di 'fedeltà' che in parte risale addirittura al passato indoeuropeo. Si tratta di valenze 't i p i c h e' nelle quali i doveri delle parti non discendono solo dalle specifiche promesse, ma sono soprattutto c o d i f i c a t i n e l l a p r a s s i e 'n a t u r a l m e n t e' richiamati dal 't i p o' di rapporto [spaziati miei, M.A.]»: a me pare che tali interessanti riflessioni incrocino, in qualche modo, la morfologia di quell''effetto naturale' richiamato dalla Suprema Corte, che – lo si vedrà più oltre – sembrerebbe trovare una collocazione più felice nei doveri insorgenti *ex fide bona* (cfr. *infra*, § 2.3).

D'interesse particolare è altresì, ad ogni modo, un brano della *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-xx per l'approvazione del testo del «Codice civile»*, § 621, che leggo in *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al Disegno di legge sul "valore giuridico della Carta del lavoro"* (Roma 1943) 399 s.: «[l]'avveramento della condizione retroagisce al tempo del contratto (art. 1360) come e f f e t t o n a t u r a l e [spaziato mio, M.A.], non come effetto necessario ed essenziale. La retroattività si fonda sulla presunta volontà delle parti; perciò può valere fin tanto che i contraenti non abbiano voluto dare, all'avveramento della condizione, effetto *ex nunc* (art. 1360, primo comma). Ma anche la particolarità del rapporto può porre un limite al principio di retroattività (art. 1360, primo comma); se, ad esempio, il contratto ha per oggetto prestazioni periodiche o continuate, il ripristino della situazione anteriore non sarebbe giustificato, avuto riguardo al carattere essenzialmente autonomo delle singole prestazioni (art. 1360, secondo comma)». In tal senso, in giurisprudenza, si v. Cass. civ., Sez. I, 25 settembre 2013, n. 21895 (dalla massima: «in tema di compravendita, l'eventuale pattuizione di un termine per il pagamento del prezzo rappresenta, rispetto alla previsione di cui all'art. 1498, secondo comma, cod. civ., un fatto modificativo degli effetti naturali del contratto, sicché grava sul venditore, che su tale termine fondi una più favorevole individuazione del *dies a quo* della prescrizione, fornirne la corrispondente dimostrazione»); Cass. civ., Sez. III, 7 dicembre 2005, n. 27011, in *Giust. civ.* (2006) I, 2733. Di contro, analogamente a quanto statuito dall'ordinanza n. 9997/2020, si v. Cass. civ., Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 22331 (così massimata: «Il contratto di ricovero produce, quale effetto naturale ex art. 1374 cod. civ., l'obbligo della struttura sanitaria di sorvegliare il paziente in modo adeguato rispetto alle sue condizioni, al fine di prevenire che questi possa causare danni a terzi o subirne. La circostanza che il paziente sia capace di intendere o di volere, ovvero il fatto che non sia soggetto ad alcun trattamento sanitario obbligatorio, non esclude il suddetto obbligo, ma può incidere unicamente sulle modalità del suo adempimento»). Particolarmente interessante – in riferimento ai problemi sin qui accennati – è Cass. civ., Sez. II, 17 luglio 2012, n. 12265. Con tale pronuncia la Suprema Corte ha statuito che, in materia di compravendita, l'alienante deve in ogni caso garantire la dotazione di un accesso al fondo trasferito (idoneo all'uso civile, agricolo o industriale del bene), e ciò in quanto l'accessibilità allo stesso rappresenterebbe una *qualitas fundi* rientrante tra gli effetti naturali del contratto – si badi: in base alle regole dettate, sul punto, dagli artt. 1490 ss. cod. civ. Soggiunge la Cassazione che «[a]l pari di ogni altra garanzia, anche quella di accessibilità al fondo deve essere assicurata in concreto dalla parte venditrice, ascrivendo l'interclusione (assoluta o relativa) a forza maggiore o a fatto del terzo». Nondimeno, com'è noto, l'art. 1490 cod. civ. al comma secondo, ove prevede che il patto con cui si esclude o si limita la garanzia di cui primo comma non ha effetto se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa, ne sancisce implicitamente l'ammissibilità ove non ricorra siffatta reticenza sorretta da *mala fides*; cfr. S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile* (Torino 1950) 273 s. Riferimenti sparsi ai cd. 'effetti naturali' del contratto sono rintracciabili altresì nel recente percorso giurisprudenziale – culminato con

In particolare, può leggersi al § 2.1 delle Ragioni della decisione che «[e]ffetto derivante dalla legge, e quindi onnipresente in ogni contratto, è l'obbligo di salvaguardare l'incolumità fisica della controparte, quando la prestazione dovuta sia teoricamente suscettibile di nuocerle. Tale obbligo discende dall'art. 32 Cost., norma direttamente applicabile (cd. *Drittwirkung*) anche nei rapporti tra privati, e sussiste necessariamente in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra: e dunque non solo nei contratti di spedalità o di trasporto di persone, ma anche in quelli – ad esempio – di albergo, di spettacolo, di appalto (quando l'*opus* da realizzare avvenga in presenza del committente), di insegnamento d'una pratica sportiva, di ristorazione».

---

la nota pronuncia resa da Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785 (in *BBTC.* [2017] II, 20 ss., con nota di M. MAUGERI, *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario* [pp. 35 ss.]) – proteso a individuare gli strumenti di tutela a disposizione dell'utilizzatore nell'ambito delle complesse relazioni giuridiche che intessono il contratto di *leasing* (segnatamente, con riguardo alla esperibilità dell'azione di risoluzione del contratto di compravendita intercorso tra concedente e fornitore). Il pensiero corre, in particolare, al quesito rimesso alle Sezioni Unite con l'ordinanza interlocutoria della Sez. III, 4 agosto 2014, n. 17597, così sintetizzato dalla medesima sent. n. 19785/2015 cit. *supra*: «se, in caso di leasing finanziario, l'utilizzatore sia legittimato – oltre che a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura ed al risarcimento del danno conseguentemente sofferto – anche a proporre domanda di risoluzione del contratto di vendita tra il fornitore e la società di leasing, come e f f e t t o n a t u r a l e [spaziato mio, M.A.] del contratto di locazione finanziaria, oppure se tale legittimazione sussista solamente in presenza di una specifica clausola contrattuale con la quale venga trasferita la posizione sostanziale del concedente all'utilizzatore». La pronuncia delle Sezioni Unite – nelle cui pieghe sono reperibili le dizioni «effetto naturale del contratto» (§ 4), «elemento naturale del negozio» (§§ 5 e 6) –, peraltro, ha negato la sussistenza di un siffatto 'effetto naturale', statuendo che «in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore può esercitare l'azione di risoluzione (o di riduzione del prezzo) del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente (cui esso è estraneo) solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale» (§ 7); tuttavia, la medesima decisione – facendo leva sulla buona fede integrativa ex art. 1375 cod. civ., su cui si tornerà *infra* – ha individuato, in capo al concedente (al ricorrere di determinati presupposti sui quali, per ovvie ragioni, non è possibile soffermarsi) un vero e proprio «dovere giuridico … di agire verso il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo» (§ 8), salvaguardando in tal modo, per altra via, la posizione dell'utilizzatore. Come si vedrà più avanti, il ricorso alla buona fede (integrativa o esecutiva) rappresenta uno dei possibili sbocchi ermeneutici ove si propenda per la inconfigurabilità di siffatti 'effetti naturali protettivi' (v. *infra*, § 2.3).

2.1. *L'integrazione ('ex lege'?) del contratto.*

Al di là delle (pur gravi) divergenze che si registrano circa l'inquadramento dell'integrazione ex art. 1374 cod. civ. nell'alveo di tali pretesi 'effetti naturali'[13], pare indispensabile, per comprendere le ragioni dell'ordinanza, indagare l'effettiva portata del contratto ristorativo, dapprima nel suo scheletro astratto, per provare a cogliere, in seconda battuta, il senso dell'operazione concretamente posta in essere dai paciscenti. Si è già detto che ad opinione della Suprema Corte tale negozio, nella sua struttura socialmente tipica, implica l'obbligo del ristoratore di «dare ricetto e ospitalità» al cliente, che affida la sua persona al gestore. Spogliato di tali elementi, il rapporto predetto si ridurrebbe ad una «compravendita di cibi preparati o da preparare».

È necessario domandarsi se sussista un'alternativa a tale secca partizione: contratto ristorativo olisticamente affidante (in virtù dell'integrazione diretta operata dall'art. 32 Cost.) da un lato, mera compravendita di beni o preparati alimentari dall'altro.

Anzitutto, il contratto di ristorazione è stato definito come «quel contratto in forza del quale un soggetto, l'imprenditore ristorativo, si obbliga nei confronti di un altro soggetto, il cliente, a fornire la somministrazione di pasti e bevande, nella generalità dei casi nello stesso luogo dove avviene la produzione, dietro pagamento di un corrispettivo in denaro»[14]. Il contenuto sostanziale di esso si identifica «nella somministrazione delle vivande

[13] Sulle quali si v. la nt. precedente. La dottrina, peraltro, ha da tempo optato per l'abbandono della contrapposizione – anche e soprattutto in riferimento all'art. 1374 cod. civ. – tra contenuto ed effetti del contratto, intravedendo in essa insuperabili aporie e superflue limitazioni; sul punto, si v. già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano 1969, rist. int. 2004) 89 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* (Milano 1970, rist. 2019) 215 s. Cfr. anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto* II. *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori (Artt. 1374-1381)*, in *Comm. Schlesinger* (Milano 2013) 8 ss.; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto* (Torino 2016) 1379 ss. Si v. infine, sinteticamente ed efficacemente, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*[19] (Napoli 2019) 787, per cui «non già tra contenuto ed effetti del contratto è possibile instaurare un dualismo, ma tra costruzione del regolamento contrattuale e sua esecuzione».

[14] Così A. PAPA, *I contratti dell'azienda ristorativa* cit. 22.

preparate con prodotti alimentari caldi o freddi che hanno subito una trasformazione, delle bevande, comprese quelle alcoliche e superalcoliche, e nel servizio al tavolo del commensale»[15]. Ad esso sarebbe applicabile, poi, la disciplina del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo)[16].

In occasione (ma non necessariamente in ragione)[17] delle attività summenzionate, può materializzarsi un ventaglio assai ampio di eventi dannosi, taluni riconducibili immediatamente all'inadempimento del ristoratore, talaltri (strettamente) al generale dovere di *neminem laedere*, che grava – in ogni caso – in capo a quest'ultimo; peraltro, le corrispondenti

[15] A. PAPA, *I contratti dell'azienda ristorativa* cit. 33.

[16] A. PAPA, *I contratti dell'azienda ristorativa* cit. 24. In particolare, cliente e ristoratore rientrano a tutti gli effetti nelle definizioni di cui all'art. 3 comma 1 lett. a) e c).

[17] Sul nesso tra condotta dannosa e pregressa obbligazione – che ci occuperà anche più avanti – si cfr., sin d'ora, le illuminanti riflessioni di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». Studio critico*, in *Riv. dir. comm.* (1954) I, 369 nt. 15, nonché A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*[3] I (Milano 1979) 100 ss. (ove sono generali considerazioni sulla delimitazione tra danno contrattuale ed extracontrattuale; si v. spec. p. 102 per il rapporto tra buona fede integrativa e contenuto dell'obbligazione). Si v. sul punto, sin d'ora, la bella pagina – che converrà riportare per intero – di L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.* (2012) 489 s. (il saggio è stato poi ripubblicato in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso*, cur. R. Alessi, S. Mazzamuto, S. Mazzarese [Milano 2013] 249 ss.), in cui è richiamato l'esempio stolliano del furto perpetrato dall'artigiano in danno del committente: esso «non ha alcun legame con la *Erfullüngstätigkeit*, mentre ha un legame, estrinseco ad apprezzabile solo sul piano di una sorta di causalità naturale con il mero esserci del vincolo (nel senso che, effettivamente, l'artigiano non sarebbe potuto entrare a casa del cliente se non fosse stato stipulato il contratto d'opera); un legame che, però, non è sufficiente a giustificare la previsione di un ulteriore obbligo, sia pure soltanto di protezione, il quale, in definitiva, finisce per presentarsi qui come un mero e artificioso riflesso delle *allgemeine Rechtspflichten* o, per usare una terminologia più familiare e più consona alle attuali vedute della responsabilità civile, dell'ingiustizia del danno. In altri termini, se è fuor di dubbio che gli interessi tutelati attraverso la previsione di una *Schutzpflicht* coincidono con quelli tutelati attraverso il *neminem laedere* (e ciò ... sulla base del disposto dell'art. 1175 c.c.), è parimenti fuor di dubbio che il travaso deve avvenire nel rispetto della logica propria del rapporto obbligatorio, il quale non è un mero contenitore, ma un[a] vera e propria struttura normativa agglutinata attorno alla coppia prestazione-interesse: di talché soltanto i comportamenti riconducibili al piano d'azione finalizzato all'esecuzione (o alla ricezione) della prestazione assumono rilevanza nell'ottica del vincolo, il quale potrà dilatarsi, sino ad accogliere al suo interno gli obblighi di protezione scaturenti dall'art. 1175 c.c. nei limiti della coerenza con sé medesimo e, dunque, nei limiti della rilevabilità e della censurabilità delle sole condotte attuative dell'interesse primario». Queste riflessioni – lo si vedrà più oltre – incrociano in diversi punti le considerazioni che si proporranno nelle pagine a seguire.

forme di responsabilità ben possono, in particolari ipotesi, concorrere[18]. Tuttavia, la linea di confine che separa le une dalle altre si fa talvolta assai incerta; per individuare delle soluzioni soddisfacenti ai numerosi quesiti che si pongono a tal proposito, è necessario anzitutto tentare di definire con maggiore precisione i confini del programma negoziale che discende dal contratto ristorativo (operazione, quest'ultima, certamente non agevole, stante la conclamata tipicità soltanto sociale dello stesso).

Il nodo assume un valore dirimente nella decisione di cui si discorre, in quanto su di esso si fondano le differenti prospettive del ricorrente e dei giudici di legittimità. Il primo, difatti, ove adduce la violazione degli artt. 2043, 2049 e 2697 cod. civ., unitamente agli artt. 40 e 41 cod. pen., lamenta la scorretta individuazione del nesso di causalità, nell'ambito della responsabilità aquiliana. In particolare, il fatto del terzo (il quale «in piedi si agitava scompostamente nella sala»), integrando gli estremi del caso fortuito, varrebbe ad escludere il nesso eziologico tra la condotta e il danno.

La Suprema Corte, di contro, non mostra di condividere tali rilievi, collocando altrove il campo d'indagine. Il nesso di causalità – pur non negandosi le peculiari circostanze del caso concreto – risulterebbe irrimediabilmente configurato: soggiunge l'ordinanza, infatti, che «[n]el caso di specie il danno è stato arrecato non dal terzo, ma dal personale dipendente del ristorante gestito dal convenuto. Si è dunque trattato di un danno *corpore corpori illatum*, ed in virtù del principio di equivalenza causale la sussistenza del nesso era indiscutibile»[19]. Nondimeno, non indiscutibile – ad avviso della Cassazione – è se «il personale dipendente del convenuto poteva o non poteva, con l'ordinaria diligenza, prevenire il fatto dannoso: giudizio che attiene però all'accertamento della colpa, non del nesso causale»[20].

[18] *Ex multis*, cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 1996, n. 418, in *Giust. civ. Mass.* (1996) 85.

[19] Conviene porre momentaneamente da parte tale passaggio motivazionale, per vagliarne più a fondo le ragioni *infra*, § 4 s.

[20] § 3.1.

Come si evince da tali battute, il *punctum dolens* scivola dal piano oggettivo (del nesso di causalità, la cui configurazione parrebbe pacifica) a quello soggettivo, inerendo alla potenziale prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso da parte del ristoratore.

In ciò riposa, indubbiamente, lo snodo fondamentale della decisione. Cionondimeno, stante la predicata necessarietà della valutazione circa la sussistenza della colpa in concreto del ristoratore – che si fonda sulla mancata previsione dell'evento congiuntamente alla omessa predisposizione di adeguate cautele –, la ripartizione degli oneri probatori dipende in ogni caso dalla qualificazione a monte della responsabilità di cui si verte. Ove si riconduca la fattispecie nell'alveo dell'illecito aquiliano, il danneggiato dovrà provare anche la sussistenza di tale ultimo elemento – a meno di non ritenere configurata un'ipotesi di responsabilità aggravata. Di contro, qualora si inquadri la vicenda – come ha ritenuto la Suprema Corte – nel segmento di un rapporto contrattuale, il debitore non potrebbe liberarsi se non dimostrando che l'inadempimento è stato determinato da una impossibilità derivante da causa a lui non imputabile (stante il disposto degli artt. 1218 e 1176 cod. civ.)[21].

La Cassazione si esprime in termini assai netti. Il contratto di ristorazione fa insorgere – di per sé – l'obbligazione per il gestore di somministrare le vivande e accogliere gli avventori. Esso, tuttavia, deve essere integrato (a quanto parrebbe, in ogni caso) ex art. 1374 cod. civ. con il dovere di salvaguardia della persona del cliente, che affida la sua persona all'imprenditore ristorativo; tale ultima clausola, che si impone in quanto 'effetto naturale' del contratto affidante, riflette la diretta applicazione dell'art. 32 Cost. in siffatti rapporti privatistici. Pertanto, consegue da tale

[21] Cfr. per tutti F. GAZZONI, *Manuale* cit. 637, che richiama Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. civ., Sez. II, 23 marzo 2017, n. 7557. Ulteriori conseguenze, peraltro, si produrrebbero in ordine al termine di prescrizione applicabile: ordinario ex art. 2946 cod. civ., per il caso del danno derivante da inadempimento, quinquennale ex art. 2947 cod. civ., ove si versi nell'ipotesi dell'illecito aquiliano.

ragionamento che la violazione delle norme di legge integrative (ma anche degli usi e delle ulteriori determinazioni del giudice incidenti sul contenuto negoziale) dà luogo a responsabilità contrattuale e non aquiliana: chi le infrange, «ha violato il contratto, non già la legge o l'uso o il provvedimento del giudice»[22].

Tale operazione ermeneutica incrocia il tema – per vero, assai spinoso – delle fonti di integrazione del programma contrattuale[23]. Anzitutto, è allora

[22] Così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile* II (Padova 2010) 179. In tal senso, cfr. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile* III. *Il contratto*[2] (2000, rist. int. 2018) 500.

[23] Su cui fondamentali – ancora oggi – restano gli studi compiuti, sul finire degli anni '60, da un maestro del diritto quale è stato Stefano Rodotà (sulla cui figura si v., almeno, G. ALPA, *Stefano Rodotà, innovatore del metodo giuridico*, in *Politica del diritto* [2017] 495 ss., e, a seguire *ivi*, V. ROPPO, *Stefano Rodotà, civilista e non civilista*, 499 ss.; ulteriori indicazioni sono presenti in T. DALLA MASSARA, *Il paradigma della 'lex contractus': riflessioni «in risonanza» su «Le fonti di integrazione del contratto di Stefano Rodotà»*, in *Politica del diritto* [2019] 632 nt. 3), trasfusi nel volume su *Le fonti di integrazioni del contratto* (pubblicato nel 1969 nella prestigiosa collana *Studi di diritto civile*, diretta da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Passarelli, e successivamente ristampato nel 2004), monografia che «deve ritenersi a buon diritto un 'classico' perché è un'opera nella quale sembra davvero di poter percepire, per la sua stessa impostazione concettuale, il 'respiro' lungo della storia: per questo essa resiste al tempo» (così T. DALLA MASSARA, *Il paradigma della 'lex contractus'* cit. 633); e ben può dirsi tale, altresì, per avere – con metodi innovativi e risultati originalissimi – «stabilmente segnato una stagioni di studi» (imprescindibile carattere, appunto, dei 'classici': si v. C. CASCIONE, *Segn.* di W. KUNKEL *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*[2] [rist. Köln-Weimar-Wien 2001], in *Labeo* 48 [2002] 149). Sul volume di Rodotà si v. (oltre alla breve recensione di G. NAPOLITANO, in *Riv. dir. comm.* [1970] 415 ss.) i recenti contributi di G. DE NOVA, *Una lettura di oggi di «Le fonti di integrazione del contratto»*, in *Juscivile* (2017) 624 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione del contratto nel pensiero di Stefano Rodotà*, in A. FEDERICO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato* (2019) 13 ss.; G.B. RATTI, *Rileggendo Rodotà sull'integrazione del contratto. Cinque tesi metodologiche*, in *Politica del diritto* (2019) 87 ss.; A. D'ADDA, *Integrazione cogente ed integrazione per clausole generali: l'autonomia privata in Stefano Rodotà*, in *Politica del diritto* (2019) 97 ss.; E. PESCE, *Gli itinerari della buona fede secondo Stefano Rodotà*, in *Politica del diritto* (2019) 125 ss. Per un inquadramento generale delle relazioni intercorrenti tra l'ordinamento giuridico e l'autonomia dei privati, può rimandarsi al lavoro – coevo alla monografia di Rodotà – di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* (Milano 1969) *passim*. Ineludibile, poi, è il confronto con il volume di F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit., dalla medesima collana *Studi di diritto civile* (si v., a tal riguardo, l'*Introduzione* dell'a. alla ristampa del 2019 [pp. ix ss.], unitamente alla *Postfazione* vergata da Nicolò Lipari [pp. 335 ss.], ove ulteriori riferimenti al torno di anni – decisivi per la civilistica italiana e non soltanto – in cui videro la luce i lavori or ora menzionati; in tema, si v. anche le belle pagine di P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico* [Milano 2002] 145 ss., dedicate ai «fertili anni Sessanta»).

necessario specificare, in via preliminare, che per opinione tradizionale con «l'eterointegrazione (o … più semplicemente … con l'integrazione) si allude a forme di intervento sul contratto che vanno al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione e che, quindi, si aggiungono all'attività delle parti nella costruzione del definitivo regolamento contrattuale»[24]. A tal riguardo, la Suprema Corte ritiene automaticamente (e direttamente) applicabile l'art. 32 Cost. (in virtù della cd. *Drittwirkung*, testualmente richiamata dall'ordinanza[25]), disposizione che – pur foriera (almeno al primo comma) di indicazioni, parrebbe, soltanto programmatiche e non immediatamente precettive[26] – sarebbe idonea a disciplinare i diritti e gli obblighi inerenti a qualsiasi contratto cd. 'affidante', ivi compreso il contratto di ristorazione, oggetto del ricorso.

Pertanto, l'art. 32 Cost., co. 1, dovrebbe essere inteso – seguendo le pur scarne argomentazioni spese dalla Corte sul punto – alla stregua di una norma cogente[27]. Tale evenienza, seguendo l'impostazione di Rodotà, toglierebbe l'interprete dall'imbarazzo di ordinare cronologicamente le operazioni di interpretazione ed integrazione del contratto: difatti, «[q]ualora con la determinazione privata concorra una norma cogente, non v'è alcun problema di priorità delle norme interpretative o di quelle integrative: una volta che la

[24] Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 9. L'a. – alla p. immediatamente successiva – osserva inoltre che «le norme esplicitamente dedicate alla integrazione dal nostro codice civile si riducono, in sostanza, al solo articolo 1374».

[25] § 2.1.

[26] L'art. 32 Cost. così recita: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. / Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Sulla distinzione tra norme programmatiche e immediatamente precettive si tornerà *infra*.

[27] Cfr. – con riguardo alle ordinanze 13 ottobre 2013, n. 248, e 26 marzo 2014, n. 77 della Corte Costituzionale – G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.* (2015) 252 nt. 18 [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*[2] (Torino 2015) 7 nt. 18]. Sull'ordinanza n. 248/2013 della Consulta si v., dallo stesso a., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I Contratti* (2014) 926 ss.

fonte abbia operato» – nel caso di specie, l'art. 32 Cost., con gli obblighi di protezione che da esso discenderebbero – «si valuterà il regolamento nel suo complesso. Nel caso in cui ci si trovi in presenza di una norma suppletiva o dispositiva, le facoltà specificamente attribuite ai privati in ordine alle medesime imporranno, anzitutto, lo svolgimento dell'attività interpretativa (come individuazione nella sua interezza del regolamento posto in essere dalla fonte privata), sulla cui base si potrà, poi, decidere se sussistano in concreto le condizioni che rendono possibile l'operare della fonte legale»[28].

La valutazione a monte – per vero, apoditticamente esternata dalla Corte – per cui l'art. 32 Cost. sarebbe idoneo di per sé, ed a prescindere dalla mediazione di qualunque clausola generale[29], ad integrare il regolamento contrattuale ex art. 1374 cod. civ. merita, indubbiamente, ulteriori approfondimenti.

La questione – esaurita dalla Cassazione in poche battute[30] – è assata intorno all'ammissibilità all'interno dell'ordinamento di una diretta applicazione dei principi costituzionali all'interno dei rapporti di diritto privato (cd. *Drittwirkung*)[31], ed ai limiti che conformano tale meccanismo. Il problema è stato oggetto di numerosi – ed anche recenti – studi, che hanno posto in luce i vantaggi e le criticità correlati a qualsivoglia equilibrio si

[28] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 105 (ma si v., altresì, le osservazioni proposte alla p. seguente: «[l]a constatazione di ipotesi in cui la fonte legale interviene indipendentemente dall'esistenza di una lacuna del regolamento, e con carattere di inderogabilità, spezza decisamente il nesso istituito tra momento interpretativo e momento integrativo, nesso che sarebbe quello di conseguenzialità necessaria»); cfr. G.B. RATTI, *Rileggendo Rodotà* cit. 92. s.

[29] Cfr. *infra*, § 2.2 s.

[30] Riportate *supra*, § 2.

[31] Il concetto esprime, segnatamente, la «*idoneità* delle norme costituzionali – *anche quando esse siano (espresse in forma di) "principi"* – a fornire *immediatamente* e *direttamente* la disciplina di un rapporto tra privati»: questa la definizione proposta da G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.* (2016) 448.

individui tra le norme (e, soprattutto, i principi) costituzionali e l'autonomia dei privati[32].

La Corte muove da un presupposto preciso: il potere di determinare il contenuto del contratto, ascritto alle parti dall'art. 1322 cod. civ., non è esclusivo (s'intende, rispetto a fonti altre rispetto all'autonomia dei privati)[33]. Pertanto, lungi dal detenere il monopolio della definizione dei loro assetti, i paciscenti devono inevitabilmente accettare (non solo il controllo *ab externo*, ma anche) delle forme di integrazione – più o meno invasive – del programma contrattuale.

Centrale è allora l'art. 1374 cod. civ., disposizione che per un non breve arco di tempo – almeno, sino alla stagione in cui ha visto la luce la più volte richiamata monografia di Rodotà – giaceva riposta in «una sorta di cassetto dell'oblio»[34]. Il passaggio centrale, a tal riguardo, consiste nel superare la tralatizia impostazione per cui l'integrazione del contratto, per operare, dovrebbe necessariamente presupporre una lacuna nel regolamento predisposto dai privati. Come è stato sottolineato, difatti, «non è soltanto nei casi di oggettiva inidoneità ad operare del regolamento predisposto dalle parti che può aver luogo il ricorso agli strumenti integrativi»[35]. Non soltanto: «[d]all'art. 1374 esula ogni giudizio sulla conformità o difformità del

[32] Senza alcuna pretesa di completezza, possono qui segnalarsi i contributi di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 247 ss. (raccolto in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI [a cura di], *Nullità per abuso* cit. 1 ss.); ID., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta* cit. 443 ss. [= in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali* (Torino 2018) 359 ss.], ove ampli riferimenti bibliografici nell'apparato di note (ma si v. già, dallo stesso a., *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 926 ss.); si cfr., altresì, E. SCODITTI, *Contratto, giudice e Costituzione*, in *Juscivile* (2018) 420 ss. In una prospettiva più ampia, si v. altresì F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata»* cit. *passim* (da cui possono ricavarsi ulteriori indicazioni di letteratura), nonché il recente volume curato da Guido Alpa e Giuseppe Conte, citato poco più sopra in questa nt.

[33] Ancora, l'impostazione è quella di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 34; ma si v. altresì *ivi*, 91 ss., spec. 93 s.

[34] L'immagine è di T. DALLA MASSARA, *Il paradigma della 'lex contractus'* cit. 645.

[35] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 6 s.

regolamento contrattuale da ciò che le parti avevano disposto: esso è unicamente una norma sulle fonti di tale regolamento»[36].

Quel che è necessario inquadrare, allora, è il viatico attraverso cui un principio costituzionale – quale è quello espresso dall'art. 32 Cost., co. 1 – possa penetrare, ex art. 1374 cod. civ., all'interno del programma negoziale, convertendo in obbligo di protezione (la cui violazione dà luogo a responsabilità da inadempimento) un dovere che avrebbe trovato la sua naturale collocazione nella sfera del *neminem laedere*[37].

Il primo quesito che sorge, a tal proposito, è se le norme costituzionali possano essere ricomprese all'interno della nozione di 'legge' ex art. 1374 cod. civ. L'opinione prevalente è – quantomeno, sul piano dell'astratta definizione – generalmente in senso affermativo[38].

Già nella Mozione finale del celebre XII Congresso nazionale dell'ANM, tenutosi a Gardone Riviera dal 25 al 28 settembre del 1965, si era affermata l'idea per cui spetterebbe al giudice, «in posizione di imparzialità

[36] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 102.

[37] Peraltro, come avvisa G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta* cit. 444 nt. 1, «la discussione sulla cd. *Drittwirkung* dei principi costituzionali si è, in larga misura, sviluppata (specie fuori dal nostro ambiente) proprio con riferimento alla tutela *aquiliana* dei diritti fondamentali».

[38] Sul punto v., con nitidezza, E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in V. ROPPO (dir.) *Trattato del contratto* II. *Regolamento*, a cura di G. Vettori (Milano 2006) 393; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 254 e 262 s. [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso* cit. 8 s. e 18]; taluni riferimenti sono presenti anche in S. PAGLIANTINI, *Spigolature sull'art. 7, commi 1 e 2 del d.lgs. 231/02*, in *Persona e Mercato* (2015) 60 s. Il tema incrocia la questione inerente alla 'consistenza' della legge richiamata dall'art. 1374 cod. civ. Difatti, autorevole dottrina (F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 260 ss. e nt. 290, 286 s., 312; ID., *Manuale* cit. 787) ha osservato che tale rinvio non potrebbe che intendersi riferito alla legge 'puntuale' (contrapposta alle norme ricavate con l'analogia *legis* e *iuris*). Tale opinione valorizza l'inciso per il quale le ulteriori fonti eteronome (vale a dirsi, gli usi e l'equità) opererebbero solamente «in mancanza» della legge, mancanza che non potrebbe ravvisarsi in nessun caso ove la lacuna fosse colmabile attraverso l'interpretazione analogica. Con riguardo a tale passaggio, peraltro, Gazzoni (*Equità e autonomia privata* cit. 261 nt. 290) mostra espressamente di non condividere l'assunto di Rodotà per cui «il rinvio alla legge, contenuto nell'art. 1374, non consente di operare distinzioni tra norme espresse in precise disposizioni e norme ricavate con il procedimento analogico» (*Le fonti di integrazione* cit. 216). In ogni caso, quel che cale in questa sede è intendersi se – ed entro quali limiti – le norme costituzionali possano essere considerate alla stregua di 'norme puntuali', potenzialmente integrative del regolamento contrattuale.

ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere … applicare direttamente le norme della Costituzione», adducendo tuttavia un non irrilevante inciso: «quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso»[39].

È necessario, allora, indagare i contorni di tale 'possibilità tecnica', desumendo dal sistema gli argini al fenomeno – potenzialmente incontrollabile – della diretta applicabilità delle norme costituzionali ai rapporti privatistici.

Non può prescindersi, a tal riguardo, da una distinzione fondamentale: quella – pur non univocamente accettata dalla dottrina, né ben definita – che corre tra i 'principi' e le 'regole'[40], le cui interazioni disegnano, in ogni caso,

[39] I brani menzionati possono leggersi agevolmente in E. BRUTI LIBERATI, *L'Associazione dei magistrati italiani*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati* (Milano 2009) 14, nonché in G. MAMMONE, *1945-1969. Magistrati, Associazione e correnti nelle pagine de «La Magistratura»*, *ivi*, 46 s. Il testo dell'ordine del giorno approvato a conclusione dei lavori è ripreso in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario* (Roma 1974) 31, in nt. (v. anche Associazione nazionale magistrati, *XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone 25-28 IX 1965. Atti e commenti* [Roma 1966] 309 s.). Cfr. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 374 (con ulteriori indicazioni alla nt. 187); G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta* cit. 449 s. [= in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali* cit. 364]. In tema, si v. altresì F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario* (Torino 2018) 310 ss.

[40] Sul tema si cfr. sin d'ora G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto & questioni pubbliche* (2011) 75 ss., spec. 80 ss., ove ampie indicazioni bibliografiche nell'apparato di note. Non possono essere pretermessi, in ogni caso, i lavori di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Cambridge 1977), tradotto in italiano da F. ORIANA per l'edizione curata da G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio* (Bologna 1982) – sulle cui tesi v. la sintesi proposta da G. ALPA, *I principî generali*, in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1993) 172 s. – e di T.M. BENDITT, *Law as Rule and Principle. Problems of Legal Philosophy* (Stanford 1978); G. ALPA, *I principî generali* cit. *passim*; si v., poi, R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris* 13 (2000) 294 ss., nonché – da ultimo – le pagine di R. GUASTINI, *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa* cit. 313 ss. Per le implicazioni strettamente civilistiche, si v., tra i moltissimi, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo* (Torino 2015) 65 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 255 ss. [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso* cit. 9 ss.]; F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.* (2016) 1019 ss.; ID., *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi* cit. 219 ss.; dallo stesso volume curato da Mazzamuto e Nivarra appena citato (che è nella sua interezza di grande interesse, anche in riferimento ai temi qui solo incidentalmente lambiti) si v. altresì M. ORLANDI, *Forza normativa della descrizione* cit. 190 ss. Dai contributi richiamati è possibile ricavare ulteriore bibliografia.

un rapporto «storico, e perciò mutevole»[41]. I fautori della cd. distinzione forte[42] ritengono che gli uni si differenzino dalle altre già a livello qualitativo-categoriale, e ciò in quanto i principi presentano delle caratteristiche che non sarebbero in alcun modo rintracciabili nello scheletro delle regole. Per quel che qui rileva, in particolare, i principi avrebbero «un notevole grado di generalità, vaghezza, indeterminatezza: sono norme con fattispecie 'apertissima', o addirittura 'norme senza fattispecie' (e dunque, in questo senso, sono norme categoriche)», mentre «le regole sono norme che connettono conseguenze giuridiche ad una precisa fattispecie (e dunque sono norme ipotetiche)»[43]; i principi si prestano ad una applicazione graduale ed

[41] Così C. MASI DORIA, *Variazioni in tema di 'regulae iuris' (a mo' di introduzione)*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto* (Napoli 2016) 1. Per un inquadramento storico – in particolare romanistico, ma non soltanto – delle *regulae iuris* (ma anche delle reciproche interferenze che si registrano con massime, *definitiones* e principi) si cfr., oltre al Volume testé citato in generale, i saggi di V. GIUFFRÈ, *'Regulae iuris'. Prospettive di approfondimenti* (5 ss.), già (non identico) in ID., *Divagazioni intorno al diritto romano* (Napoli 2014) 385 ss. [= in *Momenti della 'iuris scientia'. Per la coscienza del giurista moderno. Scritti emigrati* (Madrid 2015) 699 ss.]; A. CORBINO, *Caso, diritto e 'regula'. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana* (35 ss.), già in *RIDA.* 61 (2014) 47 ss.; C. NITSCH, *La regola e l'eccezione. Su defettibilità, ambiguità e vaghezza delle norme giuridiche* (171 ss.), già in R. BRIGHI, S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica* (Ariccia 2015) 341 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, *Le 'regulae iuris' latine nella pratica giudiziaria e nell'architettura forense in Polonia* (189 ss.); C. CASCIONE, *Profondità e margini di una ricerca* (201 ss.).

[42] Per un sintetico inquadramento di essa, v. G. PINO, *I principi* cit. 81 ss., con bibliografia alla nt. 11. Alla distinzione cd. forte se ne contrappone una 'debole', che si fonda sull'osservazione del dato per cui i pretesi caratteri fondamentali dei principi e delle regole sarebbero presenti, a ben vedere, sia negli uni che nelle altre, pur se in misura più o meno sfumata; la versione più estrema di tale concezione, peraltro, giunge a rinnegare *tout court* la possibilità stessa di distinguere i principi dalle regole. Sul punto si cfr. ancora G. PINO, *I principi*, 87 ss., con letteratura alla nt. 26.

[43] Così G. PINO, *I principi* cit. 85, sintetizzando efficacemente i principali caratteri individuati dai sostenitori della cd. distinzione forte tra principi e regole (di cui, peraltro, l'a. illustra gli aspetti critici: v. pp. 89 ss.); si cfr., sul punto, F. GAZZONI, *Manuale* cit. 23, il quale, riferendosi specificamente alle norme costituzionali, osserva che esse «sono norme senza fattispecie astratta, tipica delle leggi ordinarie, perché assegnano diritti, enunciano principi e regole di convivenza». A ogni buon conto, il grado di indeterminatezza della disposizione viene utilizzato altresì dai fautori della distinzione debole per stabilire se la norma debba essere collocata nell'alveo dei principi o delle regole. Giorgio Pino (*I principi* cit. 98 ss.) declina l'indeterminatezza – quale requisito strutturale dei principi – in tre distinte dimensioni, vale a dirsi vaghezza, controvertibiltà e *open texture*, osservando altresì che «genericità e indeterminatezza sono proprietà graduali, non 'tutto-o-niente', possono essere possedute da ciascuna norma in misura diversa: quanto più generica e

elastica, ove di contro la regola o trova integrale applicazione (ricorrendone i presupposti), oppure resta del tutto estranea al caso concreto; infine, «i principi sono 'comandi di ottimizzazione': prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., nella maggior misura possibile, in base alle concrete possibilità fattuali e normative», mentre «le regole, … ancora una volta, o si applicano o non si applicano»[44].

Converrà, a tal punto, rileggere per intero il testo dell'art. 32 Cost.:

> La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.
>
> Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Com'è agevole osservare, riprendendo le coordinate brevemente tracciate poco più sopra, il primo comma dell'art. 32 Cost. sembra esprimere – tanto ove si acceda alla teoria della cd. distinzione forte, quanto in relazione a quella cd. debole[45] – un principio, non certo una regola, come peraltro emerge anche dai lavori preparatori alla Carta costituzionale[46]. Esso, difatti,

---

indeterminata è la conseguenza che una norma associa a una fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata un principio – e viceversa: quanto più specifiche e determinate sono le conseguenze che una norma associa a una certa fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata una regola»; tuttavia, «anche i principi non possono essere indefinitamente generici e indeterminati, pena la loro inutilizzabilità» (p. 100).

[44] G. PINO, *I principi* cit. 86 s. Sulla distinzione tra *commands to be optimized* e *commands to optimize*, si v. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles* cit. 300 s. Si cfr., poi, sul punto, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 255 s. [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso* cit. 9 ss.]; come sinteticamente osserva quest'ultimo a. (a p. 256 [= 10 s.]), «[l]e 'regole' sono … 'precetti definitivi', ossia implicano una conseguenza giuridica definitiva, in quanto ordinano, vietano, permettono o autorizzano qualcosa in modo risolutivo (*in esse il 'bilanciamento' è già stato operato*)».

[45] I cui caratteri essenziali sono riportati *supra*, in nt. 42.

[46] Cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori* (Roma 1948) 71 s. A tal riguardo, è

si contraddistingue per un elevato grado di indeterminatezza (tra le più disparate modalità concrete attraverso cui la Repubblica procede alla tutela del diritto fondamentale alla salute, ne è espressamente individuata, indefettibilmente, una soltanto, vale a dirsi la garanzia dell'accesso gratuito alle cure per gli indigenti, che peraltro risponde altresì al principio di solidarietà cristallizzato all'art. 2 Cost.); è certamente soggetto ad un'applicazione graduale, ben potendosi immaginare il contemperamento di esso con altri principi e diritti[47]; rappresenta un 'comando di ottimizzazione',

interessante osservare come, in apertura all'illustrazione dell'art. 32 Cost., può leggersi che con il primo comma di esso «si costituzionalizza il principio romanistico *salus publica suprema lex*». Il richiamo è tratto dalla chiosa di Cic., *de leg.* 3.3.8 (*... Regio imperio duo sunto, iique <a> praeeundo, iudicando, consulendo praetores, iudices, consules appellamino; militiae summum ius habento, nemini parento; ollis salus populi suprema lex esto*), con un balzo – non certo insignificante – da *salus populi* a *salus publica*, pregno di significati politici e ideologici. Per il corretto inquadramento della stringa nel contesto degli equilibri – e nelle trasformazioni – 'costituzionali' dell'ordinamento romano, si v. le pagine di C. MASI DORIA, *'Salus populi suprema lex esto'. Modelli costituzionali e prassi del 'Notstandsrecht' nella 'res publica' romana*, in *Scritti in onore di M. Scudiero* III (Napoli 2008) 1243 ss., spec. 1248 ss. [= in *Eccezione e regola. Un dialogo interdisciplinare. Atti della Tavola rotonda, Teramo 24 maggio 2007*, cur. M.F. Cursi (Napoli 2008) 105 ss., spec. 110 ss.; ora in *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana* (Napoli 2015) 1 ss., spec. 6 ss.]. La *salus populi*, intesa alla stregua della «salvezza del *populus*» – osserva Carla Masi (a p. 1248 [= 110; 5 s.]) – rappresenta per i consoli «la *suprema lex*»; essa, unitamente al fatto che i supremi magistrati «non debbano obbedire a nessun altro (*nemini parento*) … determina in qualche modo la vera e propria 'Grundnorm' dell'ordinamento proposto da Cicerone». Nella medesima prospettiva, cfr. anche O. LICANDRO, *'Restitutio rei publicae' tra teoria e prassi politica. Augusto e l'eredità di Cicerone*, in *Augusto e la 'res publica' imperiale. Studi epigrafici e papirologici* (Torino 2018) 277 (già pubblicato, con il medesimo titolo, in *AUPA.* 58 [2015] 59 ss.), il quale osserva – a margine di Cic., *phil.* 3.2.5 e Cic., *de re publ.* 2.25.46 – che «il legittimo intervento del privato a difesa della *libertas* della *res publica* e il disprezzo di ogni potere personale e arbitrario estraneo alla volontà del popolo e del senato» rappresenta «il punto teorico per eccellenza del pensiero ciceroniano … perché *salus populi suprema lex esto*». Soggiunge l'a., «[l]'essenza di un *civis*, non di una carica istituzionale, risiedeva in un concetto tanto semplice quanto fondamentale: dinanzi alla necessità di salvare la *res publica* nessuno è davvero un semplice privato».

[47] Si v. a tal riguardo, per tutti, l'art. 5 cod. civ., il quale – ponendo, stavolta, una regola, inequivocabile espressione di tale contemperamento – stabilisce che «[g]li atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Regola che a sua volta patisce delle eccezioni, normativamente prevedute e sottoposte – opportunamente – a stringenti condizioni: si pensi, ad esempio, alla L. 26 giugno 1967, n. 458, sul trapianto del rene tra persone viventi (che F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10] [Padova 2017] 247, non esita a collocare «al limite della tollerabilità costituzionale»).

in quanto prescrive il perseguimento di un obiettivo determinato, nella misura più ampia possibile.

Di contro, il comma secondo dell'art. 32 Cost., ove stabilisce che nessuno può essere obbligato a sottoporsi a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, pone un divieto dai contorni ben definiti, esprimendo in tal modo una 'regola' – pur collocandosi parimenti nell'alveo di una norma costituzionale – da cui è possibile trarre, in via diretta, conseguenze giuridiche precise[48].

Con riguardo alle conclusioni cui giunge l'ordinanza n. 9997/2020, quel che si vuol sottolineare è che – come già segnalato, e come l'opinione prevalente ritiene – anche le disposizioni costituzionali risultano astrattamente idonee ad integrare, ex art. 1374 cod. civ., il contenuto del programma contrattuale. Cionondimeno, è necessario subordinare – per le ragioni che si vedranno subito appresso – l'operatività di tale integrazione *ab externo* a talune imprescindibili condizioni, come recentemente proposto da attenta dottrina[49].

[48] Pertanto, è ben possibile che una disposizione costituzionale ponga una 'regola', pur se tale evenienza – a cagione del tenore e del rango di siffatte norme, fisiologicamente orientate a enunciare principi e obiettivi programmatici – si verifica soltanto di rado. Ad esempio, l'art. 36 co. 1 Cost., disponendo che «[i]l lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» consente al giudice di sostituire una retribuzione equa a quella convenuta dalle parti in misura iniqua (v., per tutti, M.C. CATAUDELLA, *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze del mercato* [Torino 2013] 22 s.; cfr. anche, sinteticamente, F. GAZZONI, *Manuale* cit. 920). Ancor più netta la immediata precettività dell'art. 36 Cost. al comma terzo, ove è stabilito che «[i]l lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi»: tale capoverso contiene delle «disposizioni (astrattamente) idonee senza dubbio ad 'integrare' il regolamento negoziale di un contratto individuale di lavoro che non dovesse prevedere il diritto al riposo settimanale del lavoratore o il diritto del medesimo lavoratore a ferie annuali retribuite (o che dovesse, addirittura, contenere clausole – che sarebbero, allora, sicuramente invalide – che escludano i suddetti diritti)» (così G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 265 [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso* cit. 21]; nello stesso senso, v. E. SCODITTI, *Contratto, giudice e Costituzione* cit. 421).

[49] G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 262 ss. [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso* cit. 18 ss.], il quale peraltro precisa (a p. 267 s. [= 23 s.]) che il medesimo ragionamento può essere condotto tanto con riguardo all'ipotesi della integrazione correttiva (vale a dirsi, per il caso che la regola desunta dal

Anzitutto, è necessario che la norma costituzionale sia utilmente adoperabile nella materia contrattuale. Nondimeno, come è stato osservato, «non basta che la 'norma' costituzionale sia riferibile (direttamente o indirettamente) al(la materia del) contratto, perché essa possa fungere da fonte di integrazione di quest'ultimo. Un secondo – e, dal punto di vista dell'analisi che stiamo qui svolgendo, più importante – presupposto è che si tratti di una norma sufficientemente determinata»[50].

Dischiudersi alla diretta applicabilità nei rapporti privatistici di norme costituzionali anche programmatiche e di principio – come suggerisce la Suprema Corte nell'ordinanza in commento – vuol dire andare incontro a conseguenze (già sul piano astratto) difficilmente accettabili.

In primo luogo, «ipotizzare una integrazione del contratto tramite l'applicazione diretta (cioè, effettuata dal giudice) di un 'principio', significa aprire la 'costruzione' del regolamento contrattuale a soluzioni la cui possibile (opinabilità e) 'variabilità' sarebbe (per la sua ampiezza) probabilmente incompatibile con un "grado tollerabile di incertezza" circa l'effettivo contenuto del rapporto contrattuale»[51]. In sostanza, il contratto, pur validamente concluso ed efficace, navigherebbe – almeno sino alla pronuncia giudiziale – nelle acque opache dell'indeterminatezza, potendo astrattamente essere integrato da un imprecisato numero di principi costituzionali, i quali irromperebbero nel programma negoziale in maniera del tutto imprevedibile (nell'*an*, nel *quomodo*, nel *quando*).

---

principio costituzionale si imponga ad una contraria clausola convenuta dai paciscenti), quanto in riferimento alla «integrazione cd. suppletiva, ossia quella forma di integrazione che (prescindendo dall'esistenza di clausole convenzionali, che regolino – in maniera ipoteticamente difforme – un certo aspetto del rapporto contrattuale) 'arricchisca' il regolamento con 'obblighi' (e più in generale con le regole di condotta) da osservarsi nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)».

[50] G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit. 265 [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso* cit. 21].

[51] *Ivi*, 266 s. [= 23]; l'a. si avvale efficacemente del concetto luhmanniano di 'tollerabile incertezza': si v. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974), trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* (Bologna 1978) spec. a p. 46 (cfr., sul punto, la *Introduzione all'edizione italiana* di Alberto Febbrajo – che apre il volume – alle pp. 16 ss.).

Pertanto, in definitiva, stante la segnalata – e fisiologica – indeterminatezza del contenuto dei principi costituzionali[52], la materiale integrazione del contratto resterebbe appannaggio del giudice, che ben potrebbe misurare, secondo la discrezionalità che gli compete, la somministrazione di questo o quel principio al programma negoziale, rincarando ulteriormente la (già difficilmente accettabile) dose di incertezza che connota siffatta operazione ermeneutica[53].

Tornando alla specificità del caso che ha occupato l'ordinanza n. 9997/2020, poi, si profilano ulteriori complicazioni. In particolare, accedendo all'idea ventilata dalla Cassazione, per cui l'integrazione legale ex art. 32 Cost. (unitamente agli obblighi di protezione che ne discendono) colpirebbe qualunque contratto (ritenuto) 'affidante' (o la cui esecuzione possa, potenzialmente, nuocere alla salute di taluno dei paciscenti) dovrebbe immaginarsi un'amplissima eterointegrazione (anche cogente) costituzionalmente orientata di un numero indeterminato di rapporti contrattuali, che solleverebbe problemi – anche sistematici – difficilmente

[52] Cfr. G. PINO, *I principi* cit. 78 s., con bibliografia alla nt. 6. Come sottolinea l'a., «[i]l 'nuovo' diritto costituzionale, il diritto costituzionale della seconda metà del Novecento, è diventato […] un diritto 'per principi' – principi che peraltro non costituiscono un *hortus conclusus*, ma sono destinati ad impregnare, a riverberarsi su tutto l'ordinamento».

[53] Come osserva ancora D'Amico (nell'opera da ultimo citata, a p. 268 [= p. 24]), «[è] evidente che, ove si ammetta che siffatti obblighi 'integrativi' possano – oltre che da precise disposizioni (di legge) – essere individuati/individuabili *dal giudice* (necessariamente *dopo la conclusione del contratto*) sulla base di 'principi costituzionali' di ampio e indeterminato contenuto, si apre la porta alla possibilità di creazione di obblighi (e di correlativi diritti) del tutto imprevedibili, e tali comunque da mettere in discussione qualsiasi assetto negoziale (anche se concordato in maniera del tutto corretta) che sia stato convenzionalmente pattuito». Come peraltro avvisa – nel medesimo senso – F. GAZZONI, *Manuale* cit. 23: «la vaghezza dei principi e l'elasticità dei 'valori' costituzionali trae con sé il pericolo dell'arbitrio anarchico imprevedibile, mascherato dietro la (facile) formula dell'interpretazione costituzionalmente orientata». A margine di questi problemi, scriveva Natalino Irti (*In luogo di introduzione*, in G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge* [Napoli 2012] 9) che i «'valori' … dominando dall'alto la varia molteplicità dei casi, sembrano garantire l''uniforme'. Ma, a ben vedere, l'erezione di un principio o criterio o regola a 'valore' dipende dall'interpretante singolarità del giudice: non occorre essere nietzcheani per avvertire che il 'valore' è tutt'uno con la volontà tesa nel porlo e nel sorreggerlo. I 'valori' non assicurano l''uniformità', ma piuttosto suscitano la discorde pluralità e l'aspro conflitto delle interpretazioni».

risolvibili. Difatti, verrebbe sostanzialmente annientato il principio – variamente rintracciabile nella giurisprudenza di legittimità – per cui dovrebbe in ogni caso ritenersi «ammissibile il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di fronte ad un medesimo fatto che violi contemporaneamente non soltanto i diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso»[54].

[54] Così Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 1996, n. 418 cit., nel cui solco si collocano Cass. civ., Sez. III, 5 febbraio 1998, n. 1158, in *Giust. civ. Mass.* (1998) 243; Cass. civ., Sez. III., 20 giugno 2001, n. 8381, in *Giust. civ. Mass.* (2001) 1223 (ma si v. già, tra le altre, Cass. civ., Sez. lav., 7 agosto 1982, n. 4437, in *Giust. civ. Mass.* [1982] 1613; Cass. civ., Sez. lav., 23 giugno 1994, n. 6064, in *Foro it.* [1995] I, 201 ss.; Cass. civ., Sez. I, 6 marzo 1995, n. 2577, in *Giust. civ. Mass.* [1995] 527; Cass. civ., Sez. lav., 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. it.* [1996] 329 ss.). Più recentemente, si cfr. pure Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2014, n. 3021, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 16654, in *Danno e resp.* (2018) 359 ss. (con nota di P. MERLI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del venditore: un eterno ritorno*, alle pp. 363 ss.); Cass. civ., Sez. II, 27 luglio 2017, n. 18610, in *www.dirittoegiustizia.it*. Da ultimo, il principio del concorso tra la responsabilità da inadempimento e da illecito aquiliano è stato ribadito – in astratto – dalla giurisprudenza della Suprema Corte in riferimento ai danni occorsi alla merce nell'esecuzione di un contratto di trasporto (Cass. civ., Sez. VI, 24 giugno 2020, n. 12420). Sul problema, in dottrina, cfr. *ex multis* A. DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.* (1963) 249 ss.; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (Milano 1984) 155 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* (Padova 1989) *passim*; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.* (2004) 69 ss., spec. 79 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile* V. *La responsabilità*[3] (Milano 2021) 536 ss.; F. GAZZONI, *Manuale* cit. 578; da ultimo, sul tema specifico, v. G. ANZANI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.* (2018) 278 ss. Riferimenti sono presenti altresì in A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.* (1999) 447 (Nota a Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589); L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale* cit. 479 e nt. 5; più recentemente, v. anche D. ACHILLE, *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione*, in *Annuario del contratto* (2017) 138. Ad ogni modo, è doveroso precisare che deve in ogni caso escludersi un 'concorso cumulativo' implicante la duplicazione risarcitoria della *medesima* posta: cfr. sul punto la pagina di Luigi Mengoni (*La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.* [1984] 513), recentemente richiamata anche da Nivarra (*La contrattualizzazione del danno non patrimoniale* cit. 479 nt. 5) in cui l'illustre studioso avvertiva come il «succo pratico» della teorizzazione degli obblighi di protezione era volto sostanzialmente ad elidere il suddetto – aberrante – rischio: «Non dovrebbe perciò essere ammesso il concorso cumulativo dell'azione contrattuale con l'azione aquiliana, almeno nella misura in cui esse fanno valere la medesima pretesa» (su questi aspetti – e, quindi, sulla scorrettezze del riferimento al concetto di 'cumulo' delle azioni – v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile* V cit. 538 nt. 62). Sul punto, si v. altresì già U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio* (Milano 1968) 68, ove l'a. – in relazione alla «costante, anche se discussa, giurisprudenza, che, rifacendosi a tradizioni di

Ove l'art. 32 Cost. sublimi in una onnipresente clausola di protezione – agganciandosi alla totalità dei negozi cd. affidanti – volta a salvaguardare il contraente da rischi diversi da quelli dedotti all'interno del programma negoziale, sarebbe smentita la concorrenza della tutela aquiliana con quella relativa ai danni patiti in occasione dell'inadempimento, quantomeno in riferimento alle lesioni afferenti alla integrità psico-fisica del paciscente[55].

origine assai remota, ha ammesso il concorso tra le due responsabilità» – richiama testualmente (alla nt. 104) D. 9.2.7.8 (Ulp. 18 *ad ed.*). *Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem* (il medesimo brano è evocato altresì da C.M. BIANCA, *Diritto civile* V cit. 538 nt. 60).

Come puntualmente osserva C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità* cit. 79, la sede elettiva ove si manifesta la potenziale «coincidenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana» è rappresentata da quelle operazioni negoziali in cui «la prestazione ha come suo terreno di applicazione la persona o un bene del creditore, come accade nelle cure mediche o nei contratti di trasporto o di deposito o ancora nel contratto d'opera che debba essere eseguito esercitando l'arte su una cosa del creditore»: 'ambienti', questi ultimi, in cui pare collocarsi, altresì, la fattispecie vagliata dall'ord. n. 9997/2020. Sulle interferenze tra l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio locati* nell'esperienza giuridica romana, v. il recentissimo contributo di A. TORRENT, *Concurrencia y paralelismos entre la «actio legis Aquiliae», la «actio ex locato», y la «actio iniuriarum»*, in *Index* 49 (2021) 363 ss., con indicazioni di fonti e letteratura. Significativo quanto l'a. osserva a p. 384, a margine del problema – sollevato in D. 9.2.5.3 [Ulp. 18 *ad ed.*] – del precettore iracondo che, nel riprendere un discepolo negligente, lo aveva severamente percosso, cagionandogli la perdita di un occhio: la complicazione (e il conseguente dubbio sull'azione esperibile) risiede nel fatto che «[el] maestro agresor … estaba en contacto con la víctima como consecuencia de una relación contractual»; soggiunge Torrent, «la conexión responsabilidad contractual o aquiliana sigue atormentando a la ciencia romanística». La scienza romanistica e la civilistica attuale – in uno con la giurisprudenza della Suprema Corte – aggiungeremmo noi, come si cercherà di mostrare nelle pagine a seguire.

[55] Metteva in guardia da tale rischio – pur in un contesto diverso – già Rodotà (*Le fonti di integrazione* cit. 159 ss.), il quale, discorrendo di diligenza e correttezza, osservava che «una ricostruzione della diligenza come dovere generico di protezione rischia di tradursi in una inutile duplicazione di quanto è già disposto dall'art. 2043: il che è già dimostrato dal fatto che in tutte le ipotesi consuetamente ricondotte al ricordato dovere di protezione è possibile ottenere il risarcimento in base all'art. 2043; sì che la costruzione di quel dovere si risolverebbe unicamente in un aggravamento della posizione processuale dell'autore del danno, non giustificabile secondo il nostro sistema»: difatti, ad avviso dell'a., «la diligenza è un criterio di responsabilità nei confronti di una prestazione *già* determinata nel suo complesso», presupponendo «un contenuto integralmente fissato». Analogamente, «la correttezza non si identifica con un generico dovere di rispetto della sfera giuridica altrui: così intesa, essa diverrebbe un vano concetto, impossibilitato ad assumere un proprio significato tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità civile». Cfr., nel medesimo senso, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio* I. *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo* XVI.1 (Milano 1974) 24 (per il quale «ad una generica esigenza di tutela della persona del debitore – tutte le volte in cui l'esecuzione della prestazione si svolga in tutto o in parte nella sfera del

Una ulteriore criticità giunge dalla proiezione di siffatta eterointegrazione nelle vicende giuridiche correlate alla recente pandemia di COVID-19[56]. Immaginare – in via del tutto ipotetica, sulla traccia di quanto suggerito dalla Suprema Corte – l'ineludibile sopravvenienza, ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost., dell'obbligo contrattuale di salvaguardare la salute dell'altro paciscente nell'ambito di qualsivoglia rapporto in cui essa possa essere messa in pericolo, equivarrebbe, in sostanza, a 'contrattualizzare' la responsabilità civile che insorga in ragione dell'avvenuto contagio, qualora possa dimostrarsi che quest'ultimo abbia avuto luogo, per l'appunto, nell'esecuzione di un contratto. Tale evenienza, peraltro, si concretizzerebbe a prescindere dalla natura realmente 'affidante' del negozio eseguito, in quanto – stando a quanto affermato dall'ordinanza[57] – è sufficiente che la prestazione, svolgendosi 'in presenza', possa potenzialmente nuocere alla salute dell'altro contraente[58]; di talché, della trasmissione del virus verificatasi in occasione, ad esempio, di una semplice compravendita *inter praesentes*, risponderebbe il paciscente (contagiante) a titolo di responsabilità contrattuale[59].

creditore o con la necessaria 'collaborazione' di questo – sembra soddisfare già il generale divieto di *neminem laedere* … alla base della responsabilità *ex delicto* (art. 2043 e s.)»; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*[2], in *Comm. Scialoja-Branca* (Bologna-Roma 1979) 33 ss. (spec. a p. 34). Più recentemente, poi, si cfr. altresì le osservazioni di L. LAMBO, *Obblighi di protezione* (Padova 2007) 72 s.

[56] Per un inquadramento delle principali questioni giuridiche emerse nell'arco della prima fase pandemica, si v., in generale, G.A. CHIESI, M. SANTISE (a cura di), *Diritto e Covid-19* (Torino 2020).

[57] Si v. il brano – riportato interamente più sopra – contenuto al § 2.1 delle Ragioni della decisione, ove la Suprema Corte delinea i caratteri dei rapporti suscettibili di integrazione ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost.

[58] Pur se tale relazione poggi, invero, sulla sola 'occasione' o del rapporto di mera «causalità naturale» tra l'esecuzione della prestazione e del danno patito: cfr. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale* cit. 489.

[59] La Suprema Corte, a titolo esemplificativo, afferma – ancora, al § 2.1 delle Ragioni della decisione – che l'obbligo di salvaguardia «sussiste necessariamente in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra: e dunque non solo nei contratti di spedalità o di trasporto di persone, ma anche in quelli – ad esempio – di albergo, di spettacolo, di appalto (quando l'*opus* da realizzare avvenga in presenza del committente), di insegnamento d'una pratica sportiva, di ristorazione». A tal proposito, può osservarsi che appare quantomeno dissonante il riferimento al contratto di appalto (che, giova

Peraltro, qualificare l'integrazione intravista dalla Cassazione alla stregua di un effetto naturale del contratto[60], se da un lato produce il descritto obbligo accessorio di protezione in capo ai paciscenti ove essi restino silenti sul punto, dall'altro permetterebbe agli stessi di derogarvi con una manifestazione espressa della volontà. Pertanto, in ipotesi, le parti del contratto di ristorazione potrebbero disinnescare la pretesa operatività dell'art. 32 Cost. all'interno del negozio semplicemente esternando comunemente l'intenzione di non volersi obbligare a tanto[61]. Ma ciò è un controsenso, in quanto – nella prospettiva tracciata dalla Suprema Corte – la salvaguardia del diritto alla salute dovrebbe imporsi in via cogente alla volontà dei paciscenti[62].

---

ricordarlo, ex art. 1655 cod. civ. è «il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro»), pur ove «l'*opus* venga realizzato in presenza del committente». Parrebbe opportuno, tuttalpiù, inquadrare nell'alveo dei contratti cd. 'affidanti' l'appalto di servizi, non già quello di opere in virtù della mera compresenza dell'esecutore materiale e del committente. Si ricordino ancora, sul punto, le riflessioni di Luca Nivarra (*La contrattualizzazione del danno non patrimoniale* cit. 489 s.) richiamate *supra*, alla nt. 17.

[60] Cfr. i rilievi critici contenuti *supra*, alla nt. 12.

[61] Com'è ovvio, una tale evenienza non eliderebbe la tutela del fondamentale diritto di cui all'art. 32 Cost. nell'ambito del generale dovere del *neminem laedere*. Tuttavia, l'eventuale lesione alla salute del cliente non integrerebbe un inadempimento, bensì un illecito aquiliano, con tutte le conseguenze che si sono segnalate.

[62] Tale inconveniente non si concretizzerebbe ove si ritenga di accedere alla tesi dottrinaria per cui una siffatta clausola ricadrebbe nel divieto posto dall'art. 1229 co. 2 cod. civ., a mente del quale «[è] nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico». La questione si è posta soprattutto in relazione alla clausola di esonero dalla responsabilità che discenderebbe dalla violazione dei doveri di buona fede e correttezza: nel senso della «inderogabilità della normativa di correttezza da parte dei privati», v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 180; distingue, invece – criticando la drastica opinione di Rodotà –, F. BENATTI, s.v. «*Doveri di protezione*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* VII (Torino 1991) 226, per cui «non [può] in astratto [sostenersi] se la buona fede sia o meno cogente. Occorre accertare di volta in volta la natura degli interessi da essa garantiti: se tende alla tutela di interessi pubblici, allora è inderogabile; altrimenti è norma dispositiva». Cfr., poi, F. GAZZONI, *Manuale* cit. 805, ancora a proposito dei doveri di buona fede (sul punto, per la connessione con l'art. 2 Cost. quale principio di ordine pubblico costituzionale, si v. Cass. civ., Sez. II, 29 maggio 2007, n. 12644, in *Giust. civ.* [2008] I, 1015 s.). Sulle implicazioni che discendono dal ricorso – nella questione che ci occupa – alla categoria dei doveri di buona e fede e correttezza, (e, quindi, degli obblighi 'di protezione'), qui solo accennate, v. *amplius infra*, § 2.3.

Per tutte le ragioni appena esposte, la prospettata integrazione 'legale' ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost. finisce con il sollevare più problemi di quanti non ne risolva.

2.2. *Una sintetica valutazione equitativa.*

Resta da chiarire se – ed entro quali limiti – la tutela costituzionale del diritto alla salute evocata dalla Suprema Corte possa rilevare altrimenti, ove si condividano le obiezioni mosse alla eterointegrazione 'legislativa' proposta dall'ordinanza in parola.

Occorre rilevare, a tal proposito, che le norme programmatiche o di principio – lungi dal restare del tutto estranee ai meccanismi integrativi disegnati dall'art. 1374 cod. civ. – ben possono essere utilizzate per altra via dall'organo giudicante nella (ri)costruzione del regolamento pattizio. Com'è stato autorevolmente sostenuto[63], tali disposizioni possono – e anzi, onde evitare scivolamenti verso l'arbitrio[64], d e v o n o – lumeggiare il procedimento giudiziale volto ad integrare (non *ex lege*, ma) in via equitativa il contratto.

L'operazione ermeneutica eseguita dalla Cassazione, difatti, pur formalmente poggiata sull'integrazione legale ex art. 32 Cost., reca in sé il sapore dell'integrazione equitativa[65], a mezzo della quale l'organo giudicante

[63] Ancora, da Francesco Gazzoni nella sua giovanile – e, per certi versi, visionaria – monografia *Equità e autonomia privata* cit. 359 ss., spec. 362 e 364: «[c]on il giudizio d'equità indirizzato da codeste direttive [*scil.*, le norme costituzionali programmatiche o 'di principio'] … il giudice non applica, non chiarisce, non completa, non individua, non interpreta l'unica volontà della legge, ma piuttosto concretizza in un giudizio sostanzialmente soggettivo la portata di determinate aspirazioni dell'ordinamento che sono espresse allo stato ideale e sono prive di un concreto comando precedentemente al singolo giudizio».

[64] F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 317, 381. Così, molto efficacemente, a p. 373: «[la] Carta Costituzionale … costituisce l'ancora di salvataggio del giudizio da ogni possibile arbitrarietà».

[65] Strumento prezioso che, nondimeno, viene usualmente sottoposto a numerose precondizioni e limitazioni; un'efficace sintesi delle opinioni dottrinarie formatesi a tal riguardo è reperibile in F. GAZZONI, *Manuale* cit. 798 ss. Ulteriori indicazioni bibliografiche sono presenti in A. ZACCARIA, *sub* art. 1374 cod. civ., in G. CIAN (a cura di), *Commentario Breve al Codice Civile Cian Trabucchi*[13] (Padova 2018) 1488 s.

(ove manchi la legge puntuale, secondo la gerarchia disegnata dall'art. 1374 cod. civ.[66]) costruisce la regola contrattuale mirando a realizzare quello che – filtrato dalla discrezionalità che gli compete – rappresenta il «giusto contemperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare»[67].

Purtuttavia, anche a tal riguardo si rendono necessarie ulteriori precisazioni.

Anzitutto, è stato sostenuto in dottrina che tale forma di integrazione potrebbe operare solamente ove in giudizio sia emersa una lacuna nel regolamento privato (si tratterebbe, pertanto, di una mera integrazione suppletiva)[68]. Cionondimeno, il rinvenimento di siffatta lacuna presuppone a sua volta un'indagine scrupolosa sulla composizione del negozio, indagine che non è rintracciabile nelle pieghe dell'ordinanza: in sostanza, la carenza nella regolamentazione pattizia sarebbe data per scontata[69].

Pur accedendo alla ricostruzione che ammette l'integrazione equitativa in via cogente[70] (e, pertanto, a prescindere dalla individuazione di un *vacuum* nel contratto) si pongono svariati problemi.

---

[66] Cfr. *supra*, nt. 38.

[67] La definizione è di C.M. BIANCA, *Diritto civile* III cit. 518.

[68] C.M. BIANCA, *Diritto civile* III cit. 519, secondo cui «[l]'equità è un precetto di giustizia contrattuale che ha come destinatari le parti e che trova applicazione al fine di integrare le lacune del regolamento contrattuale. Sebbene la grave iniquità possa costituire un limite di validità del contratto, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale le parti non sono tenute specificamente ad attenersi al criterio dell'equità. Tale criterio subentra piuttosto a contratto concluso quando rimangono da definire aspetti non determinabili mediante le altre regole di integrazione». Di contro, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 320 ss., immagina altresì «un intervento cogente dell'equità, il quale tuttavia – benché il principio equitativo modelli il proprio intervento su quello della fonte legale – dovrà essere contenuto in limiti ben ristretti e rigorosamente delineati. È ovvio richiamare l'attenzione sul fatto che i privati devono ricevere una garanzia circa la verificabilità (che non si identifica però con obiettività) del giudizio equitativo, mentre, d'altra parte, non tutto ciò che è possibile operare con lo strumento legislativo è parimenti perseguibile con quello equitativo».

[69] Com'è chiaro, tale problema non si porrebbe ove si ritenesse praticabile l'integrazione legislativa ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost., non sussistendo a tal riguardo alcuna necessità di reperire dei *vacua* nella convenzione privata.

[70] Come fa, ad esempio, Gazzoni: cfr. *supra*, nt. 68.

In primo luogo, sarebbe posta nel vuoto la pretesa di integrare con l'obbligo di salvaguardia accessorio sopra descritto «tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra»[71], in quanto il giudizio di equità ex art. 1374 cod. civ. resta irrimediabilmente legato alle contingenze delle vicende vagliate dal giudice. In altre parole, quest'ultimo dovrà andare alla «ricerca della concreta equità con riferimento alla fattispecie dedotta in giudizio»[72]: una volta che abbia individuato siffatto equilibrio, esso concernerà unicamente il contratto in concreto scandagliato, e non altri, pur inquadrabili nel medesimo tipo, pur se simili o assimilabili ad esso[73].

In secondo luogo, l'individuazione di obblighi ulteriori in capo alle parti non potrebbe mai incidere sull'operazione economica autonomamente posta in essere da queste sino al punto di snaturarla[74]. A tal riguardo, può ritenersi che l'imposizione (giudiziale ed equitativa) in capo al ristoratore dell'obbligo di salvaguardare la salute dell'avventore da qualunque rischio non giunga a tanto e sia, perciò, astrattamente ammissibile. Cionondimeno, il punto di partenza per operare una tale integrazione non può che risiedere nel contratto concretamente stipulato dai paciscenti; anzitutto, infatti, sarebbe necessario «decifrare la disciplina su cui l'accordo è stato raggiunto e accertarne la coerenza e serietà di impegno»[75]: «[i]n sostanza dunque la regolamentazione secondo equità dovrà senza dubbio prendere le mosse proprio dall'osservazione del regolamento autonomo, in cui peraltro possono essere contenuti criteri di determinabilità per un apprezzamento equitativo»[76].

[71] § 2.1 (Ragioni della decisione) ord. cit.

[72] F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 366.

[73] Tale conseguenza, tuttavia, avrebbe il pregio di non recare in sé il rischio – segnalato più sopra, in riferimento alla integrazione *ex lege* dei contratti 'affidanti' – di annichilire la tutela aquiliana in favore di quella invocabile in ragione dell'inadempimento del debitore, per i casi in cui risulti astrattamente immaginabile una concorrenza tra i due rimedi.

[74] In tal senso, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 304 e 322.

[75] F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 301.

[76] F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 303.

Difatti, alla ponderazione del regolamento concretamente posto in essere deve necessariamente corrispondere una motivazione che recepisca ed esplichi le ragioni dell'intervento equitativo, rendendolo in tal modo verificabile[77]. E tale verificabilità non può ottenersi se non attraverso «l'indicazione delle circostanze di fatto e l'analisi dell'assetto del contratto nonché delle direttive alle quali il giudice ha ritenuto di poter ispirare il giudizio»[78]. Di essi, nell'ordinanza in commento, è rinvenibile soltanto l'asciutto riferimento alla tutela del diritto alla salute ex art. 32 Cost. – e ciò non appare sufficiente al fine di vagliare la coerenza di un apporto equitativo nella vicenda giunta all'attenzione della Suprema Corte.

Riassumendo brevemente le considerazioni esposte, può osservarsi che se da un lato la via della *Drittwirkung* dell'art. 32 Cost. non sembra praticabile, dall'altro la medesima norma parrebbe – almeno astrattamente – idonea a guidare il giudizio d'equità fondato, ancora, sull'art. 1374 cod. civ. Tuttavia, tale integrazione equitativa mal si attaglia al provvedimento di cui si discorre, in quanto essa da una parte richiederebbe una motivazione particolarmente puntuale in riferimento alle ragioni di equità che fondano la decisione[79] (motivazione che sul punto, come rilevato, si mostra apodittica); dall'altra, è incompatibile con lo spirito dell'ordinanza, ove il ragionamento del Supremo Collegio è condotto in termini di integrazione della totalità dei negozi cd. 'affidanti', confermando – ed ampliando, in un certo qual modo – le acquisizioni di talune recenti tendenze della giurisprudenza di legittimità[80].

[77] F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 389 s.

[78] F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 390.

[79] Secondo la terminologia di cui all'art. 118 co. 2 disp. att. cod. proc. civ.: cfr. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 390.

[80] Di cui si darà conto – pur brevemente – nel paragrafo che segue.

2.3. *I doveri di protezione 'ex fide bona', tra integrazione ed esecuzione del contratto. L'affidamento (post)contrattuale.*

Resta, ancora, da vagliare un ulteriore – ma parimenti insidioso – percorso interpretativo. L'obbligo di salvaguardia della sfera del cliente, gravante sul ristoratore, potrebbe, in ipotesi, essere inquadrato nell'alveo dei cd. doveri di protezione (Schutzpflichten)[81], e, segnatamente, dei doveri di conservazione che investono (anche) la persona del debitore.

Non è certamente possibile, in tal sede, dar adeguatamente conto delle annose diatribe insorte intorno al collocamento di siffatti obblighi all'interno del regolamento e della vicenda contrattuale. Purtuttavia, non potrà prescindersi dal riprendere – quantomeno – le coordinate generali emerse, a tal riguardo, dall'ampio dibattito[82] dottrinario e (pur in misura inferiore)[83] dai contributi della giurisprudenza di legittimità, al fine di vagliarne la potenziale incidenza sulla fattispecie esaminata dall'ord. n. 9997/2020.

Anzitutto, è necessario precisare che non v'è concordia d'opinioni né sulla concreta sistemazione dogmatica degli obblighi di protezione, né sulla consistenza dei rimedi attivabili in conseguenza di eventuali violazioni.

Per una prima opinione, essi, fondandosi essenzialmente sui doveri di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.[84] – varchi,

[81] Per un inquadramento generale della categoria – a partire dalle tesi elaborate in Germania da Heinrich Stoll nei primi anni '30 –, può qui rinviarsi a F. BENATTI, s.v. «*Doveri di protezione*» cit. 221 ss., ove indicazioni di letteratura.

[82] Cfr., *ex multis*, almeno C. CASTRONOVO, s.v. «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur.* XXI (Roma 1990) 1 ss. (nonché ID., *L'obbligazione senza prestazione* cit. 147 ss.); F. BENATTI, s.v. «*Doveri di protezione*» cit. 221 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione* cit. *passim*; S. ROSSI, s.v. «*Contatto sociale (fonte di obbligazioni)*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ., App. agg.* V (Torino 2010) 346 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo* cit. 181 ss.; A. NICOLUSSI, s.v. «*Obblighi di protezione*», in *Enc. dir. - Ann.* VII (Milano 2015) 659 ss.; D. ACHILLE, *La complessità del rapporto obbligatorio* cit. 129 ss. Dai contributi menzionati è possibile ricavare le indicazioni bibliografiche indispensabili.

[83] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile* III cit. 505.

[84] Per un inquadramento della clausola generale di buona fede e dei più rilevanti problemi che essa pone nel diritto civile odierno – anche, e soprattutto, in chiave storico-comparatistica – fondamentali sono le ricerche di Roberto Fiori, *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)* cit. 127 ss., e *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici*

questi ultimi, attraverso i quali si materializzerebbero all'interno del sinallagma gli obblighi discendenti dall'art. 2 Cost. –, varrebbero ad integrare il regolamento contrattuale[85], pur mancando nell'asciutta dizione dell'art. 1374 cod. civ. un riferimento espresso che legittimi siffatta operazione ermeneutica[86].

Per altra dottrina[87], di contro, la buona fede rileverebbe esclusivamente in sede esecutiva, dovendosi respingere ogni interferenza tra la predetta

nella storia del diritto privato IV (Napoli 2011) 97 ss., da cui è possibile ricavare, tra l'altro, un ben nutrito apparato bibliografico romanistico e civilistico. Il primo dei contributi menzionati, in particolare, si diffonde ampiamente – tra l'altro – sul ruolo (oltre che sul fondamento) della buona fede tra integrazione ed esecuzione del contratto, anche in rapporto all'art. 1374 cod. civ. (spec. alle pp. 174 ss., 221 ss.).

[85] Cfr., anzitutto, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 175 ss. Per l'attitudine integrativa del principio di buona fede, v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile* III cit. 500 ss., con una rassegna essenziale delle opinioni dottrinarie fondamentali nell'apparato di note (spec. 505, sull'obbligo di salvaguardia quale specificazione della buona fede). Sembrerebbe aderire all'idea della integrabilità della regola contrattuale *ex fide bona* pure R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 39 (ma cfr. anche p. 19 s., 21 ss., 24, 151), il quale rileva, peraltro, un'affinità del '*quidquid dare facere oportet ex fide bona*' romano con la prestazione «ad ampio spettro» cui pensava A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1995) 26 (ma v. altresì ID., *La compravendita*[7] [Torino 2011] 425; il riferimento – storicamente connotato – al rapporto obbligatorio «ad ampio spettro» di Luminoso è presente altresì in R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 17). Richiamando ancora Angelo Luminoso, Fercia (*Dovere di diligenza* cit. 29 s.) – a margine di Cass. civ., Sez. III, 5 agosto 2002, n. 11717 – si riferisce ad un principio di buona fede, generatore di prestazioni accessorie, che integra il programma d'obbligazione, imponendo al debitore «tutte quelle prestazioni diverse dalla principale … che, quantunque non esplicate dalla legge o dal tipo negoziale, devono ritenersi autonomamente azionabili»; cionondimeno, tale valutazione non può non produrre «una connessione pratica tra Schutzpflichten e Nebenpflichten». Per ulteriori considerazioni a margine di tale 'connessione', v. *infra*.

[86] Altri ancora (F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile* II. *Le obbligazioni* [Milano 2007] 98) distinguono l'integrazione *ex fide bona* strumentale rispetto alla prestazione principale da quella – più ampia – che impone condotte finalizzate alla protezione di interessi ulteriori da quelli dedotti nel contratto.

[87] V., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale* cit. 804, per il quale gli obblighi di protezione, nascendo «dalla buona fede esecutiva (e non dall'art. 1374) … non sono integrativi della regola contrattuale, perché non la arricchiscono, ma solo servono ad attuarla correttamente, non potendo il giudice modificare l'assetto regolamentare, e a preservare la sfera giuridica dei contraenti da fatti lesivi. Spesso sono previsti dalla legge con riguardo a singoli contratti tipici, ma, in forza appunto della clausola generale di buona fede, essi possono considerarsi inseriti in ogni contrattazione, a seconda delle circostanze [spaziato mio, M.A.], senza necessità di ipotizzare un contatto sociale a sé stante». Pur in una prospettiva diversa, si concentra sulla rilevanza delle contingenze anche L. BIGLIAZZI GERI, s.v. «*Buona fede nel diritto civile*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* II (Torino 1988, rist. 1995) 172 s.: il principio di correttezza e buona fede «non [rappresenta] dunque, l'espressione di un

clausola generale e il procedimento di individuazione della regola negoziale: regola che, come si diceva, rappresenta il frutto della autonomia privata coadiuvata (o anche, in talune ipotesi, corretta) dalle fonti – tassativamente intese – di cui all'art. 1374 cod. civ., e non da altro[88].

Per altra impostazione, ancora, sarebbe del tutto inutile sforzarsi di individuare autonomi obblighi di protezione, stante la latitudine della nozione di adempimento accolta dal nostro ordinamento[89]; un ulteriore

---

dovere generico e/o la fonte di specifici obblighi integrativi né lo strumento di controllo legato ad una visione 'tipologica' della realtà, ma un criterio vòlto a contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto sul piano della conciliazione di interessi confliggenti secondo una misura insuscettibile di determinazione aprioristica, ma destinata a precisarsi, di volta in volta, secondo le caratteristiche particolari di ogni singola vicenda nel quadro complessivo delle circostanze anche sopravvenute del caso concreto». Soggiunge ancora l'a., «la clausola generale di buona fede viene ad assumere il valore di indice di emergenza di interessi altrimenti destinati, in una utilizzazione formalistica del diritto, a non acquistare degno risalto; di strumento capace di fungere … da correttivo dei rigori del *jus strictum* tramite una valutazione degli interessi, coinvolti nella singola vicenda, diversa da quella che conseguirebbe al puro e semplice accertamento della formale corrispondenza di un fatto e/o di un comportamento ad un'astratta previsione di legge e di consentire, pertanto, in un contesto la cui coloritura è offerta dai nuovi principi fondamentali dell'ordinamento (artt. 2; 3; 4; 32; 36; 37; 41, 2° co.; 42, 2° co., Cost.) e dall'esigenza di socialità che in essi si esprime, quel contemperamento di opposti interessi che un miope impiego dello strumento normativo renderebbe inattuabile. Non, dunque, il riferimento ad un tanto generico quanto insignificante comportamento corretto e leale, ad un insufficiente rispetto del reciproco affidamento, ad un'esigenza di scelta della soluzione meno gravosa per l'altra parte o, peggio ancora, ad un equivoco principio di solidarietà tra appartenenti alla medesima comunità o ad una recentemente riciclata etica 'materiale', ma un ben più solido contenuto che la clausola in questione parrebbe assumere in virtù dell'aggancio, così operato, con i principi contenuti nella Carta del 1948». Il riferimento a «quel contemperamento di opposti interessi che un miope impiego dello strumento normativo renderebbe inattuabile», che parrebbe allontanare l'a. dal campo semantico della *bona fides* per avvicinarla ai concetti propri dell'*aequitas* tradizionalmente intesa (cfr. *supra*, su nt. 67), viene dipoi illuminato dalle – brevi, ma assai pregnanti – considerazioni svolte successivamente (alle pp. 184 ss.) a margine delle ontologiche differenze che intercorrono tra la clausola generale di buona fede e l'equità (cfr., in part., la chiosa del § 25 a p. 186).

[88] F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 260 ss. e nt. 290, 286 s., 312; ID., *Manuale* cit. 787.

[89] Si v. a tal proposito l'opinione di U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto* I cit. 17 ss. (si v. spec. p. 18, ove è valorizzato il riferimento alla «*natura* della prestazione e alle modalità di tempo e di luogo in cui essa deve essere eseguita»: la corretta perimetrazione della stessa, infatti, consentirebbe di «operare una notevole riduzione anche nell'ambito della seconda categoria [*scil.*, dei doveri di protezione o di sicurezza], portando all'automatica eliminazione di tutta una serie di pseudo-obblighi di protezione, che appaiono anche essi come momenti, nei quali si specifica la prestazione principale»). Sul punto Natoli è seguito anche da L. BIGLIAZZI GERI, s.v. «*Buona fede nel diritto civile*» cit.

indirizzo[90], dipoi, ritiene che siffatti doveri – pur autonomamente riconosciuti – debbano collocarsi nell'alveo dell'art. 1176 cod. civ. (che, tuttavia, com'è noto, si rivolge al solo debitore)[91].

170 ss.; *ivi*, a p. 171 – a proposito dell'obbligazione del vettore (art. 1678 cod. civ.), che «non consiste soltanto nel trasferire il viaggiatore da un luogo ad un altro, ma nel *trasferirlo indenne* (arg. ex art. 1681)» – l'a. osserva che con riferimento a tale rapporto non si materializzano «un'obbligazione principale ed una, accessoria, di protezione o di sicurezza, ma un'unica obbligazione con unicità di contenuto e di oggetto, della quale la legge evidenzia, sotto il profilo della responsabilità per inadempimento, due diversi aspetti, senza per questo spezzarne, com'è stato significativamente detto, il contenuto unitario». Tale lettura – lo si vedrà meglio più oltre – potrebbe essere rievocata altresì in relazione al contratto di ristorazione che occupa la Suprema Corte nell'ord. n. 9997/2020; l'interrogativo che essa sollecita, in particolare, è se siffatto contratto (socialmente tipico) possa implicare – in astratto e, poi, nella contingente vicenda negoziale – una obbligazione unica, per cui il ristoratore (sulla falsariga del vettore) è tenuto non solo a somministrare cibo e bevande, ma altresì a somministrarle in modo tale da evitare danni alla sfera dell'avventore, senza che per tale via ne risulti «spezzato il contenuto unitario»: queste tematiche saranno approfondite *infra*, nelle pagine a seguire.

[90] Cfr. U. MAJELLO, *Custodia e deposito* (Napoli 1958) 138, ove può leggersi che «[i]l dovere di diligenza di cui al cit. art. 1176 è dunque un dovere generico di protezione, posto a tutela della sfera patrimoniale del creditore, per il caso in cui il debitore, nell'adempiere l'obbligazione, sia stato con il proprio comportamento occasione di danni ai beni o alla persona del creditore, indipendentemente dal fatto che la prestazione da eseguirsi abbia o meno subito pregiudizio»; si v. altresì U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede* cit. 60 ss.

[91] Si cfr., sul punto, quanto osservato da C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *JUS* (1976) 148, nonché da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 158 ss. Tuttavia, pur in prospettive differenti, in dottrina non si è mancato di sottolineare come diligenza e doveri *ex fide bona* – a prescindere dalle fisionomie dogmatiche proposte – non possono non interagire, dando luogo ad una «connessione pratica» (così R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 21 e nt. 38, ove ampi richiami di letteratura; v., altresì, *ivi*, p. 132), che pone tali elementi in rapporto di «funzionale complementarietà» (secondo un'espressione utilizzata da U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede* cit. 153). A tal proposito, non sembra peregrina la – pur criticata – asserzione di Ugo Natoli (*L'attuazione del rapporto* I cit. 17), per cui, una volta accolta la teoria dei doveri di protezione, si dovrebbe «constatare una certa confusione, per così dire, di competenza tra le norme degli artt. 1175 e 1176» (sul punto, si v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo* cit. 148, che definisce tale affermazione «[c]omprensibile, ma non per questo accettabile»). V'è da precisare che autorevole dottrina (su tutti, Carlo Augusto Cannata: *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* [1981] 993 ss., ora in *Scritti scelti* I cit. 359 ss.; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* [Catania 1996] 121 ss., *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno* IX.1[2] [Torino 1999, rist. 2002] 41 ss., 58 s., seguito da R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. *passim*, spec. 1 s. nt. 1, 14 s.) ha individuato nel '*diligentiam praestare*' di cui all'art. 1176 cod. civ. un autonomo dovere sussidiario – un dovere di prestazione propriamente inteso – incombente sul debitore, che, a sua volta, determina la «struttura pratica» del criterio di responsabilità per colpa (*contra*, cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale* [Napoli 2011] 420 ss.); su questi temi si tornerà *funditus* a breve. Ad ogni modo, la menzionata 'confusione' tra prestazione

Ancora, autorevole dottrina[92] ha osservato che «il giudice tutte le volte che, per la natura della prestazione dedotta nel contratto, rileva una relazione tra le parti tale da far scorgere una esigenza di protezione della persona o della sfera patrimoniale dei contraenti, deve poter utilizzare lo strumento offertogli dall'art. 1175 c.c. anche quando non soccorrono una norma specifica, il contratto o un uso, come fonti dell'obbligo di correttezza»[93].

Non è possibile addentrarsi ulteriormente in tale – fittissima – selva di opinioni. Cionondimeno, può osservarsi come la giurisprudenza abbia rielaborato il portato complessivo delle valutazioni ora riportate, evocando gli obblighi di protezione nella costruzione dell'ossatura delle pronunce – rese negli ambiti più disparati e, oramai, largamente diffuse – espressive della tendenza protesa alla contrattualizzazione di quella peculiare responsabilità che orbita attorno alla maturazione dell'affidamento.

Difatti, il lessico – verrebbe da dire, oramai, ginzburgianamente «famigliare» – di cui si avvale l'ordinanza 9997/2020 parrebbe evocare, pur senza menzionarlo espressamente, il recente filone giurisprudenziale proteso alla valorizzazione dell'affidamento quale elemento idoneo ad attrarre nella sfera della responsabilità contrattuale fattispecie che – perlomeno,

---

principale e sussidiaria – lo si vedrà meglio più oltre – sembra accentuarsi ulteriormente ove si controverta intorno ad un contratto atipico – qual è quello di ristorazione – il cui contenuto obbligatorio non appare desumibile con immediatezza, divenendo assai difficile distinguere, in concreto, la sfera degli obblighi di protezione *ex fide bona* dal livello della diligenza professionale richiesta al fine di evitare la concretizzazione di eventi pregiudizievoli per l'altro contraente.

[92] G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (Artt. 1218-1222)*[2], in *Comm. Schlesinger* (Milano 2006) 288 (si v., in ogni caso, le pp. 286 ss.); cfr., altresì, quanto osserva l'a. alla p. 334 s.

[93] Soggiunge l'a. (a p. 286 s.): «D'altra parte occorre individuare un limite all'estensione del dovere generale di correttezza ad opera dei giudici, e questo limite è, a mio avviso, insito nel dovere strumentale e accessorio dei doveri di correttezza: occorre cioè che la prestazione principale presupponga la correttezza e che il rispetto della correttezza assicuri e faciliti la realizzazione dello scopo del rapporto obbligatorio senza danno per le parti». Seguono diversi esempi, che si sostanziano nei doveri di avviso o di comunicazione, nei doveri di custodia, in quelli di conservazione o di sicurezza e di salvataggio (nell'apparato di note possono reperirsi ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza).

tradizionalmente[94] – avrebbero trovato la loro sede elettiva nell'art. 2043 cod. civ.[95]. I presupposti ermeneutici da cui si muove, difatti, paiono assai simili a quelli tracciati dalla Suprema Corte – pur in una differente prospettiva cronodinamica[96] – in una nota pronuncia del 2016, della quale ci siamo già occupati[97], ampiamente ripresi (ed estesi) sia dalla stessa Cassazione[98] che dal Consiglio di Stato[99], anche in pronunce recentissime. Il tema è quello del cd. «invadente contatto»[100], o – se si vuole – dell'invadente affidamento (stavolta non certo precontrattuale, ma contrattuale, se non post-contrattuale[101]), che, nondimeno, nella vicenda che ci occupa si risolve in

[94] Su tali incursioni, cfr. sinteticamente F. GAZZONI, *Manuale* cit. 650.

[95] A tal riguardo, si cfr. F. GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Violazioni del contratto. Danni e rimedi* (Milano 2003) 15, per cui «tutto ciò che fuoriesce dall'ambito della prestazione dovuta è appannaggio della responsabilità extracontrattuale», prospettiva, quest'ultima, che mi pare in asse con la già evocata opinione di Stefano Rodotà (su cui v. *supra*, nt. 55), protesa a evitare inutili appesantimenti della posizione del debitore.

[96] Nella vicenda che ha occupato l'ord. n. 9997/2020, difatti, l'affidamento – nell'ottica della Cassazione – pervade il momento posteriore alla stipulazione del contratto, ove di contro gli sviluppi giurisprudenziali ne hanno valorizzato l'operatività della fase antecedente al negozio, segnatamente in quel contatto – per così dire – 'forzoso', segnato dalle trattative precontrattuali.

[97] Ci si riferisce a Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 cit., cui è dedicato il § 3 del cap. I, cui si rinvia per ulteriori indicazioni.

[98] *Ex multis* si v. Cass. civ., Sez. I, 27 ottobre 2017, n. 25644; Cass. civ., Sez. Un., 21 maggio 2018, n. 12477; Cass. civ., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236. Per una rassegna di tali pronunce rinvio a M. AUCIELLO, *Postilla* a C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit., in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 128 ss.

[99] Si v. almeno Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Resp. civ. prev.* (2018) 1594 ss.

[100] Prendendo a prestito l'immaginifico titolo di C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit.

[101] Pensa a un «contatto negoziale» («*rechtsgeschäftliche Kontakt*») C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione. Parte Seconda* (trad. it. a cura di A. di Majo e M.R. Marella), in *Riv. crit. dir. priv.* (1983) 827 s.; più recentemente, v. L. LAMBO, *Obblighi di protezione* cit. 393 ss.; cfr., sul punto, R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano* cit. 48 e nt. 142, 51 nt. 149, 77. Si v., altresì, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto* I cit. 18, che si avvale – per descrivere la categoria dei doveri di protezione o di sicurezza – dell'immagine dei «pericoli derivanti … dal 'contatto sociale' al quale il rapporto obbligatorio darebbe necessariamente luogo» (nondimeno, la già richiamata posizione di Natoli [*supra*, su e in nt. 89] è assata, soprattutto, sulla valorizzazione di un'ampia nozione di 'adempimento' e 'prestazione', a detrimento di eventuali doveri integrativi), nonché C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni* cit. 35 nt. 3. Su questi temi in generale, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione tra prestazione e protezione*, pubblicazione per la ricerca «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice» (s.d.) 1095 ss.,

un'attrazione dei danni occorsi in occasione dell'esecuzione di un determinato rapporto nell'alveo della responsabilità da inadempimento, in virtù di una pretesa integrazione ex art. 1374 cod. civ. del negozio, che poggerebbe a sua volta sulla diretta applicazione dell'art. 32 della Carta costituzionale, unitamente all'affidamento riposto dal cliente nel ristoratore in ordine alla salvaguardia della sua persona. In altri termini – o per la via dell'integrazione legale, o per quella (pare, più consona, ma comunque accidentata) dell'integrazione equitativa – quell''invadente contatto' diviene 'invadente contratto', la cui esecuzione finisce con l'erodere lo spazio – già ristretto[102] – che residua alla sfera del *neminem laedere* in favore della responsabilità da inadempimento[103].

Senza scomodare il vorace schema del contatto sociale – che, certamente, non può trovare applicazione nella vicenda che ci occupa, stante la conclamata sussistenza del contratto a monte[104], corredato dall'obbligo

contributo consultabile online alla pagina web https://core.ac.uk/download/pdf/55147043.pdf (poi in H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso* [Torino 2016] 205 ss., con titolo *Obbligazione – Prestazione – Protezione*).

[102] Cfr., sul punto, le notazioni critiche proposte – in chiusura di un contributo denso di spunti – da M.F. CURSI, *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici* II cit. 125 s. In arg., si v. altresì le interessanti notazioni proposte da M. MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI (a cura di), *'Obligatio'-obbligazione* cit. 106 s. nt. 53 (a margine del rischio di una eccessiva espansione della «relazionalità» quale fondazione del rapporto obbligatorio, che potrebbe condurre al «risultato di cancellare la responsabilità aquiliana»).

[103] Con riguardo specifico al tema del danno non patrimoniale da inadempimento, Luca Nivarra (*La contrattualizzazione del danno non patrimoniale* cit. 482), nel criticare il modello ermeneutico adottato dalla Suprema Corte in una celebre pronuncia resa a Sezioni Unite (11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.* [2009] 120 s.), aveva utilizzato l'efficace immagine della iniezione «all'inadempimento [del]l'elisir dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.», in modo tale da conseguire «sulla scorta di un'abborracciata *Drittwirkung*, il miracolo della transustanziazione dell'extracontrattuale in contrattuale». Sul passaggio, v. anche F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo* cit. 210, con ulteriori indicazioni di letteratura nell'apparato di note.

[104] Contatto che, peraltro, presiede ad interessi non sovrapponibili a quelli che rilevano nell'ambito del dipanarsi di un rapporto contrattuale: si v., in tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*[2], in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 2011) 177, per cui «[l]'obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'*interesse alla prestazione* (art. 1174). Diversi sono gli *interessi della vita di relazione*

primario di prestazione –, è necessario domandarsi se l'art. 1175 cod. civ., combinato con l'art. 1375 cod. civ. (nonché, per la dottrina che ritiene necessaria in ogni caso di integrazione del negozio, con l'art. 1374 cod. civ.) sia idoneo a fondare un addebito contrattuale in capo al ristoratore in conseguenza delle lesioni patite dalla minore ustionata dalla pizza rovente. Com'è stato osservato[105], a tal proposito, attraverso l'art. 1175 cod. civ. «(e i citati artt. 1374 e 1375) può venire più esattamente individuato, e, per così dire, arricchito il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, sia per quanto riguarda gli obblighi principali sia per quanto concerne gli obblighi collaterali (di protezione, cooperazione, informazione …)»[106].

Il problema non è certo di immediata risoluzione. La precisa delimitazione delle prestazioni sussistenti in capo a ciascun contraente ben può presentarsi come un'operazione ermeneutica particolarmente complessa ogni qual volta il negozio sia inscrivibile nel proteiforme insieme costituito dalle operazioni della prassi sociale (che, com'è ovvio, non è certo foriera di salde certezze in punto di strutture e disciplina).

A tal riguardo, può richiamarsi la polemica che, anni or sono, coinvolse Ugo Natoli e Carlo Castronovo. Secondo il primo[107], difatti, «appartiene alla … stessa essenza [della prestazione] che essa si svolga in modo da salvaguardare l'integrità della persona del creditore». Cionondimeno – ha osservato l'altro[108] – «il richiamo alla natura della prestazione, che già di per sé rischia di essere troppo generico, delude le aspettative di chiarezza che

messi a rischio nel contatto sociale: dalla sicurezza nella circolazione automobilistica alla lealtà della competizione economica alla correttezza e serietà delle trattative contrattuali. A protezione di essi s'impongono agli operatori *doveri di condotta* che possono essere non generici bensì calibrati sulla specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco, ma *non per questo sono obbligazioni in senso proprio*».

[105] Da A. ZACCARIA, *sub* art. 1175 cod. civ., in G. CIAN (a cura di), *Commentario* cit. 1264.

[106] Sulla buona fede quale «fattore d'integrazione del contratto non già sul piano dell'interpretazione di questo, ma su quello delle rispettive obbligazioni come indicato dall'art. 1375 cod. civ.» v. per tutti Cass. civ., Sez. III, 12 aprile 2006, n. 8619, in *Obbligazioni e contratti* (2007) 210.

[107] U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto* I cit. 19.

[108] C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo* cit. 145.

avevano spinto ad adottarlo, quando si passi a vagliare l'utilizzazione di esso come categoria ermeneutica dei singoli rapporti obbligatori».

Il medesimo equivoco, peraltro, sembra ricorrere nel caso di specie, ove l'interprete deve misurarsi con il contenuto obbligatorio di un contratto atipico – quello di ristorazione – oltrepassando l'apodittico riferimento ai presunti «effetti naturali»[109] da esso prodotti che, come si è visto, specie ove combinato con la diretta applicazione dell'art. 32 Cost., suscita perplessità – e incertezze applicative – difficilmente superabili.

Per tali ragioni, a questo punto, è necessario prendere in considerazione, nello specifico, la prestazione ristorativa. Difatti, i rischi connessi alla «prestazione di diligenza»[110] richiesta all'imprenditore ristorativo – su ci si soffermerà più avanti – si polarizzano, inevitabilmente, sul contenuto del contratto a monte. Ed è a questo proposito fondamentale comprendere se la tutela della salute del cliente vi sia ricompresa, a prescindere da pretese integrazioni *ex lege*.

Il terreno su cui si muove l'interprete è assai incerto. Basti osservare che il danno da intossicazione alimentare (che, intuitivamente, rappresenta il rischio primario per la salute dell'avventore nell'ambito del rapporto ristorativo) è stato talvolta inserito (anche) nell'alveo della responsabilità extracontrattuale del ristoratore (nonché, ricorrendone i presupposti, in quello della peculiare responsabilità da prodotto difettoso ex art. 114 ss. cod.

[109] Cfr. *supra*, nt. 12.

[110] L'espressione è utilizzata da L. BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 Cod. civ.*, *Addizione* in G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. WAHL, *Del contratto di locazione* II.2, in G. BAUDRY-LACANTINERIE (dir.), *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it. della 3ª ed. francese (Milano s.d.) 504 (si v. il titolo interno «Teoria della prestazione di diligenza, eliminante il concetto di 'impossibilità'»): cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 96 e nt. 37, 105. Su tali aspetti si tornerà *amplius* più oltre, nei §§ 3 ss.

cons. o nel regime di cui all'art. 2050 cod. civ.)[111], ove la giurisprudenza non pare – allo stato – aver preso una posizione netta[112].

Talune coordinate potrebbero desumersi da una vicenda vagliata anni addietro dalla Suprema Corte, segnatamente nel 2003[113]. Un soggetto si trova, insieme a familiari ed amici, in un ristorante, la sera di San Silvestro.

[111] Per A. PAPA, *I contratti dell'azienda ristorativa* cit. 63, «[u]na cattiva o difettosa esecuzione della prestazione può rappresentare contemporaneamente un illecito contrattuale ed extracontrattuale: la somministrazione di una vivanda senza che si siano rispettate le modalità di una corretta conservazione, e che ha causato un danno al cliente, rappresenta tanto una forma di violazione del contratto (d'opera) quanto un illecito extracontrattuale (per lesione dell'integrità fisica del cliente)». Cfr., altresì, V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi* (Padova 2003) 151. Più recentemente, può rimandarsi al contributo di E. AL MUREDEN, *Danno da consumo di alimenti*, in *Contr. impr.* (2011) 1495 ss., ove si sottolinea il ruolo integrativo – in relazione alle regole sulla colpa – della normativa pubblicistica in materia di sicurezza alimentare (si v., poi, ID., *Sicurezza alimentare e responsabilità civile tra armonizzazione del diritto dell'Unione Europea e prospettive del Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in C. BOTTARI [a cura di], *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo* [Santarcangelo di Romagna 2015] 137 ss., con ulteriori indicazioni di letteratura e giurisprudenza). Sui temi accennati si v. R. BONINI, *La responsabilità civile nel settore agroalimentare tra principio di precauzione e tutela della salute*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 6 (2019) 1 ss.; in generale, si v. altresì, recentemente, A. GERMANÒ, M.P. RAGIONIERI, E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*[2] (Torino 2020), spec. 50 ss. per i danni da prodotti alimentari difettosi; AA.VV., *Cibo e diritti. Una prospettiva comparata. Atti del XXV Colloquio Biennale Associazione Italiana di Diritto Comparato. Parma 23-25 maggio 2019*, voll. I e II, a cura di L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (Roma 2020). Ad ogni modo, appare significativo che nelle pagine dedicate al concorso tra responsabilità contrattuale e aquiliana, Bianca prescelga proprio l'esempio della intossicazione alimentare per meglio esplicare i concetti esposti: «la giurisprudenza ammette oramai il concorso di azioni anche nella particolare ipotesi di vendita di cosa viziata … Ciò si spiega in quanto l'azione extracontrattuale non è volta ad ottenere il vantaggio economico derivante dall'esatto adempimento del contratto ma quel risarcimento che spetta al compratore a prescindere dalla garanzia per essere stato leso in un interesse tutelato nella vita di relazione. Il compratore che ad es. è stato intossicato da cibo avariato ben può reclamare il risarcimento del danno extracontrattuale pur se non vi sia stata tempestiva denunzia del vizio» (così in *Diritto civile* V cit. 539).

[112] Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. III, 5 giugno 2007, n. 13082, in *Foro it.* (2008) I, 212 ss. Per la giurisprudenza di merito, si v. Giud. Pace Palermo, 4 marzo 2011, in *Danno e resp.* (2011) 682 (ove è sancita l'operatività del regime della responsabilità da prodotto difettoso per l'intossicazione alimentare derivante dall'ingestione di pan carré – acquistato in confezione presso un centro commerciale – avariato); Trib. Padova, 20 aprile 2016, n. 1221 (pronuncia in cui il ristoratore è stato ritenuto responsabile – a titolo contrattuale – degli ingenti danni patrimoniali e non patrimoniali – dipoi risarciti dalla compagnia assicurativa, in seguito all'accoglimento della domanda di manleva esperita dal gestore – patiti da un cliente che, in seguito all'ingestione di frutti di mare avariati presso il locale del convenuto, aveva sviluppato la gravissima sindrome di Guillain-Barré).

[113] Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2003, n. 2312, in *Resp. civ. prev.* (2003) 711 ss.

Poco dopo la mezzanotte, uno degli astanti – rimasto sconosciuto – scaglia violentemente a terra un piatto, che, nel frantumarsi, ferisce all'occhio uno dei presenti. Questi cita in giudizio la ristoratrice, sostenendo che – essendo rimasto ignoto lo sconsiderato lanciatore – quest'ultima avrebbe dovuto essere ritenuta responsabile, avendo fornito lo strumento a mezzo del quale il danno si è realizzato ed avendo, altresì, omesso di garantire la incolumità degli avventori.

Sennonché – ad opinione dei giudici di merito, indirizzati dalle deposizioni di taluni testimoni, ritenuti pienamente attendibili – a frantumare le stoviglie sarebbero stati proprio l'attore ed i suoi accompagnatori; l'onere di provare che il piatto scagliato fosse 'decollato' – invece – da altra tavolata, non può che gravare sull'attore.

A tutto voler concedere – ribadendo quanto statuito dai giudici di seconde cure – la resistente «non poteva rispondere dell'evento dannoso *de quo* a titolo contrattuale (non esistendo alcun nesso tra l'evento dedotto in giudizio e la prestazione del servizio oggetto del contratto stipulato dal[l'attore] con il gestore del ristorante), nonché ai sensi dell'art. 1786 c.c., relativa alla responsabilità degli imprenditori, tra l'altro, di 'trattorie' per i danni derivanti dal 'deposito in albergo' (atteso che tale disposizione riguarda i danni alle 'cose' portate nell'esercizio) e dell'art. 2051 c.c. relativo ai danni prodotti dalla cosa in custodia in sé o per l'uso che se ne faccia abitualmente, non certo per quello provocato da un uso del tutto abnorme e anomalo come verificatosi nella fattispecie»[114]. Di talché, una responsabilità della ristoratrice nei confronti dell'utente «può prospettarsi solo, o ex art. 2043 c.c. (concernente il danno ingiusto frutto di condotta dolosa o colposa dell'obbligato al risarcimento) o a norma dell'art. 2049 c.c. (relativo alla responsabilità per la condotta tenuta da persona diversa da quella chiamata a

[114] § 1 (Motivi della decisione).

rispondere, ma legata a questa da vincolo di collaborazione o di dipendenza)»[115].

Quel che preme sottolineare, in definitiva, è che secondo l'orientamento espresso dalla Suprema Corte in quest'ultima pronuncia, non potrebbe affermarsi che il cliente goda, comunque, del «diritto di consumare la cena in condizioni di tranquillità e assenza di ogni rischio, con conseguente obbligo della gestrice del ristorante di fare cessare l'attività certamente pericolosa che alcuni clienti [pongano] in essere nel suo locale»; nel caso di specie, infatti, era «di palmare evidenza che nessuna responsabilità [potesse] essere imputata alla [ristoratrice] stante il fatto, quanto meno colposo, del [cliente] nel dedicarsi, con i suoi 'commensali' al lancio dei piatti in terra»[116].

È necessario, nondimeno, esaminare con più precisione il piano della prestazione, globalmente intesa. Ben può infatti ritenersi che, in astratto, la

[115] *Ibidem*. Sul punto, si v. le considerazioni proposte da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione tra prestazione e protezione* cit. 1123 s.: «[d]iversamente da quanto accade nell'esperienza francese, se si eccettuano i pochi casi nei quali le Corti hanno individuato un 'contratto di protezione' o una responsabilità da 'contatto sociale' più o meno qualificato, nella quasi totalità delle ipotesi nelle quali pur v'è un contratto o una relazione giuridicamente rilevante tra le parti, la giurisprudenza, piuttosto che applicare la disciplina in tema di responsabilità contrattuale, preferisce applicare una regola di responsabilità delittuale (l'articolo 2051 Codice civile, soprattutto) che prescrive un regime di responsabilità oggettiva. Ciò è accaduto, ad es., allorché la Cassazione ha deciso per le responsabilità del gestore di una piscina per i danni patiti da una minore che, nel tuffarsi, aveva impattato il fondale; di un titolare di un maneggio per i danni subiti da un cliente che, nel corso di una passeggiata organizzata, si era lasciato cadere dal cavallo allorché lo stesso, spaventato dalla presenza di un animale sul percorso, era partito al galoppo; di una società che gestiva un'autostrada (a pagamento), per la morte di un conducente di un veicolo che, uscito di strada per cause non accertate, aveva terminato la sua corsa in un raccoglitore dell'acqua piovana; di gestori di strutture alberghiere per i danni subiti dai clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo, che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di residui di cibo, che erano caduti in una vasca da bagno predisposta ad essere impiegata anche come doccia, ma senza essere dotata degli indispensabili presidi antiscivolo e di sostegno. Eguale sorte ha riguardato il custode-albergatore per i gravi danni subiti da una studentessa che, durante una gita scolastica, dopo aver superato il parapetto del proprio balcone e avuto accesso al lastrico solare, era caduta al suolo. La scelta per una regola di responsabilità oggettiva extracontrattuale è stata confermata anche nelle ipotesi di danni 'da custodia' della Pubblica Amministrazione. Ma la Cassazione, condizionata dalla tradizione colpevolista della responsabilità civile, ha talvolta contaminato in senso soggettivo l'interpretazione dell'articolo 2051 del Codice civile, secondo una prospettiva che pare difficilmente compatibile con la struttura e con la storia di questo testo».

[116] § 5.

salvaguardia della salute del cliente rappresenti parte integrante della prestazione ristorativa. Tale affermazione può giustificarsi tanto in base alla segnalata azione integratrice degli artt. 1175 e 1375 cod. civ., quanto, ancora, valorizzando – per chi rifiuti, appunto, l'integrazione *ex fide bona* del negozio – il dovere di eseguire in buona fede il contratto.

Tale obbligo, tuttavia, per la sua attitudine onnicomprensiva, deve necessariamente essere tassativizzato: l'invadente 'affidamento' cui si è fatto cenno poc'anzi (cui innegabilmente va riconosciuto un ruolo nell'ambito della delimitazione delle prestazioni esigibili dal ristoratore), infatti, non può certo riguardare qualunque rischio inerente alla salute dell'avventore, ma soltanto – al fine di evitare inutili incursioni nell'area della responsabilità aquiliana[117] – quei rischi che attengano al contenuto specifico della prestazione ristorativa, vale a dirsi, anzitutto, la somministrazione di cibi e bevande[118].

[117] Cfr., ancora, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 159 ss.

[118] Secondo la definizione di A. PAPA, *I contratti dell'azienda ristorativa* cit. 22, richiamata *supra*, su nt. 14. Pur in un passaggio rapido, equipara sostanzialmente il contratto di ristorazione alla somministrazione di alimenti la recentissima ordinanza resa da Cass. civ., Sez. VI-3, 2 luglio 2020, n. 13562 (in particolare, la Suprema Corte – al § 4 – osserva che il ricorrente «era entrato nel ristorante per consumare un pranzo, e non per altre ragioni, onde è innegabile la conclusione di un contratto di ristorazione nel senso di somministrazione di alimenti»). Dipoi, la medesima ordinanza prende in considerazione gli ulteriori obblighi 'ricompresi' nel medesimo negozio, ritenendo «[non] sostenibile che un siffatto contratto non includa anche obbligazioni secondarie, come quella prospettata dall'attuale ricorrente di custodia della struttura ove il pasto viene somministrato: invero è, prima ancora che giuridico, del tutto logico che il ristoratore debba tenere la struttura in modo tale che essa non presenti ai clienti difficoltà, rischi o insidie per entrare o per uscire, come pure far sì che i clienti non si trovino in situazione pericolosa quando sono all'interno di essa. Il ristoratore – è ovvio – non coincide con l'albergatore; tuttavia per adempiere si avvale di un immobile, ed è pertanto obbligato a fare in modo che il cliente possa accedervi ed uscirne senza pericolo (e dunque, se vi è una scala, questa dovrà essere dotata di corrimano, composta da scalini di pedata non troppo stretta, essere tenuta pulita per evitare che sopra di essa si formino lastre di ghiaccio o macchie d'olio ecc.), come pure che quando vi è all'interno il cliente non si trovi in situazioni pericolose (per esempio, se i servizi igienici sono collegati con una scala alla sala di ristorazione, la scala deve essere illuminata e anch'essa bene strutturata; nella sala di ristorazione non vi devono essere fatiscenze per cui cadano, per esempio, calcinacci dal soffitto; se sul pavimento della sala compare improvvisamente un dislivello, deve essere segnalato per evitare l'inciampo ecc.; e tutto ciò è notorio)». Tuttavia – parrebbe – il riferimento all'obbligo di «far sì che i clienti non si trovino in situazione pericolosa quando sono all'interno di essa» – data la consistenza degli esempi proposti – deve intendersi circoscritto alla responsabilità che insorge in

Di tal guisa, l'obbligo di protezione – attraendo nell'orbita dell'inadempimento accadimenti che, in assenza di esso, sarebbero stati governati dal regime aquiliano – sottende sì i rischi cui può essere esposta la salute del cliente, ma soltanto quelli inerenti al nucleo essenziale del contratto (vale a dirsi, appunto, i potenziali danni che le vivande possano arrecare al fruitore della prestazione), con il risultato di estromettere gli ulteriori eventi, pur dannosi, che possono manifestarsi in occasione – ma non in ragione – della prestazione ristorativa.

Questo passaggio risulta fondamentale per la prospettiva che si tenterà di tracciare di qui a breve. Difatti, gli obblighi *ex fide bona* – ivi compresi i menzionati obblighi di protezione – conformano, a monte, il contenuto del programma negoziale. Nondimeno, se da un lato può osservarsi con Luigi Mengoni che «[l]a buona fede è un criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione, non una regola di responsabilità»[119], dall'altro «l'ampiezza dell''area di operatività' di questi doveri, al cui sussidio è strumentale il dovere di diligenza, implicherà l'esistenza di rischi funzionali all'esatto adempimento ad essa proporzionali»[120].

---

ragione della custodia dei locali funzionali all'esercizio dell'attività ristorativa: responsabilità che sembra, nell'opinione della Corte, fondarsi autonomamente sul titolo contrattuale e non sul disposto dell'art. 2051 cod. civ. (che, com'è noto, pure integra una ipotesi di responsabilità – quantomeno – aggravata). Argomenti consimili mi pare possano trarsi, altresì, da un orientamento giurisprudenziale (facente capo a Cass. civ., Sez. III, 9 novembre 1987, n. 8268, in *Giust. civ.* [1988] I, 712 s.), che – in riferimento al combinato disposto degli artt. 1786 e 1783 ss. cod. civ. – restringe la responsabilità *ex recepto* del ristoratore per gli oggetti portati con sé dal cliente alle sole cose dalle quali è per quest'ultimo necessario separarsi al fine di godere al meglio della prestazione ristorativa e, quindi, del pasto. A tal riguardo, può leggersi testualmente che «mentre per l'albergatore sussiste la responsabilità "ex recepto" per tutte le cose portate dal cliente in albergo, per il ristoratore o trattore tale responsabilità, per le cose non consegnategli in custodia, deve ritenersi limitata a quelle di cui è opportuno liberarsi per il miglior godimento della prestazione (ad esempio, cappotto, cappello, ombrello, ecc.), restando sotto la diretta vigilanza del cliente le altre cose che porta addosso e che non costituiscono intralcio alla consumazione del pasto e della cui sottrazione, perdita o deterioramento, ove il cliente se ne sia liberato, il ristoratore non deve quindi rispondere».

[119] L. MENGONI, s.v. «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*», in *Enc. dir.* XXXIX (Milano 1988) 1089 (già in *JUS* [1986] 117, ove il titolo è *La responsabilità contrattuale*).

[120] Così R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 108 s. (che riporta altresì testualmente l'opinione di Mengoni richiamata in nt. precedente); sul rapporto tra doveri di diligenza,

Con riferimento specifico alla pronuncia n. 2312/2003 sopra menzionata, uno spunto giunge in ordine all'individuazione del nesso tra l'evento dannoso occorso e il contratto di ristorazione stipulato. Mentre difficilmente può dissentirsi dall'opinione per cui il lancio di stoviglie costituisce un uso del tutto abnorme e anomalo di quanto fornito dal ristoratore ai fini della consumazione del pasto (costituendo esso un 'rischio sproporzionato' rispetto alla prestazione a monte), diverso è il caso dell'ustione cagionata – pur in particolari circostanze – da un alimento bollente. A tal riguardo, tuttavia, mentre sarebbe astrattamente ammissibile una responsabilità di tipo contrattuale del ristoratore per i danni derivanti dall'ingestione, da parte del cliente, di una pietanza rovente (ad esempio, ove risulti inadempiuto l'obbligo – ricavabile, ancora, dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ. – di informare prontamente l'avventore circa la potenziale lesività dell'alimento), più controversa è l'ipotesi dell'ustione riportata in seguito al rovesciamento della stessa da parte del cameriere.

In astratto, infatti, può sostenersi che il dovere di proteggere la salute del cliente – con riguardo all'esecuzione del nucleo essenziale della prestazione – sia contenuto nella prestazione ristorativa globalmente considerata, comprensiva, appunto, degli obblighi di salvaguardia derivati dalla clausola generale di buona fede. Tuttavia, è necessario ponderare, in seconda battuta, quali rischi sottendano le operazioni di trasporto e di somministrazione delle vivande e, conseguentemente, interrogarsi se, ove esse vengano rovesciate addosso al cliente, debba ritenersi in ogni caso configurato un danno riconducibile all'inadempimento contrattuale.

Questo secondo passaggio comporta, necessariamente, una valutazione in concreto, in termini di diligenza – o meglio: di rischi inerenti alla prestazione di diligenza –, nonché di proporzionalità di siffatti rischi rispetto alla latitudine della prestazione complessivamente determinata (comprensiva

rischi funzionali e doveri di protezione, si v. altresì quanto l'a. osserva ivi alle pp. 190 s., 219, 222. Ulteriori indicazioni nel paragrafo che segue.

degli obblighi di protezione sopra descritti), alla cui analisi sono dedicati i paragrafi che seguono.

3. *Responsabilità e 'rischi funzionali' nel contratto ristorativo.*

Il nodo centrale in cui si incappa, come si è rilevato, concerne, in definitiva, la natura del contratto di ristorazione, che – lo si diceva poc'anzi – vive e respira nella tipicità sociale[121]; con ogni probabilità, un'attenta indagine inerente al contenuto di esso, in funzione del grado di diligenza richiesta al debitore, avrebbe potuto fornire autonomamente le risposte ricercate altrove dalla Suprema Corte (potenzialmente conseguendo, in ultima analisi, risultati sostanzialmente analoghi a quelli cui perviene l'ordinanza in commento).

A tal riguardo, i percorsi ermeneutici che si dipanano innanzi all'interprete sono molteplici. Quel che pare opportuno, nondimeno, è seguire il sentiero già battuto da quella dottrina che ha indagato – dapprima, nell'ambito dell'esperienza giuridica romana – i complessi rapporti che intrecciano *diligentia*, *culpa* e *periculum* allo svolgimento del programma negoziale, unitamente alle limitazioni che incontra la responsabilità da

[121] Non a caso, infatti, è stato correttamente rilevato che «il raggio d'azione del richiamo equitativo ex art. 1374 c.c. sembra possa essere individuato innanzi tutto nelle fattispecie contrattuali non inquadrate tipicamente o socialmente, anche se non solo in esse» (F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* cit. 310). Secondo una tesi ancor più restrittiva, peraltro, l'integrazione equitativa concernerebbe esclusivamente i contratti atipici (in tal senso G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* [Milano 1966] 323 ss.); *contra* S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione* cit. 243 ss., spec. 245; cfr. anche, sinteticamente, F. GAZZONI, *Manuale* cit. 798.

inadempimento[122], per poi ponderare l'adattabilità di tali modelli storici ai quesiti posti dall'ordinanza in commento[123].

Come si accennava poc'anzi, al § 2.1 delle Ragioni della decisione la Suprema Corte richiama testualmente la tesi del ricorrente, ad opinione del quale gli obblighi di protezione potrebbero essere invocati soltanto ove «l'esposizione al pericolo della persona del contraente rappresenti un corollario specifico di quel tipo contrattuale». A tal riguardo la Cassazione – subito prima di indirizzarsi verso l'integrazione del contratto di ristorazione ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost. – osserva laconicamente che «non è del tutto chiaro cosa debba intendersi per 'corollario specifico' d'un contratto». Cionondimeno, è proprio l'indubbia opacità di siffatta espressione che deve compulsare un ulteriore sforzo interpretativo, teso ad individuare – anche procedendo per tentativi – un ventaglio di 'corollari specifici', potenzialmente agganciati al contratto di ristorazione, idonei a fondare la responsabilità (contrattuale) del debitore[124].

---

[122] In questa sede, sarà possibile soltanto sfiorare – o forse, ancor più modestamente, 'sorvolare' – le ataviche complessità che caratterizzano relazione tra rischio e responsabilità nell'esperienza giuridica romana; la ricerca che ci impegna può soltanto beneficiare dei risultati cui è pervenuta la migliore dottrina al fine di proporre una lettura storicizzata ai problemi segnalati. Per un primo inquadramento dei testi fondamentali che – nella sterminata bibliografia – si sono occupati di questi temi, può per ora rinviarsi a R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 42 s. ntt. 77 ss.; cfr., altresì, J.F. GERKENS, *'Vis maior' and 'vis cui resisti non potest'*, in *Festschrift E. Pool* (Pretoria 2005) 109 ss., nonché, poi, P.J. DU PLESSIS, *'Liability', 'risk' and 'locatio conductio'*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici* IV cit. 63 ss., spec. 81 ss.; infine, *adde* le indicazioni di letteratura recentemente raccolte da B. CORTESE, *Tra 'rischio' e 'responsabilità': una questione di prospettive*, in *Studi in ricordo di C.A. Cannata* cit. 169 ss. Ulteriori indicazioni sono nelle pagine a seguire.

[123] Come si vedrà *amplius* più avanti, siffatti modelli storici (in specie, romanistici) si dimostrano particolarmente appetitosi per la Suprema Corte che, pur ricercando altrove il conforto delle fonti romane – ma in un campo inscindibilmente legato a quello del rischio contrattuale, e, segnatamente, nell'ambito della elaborazione normativa e giurisprudenziale del cd. '*casus culpa determinatus*' (cfr. §§ 3.3-4 ord. cit.) –, dimostra di percepire chiaramente la necessità di una siffatta analisi ai fini della comprensione – e, in definitiva, della risoluzione – dei problemi ermeneutici sottoposti alla sua attenzione.

[124] Questo passaggio necessita una precisazione. L'impostazione del ricorrente, difatti, appare eccessivamente riduttiva ove sostiene – *a priori* – che l'obbligo di protezione correlato alla esposizione a pericolo della persona del cliente non possa, in nessun caso, rappresentare un «corollario specifico di quel tipo contrattuale». Di contro, la Suprema Corte appare estendere eccessivamente l'area del tipo quando – sempre aprioristicamente

Tale concetto – come si tenterà di mostrare – può forse essere utilmente riempito di significato alla luce di un'interpretazione in chiave storica delle interferenze che si registrano tra responsabilità, rischio e conformazione del programma negoziale; aspetti, questi ultimi, che sembra possibile cogliere più agevolmente valendosi di un approccio empirico, che tenga in conto l'ampia casistica raccolta dai giuristi romani da un lato, e dall'altro le più significative tra le pronunce della giurisprudenza di legittimità intervenute a dirimere questioni non dissimili da quelle segnalate nello sviluppo di questa ricerca.

A tal proposito, non può pretermettersi l'indagine inerente al «profilo di rischio che consegue al dovere di diligenza in senso 'tecnico-professionale', rilevante … sul piano della configurazione dei doveri sussidiari – Nebenpflichten – di *praestare* e dei loro corollari pratici, da ricondursi all'applicazione dell'art. 1176 (qui secondo comma) c.c.»[125]:

– ritiene che il contratto di ristorazione debba essere in ogni caso integrato ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost., con le aporie segnalate. La posizione intermedia che si propone, allora, è nel senso di delimitare – nel senso chiarito *supra* – gli obblighi di protezione esigibili a quelli strettamente correlati al nucleo essenziale della prestazione. Di seguito, una valutazione in termini di 'corollari specifici' deve essere condotta non in riferimento al contenuto della prestazione (come sembrerebbe suggerire il ricorrente), ma in base ai rischi che discendono da essa, valutati alla luce della diligenza richiesta al debitore secondo il canone dell'art. 1176 co. 2 cod. civ.

[125] Così R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 20, a margine di un brano tratto da Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11382 (in *Giust. civ.* [2002] I, 3090 ss.); utili richiami bibliografici sono *ivi*, alla nt. 35. A tal stregua, la pretesa sussistenza della responsabilità del debitore, inerente all'obbligo di proteggere la sfera dell'altro contraente (nel caso di specie, dell'avventore), ove anche fosse affermata – sul piano astratto – per il tramite dell'integrazione del negozio *ex fide bona* (seguendo l'opinione prevalente, di cui si è dato conto *supra*), abbisogna, per la sua astratta generalità – stante la già segnalata atipicità del contratto di ristorazione – di essere adeguatamente delimitata, ponderando la possibilità di ascrivere in capo al soggetto passivo dell'obbligazione l'assunzione di quei rischi definiti 'funzionali' «perché inerenti al dovere di diligenza e quindi strumentali, con esso, ad un tempo ad assicurare al creditore l'esatto adempimento ed a 'perimetrare' l'ambito di rispondenza del debitore» (così, ancora, R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 15, [ma v. anche p. 101, 108 s.], che segue in tal senso l'impostazione di C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale* cit. 42 ss., 56 ss.). Su questi aspetti, si v. altresì, sin d'ora, le pagine di R. CARDILLI, *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema': l'esempio della 'responsabilità contrattuale'*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 1 (1996) 79 ss., spec. 105 ss., nonché ID., *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Riv. dir. civ.* (1998) 315 ss.; le ricerche ora richiamate

aspetto, quest'ultimo, che merita ulteriori approfondimenti, anche – e, forse, soprattutto – in chiave storica.

3.1. *Tra 'periculum culpae' e 'aliquatenus culpae': modelli storici di imputazione della responsabilità.*

Una volta chiarito che l'obbligo di salvaguardia della salute del cliente – tassativizzato nel senso sopra descritto – possa essere ricompreso nell'alveo del relativo contratto ristorativo, è necessario indagare quali siano i rischi in cui l'imprenditore può incorrere nell'esecuzione delle prestazioni a tale negozio connesse e, soprattutto, quali di essi debba, in definitiva, sopportare.

La risoluzione di tali problemi, così isolati, può beneficiare di quella impostazione dogmatico-metodologica – pregevolmente messa a punto da Riccardo Fercia[126], muovendo dalle fondamentali ricerche di Cannata[127] –

sono poi confluite – con modifiche e aggiornamenti – in ID., *Fondamento romano dei diritti odierni* (Torino 2021) 477 ss.

[126] Specialmente, nella sua ricerca *Dovere di diligenza* cit. *passim* (spunti che, peraltro, pervadono altresì la successiva monografia su *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano* [Padova 2008]), che incrocia molti dei temi e problemi emergenti dall'ordinanza n. 9997/2020.

[127] Il riferimento – esplicito: R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 15 nt. 25 – è a C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 121 ss., spec. 134; ID., *Le obbligazioni in generale* cit. 42 s., 56 ss. I risultati cui è pervenuto il compianto Maestro, recentemente scomparso (si v. i ricordi dedicatigli da J. PARICIO, *Seis recuerdos personales: Filippo Gallo, Enrique Gómez Royo, Remo Martini, Rolf Knütel, Matteo Marrone, Carlo Augusto Cannata*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 33 [2020] 28 ss. e, *ivi*, alle pp. 311 ss., da F. BRIGUGLIO, *Carlo Augusto Cannata*; da L. VACCA, *Carlo Augusto Cannata*, in *IVRA* 68 [2020] 616 ss.) – già fissati nei contributi *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, in *IVRA* 43 (1992) 1 ss., e (con il medesimo titolo) in *IVRA* 44 (1993) 1 ss., nonché in ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener* (Madrid 1994) 143 ss.: cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 14 nt. 23) – sono costantemente tenuti presenti (ed apprezzabilmente sviluppati) nell'intero dipanarsi del lavoro citato *supra* da Fercia (la cui adesione alla impostazione di Cannata è ribadita, altresì, negli esordi dell'ampio volume su *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. 10 ss.). Recentemente, ha ripercorso la vastissima produzione scientifica di Cannata in tale ambito C. PELLOSO, *Sulla responsabilità contrattuale di 'fullo' e 'sarcinator' nel II secolo d.C.: considerazioni a margine del pensiero di C.A. Cannata*, in *TSDP*. 13 (2020) 1 ss. [= in *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, cur. L. Garofalo, L. Vacca (Napoli 2021) 493 ss.], affermando con nettezza che «il pensiero dello studioso in tema di responsabilità contrattuale è un imprescindibile caposaldo, un monumento esemplare di magisterio e dottrina» (così a p. 2 [= 494]).

che pone in connessione il dovere di diligenza del debitore ex art. 1176 cod. civ.[128] con i «rischi funzionali» inerenti al programma obbligatorio[129].

[128] È bene precisare sin d'ora che nella prospettiva di Cannata la prestazione di diligenza rappresenta un dovere sussidiario, strumentale all'adempimento; in particolare, vengono in rilievo «doveri di *praestare*, cioè di assicurare la controparte in ordine a qualcosa, che possa compromettere il suo soddisfacimento, non di doveri di procurare un soddisfacimento; in altre parole, di doveri di tenere la controparte al sicuro, assumendosi il relativo rischio, circa la presenza o l'assenza di comportamenti, circostanze, esiti, rilevanti in ordine alla realizzazione di un'altra prestazione, che a sua volta può essere quella principale, o una prestazione accessoria, o anche una prestazione sussidiaria, del tipo … complementare» (così in *Le obbligazioni in generale* cit. 42). Nel riportare – e nel condividere – il pensiero dell'illustre a., Riccardo Fercia (*Dovere di diligenza* cit. 107 s.) osserva che in tale ottica «i doveri sussidiari implicano un'attribuzione di rischio; sicché è esatto dire che al dovere sussidiario di *diligentiam praestare* possano conseguire (anche se non sempre necessariamente conseguono) attribuzioni di rischio, e che nel criterio di responsabilità cui corrisponde questa prestazione, vale a dire la colpa, queste (eventuali) attribuzioni di rischio si connotano come corollari della sua struttura pratica, rilevanti in termini oggettivi». Non condivide tale impostazione F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.* (2011) spec. 1040 s., per il quale «[l]'intera concezione della prestazione sussidiaria di diligenza e l'allargamento della colpa ai rischi strettamente correlati a tale prestazione non coglie, e addirittura attenua, uno dei profili che connotano lo statuto contemporaneo dell'obbligazione: l'assoluta centralità assunta dall'attività del debitore in funzione però di un risultato, non necessariamente predeterminato in maniera puntale, e la fuoriuscita dall'oggetto dell'obbligazione dei criteri di imputazione dell'impossibilità. Ad ogni modo, tale impostazione sovverte l'impianto dell'art. 1218 c.c., il quale esclude la necessità di verificare l'imputabilità dell'inadempimento, di per sé già attribuito al debitore in quanto qualificazione della sua omissione o della condotta non conforme al contenuto del vincolo, mentre pone il problema dell'imputazione con esclusivo riguardo all'impossibilità che, per scelta legislativa, deve essere frutto di un acca[d]imento estraneo all'economia individuale del debitore». Al di là delle rilevantissime divaricazioni dogmatiche che caratterizzano le due prospettive segnalate – che possono dirsi fondate, in via di prima approssimazione, sul ruolo ascritto alla *culpa* nella economia della responsabilità contrattuale e nella delimitazione dell'oggetto della obbligazione (cfr., spec., quanto osserva Piraino a p. 1058 s.) –, la contrapposizione può leggersi con nettezza nel seguente passaggio (tratto da p. 1085): «L'imputazione del danno è affidata all'inadempimento e non residua … alcuno spazio per la diligenza/colpa, salvo che in chiave di esonero della responsabilità. La verifica della difformità del realizzato rispetto al dovuto va condotta alla stregua delle prescrizioni che compongono l'oggetto dell'obbligazione, senza che sia necessario scomodare un criterio di raffronto diverso che funga da *tertium comparationis*» (sul punto, con riguardo alle fonti romane, cfr. altresì l'impostazione di C. PELLOSO, *Sulla responsabilità contrattuale di 'fullo' e 'sarcinator'* cit. 13 ss., spec. nt. 20 [= in *Studi in ricordo di C.A. Cannata* cit. 501 ss., spec. nt. 20]). Nell'opzione proposta da Fercia – sulla scia di Cannata – il *tertium comparationis* è costituito, appunto, dalla *diligentia* richiesta al debitore, ponderata in concreto. Ulteriori riferimenti alle questioni accennate sono *infra*.

[129] Per un inquadramento generale dei concetti richiamati e cui si farà riferimento più innanzi, fondamentale è C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale* cit. *passim*, ma spec. 56 ss. Si v., altresì, l'impostazione proposta da R. CARDILLI, *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema'* cit. 105 ss.

La prospettiva dell'a. può essere così sintetizzata, prendendo a prestito le sue stesse parole: «nel nostro ordinamento, così come nell'esperienza giuridica romana e nella sua tradizione scientifica e pratica, accanto a quello del dolo è previsto il criterio di responsabilità per colpa, la cui configurabilità – con la conseguente imputazione dell'inadempimento – dipende dalla conformità o meno della condotta del debitore alla regola dell'art. 1176 c.c. Da questo punto di vista, i doveri imposti dall'art. 1176 c.c. – che sono doveri di *praestare* – rappresentano la 'struttura pratica' del criterio di responsabilità per colpa ed implicano non solo il rispetto della regola della diligenza, ma altresì … l'assunzione, da parte del debitore, di rischi … 'funzionali', perché inerenti al dovere di diligenza e quindi strumentali, con esso, ad un tempo ad assicurare al creditore l'esatto adempimento ed a 'perimetrare' l'ambito di rispondenza del debitore. Essere diligenti, in altri termini, implica non solo l'esatta esecuzione della prestazione sussidiaria imposta dal vincolo obbligatorio, ma altresì l'accollo degli specifici rischi ad essa inerenti, in quanto allocati al debitore, quali 'corollari', in via strumentale a garantire la realizzazione del 'programma d'obbligazione' inteso nella sua globalità. In questa prospettiva, dovere di diligenza e 'rischi funzionali', vale a dire i 'rischi della prestazione di diligenza', costituiscono … la 'struttura pratica' del criterio di responsabilità per colpa nel nostro ordinamento»[130].

Come si evince dalle poche battute appena riportate, del tutto centrale nella elaborazione di Fercia è l'obbligazione di *praestare* – modello che non

[130] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 14 s.: di talché – soggiunge l'a. (p. 15 s.) – «non pare plausibile concepire la colpa come criterio meramente soggettivo – che si configuri, cioè, in senso stretto per una mera violazione riprovevole del dovere di diligenza – mentre pare preferibile utilizzare un'idea di colpa concepita in termini essenzialmente, ma non sempre unicamente soggettivi: come affermava il Cuiacio, '*periculum verbum generale est, et comprehendit damnum, quod contigit dolo, culpa vel fato*'». Per ulteriori specificazioni del concetto di «rischio funzionale» si v. – tra le altre – le pp. 16 s., 19 s., 39, 46, 63, 109, 121 s., 145, 152 ss., 173, 174 s., 190, 201, 214 ss. (spec. 215 s.). Altre considerazioni subito *infra*.

poteva non giovarsi delle ricerche di Riccardo Cardilli[131], i cui risultati sono efficacemente ripresi e compendiati dall'a.[132]. A tal proposito, Fercia individua – sviluppando le considerazioni di Cannata[133] congiuntamente all'analisi degli schemi disegnati da taluni brani dei *Digesta*[134] – delle

[131] Il riferimento è al fondamentale lavoro su *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)* (Milano 1995), ove pure – alle pp. 48 ss. – viene sintetizzata e brevemente discussa l'impostazione di Cannata (a partire dalla posizione espressa nelle sue *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* I [Milano 1966] *passim*). Sui temi che si affronteranno nelle pagine a seguire, si v. altresì la pregevole ricerca – poi ulteriormente sviscerata da Fercia nella sua monografia – condotta in R. CARDILLI, *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema'* cit. 79 ss., spec. 105 ss.

[132] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 44 ss. Cfr. altresì, recentemente, R. CARDILLI, *L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale*, in *AUPA.* 63 (2020) 87 s.

[133] Spec., C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 81 ss.

[134] Su cui v. *amplius* subito *infra*. Si tratta dei testi indicati da Cannata (*Sul problema della responsabilità* cit. 102 nt. 51) in appoggio all'intuizione (*ivi*, a p. 82) sintetizzata nell'idea «che la colpa comporti un rischio», che appunto può desumersi da D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*); D. 13.6.5.13 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 19.2.25.7 (Gai. 10 *ad ed. prov.*). Cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 67 nt. 136.

attribuzioni di rischio che si inverano in un *periculum*[135] «agganciato»[136] alla *culpa* e «obiettivamente inerente al dovere sussidiario di '*diligentiam praestare*'»[137]. Di tal guisa, recependo l'idea per cui, in talune ipotesi, la

[135] Per l'assimilazione del rischio al *periculum*, nonché per i riflessi di tali elementi sulla responsabilità del debitore, v. ancora C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 81 ss., ove peraltro l'a. riprende – criticamente – l'impostazione generale della questione proposta da Emilio Betti, per cui «solo dopo aver escluso che l'inadempimento sia tale che l'una delle parti possa chiederne conto all'altra, allora, ma allora soltanto, è proponibile la questione del rischio (*periculum* in senso tecnico): con la quale ci si chiede, a carico di chi (e in qual modo) debba mettersi il rischio che l'assetto di interessi disegnato dalle parti non possa attuarsi per circostanze di cui l'una non risponda verso l'altra; cioè, di regola, non possa attuarsi per un fatto non imputabile al debitore» (così in *'Periculum'. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di P. de Francisci* I [Milano 1956] 136, e già – sotto il medesimo titolo – in *JUS* [1954] 335; ma cfr. già ID., *Teoria generale delle obbligazioni* I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione* [Milano 1953] 154 ss.), impostazione quest'ultima, per altro verso, considerata «dogmaticamente ineccepibile» da Talamanca (in *Considerazioni sul «periculum rei venditae»*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 7 [1995] 219 nt. 5, ma si v. già – sinteticamente – le sue *Istituzioni di diritto romano* [Milano 1990], a p. 668). A tal riguardo, osserva Cannata (*Sul problema della responsabilità* cit. 96) che siffatto modello, muove da una «pretesa 'priorità logica' dei problemi di responsabilità rispetto a quelli di rischio», subordinando così «il passaggio alle regole sul rischio … [al] fatto che l'applicazione delle regole sulla responsabilità lascerebbe insoluto il problema dell'attribuzione, ad una delle parti, dell'ammanco corrispondente alla perdita del cosiddetto *commodum obligationis*». Per una sintesi della polemica, che ha coinvolto anche altri autori, v. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 12 s. nt 18; peraltro, come rileva quest'ultimo (a p. 12), finisce con l'aderire alla prospettiva di Betti anche la dottrina civilistica tradizionale, ove propone una netta partizione tra responsabilità e rischio, pur non mancando chi abbia ravvisato la possibilità di una qualche contaminazione tra le due aree (cfr. gli autori menzionati a p. 12 s. nt. 17 e 18); cfr., dipoi, ID., *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. 12 ss. e nt. 27, ove talune opportune precisazioni. In tempi più recenti, mostra di condividere pianamente la bettiana *consecutio* C. PELLOSO, *Il deterioramento e il perimento 'ante traditionem' del bene compravenduto: rimedi consumeristici e di diritto comune*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali* (Torino 2015) 128 s. (già pubblicato in L. GAROFALO [a cura di], *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità* [Napoli 2011] 213 ss., con titolo *Riflessioni sul micro-sistema del codice del consumo: la responsabilità del venditore per deterioramento e perimento del bene 'ante traditionem'*).

[136] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 65, che riprende quasi testualmente C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (Corso di Diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari – a.a. 1967-1968)* (Milano 1969) 285, per cui «l'aggancio alla *culpa* è certo indispensabile per contenere il rischio entro limiti ragionevoli, pur [lasciando] tutta l'ampiezza che la fattispecie esige».

[137] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 61 (così, segnatamente, a proposito di D. 13.6.5.13 [Ulp. 28 *ad ed.*]).

colpa «comporti un rischio»[138], essa ben può essere «concepita in termini essenzialmente, ma non sempre unicamente soggettivi»[139]. Ciò in quanto – è ben specificato più oltre – «l'area del *praestare*, vale a dire l'area delle prestazioni sussidiarie, può implicare l'attribuzione al debitore dei rischi di cui la persona umana – e quindi il debitore medio, secondo il modello 'ordinario' o secondo quello 'tecnico-professionale' – normalmente si fa carico in ragione del dovere di diligenza, aspetto, questo, che della riprovevolezza economico-sociale, intesa come giudizio di rimprovero in senso stretto, può evidentemente prescindere»[140].

La costruzione di tale modello, che l'a. stesso cala (com'è ovvio, per finalità squisitamente descrittive[141]) nell'immagine papinianea del '*periculum culpae*'[142], passa per l'esame di taluni frammenti dei *Digesta* da

[138] C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 82 (fonti a p. 102 nt. 50 e 51, cui potrebbe – forse – aggiungersi D. 9.2.10 [Paul. 22 *ad ed.*]: *nam lusus quoque noxius in culpa est*). All'a. non sfuggono certo i testi in cui, diversamente, gli eventi posti a rischio della parte «siano conseguenza diretta del suo comportamento colpevole», ed ove, in particolare, «l'evento deprecato abbia avuto luogo in conseguenza del fatto che la parte abbia violato un limite contrattuale» (v. i brani menzionati a p. 102 nt. 52; cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 55 nt. 109 e 59 nt. 119).

[139] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 15. A tal riguardo l'a. – pur avvisando che il problema ha margini ben più ampi, in cui sono ricomprese attribuzioni di rischio direttamente riconducibili alla condotta riprovevole del debitore –, ai fini dell'individuazione di un modello teorico e storico della responsabilità contrattuale basato sulle relazioni che intrecciano nell'esperienza giuridica romana i concetti di *culpa*, *diligentia* e *periculum*, intende indagare la «possibilità che i *prudentes*, sia pur con approccio casistico, abbiano elaborato costruzioni del rischio da considerarsi corollari per così dire 'oggettivi' dell'obbligazione di *praestare* (più precisamente del dovere di diligenza), pur in difetto di un vero e proprio giudizio di riprovevolezza economico-sociale della condotta solutoria» (p. 55 nt. 109). Si vedrà *infra* (§ 4) la rilevanza di tali affermazioni con riguardo all'argomentazione storico-romanistica proposta dalla Cassazione nell'ord. n. 9997/2020, con specifico riferimento al cd. '*casus culpa determinatus*'.

[140] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 121. Ancor più chiaramente, si legge a p. 154 che «le prestazioni sussidiarie impongono dei rischi, o meglio i rischi tendenzialmente tipici che all'esatta realizzazione del programma d'obbligazione sono funzionali».

[141] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 78.

[142] Il riferimento è a D. 26.7.39.12 (Pap. 5 *resp.*). *Tutores pubere pupillo constituto litem appellationis inchoatam iussu consulum ob notitiam rei perfecerunt: cum iudicatum persequi non potuerunt, periculo culpae non subiciuntur.* Cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 46 e nt. 94, 55 (intitolazione del § 4), 78; ID., *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. 22 e nt. 69, 287 s. Sul punto, v. anche C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 82 e 102 nt. 50, ove è menzionato altresì D. 26.7.40 (Pap. 6 *resp.*), frammento in cui, peraltro, è presente il concetto di *periculum negligentiae* (ma anche di

cui emergerebbe l'idea che la sopportazione del rischio possa essere ascritta al debitore quale 'corollario' della 'struttura pratica' della colpa[143], in ossequio all'elaborazione romana classica del concetto di *diligentiam praestare*.

Non è possibile procedere in tal sede ad un'approfondita esegesi dei brani prescelti; tuttavia, non pare inopportuna una pur sintetica esposizione del contenuto di essi, al fine di recuperare gli interrogativi sollecitati dall'ord. n. 9997/2020 e di irrobustire, per il tramite dell'analisi storica, le possibili soluzioni che si prospettano.

Il primo passo preso in considerazione da Fercia[144] è D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*)[145]:

> Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias

periculum contumaciae), ancora in relazione alla responsabilità del tutore. L'a., dipoi, avvisa che tali espressioni si rinvengono «in materia non contrattuale (ma quasi-contrattuale)», discorrendosi di tutela; nondimeno, come osserva R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 46 nt. 94, tale evenienza non sembra porre particolari ostacoli ad un «'riuso' puramente descrittivo» della categoria.

[143] Alla «indagine sulla rilevanza dei corollari oggettivi della struttura pratica della colpa nel diritto privato italiano, con particolare riferimento alle ipotesi in cui questo problema appare emergere con una certa evidenza», essenzialmente sintetizzabili nella responsabilità per fatto degli ausiliari, nella obbligazione di custodire e nelle ipotesi riconducibili alla responsabilità *ex recepto* (p. 122), l'a. dedica il cap. III della monografia (*Applicazioni del criterio ed «immanenza del disegno storico»*, pp. 125 ss.).

[144] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 55 ss.

[145] Ampi richiami di letteratura sul testo sono in R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 55 s. nt. 110, cui *adde* M. SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'. La prestación de custodia en el derecho romano* (Sevilla 2006) 266 ss.; cfr., in ogni caso, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit. 322 ss., nonché ntt. 17 ss.

imperaturus ei servo non fuerit. Quid si hoc exceptum fuerit? Tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset: nam certe ea res tuo periculo esse non debet. Itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.

Uno schiavo – già alienato, ma non ancora consegnato all'*emptor* – nell'eseguire un ordine impartitogli dal suo *dominus* (vale a dirsi, il *venditor*) patisce un grave infortunio (segnatamente, si frattura una gamba: *crus fregit*). Particolarmente interessante, a tal proposito, è il parere reso sulla questione da Labeone: il *periculum* non grava sul venditore ove questi abbia ordinato al *servus* qualcosa che soleva compiere già prima della compravendita (*quod solebat ante venditionem facere*) oppure, alternativamente, ciò che comunque gli sarebbe stato ordinato in mancanza dell'alienazione (*quod etiam non vendito servo imperaturus eras*). La distinzione che emerge – come osserva Cardilli[146], seguito da Fercia[147] – concerne il *facere* del servo conseguente al *iussus* ad esso indirizzato: ove tale *facere* si risolva in un'attività che possa definirsi 'consueta', il *periculum* (*id est*: il rischio contrattuale) deve essere sopportato dall'*emptor*[148]; di contro, ove la condotta dello schiavo, compulsata dall'ordine del *dominus*, possa ritenersi 'inconsueta' (ed inconsulta), il medesimo rischio non potrebbe che gravare sul *venditor*[149]. Quel che colpisce, a tal proposito, è che «[p]ur senza ricorrere

[146] R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit. 322 ss.

[147] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 56 ss.

[148] Cfr., sul punto, I. DE FALCO, *'Diligentiam praestare'. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'* (Napoli 1991) 64, per la quale «Labeone esige, insomma, per escludere la responsabilità, l'operatività simultanea dei due criteri che potremmo definire della ordinarietà, della consuetudinarietà delle operazioni, e della loro indispensabilità».

[149] A tal proposito, Labeone sollecita un'indagine attenta, inscindibilmente legata al momento probatorio; in qualche modo, l'illustre giurista – la cui mente è «limpida, veramente 'classica'» – detta «criteri precisi e funzionali ma nel contempo agevoli da verificare al momento dell'assunzione delle prove» (così C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa contrattuale,* in *SDHI.* 58 [1992] 420). È interessante osservare come, in siffatta indagine, R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en*

… espressamente alla categoria concettuale della *culpa*, Labeone ragiona in questo caso in termini di responsabilità»[150].

droit romain (Bruxelles 1987) 356 s. – la cui opinione è testualmente richiamata altresì da I. DE FALCO, *'Diligentiam praestare'* cit. 64 nt. 11 – abbia ravvisato «une forme de *culpa in concreto*, avant la lettre». Il dato appare rilevante, ove si consideri che la Suprema Corte, con riguardo al caso che l'ha occupata in riferimento all'ord. n. 9997/2020, nel cassare la pronuncia del giudice di seconde cure lamenta precisamente la carenza di una indagine del genere, ove, in luogo di essa, la pronuncia della Corte d'appello romana si era limitata a «postulare in astratto» la sussistenza della colpa (cfr. § 3.5 ord. cit.; tale problematico profilo – cui la Cassazione aggancia l'accertamento del *casus fortuitus* – sarà discusso *infra*).

[150] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 57. A tal riguardo, può essere utile richiamare, altresì, un brano di Pomponio, conservato in D. 3.5.10(11) (Pomp. 21 *ad Quint. Muc.*). *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet*. Il frammento (per la cui lettura può rinviarsi a G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* II.2 cit. 211 ss., con indicazioni di letteratura nell'apparato di note) diviene particolarmente interessante – in questa sede – laddove riporta il parere di Proculo, il quale addossa al gestore di affari altrui la responsabilità (non solo per dolo e colpa, ma anche) per il caso fortuito (*etiam casum praestare debere*) nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia gestito un *novum negotium, quod non sit solitus absens facere*. Per dirla con le parole di Cardilli (*L'obbligazione di 'praestare'* cit. 400), «elemento essenziale, per Proculo, è che costui abbia deciso di gerire negozi 'nuovi', cioè negozi che non rientrino nel 'c o n s u e t o' [spaziato mio, M.A.] àmbito di affari dell'assente»; si tratterebbe, insomma, di «nuovi ed inconsueti negozi» che, ove intrapresi dal gestore, determinano uno slargamento dello spettro della sua responsabilità. Pertanto – conclude Cardilli (a p. 401) – «[s]iamo di fronte ad un 'rispondere' assoluto del gestore, ad un suo *omnimodo teneri*, che il giurista riconosce in base ad una valutazione delle modalità concrete della gestione, e della funzione tipica dell'istituto della *negotiorum gestio*». Questo aspetto mi pare assai rilevante – oltre che per l'assonanza con il *facere* 'consueto' dello schiavo in D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*) – nella parte in cui, in un certo qual modo, sembra evocare il concetto di 'rischio funzionale' – da ponderarsi in relazione ai negozi normalmente posti in essere dal gerito – nel perimetro dei quasi-contratti (sulla cui architettura v. *supra*, cap. I, § 3). Nondimeno, sul punto, è necessaria una ulteriore precisazione: com'è stato sottolineato (ancora, da R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit. 401) la rispondenza del *gestor* – con riguardo all'ipotesi della intrapresa di *nova negotia* – sarebbe del tutto sganciata da profili di *culpa* connessi alla previa conoscenza, da parte di quest'ultimo, «della estraneità del negozio gerito in nome dell'assente dal suo *solitus facere*»; difatti, pur ove il gestore «non potesse in alcun modo saperlo pur agendo da uomo diligente, i danni, che da ciò siano derivati, sono posti da Proculo sempre e comunque a suo carico, il che appunto trova espressione nella forma *casum praestare*». Sulla irrilevanza della consapevolezza Cardilli è seguito anche da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* II.2 cit. 217, il quale intravede il fondamento del parere proculiano «nell'opportunità della regolamentazione introdotta, dal punto di vista equitativo: sarebbe stato ingiusto che il gerito dovesse sopportare pregiudizi conseguenti ad attività che, ove presente, non avrebbe posto in essere»; soggiunge ancora Finazzi (*ivi*, nt. 102) che, diversamente ragionando, «si sarebbe trattato di un normale caso

di dolo o colpa (grave) e non sarebbe stata necessaria la precisazione di Proculo. Non è, pertanto, condivisibile la riconduzione della fattispecie alle categorie del *casus dolo vel culpa determinatus* o del *casus mixtus*» (seguono riferimenti bibliografici). L'a., dipoi, insiste sull'eccezionalità di tale (assai lato) regime di responsabilità in capo al *gestor* (alle pp. 215 e nt. 97, 319 ss.), richiamando altresì la isolata – e ormai risalente – opinione contraria formulata a suo tempo da G. PACCHIONI, *La prestazione della colpa e del caso fortuito nella 'negotiorum gestio'* cit. 122 ss., spec. 127.; su tale «eccezione alla regola», v. altresì R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit. 399 e nt. 5 s. Non potendosi in questa sede – per ovvie ragioni – approfondire ulteriormente il tema, pare ugualmente opportuno accennare a un brano tratto dal primo dei *libri decretorum* di Paolo e conservato in D. 14.5.8, che – in riferimento a talune attività poste in essere da un *servus-institor* al di fuori del perimetro della *praepositio* segnato dal *dominus* – propone una soluzione apparentemente opposta a quella riferita da Pomponio: *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. Dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. Sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator*. Invero, la decisione del prefetto – confermata dall'imperatore – sembra tener conto del fatto che le svariate operazioni poste in essere dal servo institore fossero, in definitiva, funzionalmente affini all'area effettivamente coperta dalla *praepositio* (*Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse …*). Per un approfondimento del brano paolino, ad ogni modo, si v. per tutti A. PETRUCCI, *'Neque enim decipi debent contrahentes'. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardo repubblicano e del principato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese* III (Padova 2003) 95 ss.; cfr. altresì, G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference* (Bologna 2010) 231 ss. (ove numerosi collegamenti, in chiave comparatistica, con l'attuale quadro normativo in materia di rappresentanza apparente) nonché, da ultimo, A. PETRUCCI, *I fondamenti del diritto europeo nella Facoltà/Dipartimento di Giurisprudenza di Pisa*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno – Trento, 13-14 dicembre 2018* (Trieste 2019) 139 ss. – POSTILLA. Il frammento pomponiano richiamato *supra* in nt. riporta, altresì, esemplificativamente, delle ipotesi in cui il *gestor* sarebbe chiamato a rispondere – anche per il caso fortuito – ove il gerito non sia stato aduso ad attività consimili: *veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiatem ineundo*. Il giurista si riferisce all'acquisto, in blocco, di individui ridotti da poco in condizione servile o – più genericamente – all'esercizio di qualche attività commerciale (evidentemente, estranea agli affari del *dominus*: di qui la relatività – e la necessaria ponderazione – della nozione di *casus* in rapporto alla fonte di cui sopra). Ma quali potrebbero essere i danni cagionati – fortuitamente – in ragione dell'acquisto di schiavi *novicii*? Emilio Betti (*Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano – a.a. 1957-1958* [Roma 1958] 241) a riguardo, fornisce un *exemplum* particolarmente interessante; conviene riportare per intero il passo tratto dal corso del Maestro: «Colui che comincia a gerire negozii nell'interesse di un altro, assente o all'oscuro di ciò, deve rispondere di dolo e colpa nei confronti del *dominus negotii*. Proculo aggiunse che il gestore dovesse rispondere anche dell'*eventus* sfavorevole derivante da un determinato indirizzo impresso da lui agli affari

Cionondimeno, Paolo interviene a correggere Labeone[151], indirizzando la questione su un binario che – evidentemente – fa capo a «regole dommatiche ormai mature ai suoi tempi»[152]: *tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est*. Pertanto, conclude Fercia, «per Paolo il *periculum* è un corollario dell'obbligazione di *praestare* che genera la *culpa*», riconducendo il nucleo essenziale della diatriba al richiamo (omesso da Labeone e sottolineato da Paolo) alla *culpa-neglegentia*: «una *culpa*, ad ogni modo, che implica un *periculum*»[153].

Il secondo testo esaminato[154] è D. 13.6.5.13 (Ulp. 28 *ad ed.*):

> Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam. Plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

altrui: come sarebbe potuta essere, ad esempio, una epidemia sopraggiunta agli schiavi, che il gestore, contro le abitudini del gerito, avesse acquistato per rivendere» (l'esempio bettiano è richiamato, altresì, da R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit. 398 nt. 3; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* II.2 cit. 215 nt. 96). La responsabilità per contagio epidemico, pertanto, è ricondotta da Betti ad una ipotesi (eccezionale: lo si è ricordato poco più sopra) in cui il *gestor* deve *casum praestare*. Può rilevarsi, sul punto, come nella prospettiva tracciata della Cassazione nell'ord. n. 9997/2020, di contro, la responsabilità (contrattuale) da contagio – possibilità, quest'ultima, tornata drammaticamente attuale – in presenza di qualsivoglia negozio 'affidante' dovrebbe divenire la regola, ove si aderisca all'opinione che propende per la integrabilità del contratto ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost. (sul punto, v. diffusamente *supra*, a p. 167). In generale, sui traffici dei *venaliciarii* (anche in riferimento ai *novicii*), si v. la recente monografia di R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica* (Torino 2012) – ma cfr. già EAD., *Note in tema di organizzazione e attività dei 'venaliciarii'*, in *Diritto@Storia* 2 (2003) 1 ss. –, che tuttavia non si occupa del brano pomponiano di cui sopra.

[151] Cfr. C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa contrattuale* cit. 420 s.; ID., *Sul problema della responsabilità* cit. 53.

[152] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 59.

[153] *Ibidem*.

[154] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 60 ss.

Protagonista è ancora uno schiavo, stavolta concesso in comodato unitamente ad un vassoio (*cum lance*), che tuttavia *servus perdiderit*[155]. Cartilio afferma, in tal caso, che la responsabilità conseguente alla mancata restituzione della *lanx* (e, quindi, il *periculum*) grava sul comodatario. Ove, di contro, lo schiavo sia fuggito portando con sé il vassoio, il comodatario non risponderà, a meno che non abbia concorso egli stesso a cagionare (colposamente) la fuga.

Ancora, secondo Fercia, è possibile rilevare come in tale brano non venga mosso un rimprovero in senso economico-sociale al contegno del debitore-comodatario; cionondimeno, a quest'ultimo «è attribuito un rischio che pare obiettivamente inerente al '*diligentiam praestare*'. Il debitore, in questa prospettiva, risponde delle sorti della *lanx*, in conseguenza della condotta del *servus*, nell'ambito di eventi che, seppur inevitabili, siano riconducibili alla 'normale' funzione economico-sociale di quest'ultimo, configurata in relazione al contenuto dell'assetto di interessi tipico che connota la prestazione, al cui sussidio è posta l'obbligazione di *praestare*»[156].

[155] Con '*perdiderit*' può intendersi tanto la distruzione del vassoio (*ex multis*, R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 60, 61), quanto lo smarrimento dello stesso (cfr. la trad. proposta in S. SCHIPANI [a cura di], *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione* III [Milano 2007] 105).

[156] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 61. Soggiunge l'a.: «in buona sostanza, parrebbe ragionevole ritenere che il comodatario risponda della mancata restituzione del piatto qualora il *servus* lo abbia rotto nell'ambito di un '*servire*', non anche qualora lo abbia sottratto nell'ambito di un '*fugere*' inimputabile»; cfr. anche le considerazioni conclusive sul testo ulpianeo a p. 63. Con riguardo al primo segmento del frammento, pensa a una «responsabilità oggettiva del comodatario [configurata] in termini di 'rischio'» nell'ottica di Cartilio (per *lapsus calami* indicato come Cratilio) C. PELLOSO, *Il deterioramento e il perimento* cit. 129 nt. 89; da ultima, mi pare esprimersi nel senso di una responsabilità comunque colposa del comodatario F. BERTOLDI, *Inadempimenti del comodatario e profili di responsabilità nel diritto romano*, in *forum historiae iuris* (2020) § 6 nn. 101 ss., spec. 103 (il contributo è consultabile online alla pagina web https://forhistiur.de/media/zeitschrift/0520_Bertoldi.pdf).

Il terzo – ed ultimo – brano cui l'a. fa riferimento[157] corrisponde ad un frammento gaiano tratto dal X libro del commentario *ad edictum provinciale*, conservato in D. 19.2.25.7[158]:

> Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

In materia di *locatio conductio operis*, il soggetto che *columnam transportandam conduxit* risponde della rottura dell'oggetto trasportato – *rectius*: del *periculum* della rottura – non soltanto ove la *fractio* sia determinata da colpa sua propria, ma anche degli ausiliari[159] di cui egli sia avvalso (*eorumque, quorum opera uteretur*). Anche in questo caso parrebbe emergere «una colpa che 'contiene' un'attribuzione di rischio: l'eventuale negligenza degli ausiliari del conduttore, infatti, concorre a configurare il giudizio di responsabilità al di là dell'eventuale accertamento dell'inesistenza di una condotta riprovevole, che possa essere riscontrata *recta via* in capo al *conductor*: in altri termini, la '*culpa eorum, quorum opera*

[157] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 63 ss.

[158] Per gli autori che si sono occupati del frammento, può rinviarsi ancora a R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 63 s. nt. 130 (ma v. già ID., *Criteri di responsabilità dell''exercitor'. Modelli culturali dell'attribuzione del rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali 'in factum contra nautas, caupones et stabularios'* [Torino 2002] 195 ss. e ntt. 113 ss.; cfr. anche le considerazioni contenute *ivi* a p. 84 s. nt. 124); ancora, dal medesimo a., v. *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. 285 ss. e ntt. 76 ss., ove ulteriori richiami. Per la dottrina più risalente, cfr. in ogni caso G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale* I. *La responsabilità per custodia* (Milano 1938) 193 in nt.; una lettura sintetica del brano è, altresì, in M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Römisches privatrecht*[21] (München 2017) 228.

[159] Sulla responsabilità per fatto degli ausiliari in diritto romano, si v., per tutti, R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. *passim*, da cui è possibile ricavare i fondamentali riferimenti bibliografici.

conductor utitur' rientra nell'ambito dei '*pericula*' che obiettivamente conseguono alla prestazione di diligenza imposta dal vincolo obbligatorio»[160].

A questo modello (che, si è detto, guarda alla *culpa* in termini non meramente subiettivi[161]) se ne contrapporrebbe un altro[162], di matrice postclassica, il quale – coerentemente con le tendenze generali dell'età bizantina[163] – tende a ricercare, in ipotesi consimili a quelle analizzate poco più indietro, un ancoraggio – talvolta artificioso[164] – ai criteri soggettivi d'imputazione della responsabilità. Sintetizzando, tale paradigma – identificato da Fercia (ancora, a fini meramente descrittivi) con «l'espressione pseudogaiana, perpetuata nelle *Institutiones* giustinianee, '*aliquatenus culpae*'»[165] – «rielabora, in termini generali, il problema del

[160] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 65.

[161] E che, anche con riguardo alla prospettiva attuale, «impone … sul piano dell'interpretazione storica, di abbandonare decisamente la logica – sterile quanto surreale – di una costruzione della responsabilità per colpa basata, *sic et simpliciter*, su logiche intrinsecamente e meramente soggettive applicate in modo acritico a qualsiasi fattispecie di inadempimento» (R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 122).

[162] Cfr. le considerazioni già svolte in R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell''exercitor'* cit. 90 ss.

[163] Cfr., sul punto, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano*[2] (Napoli 1933, rist. 1958) 249 s.; D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht* (München 1960) 112.

[164] In tale senso, R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 70.

[165] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 78. La locuzione è tratta da D. 44.7.5.6 (Gai 3 *aur.*). *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.* Il brano è conservato altresì in I. 4.5.3 (con la variante *dolo* in luogo di *damno*): sul punto si v. R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell''exercitor'* cit. 21 ss., spec. 24 s., ove letteratura. Di seguito, nel medesimo volume (alle pp. 30 ss.) i brani delle *Institutiones* e dei *Digesta* vengono posti a raffronto con Theoph. *Par. ad* I. 4.5.3. (ove la locuzione '*aliquatenus culpae*' è resa con 'πταῖσμά τι'). Interessanti osservazioni – anche linguistiche – sono svolte alle pp. 37 ss. e ntt. 33 ss.; per una sinossi delle più rilevanti letture del passo citato *supra*, con riguardo specifico alla costruzione della *culpa*, si v. le pp. 43 ss., unitamente ai richiami nell'apparato di note.

Nella costruzione di siffatto modello, Fercia (*Dovere di diligenza* cit. 72 ss.) utilizza altresì D. 44.7.1.4 (Gai. 2 *aur.*). *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam*

rischio in un 'colore di colpa', giustificato dall'asserito riferimento … ad un contegno riprovevole del debitore, ideologicamente ritenuto sussistente»[166]. Detto altrimenti, le attribuzioni di rischio – quindi, i *pericula* – originariamente ascritte (nell'esperienza classica) al debitore in virtù di un parametro non esclusivamente soggettivo (nel senso sopra precisato: vale a dirsi, a prescindere da un giudizio di riprovevolezza in senso tecnico), nell'esperienza postclassica e giustinianea vengono – per così dire – «verniciate con un colore di colpa»[167], realizzandosi in definitiva una

accepit amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit. Secondo l'a., da un lato – in riferimento a D. 44.7.5.6 (= I. 4.5.3) – «l'espressione '*aliquatenus culpae*' … tende a presentarsi come una sorta di 'chiave di lettura' del rapporto tra '*culpa*' e '*periculum*' nella più tarda esperienza giuridica romana» (così a p. 69); dall'altro, in D. 44.7.1.4, «l'obbligazione di *praestare* non riguarda la *custodia*, ma la '*diligentia exactissima custodiendae rei*', sicché l'attribuzione di rischio … appare 'degenerare' in un 'colore di colpa' che rappresenta, in una con '*aliquatenus culpae*', la conseguenza estrema dell'operazione di '*totam rem ad dolum malum dumtaxat et culpam dirigere*' già concettualmente propria dei giuristi severiani» (p. 73 s.; cfr. *supra* la chiosa del frammento D. 19.1.54 pr. [Lab. 2 *pith.*]). Con riguardo al testo sopra riportato e, più in generale, alle relazioni intercorrenti tra *custodia*, *diligentia* e imputazione della responsabilità, cfr. per tutti il recente contributo di C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale. Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 29 (2016) 279 ss. Per un inquadramento generale, fondamentale – anche per la mole di testi esaminati – è l'ampio contributo di P. VOCI, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI.* 56 (1990) 29 ss.; cfr., altresì, G. MAC CORMACK, *'Dolus', 'culpa', 'custodia' and 'diligentia'. Criteria of Liability or Content of Obligation*, in *Index* 22 (1994) 189 ss. Ulteriori riferimenti bibliografici sono in J.L. ALONSO, *Fault, strict liability and risk in the law of papiry*, in J. URBANIK (ed.), *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice. Proceedings of the Seminar Held in Warsaw 17–19 February 2011* (Warsaw 2012) 19 s. nt. 1. Su questi temi, si cfr. altresì il recentissimo volume di B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della 'res empta' e della 'res locata'. Inadempimento e rispondenza 'ex fide bona'* (Roma 2020) 30 ss.

[166] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 78.

[167] Così, quasi testualmente, R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 70. Un riferimento all'inadempimento «colorato dalla colpa» è presente – pur in diverso contesto – in F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1087 (a margine delle ricostruzioni tradizionali – cui si contrapponeva, com'è noto, la lettura ostiana – della responsabilità contrattuale); v. altresì il cenno – implicito – in C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità* cit. 84

subiettivizzazione solo apparente e 'superficiale', in ossequio ad una tendenza culturale e 'ideologica'[168].

Quest'ultimo schema, peraltro, trova diversi riscontri nella giurisprudenza più risalente (ma, lo si vedrà subito, non soltanto), al punto che il concetto di '*aliquatenus culpae*' ed il frammento da cui esso è tratto (vale a dirsi, D. 44.7.5.6 [= I. 4.5.3]) risultano espressamente menzionati in più d'una pronuncia[169].

Con l'ordinanza 9997/2020, la Suprema Corte sembra confrontarsi con quest'ultimo modello nella parte in cui decide per la cassazione della

[168] Cfr. R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell''exercitor'* cit. 44 s.

[169] A tal riguardo, può qui menzionarsi la Corte di Cassazione di Napoli, sent. 19 febbraio 1870 (in *Giurisprudenza Civile della Corte di Cassazione di Napoli* [1869-1870] 274 s., nonché in *Annali della giurisprudenza italiana. Raccolta generale delle decisioni delle Corti di Cassazione e d'Appello* [1870] I, 54; la pronuncia è altresì segnalata in C. LANZA [a cura di], *La tradizione classica e l'unità d'Italia* cit. 278), ove si legge – in materia di responsabilità per danni cagionati dai commessi, sotto l'impero dell'art. 1153 cod. civ. abr. – che «per la responsabilità del committente due condizioni si richieggono, cioè che si cagioni danno dal domestico o commesso; e che questo danno sia cagionato nell'esercizio dell'incarico ricevuto; altramente mancherebbe il motivo della responsabilità medesima. Nel concorso dei prefati elementi, a ragione si dice al committente: 'Nec immerito factum eorum praestat, cum ipse suo periculo adhibuerunt' (leg. 7 princ. Dig. *naut. caup. stabul.*) … e che costui sia i n c e r t o m o d o c o l p e v o l e [spaziato mio, M.A.] per essersi valso della opera di persone cattive, o inette. 'Ex aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur' (leg. 5 § 6, Dig. *de oblig. et act.*)» (il primo brano è tratto da D. 4.9.7 pr. [Ulp. 18 *ad ed.*], per la cui esegesi può rimandarsi a R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell''exercitor'* cit. 99 ss.); in quell'essere «in certo modo colpevole» pare annidarsi esattamente quel superficiale rivestimento di colpa proprio del modello sopra menzionato, suffragato dalla successiva citazione testuale (cfr., sul punto, il riferimento di J. PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* [Madrid 1987] 39 e 46, ad una «cierta culpa», e, quindi, A. BURDESE, *Rec.* di J. PARICIO, in *SDHI.* 56 [1990] 446). D'interesse, parimenti, è la sentenza resa dalla Corte di Cassazione di Roma, udienza del 13 agosto 1889 (in *Foro it.* [1890] II, 128 ss., con nota di L. BOLAFFIO, ove interessanti riferimenti – anche comparatistici – alle dottrine dell'epoca), decisione in cui – pur richiamandosi espressamente (e per ben due volte: nel corpo del provvedimento ed in chiusura) D. 44.7.5.6 (= I. 4.5.3), unitamente alla viva voce di Ulpiano (in D. 4.9.7 pr.) – è sancita l'impossibilità di allocare in capo al committente la responsabilità ex art. 1153 cod. civ. abr. per l'ipotesi in cui il commesso abbia, del tutto inopinatamente, delegato ad altri ancora le sue mansioni, e questi abbia a sua volta cagionato un danno: «se il preposto arbitrariamente scieglie altra persona a fare ciò che egli stesso far dovea, tale mala scelta non può risalire sino al preponente originario e dirglisi: 'Opere malorum hominum usus es'». Si v. altresì, infine, il fugace ma significativo riferimento a D. 44.7.5.6 (= I. 4.5.3) contenuto nell'annotazione di F. MECACCI alla pronuncia resa dalla Cassazione napoletana all'udienza del 1° giugno 1876, in *Foro it.* (1877) I, 77 ss., spec. 82.

sentenza emessa dalla Corte d'appello romana, con riguardo alle questioni sollevate dal ricorrente in margine alla violazione delle regole sulla colpa (§§ 3.2 ss., Ragioni della decisione). In particolare, i giudici della Cassazione – che fondano, nondimeno, la ricostruzione ivi proposta sulla relazione che avvince il caso fortuito all'elemento psicologico della colpa (declinata secondo i parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso), muovendo dalla esperienza giuridica romana[170] – intervengono sulla sentenza impugnata nella parte in cui, appunto, «non ha accertato in concreto la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento dannoso, ma le ha p o s t u l a t e i n a s t r a t t o [spaziato mio, M.A.]»[171]. Come si osserverà più oltre, siffatta 'postulazione in astratto' – che ha esposto a censura la pronuncia della Corte d'appello – pare inscrivibile esattamente in quel concetto di '*aliquatenus culpae*', il quale ha indotto talune pronunce giudiziali – inconsapevolmente, s'intende – a 'verniciare' con un 'colore di colpa' soluzioni che, invece, sottendono un problema di 'rischi funzionali', e, segnatamente, di «rischi della prestazione di diligenza»[172]. Ma nel cassare la suddetta pronuncia, la Suprema Corte non ragiona – o, almeno, non lo fa maniera esplicita – in termini di rischio connesso alla prestazione[173]: difatti, come si è più volte sottolineato[174], il superficiale richiamo all'integrazione 'legale' ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost. ha tolto il Collegio dall'imbarazzo di scandagliare il contenuto del contratto di ristorazione. Di tal guisa, la Cassazione, con l'ordinanza in commento, una volta 'postulato in astratto' l'obbligo di tutelare la salute dell'avventore (nella misura più ampia

[170] V. *infra*, § 4 s.

[171] § 3.5 ord. cit.

[172] Cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 15 e *passim*.

[173] Si v., sul punto, Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11382 cit., per cui «la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata e, dunque, anche ai rischi connessi all'esecuzione del servizio richiesto»; sulla decisione – e sulle implicazioni che essa reca in riferimento ai temi in esame – v. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 19 ss.; cfr., altresì, P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile. Artt. 1173-1320. Obbligazioni* (Milano 2009) 504 s.

[174] *Supra*, §§ 2.1 ss.

possibile), vira bruscamente sul caso fortuito – tale solo se imprevedibile ed inevitabile, secondo l'insegnamento del diritto romano[175] – quale limite alla responsabilità del debitore, il quale, nondimeno, potrà dimostrare in concreto di non aver potuto in alcun modo prevedere o altrimenti evitare l'urto dell'avventore, rovesciando così, irrimediabilmente, la pizza rovente sul malcapitato cliente.

Alla luce delle considerazioni svolte con riguardo alla configurazione della responsabilità del debitore in relazione ai più volte richiamati «rischi funzionali», quali corollari della struttura pratica della colpa, è possibile ora soffermarsi sulla consistenza dell'argomento storico – e, segnatamente, di diritto romano – evocato dalla Suprema Corte nell'ordinanza n. 9997/2020, al fine di vagliarne le premesse ed i risultati.

4. *Percorsi romanistici in tema di caso fortuito, prevedibilità ed evitabilità. Usi e riusi di una «millenaria tradizione giuridica».*

Si è detto che l'ordinanza n. 9997/2020 si mostra insensibile alle censure del ricorrente inerenti al nesso di causalità. Esso, stante il principio di equivalenza causale, risulterebbe pienamente configurato nella sua materialità[176]. Quel che cale – nell'ottica della Suprema Corte – è, a tal punto, comprendere se il danno cagionato all'avventore, sul piano soggettivo, possa essere imputato ugualmente al ristoratore in termini di prevedibilità ed evitabilità, nonostante l'intervento del terzo (il commensale che, scompostamente, urtava la cameriera).

A tal proposito, osserva la Cassazione, «[è] certamente vero che il fatto del terzo può integrare gli estremi del caso fortuito, ed è altresì vero che il caso fortuito, per escludere la colpa del danneggiante, deve avere due caratteristiche: non poteva essere previsto né evitato; il responsabile aveva

[175] Sulle considerazioni storico-comparatistiche proposte dalla Suprema Corte ci si soffermerà subito *infra*, nei paragrafi che seguono.

[176] § 3.1 ord. cit.

l'obbligo (legale o contrattuale) di prevederlo od evitarlo»[177]. Tali precetti, poi, «sebbene non espressamente dettati dal codice civile, discendono da una tradizione millenaria e sono dal codice presupposti, più che imposti»[178]. Il Collegio, a tal proposito, sembrerebbe intravedere nel diritto vigente una lacuna da colmare[179]. Pur non evocando espressamente l'art. 12 co. 2 delle Preleggi (che, secondo l'interpretazione proposta più sopra, rappresenta il fondamento tecnico-formale del richiamo all'argomento storico, per il tramite del rinvio ai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», illuminato dal § 22 della Relazione al Codice civile[180]), la Cassazione percepisce la necessità di far emergere – prendendo a prestito le parole di Massimo Brutti – «l'esistenza di una prescrizione latente nell'ordinamento»[181].

Ecco appunto che la Suprema Corte intende valersi – anzitutto – dei principi che, nell'ampio arco disegnato dall'esperienza giuridica romana, governavano il caso fortuito[182]. Il diritto romano viene utilizzato, in

[177] § 3.3.

[178] *Ibidem*; cfr., ugualmente, Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837 (in *Nuova giur. civ. comm.* [2018] 177 ss., con nota di L. VILLAN, *Responsabilità da cose in custodia: quando il comportamento del danneggiato costituisce caso fortuito*; in *Danno e resp.* [2018] 198 ss., con nota di V. CARBONE, *Danno da cosa in custodia: il caso fortuito richiede una condotta imprudente e imprevedibile della vittima*; in *Corr. giur.* [2018] 765 ss., con nota di A. SCALERA, *Caso fortuito: da Giustiniano a Napoleone s'è persa l'imprevedibilità?*) che al § 3.2 richiama la medesima «millenaria tradizione giuridica». Ulteriori considerazioni, anche a margine di tale pronuncia, subito *infra*.

[179] Cfr., sul punto, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 421, 429 ss. Nondimeno, può osservarsi come la Suprema Corte abbia, in un certo qual modo, pazientemente dissodato il terreno, 'creando' la lacuna – secondo quella che è stata inquadrata alla stregua di una ulteriore tecnica interpretativa – prima di procedere a riempirla con l'argomento di diritto romano: cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 423 s.

[180] Si v. ampiamente *supra*, cap. I, § 2.

[181] M. BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale* cit. 35 (cfr. *supra*, cap. I, nt. 315).

[182] Nella sterminata bibliografia, si vedano anzitutto i fondamentali – pur se datati – contributi di A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR.* 20 (1908) 157 ss.; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito* cit.; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI.* 20 (1954) 127 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità Contrattuale* cit. *passim* e 68 ss. Più recentemente, analizza nella prospettiva causalistica il problema del fortuito (anche) nell'ambito della responsabilità contrattuale J.-F. GERKENS,

particolare, per sorreggere quello che assume i connotati di un principio di diritto a tutti gli effetti: «l'evento fortuito, ma prevedibile od evitabile, non libera l'autore del danno da responsabilità, contrattuale o aquiliana che sia»[183]. Tanto si desume – continua il testo dell'ordinanza – da un «rescritto dell'imperatore Augusto [*sic*!], inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal *Codex Iustiniani*, Libro IV, Titolo XXIV, § 6, *De casu fortuito*)», ove è stabilito che «*quae fortuitis casibus accident, cum praevideri non potuerint (…), nullo bonae fidei judicio praestantur*»[184]. La stessa costituzione imperiale, peraltro, è richiamata – e nei medesimi termini – da Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837[185] (cui rimanda anche la decisione di cui si discorre: cfr. § 3.3).

Converrà, a tal punto, leggere per intero la fonte di cui sopra[186]:

> C. 4.24.6. Imp. Alexander A. Trophimae. Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur

«Aeque perituris…». Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique (Liège 1997) 211 ss. Ulteriori riferimenti sono *infra*.

[183] § 3.3.

[184] Soggiunge il provvedimento – al medesimo § 3.3 – «[i]l precetto passò tal quale nel diritto intermedio ("*casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare*"), e da questo pervenne immutato all'età delle codificazioni, ed ai codici attuali. In questi, tuttavia, fu conservato il precetto (il debitore è liberato dal caso fortuito: si vedano ad esempio l'art. 1492 c.c., comma 3, in tema di perimento della cosa venduta; art. 1637 c.c., in tema di accollo da parte dell'affittuario del rischio di caso fortuito; art. 1686, comma 3, c.c., in tema di responsabilità del vettore; 1805 c.c., in tema di responsabilità del comodatario), ma se ne obliò la giustificazione (il "*cum praevideri non potuerint*" del rescritto augusteo), probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata. Pertanto l'evento fortuito, ma prevedibile od evitabile, non libera l'autore del danno da responsabilità, contrattuale od aquiliana che sia (così, da ultimo, Sez. 3 – Ordinanza n. 25837 del 31/10/2017, Rv. 646461 – 01)».

[185] Cit. *supra*, in nt. 178 (l'estensore della suddetta pronuncia è il medesimo dell'ord. n. 9997/2020). *Infra* nel testo ulteriori citazioni dalla medesima pronuncia.

[186] Sulla costituzione, per la dottrina più risalente, si v. almeno A. DE MEDIO, *Caso fortuito* cit. 204 nt. 2; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito* cit. 260 s. (ove altre indicazioni nell'apparato di note); ulteriori riferimenti sono *infra*.

nec a petitione debiti submovetur nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. (Fusco et Dextro conss.) [a. 225]

Certamente, in questa sede, non si vuol porre l'accento su «qualche strana svista»[187] (come, ad esempio, attribuire il rescritto a un apparentemente misterioso «imperatore Augusto»: la costituzione, correttamente, è riferibile ad Alessandro Severo[188]; Tiberio Manilio Fusco e Servio Calpurnio Domizio Destro sono, invece, i consoli di quell'anno: il 225 d.C.)[189].

[187] Così, a proposito di talune imperfezioni stilistiche in cui la Suprema Corte è incappata nell'ambito delle rievocazioni romanistiche che compaiono in Cass. civ. n. 14188/2016 (ripercorse più sopra: cap. I, § 3), C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 125]: «'strane' perché, non essendo necessario il riferimento al diritto antico, si suppone che se lo si utilizza (e ciò costituisce certamente testimonianza di passione e tentativo di comprendere più a fondo il diritto positivo) lo si debba fare con una certa dose di autocontrollo … anche (in un'occasione come questa) per l'alta *dignitas* dell'organo giudicante».

[188] Cfr., esattamente, A. STOPPATO, Nota a Corte di Cassazione di Roma, decisione 2 maggio 1891, in *Temi veneta* 16 (1891) 365; E. LONCAO, *'Culpa' e 'casus' nella storia del diritto italiano*, in *AUPA.* 5 (1917) 87 (per mera svista indicata con «4, 25, 6»; cfr., poi, correttamente il riferimento a p. 102). Più recentemente, si v. F.M. DE ROBERTIS, *D. 19, 2, 31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in *SDHI.* 31 (1965) 107 nt. 75 (e poi ID., *La responsabilità contrattuale in diritto romano: dalle origini a tutta l'età postclassica* [Bari 1998] 64 nt. 25, 79 s.); R. SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro* (Catania 1974) 117 s. nt. 28. Nel richiamare C. 4.24.6 – pur in ambito criminale – F. BOTTA, *Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell''homicidium' in diritto romano classico*, in *Diritto@Storia* 12 (2014) 20, fa riferimento ad un «criterio severiano della colpevolezza fondato sulla prevedibilità dell'evento attraverso l'indicazione del suo limite negativo rappresentato dal *fortuitus*». Sul punto, si cfr. altresì – pur in riferimento a C. 4.24.5 [a. 224] e C. 4.24.7 [a. 241] – S. TAFARO, *Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale* I (Bari 1984) 284 nt. 158, che ritiene appunto «significativa … la menzione del dolo e della colpa nelle costituzioni severiane» appena richiamate. Più in generale, sulla politica legislativa di Alessandro Severo, può rinviarsi a F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* I. *Politica di governo. Riforme amministrative e giudiziarie* (Napoli 2006), ove ampio apparato bibliografico.

[189] Le medesime imprecisioni sono mutuate dalla già menzionata Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837 cit. (§ 3.2, riportato *infra* nel testo), nonché – pressoché analogamente – da Cass. civ., Sez. VI-3, 4 giugno 2018, ord. n. 14216 (in *Corr. giur.* [2019] 1049 ss.), in relazione (soprattutto) alla responsabilità dei maestri d'arte ex art. 2048 cod. civ. per i danni cagionati dagli apprendisti a loro affidati (il richiamo a C. 4.24.6 è, segnatamente, al § 4.3). Il caso – drammatico e peculiarissimo – concerneva la responsabilità di un barbiere per l'omesso impedimento dell'omicidio perpetrato – all'interno dell'esercizio commerciale in cui esercitava la sua professione – da un apprendista (all'epoca quindicenne) ai danni di un altro giovane che pure era alle

Quel che interessa maggiormente è l'impostazione di fondo prescelta dalla Suprema Corte. Essa, infatti, posta innanzi ad un «bivio

dipendenze del primo. Converrà, a tal riguardo, riportare per intero i brani tratti dalla pronuncia da ultimo richiamata che qui interessano: «Il terzo comma del ricordato art. 2048 c.c. stabilisce … che, nel caso di fatto illecito commesso dall'apprendista, spetta al precettore od al maestro d'arte dimostrare "di non aver potuto impedire il fatto". La prova "di non avere potuto impedire il fatto" consiste nella dimostrazione che il fatto produttivo di danno fu o imprevedibile, inevitabile: e dunque fu un caso fortuito. Questo principio discende da una tradizione millenaria. Già un rescritto dell'imperatore Augusto, inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal *Codex Iustiniani*, Libro IV, Titolo XXIV, p. 6, *De casu fortuito*) sancì che "quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (..), nullo bonae fidei judicio praestantur". Il precetto passò tal quale nel diritto intermedio (*casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare*), e da questo pervenne immutato all'età delle codificazioni, ed ai codici attuali. In questi, tuttavia, fu conservato il precetto (il debitore è liberato dal caso fortuito: si vedano ad esempio l'art. 1492 c.c., comma 3, in tema di perimento della cosa venduta; art. 1637 c.c., in tema di accollo da parte dell'affittuario del rischio di caso fortuito; art. 1686 c.c., comma 3, in tema di responsabilità del vettore; art. 1805 c.c., in tema di responsabilità del comodatario), ma se ne obliò la giustificazione (il "cum praevideri non potuerint" del rescritto augusteo), probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata». Soggiunge la Suprema Corte (al § 4.4), «La prova di "non aver potuto impedire il fatto" consiste dunque nella dimostrazione dell'imprevedibilità o dell'inevitabilità del fatto produttivo di danno. La prevedibilità e la prevenibilità costituiscono l'essenza della colpa. È infatti in colpa chi, pur potendo prevedere o prevenire l'evento dannoso, non se lo prefiguri o non lo prevenga. E [per] converso, non può dirsi in colpa chi non poté prevedere un evento imprevedibile, né prevenire un evento inevitabile (Sez. 3, Sentenza n. 2463 del 03/03/1995, Rv. 490899 – 01). Se dunque l'imprevedibilità e l'imprevenibilità costituiscono l'essenza della colpa, la loro sussistenza od insussistenza deve essere valutata coi criteri dettati dall'ordinamento a tal fine. Principale criterio di valutazione della colpa professionale (tale essendo quella del precettore o maestro d'arte), tanto contrattuale quanto extracontrattuale, è quello della diligenza, dettato dall'art. 1176 c.c., comma 2. Tale criterio consiste nel comparare la condotta effettivamente tenuta dal preteso responsabile con quella che avrebbe tenuto, al suo posto, [l'*homo*] *eiusdem generis et condicionis*: ovvero il maestro d'arte serio, coscienzioso ed avveduto». Sulla pronuncia, si v. l'interessante nota critica di B. GRAZZINI, *"Maestro d'arte" ex art. 2048 c.c.: dovere di vigilanza (come dovere imprescindibile di presenza?) nelle dinamiche della prova liberatoria*, in *Corr. giur.* (2019) 1051 ss. – in cui non mancano gli spunti storico-comparatistici –, che pone in luce come l'impostazione della Cassazione pecchi di rigidità ove richiede aprioristicamente (ed imprescindibilmente) la presenza fisica del precettore: afferma recisamente il Collegio, infatti, che «primo dovere di precettori e maestri è quello della presenza, come ripetutamente affermato da questa Corte in tema di infortuni scolastici (*ex multis*, Sez. 3, Sentenza n. 9742 del 07/10/1997, Rv. 508597 – 01; Sez. 3, Sentenza n. 2342 del 07/06/1977, Rv. 386057 – 01) … Per quanto detto, tuttavia, il "precettore medio" di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., non avrebbe mai lasciato solo un apprendista minorenne». Di contro, ad avviso dell'a., dovrebbe prediligersi una più flessibile ponderazione degli addebiti plasmata sulle circostanze del caso concreto (v. spec. pp. 1061 ss., 1064), richiamando taluni canoni che, peraltro, parrebbero tracciati dalla medesima Cassazione nell'ord. n. 9997/2020, la quale si vale esattamente degli stessi argomenti storici e sistematici proprio per evitare (e cassare) i suddetti giudizi di responsabilità aprioristicamente fondati.

metodologico»[190], ritiene di riaffermare (per la via del caso fortuito, almeno apparentemente) la regola – già classica, ed esacerbata dall'esperienza giustinianea[191] – protesa a *totam rem ad dolum malum dumtaxat et culpam dirigere*[192]. Di tal guisa, può ritenersi che il *fortuitus* sollevi il debitore dalla responsabilità da inadempimento solamente ove – in concreto, secondo un giudizio che si vaglierà più innanzi – esso possa ritenersi imprevedibile ed inevitabile[193].

Può, quindi, richiamarsi il *punctum dolens* della pronuncia della Corte d'appello romana, cassato dalla ordinanza di cui si discorre. La decisione impugnata – come più volte segnalato – si era limitata ad affermare apoditticamente che «la 'agitazione' dei ragazzi che componevano la comitiva presente nel locale era prevedibile, e si sarebbe potuta evitare da parte del ristoratore adottando le 'adeguate cautele'»[194]. Tale ragionamento – che postula in astratto la sussistenza della colpa in tale fattispecie – mi pare costituire il calco, nella forma più marcata, del modello dell'*aliquatenus culpae*, di cui si sono delineati i tratti fondamentali. Come si tenterà di mostrare di qui a poco, la Suprema Corte, nel censurare la decisione dei giudici di seconde cure, non si ritiene soddisfatta dalla mano di «colore di colpa» con cui questi ultimi hanno verniciato la fattispecie, esigendo, sul piano concreto, un'adeguata motivazione, basata sull'empirico apprezzamento della prevedibilità e della evitabilità dell'evento fortuito nella fattispecie vagliata.

[190] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 210.

[191] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 67 e 80.

[192] Tratta dalla chiosa di D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*): cfr. *supra*, nt. 165.

[193] Seguendo un principio esplicitato già dalla più volte menzionata Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837 cit. (spec. § 3.2 s.).

[194] Cfr. § 3.2 ord. n. 9997/2020. In particolare, soggiunge l'ord. cit. (al § 3.5), «[l]a decisione d'appello non ha indagato se la esagitazione della persona che urtò la cameriera fu subitanea o si protraesse da tempo, ed in tal caso da quanto tempo; non ha stabilito in che cosa sia consistita; non ha accertato se fu la cameriera ad avvicinarsi incautamente ad uno scalmanato, o se fu quest'ultimo a raggiungerla imprevedibilmente ed urtarla, allontanandosi dal posto fino a quel momento occupato; non ha accertato se vi erano stati precedenti richiami all'ordine da parte del gestore del ristorante, o se questi avesse colpevolmente tollerato l'ineducazione dei suoi avventori».

Occorre, nondimeno, indagare più a fondo le motivazioni addotte dall'ordinanza. La Cassazione, incasellando nei termini anzidetti la vicenda processuale nell'alveo dello svolgimento di un rapporto contrattuale, fonda la porzione più importante del *decisum* sulla nozione – storicamente intesa – del caso fortuito[195]. È tale definizione, in definitiva, a dirimere la questione:

[195] Elemento da sempre controverso nella sua trasversalità, che incrocia – anche diacronicamente – diverse branche dell'ordinamento. Nella sterminata bibliografia, possono qui segnalarsi, senza alcuna pretesa di completezza (che imporrebbe, tra l'altro, la menzione degli innumerabili contributi che si sono occupati dei limiti alla responsabilità contrattuale), S. BATTISTINI, s.v. «*Caso fortuito (dir. civ.)*», in *DI.* VI.2 cit. 326 ss.; F. LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazione* (Napoli 1894); N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni* (Lanciano 1895); G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale* (Torino 1897) 685 ss.; G. GRISOSTOMI, s.v. «*Caso fortuito*», in *Diz. prat. dir. priv.* I (Milano 1900) 758 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*[7] II (Firenze 1907) 7 ss.; A. DE MEDIO, *Caso fortuito* cit. 157 ss.; B. BRUGI, *Caso fortuito e adempimento del contratto* (Nota a Corte app. Bologna, 19 aprile 1907), in *Riv. dir. comm.* (1908) II, 141 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* (Roma 1915) 329 ss.; E. LONCAO, *'Culpa' e 'casus'* cit. 72 ss. (I pt.), 118 ss. (II pt.); G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.* (1918) 209 ss., 313 ss., 417 ss. (e poi ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità da inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* [1954] 593 ss.; s.v. «*Impossibilità sopravveniente*», in *NNDI.* VIII [Torino 1968] 287 ss.; sulle fondamentali teorie sviluppate dall'Osti – che hanno influenzato in maniera decisiva la Codificazione del 1942 con riguardo alla disciplina della responsabilità contrattuale –, v. da ultimo G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.* [2019] 1 ss.); C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*[5] IV (Milano 1926) nn. 2176 ss.; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*[6] III (Messina 1932) 129 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità Contrattuale* cit. *passim* e 68 ss.; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito* cit. (e poi ID., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR.* 63 [1960] 52 ss. e *passim*); A. CANDIAN, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*», in *NDI.* II (Torino 1938) 948 ss., poi in *NNDI.* II cit. 988 ss.; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza* (Padova 1941) 169 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni* III (Milano 1946) 1022 ss.; E. VALSECCHI, *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito*, in *Riv. dir. comm.* (1947) I, 151 ss.; G. PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti* (Padova 1950) 150 ss.; G. BRANCA, *Sulla responsabilità oggettiva per danni causati da animali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1950) 255 ss.; P. RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza* (nota a Corte app. Torino, 3 giugno 1949), in *BBTC.* (1951) II, 388 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* cit. 280 ss. (ma si v. altresì ID., s.v. «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*» cit. 1073 ss., 1090 ss.); M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit. 127 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore* (Milano 1955) 198 ss.; ID., s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*», in *Enc. dir.* VI (Milano 1960) 377 ss.; D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori* (Milano 1957); P. TRIMARCHI, *Il "caso fortuito" quale limite della responsabilità per il danno da cose. Contributo ad una teoria del rischio d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1959) 808 ss.; ID., *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milano 1961); ID., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1970) 512 ss.; M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e*

ove il fatto del terzo – astrattamente integrante il *fortuitus* – si riveli in concreto prevedibile ed evitabile, il ristoratore risponderà dei danni. Viceversa, questi andrà esente da responsabilità[196].

responsabilità civile (Napoli 1965) 59 ss.; ID., *Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva* (nota a Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1985, n. 1702), in *Foro it.* (1985) I, 2649 ss. (v. poi, dal medesimo a., *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (Artt. 2049-2053)*, in *Comm. Schlesinger* [Milano 2009], spec. 269 ss.); G. ALPA, *Caso fortuito e responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza* (Nota a Trib. Firenze, 11 marzo 1971), in *Foro pad.* (1972) I, 231 ss.; ID., *Per una critica all'identificazione di 'casus' e 'non culpa'* (nota a Corte app. Firenze 16 novembre 1971), in *Giur. merito* (1973) I, 600 s.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*[3] (Milano 1975) 296 ss.; G. MOLLE, *Caso fortuito e responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza* (Nota a Cass. 26 marzo 1976, n. 1129), in *BBTC.* (1976) II, 173 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *JUS* (1976) 47 ss.; C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *BBTC.* (1978) I, 48 ss. [= in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie* I [Milano 1978] 477 ss.]; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni* cit. 98 ss., 152 ss.; V. DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale* (Milano 1981); C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici* cit. 993 ss. [= in *Scritti scelti* I cit. 359 ss.]; A. FIGONE, *Il caso fortuito negli artt. 2051 e 2052 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.* (1985) II, 350 ss.; F. REALMONTE, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* II cit. 248 ss.; F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore* (Milano 1990); P. FORCHIELLI, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore I) Diritto civile*» cit. 1 ss.; R. CARDILLI, *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema'* cit. 79 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità 'ex recepto' e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato». Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale* (Napoli 1999) 45 ss., 74 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* cit. 94 ss., 349 ss.; R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 32 ss. e ntt. 57 ss., 199 ss.; L. CABELLA PISU, *La causa non imputabile*, in G. VISINTINI (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale* I. *Inadempimento e rimedi* (Padova 2009) 229 ss.; F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1062 ss.; C. PELLOSO, *L'obbligo di custodia*, in M. TALAMANCA, L. GAROFALO (dir.), *Trattato delle obbligazioni* I.2 (Padova 2014) *passim* (riferimenti, altresì, in ID., *Il deterioramento e il perimento 'ante traditionem'* cit. 127 ss., spec. alla nt. 97; *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale* cit., spec. 291 ss.); G. CHIODI, *Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d'impresa nel primo Novecento*, in *Contr. impr.* (2015) 885 ss. Da ultimo, incrocia diffusamente i problemi sollevati dal caso fortuito F.P. PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine dell'art. 2051 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.* (2019) 977 ss. Spec. sul rapporto tra *vis maior* e *casus* con l'impossibilità della prestazione, si v. altresì la sintesi recentemente proposta da R. CARDILLI, *L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione'* cit. 92 ss., su cui si tornerà *infra*, nt. 207 (per un inquadramento sintetico del concetto di *Zufall* nell'esperienza romana, v. per tutti M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Römisches privatrecht*[21] cit. 228 s.). Con riguardo alla rilevanza del problema in diritto penale, v. per tutti A. SANTORO, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. pen.)*», in *NNDI.* II cit. 992 ss., con riferimenti bibliografici ulteriori (per le connessioni che si registrano in relazione alla causalità nella responsabilità civile, v. recentemente F. PIRAINO, *Il principio di equivalenza delle condizioni*, in C. GRANELLI [a cura di], *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* [Milano 2018] 496 ss.).

[196] Per tale ragione può affermarsi che l'eco mediatica della vicenda – pur comprensibilmente diffusa – risulta, in definitiva, traviante (cfr. il titolo dell'articolo

Il Collegio ricorre espressamente alla logica del cd. '*casus culpa determinatus*'[197], che costituisce – com'è stato notato – uno «spunto vitale nelle fonti romane»[198], il cui riflesso è variamente rintracciabile nella

riportato *supra*, alla nt. 5): il ristoratore, difatti, non è certo ritenuto responsabile a prescindere, ma può considerarsi tale soltanto all'esito di un giudizio che investe la prevedibilità e l'evitabilità in concreto del fatto del terzo. Con riguardo ai fatti specifici di cui si è occupata la Cassazione con l'ordinanza 9997/2020, ben potrebbe accadere che la Corte d'appello cui è rimessa la (ulteriore, e, forse, nemmeno ultima) decisione, una volta ponderati empiricamente siffatti elementi – alla luce del principio di diritto enunciato dal Supremo Collegio –, ritenga di non poter muovere alcun addebito all'imprenditore ristorativo.

[197] Su cui si v. G. COTTINO, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*» cit. 385 ss., con riferimenti bibliografici. Cfr., sul punto, le osservazioni di G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* cit. 352 s., che definisce (a p. 352) il *casus culpa determinatus* – «ben noto alla trattatistica tradizionale» – alla stregua di «quell'evento che di per sé non sarebbe imputabile al debitore, ma che lo diventa, in quanto preceduto da una colpa del debitore che si pone in relazione di causa ad effetto – seppure indirettamente come causa dell'evento oppure direttamente come concausa insieme all'evento – con l'impossibilità di adempiere e, quindi, con il danno contrattuale». Interessanti notazioni sul *casus culpa seu dolo determinatus* sono altresì *ivi* alla p. 411: «Che il discorso sulla causa non imputabile sia un discorso relativo al nesso causale tra un evento e l'impossibilità di adempiere non è dubitabile. La giurisprudenza, infatti, richiede ai fini della prova liberatoria del debitore la dimostrazione di un fatto preciso e dell'incidenza causale di questo fatto con il danno contrattuale. In secondo luogo richiede che il fatto non sia direttamente riferibile al debitore, nel senso che non si tratti del c.d. *casus culpa seu dolo determinatus*, e cioè che il debitore non si sia posto in condizione (colpa di previsione) di assumere l'impegno pur sapendo, o dovendo prevedere, che una certa circostanza poteva impedirgli l'adempimento della obbligazione o non abbia provocato lui stesso il caso fortuito. Ma in questo contesto la colpa del debitore assume il rilievo autonomo o di illecito precontrattuale o di violazione diretta di uno specifico obbligo contrattuale, o di fatto illecito del debitore, che costituisce la causa prima dell'inadempimento; non ha rilievo come criterio d'imputazione del fortuito. Qui il fortuito non c'entra perché superato in efficacia causale dal fatto del debitore». Da ultimo, si v. altresì, M. ORLANDI, s.v. «*Responsabilità precontrattuale*», in *Enc. dir. - I tematici* I. *Il contratto* (Milano 2021) 1024.

[198] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 158. Nondimeno, siffatto spunto – soggiunge l'a. – si è perpetuato «in una tradizione culturalmente forte proprio in ordine al problema dell'imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione di consegnare una cosa determinata». Si v. altresì, sinteticamente, M. TALAMANCA, s.v. «*Colpa. I. Colpa civile. a) Diritto romano e intermedio*», in *Enc. dir.* VII (Milano 1960) 519. In arg., può richiamarsi altresì uno dei pareri *pro veritate* raccolti da Carlo Fadda (*Se ed in quanto lo sciopero costituisca forza maggiore*) nel volume *Pareri giuridici* (Torino 1912), a margine di un contenzioso insorto tra il Comune di Napoli e la Società dei tramways napoletani; in buona sostanza, la questione concerneva la possibilità o meno per il Comune di agire per domandare i danni patiti a cagione dello sciopero del personale afferente alla concessionaria, che aveva paralizzato le linee (nello specifico, per semplificare, gli introiti non percepiti dall'ente partenopeo – che avrebbero dovuto essere corrisposti dalla società tranviaria in percentuale rispetto alle entrate – in ragione della interruzione del servizio di trasporto protrattasi per diversi giorni). Il parere faddiano, infatti, è interamente assato sulla

tradizione successiva[199]. A tal riguardo, Riccardo Fercia[200], in margine ad una pronuncia resa dalla Suprema Corte[201] in materia di responsabilità del vettore ex art. 1693 cod. civ. – che si è interrogata, in particolare, sulla inquadrabilità della rapina nell'alveo del fortuito – ha osservato che «l'esposizione della *res* a rischi di per sé inevitabili, ma evitabili con la diligente esecuzione del programma d'obbligazione, implica comunque responsabilità perché – come diceva Vinnio – '*ad casus fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa coniuncti esse solent*'. Il debitore che intenda, quindi, dimostrare l'inimputabilità dell'evento di cui è chiamato a rispondere deve dimostrare che esso, per quanto astrattamente *casus*, non può considerarsi, anche da

---

questione «se lo sciopero possa o non considerarsi come un caso di forza maggiore» (p. 127). Dopo aver esaminato l'evolversi, in punto di fatto, di quei conflitti tra la società e i lavoratori, Fadda conclude recisamente che la concessionaria «col venire meno alla parola data, si è posta senz'altro dal lato del torto. E allora non si può più parlare di forza maggiore, ma di un fatto provocato dalla colpa della Società: ossia, di quel che nel linguaggio dei pratici, si suol dire *casus culpa determinatus*» (p. 128). Per ribaltare la suddetta valutazione, la concessionaria avrebbe dovuto dimostrare che non cedendo alle condizioni imposte dai lavoratori «[aveva] fatto quel che l'interesse del servizio esigeva; [aveva] operato come un *diligens pater familias*. E nell'ipotesi di fatto non può certo consentirsi la correttezza del procedimento della Società» (p. 130).

[199] Si v., a tal proposito, il pensiero di Pothier – rievocato da Fercia a p. 159 (*op. ult. cit.*) – condensato nel seguente passaggio: «Rispetto ai casi fortuiti ed alla forza irresistibile ossia forza maggiore (*vis divina*) il debitore di un corpo determinato, finché non è in mora di pagamento, non è mai tenuto, purché in forza di una convenzione particolare egli non ne abbia assunto il carico, oppure una colpa precedente del debitore non sia quella che ha dato luogo al caso fortuito. Per esempio, se io ti ho imprestato il mio cavallo per andare in un dato luogo, e tu sei stato assalito dai ladri che hanno rubato o ucciso il cavallo, benché questa violenza da te sofferta sia un caso fortuito, di cui il debitore ordinariamente non è responsabile, pure se invece di battere la strada ordinaria e più sicura, tu hai preso un sentiero di traversata, noto per essere infestato da'ladri, e in cui venisti aggredito, tu sei obbligato per questo caso fortuito, perché la tua imprudenza ha dato luogo al caso medesimo» (così R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni* I, trad. it. di F. FORAMITI [Venezia 1833] 147 s.). Il brano menzionato deve leggersi in connessione con D. 13.6.5.4 e 7 (Ulp. 28 *ad ed.*): cfr. sul punto R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 158, che, tuttavia, si riferisce al solo § 7. Per una lettura dell'articolato testo ulpianeo può rinviarsi a C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 156 ss. Si vedrà subito *infra* come le ricorrenti citazioni – dirette e indirette – delle fonti romane si siano sedimentata in un recentissimo filone di pronunce della Cassazione (specialmente – ma non soltanto – in tema di responsabilità del custode ex art. 2051 cod. civ.), cui da ultimo si sono aggiunte Cass. civ., Sez. III., 20 novembre 2020, n. 26524 e Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 4035.

[200] *Dovere di diligenza* cit. 159.

[201] Cass. civ., Sez. III, 10 febbraio 2003, n. 1935, in *I Contratti* (2003) 1016 ss. (con nota di L. CASTELLI, *La rapina nel trasporto terrestre di cose*); in *Giust. civ.* (2003) I, 2758 ss.

questo specifico punto di vista, inerente alla prestazione di diligenza». Ecco che nelle pronunce della Suprema Corte riemerge – ove mai si fosse inabissata[202] – la sagoma del *casus culpa determinatus*, il quale è 'caso'

[202] Da questo punto di vista, la vicenda non pare – infatti – assimilabile a quella che ha recentemente interessato le *variae causarum figurae* di matrice gaiana, non a torto accostate alla «metafora goethiana dell'anatra che riemerge» da Cosimo Cascione (*Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni* cit. 490 e nt. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 71 s. e nt. 3]; sulla metafora applicata al diritto romano, v., da ultima, C. MASI DORIA, *Robert Louis Stevenson* cit. 1021 e nt. 2): cfr. diffusamente *supra*, cap. I, § 3. Cfr., sul punto, M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive* cit. 276, per cui «[a]ttualmente, la nozione del fortuito non è limitata al suo aspetto oggettivo, ma deve essere colta anche nel suo profilo soggettivo, relativamente alla imprevedibilità ed alla inevitabilità della causa estranea, essendo certo che il caso evitabile non libera da responsabilità (*casus seu dolo seu culpa determinatus*)»; soggiunge l'a. (in nt. 24) che «[u]na tradizione plurisecolare aveva richiesto nel fortuito i requisiti della imprevedibilità ed inevitabilità, con riferimento alle note fonti romanistiche ulpianee. Ma bene è stata ormai da tempo messa in luce l'irrilevanza del requisito della imprevedibilità, perché mentre possono darsi eventi prevedibili assolutamente inevitabili, la inevitabilità comprende *a fortiori* ipotesi di fatti che sfuggono all'umana previdenza». È opportuno, infine, precisare che Comporti, facendo riferimento (ancora, a p. 276) ad una «importante tradizione storica» – ma mi pare, stavolta, non romana *stricto sensu* – preferisce ad un concetto di inevitabilità vagliata attraverso la diligenza del buon padre di famiglia una idea della stessa in termini di «invincibilità ed irresistibilità … [tendente] all'assolutezza».

A tal proposito, su un piano più ampio, può richiamarsi altresì la risalente opinione formulata – in termini tanto polemici quanto avveniristici rispetto alle impostazioni soggettivistiche prevalenti in materia di responsabilità aquiliana – da G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche* I. *Studi sulle obbligazioni* (Roma 1919) 55 (a più riprese rievocata dalla dottrina successiva, anche recente) per cui «[n]essuna responsabilità senza colpa è una massima che ha attraversato i secoli e che abbiamo tutti nelle orecchie, non nella coscienza». Cfr., sul punto, G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)* (Milano 1991) 285 s. (opera in cui, peraltro, è dedicato al pensiero – allora fortemente eccentrico – di Giacomo Venezian l'intero cap. VI: *Giacomo Venezian: il torto come realtà oggettiva sociale*, pp. 267 ss.; v. ora, dal medesimo a., *Danno ingiusto e 'governo' della società fra distinzioni e unità valoriale del sistema*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH [a cura di], *Dialoghi con Guido Alpa* cit. 71 ss.); A. LA TORRE, *Responsabilità e assicurazione. L'intreccio fra due storie parallele*, in ID., *Cinquant'anni col diritto. Saggi* I. *Diritto civile* (Milano 2008) 183 ss., spec. 186 s. e nt. 34 s.; in generale, sulla peculiarissima figura del giurista triestino, si v. il profilo tracciato da P. GROSSI, s.v. «*Venezian, Giacomo*», in *DBGI.* II cit. 2029 ss. (ma v. anche ID., *La cultura del civilista italiano* cit. 35 ss.), nonché, da ultimo, I. BIROCCHI, s.v. «*Venezian, Giacomo*», in *DBI.* XCVIII (Roma 2020), online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-venezian_%28Dizionario-Biografico%29/, con ulteriore bibliografia. Il riferimento alla «massima che ha attraversato i secoli» di Venezian è richiamato anche da L. MENGONI, s.v. «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*» cit. 1090, a proposito del caso fortuito in generale, nonché – nel compendiare il pensiero di Mengoni – da F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1063. È opportuno, in ogni caso, sottolineare che l'atteggiamento di Venezian – con riguardo all'adagio 'nessuna responsabilità senza colpa' – fu, appunto, di aperto contrasto. L'a., infatti, nel suo scritto

soltanto in astratto; esso, apprezzato in concreto – una volta accertatasi, dipoi, la prevedibilità o evitabilità dell'evento in rapporto al livello di diligenza esigibile[203] – si rivela non fortuito, squarciandosi il velo della pura sorte e addossando l'inadempimento al debitore[204].

giovanile – presentato originariamente come tesi di laurea a Bologna nel 1882 e pubblicato postumo, soltanto nel 1919, nel primo volume delle sue *Opere giuridiche* curato da Giuseppe Osti, in seguito a travagliate vicissitudini (che possono leggersi nella *Prefazione dei compilatori e degli Editori*, II ss.: cfr. in sintesi G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana* cit. 273; P. GROSSI, s.v. «*Venezian, Giacomo*» cit. 2030 s.) – intendeva proporre un «modello interpretativo … nel suo complesso rigorosamente unitario e 'oggettivo'» che si compendia nella «sostituzione del nesso di pura causalità alla responsabilità per colpa, [nel] riferimento al dato oggettivo del patrimonio e non alla persona, [nel]la valutazione del danno nella sua rilevanza sociale» (così G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana* cit. 272; si v., altresì, A. LA TORRE, *Responsabilità e assicurazione* cit. 185 e nt. 31), secondo uno schema proteso a trasporre all'interno degli istituti civilistici le cifre culturali della scuola positiva penalistica, fortemente influenzato com'era dal pensiero di Enrico Ferri (G. CAZZETTA, *op. ult. cit.*, 268 ss., 275 ss.). Nella sua portata innovativa, lo scritto di Venezian avrebbe consentito «una lettura libera e spregiudicata degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile che avevano sino ad allora inchiodato l'interprete alla stanca ripetizione dell'assioma 'nessuna responsabilità senza colpa'» (G. CAZZETTA, *op. ult. cit.*, 281). La profonda avversione del giurista triestino nei confronti di tale massima lo condurrà, peraltro, a rileggere – contestando l'impostazione jheringiana – taluni istituti propri dell'esperienza giuridica romana in chiave squisitamente oggettiva (su tutti, le azioni nossali, la responsabilità per fatto dei dipendenti, quella per *effusum vel deiectum*), nonché, in generale, l'intero impianto della *Lex Aquilia* (G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento* cit. 86 ss.; cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana* cit. 286 s.). Non è possibile soffermarsi oltre sulle reazioni che le ardite tesi di Venezian variamente suscitarono nella comunità scientifica (scrive Paolo Grossi [s.v. «*Venezian, Giacomo*» cit. 2030] che, quale «scrittore di pagine di indubbia originalità, civilista percorritore di sviluppi futuri e … antesignano rispetto alle tradizionali dogmatiche romanistico-civilistiche ancora persistenti in Italia a fine Ottocento … ebbe intorno a sé atteggiamenti di stupore e anche di irritazione o, nel caso migliore, di indifferenza»). Sul punto – specie sulle critiche mossegli da Ludovico Barassi, ma anche, tra gli altri, da Contardo Ferrini e Nicola Coviello – può rinviarsi, ancora, al più volte richiamato contributo di Cazzetta (spec. le pp. 285 nt. 54, 293 ss., 305 s., 378 s., 386 e nt. 26). Con riguardo all'atteggiamento di Venezian in relazione al sistema della responsabilità aquiliana in diritto romano, si cfr. le osservazioni di S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'* (Torino 1969) 9 ss. e nt. 14; in particolare, Venezian, suggerendo «nell'interpretazione delle fonti un mutamento della categoria dogmatica – dalla colpa al nesso di causalità – a cui riferire una serie di spunti in esse presenti» (p. 10), avrebbe, in definitiva, «tentato di sintetizzare in chiave di responsabilità oggettiva il sistema del diritto romano» (p. 12); cfr., altresì, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità Contrattuale* cit. 7 s. nt. 1, 235 s.

[203] Ritiene che la estraneità e la inevitabilità «non si misurano alla stregua del criterio dettato dall'art. 1176 c.c.» G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* cit. 408, 411 s. (ulteriori notazioni sono subito *infra*); sul punto, cfr. le considerazioni di R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 111 s.

[204] Cfr., sul punto, quanto osserva G. D'AMICO, *La responsabilità 'ex recepto'* cit. 72, per cui il 'caso fortuito' – «nella sua tradizionale accezione 'soggettiva'» – costituisce

Giunti a tal punto – e già a un livello puramente intuitivo – sorge un interrogativo. Com'è noto, l'assetto generale della responsabilità contrattuale nella disciplina codicistica (segnatamente, agli artt. 1218 e 1176) non poggia – almeno, da un punto di vista strettamente testuale – sul caso fortuito[205], ma

una «formula sintetica comprensiva di tutti gli eventi 'estranei' (che rendano impossibile l'adempimento) di cui il debitore non debba rispondere *in quanto (e nei limiti in cui si presentino come) imprevedibili e/o inevitabili*». Per una diversa soluzione, per tutti, si v. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* cit. 408 s., la quale fa riferimento – in relazione alla causa non imputabile – ad un avvenimento da cui dipende l'impossibilità «di provenienza esteriore rispetto alla cerchia di attività del debitore e privo di qualunque connessione, anche soltanto occasionale, con l'attività stessa» e che non si verifichi «in modo tipico» in quella sfera (l'esempio addotto è quello – classico – del furto perpetrato ai danni dell'albergatore, che invece non rientrerebbe «nel caso fortuito perché costituisce un evento che si verifica in modo tipico a danno dei clienti degli alberghi e può essere definito come un rischio ordinario dell'attività alberghiera, un evento interno a questa perché in essa trova l'occasione. L'esteriorità dunque si misura sul terreno della natura della prestazione e dello scopo economico del contratto: se l'evento rientra nei rischi ordinari e tipicamente ricorrenti dell'attività del debitore non può essere considerato caso fortuito. Quando può dirsi che l'evento è interno alla sfera di influenza del debitore è irrilevante l'indagine sulla inevitabilità dello stesso, perché, anche se fosse, in concreto, inevitabile, non può costituire una causa di esonero per l'assorbente ragione insita nella riferibilità alla sfera di controllo del debitore. E tutto ciò corrisponde non solo all'evoluzione giurisprudenziale descritta nelle pagine addietro, ma alla tradizione dottrinale risalente al codice abrogato sulla concezione oggettiva del caso fortuito». Si v. altresì la netta notazione a p. 411 s.: «Rimane dunque acquisito il seguente risultato: inutilizzabilità del criterio dettato dall'art. 1176 c.c. (colpa-negligenza) per la ricostruzione del significato del concetto di 'causa non imputabile'. Tale norma svolge un ruolo solo nell'ambito dell'adempimento delle prestazioni suscettibili di essere apprezzate qualitativamente con riferimento a un parametro di comportamento conforme al rispetto delle c.d. regole dell'arte. Il ricorso a questa norma per individuare un criterio di imputazione del caso fortuito è fonte di equivoci e costituisce un argomento a sostegno della concezione soggettiva del caso fortuito, concezione che è contraddetta da dati testuali legislativi e dal sistema giurisprudenziale». Nel medesimo luogo (segnatamente, a p. 412) l'a. – anche con riguardo al caso fortuito in relazione alla responsabilità per custodia ex art. 2051 cod. civ. – aggancia il concetto al «rischio tipico della cosa», a riprova del dato per cui nel nostro ordinamento «i criteri di imputazione della responsabilità sono sovente correlati alla qualità dei soggetti e alla sfera di attività svolta, a prescindere da un comportamento negligente».

[205] Che, diversamente, è evocato in svariate disposizioni del Codice, con riguardo a fattispecie assai eterogenee – peraltro non soltanto in riferimento a specifiche ipotesi di responsabilità da inadempimento – difficilmente riconducibili ad unità: si v., in particolare, gli artt. 1007, 1017, 1492 co. 3, 1609 co. 2, 1635 (rubrica e co. 1), 1636 (rubrica e testo), 1648 (rubrica e testo), 1686 co. 3, 1693 co. 1, 1694 (rubrica e testo), 1787, 1805 co. 1, 1839, 2037 co. 2, 2051, 2052, 2743 cod. civ. Al di fuori del perimetro del Codice civile, si v., altresì, gli artt. 482 e 1182 cod. nav., nonché – con riguardo alla tutela del consumatore – l'abrogato art. 96 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (che, peraltro, con una formulazione peculiare, distingueva il fatto del terzo imprevedibile o inevitabile da caso fortuito e forza maggiore). Un espresso richiamo al fortuito quale limite alla generale responsabilità contrattuale era invece presente all'art. 1226 cod. civ. abr.: v. *infra*, nt. 207.

sulla «causa non imputabile»[206] (diversamente dalla disciplina che il Codice del 1865 recava, invece, agli artt. 1225 e 1226: «[n]el primo di questi era considerata esoneratrice dalla responsabilità per inadempimento o per ritardo la causa estranea non imputabile al debitore, nel secondo si identificava tale causa col caso fortuito o con la forza maggiore»[207]). Di tale aspetto,

[206] Così, in particolare, l'art. 1218 cod. civ., per cui «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

[207] Il virgolettato è tratto dal § 571 della *Relazione alla Maestà del Re Imperatore*, (in *Codice civile* cit. 356, ma si v. altresì le pp. a seguire), ove è dato conto del travagliato trapasso dagli artt. 1225 e 1226 cod. civ. abr. alla formulazione del vigente art. 1218. Non sarà inutile – a tal punto – rileggere il passaggio del brano di cui sopra che più rileva in questa sede: «è pure noto che a gravissime discussioni diedero luogo i concetti di caso fortuito e di forza maggiore, cui faceva riferimento l'art. 1226 del codice del 1865: la più recente tendenza della dottrina era nel senso di identificare quel concetto con l'assenza di colpa, da parte del debitore, nella determinazione dell'evento da cui dipendesse l'inadempimento o il ritardo. Per questo, nell'art. 1218, a dirimere ogni questione si parla puramente e semplicemente di causa non imputabile al debitore: la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere, costituisce il requisito subiettivo, che deve concorrere con quello obiettivo dell'impossibilità della prestazione, perché il debitore inadempiente sia esente da responsabilità». Sul punto, si v. F. REALMONTE, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore*» cit. 250 s., 252; ulteriori considerazioni subito *infra*. Non può qui non richiamarsi, in ogni caso, una pagina di Riccardo Cardilli ove può leggersi – con chiarezza – che «Il caso fortuito è … causa non imputabile per eccellenza, come la colpa è al contrario il criterio-principe per imputare l'inadempimento dell'obbligazione: le formulazioni degli articoli ricordati [*scil.*, gli artt. 1693, 1785, 1787 cod. civ.], quindi, non fanno altro che materializzare in termini di regola la causa non imputabile che il debitore deve provare secondo l'art. 1218 c.c.» (così in *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema'* cit. 110 [= in ID., *Fondamento romano dei diritti odierni* cit. 514]). Come l'a. ha avuto modo di ribadire in tempi più recenti, con un'efficace immagine, *culpa* e *casus* costituiscono «i due corni del problema della responsabilità»: sul punto, v. R. CARDILLI, *Gestione empirica dell'imputazione e 'culpae adnumeratio' nella riflessione dei giuristi romani*, in *Index* 42 (2014) 330.

Con riguardo al Codice del 1865, sempre utile è la consultazione di S. GIANZANA, *Codice Civile preceduto dalle Relazioni …* V cit. 413, *sub* artt. 1225 e 1226, ove sono essenziali riferimenti storico-comparatistici, in specie, altresì, al diritto romano, e, segnatamente – per l'art. 1225 – al fondamentale D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*) (frammento «sorretto da un intento sistematore di così vasto respiro che i redattori delle Pandette lo reputarono riassuntivo di tutto il pensiero classico [*scil.*, in materia di responsabilità contrattuale] e vi ravvisarono la '*regula iuris antiqui*', riguardo ai criteri di imputazione della responsabilità»: così S. TAFARO, *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23* cit. 23) nonché a D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*), per l'art. 1226. Secondo G. OSTI, s.v. «*Impossibilità sopravveniente*» cit. 290, tale ultima norma rappresentava, in sostanza, la riproduzione della menzionata costituzione severiana conservata in C. 4.24.6, ove è reperibile il «principio generale … che costituì il caposaldo per la elaborazione della teoria del caso fortuito … ma servì anche di appiglio per la tendenza ad individuare nella colpa il

nondimeno, non v'è cenno nell'ordinanza, non essendo stata censurata, sul punto, la valutazione della Corte d'appello romana. Ciononostante, ci si potrebbe interrogare sulle ragioni che hanno spinto la vicenda su questo binario, vale a dirsi sulla esclusione della responsabilità contrattuale del ristoratore – genericamente intesa – in ragione del caso fortuito.

Il problema – ben radicato nel dibattito dottrinario, specie nelle ricerche inerenti alla responsabilità da inadempimento – ha suscitato vivaci contrasti[208], nelle cui profondità non è possibile addentrarsi. È necessario,

fondamento della responsabilità del debitore inadempiente, data la preminenza che ne risultava attribuita, nella liberazione da tale responsabilità, all'elemento soggettivo costituito dal comportamento dello stesso debitore». Sulla centralità del frammento conservato in D. 50.17.23 per gli edifici della responsabilità contrattuale fondati sulla tradizione romanistica – almeno, sino al mutamento di rotta impresso dalla scienza pandettistica tedesca, e in particolare da Friedrich Mommsen – si v., da ultimo, con chiarezza, R. CARDILLI, *L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione'* cit. 92 ss. (con referenze bibliografiche alle ntt. 19 ss.). Osserva l'a., in particolare – in un passaggio denso di spunti per la presente indagine –, che se la tradizione romanistica «[p]er il problema delle conseguenze dell'inadempimento nelle obbligazioni da contratto … ha considerato centrale la *regula iuris antiqui* di Ulp. l. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23 ('*culpam praestare~casus a nullo praestantur*')» – spiegandosi così la «linea di continuità sul tema della tradizione romanistica fino a Domat e Pothier, e l'assenza del ricorso al concetto di 'impossibilità' nei primi articoli codificati che regolano, in generale, il problema della responsabilità contrattuale» –, «[n]ella scienza pandettistica tedesca, invece, ed in particolare con Friedrich Mommsen, l''impossibilità' diventa la categoria centrale dal punto di vista dogmatico della responsabilità per inadempimento». «Fino alla prima metà del XIX sec.» – prosegue Cardilli – «il concetto tradizionale che esprimeva il limite della responsabilità contrattuale» si dipanava, appunto, «[nella] *vis maior* e [nel] *casus*»: «[q]uando si parlava di 'impossibilità' nell'ambito della responsabilità contrattuale si intendeva … l'adempimento impedito da una forza maggiore e da un caso fortuito. Friedrich Mommsen modificò la prospettiva, facendo della *Unmöglichkeit* della prestazione l'unica causa di liberazione della responsabilità per inadempimento, spostando dal giudizio sull'inadempimento cagionato da una colpa e dal limite insormontabile del caso fortuito a quello sulla 'possibilità' della prestazione il momento cardine del processo logico dell'interprete per riconoscere la responsabilità contrattuale» (p. 93). La «rilevanza diretta» del suddetto trapasso – osserva, infine, Cardilli (a p. 93 s.) – può cogliersi sul piano normativo, con la recezione dell'accennata «metamorfosi» nelle formulazioni del § 275 BGB e – «attraverso la mediazione dell'Osti» – nell'art. 1218 cod. civ. Su questi temi, v. ora ID., *Fondamento romano dei diritti odierni* cit. 480 ss.

[208] Se ne veda una efficace sintesi in P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile. Artt. 1173-1320* cit. 533 ss. (ove – a p. 534 – si osserva che «[l]a precisa identificazione della nozione di caso fortuito e di causa non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., nonché la individuazione dei rapporti intercorrenti tra questi due concetti, costituiscono ancor oggi punti particolarmente controversi sia in dottrina che in giurisprudenza»). Per l'equiparazione dei concetti causa non imputabile e caso fortuito, si v. ogni caso, per tutti, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* cit. 349 ss., 388

nondimeno, dar conto di un dato. L'aggancio del caso fortuito alla prevedibilità e inevitabilità dell'evento – espressamente connesso al «*cum praevideri non potuerint*» romano – sembra essersi affermato saldamente nella più recente giurisprudenza, specie in tema di responsabilità ex art. 2051 cod. civ. A questo proposito può richiamarsi l'antecedente più prossimo[209] – dal punto di vista cronologico ed argomentativo, essendo pressoché identico nelle motivazioni – del provvedimento oggetto della presente indagine (peraltro, già richiamato[210]), vale a dirsi l'arresto di Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837 (che condivide con l'ord. n. 9997/2020 anche l'estensore):

> § 3.2. … Il codice civile non dà la definizione di "caso fortuito": nondimeno, per millenaria tradizione giuridica, con quell'espressione

(nonché EAD., *Trattato breve della responsabilità civile*[3] [Padova 2005] 16 ss.; cfr., poi, le osservazioni di F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1082 ss.). Diversamente, si v. F. REALMONTE, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore*» cit. 250, per cui «il caso fortuito opera come limite alla responsabilità del debitore, non però in termini di regola generale, bensì con riferimento a determinati rapporti obbligatori»; nell'area d'influenza della ordinaria responsabilità da inadempimento, infatti, «la regola generale è racchiusa nella formula 'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore' di cui è parola nell'art. 1218». Ancora (si legge a p. 251), «può di certo considerarsi una base sicura di avvio dell'indagine, e la storia dell'istituto è appunto in siffatta direzione, porre la premessa che là dove viene invocato il 'caso fortuito' come limite della responsabilità debitoria, quest'ultima è da ritenersi 'aggravata' rispetto a quella il cui limite è espresso dalla locuzione 'causa non imputabile'». Una posizione intermedia (ma certamente più prossima all'impostazione equiparatrice) mi pare quella assunta da G. COTTINO, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*» cit. 377 ss., il quale, muovendo dalla sussunzione «nella nozione di causa non imputabile [dei] concetti di causa estranea, caso fortuito e forza maggiore», giunge dipoi a sfumare – pur lievemente – tale assimilazione, asserendo che «[c]ausa non imputabile è in genere l'evento (di regola almeno, incolpevole) di cui il debitore non deve rispondere. Fortuito è lo specifico, tipico evento liberatorio» (p. 384). Per una recente rilettura della nozione della «causa non imputabile», illuminata dal metodo casistico proprio della giurisprudenza romana classica – e, segnatamente, dalla *regula* dell'*utilitas contrahentium*, che «sembrano non essere stati adeguatamente valorizzati in dottrina nelle diverse ricostruzioni della responsabilità contrattuale» –, v. l'articolato contributo di C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale* cit. *passim*, spec. 291 ss. (sulle cui conclusioni si tornerà, peraltro, *infra*: nt. 236); l'a., in ogni caso, muove dalla equiparazione proposta – altresì – da Giovanna Visintini: v., spec., p. 295, 296 nt. 50.

[209] Cfr. il § 3.3 dell'ord. n. 9997/2020, in chiusura.

[210] V. *supra*, nt. 178, nonché su nt. 185.

si designa l'evento che non poteva essere in alcun modo previsto o, se prevedibile, non poteva essere in alcun modo prevenuto. Già un rescritto dell'imperatore Augusto, inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal *Codex Iustiniani*, Libro IV, Titolo XXIV, p. 6, *De casu fortuito*) sancì che *quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (...), nullo bonae fidei judicio praestantur*. Il precetto passò tal quale nel diritto intermedio (*casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare*), e da questo pervenne immutato all'età delle codificazioni, ed ai codici attuali. In questi, tuttavia, fu conservato il precetto (il debitore è liberato dal caso fortuito: si vedano ad esempio l'art. 1492 c.c., comma 3, in tema di perimento della cosa venduta; art. 1637 c.c., in tema di accollo da parte dell'affittuario del rischio di caso fortuito; art. 1686 c.c., comma 3, in tema di responsabilità del vettore; art. 1805 c.c., in tema di responsabilità del comodatario), ma se ne obliò la giustificazione (il "*cum praevideri non potuerint*" del rescritto augusteo), probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata[211].

[…]

§ 3.5. La eterogeneità tra i concetti di "negligenza della vittima" e di "imprevedibilità" della sua condotta da parte del custode ha per conseguenza che, una volta accertata una condotta negligente, distratta, imperita, imprudente, della vittima del danno da cose in custodia, ciò non basta di per sé ad escludere la responsabilità del custode. Questa è infatti esclusa dal caso fortuito, ed il caso fortuito è un evento che *praevideri non potest*.

Nel medesimo solco – almeno, in riferimento alla prevedibilità dell'evento ed alla forma espositiva – può registrarsi altresì l'orientamento

[211] Il passaggio è sovrapponibile – con le annesse sviste – a quello contenuto nel § 3.3, ord. n. 9997/2020 (cfr. *supra*, in e su nt. 184).

fatto proprio dalla recente Cass. civ., Sez. III., 20 novembre 2020, n. 26524, che rievoca testualmente «le lucide considerazioni svolte da Cass. n. 25837/2017»[212]. Ridotti all'essenziale, questi i fatti di causa: Tizia, caduta nell'avvallamento di un vialetto del cimitero comunale (non adeguatamente segnalato, né visibile in ragione della presenza di altri individui), aveva convenuto in giudizio l'ente competente per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti alle lesioni subite ex art. 2051 cod. civ. Il Tribunale rigetta la domanda. Tizia impugna, ma la Corte d'appello conferma la decisione del giudice di prime cure; l'anomalia del fondo stradale – si osserva – era tempestivamente avvistabile, e, quindi, la caduta ben poteva essere preveduta ed evitata. Pertanto, la condotta colposa della vittima vale a integrare il fortuito, sollevando l'amministrazione comunale dalla responsabilità per custodia.

Di diverso avviso gli Ermellini. L'unico motivo di cui si compone il ricorso per cassazione di Tizia, infatti, è fondato: «la Corte di Appello ha mostrato di aderire ad una nozione di caso fortuito che si identifica con l'accertamento della condotta colposa del danneggiato, senza tener conto della necessità di verificare se detta condotta presentasse anche i requisiti della non prevedibilità e non prevenibilità da parte del custode». In altri termini, i giudici d'appello hanno ritenuto che il fatto colposo del danneggiato integrasse il fortuito, *a priori* e in quanto tale, omettendo l'accertamento in concreto inerente alla prevedibilità ed evitabilità della – pur colposa – altrui condotta da parte del custode[213].

[212] § 2. In tal senso, si v. altresì l'ancor più recente Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 4035, che pure – segnatamente, al § 2.1 – ripercorre un lungo stralcio delle «lucide considerazioni svolte da Cass. n. 25837/2017».

[213] D'interesse, altresì, è la recente Cass. civ., Sez. lav., 12 maggio 2020, ord. n. 8791, che – menzionando, peraltro, un nutrito numero di precedenti – ha escluso la responsabilità del ristoratore (ex artt. 2043 e 2051 cod. civ., non essendosi ravvisata la sussistenza di un rapporto contrattuale) per i danni patiti da un avventore occasionale (segnatamente, un individuo che si occupava, saltuariamente, di piccoli lavori di manutenzione) per aver questi ingerito – con una condotta del tutto inconsulta – dell'acido muriatico contenuto in una bottiglietta d'acqua frizzante collocata su di uno scaffale.

A questo punto, può affermarsi che l'aggancio del *casus* alla prevedibilità ed evitabilità risulta – in questo recente filone – sviluppato, soprattutto, in connessione alla responsabilità per custodia. L'ord. n. 9997/2020, diversamente, si avvale di tale percorso logico in riferimento alla responsabilità – generale – da inadempimento, limitata appunto da quel caso fortuito che non possa dirsi *culpa determinatus*. Tale aspetto, peraltro, risulta implicitamente desumibile dal medesimo provvedimento, ove – al § 3.3, in chiusura – si precisa che «l'evento fortuito, ma prevedibile od evitabile, non libera l'autore del danno da responsabilità, c o n t r a t t u a l e o d a q u i l i a n a c h e s i a [spaziato mio, M.A.]»[214], richiamandosi, ancora, l'ord. n. 25837/2017.

Le ragioni di tale accostamento – che sovrappone i limiti tipici delle ipotesi di responsabilità aggravata a quelli propri della responsabilità generale da inadempimento – possono essere varie. Da un punto di vista empirico, infatti, potrebbe registrarsi una mera traslazione di un passaggio motivazionale da un campo (quello della tormentata responsabilità per custodia) all'altro (il piano, generale, della responsabilità da inadempimento)[215].

Nondimeno, e diversamente, il Supremo Collegio potrebbe altresì aver aderito – implicitamente, s'intende – a quella corrente dottrinaria che ha ritenuto assai più ristretti i limiti alla responsabilità del debitore ove questi eserciti un'attività d'impresa, esonerandolo, appunto, solamente ove ricorrano «cause estranee alla sfera di controllo e di pianificazione dell'imprenditore»[216]. Secondo i fautori di tale ultima tesi – tra i quali

[214] Cfr. quanto osserva, sul punto, G. COTTINO, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*» cit. 380.

[215] Testimoniato, altresì, dalla sostanziale sovrapponibilità dei rispettivi brani in motivazione, che si è avuto modo di registrare subito sopra.

[216] È questa la posizione di Pietro Trimarchi: cfr., diffusamente, *Sul significato economico* cit. 512 ss. Il virgolettato è tratto da ID., *Rischio e responsabilità* cit. 35 (brano reperibile, altresì, nelle sue *Istituzioni di diritto privato*: cfr., per esempio, la 18ª ed. [Milano 2009], a p. 310). Di tal guisa, il caso fortuito è integrato da ogni evento eccentrico rispetto al rischio tipico d'impresa; onde, di esso il debitore non risponderà ove dimostri di aver

potrebbe inscriversi, altresì, Luigi Mengoni[217], pur con taluni non irrilevanti temperamenti[218] –, i danni connessi ai rischi tipici d'impresa, dei quali il debitore abbia tenuto (o avrebbe dovuto ragionevolmente tenere) conto nella pregressa analisi costi-benefici dell'attività, sono a quest'ultimo imputabili oggettivamente, a prescindere dalla imprevedibilità ed inevitabilità degli stessi[219]. Con riguardo alla causa estranea – che attiene, per converso, al

adoperato i mezzi necessari per prevederne ed evitarne gli effetti dannosi. Di contro, gli eventi ricompresi nel rischio tipico d'impresa gli verranno ugualmente – ed inesorabilmente – addebitati, pur ove imprevedibili ed inevitabili. Cfr., sul punto, le osservazioni di C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito* cit. 489, nonché, dipoi, F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1072 s. e nt. 153. Sul concetto di rischio tipico si cfr., altresì, L. CABELLA PISU, *La causa non imputabile* cit. 239.

[217] Cfr. L. MENGONI, s.v. «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*» cit. 1092 ss., spec. 1094 s.

[218] Cfr. *ivi*, 1094 s. e nt. 150; F. REALMONTE, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore*» cit. 254 s. Sul punto, si v. altresì F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1072 s. e nt. 152 s., con opportune precisazioni.

[219] Osserva a tal riguardo L. MENGONI, s.v. «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*» cit. 1094 s. che «[l]'integrazione [dell'art. 1218] con l'art. 1176 porta a conservare alla colpa il valore di criterio generale applicabile in tutti i casi in cui non risulti dalla legge un criterio diverso … Ma nel campo delle prestazioni d'impresa questa regola tende a rovesciarsi: qui il debitore risponde fino al limite della forza maggiore (nel senso sopra precisato), salvo che la responsabilità sia contenuta entro i confini della colpa. Ciò accade in linea di massima per gli obblighi di protezione»; soggiunge l'a., «[i]l concetto di causa estranea (ai rischi calcolabili dall'imprenditore) definisce il limite della responsabilità per rischio d'impresa, non il limite assoluto della responsabilità per inadempimento, che è pur sempre integrato dalla mancanza di colpa. In altre parole, nei casi in cui opera la responsabilità per rischio, la colpa diventa un criterio di imputazione sussidiario, applicabile quando l'impossibilità della prestazione sia derivata da una causa estranea ai rischi amministrati dall'imprenditore: si dovrà allora esaminare se tale causa fosse tuttavia evitabile con la diligenza prescritta dall'art. 1176»; cfr., poi, l'opinione sostanzialmente analoga di F. REALMONTE, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore*» cit. 254 s., il quale tuttavia preferisce una nozione unitaria di caso fortuito e forza maggiore, intesi, a tal proposito, alla stregua di «fattori causali (dell'impossibilità della prestazione) estranei ai rischi tipicamente collegati ad una certa attività d'impresa e al suo concreto svolgimento» (*ivi*, 255; v., altresì, la nt. 55). Sul punto, si cfr., altresì, C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito* cit. 488 s., nonché, più recentemente, la sintesi – anche in chiave storico-comparatistica – di R. CARDILLI, *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema'* cit. 111 s.

In riferimento alla impostazione mengoniana, si v. i rilievi critici proposti da R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 153 s., assati, in particolare, sulla indebita restrizione dei «problemi di rischio intesi come tematiche di responsabilità» ad «un'assai ristretta sfera pratico-applicativa … vale a dire quella che per Mengoni sarebbe la cd. 'responsabilità d'impresa'», peraltro «con approccio discutibile sul piano dommatico, in quanto il rischio, di per sé, non può configurare un criterio di responsabilità, ma soltanto un corollario della sua struttura pratica essenziale, rappresentata dai doveri di *praestare*». Sul punto – in un'ottica consimile a quella di Cannata (*Sul problema della responsabilità* cit. 81), per cui

'rischio atipico' – tornerebbe ad espandersi il limite della prevedibilità ed imprevedibilità dell'evento dannoso, ponderate alla stregua del secondo comma dell'art. 1176 cod civ.[220].

Purtuttavia, anche qui s'incappa in un inconveniente. Infatti, se da un lato siffatta tesi (con l'assorbire nel rischio proprio dell'attività economica quella serie di eventi dannosi riconducibili alla tipicità dello stesso, e trascurando la imprevedibilità e la inevitabilità che, eventualmente, li caratterizzino[221]) si avvale del caso fortuito quale limite generale della responsabilità contrattuale (d'impresa) – secondo uno schema compatibile con l'ord. n. 9997/2020, peraltro globalmente protesa ad aggravare la posizione del debitore-ristoratore[222] –, dall'altro essa pare difficilmente conciliabile con le conclusioni cui perviene il medesimo provvedimento. Difatti, la Cassazione è perentoria nel richiedere l'accertamento in concreto della prevedibilità e della evitabilità – a mezzo di condotte salvifiche

---

la considerazione del «rischio (*periculum*, appunto) come un criterio di responsabilità» costituisce «ancor più che … un errore dogmatico … un'idea peregrina» – l'a. non condivide il suesposto rapporto di sussidiarietà che legherebbe la responsabilità 'per colpa' rispetto a quella 'per rischio', «che comunque si risolve in un'alternativa tra le due costruzioni» (così a p. 154); soggiunge Fercia, «l'idea romana (o, almeno, l'idea propria di alcune importanti soluzioni della giurisprudenza classica) che credo debba valorizzarsi in tema di *ius commune* europeo della responsabilità è, invece, significativamente differente: messa da parte una distinzione netta tra responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva, i *prudentes* insegnano che, a seconda dei casi, è possibile adottare una logica per cui a qualunque modello di debitore medio – non solo al modello imprenditoriale – le prestazioni sussidiarie impongono dei rischi tendenzialmente tipici che all'esatta realizzazione del programma d'obbligazione sono funzionali». Recentemente, utilizza espressamente il rischio quale criterio d'imputazione della impossibilità della prestazione nell'ambito della responsabilità *ex recepto* F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1073, 1078.

[220] Almeno, ove si aderisca all'opinione di Mengoni, segnalata *supra*, alla nt. che precede.

[221] Nondimeno, a tal proposito, potrebbe osservarsi che – già sul piano astratto – pare difficile sganciare il concetto di rischio tipico dai giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, suonando – quantomeno – bizzarra l'idea di un rischio che sia, al contempo, tipico di una certa attività economica o industriale e, al contempo, imprevedibile o inevitabile per chi l'abbia intrapresa.

[222] Ne è prova la ritenuta integrabilità del negozio di ristorazione ex art. 32 Cost., il cui risultato – ove tale opzione non resti isolata – sarebbe quello di appesantire notevolmente la condizione dell'imprenditore ristorativo, a prescindere dal concreto dipanarsi della singola vicenda negoziale (con i risvolti critici segnalati *supra*, spec. §§ 2.1 ss.).

alternative – dell'evento dannoso (vale a dirsi, il rovesciamento dell'alimento bollente) secondo le regole proprie della diligenza richiesta, ex art. 1176 cod. civ., al ristoratore medio[223]. Di tal guisa, per conciliare le due letture, dovrebbe assumersi che la Suprema Corte abbia ritenuto tale rovesciamento estraneo al rischio tipico dell'impresa ristorativa, riconducendolo al segmento di quegli eventi – sopra richiamati – eccentrici rispetto ad esso, in relazione ai quali tornerebbe ad espandersi la regola di diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ. (in specie, co. 2)[224]. Ma una tale conclusione – a prescindere dalla dubbia compatibilità con l'impianto generale dell'ordinanza – avrebbe richiesto una più approfondita indagine inerente al contenuto del contratto ristorativo, onde desumerne, con ragionevole certezza, i 'rischi tipici'; come si è registrato, nondimeno, tale indagine è mancata[225].

È necessario, allora, ricercare un'altra strada. Verosimilmente, la Suprema Corte ha ritenuto – nel caso di specie – sovrapponibili le nozioni di caso fortuito e causa non imputabile, accedendo alla ricostruzione per cui, in definitiva, il primo costituisce una specifica declinazione della seconda[226]; e tale – sostanziale – equiparazione è stata, indubbiamente, favorita da due fattori. Anzitutto, il dato per cui la sussistenza del fatto del terzo – l'urto scomposto del commensale – risultava, in giudizio, del tutto incontroverso,

[223] § 3.4 ord. cit.

[224] Come suggerisce, ancora, L. MENGONI, s.v. «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*» cit. 1095.

[225] Cfr. *supra*, § 2.2 e *passim*.

[226] Secondo un'impostazione che mi pare vicina a quella di G. COTTINO, s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*» cit. 377 ss., 384 s., e che, comunque, sembra riconoscere – o per ragioni dogmatiche date per presupposte, o per empiriche necessità, connesse ai segnalati richiami ai precedenti resi dalla medesima Corte in riferimento all'art. 2051 cod. civ. – la equiparazione della responsabilità da inadempimento a quella per custodia: cfr. quanto osserva, sul punto, C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale* cit., spec. 301 s. (sulle cui opinioni, v. *amplius*, *infra*, nt. 236). Nondimeno, l'approfondimento storico che la Suprema Corte dedica ai requisiti della prevedibilità ed evitabilità del fortuito – ove essa avesse tenuto, implicitamente, presente la comune base di cui alla «causa non imputabile» –, unita, appunto, al mancato richiamo al requisito della 'imputabilità' della causa esterna di cui all'art. 1218 cod. civ. – che avrebbe certamente irrobustito, dal punto di vista degli appigli normativi, le argomentazioni spese dalla Corte –, lasciano intendere che, in ogni caso, il provvedimento in commento ha inteso ascrivere al *casus* una marcata autonomia.

unitamente all'astratto inquadramento dello stesso nell'alveo – precisamente – del caso fortuito. In secondo luogo, come si è segnalato, la motivazione dell'ordinanza si è diffusamente giovata dei precedenti resi in tema di custodia – ove, appunto, il limite alla responsabilità riposa precisamente sul fortuito.

Potrebbe affermarsi, in definitiva, che la Suprema Corte ricolleghi la (in)configurabilità del caso fortuito al ricorrere di taluni rischi – definibili, se si vuole, tipici in concreto[227] – da apprezzarsi nell'ambito della peculiare vicenda negoziale attraverso il diaframma della *diligentia* del debitore, nel caso di specie, peraltro, qualificata ai sensi dell'art. 1176 co. 2 cod. civ. Di tal guisa, pur adottandosi un parametro differente – vale a dirsi, la più volte richiamata diligenza del ristoratore 'medio'[228] –, la valutazione giudiziale resta saldamente ancorata al caso concreto, rifuggendo qualsivoglia postulazione astratta in ordine ad ipotetiche 'classi di rischi' da attribuirsi, irrimediabilmente, al debitore.

Ed allora, ecco stagliarsi nuovamente all'orizzonte le sagome dei cd. «rischi funzionali», a più riprese evocati nel corso di questa ricerca[229], la cui essenza – come segnalato – poggia precisamente sul fecondo dialogo tra diligenza e attribuzioni di rischio in relazione allo specifico programma d'obbligazione. In tal senso, la Suprema Corte sembra – in definitiva, in maniera corretta – proporre una soluzione sostanzialmente coincidente con la ricerca – devoluta alla Corte d'appello – dei *pericula* inerenti, in concreto, alla prestazione di diligenza (qualificata) del debitore-ristoratore. In tal modo, attraverso questa lente è possibile accertare se – e in che misura – l'urto del terzo (che interferisce con lo svolgimento della prestazione ristorativa nel suo nucleo essenziale), con il conseguente rovesciamento della pizza, possano ritenersi – nell'ambito di quella specifica vicenda, in relazione

[227] Direbbe R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 154, «tendenzialmente tipici».

[228] Cfr. § 3.4 ord. cit.

[229] *Supra*, §§ 3-3.1, con un percorso che è debitore delle ricerche di Riccardo Fercia (spec., *Dovere di diligenza* cit.).

all'agitazione di quei «turbolenti *iuvenes*»[230], e nella misura di quel rapporto contrattuale, concretamente dipanatosi nel contesto descritto – sussumibili nell'alveo di quel rischio di cui il debitore deve rispondere in quanto «corollario della struttura pratica di un criterio di responsabilità»[231].

Nondimeno, come si è registrato, una tale operazione sarebbe stata certamente agevolata dalla delimitazione dei contenuti essenziali della prestazione ristorativa; delimitazione assente, perché assorbita, in maniera criticabile[232], dalla vorace integrazione del negozio ex art. 32 Cost.

Di contro, pare corretto l'approccio della Suprema Corte nella parte in cui si orienta per una indagine in concreto, sollecitando l'individuazione di quei *pericula* che «costituiscono oggetto di elaborazione casistica 'interna' all'ordinamento nella sua 'storicità'»[233]. In tal senso, l'urto del commensale (e il conseguente rovesciamento dell'alimento bollente) potrebbe costituire «solo tendenzialmente un 'rischio funzionale', perché andrà accertato di volta in volta se il debitore debba o meno tenere la controparte al sicuro da

[230] Cfr. D. 48.19.28.3 (Call. 6 *de cogn.*). Sul brano callistrateo si v., tra gli altri, M. VANZETTI, *«Iuvenes» turbolenti*, in *Labeo* 20 (1974) 77 ss.; S. RANDAZZO, *«Collegia iuvenum». Osservazioni in margine a D. 48.19.28.3*, in *SDHI.* 66 (2000) 201 ss.; R. LAURENDI, *Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I 'collegia iuuenum' tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato 'de cognitionibus' D. 48.19.28.3*, in *AUPA.* 59 (2016) 261 ss.; da ultimo, A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn'.) e la sanzione dei recidivi*, in *Index* 47 (2019) 348 ss.

[231] C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 92; cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 14 e *passim*.

[232] Cfr. *supra*, §§ 2 ss.

[233] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 151.

esso»[234]: in altri termini, spetterà al giudice ponderare se – di volta in volta[235] – siffatto evento sia o meno «riferibile all'area del *diligentiam praestare*»[236].

[234] Così *ibidem*, a margine della relazione che intercorre tra il furto e l'obbligazione di custodire (in relazione al *dictum* di Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2003, n. 16826, in *Giust. civ. Mass.* [2003] 2510, per cui «non è sufficiente il solo fatto che il furto sia un evento sempre astrattamente prevedibile ed evitabile, per far versare in colpa il comodatario che detto furto abbia subito, rendendo impossibile la restituzione, ma occorre che, avuto riguardo alle circostanze concrete, il comodatario non abbia posto in essere tutte le attività protettive che l'ordinaria diligenza richiede. Trattasi, quindi, di un accertamento da effettuare in concreto, con valutazione *ex ante* da parte del giudice di merito, e non sulla base di una previsione in astratto»), ove l'a. traccia delle coordinate applicabili – *mutatis mutandis* – agli obblighi che discendono dal contratto ristorativo. Non sarà inutile, a tal proposito, rileggere quanto osserva Riccardo Fercia (ancora, a p. 151): «[i]n linea di massima, dunque, nel caso dell'obbligazione di custodire il furto costituisce solo tendenzialmente un 'rischio funzionale', perché andrà accertato di volta in volta se il debitore debba o meno tenere la controparte al sicuro da esso. Tale evenienza, secondo la pronuncia qui esaminata, potrà essere infatti esclusa ogni qual volta il furto stesso possa considerarsi evento imprevedibile in ragione delle modalità della sua consumazione: per utilizzare la terminologia di Ulp. 5 *ad ed.* D. 19.2.41, si può dire che nel nostro ordinamento il furto costituisce soltanto '*interdum*' – forse *rectius*, '*plerumque*' – un'attribuzione di rischio che consegua al dovere di diligenza sussidiario al dovere di custodire». In tal senso, cfr. altresì i rilievi proposti – in un contributo che a più riprese incrocia taluni dei problemi analizzati nella presente ricerca – da N. RAMPAZZO, *Deposito e diligenza nella custodia. A proposito di due recenti sentenze in tema di parcheggio*, in *Diritto e giurisprudenza* (2010) 203 ss., spec. 205 e nt. 42.

[235] Cfr. quanto osserva R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 215 s.

[236] *Ivi*, 152. Tale conclusione, peraltro, non sembra distanziarsi negli esiti da quella cui giunge – pur con percorsi ermeneutici (e presupposti) assai differenti – C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale* cit. 296 ss. Nella prospettiva tracciata dall'a. (cui si accennava *supra*, nt. 208, 226), «atteso che 'causa non imputabile' è una espressione breviloquente e generale idonea ad indicare neutralmente la 'non riferibilità eziologica' di un certo fatto alla sfera dell'obbligato, è proprio sul piano della identificazione delle fattispecie esonerative della responsabilità (e dunque anche delle cause non esimenti) che la duttilità del metodo positivo dei giuristi classici (che con riguardo alla custodia e, altresì, nei casi particolari di *receptum*, individuavano le singole 'cause di impossibilità sopravvenute della prestazione' per cui il debitore inadempiente veniva tenuto responsabile) può proficuamente essere recuperato onde ridefinire contenutisticamente e positivamente l'area della irresponsabilità (e, consequenzialmente, l'area della responsabilità). A fronte dell'inadempimento dannoso (e non, invece, della inesecuzione della prestazione o della inesatta esecuzione dolosa o colposa) quale unico fondamento oggettivo dell'obbligo risarcitorio contrattuale, il principio dell'*utilitas* applicato al *genus* – aperto – delle 'cause non imputabili' permetterebbe di perimetrare 'relativisticamente', ossia con riguardo al particolare tipo di rapporto obbligatorio intercorrente tra le parti (secondo una valutazione compiuta sia in astratto sia in concreto), i casi implicanti irresponsabilità e, quindi, quelli implicanti responsabilità» (p. 296 s.). In definitiva – si legge a p. 300 s. –, «[c]on riguardo a contratti caratterizzati da un assetto di interessi tale per cui ciascuna parte riceve *utilitas* e sopporta sacrificio, di regola la 'causa di impossibilità' si ascrive al debitore a titolo di *culpa*, purché non si tratti di ipotesi particolare di *receptum* per cui il semplice fatto incolpevole (ossia il '*casus non culpa determinatus*') non è idoneo ad integrare gli estremi della normale causa liberatoria. Con

Ritorna, a tal riguardo, l'approccio casistico proprio della giurisprudenza romana[237], di cui si è – pur brevissimamente – dato conto

riguardo a siffatti casi, tuttavia, uno stesso 'evento impossibilitante' (come, ad esempio, un furto, una rapina o un incendio) potrà ora orbitare ora non orbitare nella sfera della irresponsabilità (cioè integrando o non integrando gli estremi della causa liberatoria), a seconda di come si presenta il singolo rapporto contrattuale oneroso, con riguardo, cioè, al concreto equilibrio di interessi contrattuali, allo *status* delle parti, nonché alla concreta relazione esistente tra i mezzi da impiegare per l'esatta esecuzione della prestazione e i risultati da conseguire al fine del soddisfacimento dell'interesse creditorio»; di talché, può concludersi che «l'area debitoria di dominio e di determinazione (ossia l'area che esaurisce i plurimi fatti cagionanti l'impossibilità della prestazione da ascrivere al debitore) non è fissata *a priori* (o come area della *non culpa*, o come area del *casus fortuitus* o della *vis maior*), ma va precisata a seconda del tipo di contratto prescelto, della concreta volontà delle parti, dell'assetto dei sacrifici e dei benefici divisato dalle parti, del rapporto tra mezzi deducibili e fini dedotti *in contractum*» (su questi temi, in relazione alle fonti romane, cfr. altresì, più recentemente ancora, i passaggi logici limpidamente illustrati in C. PELLOSO, *Sulla responsabilità contrattuale di 'fullo' e 'sarcinator'* cit. 13 ss., spec. alla nt. 20 [= in *Studi in ricordo di C.A. Cannata* cit. 501 ss., spec. nt. 20]). Con riguardo a quest'ultimo aspetto, il precipitato finale non mi pare discostarsi dalla segnalata ponderazione in concreto dei rischi funzionali ascrivibili o meno al debitore, proposta da Fercia, pur mancando un espresso riferimento allo spettro della diligenza (che, nondimeno, sembrerebbe – quantomeno – presupposto nella trama dei brani riportati, specialmente in relazione alla perimetrazione del *casus non culpa determinatus*, e, di riflesso, della responsabilità del debitore – con riguardo all'esempio proposto a p. 301 nt. 56 – nell'ambito del deposito oneroso stipulato con l'istituto bancario oppure, occasionalmente, con un privato; cfr., sul punto, quanto osserva F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1063 s.). La ricostruzione di Pelloso – che poggia sulla equiparabilità, quanto a fondamento e limiti, della responsabilità per *custodia* romana alla responsabilità contrattuale odierna: p. 301 s. – permetterebbe, ad avviso dell'a., di superare quel senso di «inappagamento» (p. 295) restituito dalle ricostruzioni classiche in tema di responsabilità ex art. 1218 cod. civ. (compendiate alle pp. 292 ss.).

Tale soluzione mi pare avvicinarsi altresì – ancora, soltanto negli esiti – a quanto osserva F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1072 s., a margine della «rigidità del *receptum*», la quale potrebbe spiegarsi attraverso la ricostruzione «che riconosce nel caso fortuito e nella forza maggiore delle circostanze eccezionali o comunque eccentriche rispetto al rischio assunto, in ordine alle quali si rivela, dunque, impossibile o comunque irragionevole pretendere un'azione di prevenzione, sicché il carattere oggettivamente straordinario oppure inconferente rispetto alle caratteristiche della tipologia di attività dovuta proprio del caso fortuito o della forza maggiore non può non incidere anche sulle caratteristiche dell'impossibilità rendendola addirittura assoluta». In ogni caso, tale valutazione non può elidere la necessaria «dimostrazione dell'esaurimento della possibilità di agire per l'adempimento», unitamente alla «effettiva incidenza di tale evento sulla possibilità di prestare» (*ivi*, 1074 s.).

[237] Su tale aspetto, si v. quanto sottolineato da C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 24 s.; approccio valorizzato altresì – per altre vie – da C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale* cit. 291 ss. (cfr. la nt. immediatamente precedente). Per un inquadramento generale, si v. L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1976, rist. 1982), ora in EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. Rossetti (Torino 2017) 5 ss.

sopra. Quel che sembra potersi trarre dalla trama argomentativa dell'ordinanza n. 9997/2020 è che la concreta operazione cui è chiamato l'organo giudicante non differisce sensibilmente dall'analisi operata dai giureconsulti romani nei frammenti riportati[238]. Segnatamente, l'individuazione dei *pericula culpae* inerenti al negozio di ristorazione – *rectius*, a quel contratto di ristorazione, specificamente considerato – poggia, in qualche modo, sui medesimi presupposti logico-giuridici enucleabili dalle opinioni rese da Labeone e Paolo[239], da Cartilio (e Ulpiano)[240], da Gaio[241].

Peraltro, il successivo richiamo al rescritto severiano conservato in C. 4.24.6. – e, quindi, al cd. *casus culpa determinatus* – mi pare utilizzato, nella lettura della Suprema Corte, in funzione di un recupero del *decisum* alle categorie proprie della colpa – in rapporto non all'inadempimento in sé per sé considerato, ma alla causa esterna di esso[242] – rifuggendo addebiti fondati su categorie astratte e precostituite. Fondamentale, a tal proposito, si rivela l'accertamento in concreto di tali elementi. E ciò in quanto – pur se la Cassazione, in definitiva, sembra aderire alla regola per cui è necessario *totam rem ad dolum malum dumtaxat et culpam dirigere*[243] – essa prende con nettezza le distanze dal mero 'colore di colpa' con cui la Corte d'appello romana aveva 'verniciato' la condotta del ristoratore, pretendendo una attenta ponderazione della – specifica – vicenda vagliata.

Cionondimeno, il riferimento alla «violazione delle regole sulla colpa»[244] e, conseguentemente, alla «falsa applicazione degli artt. 1218 e 1176 c.c.»[245], osservate attraverso lo spettro della diligenza del professionista

[238] *Supra*, § 3.1.
[239] D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*); cfr. *supra*, § 3.1.
[240] D. 13.6.5.13 (Ulp. 28 *ad ed.*); cfr. *supra*, § 3.1.
[241] D. 19.2.25.7 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); cfr. *supra*, § 3.1.
[242] Secondo una impostazione che – nella sostanza – non mi pare assai distante da quella di F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. *passim*.
[243] Cfr. D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*).
[244] § 3.2 ord. cit.
[245] § 3.3 ord. cit.

(e, quindi, del ristoratore) «medio»[246], unitamente all'evocato – ma non motivato – limite del fortuito, sembra sottendere, appunto, un percorso argomentativo fondato (consapevolmente o meno) sui richiamati rischi funzionali della prestazione di diligenza.

A tal riguardo, non sembra peregrino il parallelo – *mutatis mutandis* – con le vicissitudini che emergono da D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*)[247]. Da un lato, infatti, ricorreva l'esigenza di accertare se all'ordine del padrone fosse seguito un *facere* consueto o inconsueto del servo (nell'ottica di Labeone)[248], oppure – secondo la correzione di Paolo – se un *prudens et diligens pater familias* avrebbe comandato o meno una siffatta azione[249]; dall'altro, emerge la necessità di comprendere se – in concreto – l'urto del terzo potesse, a quel punto, essere preveduto (ed evitato) da un ristoratore *prudens et diligens*, e quindi se, in sostanza, una tale evenienza potesse o meno essere ricompresa nell'alveo dei rischi funzionali della prestazione ristorativa.

Di talché, in qualche misura, l'indagine inerente al «corollario specifico di quel tipo contrattuale» evocata dal ricorrente[250], condotta alla porta dalla Suprema Corte sul piano astratto (che la liquida con la richiamata integrazione ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost. del contratto), rientra dalla

[246] § 3.4 ord. cit.

[247] Cfr. *supra*, § 3.1.

[248] R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit. 322 ss. Con l'aggancio – proposto da Paolo – alla categoria della *culpa*: R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 56 ss., spec. 59.

[249] Cfr., sul punto, C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 53, per cui «Paolo corregge Labeone, sostituendo al modello concreto il modello astratto (*prudens et diligens pater familias*)» (ma si v. già ID., *Una casistica della colpa contrattuale* cit. 420 s.). Con riguardo al parere di Labeone, ragiona in termini di colpa in concreto anche P. VOCI, *'Diligentia'* cit. 84. Diversamente, R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 57 s. nt. 114, per cui, in relazione al frammento di cui sopra, soltanto in riferimento all'opinione paolina «viene in rilievo un problema di *culpa* che implica rischi», mentre dovrebbe escludersi «che già Labeone pensasse ad un'applicazione della *culpa*», pur in concreto. Quest'ultimo, infatti, «non ragiona in termini di *culpa*, alla cui 'categoria concettuale' manifestamente non ricorre … Il *periculum*, quindi, rappresenta qui un corollario pratico del contegno solutorio che la giustifica, pur non essendo (ancora) riconducibile all'interno delle normali regole operative conosciute dal giurista: si può forse dire che egli ponga le basi per la successiva configurazione delle ipotesi riconducibili a '*periculum culpae*', ma che la sua elaborazione non possa dirsi già così matura sul piano concettuale».

[250] § 2.1 ord. cit. Cfr. *supra*, § 2.

finestra con l'analisi della dimensione concreta – ed empiricamente apprezzabile – del negozio, in uno con la vicenda che esso sottende. Al giudice del rinvio, difatti, spetta il compito di ricercare i '*pericula culpae*' afferenti a quel contratto ristorativo, coincidenti – come più volte si è detto – con quei «rischi tipici in concreto» che rappresentano un corollario della struttura pratica della responsabilità per colpa[251].

Tale impostazione, peraltro, implica l'accoglimento di una nozione del fortuito che superi la lettura di esso in termini meramente subiettivi, tradizionalmente compendiata dall'equazione '*casus = non culpa*'[252]. E ciò, quantomeno, «ove non s'intenda» – già in prima battuta – «la *culpa* con i suoi *pericula*, vale a dire le attribuzioni di rischio che sono corollario pratico ed oggettivo del dovere di diligenza». Di tal guisa, «[p]er poter continuare ad identificare l'assenza di colpa con il limite del caso fortuito e viceversa, a questo punto occorre riformulare la regola: più che '*casus = non culpa*', bisognerebbe forse dire – in termini, peraltro, in una certa misura pleonastici – '*casus = nec culpa nec culpae pericula*'»[253]. Peraltro, al fine di evitare indebiti restringimenti, potrebbe altresì affermarsi – al di là della equivocabile equazione sopra menzionata – che l'entità giuridica *casus* può dirsi tale solamente ove ad un (certamente imprescindibile[254]) evento esterno,

[251] Cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 92; R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. *passim*. Sul punto, v. altresì R. CARDILLI, *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema'* cit. 111.

[252] N. COVIELLO, *Del caso fortuito* cit. 11 s., ove può leggersi (a p. 12) che «il caso è *non colpa*: esso comincia dove la colpa finisce». Cfr., sul punto, le osservazioni critiche di F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa* cit. 1065 s., 1074. L'equazione proposta a suo tempo da Coviello è stata seguita, anche in tempi recenti, da quella dottrina che professa la natura colposa della responsabilità contrattuale: v. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile* V cit. 18 s., 21 (ove è tracciata, altresì, un'eguaglianza sostanziale tra i concetti di «responsabilità soggettiva» e «responsabilità fondata sul principio della colpa», secondo un'idea contestata dalla più volte evocata opinione di Piraino: cfr. *supra*, nt. 128).

[253] Così R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 200.

[254] La notazione non è superflua ove non si voglia giungere a dilatare l'equazione coviellana sino al punto di ritenere che ogni qual volta non v'è *culpa*, c'è sicuramente *casus*. È appena il caso di sottolineare che nella fattispecie vagliata dall'ord. n. 9997/2020 un siffatto rischio non ricorreva, in quanto – come più volte posto in evidenza – l'urto del terzo (già sussunto nel fortuito) non era mai stato messo in discussione.

si accompagnino l'assenza di *culpa* (in uno con la insussistenza di *pericula*-rischi funzionali, ove non si ritengano, a monte, ricompresi nel perimetro della prima).

Tale impostazione si colloca pienamente nel solco di quel percorso ermeneutico che ha spinto Carlo Augusto Cannata a proporre una riformulazione dell'art. 1218 cod. civ., con riguardo alla «causa non imputabile»: osserva il Maestro, a tal riguardo, che «la dizione corretta … sarebbe, pertanto, "derivante da causa di cui egli non deve rispondere" o "di cui egli non deve sopportare il rischio"»[255].

Un ulteriore aspetto, infine, merita d'essere evidenziato. Come si è segnalato[256], il ricorrente lamentava con il secondo motivo di ricorso – tra l'altro – la violazione delle regole sulla causalità (e, segnatamente, degli artt. 40 e 41 cod. pen.).

A tal proposito, l'ordinanza n. 9997/2020 (al § 3.1) osserva quanto segue:

> Nella parte in cui lamenta la violazione delle regole sulla causalità (materiale) il motivo è infondato. Secondo il ricorrente, poiché il fatto del terzo costituisce un caso fortuito, esso esclude necessariamente il nesso di causa tra la condotta inadempiente (o, in caso di fatto illecito, tra la condotta colposa) ed il danno. La tesi non può condividersi. Nel caso di specie il danno è stato arrecato non dal terzo, ma dal personale

[255] C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici* cit. 1012 nt. 74 [= in *Scritti scelti* I cit. 373 nt. 74]. Cfr., sul punto, R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 200 s., che richiama testualmente l'opinione di Cannata; soggiunge l'a. (a p. 201), «costituisce *causa liberandi* – vale a dire causa non imputabile – un qualsiasi evento non riconducibile né a *culpa* né ad uno dei *pericula culpae* imposti al modello solutorio e, quindi, ad uno di quei 'rischi funzionali' di cui gli '*homines frugi et diligentes*' anche loro malgrado devono, quale conseguenza dei doveri strumentali all'adempimento, obiettivamente farsi carico. In questa logica, qualsiasi rischio che non si possa ritenere corollario delle prestazioni sussidiarie costituisce causa non imputabile». Di talché, «rientrano nella struttura della colpa i 'rischi della prestazione di diligenza', cioè i 'rischi funzionali'; mentre il rischio che non risulti ad essa inerente … deve considerarsi sempre *causa liberandi*». Si cfr. ancora, sul punto, quanto osserva C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale* cit. 300 s. e nt. 56.

[256] *Supra*, § 1, 2.1.

dipendente del ristorante gestito dal convenuto. Si è dunque trattato di un danno *corpore corpori illatum*, ed in virtù del principio di equivalenza causale la sussistenza del nesso era indiscutibile[. Q]uel di cui unicamente si poteva contendere era se il personale dipendente del convenuto poteva o non poteva, con l'ordinaria diligenza, prevenire il fatto dannoso: giudizio che attiene però all'accertamento della colpa, non del nesso causale.

È il caso di osservare che in tale passaggio l'ordinanza in parola non pare allinearsi all'orientamento – più volte richiamato – sedimentatosi a margine della responsabilità ex art. 2051 cod. civ., in specie ove esso collega alla condotta colposa del danneggiato – al contempo, rivelatasi imprevedibile ed inevitabile – la rescissione del nesso di causalità[257]. D'altronde – e proprio

[257] Per tutte, v. ancora Cass. civ., Sez. III., 20 novembre 2020, n. 26524, che richiama peraltro (al § 2) numerosi precedenti conformi. In particolare, per tale sentenza, «[è] noto … che la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che la condotta della vittima del danno causato da una cosa in custodia può escludere la responsabilità del custode solo "ove sia colposa ed imprevedibile" (Cass. n. 25837/2017), ossia "quando essa, rivelandosi come autonoma, eccezionale, imprevedibile ed inevitabile, risulti dotata di efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento lesivo" (Cass. n. 18317/2015), giacché l'idoneità ad interrompere il nesso causale può essere riconosciuta solo ad un fattore estraneo avente "carattere di imprevedibilità ed eccezionalità" (Cass. n. 2660/2013); in tal senso, anche i più recenti arresti di legittimità, pur affermando che il comportamento del danneggiato (da valutare anche officiosamente ex art. 1227, co. 1 c.c.) può assumere incidenza causale tale da interrompere il nesso eziologico tra la cosa e il danno, non hanno mancato di evidenziare che ciò può avvenire "quando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca un'evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale" (Cass. n. 2480/2018 e Cass. n. 9315/2019). Deve pertanto ritenersi che, ove il danno consegua alla interazione fra il modo di essere della cosa in custodia e l'agire umano, non basti a escludere il nesso causale fra la cosa e il danno la condotta colposa del danneggiato, richiedendosi anche che la stessa si connoti per oggettive caratteristiche di imprevedibilità ed imprevenibilità che valgano a determinare una definitiva cesura nella serie causale riconducibile alla cosa». Il percorso ermeneutico prescelto dalla pronuncia n. 25837/2017 è stato da ultimo richiamato dalla recentissima Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 4035.

Con riguardo alla dottrina che si è occupata della responsabilità da inadempimento, per l'opinione che ritiene di agganciare il giudizio di non imputabilità della causa impossibilitante alla incidenza eziologica si v., *ex multis*, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* cit. 410 s. (la quale – lo si accennava *supra*, nt. 208 – ritiene che l'espressione «causa non imputabile» abbia ricompreso in sé, compendiandole, le nozioni di «causa estranea», «caso fortuito» e «forza maggiore» adottate in precedenza dal Codice Pisanelli; per tale evoluzione si v., peraltro, *supra*, nt. 207); cfr. altresì quanto osserva, più

in ragione delle (ad oggi persistenti) altalenanti proposte di collocazione sistematica – autorevole dottrina ha rilevato che il caso fortuito (nonché, pur in misura inferiore, la *vis maior*) costituisce, in definitiva, un istituto «senza patria»[258].

Nondimeno, la peculiare opzione ermeneutica da cui muove il sopramenzionato brano della decisione merita un pur breve approfondimento – strettamente connesso com'è, peraltro, all'ulteriore riferimento romanistico dipoi evocato dalla Suprema Corte[259].

Tale aspetto, difatti, sembra inserirsi nel solco della continua sovrapposizione – che caratterizza il provvedimento di cui si discorre – tra l'inadempimento (e gli addebiti ad esso conseguenti) e la responsabilità aquiliana (nonché, in specie, la responsabilità per custodia), fonte di possibili equivoci. Invero – lo si è segnalato più volte – la proposta ricostruzione del contenuto del contratto ristorativo conduce la Cassazione a mutuare – in seno a certi snodi che avrebbero richiesto, forse, un più spesso sostrato motivazionale – taluni elementi tradizionalmente ricollegati alla responsabilità extracontrattuale, ove funzionali a questo o quel passaggio motivazionale[260].

Anzitutto, com'è stato anche recentemente osservato, il nesso cd. di causalità materiale «è tipico della responsabilità extracontrattuale e/o da fatto illecito, giacché, in essa, occorre collegare *causalmente*, anche in senso *materiale*, la condotta del danneggiante al danno subito dal danneggiato»[261]. Di contro, con riguardo alla responsabilità contrattuale, «v'è la preesistenza di un rapporto obbligatorio che pone le parti in relazione (di causalità

recentemente, C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale* cit. 296, ove parimenti è richiamato il concetto di «non riferibilità eziologica».

[258] F. MANTOVANI, *Diritto penale* cit. 150.

[259] Sul cui approfondimento si rimanda al § successivo.

[260] Cfr. *supra*, §§ 2 ss.

[261] A. DI MAJO, *La salute responsabile. Diritti e rimedi* (Torino 2018) 15.

'materiale') e che impone al debitore di eseguire la prestazione dovuta in maniera esatta e puntuale»[262].

Di tal guisa, ad avviso – altresì – della più recente dottrina, anche l'astratto richiamo agli artt. 40 e 41 cod. pen. risulterebbe inconferente, in quanto tali norme opererebbero esclusivamente in relazione alla responsabilità aquiliana, «che delle due specie della responsabilità civile – per l'appunto l'aquiliana e la contrattuale – è quella che condivide con la responsabilità penale i maggiori tratti di somiglianza di tipo strutturale»[263]. Pertanto, a meno di non voler distinguere – ma la Cassazione, per l'appunto, non mostra di voler distinguere – l'inadempimento in senso stretto da un eventuale danno patito in occasione (ma non in ragione) della prestazione (risarcibile per vie extracontrattuali)[264], la giustificazione di siffatto riferimento deve essere reperita altrove e, segnatamente, nell'adesione implicita all'opinione per cui il nesso di causalità materiale, nell'ambito della

[262] Così A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, in ID., M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.* (2019) 38 (cfr., altresì, *ivi*, 36). In senso pressoché analogo, F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.* (2019) 717, per il quale «nella responsabilità contrattuale … tanto il contesto caratterizzato dalla programmazione di un'attività in cui essa si colloca quanto la dimensione relazionale all'interno della quale si origina il danno sminuiscono il peso e la ricostruzione del nesso di causalità», ravvisandosi di tal guisa – in ragione della «peculiare natura dei danni contrattuali» unitamente alla «preventiva identificazione del soggetto chiamato a rispondere di tali pregiudizi» – «una sorta di incorporazione della causalità nel rapporto obbligatorio»; in definitiva, conclude Piraino (*ivi*, 718 s., ma v. già ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit. 643 ss., spec. 646 ss.), «l'inadempimento esibisce un'intrinseca natura eziologica che rende superflua una specifica ed autonoma indagine sulla causalità materiale posta a carico del creditore». Il tema del nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale – recentemente ripercorso in svariate pronunce della giurisprudenza di legittimità, specie in materia sanitaria – è stato da ultimo indagato dal medesimo a. (oltre che nell'appena richiamato lavoro su *Il nesso di causalità materiale* cit. 709 ss.) in *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it. - Gli speciali* (2020) 169 ss. (in commento a Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992); v. altresì A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": 'perseverare diabolicum'*, in *Danno e resp.* (2020) 75 ss. (nota a Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991). Dai contributi menzionati è possibile ricavare gli opportuni riferimenti di letteratura e giurisprudenza.

[263] Così F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale* cit. 729, seguito da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale"* cit. 81.

[264] Cfr. *supra*, § 2.1.

responsabilità contrattuale, riconquista la perduta autonomia laddove il danno scaturisca dalla violazione di un obbligo di protezione[265]. Ciò, appunto, in quanto tali obblighi – a prescindere, tendenzialmente, dal loro inquadramento dogmatico – costituiscono il riflesso del *neminem laedere* all'interno della vicenda contrattuale[266], pur rielaborati «nella dimensione e nella logica del rapporto giuridico di cui essi partecipano»[267].

Il problema – d'indubbio rilievo – è assai controverso e dibattuto[268], e non è possibile, in questa sede, addentrarvisi oltre.

Quel che richiama l'attenzione (e che risulta rilevante ai fini di questa indagine), nondimeno, è il riferimento – operato dalla Suprema Corte con nettezza di toni – al danno *corpore corpori illatum*, specie se posto in connessione al frammento ulpianeo[269] dipoi utilizzato dall'ordinanza n. 9997/2020, dal cui esame possono forse trarsi ulteriori chiavi di lettura.

A tale aspetto è dedicato il paragrafo che segue.

---

[265] Si v. ancora, per tutti, F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale* cit. 731.

[266] Su questi aspetti, v. *supra*, § 2.3. Nondimeno, è il caso di ricordare che qualora il danno alla salute del cliente non risulti strettamente connesso alla somministrazione di cibi e bevande (e, quindi, al nucleo essenziale della prestazione ristorativa) – quantomeno, ove non s'intenda accedere al negozio olisticamente affidante paventato dalla Cassazione – tornerebbe ad espandersi il regime extracontrattuale *stricto sensu* inteso (nonché, se del caso, la responsabilità ex art. 2051 cod. civ.); cfr., ancora, *supra*, § 2.3.

[267] F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale* cit. 731. È interessante notare, peraltro, quanto lo stesso a. precisa – a p. 730 s. – con riguardo alla ponderazione degli elementi negativi della responsabilità da inadempimento. In particolare, «dall'art. 1218 c.c. emerge che la causalità materiale non riveste il ruolo di autonomo elemento costitutivo della responsabilità contrattuale, ma ciò non preclude un suo rilievo in sede di esonero come causa non positivizzata di esclusione della responsabilità nella forma della prova della derivazione causale del danno da un fattore del tutto estraneo all'oggetto dell'obbligazione … Pur essendo distinta dalla sopravvenienza non imputabile al debitore che rende impossibile la prestazione prevista espressamente da tale disposizione, la causa autonoma del danno va assoggettata per estensione analogica al trattamento giuridico riservato dagli artt. 1218 e 1256 c.c. alla causa di impossibilità». A tal proposito – ma non in riferimento agli obblighi di protezione, per la cui violazione, ugualmente, la causalità materiale assurgerebbe ad elemento costitutivo della responsabilità – sembra potersi affermare che la più volte richiamata impostazione di Fercia (pur muovendo da presupposti assai differenti), in definitiva, giunge ad un risultato consimile, ponderando, in concreto, la sussistenza o meno di un rischio funzionale in capo al paciscente in relazione al programma d'obbligazione (si cfr. altresì, sul punto, la riformulazione dell'art. 1218 cod. civ. proposta da Cannata, segnalata *supra*, su nt. 255).

[268] Lo rileva, ancora, F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale* cit. 710.

[269] D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*).

5. *Un barbiere 'fuori posto'. D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 ad ed.) e Mart. ep. 7.61*.

La Cassazione esaurisce, infine, le argomentazioni proposte nell'ordinanza di cui si discorre con un ulteriore richiamo al diritto romano, tracciando dapprima, sinteticamente, le coordinate ermeneutiche funzionali alla ponderazione della prevedibilità e della evitabilità dell'evento fortuito.

> § 3.4. La prevedibilità o l'evitabilità del caso fortuito, quando questo sia costituito dal fatto d'un terzo, non può essere presunta in astratto, ma va accertata in concreto. E l'accertamento in concreto di tali circostanze esige che si stabilisca *in facto*: (a) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore "medio", di cui all'art. 1176, comma secondo, c.c.), potesse con la diligenza da lui esigibile prevedere quel che sarebbe poi accaduto; (b) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore "medio", di cui all'art. 1176, comma secondo, c.c.), potesse concretamente adottare condotte diverse, e salvifiche, rispetto a quella effettivamente tenuta.

A tale premessa – che costituisce, in definitiva, il nucleo essenziale del provvedimento – la Cassazione accompagna le osservazioni che seguono.

> Anche questi principi sono pacifici da due millenni: la fattispecie oggi all'esame di questa Corte, infatti, riecheggia un celebre caso di cui riferisce Ulpiano (*Libri* [*sic*!] *XVIII Ad Edictum*, in Dig., IX, 2, 11, pr., *si cum pila quidam luderent*), in cui si discuteva della responsabilità d'un barbiere che, mentre radeva un cliente, lo ferì alla gola perché colpito al braccio da un pallone, scagliato da ragazzi che giocavano nei pressi. In quel caso il grande giureconsulto ritenne il barbiere in colpa non già per aver ferito il cliente, ma per aver scelto di esercitare la

propria professione in un luogo dove *notoriamente* i ragazzi giocavano a palla. Allo stesso modo, nel presente giudizio, l'affermazione della prevedibilità del caso fortuito si sarebbe potuta affermare solo a condizione che fosse accertat[o] in concreto che l'urto inferto ad uno dei camerieri, da parte di un avventore, fosse una circostanza ampiamente prevedibile da qualunque ristoratore diligente. Tale accertamento, però, nel caso di specie è mancato.

Converrà, a tal punto, leggere per intero il frammento richiamato dalla Suprema Corte:

D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*)[270]. Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam

[270] Nella sterminata letteratura che si è occupata del frammento, si v. G. ROTONDI, *Dalla 'Lex Aquilia' all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Scritti giuridici* II (Milano 1922) 487 s. (già in *Riv. dir. comm.* 14 [1916] I, 942 ss.; 15 [1917] II, 236 ss.); W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in *ZSS.* 49 (1929) 177 ss.; B. ALBANESE, *Studi sulla legge 'Aquilia'* I. *'Actio utilis' e 'actio in factum ex lege Aquilia'*, in *AUPA.* 21 (1950) 143 ss.; G. LONGO, *Appunti esegetici e note critiche in tema di 'lex Aquilia'*, in *Ricerche romanistiche* (Milano 1966) 725 (originariamente in *Annali Macerata* 22 [1958] 49 ss.); A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford 1965) 242 nt. 4 (ma solo cursoriamente); S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 329 ss., 419 ss.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur 'lex Aquilia de damno iniuria dato'* (Berlin 1971) 106 s.; G. MAC CORMACK, *Aquilian Studies*, in *SDHI.* (1975) 48 s. (e già ID., *Aquilian 'culpa'*, in A. WATSON [a cura di], *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube* [Edinburgh-London 1974] 215 s.); A. WACKE, *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index* 19 (1991) 363 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. 18 s.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit. 1011 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *'Damnum iuniuria datum'. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla 'lex Aquilia de damno'* (Bari 2000) 73 s.; A. BIGNARDI, *Gai 3.219 e il principio del 'damnum corpore datum'*, in *AG.* 220 (2000) 526 ss.; P. ZILIOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra 'iniuria' e 'damnum corpore datum'* (Padova 2000) 134 ss.; A. CASTRESANA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana* (Salamanca 2001) 102 ss.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la 'lex Aquilia'. Corso di diritto romano* (Padova 2005) 131 ss.; I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani* (Napoli 2004) 89 ss., 104 s., 142 s. nt. 277; G. VALDITARA, *'Damnum iniuria datum'*[2] (Torino 2005) 40; I. FARGNOLI, *Die Durchschnittene Kehle*, in *Fundamina. Editio specialis* 20.1 (2014) 275 ss.; E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence: A Historical and Comparative study* (Leiden-Boston 2014) 78 ss., 214 ss.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra 'verba legis' e interpretazione giurisprudenziale* (Torino 2015) 123 ss.; M. KASER, R. KNÜTEL, S.

deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat[271], gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

L'accostamento alla vicenda vagliata dall'ordinanza n. 9997/2020 è, indubbiamente, suggestivo. Le immagini restituite dal brano dei *Digesta* e dal provvedimento della Cassazione – la sagoma del *tonsor* con l'affilato rasoio da un lato, quella del cameriere che si destreggia con la pizza rovente dall'altro – paiono, in effetti, quasi sovrapponibili, tanto nella rappresentazione statica quanto – lo si vedrà subito – nella loro proiezione

LOHSSE, *Römisches privatrecht*[21] cit. 220; S. GALEOTTI, *Colpa della vittima e risarcibilità del danno ingiusto*, in *Quad. Lup.* 8 (2018) 416 s.; nonché, da ultima, M.F. CURSI, *Il concorso della colpa del danneggiato nel risarcimento e la rilevanza penale dell'azione aquiliana*, in *Index* 47 (2019) 182 ss. (cfr., dipoi, EAD., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*[2] [Napoli 2021] 72 s.). Il brano è stato recentemente utilizzato altresì – per vero, in maniera alquanto superficiale – da A.R. RIZZA, *La 'lex Aquilia'. Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano* (Roma 2018) 102 ss.

Il frammento ulpianeo è particolarmente interessante in quanto – in considerazione, altresì, dei numerosissimi collegamenti che esso dischiude – consente di attingere quelli che, anche recentemente, sono stati definiti «los cuatro grandes principios rectores de la problemática aquiliana»: «el *damnum*, la *culpa*, la *iniuria*, la *causa*» (così A. TORRENT, *Concurrencia y paralelismos* cit. 363 s.). Precisa l'a. – a seguire – «también debo advertir que la mayor parte de los autores sólo mencionan los tres primeros, dejando un tanto al margen la causalidad, aunque a partir de Gerkens [*scil.*, *«Aeque perituris…»* cit.] empezó a tratarse con mayor rigor el problema de la causalidad aquiliana».

[271] Sul punto, TH. MOMMSEN (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti* I (Berolini 1868) 280 nt. 3 suggerisce la lettura – agevolmente spiegabile da un punto di vista paleografico – *radebat* (cfr. B. 60.3.11 pr.: ὁ κουρευόμενος δοῦλος). Con riguardo a tale aspetto, deve segnalarsi che dall'una o dall'altra opzione potrebbero discendere – astrattamente – diverse conseguenze in punto di qualificazione giuridica del fatto; in particolare, con *habebat* (specie ove s'intenda che lo schiavo appartenesse al *tonsor*) l'inquadramento della vicenda nell'alveo della prospettiva aquiliana non desta particolari preoccupazioni; di contro, una eventuale propensione per *radebat* lascerebbe il dubbio sulla contaminazione – contrattuale – determinata dalla sussistenza di un rapporto locatizio (ma solo da un punto di vista astratto e 'sostanziale': cfr. *infra*, nt. 300).

dinamica. E il parallelo risulta ancor più efficace in ragione della indiscutibile plasticità che caratterizza ambedue i fotogrammi.

I fatti sono i seguenti. Una palla, scagliata – o, secondo altri, colpita con altro oggetto[272] – violentemente[273] da un giocatore, colpisce la mano di un barbiere, che sta radendo uno schiavo, la cui gola è recisa dal rasoio accostatovi dal *tonsor* (*servi … gula sit praecisa adiecto cultello*).

Risulta agevole – in riferimento alla vicenda vagliata dalla Cassazione – porre nei panni del *tonsor* la cameriera, in quelli del *servus* la minore ustionata e, infine, nelle vesti del giocatore l'altro avventore, che urta l'addetto alla sala. Come appena segnalato, riferendosi ad Ulpiano, la Suprema Corte osserva che «il grande giureconsulto ritenne il barbiere in colpa non già per aver ferito il cliente, ma per aver scelto di esercitare la propria professione in un luogo dove *notoriamente* i ragazzi giocavano a palla».

Invero, il frammento di cui sopra restituisce tre diverse opinioni. La prima è quella di Fabio Mela[274] (attraverso le cui parole Ulpiano descrive la fattispecie); il giurista afferma – in maniera apparentemente apodittica – che *in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri*[275]: chi tra loro risulterà essere in colpa, sarà chiamato a rispondere *ex lege Aquilia*. Sul

[272] È la precisazione di A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit. 363, per il quale «[i]l gioco in questione … doveva essere simile ad un hockey con bastoni, dato che la *pila percussa* è, propriamente, la 'palla battuta'». Sul punto, si cfr. E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence* cit. 88, ove ulteriori notazioni a margine delle possibili attività ludiche implicanti l'utilizzo della *pila* che occupavano i giocatori (con indicazioni di letteratura).

[273] Il termine utilizzato è *vehementius*, il cui apporto – nell'economia del frammento – è stato sottolineato da S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 329 s., ai fini dello «spostamento dell'asse dell'interesse dal confronto delle posizioni giocatore-barbiere a quelle barbiere-cliente …»; tale avverbio, infatti, finisce con il «contrassegna[re] la condotta del giocatore spiegando come mai un tale tiro, pur non essendo intenzionale, si sia potuto verificare».

[274] Nota l'importanza dei pareri resi da Mela – nonché da Alfeno – nell'ambito della causalità D. NÖRR, *'Causa mortis'. Auf den Spuren einer Redewendung* (München 1986) 136 (richiamando altresì, alla nt. 30, D. 9.2.11 pr.).

[275] Sulla stringa, si v. le osservazioni di S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 330.

punto, deve registrarsi immediatamente che il nodo ermeneutico essenziale della fattispecie scolpita in D. 9.2.11 pr. – che contribuisce a rendere, dal punto di vista strettamente tecnico, quantomeno dubbia l'opportunità di un siffatto richiamo nella trama dell'ord. n. 9997/2020 – sta nella ricerca del(l'unico) soggetto che debba essere tenuto a rispondere *ex lege Aquilia*, essendo estranea alla giurisprudenza romana la logica – propria degli ordinamenti moderni – del concorso di colpa, almeno ove si ascriva alla suddetta locuzione «una valenza giuridica e non solo fattuale»[276]. Per risolvere il problema ora esposto Mela propone, pertanto, una soluzione «possibilista»[277] – oppure mutilata dai giustinianei[278] –, a mente della quale l'addebito finale potrebbe ricadere tanto sul *tonsor*, quanto su uno dei giocatori[279].

[276] Sul problema, v. recentemente M.F. CURSI, *Il concorso della colpa del danneggiato* cit. *passim*, spec. alle pp. 191 ss. (il virgolettato è tratto da p. 191), con indicazioni bibliografiche nell'apparato di note. Per un sintetico inquadramento degli essenziali riferimenti di fonti e letteratura sulla responsabilità extracontrattuale nell'esperienza romana, si v., da ultimo, F. MERCOGLIANO, *Breve nota sulle prime leggi romane e su alcuni sviluppi in materia di responsabilità privata*, in *TSDP*. 13 (2020) 1 ss., nonché M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale* cit., spec. 25 ss.

[277] M.F. CURSI, *Il concorso della colpa del danneggiato* cit. 183.

[278] Cfr., in forma dubitativa, A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit. 364. Si vedrà di qui a breve, l'ulteriore interpretazione proposta da I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare* cit. 92.

[279] Ma cfr., ancora, quanto osserva S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 330, per il quale nella stringa *in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri*, «*eum*» andrebbe riferito al giocatore, secondo quella che sarebbe l'«unica soluzione grammaticalmente corretta»; tuttavia, tale opzione mal si concilierebbe con il primo segmento della stringa, che «svolgerebbe il ben strano ruolo di prospettare il problema della *culpa* per poi escluderne la rilevanza»; di contro, «se si riferisce *eum* al soggetto in cui vi è *culpa*, si dovrebbe ritenere che Mela avesse solo impostato problematicamente il caso, senza risolverlo». Con riferimento al primo dubbio, Albanese (*Studi sulla legge 'Aquilia'* I cit. 144 nt. 4) aveva a suo tempo proposto di restringere l'area disegnata da «*in quocumque eorum*» ai soli soggetti impegnati con la *pila*; di tal guisa, il senso sarebbe il seguente: chiunque tra i giocatori fosse risultato in colpa, avrebbe risposto dei danni *ex lege Aquilia*. Nondimeno, tale opzione non convince Schipani (*op. ult. cit.*, 331 nt. 30), il quale osserva a sua volta che tra i giocatori «quello che ha tirato la palla (nota bene: *vehementius*) è l'unico … di cui possa essere prospettata la responsabilità». Peraltro, per Rotondi (*Dalla 'Lex Aquilia'* cit. 487, richiamato altresì da Schipani [*op. ult. cit.*, 330 nt. 30]) il predetto brano avrebbe costituito una superflua asserzione – un «truismo che evita la decisione concreta», riconducibile alla mano dei compilatori – volta semplicemente «a rilevare che la responsabilità può gravare su qualunque delle persone coinvolte» (così a p. 488). Può osservarsi altresì che qualora si ritenga – con A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit. 363 s. – che il *tonsor* del frammento di cui sopra stesse esercitando la sua professione in prossimità

Segue, poi, il parere di Proculo, il quale afferma dal principio che la responsabilità debba ascriversi in capo al *tonsor*. Sarebbe pertanto certamente in colpa il barbiere, ove questi abbia deliberatamente scelto di esercitare la propria arte in un luogo in cui *ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat*[280].

È, infine, lo stesso Ulpiano a chiudere il trittico, considerando una posizione – sino ad ora – rimasta nell'ombra. Difatti, non sembra scorretto (*nec illud male dicatur*) ritenere che anche il servo possa considerarsi in colpa, specie ove egli stesso abbia scelto di affidarsi alle cure di un *tonsor* in un luogo pericoloso (ove, pertanto, l'incidente avrebbe potuto essere prevedibile anche per il cliente), richiamandosi quest'ultimo all'autoresponsabilità[281].

Già da tali brevi osservazioni – strettamente chine sulla piana lettura del frammento – emerge che a riferire la responsabilità al barbiere «per aver scelto di esercitare la propria professione in un luogo dove *notoriamente* i ragazzi giocavano a palla»[282] è Proculo, non Ulpiano, il quale, innestandosi sul parere di quello, apre alla possibilità di ritenere anche il cliente, a sua volta, in colpa.

---

di un campo dedicato al gioco, la responsabilità di chi ha scagliato la *pila* dovrebbe essere limitata al caso di un colpo intenzionale, ove, altrimenti, «il fatto che il giocatore colpisse la palla *vehementius*, con una certa violenza, non gli è imputabile, dato che, nell'andamento normale del gioco, la palla vola spesso fuori dal campo». Ma è necessario anche intendersi, a tal proposito, sul significato da ascrivere a «*vehementius*»: cfr. *supra*, nt. 273.

[280] Tuttavia, la netta statuizione iniziale (*in tonsore esse culpam*) sembra poi leggermente sfumarsi nella successiva motivazione (*et sane si ibi tondebat …*), come se, con un'espressione non proprio lineare, Proculo affermasse dapprima – e recisamente – che la colpa è in capo al barbiere, dipoi specificando – nel successivo periodo ipotetico – che certamente è così se questi esercitava la sua professione in un luogo aperto al pubblico transito (fornendo, tuttavia, un dato da apprezzare in concreto). Su tale aspetto si tornerà subito *infra*.

[281] Cfr., sul punto, F.M. DE ROBERTIS, *'Damnum iuniuria datum'. Trattazione sulla responsabilità* cit. 74. Sul principio dell'autoresponsabilità – pur mai espressamente enunciato dai giuristi romani, ma da essi «inconsapevolmente adoperato» – si v., per tutti, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* II (Padova 1960) 333 ss. Recentemente, si v. altresì il volume di G. CIVELLO, *Il principio del 'sibi imputet' nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio* (Torino 2017) spec. 3 ss., 53 ss. (riferimenti a D. 9.2.11 pr. sono alle pp. 12 e 49 ss.).

[282] § 3.4 ord. n. 9997/2020.

Ma il brano ulpianeo offre ulteriori spunti di riflessione, sollecitati altresì da taluni snodi e criticità dell'ordinanza n. 9997/2020, precedentemente presi in considerazione.

Anzitutto, è necessario porre in rilievo un dato fondamentale, che incrina l'asse di simmetria tracciato tra la vicenda vagliata dalla Cassazione e D. 9.2.11 pr.: la posizione del barbiere. Infatti, il *tonsor* che esercita la sua arte *in loco periculoso* si trova in una condizione non del tutto assimilabile a quella del moderno ristoratore, il quale – in premessa – è collocato in un contesto professionale perfettamente lecito.

A tal proposito, possono richiamarsi taluni – peraltro, assai noti – versi di Marziale (*ep.* 7.61)[283], la cui lettura restituisce una immagine tangibile di come doveva presentarsi l'Urbe nella seconda metà del I sec. d.C.; l'epigramma, peraltro, è particolarmente interessante, in quanto reca in sé un richiamo diretto ad un provvedimento imperiale, arricchendo il felice intreccio tra «poesia e diritto romano»[284].

Abstulerat totam temerarius institor urbem,
Inque suo nullum limine limen erat.
Iussisti tenuis, Germanice, crescere vicos,
Et modo quae fuerat semita, facta via est.
Nulla catenatis pila est praecincta lagonis,
Nec praetor medio cogitur ire luto,

[283] Per un inquadramento, v. S. POLIS, *Martial: livre VII. Édition – traduction – commentaire* II. *Commentaire* (Liège 2002) 190 ss., con indicazione di fonti e letteratura.

[284] Che rappresenta il *fil rouge* dei saggi di Carla Masi Doria da ultimo raccolti in EAD., *Poesia e diritto romano* (Napoli 2018). Un ampio inquadramento bibliografico dei testi di riferimento è in C. CASCIONE, *Il senato poetico. Appunti sul senato romano nella poesia latina fino a Lucano*, in A. BALBO, P. BUONGIORNO, E. MALASPINA (hg. von), *Darstellung und Gebrauch der 'senatus consulta' in den handschriftlichen Quellen der republikanischen und frühkaiserlichen Zeit* (Stuttgart 2018) 456 s. nt. 9.; in tema si v., altresì, L. LABRUNA, *«Relegatus, non exul»: Ovidio e il diritto*, in L. GAGLIARDI (a cura di), *Antologia Giuridica Romanistica ed Antiquaria* II (Milano 2018) 117 ss. Per un ulteriore e recente spunto – tratto da un «alquanto noto … e altrettanto oscuro» epigramma di Marziale contenuto nel medesimo libro VII (37) – si v. C. CASCIONE, *Sul 'quaestor' di Martial. Epigr. 7.37*, in *Quad. Lup.* 8 (2018) 103 ss.

Stringitur in densa nec caeca novacula turba,
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonsor, copo, cocus, lanius sua limina servant.
Nunc Roma est, nuper magna taberna fuit.

Marziale descrive un quadro estremamente caotico, in cui l'occupazione abusiva della pubblica via da parte di bottegai e artigiani rappresenta una ineluttabile costante della quotidianità cittadina. In siffatto contesto s'inserisce una costituzione di Domiziano[285], il quale bene fece ad ordinare (quel «*iussisti tenuis, Germanice*» in cui sta la lode – non certo disinteressata – del poeta al provvedimento del *princeps*) di sgomberare le strade, divenute eccessivamente ristrette. Ed ecco che nei versi sopra riportati, in seguito all'editto imperiale – di cui è probabilmente esaltata la portata innovativa[286] –, quello che prima era un viottolo, torna ad essere una strada; nessuna colonna è più nascosta da bottiglie incatenate; il pretore, poi, non è più costretto ad avanzare in mezzo al fango. Infine – quel che più interessa in questa sede – non sono più branditi rasoi alla cieca nel mezzo della folla, né vi sono luridi chioschetti ad ingombrare le strade; il barbiere,

[285] Che viene indicato dal poeta (come anche altrove: si v., *ex plurimis*, *ep.* 5.2-3, 8.4, 9.1) con il *cognomen ex virtute* di *Germanicus* (assunto da Domiziano in seguito alle vittoriose campagne condotte contro le popolazioni germaniche: v. Svet. *Domit.* 13.3 e Mart. *ep.* 14.170): cfr. C. HENRIKSÉN, *Martial, Book IX. A Commentary* I (Uppsala 1998) 23 ss.; S. POLIS, *Martial: livre VII* cit. I. *Introduction, édiction et traduction* (Liège 2002) 26; F. VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di 'incommodum publicum' (a proposito di D. 43.10.1)*, in *TSDP*. 6 (2013) 25 nt. 42; sul punto, v. altresì O. LICANDRO, *'In magistratu damnari'. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle loro funzioni* (Torino 1999) 68 nt. 89. Sull'intervento urbanistico del *princeps*, v. G. LUGLI, *La Roma di Domiziano nei versi di Marziale e di Stazio*, in *Studi Romani* 9 (1961) 1 ss.; L. MIGLIORATI, in P. SOMMELLA, L. MIGLIORATI, *Il segno urbano*, in AA.VV., *Storia di Roma. II. L'impero mediterraneo. 2. I Principi e il mondo* (Torino 1991) 307 ss. In generale, per una contestualizzazione dell'epigramma, può rinviarsi a E. RODRÍGUEZ ALMEIDA, *Marziale e Roma, un poeta e la sua città* (Roma 2014) 276 ss. Sui rapporti tra Marziale e Domiziano, v., recentemente, M. COLOMBO, *I liberti imperiali negli 'Epigrammaton libri' di Marco Valerio Marziale*, in *Wiener Studien* 126 (2013) 145 ss.

[286] Lo nota F. VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane* cit. 25 nt. 42, in relazione alle fonti in precedenza esaminate nel contributo (soprattutto, *Tabula Heracleensis* ll. 20-23 e D. 43.10.1.3), essendo «piuttosto più probabile la reiterazione delle antiche disposizioni, in funzione, forse, maggiormente esplicativa dei destinatari».

l'oste, il cuoco e il macellaio stanno ognuno entro le proprie soglie: *nunc Roma est, nuper magna taberna fuit*.

Indubbiamente, con riguardo all'arte dei *tonsores*, un certo ruolo doveva giocarlo da un lato la necessità di luce (essendo difficilmente raggiungibile in un ambiente chiuso la visibilità di cui si godeva *en plein air*), dall'altro la levatura della clientela; ecco spiegata, allora, la diffusa pratica di radere i clienti – o, almeno, i più modesti tra questi – nel mezzo della pubblica via[287].

I versi di Marziale, così, offrono una ulteriore chiave di lettura del brano ulpianeo (e, indirettamente, della relazione che avvince il frammento all'ordinanza n. 9997/2020). Il *tonsor*, infatti, si colloca *ab initio* in un contesto illecito[288], espressamente preso in considerazione e stigmatizzato da

[287] Sul punto, si v. A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit. 363, per cui «[p]oiché Cesare e Augusto si facevano rasare quotidianamente, il popolo imitava i principi: chi ne aveva i mezzi, si recava in un elegante salone di friseur (anche per fare quattro chiacchiere); i meno abbienti ricorrevano a rasature meno costose, a cielo aperto. Dato il caldo clima meridionale, i barbieri 'di piccolo calibro' collocavano la loro poltrona per strada, dinanzi al proprio negozio: non è da escludere, addirittura, come sembra emergere dal passo in esame [*scil.*, D. 9.2.11 pr.] che essi, in maniera analoga ai moderni lustrascarpe, deambulassero con la sedia, cercando clienti un po' dappertutto, e – perché no – anche 'allo stadio'»; cfr., altresì, Horat. *ep.* 1.7.50-51. Più in generale, sulla cultura sociale che orbitava attorno ai *tonsores* in Roma antica, si v. le pagine di J. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'Impero*, trad. it. di E. Omodeo Zona (Roma-Bari 1983) 191 ss. (con indicazione di fonti e letteratura nell'apparato di note alla pp. 354 ss.) nonché, con specifico riguardo alle abitudini della «clientela più volgare», che usava recarsi «in una delle innumerevoli botteghe di *tonsor* aperte nelle *tabernae* della città, quando non accampate addirittura all'aria aperta», p. 192, 199, 200 s.

[288] È necessario, a tal proposito, richiamare altresì il frammento che nella ricomposizione palingenetica precede D. 9.2.11 pr. (v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II [Lipsiae 1889] 524 nr. 614), vale a dirsi D. 9.2.9.4 (Ulp. 18 *ad ed.*). *Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur* (seguito, nella compilazione, da D. 9.2.10 [Paul. 22 *ad ed.*]: *nam lusus quoque noxius in culpa est*). In tale ipotesi, decisivo è il luogo in cui è esercitato il lancio del giavellotto (il *campus iaculatorius* della stringa *sed si cum – facere*) al fine di «escludere con sicurezza la responsabilità del danneggiante» (così M.F. CURSI, *Il concorso della colpa del danneggiato* cit. 182; sul frammento, v. *ivi*, 179 ss.), a meno che – com'è ovvio – il lanciatore non abbia dolosamente mirato allo schiavo (cfr., sul punto, anche A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit. 361 ss.); di contro, ove il giavellotto fosse stato scagliato in un luogo diverso la *campus iaculatorius*, il lanciatore sarebbe stato chiamato a rispondere *ex lege Aquilia* (v. frase *Sed si per – est*; per la rilevanza del luogo in cui è svolta l'attività, v.

un provvedimento imperiale (e probabilmente, già in precedenza, ritenuto disdicevole). In qualche modo, tale illiceità non può non comunicarsi anche alla posizione dello schiavo, che accetta di farsi radere oltre la soglia della bottega del barbiere (ammesso, peraltro, che questi ne avesse una).

Ecco, appunto, che si delinea una sensibile differenza con la disgrazia della pizza rovesciata: da un punto di vista astratto, almeno in premessa, nulla è certamente rimproverabile al cliente seduto al tavolo ed al cameriere che serve le pietanze richiestegli.

Peraltro, l'epigramma di cui sopra potrebbe altresì essere utilizzato – pur con le dovute cautele – per leggere in una luce diversa il trittico di pareri conservato in D. 9.2.11 pr. (ove, chiaramente, non si dubiti della sostanziale genuinità del passo[289]). A tal proposito, può registrarsi come, nell'ambito della letteratura richiamata, accada più spesso che il frammento ulpianeo sia utilizzato a supporto delle questioni – specie di diritto pubblico – evocate dal componimento di Marziale[290] che non il contrario; in altri termini, negli studi dedicati alla responsabilità civile che incrociano D. 9.2.11 pr., Mart. *ep.* 7.61 – specie in quelli più recenti[291] – raramente è richiamato[292].

---

recentemente S. GALEOTTI, *Colpa della vittima* cit. 412). Per la connessione del frammento con I. 4.3.4, v. M.F. CURSI, *Il concorso della colpa del danneggiato* cit. 180 nt. 51.

[289] Cfr., ancora, i dubbi variamente espressi da S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 329 ss., 419 ss.

[290] Si v., a tal riguardo, i già richiamati O. LICANDRO, *'In magistratu damnari'* cit. 68 nt. 89; F. VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane* cit. 25 s. nt. 42.

[291] La connessione non è sfuggita ai commentatori della Scuola elegante olandese: si v., per tutti, G. NOODT, *Ad legem Aquiliam liber singularis*, c. VII, in *Opera Omnia* (Leiden 1767) 124 s., che richiama, peraltro, anche Ov. *Met.* 10.196-201; indugia sui versi di Ovidio – a margine del pensiero di Noodt – E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence* cit. 215, 221.

[292] Fa eccezione l'attenta e puntuale disamina condotta da E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence* cit. 83 nt. 442, 84 (peraltro, i tratti fondamentali di questo lavoro sono stati compendiati dall'a. nella breve sintesi italiana *Considerazioni storiche e comparative sulla colpa della vittima nella responsabilità da fatto illecito, con particolare riferimento all'esperienza moderna*, in *TSDP.* 10 [2017] 1 ss., pur se i riferimenti a D. 9.2.11 pr. sono stati in tal sede quasi del tutto pretermessi). L'a., tuttavia, si avvale dell'epigramma di Marziale ai fini della ricostruzione – per vero, assai accurata – del contesto in cui si inscrive D. 9.2.11 pr., non per la risoluzione dei problemi ermeneutici che esso sottende (pur essendo offerta al lettore una panoramica completa di essi: v. *Contributory Negligence* cit. 83 ss., 91 ss.); di contro, più articolata è l'analisi strettamente

In tal senso – ma ciò può rappresentare soltanto un'assai cauta ipotesi – Mela mostrerebbe una certa indifferenza rispetto al soggetto cui ascrivere la responsabilità in un momento storico[293] – forse – in cui la posizione del barbiere non doveva (ancora) essere percepita con nettezza come irrimediabilmente illecita già in premessa. Dal canto suo, Proculo – certamente più vicino, cronologicamente, al regno di Domiziano[294], e, quindi, alla temperie in cui si innesta l'intervento legislativo evocato da Marziale in

giuridica delle argomentazioni proposte dal Noodt in relazione a Ov. *Met.* 10.196-201, con riguardo al medesimo frammento ulpianeo (*ivi*, 215; cfr. *supra*, nt. precedente).

[293] Sottolinea la distanza cronologica che separa l'attività dei tre protagonisti del frammento G. VALDITARA, *'Damnum iniuria datum'* cit. 40.

[294] Inevitabilmente, si tratta soltanto di una suggestione. Difatti – com'è stato recentemente ribadito – pur se «Proculus … was one of the most important jurists of his time», «we know virtually nothing of his life, and every attempt to reconstruct it seems highly speculative» (così R. FIORI, s.v. «*Proculus*», in *The Encyclopedia of Ancient History* [John Wiley & Sons Ltd. 2019] 1, ove alla p. seguente sono raccolte le indicazioni bibliografiche indispensabili); già Antonio Guarino (*L'esegesi delle fonti del diritto romano* [Napoli 1968] 195) non esitava a definire Proculo «autore misterioso». Nondimeno, come ha da ultimo osservato Pierangelo Buongiorno (in *Materiali esegetici per una prosopografia dei giuristi romani* [Napoli 2020] 99; più in generale, la sagoma del giurista è approfondita alle pp. 93 ss.), la notizia della successione di Pegaso – nuovo caposcuola – a Proculo (D. 1.2.2.53 [Pomp. *l. sing. ench.*]) «suggerisce un 'passaggio di consegne' fra i due non prima dell'ultima età neroniana. Ciò costituisce anche un *terminus non ante quem* per fissare la morte di Proculo, a un'età certamente superiore ai 70 anni se non più longeva». In senso analogo, v. già J. PARICIO, *Una aproximación a la biografía del jurista Próculo*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 11 (1999) 94, che appunto data l'avvicendamento di cui sopra tra il 65 ed il 70 d.C. – quando Proculo doveva aver avuto, all'incirca, settantacinque anni – soggiungendo che «[s]obre el momento de la muerte del jurista nada se puede precisar, ni si fue ésta, como parece probable, la que dió lugar a su sucesión» (cfr., altresì, ID., s.v. «*Sempronio Próculo*», in R. DOMINGO [ed.], *Juristas universales* I. *Juristas antiguos* [Madrid-Barcelona 2004] 160); si noti che – recentemente – A. TORRENT, *Concurrencia y paralelismos* cit. 370, ha addirittura collocato (pur soltanto cursoriamente) il giurista tra gli ultimi anni del I sec. e il principio del II sec. d.C. Meno precisa, sul punto, è la cronologia proposta da W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*[2] (rist. Köln-Weimar-Wien 2001) 126. Quel che più rileva, ad ogni modo, è la continuativa egemonia del giurista nella scuola proculiana sino a un'età così tarda (cfr., ancora, J. PARICIO, *Una aproximación* cit. 93, per il quale «[s]u jefatura al frente de la llamada escuela proculiana fue muy dilatada en el tiempo»), dato che potrebbe (ma il condizionale è più che obbligatorio) suggerire una più incisiva influenza – con riguardo, almeno, al parere del giurista conservato in D. 9.2.11 pr. – del contesto urbano e delle tensioni sociali sopra descritte, dipoi culminate nel provvedimento (l'ennesimo?) di Domiziano cui allude Marziale (cfr. altresì *infra*, nt. 296). Su questi aspetti si cfr. anche, sinteticamente, E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence* cit. 82.

ep. 7.61[295] –, ritiene che responsabile debba essere necessariamente il *tonsor*. Peraltro, ove si ritenga che il giurista avesse effettivamente una certa consapevolezza della riprovevole condotta del barbiere, potrebbe forse spiegarsi la peculiare formulazione – non propriamente lineare – del passaggio in cui è riportata la sua opinione[296].

Infine, con riguardo a Ulpiano – ove non si ritenga la stringa estranea al contesto originario[297] –, il parere reso dal giureconsulto severiano potrebbe

[295] Le cui origini – lo si è segnalato poco più sopra – vanno ricercate, con ogni probabilità, nei decenni precedenti l'emanazione della predetta costituzione domizianea, la quale – con tutta evidenza – dovette far seguito a provvedimenti non dissimili nel contenuto, ma che, a quanto pare, non produssero i risultati sperati.

[296] Ove alla decisa affermazione iniziale di responsabilità (*in tonsore esse culpam*), segue immediatamente un periodo ipotetico esplicativo (*et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur*): come può affermarsi con certezza che *in tonsore esse culpam*, se non si sono dapprima accertate le circostanze descritte nella seconda stringa? Potrebbe, forse, immaginarsi – ma, lo si è detto, è soltanto una ipotesi – che Proculo – pur non pensando ad un provvedimento specifico (non ancora adottato o, più verosimilmente, non ancora specificato nei destinatari da Domiziano) – operasse in un momento storico in cui in special modo le attività dei *tonsores* (ma anche, come riferisce Marziale, di *copones*, *coqui*, *lanii*) suscitavano una certa diffidenza, in ragione della pericolosità del loro esercizio che – per prassi diffusa – si svolgeva quotidianamente nella pubblica via. Sul punto, si cfr. E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence* cit. 88, per cui «[t]he second jurist, Proculus, only stated that the negligence (*culpa*) was to be imputed to the barber»; nondimeno – osserva l'a. – «[i]t is not likely that Proculus would have decided this way easily, *i.e.* without any consideration on the specific circumstances of the case. Proculus (and Mela) would have determined whether there was *culpa*, and hence liability, by an assessment of the particular state of events in the particular case».

Sulla pericolosità del mestiere dei *tonsores* e sui rischi cui era esposto chi si affidava alle loro cure – e non soltanto coloro che erano costretti a rivolgersi a barbieri 'itineranti' – v., ampiamente, J. CARCOPINO, *La vita quotidiana* cit. 200 ss. Cfr., altresì, le precise indicazioni di Plin. *N.H.* 29.114, ove espressamente è prescritta, per la cura delle ferite cagionate dai barbieri – evidentemente, assai frequenti –, l'utilizzazione di tele di ragno, adagiate sui tagli riportati, intinte in olio e aceto, per fermare l'emorragia. Possono richiamarsi, altresì, gli ironici versi dedicati da Marziale (*ep.* 11.84) al *tonsor* Antioco, che non doveva avere certamente un tocco leggiadro nell'utilizzare il rasoio (… *Haec quaecumque meo numeratis stigmata,* / *in vetuli pyctae qualia fronte sedent,* / *non iracundis fecit gravis unguibus uxor:* / *Antiochi ferrum est et scelerata manus* …).

[297] Come fa, ad esempio, S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 419 ss., spec. 422, per cui la frase *quamvis* – fine costituirebbe «una glossa (di origine scolastica) incorporata nel testo»; ma cfr., ancora, sul punto, a margine del «dubbio insolubile» segnalato da Schipani (*ivi*, 420), costituito dalla «prospettazione di … due colpe contemporanee [che] non permetterebbe di individuare un soggetto responsabile solo» e che, «d'altro canto, non può sboccare nella ripartizione della responsabilità», quanto osservato da M.F. CURSI, *Il concorso della colpa del danneggiato* cit. 184 ss.

rappresentare il frutto di una prospettiva più tarda ed ampia, in cui – affievolitesi le tensioni che avevano condotto all'intervento domizianeo raccontato da Marziale[298] – lo sguardo dell'interprete può soffermarsi (non soltanto sul *tonsor*, ma anche) sullo schiavo che si sia affidato alle cure di un barbiere imprudente[299].

In definitiva, ad una lettura più approfondita del frammento, le vicende riportate da Ulpiano e quelle dedotte innanzi alla Suprema Corte si rivelano profondamente diverse, pur se – indubbiamente – vi è una coincidenza di fondo nei presupposti dei problemi esaminati.

Purtuttavia, ulteriori profili di sovrapposizione con riguardo questioni sollecitate possono scorgersi, altresì, in altri aspetti.

Merita di essere segnalato, anzitutto, un dato. Pur se il frammento tràdito in D. 9.2.11 pr. è divenuto una icona della responsabilità extracontrattuale, le vicissitudini che esso sottende ben potrebbero celare,

[298] Tensioni che, invece, all'epoca del provvedimento sopra menzionato dovevano essere certamente più diffuse; è stato osservato a tal proposito – da L. MIGLIORATI, in P. SOMMELLA, L. MIGLIORATI, *Il segno urbano* cit. 308 – come l'atteggiamento di Domiziano «non certo conciliante verso il commercio minuto, doveva risultare popolare presso i cittadini che trovavano, nell'occupazione arbitraria del suolo pubblico, intralcio e ostacolo». Peraltro, anche il rilievo sociale dell'attività svolta dai *tonsores* – la cui fortuna raggiunse l'apice nel primo principato – era andato via via stemperandosi, specie nel corso del II sec. d.C.: cfr. J. CARCOPINO, *La vita quotidiana* cit. 202.

[299] Diversamente, cfr. F. VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane* cit. 26 nt. 42, il quale, a margine della chiosa ulpianea, osserva che tale «mutamento di prospettiva, con l'individuazione del cliente-vittima quale concausa del fatto illecito [sembra] possa essere inquadrato in un contesto di maggiore impulso repressivo del comportamento invasivo dei *tonsores*»; per l'a., infatti potrebbe «essere interpretata in tal senso la 'colpevolizzazione' del cliente, posto che il barbiere avrebbe probabilmente ricevuto maggior danno dal sistematico innalzamento del livello di prudenza della clientela che dallo sporadico taglio di qualche gola (servile)». Al di là del dato per cui a ritenersi «concausa del fatto illecito» non può essere, in sé, la persona del «cliente-vittima», ma, al più, la sua condotta colposa, non mi pare che possa accogliersi una simile lettura. Infatti, sembra difficile sostenere che l'opinione di un (pur così autorevole) giureconsulto avrebbe sortito l'effetto di «innalzare sistematicamente il livello di prudenza» di una siffatta clientela, la cui levatura – per l'appunto – non doveva essere eccelsa (come certamente era nella vicenda scolpita in D. 9.2.11 pr. ed in quelle ad essa consimili, con gli schiavi che usavano farsi radere – evidentemente, in economia – *en plein air*, nel mezzo della folla sgomitante, rischiando seriamente di procurarsi delle ferite assai gravi, come del resto nota lo stesso Autore quanto fa riferimento al taglio di «qualche gola servile»). Con ogni probabilità, la scelta dello schiavo di turno avrebbe finito, in ogni caso, con il ricadere sul *tonsor* più 'abbordabile', a prescindere dalla pregevole – e sottile – notazione di Ulpiano.

nella loro astratta rappresentazione, un rapporto di tipo negoziale tra il *tonsor* e il cliente e, segnatamente, una *locatio* (pur se tale profilo non emerge dalla fonte)[300]. In qualche misura, anche la fattispecie ricostruita dall'ordinanza n. 9997/2020 viaggia su un binario consimile – sospeso, per un tratto, tra la responsabilità per inadempimento e quella aquiliana –, ove si noti che la Suprema Corte, in definitiva, al fine di ricondurre nell'alveo del negozio di ristorazione la salvaguardia della salute degli avventori, fa ricorso all'integrazione del contratto ex artt. 1374 cod. civ. e 32 Cost., mentre – lo si è segnalato più volte – sembra più corretto utilizzare la categoria degli obblighi di protezione, scaturenti dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (i quali rappresentano, a loro volta, la trasposizione in un contesto negoziale del generico dovere di *neminem laedere*, come pure si è già detto).

In secondo luogo, dal frammento ulpianeo emerge, altresì, una fitta – e assai difficile da decifrare – interferenza tra i piani della causalità e della colpa[301]. Dal confronto con le sentenze rese in tema di custodia – dalle quali l'ordinanza n. 9997/2020 ampiamente attinge ispirazione ed argomenti – mi pare emerga bene come anche la vicenda vagliata dalla Suprema Corte in quest'ultimo provvedimento si collochi in prossimità di tale area, al confine, appunto, tra nesso di causalità e *culpa*, pur ove la Cassazione opti recisamente per la centralità del secondo elemento[302].

---

[300] Avverte il problema S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 332 s., 421 s. nt. 24, che – da un punto di vista astratto e «sostanziale» (così a p. 332) – segnala come il caso sia «senz'altro analizzabile come *locatio operis*» (p. 422 nt. 24).

[301] Cfr., con riguardo a tale aspetto, M.F. CURSI, *Il concorso della colpa del danneggiato* cit. 183, la quale sottolinea come i numerosi studi che si sono occupati del frammento hanno variamente analizzato la questione, talvolta avvalendosi della prospettiva causale, talaltra di quella soggettiva, «anche se» – osserva l'a. – «tutte le letture hanno evidenziato l'imprescindibilità del profilo soggettivo nella soluzione del problema della responsabilità». Per una sostanziale sovrapposizione dei due piani, v. A. BIGNARDI, *Gai 3.219 e il principio del 'damnum corpore datum'* cit. 528 (ma cfr., sin d'ora, quanto osserva I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare* cit. 92 s.); sul punto, si cfr. altresì C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I. *Dalle origini all'opera di Labeone* (Torino 1997) 283 nt. 283.

[302] Come si è avuto modo di osservare *supra* (§ 4), le sentenze rese in materia di responsabilità ex art. 2051 cod. civ. hanno decisamente optato – in riferimento al fortuito – per la rescissione del nesso di causalità, ove, di contro, l'ordinanza n. 9997/2020 ha

In particolare – lo si è detto – il danno subito dalla minore ustionata deve intendersi «*corpore corpori illatum*»[303]. Com'è noto, per la dottrina tradizionale, con tale espressione si usa individuare «in materia di danneggiamento aquiliano, [il] nesso di causalità materiale e diretto, consistente nel contatto fisico intercorrente tra il soggetto agente e l'oggetto del danno»[304].

A tal riguardo, non sarà irrilevante registrare come è il medesimo D. 9.2.11 pr. – richiamato nelle battute finali dell'ordinanza[305] – a destare problemi in termini di ricostruzione del nesso di causalità materiale, specie in riferimento all'opinione di Mela, che lascia aperta la possibilità di ascrivere la responsabilità in capo ai giocatori[306]. In particolare – ricostruito il *damnum corpore datum* nei termini anzidetti –, per affermare la sussistenza nel nesso causale non si è mancato di sostenere che il *tonsor* (e anzi, segnatamente, la sua *manus*) dovesse essere considerato «quasi» alla stregua di un mezzo di trasmissione dell'energia cinetica liberata dalla *pila* scagliata[307].

A questo proposito, può segnalarsi la diversa interpretazione del problema proposta da Isabella Piro, la quale – nell'ambito della più ampia prospettiva d'indagine volta alla revisione della impostazione tradizionale delle questioni connesse al concetto di *damnum corpore datum*[308] – indugia

prediletto una impostazione fondata sulla colpa, muovendo dalla considerazione che il nesso causale – nella sua declinazione materiale – si era irrimediabilmente configurato, in quanto «il danno [era] stato arrecato non dal terzo, ma dal personale dipendente del ristorante gestito dal convenuto» (§ 3.1 ord. cit.). Ulteriori notazioni subito *infra*.

[303] § 3.1 ord. cit.

[304] Così compendia la definizione classica I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare* cit. 19; per i riferimenti di letteratura, v. *ivi*, 19 s. nt. 9 (per la manualistica in particolare, v. *ivi*, 7 s. nt. 1); di «atto positivo e corporeo esercitato sopra una cosa corporale» parla V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità Contrattuale* cit. 229.

[305] § 3.4.

[306] Cfr. *supra*, su nt. 279.

[307] F.M. DE ROBERTIS, *'Damnum iuniuria datum'. Trattazione sulla responsabilità* cit. 74.

[308] Con la finalità – in estrema sintesi – di spostare l'asse dal concetto di 'materialità' (e, quindi, dal contatto fisico tra danneggiante e oggetto del danno) a quello di «certezza della riferibilità dell'evento al comportamento considerato, che ne può perciò essere

sul parere di Mela, e, quindi, sulla stringa «*in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri*». In particolare, l'a. osserva che «anziché sospetto, proprio quell'elemento costituito dalla opzionalità nella individuazione del soggetto responsabile (intercorrente tra il barbiere e il giocatore) [può] rappresentare un prezioso ulteriore elemento di comprensione della logica sottostante alla valutazione del nesso di causalità nel pensiero giurisprudenziale romano. L'indicazione che perviene dalla solo apparente genericità e imprecisione del giurista appare infatti essere di principio; essa vuole sottolineare che la responsabilità, in casi come questi, vada riconosciuta in capo a colui al quale si può ascrivere con certezza la riferibilità del comportamento che ha causato l'evento dannoso, elemento al quale si perverrà attraverso un'indagine da effettuare c a s o p e r c a s o [spaziato mio, M.A.], secondo le modalità consone alla soluzione della singola fattispecie. Nel caso analizzato da Mela l'accertamento del soggetto al quale riferire l'evento dannoso è complicato dalle molteplici variabili interferenti con esso (la eccessiva veemenza del giocatore nel tirare la palla; la negligenza del barbiere nel posizionarsi in un luogo inidoneo; la superficialità del cliente – registrata da Ulpiano a fine testo – nel non aver considerato il rischio); assume dunque ora rilevanza anche la componente colposa, per il ruolo determinante che essa gioca nella dinamica dell'evento»[309].

ritenuto causa» (così I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare* cit. 208). Nel medesimo senso, cfr. A. CORBINO, *Il danno qualificato* cit. 107 ss. Su questi temi, cfr., di recente, A. TORRENT, *La causalidad aquiliana. Conexión 'corpore suo-damnum dare': Gayo 3,219; Ulp. (18 ad ed.) D 1,1,7; IJ 4,3,16*, in *RIDROM* 20 (2018) 465 ss. [= in ID., *'Ad legem Aquiliam'* I*. Estudios sustantivos: 'culpa', 'damnum', 'causa'* (Madrid 2019) 247 ss.].

[309] I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare* cit. 92. Soggiunge l'a. (a p. 92 s.), «[i]n definitiva, la concessione dell'*actio legis Aquiliae directa* sembra rispondere sempre – anche in casi come questo, da cui il dato appare meno evidente – al criterio della riferibilità certa dell'evento alla condotta, riferibilità che abbisogna di un supporto di indagine sulla responsabilità soggettiva, relativa ai comportamenti tenuti dai soggetti imputabili». Si v., altresì, le ulteriori precisazioni a p. 104 s., ove è sottolineata la necessità di ponderare con attenzione le circostanze contingenti «non escludendo o circoscrivendo preconcettualmente la responsabilità di alcuno».

Mi pare che da tali battute possano cogliersi ulteriori profili comuni al brano ulpianeo e al *decisum* della Cassazione e, segnatamente, il complesso decorso della vicenda, la problematica convergenza di plurimi fattori riconducibili all'*agere* umano, la necessità di ponderare in concreto – e, quindi, caso per caso, sulla base delle concrete emergenze – gli elementi costitutivi della fattispecie.

Di tal guisa, analogamente a quanto si evince, in definitiva, dai rilievi proposti dalla Suprema Corte con l'ord. n. 9997/2020, la complessità dei fatti sollecita una più attenta ponderazione – in concreto – di tutti gli elementi che variamente affiorano; ponderazione che deve – inevitabilmente – scrollarsi di dosso pericolosi «preconcettualismi»[310], onde valutare con acribia gli apporti causali, congiuntamente alle violazioni delle regole sulla *culpa*, ascrivibili a ciascuno dei protagonisti[311].

Infine, un'ulteriore menzione meritano le peculiari simmetrie e coincidenze che connotano il rapporto tra il caso del *tonsor* ulpianeo e quello – che, per certi versi, ne rappresenta una (ancor più tragica) attuale trasposizione – di un altro (moderno) barbiere, chiamato a rispondere ex art. 2048 cod. civ. in una recente, già richiamata, pronuncia della Suprema Corte[312]. Può ripercorrersi, brevissimamente, la vicenda: il negoziante era stato citato dai genitori di un suo apprendista che – in seguito ad una lite divampata, per futili motivi, nei locali ove esercitavano il loro mestiere – era stato ucciso da un altro giovane (all'epoca dei fatti, quindicenne), il quale pure era alle dipendenze del medesimo barbiere[313]. Quel che si addebitava a

[310] Cfr., quasi testualmente, I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare* cit. 104 s.

[311] In tal senso, si v. anche A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit. 364, per cui, con riguardo alla vicenda del *tonsor* ulpianeo, a venire in rilievo era «una *quaestio facti* (si confronti il § 254 BGB), della quale era rimessa al giudice la valutazione concreta: il giurista [*scil.*, Ulpiano] si limitava, nel proprio *responsum*, a fornire soltanto i criteri fondamentali per la decisione».

[312] Cass. civ., Sez. VI-3, 4 giugno 2018, ord. n. 14216, cit. *supra*, alla nt. 189.

[313] La gravità dei fatti succintamente descritti non ha mancato di richiamare l'attenzione della stampa nazionale: si v., per tutti, C. Sannino, *Giugliano, lite dal parrucchiere. L'assassino ha quindici anni*, *la Repubblica* (5 dicembre 2002), online alla

quest'ultimo era, in sostanza, l'omesso impedimento dell'evento dannoso perpetrato dal suo collaboratore (*illo tempore*, minorenne) ai danni del giovane collega.

Come segnalato, la Cassazione, richiamando ancora il diritto romano – e, segnatamente, la medesima costituzione severiana conservata in C. 4.24.6, unitamente alla «tradizione millenaria» sedimentatasi a margine del caso fortuito[314] – sollecitava la ponderazione della prevedibilità e della evitabilità dell'evento dannoso da parte del precettore. Nondimeno, nella fase di merito era pacificamente emerso che, nell'attimo fatale, il barbiere non era presente sul luogo della tragedia. Pur criticata sul punto[315], la Suprema Corte ha inteso affermare – non senza una certa aprioristica rigidità – che «primo dovere di precettori e maestri è quello della presenza»: di talché, «il "precettore medio" di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., non avrebbe mai lasciato solo un apprendista minorenne». Pertanto, il barbiere doveva essere ritenuto responsabile in quanto – in quel cruciale e tragico frangente – non si era trovato dove avrebbe dovuto essere, ponendosi, in sostanza, nell'impossibilità di impedire l'evento lesivo.

Nella vicenda raccontata da Ulpiano (che, pur distante millenni, non ha perduto i suoi toni drammatici), diversamente, quel che il grande giurista rimprovera al disattento *tonsor* è – esattamente all'opposto – l'essersi

pagina web https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2002/12/05/giuliano-lite-dal-parrucchiere-assassino-ha.html.

[314] In un passaggio (§ 4.3, cit. testualmente *supra*, in nt. 189) sostanzialmente (e formalmente) coincidente con il § 3.3 dell'ord. n. 9997/2020 e, prima ancora, con il § 3.2 dell'ord. 25837/2017 (riportato più sopra). In definitiva, il suddetto brano – che contiene il riferimento al rescritto sopra menzionato – si ripete invariato a partire dall'ordinanza del 2017 (in materia di custodia) sino a quella del 2020 (che, con riguardo al caso del ristoratore, vi innesta il richiamo a D. 9.2.11 pr.), passando per l'ord. n. 14216/2018 (che si occupa, appunto, della responsabilità dei maestri d'arte e dei precettori). Ulteriori osservazioni sono *infra*. Come si è già avuto modo di segnalare (*supra*, nt. 207), Giuseppe Osti (s.v. «*Impossibilità sopravveniente*» cit. 290) ha individuato nella costituzione severiana appena richiamata il luogo di emersione di un «principio che costituì il caposaldo per la elaborazione della teoria del caso fortuito».

[315] Da B. GRAZZINI, *"Maestro d'arte" ex art. 2048 c.c.* cit., spec. 1061 ss.; cfr., ancora, *supra*, nt. 189.

collocato, con la sua sella, nel posto sbagliato. Nel luogo, per l'appunto, ove mai – anche, soprattutto, in seguito al richiamato provvedimento domizianeo, evocato da Marziale[316] – avrebbe dovuto azzardarsi ad esercitare il suo mestiere.

6. *Qualche osservazione conclusiva.*

Appare a tal punto necessario delineare – pur sinteticamente – una prospettiva d'insieme dei problemi via via emersi sin ora per tirare, poi, qualche conclusione.

Anzitutto, l'apparente semplicità della vicenda la cui lettura ha sollecitato queste riflessioni cela – lo si è notato – numerosi snodi critici; il provvedimento che ne è originato, difatti, pesca qui e lì in acque assai torbide, affollate da problemi e questioni affatto trascurabili.

Indubbiamente, parte degli equivoci in cui incorre l'ordinanza n. 9997/2020 – pur se, in seguito, parzialmente chiariti per altre vie – derivano dall'inconsistenza dell'analisi contenutistica inerente al contratto ristorativo, il quale si unisce allo stuolo di quei negozi che errano, nelle pronunce giurisprudenziali, «alla ricerca di una propria identità»[317].

A tal proposito, deve sottolinearsi come il precipitoso richiamo all'art. 32 Cost. – che, a seguire l'improvvida operazione ermeneutica proposta, integrerebbe il predetto negozio[318] ex art. 1374 cod. civ. – non può soddisfare l'interprete. Dico improvvida in quanto – al di là del fatto che essa trascura del tutto la fondamentale distinzione tra regole e principi[319], da cui di contro

[316] Si v., diffusamente, più sopra.

[317] Così N. RAMPAZZO, *Deposito e diligenza nella custodia* cit. 193, a margine del contratto di parcheggio, che pure non ha mancato – e non manca tuttora – di sollevare problemi consimili a quelli affrontati nelle pagine addietro, specie in riferimento alla corretta delimitazione degli obblighi gravanti in capo ai paciscenti e, conseguentemente, alla ponderazione delle reciproche responsabilità. Sul punto, v. ancora N. RAMPAZZO, *Deposito e diligenza nella custodia* cit. 194 ss., con indicazioni di dottrina e giurisprudenza nell'apparato di note.

[318] In uno con gli altri negozi 'affidanti': cfr. *supra*, § 2 ss.

[319] Sul cui rilievo si è indugiato *supra*, § 2.1.

non dovrebbe prescindersi –, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe condurre ad una smisurata ed incontrollabile dilatazione della responsabilità da inadempimento a spese del *neminem laedere*; ciò è tanto più vero in un momento storico in cui – per forza di cose – la pandemia di COVID-19 ha *de facto* reso impossibile isolare con nettezza i «contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra»[320], ben potendo, in ipotesi, il contagio – con il conseguente danno alla salute – insorgere in occasione di una semplice compravendita, o di qualunque altro rapporto che preveda la (pur momentanea e contingente) compresenza dei paciscenti[321].

Ciò, peraltro, a tacere del dato per cui l'inquadramento dell'obbligo di salvaguardare l'altrui salute nell'alveo dei cd. «effetti naturali» del contratto permetterebbe alle parti di disinnescarne *tout court* l'operatività, esprimendo, semplicemente, una manifestazione di volontà in tal senso, con il risultato finale di frustrare patentemente gli obiettivi perseguiti dalla Cassazione[322].

Nondimeno, tale lacuna sospinge la Suprema Corte alla ricerca di altri strumenti utili a delimitare la responsabilità del ristoratore – aspetto, quest'ultimo, che più interessa in questa sede. L'esigenza di non appesantire oltremodo la posizione del debitore, difatti, attrae la Cassazione verso l'argomento storico e, in particolare, di diritto romano, che – almeno in riferimento alla costituzione severiana evocata[323] – offre una sponda assai ghiotta per censurare la decisione della Corte d'appello romana impugnata dai ricorrenti.

Il rescritto in parola, infatti, allude ai casi fortuiti quali eventi che possono definirsi propriamente tali soltanto «*cum praevideri non potuerint*». E se – astrattamente – l'urto del terzo che disgraziatamente fa rovesciare al cameriere la pizza rovente sull'arto della minore (ustionandola gravemente) può essere ricompreso in tale classe di eventi, è (e resta) compito del giudice

[320] § 2.1 ord. cit.
[321] Cfr. *supra*, § 2.1.
[322] V. *supra*, nt. 12 e su nt. 61.
[323] C. 4.24.6 [a. 225].

di merito apprezzare in concreto se siffatto esito potesse essere prevedibile ed evitabile – in rapporto al concreto dipanarsi dei fatti e della vicenda negoziale – dal ristoratore medio, valendosi del parametro della diligenza qualificata di cui all'art. 1176 co. 2 cod. civ. In tale analisi non si era cimentato il giudice di seconde cure, che aveva, di contro, optato per un'astratta affermazione di responsabilità del ristoratore, quasi che l'urto del commensale rappresentasse sempre – ed irrimediabilmente – un accidente prevedibile e prevenibile (rinvenendosi, nella condotta del ristoratore, quell'aprioristico *aliquatenus culpae* cui si è più volte fatto riferimento in queste pagine[324]).

A tal proposito, l'argomento romanistico è necessario al fine di reperire un appiglio per dare una forma alla responsabilità del debitore, agganciandola – per utilizzare la terminologia di Cannata[325] – alla colpa di quest'ultimo, al fine di «contenere il rischio entro limiti ragionevoli»[326].

In questa ottica, lo si è segnalato, il richiamo al diritto romano sembra implicitamente evocare il concetto di «rischio funzionale», che si invera in quei «*pericula culpae* imposti al modello solutorio» – seguendo l'impostazione di Fercia, tributaria delle ricerche di Cannata – «di cui gli '*homines frugi et diligentes*' anche loro malgrado devono, quale conseguenza dei doveri strumentali all'adempimento, obiettivamente farsi carico»[327].

La via indicata dalla Suprema Corte, pertanto, appare sostanzialmente corretta. Sennonché, essa deve percorrersi non per correggere la pretesa (ma inaccettabile, e comunque «abborracciata»[328]) «*Drittwirkung*» dell'art. 32 Cost. (per mezzo dell'art. 1374 cod. civ.), ma per limare ulteriormente gli obblighi di protezione che – ex artt. 1175 e 1375 cod. civ. – gravano sul

[324] Spec. al § 3.1.
[325] C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit. 285.
[326] *Ibidem.*
[327] R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 201.
[328] Riprendendo l'espressione di L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale* cit. 482.

ristoratore e che, già a monte, devono intendersi ristretti ai soli doveri inerenti, precisamente, al nucleo essenziale della prestazione ristorativa (ove gli eventi dannosi che ne esorbitino restano coperti, esclusivamente, dall'art. 2043 cod. civ.). Con riguardo a tale aspetto, l'ordinanza n. 9997/2020 ha certamente perduto un'occasione per porre in connessione i due aspetti e per meglio delimitare, di conseguenza, la responsabilità del debitore nell'ambito di un contratto assai diffuso nella prassi (e, quindi, nel contenzioso).

Da un punto di vista generale, è interessante osservare come il passaggio motivazionale in cui è richiamata la predetta costituzione severiana[329] sia ripetuto – pressoché invariato – in svariate pronunce della Suprema Corte[330] che, pur legate da taluni aspetti comuni, attingono ad ambiti profondamente differenti (oscillanti tra la responsabilità da inadempimento, quella extracontrattuale ed ipotesi intermedie). Dalla trama di queste decisioni, pertanto, emerge una sorta di *Leitmotiv* romanistico – peraltro, non sempre coerente (o adeguatamente giustificato) rispetto al contesto in cui si innesta (o in cui è trapiantato) – che, tuttavia, pare allo stato

[329] Segnatamente, il § 3.3 ord. n. 9997/2020, in cui può leggersi come i precetti che impongono di vagliare la prevedibilità e l'evitabilità del fortuito, «sebbene non espressamente dettati dal codice civile, discendono da una tradizione millenaria e sono dal codice presupposti più che imposti: basterà ricordare al riguardo che già un rescritto dell'imperatore Augusto, inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal *Codex Iustiniani*, Libro IV, Titolo XXIV, § 6, *De casu fortuito*) sancì che "*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (...), nullo bonae fidei judicio praestantur*". Il precetto passò tal quale nel diritto intermedio ("*casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare*"), e da questo pervenne immutato all'età delle codificazioni, ed ai codici attuali. In questi, tuttavia, fu conservata la regola secondo cui il debitore è liberato dal caso fortuito (si vedano ad esempio gli artt. 1492, comma 3, c.c., in tema di perimento della cosa venduta; 1637 c.c., in tema di accollo da parte dell'affittuario del rischio di caso fortuito; art. 1686, comma 3, c.c., in tema di responsabilità del vettore; art. 1805 c.c., in tema di responsabilità del comodatario), ma se ne obliò la giustificazione (il "*cum praevideri non potuerint*" del rescritto augusteo), probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata».

[330] *Mutatis mutandis*, il § 3.3 dell'ord. n. 9997/2020 (riportato alla nt. subito *supra*) corrisponde ai (precedenti) §§ 3.2 in Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837 cit. (espressamente richiamata dall'ord. n. 9997/2020, in materia di custodia) e 4.3 in Cass. civ., Sez. VI-3, 4 giugno 2018, ord. n. 14216 cit. (in riferimento alla responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte in ragione dei danni cagionati dagli apprendisti).

aver trovato ulteriori conferme solamente a margine degli orientamenti maturati in tema di responsabilità da custodia[331].

Infine, l'ordinanza n. 9997/2020 si distingue per un'ulteriore evocazione romanistica, che si sostanzia nel richiamo alla vicenda del *tonsor* ulpianeo tràdita in D. 9.2.11 pr. A tal riguardo – pur non negandosi l'indiscussa suggestività del riferimento (e, almeno *prima facie*, l'impressionante simiglianza dei presupposti[332]) – si è avuto modo di osservare come la posizione del *tonsor* debba nettamente distinguersi – già in premessa – da quella del ristoratore. Può dirsi, infatti, che il primo – soprattutto ove si valorizzi adeguatamente il provvedimento domizianeo cui allude Marziale in *ep.* 7.61[333] – esercita la sua arte in condizioni di illiceità (oltre che di elevata pericolosità, per i clienti e per i passanti); diversamente, il ristoratore (ed i suoi collaboratori) agiscono – almeno, in prima battuta – in un contesto di piena legalità, servendo regolarmente ai tavoli, nei locali a tale attività destinati, in adempimento alle obbligazioni assunte a mezzo della stipulazione, *per facta concludentia*, del contratto ristorativo. Ancor prima, peraltro, si è registrato come il problema contingente sollevato in D. 9.2.11 pr. si fonda su un presupposto – quello della inconfigurabilità del frazionamento della responsabilità colposa e, quindi, del moderno concetto di concorso di colpa in senso tecnico – del tutto avulso dai quesiti posti all'attenzione della Cassazione, assato sulla necessità di individuare l'unico soggetto – tra i partecipi di quella drammatica vicenda – chiamato a rispondere *ex lege Aquilia*[334].

[331] Cfr. Cass. civ., Sez. III., 20 novembre 2020, n. 26524 (spec. al § 2, ove è testualmente richiamata l'ord. n. 25837/2017), nonché da ultimo Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 4035 (al § 2.1).

[332] Che quasi assume i toni del paradosso con riguardo alla tragica morte del giovane apprendista avvenuta nel negozio dell'odierno barbiere la cui responsabilità (ai sensi dell'art. 2048 cod. civ.) è discussa in Cass. civ., Sez. VI-3, 4 giugno 2018, ord. n. 14216 cit. (in cui, nondimeno, il richiamo al diritto romano è limitato al rescritto severiano conservato in C. 4.24.6): cfr. *supra*, § 5, in chiusura.

[333] *Supra*, § 5.

[334] Cfr. *supra*, su e in nt. 276.

Nondimeno, le due vicende ben possono essere accostate per altri profili, su tutti la complessità della fattispecie (con le relative sovrapposizioni che investono i piani della causalità e della colpa), che esige di essere soppesata dall'interprete nella concretezza delle circostanze emerse, rigettando rigidi apriorismi. È questo, in definitiva, il messaggio della Suprema Corte, che censura le apodittiche valutazioni dei giudici d'appello, sollecitando una più approfondita ponderazione delle violazioni inerenti alle regole in materia di *culpa-diligentia*.

Per concludere, può affermarsi che l'utilizzazione dell'argomento di diritto romano da parte della Cassazione risulta pertinente – e ricco di spunti – con riguardo al *fortuitus*, che rappresenta tuttora un tema assai discusso e denso d'implicazioni storiche; di contro, esso si rivela semplicemente suggestivo – ma non certo indispensabile – in riferimento al frammento ulpianeo conservato in D. 9.2.11 pr.

Ad ogni modo, nel complesso, l'ordinanza n. 9997/2020 – in uno con le altre decisioni ad essa consimili, via via richiamate in queste pagine – offre indubbiamente un'opportunità per rimeditare gli annosi problemi suscitati dall'art. 1218 cod. civ., e dallo spinoso rapporto con le regole di diligenza, rapportate all'inadempimento dovuto a causa non imputabile. E tale riflessione ben può essere illuminata dalla esperienza giuridica romana, miniera inesauribile di casi e concetti, pur talvolta irriducibili (ed inaccostabili) al pensiero moderno.

Con riguardo alla ricerca che ci ha occupato, tuttavia, i (più o meno meditati) richiami della Suprema Corte disvelano uno stretto legame tra le tendenze della giurisprudenza romana – specie in riferimento ai menzionati *pericula culpae* – e quelle che percorrono le più recenti decisioni della Cassazione. Pronunce, queste ultime, che hanno aperto un varco – in maniera, forse, inconsapevole – verso il passato, denso di spunti e problemi affascinanti, in definitiva, per una semplice necessità contingente, che risiede

nell'esigenza di limitare, in qualche maniera, la responsabilità del debitore[335]; quindi – potrebbe dirsi – per mero caso. Quello stesso caso che – secondo la indovinata, evocativa definizione di Carlo Dionisotti, richiamata in epigrafe – null'altro è se non, appunto, «la norma che presiede alla ricerca dell'ignoto», o – in questo *caso* – la norma che ha presieduto alla ricerca di un più o meno noto passato, le cui anse costituiscono – secondo la rappresentazione di un'altra, assai efficace, immagine – il «labirinto del romanista»[336].

[335] Altrimenti destinata a precipitare nell'indefinito baratro aperto dall'integrazione ex art. 32 Cost. dei negozi cd. 'affidanti'. Su tale necessità, cfr., ancora, C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit. 285.

[336] Cfr. C. CASCIONE, *Sul nome (e il numero) dei «tresviri capitales». A ritroso da Borges a Insus, cavaliere trionfante*, in *Index* 38 (2010) 21 [= in ID., *Studi di diritto pubblico romano* (Napoli 2010) 85]. Ancora, com'è stato recentemente detto, «il diritto romano (dizione che è ovviamente una sintesi, storica e dogmatica, dei diversi 'diritti romani' di Orestano) [rappresenta] non solo un fenomeno di disciplinamento giuridico di lunghissima durata, ma anche un fondamento profondo e vivo, e perciò 'attuale', nella cultura europea (e non solo)»; di tal guisa, «[l]'anatra goethiana spesso riemerge da profondità insondate e in luoghi imprevedibili» (così C. MASI DORIA, *Robert Louis Stevenson* cit. 1021). Si tratta, appunto, della medesima anatra che affiora, a più riprese, nei più recenti percorsi ermeneutici battuti dalla Suprema Corte: a ragione può affermarsi – allora – che essa «non solo riemerge, ma è in grado di volare, e vola» (in tal senso, A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano* [Napoli 2012] 120).

CAPITOLO TERZO

La Suprema Corte alle prese con la matrice storica degli interessi moratori. La difficile convivenza con la normativa antiusura

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. L'ordinanza n. 27442 del 30 ottobre 2018. La vicenda processuale. – 3. La lettura della Cassazione e la 'ontologica omogeneità'. Gli interessi moratori non sfuggono alla L. n. 108/1996. – 4. Un'antica disomogeneità. L'argomento storico e il «fantasma» romanistico. – 5. Un diverso paradigma. La *stipulatio poenae*. – 6. L'argomento testuale. La rivalutazione dell'art. 1224 cod. civ. – 7. La tutela del debitore. – 8. La giurisprudenza successiva coglie i messaggi della storia? – 9. Qualche nota conclusiva sull'uso dell'argomento di diritto romano nell'ordinanza del 30 ottobre 2018, n. 27442. «Ciò che sta dietro la facciata della motivazione in diritto».

1. *Una breve premessa.*

Il tema frastagliato delle obbligazioni pecuniarie di interessi ha rappresentato – anche in giurisprudenza, come si dirà subito – un ambito assai attrattivo per la rievocazione storica delle radici romanistiche del sistema civilistico attuale, specie in relazione alla legislazione antiusura, in un'area turbolenta in cui si registrano, tra l'altro, continue intersezioni con la materia penalistica.

Un esempio della suddetta commistione tra diritto vigente e tradizione può scorgersi già nelle pagine di un denso parere *pro veritate*, vergate agli albori del secolo scorso da Carlo Fadda[1], il quale – oltre a essere unanimemente riconosciuto tra i più grandi romanisti della sua epoca – fu

[1] *Denunzia di cessione a un solo debitore solidale. Interessi di mora per debiti illiquidi*, raccolto nel volume *Pareri giuridici* cit. alle pp. 245 ss.

anche «rinomatissimo avvocato»[2]. L'intervento dello studioso cagliaritano si colloca a margine di una complessa controversia, insorta in seguito alla revoca da parte del Governo italiano della concessione per la costruzione e l'esercizio di svariate linee ferroviarie alla Società delle ferrovie meridionali, la quale aveva appaltato la realizzazione dell'opera ad altra ditta (che, a sua volta, aveva coinvolto ulteriori subappaltatori e cottimisti).

In ragione del suddetto atto di revoca, adottato sulla base di un accordo tra i rappresentanti governativi e la Società delle ferrovie meridionali – che aveva poi transatto con la ditta appaltatrice della costruzione dell'opera –, erano stati lesi gli interessi degli altri numerosi operatori economici (i subappaltatori e i cottimisti) a vario titolo coinvolti nella vicenda, rimasti insoddisfatti dalla mancata esecuzione della concessione. Nella «lite tempestosa»[3] che ne seguì, questi ultimi chiamarono in giudizio la ditta che aveva ottenuto dalla Società delle ferrovie meridionali l'appalto per la realizzazione dell'infrastruttura, chiedendo «il pagamento dei materiali da costruzione, provviste, opere, spese e lucri mancati», unitamente agli «interessi del 12% sulle somme dal giorno della cessazione del lavoro»[4]. Come può intuirsi, è quest'ultimo il punto che più interessa in questa sede: il Tribunale di Torino, infatti, con sent. 6 aprile 1899, «dichiarò che, sulle somme dovute a titolo di lucri mancanti, non decorrevano interessi a favore dei cottimisti se non dal giorno della condanna»[5], sulla base, in buona sostanza, del brocardo *in liquidandis – in illiquidis – non fit mora*, poi

[2] Cfr. C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso* cit. 49 e nt. 1 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 3 e nt. 1], ove sono altresì referenze bibliografiche sulla figura dello studioso. Per un sintetico inquadramento generale della sagoma di Fadda, v. recentemente S. SOLIMANO, s.v. «*Fadda, Carlo*», in *DBGI*. I cit. 813 s.

[3] C. FADDA, *Pareri giuridici* cit. 246.

[4] C. FADDA, *Pareri giuridici* cit. 246.

[5] C. FADDA, *Pareri giuridici* cit. 247.

dissezionato (e sconfessato) dal parere faddiano, che ne contesta, altresì, il fondamento storico-romanistico[6], oltre che moderno[7].

Per giungere alla soluzione del nodo empirico sottoposto alla sua attenzione, Fadda non manca di delineare, pur brevemente, la consistenza storica – soprattutto, nella prospettiva romana – degli interessi moratori, lambendo l'essenza del problema ermeneutico che sta alla base della recente ordinanza della Cassazione n. 27442/2018[8] (e che sorregge, più in generale, il nutrito filone giurisprudenziale in cui essa s'innesta, recentemente culminato in una pronuncia delle Sezioni Unite[9]), il cui esame ci occuperà nelle pagine a seguire. Il quesito – la si consideri una sintetica anticipazione, necessaria a delimitare il campo d'indagine, di quanto si dirà nei prossimi paragrafi – concerne l'applicabilità o meno della normativa antiusura agli interessi moratori convenzionalmente pattuiti dalle parti, la cui funzione (in

[6] C. FADDA, *Pareri giuridici* cit. 258 ss. Può essere interessante, a tal proposito, osservare come una recentissima pronuncia della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. VI-3, 22 aprile 2021, ord. n. 10599) ascriva tuttora il principio all'esperienza romana, negandone la valenza per il diritto odierno: «Né la illiquidità del credito, né la contestazione di esso da parte del cliente, potevano impedire il decorso degli interessi di mora: nel nostro ordinamento, infatti, non vige il principio romanistico *in illiquidis non fit mora*, con la conseguenza che, in caso di contestazione dell'entità del credito, l'atto di costituzione in mora produrrà i suoi effetti tipici limitatamente alla parte del credito che risulterà in concreto dovuta (così già Sez. 2, Sentenza n. 11736 del 20/11/1998, Rv. 520887 – 01)». Ne conseguiva, pertanto, la condanna a corrispondere gli interessi moratori.

[7] L'impostazione proposta nel suddetto parere, difatti, rappresenta un ottimo esempio del crinale attualizzante della metodologia faddiana (pur se, nella produzione dello studioso cagliaritano, non sono mancate professioni strettamente storicistiche): cfr. S. SOLIMANO, s.v. «*Fadda, Carlo*» cit. 813, 814. In qualche modo, la suddetta ambiguità risulta altresì dalle lievi deviazioni dalla rotta positivistica, seguita – assieme a Bensa – nelle note a Windscheid, segnalate da C. MESSINA, *Tradizione romanistica* cit. 26 ss. (v. ampiamente *supra*, cap. I, § 2).

[8] Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442, in *Corr. giur.* (2019) 164 ss.; in *BBTC.* (2019) II, 2 ss.; in *Giur. it.* (2019) 2616 ss.

[9] Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597, in *Giur. it.* (2021) 564 ss., con note di A. BARENGHI, *Mora usuraria e interessi corrispettivi: le Sezioni unite disinnescano il contenzioso* (572 ss.) e di B. PETRAZZINI, *Interessi moratori e usura: l'intervento delle Sezioni unite* (1395 ss.), sul cui *decisum* si dovrà tornare più oltre. La sentenza è leggibile, altresì, in *Corr. giur.* (2021) 1315 ss., preceduta dal commento di G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, alle pp. 1305 ss.; in *BBTC.* (2021) II, 1 ss., con nota di U. SALANITRO, *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, alle pp. 16 ss.

uno con il regime normativo ad essi conseguentemente applicabile) è assai discussa, come si avrà modo di vedere a breve.

Una più generale ricostruzione – impregnata della tradizione romana quale «fonte comprimaria … d'esegesi legislativa ex art. 12, comma 2, delle preleggi»[10] – è stata proposta dalla sentenza n. 3110 del 12 aprile 1990 della Suprema Corte[11] (estesa da Giovanni Micali, che l'ha inserita, altresì, nel suo «repertorio romanistico-lavoristico» più volte richiamato[12]). La suddetta pronuncia reca in sé una sorta di compendio storico – che occupa una parte assai consistente del provvedimento – della tassonomia in cui si inscrivono gli interessi pecuniari (in uno con la repressione dell'usura) a partire dall'esperienza giuridica romana; essa rappresenta l'antecedente metodologico (specie in relazione ai profili che interessano la presente indagine) dell'ord. n. 27442/2018, china sugli interessi moratori convenzionalmente pattuiti *ultra modum legis* – su cui dovremo indugiare più oltre –, la cui impostazione ricalca (pur senza richiamarla espressamente) la paziente ricostruzione storica elaborata dalla decisione del 12 aprile 1990.

Il quesito risolto dalla sentenza n. 3110/1990 – nel segmento che qui più rileva – concerneva la qualificazione giuridica da ascriversi alla richiesta generica, di una parte processuale, del pagamento degli «interessi nella misura legale». Nell'ottica del Ministero ricorrente infatti – cito dal testo della pronuncia[13] – «il tribunale aveva errato nell'aver riconosciuto all'attrice il diritto al pagamento degli interessi corrispettivi, dal momento che essa, sin dal primo grado del giudizio, si era limitata soltanto a chiedere "gli interessi legali", onde tale capo di domanda avrebbe dovuto essere interpretato come la richiesta di pagamento degli interessi moratori, decorrenti, quindi, dalla data di notificazione del ricorso», con conseguente «violazione e falsa applicazione degli artt. 1219 e 1224 c.c., nonché dell'art. 429, comma 3,

[10] V. ampiamente *supra*, cap. I, § 2.
[11] Si è già accennato alla pronuncia *supra*, cap. I, nt. 241.
[12] G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 489 ss., spec. 491 ss.
[13] Qui come oltre, ove non diversamente indicato.

c.p.c.». La suddetta doglianza offre la sponda alla Cassazione per interrogare la tradizione giuridica, e per concludere – dapprima, con sintetica statuizione – per la infondatezza del motivo di ricorso, laddove «[l]a richiesta di pagamento degli interessi nella misura legale, non seguita da alcuna qualificazione particolare, dev'essere intesa come una semplice istanza di pagamento dei frutti civili sulla somma dovuta, a norma del combinato disposto degli art. 820, comma 3 e 1282 c.c.».

Per rispondere al quesito, il Collegio percepisce l'esigenza di ripercorrere *ratio* e limiti delle costruzioni giuridiche in cui tradizionalmente si inquadrano gli interessi pecuniari, a partire dalle XII tavole sino alla codificazione del 1942, richiamando – pur non sempre con la medesima accuratezza – una vastissima schiera di fonti[14], successivamente compendiate dall'estensore della pronuncia nel suo contributo (che rappresenta, in qualche modo, una sorta di autobiografia professionale) sul diritto romano nella giurisprudenza della Cassazione[15].

La ricostruzione proposta dalla Suprema Corte muove dalla nozione codicistica dei «frutti civili» per come emerge dal combinato disposto degli artt. 820 co. 3 e 1282 cod. civ. (evidenziando – anche per il tramite della Relazione della Commissione reale al libro della proprietà [§ 8] – la diversa impostazione del Codice Pisanelli, in specie dell'art. 444 co. 3[16]). Di seguito, la Cassazione definisce gli interessi corrispettivi, che «rappresentano il controvalore economico del vantaggio che il debitore trae dal ritenere presso

[14] Alla stessa stregua in sostanza – come meglio si vedrà nelle pagine a seguire – dell'ord. n. 27442 del 30 ottobre 2018.

[15] G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 491 ss.

[16] Sul punto, cfr. la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) … per l'approvazione del testo del «Codice civile»* al § 391. L'esame dei lavori preparatori e delle relazioni di accompagnamento ai testi codicistici rappresentano una delle cifre tipiche delle pronunce estese da Giovanni Micali: cfr. G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 491. In generale, su questi temi, si v. l'approfondito percorso diacronico tracciato da R. CARDILLI, *Dalla regola romana dell''usura pecuniae in fructu non est' agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 5 (1998) 3 ss. (v. spec., per il trapasso dalla codificazione del 1865 a quella del 1942, le pp. 49 ss.).

di sé la somma che avrebbe dovuto versare al creditore … onde gl'interessi sono dovuti indipendentemente dalla mora in base al principio generale che l'utilizzazione del capitale o di una cosa fruttifera obbliga l'utente (e da qui l'espressione originaria di *usurae* da *usus*) al pagamento di una cosa dello stesso genere, proporzionata, cioè corrispettiva, al godimento ricavato». La suddetta disciplina legislativa «ha rappresentato un'innovazione profonda del codice civile vigente rispetto a quella dettata dagli art. 1231 e 1233 c.c. del 1865, ispirato alle dottrine economiche del tempo e, più ancora, all'avversione che il diritto romano, prima, e quello canonico, poi, ebbero per l'istituto degli interessi e, in particolare, per il principio stesso della capacità intrinseca del denaro di riprodursi e di fruttificare»[17].

La decisione si diffonde, poi, più da vicino sull'esperienza romana, il cui esame assorbe gran parte della mole complessiva delle motivazioni. In particolare – in un brano che converrà riportare per intero – può leggersi che la tradizione romana, «disancorata com'era da remore teoretiche su cui discettare e da princìpi etici da sostenere, costituendo essa un autentico *dictamen practicum* per regolare i rapporti umani, vedeva nella prestazione degli interessi un motivo di turbamento dell'ordine pubblico a causa dell'*auri sacra fames* dei creditori, costituiti dalla classe patrizia, onde la legge delle XII tavole limitò le *usurae* all'1% all'anno, sulla considerazione che il denaro, quale rappresentante universale di tutte le merci e controvalore economico di esse, ben poteva essere considerato fruttifero: "l'usura, in verità era una piaga vecchia di Roma, molto spesso causa di sedizioni e di discordia, e già in passato, allorquando i costumi erano meno corrotti, si era tentato di porvi rimedio. La prima sanzione a questo proposito, fu data dalla

[17] In particolare, la disciplina apprestata dal Codice Pisanelli manteneva intatta «la nostra tradizione romanistica e canonica, che aveva considerato sempre con sfavore la corresponsione degli interessi sul capitale, per frenare, la prima, l'ingordigia dei creditori, eccezion fatta per i contratti bancari e marittimi e la seconda, la convinzione che il denaro fosse di per sé insuscettibile di fruttificazione, perché basata sul fattore tempo, "che appartiene a Dio e non agli uomini"».

legge delle XII tavole, perché mentre prima erano gli usurai che stabilivano a loro piacimento il saggio dell'interesse che essi concedevano, fu stabilito, per contro, che nessuno poteva esercitare l'usura chiedendo un tasso superiore all'1% all'anno; in seguito, su proposta dei tribuni, tale saggio venne ridotto alla metà ed infine si giunse a vietare qualsiasi prestito del genere (Tacito, *Annales,* 6, 11)». Il passaggio è assai rilevante – pur se parzialmente frainteso dalla Cassazione[18] –, in quanto la fondamentale testimonianza tacitiana (erroneamente indicata[19]: si tratta, in realtà, di Tac. *Ann.* 6.16.1-2[20]) sarà utilizzata, altresì, dalla Suprema Corte nella pronuncia del 2018[21] (nella cui trama, per vero, assai più rilevante è il richiamo alla legislazione antiusura *stricto sensu* intesa). La pronuncia prosegue richiamando il brano liviano che riferisce la notizia del plebiscito Duilio Menenio del 357 a.C., a mezzo del quale sarebbe stato introdotto il limite del

[18] Pur nell'ambito di un denso dibattito – «ancora vivo», come ha recentemente sottolineato R. CARDILLI, *'Usura in fructu non est'. Contro l'astrazione dei moderni*, in *Diritto@Storia* 16 (2018) nt. 28 [= ID., *Fondamento romano dei diritti odierni* cit. 350 nt. 28] –, i principali filoni ermeneutici che si fronteggiano sulla dubbia consistenza del cd. *foenus unciarum* lo riconducono, alternativamente, al 100% o all'8,33% su base annua: sul punto, v. *infra*, nt. 83.

[19] Cfr., altresì, G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 492, in cui si legge la medesima indicazione errata.

[20] *Interea magna vis accusatorum in eos inrupit qui pecunias faenore auctitabant adversum legem dictatris Caesaris, qua de modo credendi possidendique intra Italiam cavetur, omissam olim, quia privato usui bonum publicum postponitur. Sane vetus Urbi fenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa, eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur; dein rogatione tribunicia ad semiuncias redactum; postremo vetita versura. Multisque plebi scitis obviam itum fraudibus, quae, totiens repressae, miras per artes rursum oriebantur.* Sul brano si v. sin d'ora R. CARDILLI, *'Plebiscita et leges' antiusura. 'Leges fenebres', 'ius civile' ed 'indebitamento' della plebe: a proposito di Tac. Ann. VI, 16, 1-2*, in *Diritto@Storia* 7 (2008) *passim* [= in *Studi in onore di A. Metro* I (Milano 2009) 377 ss.], ove sono raccolte numerose indicazioni di letteratura nell'apparato di note.

[21] § 1.7.2, ove ad essere errata è l'indicazione del libro degli *Annales*: «Nel diritto romano arcaico un "tasso soglia" (*foenus unciarum*) venne introdotto sin dal VI secolo a.C. nella legislazione tavolare (secondo quanto riferisce Tacito, *Annales*, VII, 16, 2). Questo tasso subì periodiche variazioni, e restò fissato nella misura del 6% dall'imperatore Giustiniano». Sul punto si dovrà tornare nelle pagine a seguire.

tasso unciario[22] (identificato dalla Cassazione – stavolta – nel 12% annuo[23]), e che sarebbe stato successivamente ridotto alla metà (cd. *foenus semiunciarum*)[24].

Di seguito alla indicazione dei principali provvedimenti legislativi adottati in funzione repressiva dell'usura, la pronuncia passa ad esaminare – secondo uno schema che ricorda, in qualche modo, l'impostazione adottata dalla pronuncia del Pretore di Borgo San Donnino più sopra esaminata[25] – gli aspetti più strettamente privatistici del prestito di danaro a interesse, raccogliendo e ordinando diversi brani dei *Digesta* – accompagnati dalla citazione diretta del giurista e del frammento – di cui è proposta la traduzione[26]:

> Il pagamento degli interessi … nel periodo classico doveva esser convenuto espressamente, secondo la giurisprudenza seguente: «non sono dovuti gl'interessi per il denaro dato a credito» (Africano, D. 19, 5, 24); … «nel caso che sia così stipulato; ed anche gl'interessi, se competeranno, la stipulazione dev'essere considerata nulla se non sia

[22] Liv. 7.16.1. Sul rapporto tra il plebiscito Duilio Menenio e la testimonianza di Tacito (*Ann.* 6.16.2), v. spec. R. CARDILLI, *'Plebiscita et leges' antiusura* cit. § 3.B [= in *Studi in onore di A. Metro* I cit. 388 ss.]; cfr. L. SOLIDORO, *Tassi usurari e giurisdizione*, in *Diritto@Storia* 7 (2008) su nt. 17, la quale ritiene che il plebiscito rappresentasse, probabilmente, «una reiterazione dell'antica norma [*scil.*, decemvirale], caduta in desuetudine dopo l'incendio gallico».

[23] Avendo in mente in quel segmento – forse – le cd. *usurae centesimae* (corrispondenti alla centesima parte del capitale al mese, e, quindi, al 12% su base annua: v. *infra*, nt. 75).

[24] Liv. 7.27.3. Sul punto, v. ancora R. CARDILLI, *'Plebiscita et leges' antiusura* cit. § 3.C [= in *Studi in onore di A. Metro* I cit. 390]. Sulla temperie politico-economica del IV sec. a.C., v. recentemente R. D'ALESSIO, *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato* (Lecce 2018) 180 ss., con indicazioni di fonti e referenze bibliografiche nell'apparato di note.

[25] Si v. *supra*, cap. I, § 1.1.

[26] Ci tiene a precisare Micali (*Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 491) che le sentenze elencate nel suo repertorio – ivi compresa la pronuncia n. 3110/1990, che apre la composizione –, nel richiamare «*in extenso* i principi di diritto romano utilizzati a scopo nomofilattico … hanno fatto [ciò] italianizzando il testo, cioè dando a significato tecnico-giuridico latino eguale significato in lingua italiana, e non già dando significato italiano a parola latina indipendentemente dal senso complessivo della frase tradotta».

stata stabilita la misura degli interessi» (Ulpiano, D. 22, 1, 31); … «Gaio Seio ha preso a mutuo da Aulo Agerio una somma di denaro e gli ha rilasciato un chirografo del tenore seguente: io stesso attesto di aver ricevuto denaro a mutuo e di aver avuto numerate dieci monete che restituirò alle prossime calende con gli interessi convenuti». «Si domanda se in virtù di tale documento possano esser chiesti gl'interessi stabiliti; Modestino risponde che, nel caso che non risulti in quale misura gl'interessi siano stati pattuiti, essi non possono esser pretesi» (Modestino, D. 22, 1, 41, paragrafo 2). Gl'interessi, pertanto, pur nel sospetto cui erano tenuti, erano riguardati, tuttavia, quali frutti del denaro, come un'obbligazione autonoma rispetto alla sorte principale, onde la fecondità del capitale era considerata alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, in natura, con riguardo alla generalità dei frutti: 1) «gl'interessi tengono il posto dei frutti, e, quindi, con buona ragione devono essere tenuti separati da essi». «Tale regola dev'essere osservata nei legati, nei fedecommessi, nell'azione di tutela ed in tutte le altre azioni di buona fede, ed altrettanto deve dirsi con riguardo a tutto ciò che proviene a titolo ereditario» (Ulpiano, D. 22, 1, 34); 2) «gl'interessi devono esser corrisposti anche nella gestione contraria d'affari nel caso che io abbia contratto un mutuo per pagare il tuo creditore che era sul punto d'entrare in possesso dei tuoi beni e di vendere il tuo pegno». «Che sarà se io, possedendo del denaro, paghi di tasca mia per la causa suddetta? Io ritengo che, se vi ho liberato da un incomodo grave, tu mi sia debitore degli interessi stabiliti dalla legge con riguardo ai giudizi di buona fede». «Che se poi io ho preso denaro a mutuo, mi dovrai gl'interessi che ho pagato, purché tu tragga dal denaro un vantaggio almeno eguale all'ammontare della somma dovutami a titolo d'interessi» (Ulpiano, D. 22, 1, 37).

Al di là del suddetto inquadramento generale che si è proposto – su cui pure dovrà tornarsi di qui a breve –, quel che più interessa porre in evidenza per ora (oltre alla peculiare morfologia del provvedimento giurisdizionale, che si distingue – anche in comparazione con le altre pronunce del repertorio di Micali – per l'uso larghissimo della materia prima romanistica) è la ricostruzione proposta dalla decisione a margine delle *usurae* dovute *ex mora*, da cui emerge – con una certa insistenza – un profilo ontologico e funzionale che tornerà utile più innanzi:

> Laddove, però, le *usurae* non potevano esser considerate convenzionali, quali frutti tipici del denaro, esse avevano di per sé natura risarcitoria dell'illecito civile commesso, qual era considerato, per l'appunto, l'inadempimento contrattuale costituito dal ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, onde gl'interessi, così come stabilito nel codice del 1865, assumevano il carattere di corrispettivo del danno cagionato (moratorio), e venivano liquidati dal giudice nell'*an* e nel *quantum*: 1) «se si è ritardato nell'eseguire un pagamento, per tale mora non possono essere chiesti gl'interessi, dal momento che non discendono dal contratto (nel qual caso avrebbero avuto carattere corrispettivo), ma devono esser pagati se il giudice lo disponga» (Ermogeniano, D. 19, 1, 49, paragrafo 2°) «nei contratti di buona fede gl'interessi sono dovuti dal giorno della mora» (Ulpiano, D. 22, 1, 32, paragrafo 1°); … «un tutore, ch'era stato condannato a pagare una somma di denaro, trovò il modo di differire l'esecuzione della sentenza mediante l'impugnazione di essa». «Erennio Modestino rispose: il giudice di appello poteva condannare il debitore al pagamento degli interessi anche per il tempo intermedio nel caso che si fosse reso conto che il gravame era stato proposto a scopo dilatorio» (Modestino, D. 22, 1, 41).

Quelle esposte – per usare le stesse parole della Cassazione – costituiscono le «premesse teoriche secondo la nostra tradizione giuridica», che, una volta campite, consentono alla Suprema Corte di proseguire l'affresco, analizzando – pur rapidamente – le dottrine della Chiesa, prima di approdare alla codificazione del 1865 (che «tollerò il principio della naturale fertilità del denaro soltanto se in tal senso si fossero espresse le parti contraenti, pur compiendo aperture notevoli … a simiglianza del diritto francese in materia commerciale»[27]) ed ai diversi principi che avrebbero governato la materia sotto l'impero del Codice del '42[28].

[27] Precisa ancora la Cassazione come sotto l'impero del Codice Pisanelli «[l]a regola generale era quella che gl'interessi avevano rigorosamente natura risarcitoria, onde occorreva l'inadempimento di una delle parti, ovvero il fatto illecito del terzo (quasi delitto) perché essi cominciassero a decorrere dal giorno della mora, ovvero dalla data della domanda giudiziale». Mi pare, ad ogni modo, eccessivamente recisa l'affermazione della Cassazione – che ricorre più volte – per cui la libertà di contrattare i tassi di interesse (preveduta, in relazione al contratto di mutuo, dal Codice civile del 1865 all'art. 1829: «È permessa la stipulazione degli interessi nel mutuo di denaro, di derrate o di altre cose mobili») si sarebbe posta «contro la tradizione romanistica», laddove la suddetto regola – che senza dubbio suona assai strana ai contemporanei – sembra porsi, più che altro, in frizione con le dottrine della Chiesa, su cui pure la pronuncia rapidamente si sofferma. Il riferimento, in particolare, è al notissimo brano evangelico (Lc. 6.35) che ingiunge – secondo il noto adagio tratto dalla *Vulgata* di San Girolamo – «*mutuum date nihil inde sperantes*» (cfr., sul punto, Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442 cit., che richiama il brano – in uno con le letture della patristica – al § 1.7.3); sul frammento – nonché, più in generale, sul divieto dell'usura nel *ius canonicum* – v. R. CARDILLI, *Dalla regola romana dell''usura pecuniae in fructu non est' agli interessi pecuniari* cit. 36 ss., con indicazioni di letteratura nell'apparato di note.

[28] Anche a margine dalle innovazioni sistematiche apportate dal Codice civile del 1942 gioca un ruolo fondamentale la tradizione romanistica (in particolare, in riferimento al peculiare regime del danno da ritardo in materia commerciale, fidejussoria e societaria): «Il codice giustinianeo, pur sfavorevole alle *usurae* sotto l'influenza del diritto canonico appena nascente e timoroso di porre in forse la pace sociale, tenne distinta, tuttavia, la disciplina degli interessi in materia creditizia e marittima, ov'era più significativo il riconoscimento del denaro come merce destinata ad autoriprodursi mediante fruttificazione, dalla disciplina civilistica e piccolo-commerciale (ecco l'eccezione) attardata sul pregiudizio della morigeratezza delle controprestazioni pecuniarie quale espressione rigida di costumi sociali, con riguardo, anzi tutto, alla qualità personali delle parti contraenti» (il riferimento è a Nov. 136.4, su cui pure si dovrà rapidamente tornare *infra*). Con riguardo alle modulazioni subiettive rintracciabili nella legislazione giustinianea in relazione ai tassi-soglia – in specie con riguardo agli *illustres*, per i quali il limite si arrestava al 4%, in luogo della soglia generica (che valeva per i *ceteri omnes homines*) attestatasi in età giustinianea al 6% – è richiamata altresì la costituzione di Giustiniano a Menna conservata in C. 4.32.26.3 (erroneamente indicata con C. 4.32.27), che sarà espressamente evocata – tra l'altro – dall'ord. n. 27442/2018 (ulteriori riferimenti su questi temi – e, in particolare, sulla legislazione giustinianea – sono *infra*, § 4).

L'esame della tradizione così condotto induce la Suprema Corte ad affermare, infine, «che l'attrice … si era limitata a chiedere la corresponsione degli interessi senza avere accennato affatto a pretesa alcuna di risarcimento del danno subito dal ritardo nell'adempimento dell'obbligazione da parte del Ministero dell'interno, onde non v'è dubbio che gl'interessi ch'essa aveva chiesto erano quelli corrispettivi o non già moratori».

Dal punto di vista dell'uso dell'argomento di diritto romano – esclusa la sussistenza di una lacuna ordinamentale in senso tecnico[29] e, quindi, della necessità di ricorrere ai processi ermeneutici che conducono a colmarla per il tramite dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ex art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ.[30] – la soluzione apprestata dalla Corte può risultare indubbiamente apprezzabile, in quanto il quesito sottoposto alla Cassazione è, comunque, «risolto nella direzione indicata dalla storia»[31]. Quel che più interessa, tuttavia, è la distinzione ontologica e funzionale tra interessi corrispettivi e moratori (che rappresenta, in chiave storica, l'ossatura della pronuncia): laddove i primi remunerano l'uso del capitale, i secondi rappresentano uno strumento risarcitorio (pur se, lo si vedrà più oltre, i due profili possono parzialmente sovrapporsi se soppesati in un'ottica *stricto sensu* economica e finanziaria). La suddetta distinzione, infatti, sarà successivamente posta in discussione (anche – e soprattutto – nella prospettiva storico-romanistica) dall'ordinanza n. 27442/2018, cui sono dedicate le pagine che seguono.

La meta cui è giunta in tempi recenti la Cassazione – lo si sarà intuito – coincide con la sottoposizione (anche) degli interessi convenuti dalle parti a

[29] Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 421, 429 ss. Anzi, la ricostruzione storica (e, più in generale, sistematica) proposta dalla Cassazione sembrerebbe piuttosto esprimere una diversa tecnica ermeneutica, volta appunto – all'inverso – a «prevenire le lacune», illuminando con la storia la lettera della norma: cfr., ancora, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 423.

[30] Secondo i percorsi tracciati *supra*, cap. I, § 2.

[31] Sono le parole utilizzate da Riccardo Fercia (*Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102) a margine delle pronunce rese dalle Sezioni Unite nel 1989 (est. Micali) sulla condanna alle spese disposta a mezzo ordinanza: cfr. *supra*, cap. I, § 2.

titolo di mora ai tassi soglia determinati dalla L. 7 marzo 1996, n. 108 (cd. legge antiusura), dapprima con la più volte citata ordinanza del 30 ottobre 2018, dipoi – ma con percorsi ermeneutici e risultati non totalmente sovrapponibili – dalle Sezioni Unite, con la sentenza del 18 settembre 2020, n. 19597[32]; nel mezzo, si registra altresì un'altra, interessante, pronuncia della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286[33]), che, pur ritenendo di sottoporre gli interessi moratori alle limitazioni prevedute dalla normativa antiusura, ne aveva sancito l'assimilazione, dal punto di vista ontologico, alla clausola penale[34], con delle peculiari conseguenze in punto

[32] Cit. *supra*, alla nt. 9.

[33] In *I Contratti* (2020) 134 ss., con nota (assai critica) di F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e cd. clausola di salvaguardia*, alle pp. 138 ss.

[34] Sul punto, F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e cd. clausola di salvaguardia* cit. 138 ss., molto insiste – valorizzando la «specialità del risarcimento delle obbligazioni pecuniarie a titolo di finanziamento» (p. 143) – sulla duplice funzione, riparatoria e remuneratoria, degli interessi moratori, escludendo che questi, ove convenzionalmente pattuiti, possano essere accostati alla ordinaria predeterminazione pattizia del risarcimento del danno – vale a dirsi, appunto, la clausola penale di cui all'art. 1382 cod. civ. L'autorevole studioso aveva già avuto modo di esprimere il suo dissenso in ordine alla «convinzione assai diffusa» che opta per la «identificazione, o anche soltanto [per] l'assimilazione, degli interessi moratori al tasso convenzionale alla clausola penale», che rappresenterebbe una «forzatura» (F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in G. D'AMICO [a cura di], *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*[2] [Torino 2017] 209 ss.; i virgolettati sono tratti da p. 209). Ad avviso dell'a., l'insanabile frattura tra la penale ex art. 1382 cod. civ. e gli interessi moratori pattuiti in via convenzionale corre lungo il crinale del diverso spazio ascritto all'autonomia delle parti nel modellare l'una e gli altri. La prima, infatti, «rinviene il proprio fondamento esclusivamente nell'autonomia privata che si spinge nei territori insidiosi delle conseguenze dell'inadempimento» (laddove «è coerente il riconoscimento alle parti della possibilità di concordare la risarcibilità del danno ulteriore»); di contro, «gli interessi moratori, anche ove convenzionalmente qualificati, continuano a trovare il loro titolo nella legge e non già nell'autonomia delle parti»; essi – ad opinione dello studioso – «restano pur sempre un *forfait* legale anche quando la loro misura è rimessa alla libera pattuizione delle parti», tantevvero che a queste è preclusa la prefigurazione di un danno maggiore (p. 210). Quella che inizialmente sembrerebbe descritta da Piraino come una contaminazione tra la funzione remunerativa e risarcitoria (p. 209), disvela, in definitiva, la caratterizzazione assorbente nella prima, che finisce con il fagocitare la seconda: «Gli interessi moratori al tasso convenzionale remunerano in misura più alta la prestazione creditizia che perdura contro la volontà del creditore e l'incremento si giustifica, in primo luogo, perché il tempo ulteriore non è stato negoziato ed è di durata indefinita e, in secondo luogo, per l'accentuazione del rischio di insolvenza che il prolungamento genera. In altri termini, la predisposizione pattizia del tasso di interessi moratori influisce sulla loro funzione accentuando la finalità remunerativa, com'è confermato dal regime cui essi sono assoggettati: l'automatismo proprio del *forfait* legale, che replica l'automatismo degli interessi corrispettivi». «Gli interessi moratori al tasso convenzionale» – prosegue l'a. – «rappresentano intrinsecamente una forma di

di tutela del debitore (suggerendosi, in quella sede, la concorrenza dei rimedi di cui agli artt. 1384 e 1815 co. 2 cod. civ., di cui si dirà oltre)[35]. Gli interventi

risarcimento del danno maggiore rispetto sia agli interessi moratori al tasso legale sia alla remunerazione di base rappresentata dagli interessi corrispettivi, ma tale risarcimento assume la veste del corrispettivo del prolungamento della disponibilità della somma da parte del debitore» (p. 211). Mi pare, tuttavia, eccessivo – anche a voler ammettere la indiscutibile contaminazione tra l'anima remuneratoria e quella risarcitoria nella convenzione degli interessi moratori, pur con i limiti di cui si dirà – sminuire il ruolo dell'autonomia negoziale, in quest'ambito, al punto da ritenere che la suddetta pattuizione reperisca la sua fonte – sempre e comunque – nella legge, ove si noti che, nonostante la presunzione scolpita dall'art. 1224 co. 1 cod. civ., i paciscenti ben possono autonomamente escludere la decorrenza degli interessi *propter moram* (analogamente a quanto accade per i *naturalia negotii*: cfr. *supra*, cap. II, § 2) – pur con il limite invalicabile dell'art. 1229 cod. civ. (cfr. M. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie (Art. 1224)*, in *Comm. Schlesinger* [Milano 2021] 180) –, oppure stabilire un saggio inferiore a quello legale, come risulta implicitamente dall'art. 1284 cod. civ. (sul punto, v. ancora M. ROSSETTI, *ivi*, 179 s.). Tuttavia, coerentemente, Piraino (in *Interessi moratori, usura e cd. clausola di salvaguardia* cit. 156 e nt. 98) ritiene che l'art. 1224 cod. civ. rappresenti una norma imperativa, del tutto avulsa dalla logica degli elementi naturali del contratto, cui l'a. riconosce espressamente natura negoziale: v. *ivi*, 156 nt. 98, ove si legge appunto che «l'elemento naturale, a differenza dell'elemento imposto da una norma imperativa, riveste pur sempre natura negoziale, perché trova nel contratto il suo orizzonte di senso e nella mancata esclusione ad opera delle parti l'atto di scelta autonoma delle parti». Nondimeno, come si è accennato, una suddetta conclusione mi pare contrastare con l'art. 1284 cod. civ., laddove consente alle parti di determinare (anche) in misura inferiore a quella stabilita dalla legge il saggio di mora. Ad ogni modo, il problema sta, altresì, nella corretta delimitazione della porzione degli interessi moratori che può qualificarsi – senza dubbio – alla stregua di una clausola penale (e che non necessariamente deve includere l'intero saggio di mora): su tali aspetti si dovrà necessariamente tornare più oltre. Proprio con riguardo a tali aspetti, tuttavia – laddove Piraino propone una ingegnosa strategia rimediale, che consente, in sintesi, di far valere la nullità parziale degli interessi moratori usurari ex art. 1419 cod. civ., in una lettura adeguata alla specialità dell'art. 1815 co. 2 cod. civ. –, mi sembra che invece riemerga la disomogeneità ontologica (in prima battuta tendenzialmente negata) tra le due anime degli interessi *propter moram*: difatti, la soluzione elaborata dallo studioso siciliano conduce il debitore a ottenere la differenza tra gli interessi moratori (che vengono ridotti ex art. 1419 cod. civ.) e gli interessi corrispettivi (travolti ex art. 1815 co. 2 cod. civ.). «In tal modo» – chiarisce l'a. (*Interessi moratori, usura e cd. clausola di salvaguardia* cit. 158) – «dagli interessi moratori viene scorporata quella loro porzione che – come si è chiarito in precedenza – assolve ad una funzione remunerativa in senso stretto e che corrisponde alla misura percentuale pari al tasso degli interessi corrispettivi giudicati usurari, conservando, invece, la parte percentuale che assolve alla funzione schiettamente ed esclusivamente riparatoria». Proprio in questo passaggio mi pare che il peso – dapprima quasi del tutto negato – ascritto alle due distinte 'tensioni' degli interessi corrispettivi e moratori riaffiori prepotentemente.

[35] Può anticiparsi sin d'ora che anche la già richiamata pronuncia delle Sezioni Unite n. 19597/2020 aderirà – in aperto contrasto, sul punto, con l'ord. n. 27442/2018 – all'orientamento che opta la riconduzione degli interessi moratori alla clausola penale, affermando, tuttavia, che anch'essi – per ragioni (almeno, in punto d'intenzioni) connesse a una più efficace tutela del debitore – sono sottoposti alla normativa antiusura. Il tortuoso ragionamento condotto dalla Corte, poi, s'incunea – e s'incrina – nel regime dei rimedi

da ultimo menzionati saranno temporaneamente accantonati, per concentrare, dapprima, l'attenzione sull'ord. n. 27442/2018 – che sola utilizza espressamente l'argomento storico-romanistico –, salvo poi recuperare gli ulteriori, più recenti, arresti giurisprudenziali per vagliarne (pur brevemente) la rispondenza alla direzione indicata dalla storia[36].

2. *L'ordinanza n. 27442 del 30 ottobre 2018. La vicenda processuale.*

Come si è avuto modo di anticipare, il 30 ottobre del 2018 la Corte di Cassazione – sotto la veste formale della corposa ordinanza cui si accennava[37] – è tornata ad esplorare, nuovamente, l'annosa questione che vede intrecciarsi interessi moratori e normativa antiusura, confermando il rinnovato interesse dei giudici di legittimità per le complesse tematiche che circondano la ricostruzione sistematica degli interessi usurari, nei loro risvolti civilistici e penalistici[38]. Tale attenzione è certamente giustificata

esperibili; la soluzione – lo si dirà più oltre, assai contorta – non sta, come ci si potrebbe attendere, nella *reductio ad aequitatem* prevista dall'art. 1384 cod. civ. (che – a quanto pare – non garantirebbe uniformità applicativa sul territorio nazionale), ma in una lettura dell'art. 1815 co. 2 cod. civ. «che preservi il costo del denaro». La formula, apparentemente innovativa, cela l'applicazione dell'art. 1224 cod. civ. che – in buona sostanza – consente all'erogatore del credito di pretendere, comunque, a titolo risarcitorio, la misura degli interessi corrispettivi (leciti) precedentemente pattuiti, secondo uno schema che ricalca, in fin dei conti, quello predisposto dall'art. 1384 cod. civ. Sulla decisione si v. sin d'ora i rilievi critici – pur in prospettive differenti – di G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora* cit. 1305 ss.; F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *I Contratti* (2021) 5 ss.

[36] *Infra*, § 8.

[37] Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442 cit.

[38] Si v., tra le altre, la decisione estesa dalla Suprema Corte nel 2013, orientata per la rilevanza degli interessi moratori ai fini della declaratoria di usurarietà dei tassi applicati ad un contratto di mutuo (Cass. civ., Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, in *BBTC.* [2013] II, 498 ss., con nota di A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, alle pp. 501 ss., che a sua volta richiama Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, e Cass. civ., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324) che, per certi versi, costituisce il più importante antecedente dell'ordinanza n. 27442/2018, cui hanno fatto seguito nello stesso senso – tra le altre – Cass. civ., Sez. I, 11 gennaio 2013, nn. 602 e 603, in *Foro it.* (2014) I, 128 ss.; Cass. civ., Sez. VI, 6 marzo 2017, ord. n. 5598, in *www.ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. VI, 4 ottobre 2017, ord. n. 23192, in *Nuova giur. civ. comm.* (2018) I, 245 s., con nota di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: 'quid sub sole novi'?* (alle pp. 230 ss.). Tale orientamento, peraltro, non risulterebbe scalfito – come sostiene la medesima ord. n. 27442/2018, al § 1.9 – neanche nella prospettiva penalistica: si v. in particolare – ma solo cursoriamente – Cass. pen., Sez. II, 21 febbraio 2017, n. 8448; nondimeno – come si dirà meglio oltre – a diverse conclusioni

dalla crescente preoccupazione, di rilievo pubblicistico, relativa al contenimento dei tassi di interesse entro soglie ragionevoli, e ciò a prescindere dal *nomen iuris* agli stessi attribuibile.

A riprova, tuttavia, della spinosità del tema, con il provvedimento in parola – si ricorda, un'ordinanza – la Suprema Corte ha percepito la necessità di giustificare la posizione assunta con un'ampia ed approfondita motivazione, che ha indubbiamente il pregio di esaminare (e per la prima volta, almeno con riguardo al segmento specifico rimesso all'attenzione del Collegio[39]) la configurazione ontologica delle obbligazioni pecuniarie di interessi da diversi angoli prospettici – e, in particolare, da quello storico[40] – in relazione alla disciplina dell'usura nel suo complesso considerata[41].

può giungersi laddove gli interessi moratori convenzionali vengano assimilati alla clausola penale di cui all'art. 1382 cod. civ.: cfr., sul punto, Cass. pen., Sez. II, 5 febbraio 2013, n. 5683, in *Foro it.* (2014) I, 484; più recentemente, v. altresì Cass. pen., Sez. II, 14 febbraio 2018, n. 29010; in dottrina, si v. le riflessioni di G. CENTAMORE, *Interessi di mora e usura: questioni irrisolte e ricerca di equilibri*, in *Giurisprudenza penale web* [2019] 1 ss.). In tema di usura sopravvenuta, si v., tra le molte pronunce, Cass. pen., Sez. V, 20 febbraio 2013, n. 8353, in *www.expartecreditoris.it* (spec. §§ 12.4 ss. [Motivi della decisione]), nonché la recente ordinanza interlocutoria della Prima Sezione civile che ha riaperto il dibattito (Cass. civ., Sez. I, 31 gennaio 2017, ord. n. 2484, in *Corr. giur.* [2017] 599 ss., con note di G. GUIZZI, *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta* [pp. 601 ss.] e di S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi* [pp. 608 ss.]) e la susseguente pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Corr. giur.* [2017] 1484 ss., con note di S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS.UU.: ultimo atto?* [pp. 1487 ss.], e di G. GUIZZI, *Le sezioni Unite e il 'de profundis' per l'usura sopravvenuta* [pp. 1495 ss.]). Ulteriori riferimenti ai successivi sviluppi giurisprudenziali – e agli altri filoni collaterali – che hanno interessato la materia sono nelle pagine a seguire.

[39] Nella trama della segnalata sent. n. 3110/1990 – peraltro precedente la L. 7 marzo 1996, n. 108 – la repressione dell'usura (in prospettiva storica) resta, infatti, sullo sfondo, pur se i profili di intersezione con l'ord. n. 27442/2018 (che, comunque, non richiama – neppure incidentalmente – la pronuncia a suo tempo estesa da Giovanni Micali) sono molteplici, soprattutto dal punto di vista dell'impostazione metodologica, protesa a guardare alla storia (e, in particolare, all'esperienza giuridica romana) in funzione interpretativa del sistema positivo.

[40] Sottolinea tale aspetto C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura: la parola alle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.* (2020) 38, che osservava come – in quella sede – la Cassazione «anche sulla scorta di un'erudita analisi in chiave storica … si era posta l'obiettivo di rappresentare la nuova pietra angolare della giurisprudenza della S.C. in materia».

[41] Ad una «presa di posizione enciclopedica della Cassazione» fa riferimento – già nell'intitolazione del contributo – A. BARENGHI, *Interessi moratori e usura: una presa di posizione enciclopedica della Cassazione*, in *Giur. it.* (2019) 2622 ss. L'a. sottolinea – nelle prime battute della nota – come la suddetta decisione appaia «evidentemente non

Il nodo da sciogliere, come si anticipava, sta essenzialmente nel comprendere se la normativa antiusura (di cui alla L. 7 marzo 1996, n. 108) attragga o meno, nella sua orbita applicativa, tutte le tipologie di interessi, ivi compresi gli interessi moratori. Il suddetto quesito ha spinto i giudici di legittimità ad interrogarsi sulla natura di questi ultimi – indagandone la remota genesi storica –, nonché sulle finalità perseguite dalle disposizioni civili e penali che ad essi hanno fatto riferimento nelle esperienze giuridiche antiche e moderne.

L'arresto della Suprema Corte trae origine da una controversia avente ad oggetto una pattuizione contenuta in un contratto di *leasing* (settore negoziale, quest'ultimo, particolarmente delicato dal punto di vista della

condizionata dai periodici richiami alla misura della motivazione, e in genere degli atti giudiziari, e all'inopportunità di sovrapporre alle decisioni giudiziarie trattazioni di tipo dottrinale». «L'esuberanza dell'apparato motivazionale» – soggiunge a ragione Barenghi – «appare sorprendente, ma verosimilmente può spiegarsi con la laconicità che ha segnato alcune precedenti prese di posizione conformi della giurisprudenza di legittimità, da un lato, e soprattutto, dall'altro, con il persistere di orientamenti contrari, che si sono manifestati nella giurisprudenza di merito, in letteratura, in orientamenti (benché ormai superati) dell'Autorità di Vigilanza e nella giurisprudenza dell'Arbitro bancario e finanziario» (così a p. 2623). Sul punto, v. recentemente U. SALANITRO, *Il disincanto del giudice* cit. 17, in cui l'a. si riferisce al «modello della sentenza-trattato» (nel caso di specie – il che è ancor più peculiare – un'ordinanza-trattato) «al quale ci hanno abituato alcuni magistrati di legittimità», richiamando, per l'appunto, l'ord. n. 27442/2018, «in cui si riconosce lo stile di Rossetti» (*ivi*, nt. 3). Il giudice del Supremo Collegio è il relatore dell'ordinanza di cui si discorre, nonché della pronuncia n. 9997 del 28 maggio 2020 – anch'essa un'ordinanza 'atipica' –, esaminata nel cap. precedente: in ambedue le decisioni è del tutto evidente lo stile cui allude Salanitro, in cui emerge nitidamente l'inclinazione del magistrato della Suprema Corte all'approfondimento storico, in specie romanistico (e che ricorda, in qualche misura, la cifra distintiva delle decisioni estese da Giovanni Micali: cfr. *supra*, § 1; cap. I, §§ 1 ss.). Di Marco Rossetti, tra l'altro, è il recentissimo volume – inserito nel prestigioso Commentario del Codice civile fondato da Piero Schlesinger, ora diretto da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli – *I danni nelle obbligazioni pecuniarie* cit., su cui pure dovrà tornarsi nelle pagine a seguire.

Si soffermava sul dato per cui un buon uso del diritto romano nelle pronunce giurisprudenziali avrebbe richiesto, con ogni probabilità, un «lungo discorso», già S. PEROZZI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* cit. 364 s. [= in *Scritti giuridici* III cit. 654], concludendo tuttavia che «[c]oll'uso di buone edizioni di fonti romane, con un po' di cura nelle citazioni, sopra tutto con pochi buoni trattati di diritto romano, intimamente conosciuti e adoperati, i pratici potranno, se non raggiungere l'ideale descritto, avvicinarsi ad esso. E quanto alla lunghezza del discorso, anzi tutto importa poco che un discorso sia lungo, quando sia buono; in secondo luogo io credo che lo si possa far buono insieme e non lungo … La magistratura vedrà che molte volte basterà mutare pochi termini, perché la citazione ora presentata in una falsa luce riesca in una luce vera».

rilevanza ai fini della legislazione antiusura)[42], intercorso tra una società e un istituto bancario[43], che prevedeva, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, la corresponsione di interessi moratori in misura eccedente il cd. tasso-soglia (determinato secondo i criteri individuati dalla L. n. 108/1996)[44] applicabile *ratione temporis*.

Così possono essere riepilogate, per sommi capi, la fasi processuali che hanno condotto le parti innanzi ai giudici della Cassazione: la società utilizzatrice aveva convenuto in giudizio l'istituto bancario concedente

[42] Cfr. V. SANGIOVANNI, *Interessi di mora e clausole di salvaguardia contro il rischio di usura* (Nota a Trib. Bari, 14 dicembre 2015, ord.), in *I Contratti* (2016) 457, che rileva come il contratto di *leasing*, insieme all'apertura di credito ed al mutuo, sia annoverabile tra i tipi negoziali maggiormente idonei, nella prassi, a rilevare ai fini della fattispecie usuraria.

[43] Profilo, quest'ultimo, assai rilevante, in quanto – in conseguenza della suddetta evenienza – deve ritenersi disinnescata la specifica disciplina apprestata dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), che prevede regimi di tutela – per il contraente cd. debole – assai più incisivi. Sul punto, cfr. da ultimo le richiamate Sez. Un. n. 19597/2020 (al n. 7.vii), che professano un «cumulo di rimedi» per il consumatore, il quale può valersi non soltanto delle tutele tipiche che orbitano nella normativa antiusura, ma anche dell'art. 33 co. 2 lett. f) cod. cons.: con riguardo a tale aspetto, si v. le considerazioni di P. IAMICELI, *Credito al consumo, nullità parziale e integrazione del contratto: la sorte dei tassi moratori tra vessatorietà della clausola e disciplina anti-usura*, in *I Contratti* (2021) 102 ss., anche per le relazioni che intercorrono tra la soluzione adottata dalle Sezioni Unite e i principi dettati dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[44] Segnatamente, l'art. 2 della L. n. 108/1996 (modificato dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70) disciplina la modalità di individuazione del parametro oggettivo attraverso cui è possibile sancire la usurarietà degli interessi praticati. In particolare, il Ministero dell'Economia, sentita la Banca d'Italia, rileva trimestralmente il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM), comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferite ad anno, praticato da banche e da intermediari finanziari qualificati nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura (art. 2 comma 1). Il limite oltre il quale, ai sensi dell'art. 644 cod. pen., gli interessi sono sempre usurari, è determinato dal TEGM come individuato ai sensi del comma 1, aumentato – a partire dalle modifiche apportate dal d.l. n. 70/2011 – di un quarto, con una ulteriore maggiorazione di quattro punti percentuali: il valore così ottenuto determina il tasso soglia (il cd. TSU, che non può comunque innalzarsi per più di otto punti percentuali rispetto al valore del TEGM). Anteriormente alla modifica apportata nel 2011 con il d.l. n. 70, tale grandezza coincideva – più semplicemente – con il TEGM maggiorato del 50%. Come può intuirsi, la riforma – con l'introduzione della maggiorazione di 1/4 e della secca addizione dei quattro punti percentuali – ha avuto l'effetto di aumentare sensibilmente la tolleranza usuraria in presenza di TEGM non particolarmente elevati, e di restringerla man mano che il medesimo valore di riferimento aumenti. Per fare un esempio, a fronte di un TEGM relativo ad una determinata operazione economica del 4%, il TSU, prima e dopo l'intervento del d.l. n. 70/2011, si sarebbe assestato, rispettivamente, al 6% e al 9%.

innanzi al Tribunale di Milano nel 2013, adducendo la invalidità della pattuizione contrattuale che aveva previsto interessi moratori superiori alla misura massima consentita dalla legge, e richiedendo di sanzionare la suddetta clausola, nella sua interezza, con la nullità, nonché – ed in conseguenza – la liberazione del debitore dal pagamento di qualsiasi interesse, in applicazione dell'art. 1815 cod. civ. comma secondo (in uno con la liberazione del fidejussore, che pure era presente, ex art. 1956 cod. civ.).

Nel 2014 il Tribunale di Milano ritenne di rigettare la domanda della società utilizzatrice, che tuttavia impugnò la decisione del giudice di prime cure. Il gravame, sottoposto all'attenzione della Corte d'appello di Milano, fu parimenti rigettato (con sent. 6 giugno 2016, n. 2232).

Appare opportuno passare brevemente in rassegna gli snodi fondamentali in cui si articola tale ultima decisione, ove si noti che la Cassazione, nel giudicare della legittimità di tale pronuncia, ha sostanzialmente ripercorso – si intende, ribaltandoli – gli argomenti che avevano orientato la decisione dei giudici meneghini. La Corte d'appello di Milano, infatti, aveva ritenuto di non condividere i rilievi dell'utilizzatrice, affermando che gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori sarebbero contraddistinti da una ontologica disomogeneità, e ciò in quanto i primi rappresenterebbero la remunerazione del capitale (integrando, pertanto, uno scopo lucrativo), mentre i secondi si configurerebbero alla stregua di una sanzione convenzionale, finalizzata a scoraggiare l'inadempimento del debitore (svolgendo, in primo luogo, una funzione risarcitoria, che li assimila alla clausola penale); per di più, gli interessi corrispettivi sarebbero necessari, mentre gli interessi moratori soltanto eventuali.

A confortare tale impostazione, ancora, vi sarebbe la circostanza per cui, nell'effettuare la rilevazione periodica degli interessi medi praticati dagli operatori finanziari, il Ministero del Tesoro tralascerebbe gli interessi pattuiti in ragione della mora del debitore. Inoltre, la sentenza in parola non ha mancato di sottolineare – oltre alla mancanza di un'espressa disposizione

legislativa che sancisca la nullità degli interessi moratori convenuti *ultra legem* – che sarebbe stato illogico ed arbitrario decretare la invalidità di una simile pattuizione ove la legge contro i ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231) fissava essa stessa – e nel medesimo periodo – all'art. 5 un saggio legale di mora eccedente il tasso soglia (nella specie, il 9,25%, contro l'8,6% risultante dall'applicazione dei criteri individuati dalla legge antiusura).

Avverso tale decisione, la società utilizzatrice proponeva ricorso per cassazione, lamentando essenzialmente, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., la violazione della legge n. 108/1996 nonché dell'art. 644 cod. pen.

3. *La lettura della Cassazione e la 'ontologica omogeneità'. Gli interessi moratori non sfuggono alla L. n. 108/1996.*

Per meglio comprendere il contesto sistematico in cui si muove – o dovrebbe muoversi – l'ord. n. 27442/2018, appare conveniente individuare sin da subito i contorni dell'ipotesi controversa giunta al vaglio della Suprema Corte. Il caso è quello in cui, essendo stati pattuiti dalle parti – in specie, è bene ricordarlo, una società ed un istituto bancario – interessi corrispettivi al di sotto del tasso soglia (e dunque, perfettamente leciti), gli stipulanti abbiano convenuto altresì un tasso di interesse moratorio superiore a quello previsto a titolo di corrispettivo (evenienza, anche questa, del tutto legittima, in ossequio a quanto concesso dall'art. 1224 cod. civ., al secondo periodo del comma 2), eccedente tuttavia la misura massima consentita dalla normativa antiusura. Ove, infatti, fosse il tasso di interesse pattuito a titolo di corrispettivo a sopravanzare, già in prima battuta, il tasso soglia individuato secondo i parametri di cui alla L. n. 108/1996, l'indagine attinente agli interessi moratori sarebbe del tutto superflua, ben potendosi – già *ab origine* – qualificare come usuraria la relativa clausola.

Con l'ordinanza n. 27442/2018, i giudici della Suprema Corte, accogliendo il ricorso, hanno ritenuto di riaffermare il principio – per la

verità, già enunciato dalla Cassazione in pronunce anche, oramai, datate[45] – per cui «è nullo il patto col quale si convengano interessi convenzionali moratori che, alla data della stipula, eccedano il tasso soglia di cui all'art. 2 della L. 7.3.1996 n. 108, relativo al tipo di operazione cui accede il patto di interessi moratori convenzionali» (§ 1.10).

Nondimeno, la Corte di Cassazione non manca di rilevare che, nonostante l'orientamento predetto – pur supportato sino all'ordinanza di cui si discorre da motivazioni assai concise – possa considerarsi oramai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, i giudici di merito[46] hanno

[45] Cfr., per tutte, Cass. civ., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro it.* (2003) s.v. «*Mutuo*», n. 16, per cui «in tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della legge n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che gli interessi moratori, ma non si applica ai contratti contenenti tassi usurari stipulati prima della sua entrata in vigore se relativi a rapporti completamente esauriti al momento della entrata in vigore della legge». Tuttavia, appare interessante notare come un simile orientamento fosse comparso in una pronuncia anteriore alla L. n. 108/1996, e segnatamente in Cass. civ., Sez. III, 7 aprile 1992, n. 4251, in *Vita not.* (1992) 1137 ss., la quale, nell'analizzare complessivamente il risultato di un contratto di mutuo che prevedeva, oltre agli interessi corrispettivi, la pattuizione degli interessi moratori congiuntamente alla clausola penale, aveva stabilito che – almeno astrattamente – anche la convenzione riguardante gli interessi moratori avrebbe potuto essere qualificata come usuraria (essendo, in tal caso, applicabile l'art. 1815 cod. civ. nella sua vecchia formulazione, che sanciva la nullità della clausola con cui erano stati previsti interessi usurari la conseguente riconduzione degli stessi alla misura legale). Peraltro, tale ultima pronuncia analizza pregevolmente la questione circa la cumulabilità della convenzione sugli interessi moratori e della clausola penale di cui all'art. 1382 cod. civ. (che potrebbe essere stata intesa dalle parti come predeterminazione del maggior danno ex art. 1224 comma 2 cod. civ., anche ove si sia convenuta la misura degli interessi moratori, qualora i contraenti si siano ugualmente riservati la possibilità di ottenere l'ulteriore risarcimento). Come osserva F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori* cit. 6 s. – prima dell'ordinanza di rimessione n. 26946 del 22 ottobre 2019 (*ex multis*, in *Corr. giur.* [2020] 26 ss., con il commento di C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura: la parola alle Sezioni Unite* cit. 37 ss.), che ha invocato l'intervento delle Sezioni Unite, poi pronunciatesi con la più volte richiamata sent. n. 19597/2020 – «[la] giurisprudenza di legittimità … non aveva mai nutrito dubbi sull'inclusione degli interessi moratori nel perimetro della disciplina di contrasto all'usura». Ulteriori indicazioni di giurisprudenza sono *ivi*, 7 nt. 10.

[46] Una rassegna delle più importanti decisioni della giurisprudenza di merito orientate per l'esclusione della rilevanza degli interessi moratori ai fini dell'applicazione della normativa antiusura è in G.B. FAUCEGLIA, *Il "dialogo" tra Arbitro Bancario Finanziario, giurisprudenza e dottrina in tema di usura bancaria: linee generali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario* (2018) I, 300 nt. 54. Tra le pronunce maggiormente rilevanti possono menzionarsi Trib. Napoli, 5 maggio 2000, in *Giur. it.* (2000) 1665; Trib. Roma, 1 febbraio 2001, in *Corr. giur.* (2001) 1082 ss.; Trib. Milano, 8 marzo 2016, n. 3021, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Milano, 29 novembre 2016, n. 13719, in

mostrato «non infrequentemente» di preferire la soluzione opposta, vale a dirsi quella per cui il tasso soglia riguarderebbe solamente gli interessi convenzionali corrispettivi, dovendo collocarsi gli interessi moratori al di fuori del perimetro della legge antiusura. Tesi, quest'ultima, che si colloca – tra l'altro – nel solco di una nutrita schiera di opinioni dottrinarie[47].

L'ordinanza muove, anzitutto, da un argomento di carattere testuale. In particolare, dal punto di vista letterale, «nessuna delle norme che vietano la

www.cloudfinance.it. Oltre alle suddette pronunce, si v. altresì quelle recentemente raccolte da M. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie* cit. 295 nt. 429.

[47] Nella manualistica, per la non applicabilità della normativa antiusura agli interessi moratori, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*[18], Napoli (2017) 1159 (ma cfr., sul punto, nel medesimo luogo, la successiva edizione [Napoli 2019]; l'orientamento dell'illustre a. non è di facile lettura, complice – forse – un difetto di coordinamento tra le due più recenti edizioni della sua sintesi istituzionale: per un approfondimento, si rinvia alla *Postilla* che chiude il presente capitolo). Tra i numerosi autori che pure si sono orientati in tal senso – pur muovendo da presupposti talvolta diversi – v. F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima di reato*, in *Riv. dir. comm.* (1997) I, 771 ss.; G. OPPO, *Lo «squilibrio contrattuale» tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.* (1999) I, 533; A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *BBTC.* (2000) II, 629 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali* (Napoli 2001) 194 s.; G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia* (Napoli 2003) 248 ss.; F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno. Clausola tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del* giudice (Napoli 2015) 357 ss.; U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *BBTC.* (2015) I, 745 ss. (il saggio è stato, poi, ripubblicato, con modifiche, sia nella prima che nella seconda ed. – ove è una nuova versione del contributo, aggiornata e integrata – del vol. curato da G. D'AMICO, *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*[2] cit. [alle pp. 119 ss. nella 2ª ed.]); C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, dir. P. Rescigno, E. Gabrielli (Torino 2016) 530; C. ROBUSTELLA, *Usura bancaria e determinazione del tasso soglia* (Bari 2017) 163 ss.; G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore ("Aberrazioni" giurisprudenziali in tema di interessi di mora e usura)*, in *Corr. giur.* (2019) 153 ss. [= in *Liber amicorum per P. Pollice* I cit. 489 ss.]; ID., *Usura e interessi di mora* cit. 1305 ss. Per l'orientamento contrario, si v. già M. LIBERTINI, s.v. «*Interessi*», in *Enc. dir.* XXII (Milano 1972) 126; tra i contributi più recenti, si v. – da prospettive diverse, specie in punto di rimedi esperibili – G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso* cit. 30 ss.; F. PIRAINO, *Usura e interessi* cit. 192 ss.; ID., *Interessi moratori, usura e cd. clausola di salvaguardia* cit. 138 ss.; ID., *La rilevanza degli interessi moratori nel giudizio di usura in astratto*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2020) 593 ss.; cfr., poi, N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *BBTC.* (2018) I, 359 ss. Per una più approfondita ricognizione delle opinioni dottrinarie maturate sul punto, può rinviarsi a F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite usura e interessi moratori* cit., spec. a p. 7 ntt. 6 ss. Ulteriori riferimenti sono *infra*.

pattuizione di interessi usurari esclude dal suo ambito applicativo gli interessi moratori»[48]. A tale affermazione fa seguito una breve rassegna dei principali riferimenti normativi in materia di usura che – come si anticipava – non possono che mutuarsi dalla disciplina penalistica. A tal riguardo, fondamentale è la disposizione contenuta dall'art. 644 cod. pen., ove, al primo comma, è statuito che «chiunque … si faccia dare o promettere … in corrispettivo di una prestazione di denaro … interessi … usurari» soggiace alla pena della reclusione da due a dieci anni e della multa da euro 5.000 a euro 30.000. A mente del terzo comma della disposizione appena richiamata, «la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari».

Stante il rinvio di cui all'art. 644 comma terzo cod. pen., è la legge n. 108/1996 (segnatamente, all'art. 2 comma quarto) a porre i criteri a mezzo dei quali può determinarsi, in concreto, il tasso soglia; tale ultima disposizione, nella formulazione vigente al tempo della stipula del contratto di *leasing* oggetto della decisione (2006), stabiliva che «il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata in Gazzetta ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà».

Un ulteriore riferimento centrale (nelle argomentazioni organizzate dalla Corte e) nella ricostruzione dei fitti rapporti che avvincono le obbligazioni pecuniarie di interessi alla disciplina dell'usura sta certamente nell'art. 1 co. 1 del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 (convertito nella L. 28 febbraio 2001, n. 24). Esso – nell'offrire un'interpretazione autentica dell'art. 644 cod. pen. – stabilisce che «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale … si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi, o comunque

[48] § 1.4 (A) ord.

convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

La Corte osserva che nessuna delle norme citate autorizza a distinguere tra le varie tipologie di interessi, valorizzando altresì il dato posto dalla legge di interpretazione autentica appena richiamata, a mente della quale il giudizio di usurarietà può riguardare gli interessi pattuiti «a qualunque titolo», non essendovi ragioni valide per escludere da tale generica dicitura gli interessi dovuti a titolo di mora[49].

Purtuttavia, questa argomentazione presta il fianco ad una critica che si fonda anch'essa – e specularmente – sulla piana lettura del dato normativo. L'art. 644 co. 1 cod. pen., infatti, qualifica come usurario l'interesse che venga dato o pattuito, pur sempre, «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità». Per superare tale obiezione è così parso necessario al Collegio indagare a fondo l'anatomia degli interessi moratori, i quali, in realtà, al pari degli interessi corrispettivi – a parere della Cassazione – «costituiscono la remunerazione di un capitale, e rientrano nella previsione degli interessi "promessi o dovuti in corrispettivo di una prestazione di denaro"» (§ 1.4.2 ord.).

Il punto di fuga dell'ordinanza n. 27442/2018 può essere individuato in questo passaggio, ove appunto, facendo leva sull'argomento sistematico, su quello storico e su quello teleologico, la Corte avvicina, sino a sovrapporre, le sagome degli interessi corrispettivi – che «ex art. 1282 c.c. remunerano …

[49] A sostegno di tale argomentazione, l'ordinanza ricorda come l'intento di esplicitare l'applicabilità dell'art. 644 cod. pen. anche agli interessi moratori fosse emerso altresì dai lavori preparatori della L. n. 24/2001; in particolare, nella relazione che accompagnò la discussione in aula del d.d.l. n. S-4941, è stato affermato che lo scopo del provvedimento fosse quello di chiarire come si dovesse valutare la natura usuraria di qualsiasi tasso di interesse, «sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio» (cfr. § 1.4.1 ord.). Di diverso avviso ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 28 marzo 2014, n. 1875, in *I Contratti* (2015) 25 ss., con nota di F. VOLPE (alle pp. 31 ss.), per cui l'inciso «a qualunque titolo» potrebbe essere inteso nel senso che ad essere sanzionata debba essere qualunque modalità di pattuizione di interessi corrispettivi *ultra legem*. Sul punto, v. C. ROBUSTELLA, *La dibattuta questione della rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura*, in *Juscivile* (2016) 165, consultabile online alla pagina web http://www.juscivile.it/contributi/2016/12_Robustella.pdf.

un capitale di cui il creditore si è privato volontariamente» – e degli interessi moratori – i quali, secondo un'immagine suggestiva, «ex art. 1224 c.c. remunerano invece un capitale di cui il creditore è rimasto privo involontariamente» –, prospettando per tale via una visione del quesito ermeneutico strettamente china sul crinale economico-finanziario, resa ancor più nitida dal riferimento alla definizione paretiana secondo cui ogni tipologia di interesse non costituisce altro che il 'fitto del capitale'[50]. Non può mancarsi di rilevare tuttavia – sin d'ora – come autorevole dottrina preferisca ancorare gli interessi moratori ad una funzione marcatamente risarcitoria[51].

Nell'approfondire le affermazioni brevemente riportate, la Corte rileva come – anche a voler concedere che gli interessi moratori previsti dall'art. 1224 cod. civ. siano funzionali a risarcire il danno patito in conseguenza del ritardo nel pagamento di un debito pecuniario – tale lesione della sfera giuridico-patrimoniale del creditore consisterebbe inevitabilmente «nella

[50] Cfr. § 1.4.2 ord.

[51] In arg., v. *ex multis* C.M. BIANCA, *Diritto civile* IV. *L'obbligazione* (Milano 1990, rist. agg. 2019) 222, che richiama Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 2004, n. 11415; ID., *Diritto civile* V. *La responsabilità*[3] (Milano 2021) 223 ss., spec. 224 ss. Insiste sul punto – con mirabile chiarezza – C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni* (Padova 2008) 155 ss., spec. 163. Non mancano tuttavia in letteratura le critiche mosse all'impostazione che valorizza le giustificazioni causali differenti alle diverse tipologie di obbligazioni pecuniarie di interessi; si v., ad es., M. LIBERTINI, s.v. «*Interessi*» cit. 101, che peraltro – esprimendo un'opinione sostanzialmente ripresa dall'ordinanza di cui si discorre (§ 1.5.5) – rileva che «non ha molta importanza affermare o negare, in astratto, la identità di funzione» di interessi corrispettivi ed interessi moratori; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari* (Napoli 1984) 89 ss.; E. QUADRI, *Gli interessi*, in *Tratt. Rescigno* IX. *Obbligazioni e contratti*[2] I (Torino, 1999) 654 ss.; più di recente, cfr. anche B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca* (Bologna-Roma 2011) 267 s.; per una sintesi efficace, si v. T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta* (Padova 2012) 315 ss. Sul punto, deve segnalarsi un passaggio ambiguo della pronuncia n. 3110/1990, ove si legge – nel brano riportato *supra*, al § 1 – che «gl'interessi, così come stabilito nel codice del 1865, assumevano il carattere di corrispettivo del danno cagionato (moratorio)». Non mi pare, tuttavia, che la suddetta affermazione (che comunque richiama il concetto di 'danno moratorio') incrini la ricostruzione – anche e soprattutto in chiave storica – proposta in quella sede dalla Cassazione, che è nettamente schierata, come si è detto, per la natura intrinsecamente risarcitoria degli interessi moratori; è forse questa la ragione per cui – pur essendo il suddetto, ambiguo, brano astrattamente appetitoso per l'ord. n. 27442/2018, come lo è, certamente, il parterre di fonti richiamate dalla sentenza estesa da Micali – la pronuncia del 30 ottobre 2018 non ha poi, neppure cursoriamente, richiamato la sent. n. 3110/1990.

necessità di ricorrere al credito, remunerando con l'interesse chi glielo conceda; o di rinunciare ad impiegare la somma dovutagli in investimenti proficui». Tale principio era stato, peraltro, enunciato dalla Cassazione anche in altre occasioni[52].

Così, se tanto gli interessi corrispettivi quanto gli interessi moratori ristorano il differimento nel tempo del godimento d'un capitale, essi si distinguerebbero soltanto nella fonte (il contratto per i primi, l'inadempimento per i secondi) e nella decorrenza (immediata per i corrispettivi, virtuale e differita per i moratori), non per la funzione[53].

L'affermazione per cui interessi convenzionali e moratori svolgono nell'ambito del sistema una funzione differente rappresenterebbe – ad avviso della Corte – nulla più di una «scolastica distinzione», che «prescinde del tutto dalla genesi e dallo sviluppo storico» di ambedue le figure. Oltretutto, in questa prospettiva, prediligendo l'impostazione per cui gli interessi moratori sfuggano alla scure della normativa antiusura, si finirebbe con il frustrare lo scopo perseguito dalla legge n. 108/1996, vale a dirsi la tutela delle vittime dell'usura, unitamente all'instradamento delle operazioni creditizie nell'ambito della correttezza e dell'ordinarietà.

Ragionando diversamente, potrebbe giungersi «al risultato paradossale che per il creditore sarebbe più vantaggioso l'inadempimento che l'adempimento; per altro verso ancora potrebbero consentirsi pratiche fraudolente, come quella di fissare termini di adempimento brevissimi, per far scattare la mora e lucrare interessi non soggetti ad alcun limite»[54].

---

[52] Cfr. Cass. civ., Sez. II, 6 febbraio 2009, n. 3042, in *Giust. civ. Mass.* (2009) 196, così massimata: «in caso di ritardato adempimento di un'obbligazione di valuta, ai fini del riconoscimento del maggior danno di cui all'art. 1224, secondo comma, cod. civ., il creditore imprenditore commerciale ha l'onere di dimostrare o di aver fatto ricorso al credito bancario, sostenendone i relativi interessi passivi, ovvero – con la produzione dei bilanci – di comprovare quale fosse la produttività della sua impresa, per le somme in essa investite»; la pronuncia riprende a sua volta Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.* (2008) I, 2786 ss.

[53] Cfr. § 1.5 (B) ord.

[54] § 1.6 ord. Ma certamente – può obiettarsi – la suddetta pratica non si sottrarrebbe alla scure dell'art. 1344 cod. civ., laddove la ragion d'essere di una simile pattuizione

A sostegno di tali considerazioni la Corte riporta, altresì, l'esegesi storica della pretesa distinzione tra interessi moratori e corrispettivi, che avrebbe trovato cittadinanza all'interno del Codice del '42 in sedi diverse (rispettivamente, negli artt. 1224 e 1282 cod. civ.) solamente in conseguenza dell'unificazione del Codice civile del 1865 con il Codice del commercio, che avevano per essi previsto soluzioni differenziate con riguardo alla decorrenza degli effetti della mora (segnatamente, l'art. 41 cod. comm. sarebbe confluito nell'art. 1282 cod. civ., mentre l'art. 1285 del Codice del 1865 sarebbe stato ripreso dall'art. 1224 cod. civ.).

In tal senso deporrebbe anche la Relazione al Re, ove quest'ultima – in un passaggio ripreso testualmente dalla Cassazione[55] – afferma che i compilatori del Codice del '42 avevano ritenuto eccessivo procedere alla riproduzione pedissequa dell'art. 1831 comma 4 cod. civ. abr. (disposizione che – è bene ricordarlo – vietava la pattuizione orale di interessi ultralegali, fossero essi corrispettivi o moratori, stabilendo che in caso contrario non fosse dovuto alcun interesse); e ciò sarebbe stato per la semplice ragione che, all'alba del Codice del 1942, contro l'usura poteva «reagirsi penalmente».

risiederebbe precisamente nell'elusione dei limiti imposti dalla legge. Puntuale, su questo aspetto, è una pronuncia della Cassazione penale (Sez. II, 14 febbraio 2018, n. 29010), che ben rende l'idea in relazione alla clausola penale fraudolenta: «in via generale … la "clausola penale" per la sua funzione (desumibile dal dettato degli artt. 1382 – 1386 c.c.) *ex se*, non può essere considerata come parte di quel "corrispettivo" che previsto dall'art. 644 cod. pen., può assumere carattere di illiceità, perché sul piano giuridico l'obbligazione nascente dalla clausola penale non si pone come corrispettivo diretto dell'obbligazione principale, ma è l'effetto susseguente ad una diversa causa che è l'inadempimento. Tale principio vale, ovviamente, nella misura in cui le parti, con la "clausola penale", non abbiano dissimulato il pagamento di un corrispettivo (usurario) attraverso un simulato o preordinato inadempimento».

[55] *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi). Presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del Codice civile* (Roma 1943) 376, § 594. Curiosamente, la Suprema Corte cita il medesimo passo non dalla Relazione al testo definitivo del Codice civile – vale a dirsi, quella edita nel 1943, già presentata da Grandi all'udienza del 16 marzo 1942 –, bensì dalla Relazione al solo libro delle obbligazioni, peraltro di due anni antecedente (*Relazione del ministro guardasigilli alla maestà del Re Imperatore sul libro del codice civile "delle obbligazioni"* [Roma 1941] 57, § 60): cfr. § 1.5.3 ord. Cfr., analogamente, *supra*, cap. I, nt. 240.

Ma vi è di più. La Suprema Corte, nell'ordinanza di cui si discorre, non ha mancato di riferirsi – come si anticipava, ricalcando lo schema della (pur non richiamata) sent. n. 3110/1990 – alle costruzioni giuridiche delle obbligazioni pecuniarie di interessi erette nel corso dell'esperienza romana (oltre che nella tradizione – anche canonistica – successiva).

In particolare, a supporto della tesi per cui anche «nel diritto romano classico … gli interessi (che oggi chiameremmo) corrispettivi e quelli (che oggi chiameremmo) moratori assolvevano analoga funzione», avvalorando quella che viene definita come «affinità concettuale» tra *foenus* ed *usurae* (nel senso dell'applicabilità del tasso soglia legislativamente previsto anche a tale ultima categoria), l'ordinanza riporta una nutrita schiera di passi dei *Digesta*[56] e del Codice giustinianeo[57]. Nella ricostruzione proposta dal provvedimento, pertanto, i tassi soglia di volta in volta individuati dalla legislazione (repubblicana ed imperiale) avrebbero riguardato «sia … gli interessi dovuti *ex conventione* (o corrispettivi, che dir si voglia, con terminologia moderna); sia … gli interessi dovuti *ex officio judicis* (tra i quali rientravano le *usurae moratoriae*)»[58].

La predetta affinità concettuale risulterebbe, poi, costantemente ribadita nel diritto tardoantico ed altomedievale, nonché nei sistemi del *ius commune*, sino a giungere al Codice civile italiano del 1865[59].

---

[56] In particolare, D. 22.1.32.2 (Marcian. 4 *reg.*); D. 22.1.17.3 (Paul. *l. sing. de us.*); D. 22.1.34 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 22.1.1 (Pap. 2 *quaest.*).

[57] Segnatamente, C. 4.32.26 [a. 528] e C. 4.32.15 [a. 242].

[58] §§ 1.7.1-2 ord. Nondimeno, la locuzione *usurae moratoriae* – adoperata dall'ord. anche al § 1.7.3 – non ricorre nelle fonti romane; «più che di *usurae* '*propter moram*', con riferimento cioè alla causa degli interessi, i giuristi preferiscono parlare di *usurae* '*post moram*', ovvero '*ex die morae*', sottolineando così il momento a partire dal quale gli interessi decorrono»: così si esprimeva G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano* (Milano 1969) 2, con indicazione di fonti alla nt. 3 s.; in tal senso – ad avviso dell'illustre a. – andrebbe interpretata anche l'espressione '*usurae ex mora*' (*ivi*, 2 s. e nt. 5, con altre referenze).

[59] §§ 1.7.3 ss. ord. Con riguardo al Codice Pisanelli, nondimeno, particolarmente interessante – perché dipinge con nettezza di toni la concezione ontologica degli interessi moratori – mi pare un brano della *Relazione sul Progetto del terzo libro del Codice Civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863 – n. 45*, § 147, che leggo in S. GIANZANA, *Codice Civile preceduto dalle*

La Suprema Corte non ha mancato di occuparsi, altresì, dell'osservazione dei giudici d'appello di Milano relativa alla rilevazione periodica da parte del Ministero del Tesoro con riguardo agli interessi medi praticati dagli operatori finanziari, che appunto non prenderebbe in considerazione gli interessi moratori[60]. A tal proposito, la Cassazione si

Relazioni Ministeriale e Senatoria ... I cit. 90, in materia di anatocismo: « … è norma non contrastata di diritto che il debitore in mora deve risarcire i danni derivanti dalla medesima. Trattandosi di somme di danaro, la legge adotta un sistema di presunzione generale, e stabilisce che il risarcimento dei danni consisterà nel pagamento degli interessi nella tassa legale. Ora, sia che la somma dovuta formi un capitale, sia che costituisca interessi sopra un capitale, il danno presunto dalla legge si verifica egualmente pel creditore che non riceve il pagamento. Esso ha potuto far assegnamento sulla somma dovutagli a titolo d'interessi; se questa somma non gli viene pagata, dovrà ricorrere ad un imprestito, e soffre quindi un danno come se la somma dovutagli costituisse un capitale».

[60] Il rapporto tra le modalità di rilevazione del TEGM ed il raffronto di quest'ultimo con il TEG emergente dall'operazione economica in concreto, al fine di vagliarne la usurarietà, rappresenta un aspetto assai rilevante della questione. La giurisprudenza di merito ha mostrato di preferire l'orientamento per cui le misurazioni relative al TEGM ed al TEG della singola operazione sono funzionali al perseguimento di scopi diversi. In particolare, Trib. Torino, 31 luglio 2015, n. 5350, in *www.almaiura.it*, ha osservato che «la rilevazione del TEGM, sulla base delle Istruzioni della Banca d'Italia, e la determinazione del TEG della singola operazione creditizia, ai fini della verifica di legalità, sono infatti due operazioni distinte, rispondenti a funzioni diverse e aventi a oggetto aggregati di costi che, seppure definiti con un criterio omogeneo (interessi commissioni spese collegate all'erogazione del credito), non sono perfettamente sovrapponibili», e ciò in quanto la finalità precipua del primo è quella di «fotografare l'andamento dei tassi medi di mercato … al fine di determinare e rendere noto alla generalità delle banche e degli intermediari "il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"». Tuttavia, la questione vertente sulla necessaria omogeneità delle grandezze espresse per il tramite del TEGM e del TEG ha dato luogo a non pochi contrasti, anche all'interno della giurisprudenza di legittimità. In particolare, con riferimento al tema diverso – ma da cui numerosi spunti possono trarsi – della rilevanza della cd. commissione di massimo scoperto ai fini della determinazione della usurarietà del tasso di interesse, le divaricazioni interpretative sono culminate con l'ordinanza 20 giugno 2017, n. 15188, in *www.ilcaso.it*, con cui la Prima Sezione civile della Cassazione ha rimesso il quesito alle Sezioni Unite. La Suprema Corte, nella sua composizione più autorevole, si è espressa con la nota sent. 20 giugno 2018, n. 16303. Con tale ultima pronuncia, la Cassazione ha ritenuto sussistente nel sistema un'esigenza di omogeneità e simmetria nella tecnica di determinazione del TEG e del TEGM, nel computo dei quali – che va effettuato «prendendo in considerazione i medesimi elementi» – «va inclusa … anche la commissione di massimo scoperto, quale corrispettivo della prestazione creditizia». Sulla decisione in parola, v. C. COLOMBO, *Commissione di massimo scoperto e disciplina antiusura: le sezioni unite avallano il principio di simmetria ed impongono la comparazione separata*, in *Corr. giur.* (2018) 1343 ss.; N. RIZZO, *Le Sezioni Unite consacrano la simmetria come principio della legge anti-usura ma si perdono all'ultimo miglio*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2019) I, 84 ss.; sul dibattito dottrinario e giurisprudenziale inerente alla vincolatività del principio di simmetria anteriore alla pronuncia delle Sezioni Unite del giugno 2018, v. G.B. FAUCEGLIA, *Il "dialogo"* cit. 278 ss. Si cfr., ora, i contributi di L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali* (Torino 2019) 51 ss.;

premura di sottolineare anzitutto come in realtà, in tempi più recenti, una rilevazione dei saggi di mora venga comunque effettuata[61]. Dal punto di vista normativo, tuttavia, ad escludere la necessità di tale saggio varrebbe il disposto dello stesso art. 2 comma 1 della L. 108/96, che stabilisce come tale misurazione a campione dei tassi di interesse moratori debba avvenire per «operazioni della stessa natura», intendendosi, con tale locuzione, l'insieme delle tipologie contrattuali cui le obbligazioni di interessi accedano. La pattuizione avente ad oggetto interessi moratori oltre soglia, in quest'ottica, non può assurgere ad operazione economica autonoma, dovendo tenersi conto, nella suddetta rilevazione, di tipi contrattuali omogenei (e non di titoli giuridici omogenei). In tal senso depone anche una circolare della Banca d'Italia del luglio 2013, ove è espressamente stabilito che anche gli interessi moratori sono soggetti alla normativa antiusura[62].

Anche l'obiezione della Corte d'appello meneghina che fa leva sul saggio previsto dalla legge sulle transazioni commerciali tra imprenditori, ad

---

E. QUADRI, *La via delle sezioni unite per la rilevanza usuraria degli interessi moratori*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2021) 189 ss.; F. PIRAINO, *Gli interessi moratori usurari ma 'contra legem'*, *ivi*, 201 ss., dai quali è possibile ricavare le opportune indicazioni di letteratura e giurisprudenza.

[61] § 1.8.3. ord., in cui la Corte menziona taluni decreti ministeriali, e segnatamente i dd.mm. 27 giugno 2018 (in G.U., 30 giugno 2018, n. 150); 28 marzo 2018 (in G.U., 31 marzo 2018, n. 76); 21 dicembre 2017 (in G.U., 30 dicembre 2017, n. 303).

[62] *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, circ. 3 luglio 2013, in part. § 4, in *www.bancaditalia.it*. Nella medesima sede, peraltro, la Banca d'Italia chiarisce un concetto fondamentale, riconnesso alla mancata ricomprensione degli interessi moratori all'interno della rilevazione dei Tassi Effettivi Globali Medi. Si osserva, infatti, che «gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG, perché non sono dovuti dal momento dell'erogazione del credito ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente. L'esclusione evita di considerare nella media operazioni con andamento anomalo. Infatti, essendo gli interessi moratori più alti, per compensare la banca del mancato adempimento, se inclusi nel TEG medio potrebbero determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela». Seppur in una prospettiva diversa, i potenziali effetti distorsivi sul mercato del credito derivanti dall'applicazione della soglia di cui alla L. n. 108/96 anche agli interessi moratori, sono stati evidenziati da G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 162 s. nelle osservazioni conclusive, nel senso che alla inclusione degli interessi moratori convenzionalmente pattuiti nel perimetro della normativa antiusura potrebbe conseguire, in definitiva, una 'socializzazione' del rischio di inadempimento determinata dall'innalzamento dei tassi di interessi corrispettivi sino alla soglia massima consentita dalla legge.

opinione della Suprema Corte, non può essere condivisa, stante la libertà delle parti di derogare o meno al saggio legale di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231/02: qualora la scelta sia in senso positivo, l'autonomia contrattuale non potrebbe che essere nuovamente assoggettata alla riespansione dell'art. 2 L. n. 108/1996[63].

4. *Un'antica disomogeneità. L'argomento storico e il «fantasma» romanistico.*

Le argomentazioni spese dalla Corte, immerse nella paziente ricostruzione operata a sostegno della tesi per cui interessi moratori ed interessi corrispettivi, assolvendo alla medesima funzione, sarebbero ambedue soggetti alla disciplina della legge antiusura, si prestano a talune considerazioni, in primo luogo di carattere storico.

In particolare, con riguardo all'esperienza giuridica romana, è bene porre adeguatamente in luce come il binomio – modernamente inteso – interessi corrispettivi-moratori non sia rinvenibile con esattezza nella tassonomia ricavabile dalle fonti. E ciò in quanto, a voler riportare una – per così dire – *summa divisio*, è possibile individuare delle *usurae quae sunt in obligatione* (vale a dirsi, gli interessi che integrano una *obligatio* autonoma da quella che ha per oggetto la restituzione della *sors*) e delle *usurae quae officio iudicis praestantur* (esigibili nel corso della stessa azione concessa per la restituzione del capitale, in cui rientravano certamente le *usurae ex mora*, ma anche numerose altre ipotesi, di cui si dirà più oltre)[64]. Considerando che

[63] § 1.8.4 ord.

[64] G. CERVENCA, s.v. «*Usura (dir. rom.)*», in *Enc. dir.* XLV (Milano 1992) 1125; in particolare si v. la nt. 2, ove richiama D. 19.2.54 (Paul. 5 *resp.*); D. 36.1.60 pr. (Pap. 9 *resp.*); D. 19.1.49.1 (Herm. 2 *ep.*). Sul punto, v. già – nitidamente – ID., *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. 3 s., ove è compendiata la prospettiva romana, assata sui profili rimediali: «Particolare rilievo si dà … nelle fonti giuridiche romane, al problema dei mezzi attraverso i quali, nelle diverse fattispecie, la pretesa agli interessi poteva essere in concreto fatta valere; e ciò spiega la distinzione (la sola che si può rilevare dalle fonti) fra *usurae* '*quae sunt in obligatione*' (che formano cioè oggetto di un'*obligatio* autonoma e sono pertanto esigibili attraverso un'apposita *actio*) e *usurae* '*quae officio iudicis praestantur*' (che vengono riconosciute attraverso l'*officium iudicis* nell'ambito della

il problema esaminato dall'ordinanza di cui si discorre s'innesta nella disciplina degli interessi moratori convenzionalmente pattuiti, non può non rilevarsi come appaia difficoltoso reperire una (anche parziale) sovrapponibilità tra le predette categorie (quella degli interessi moratori disposti dal giudice nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* – le *usurae*, appunto, determinate *ex officio iudicis* – da un lato, quella moderna degli interessi moratori convenzionalmente pattuiti dall'altro). Tradizionalmente, nel *genus* delle *usurae quae officio iudicis praestantur* (*usurae* 'legali' nel senso che vengono riconosciute dal giudice a prescindere dalla volontà delle parti)[65], si inscrivono altresì, oltre alle *usurae ex mora*, le *usurae* derivanti dalla *conversio in usus suos*, quelle dovute *pro pecunia otiosa*, o ancora gli interessi dovuti per motivi di equità (ad esempio, in tale ultima categoria sono inquadrabili altresì quelli che il compratore deve versare sul prezzo non ancora pagato dal momento della consegna della *res*), le *usurae post litem*

stessa azione concessa per il capitale, e sono quindi esigibili soltanto per mezzo di questa)». Di contro – prosegue Cervenca – «[n]on è … espressamente formulata dalle fonti la moderna distinzione, fondata sulle cause degli interessi, fra *usurae* volontarie (dette anche convenzionali), riconducibili alla volontà delle parti, e *usurae* c.d. legali, che vengono stabilite direttamente dall'ordinamento indipendentemente dalla volontà delle parti». L'illustre a., ancora, precisa che la moderna partizione «non coincide con quella fra *usurae* '*quae sunt in obligatione*' e *usurae* '*quae officio iudicis praestantur*', giacché, com'è noto, fra le *usurae* '*officio iudicis*' sono da annoverarsi, oltre alle c.d. legali, anche quelle vengono stabilite dalle parti (e che quindi sono convenzionali) mediante un semplice patto aggiunto a un contratto di buona fede» (così a p. 4 nt. 10). La suddetta tassonomia tornerà utile allorché – subito innanzi – si avrà modo di registrare come gli interessi moratori convenuti (e determinati) con apposita clausola dalle parti, nell'esercizio dell'autonomia negoziale a queste ascritta, debbano inscriversi – in seno alle categorie moderne – nel perimetro delle *usurae* volontarie (o convenzionali), mentre nulla hanno a che vedere con le *usurae quae officio iudicis praestantur* (sulla cui sistematica invece insiste, a più riprese, la ricostruzione storica proposta dalla Cassazione, laddove il quesito ad essa posto concerne, specificamente, la convenzione moratoria usuraria). Sulle distinzioni cui si è accennato, si v. altresì il corposo contributo di C. FADDA, *Le 'usurae quae officio iudicis praestantur'. A proposito di una nuova spiegazione del fr. 49 § I de a. e. et v. 19, I*, in *Studi e questioni di diritto* I. *Diritto romano – Diritto intermedio* (Napoli 1910) 231 ss. (già pubblicato in *RISG.* 2 [1886] 356 ss.; 3 [1887] 3 ss.). Numerosi riferimenti storici alle categorie di cui si discorre sono presenti in T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie* cit. 290 ss.

[65] Per una ricostruzione sistematica di tale categoria, fondamentale – anche per l'ingente mole di fonti discusse, oltre che per la chiarezza espositiva – resta il volume di G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. *passim*.

contestatam e *rei iudicatae*, nonché le ipotesi peculiari in cui erano dovuti gli interessi *ante moram* (come per il caso del fedecomesso di denaro disposto a favore del minore di venticinque anni)[66]. Se è vero, come si evince nitidamente da un frammento di Papiniano[67], che nell'ambito delle *usurae* 'legali' è il giudice[68] a determinare (anche) il *quantum* degli interessi dovuti, godendo quest'ultimo della «stessa latitudine di poteri di chi conclude una *stipulatio usurarum*»[69], potrebbe inferirsi che anch'egli non possa spingersi

[66] G. CERVENCA, s.v. «*Usura (dir. rom.)*» cit. 1130 ss. A margine dell'ultima ipotesi, v. *amplius* ID., *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. 185 ss., ove è discusso il brano conservato in D. 31.87.1 (Paul. 14 *resp.*).

[67] D. 16.3.24 (Pap. 9 *quaest.*) … *Et est quidem constitutum in bonae fidei iudicis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio …*

[68] Pur se un ruolo assai rilevante deve essere riconosciuto, altresì, all'elaborazione dei giuristi, sia per quanto concerne l'*an* della suddetta corresponsione, sia in relazione al *quantum* liquidato: cfr. G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. 232 s.

[69] G. CERVENCA, s.v. «*Usura (dir. rom.)*» cit. 1133; si v. altresì ID., *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. 111 ss. (ove è l'esegesi di D. 16.3.24 [Pap. 9 *quaest.*]). Il brano papinianeo (riportato *supra* – per lo squarcio che qui più interessa – alla nt. 67) è discusso altresì da R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale in diritto romano: tra 'natura contractus' e 'forma iuris'*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici* III cit. 56 ss., 58 s. e nt. 143. L'a. osserva, sul punto, dapprima – a margine del quesito dedotto, a partire da una epistola, all'attenzione del giureconsulto severiano (che verteva, in particolare, sulla configurabilità o meno di un *usuras praestare, ante moram,* a carico del depositario, in assenza di una espressa pattuizione in tal senso) – come «si vuole includere entro una prospettiva di sistema la regola consolidata che *in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*. Tale potere giudiziale di integrazione del contenuto dell'*oportere ex fide bona* che lega depositario a deponente, avvicinato per quanto riguarda la prestazione di *usuras praestare* al potere fondativo della *stipulatio,* viene collocato entro un sistema di limiti caratterizzati dalla corretta interpretazione della buona fede. Essa, sul piano del contenuto dell'azione, fonda certamente un tale potere, ma impone che tale potere si misuri con la struttura tipica del contratto. Quest'ultima riflette, infatti, precise distribuzioni di utilità e oneri, che segnano anche per il giudice un confine invalicabile per quanto riguarda il riconoscimento di una prestazione degli interessi *ante moram* in capo al depositario» (così a p. 58 s.). Per quel che più interessa in questa sede, «il parallelismo in materia di *usuras praestare* tra *officium iudicis* e *stipulatio* nei *iudicia bonae fidei* … potrebbe volere echeggiare sul piano della fonte dell'obbligazione accessoria una medesima forza creativa (tanto l'*officium iudicis* in materia può fare quanto la *stipulatio usurarum*), che però nel caso della *stipulatio* riposa su una volontà delle parti calata nei *verba stipulationis*, mentre nel caso dell'*officium iudicis* è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice del *iudicium bonae fidei*» (p. 59 nt. 143). Sul frammento di Papiniano, da ultimo, v. A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale* (Torino 2020) 88 ss., da cui è possibile ricavare ulteriori referenze bibliografiche dall'apparato di note. Con riguardo allo snodo che qui interessa, nondimeno, la posizione di Saccoccio è – ma solo leggermente – più sfumata: «sebbene l'ampiezza della buona fede nell'*actio depositi* permetterebbe in

oltre i limiti che incontra l'autonomia dei privati, in ragione del dovere di conformazione della decisione ai canoni della *bona fides* (vincoli che si sostanzierebbero, nell'ipotesi che ci occupa, nei tassi soglia succedutisi – non senza sovrapposizioni – nell'ambito della legislazione repubblicana e imperiale). Nondimeno, se ciò può sostenersi senza dubbio per la legislazione giustinianea (nella cui temperie talune soglie usurarie – tra le quali, ad esempio, il limite notissimo del *duplum* – furono espressamente estese alle *usurae ex officio iudicis*, come si dirà immediatamente), sembrerebbe che nelle epoche precedenti (in particolare, «sia in età classica, sia nel Basso Impero … quanto meno per la *pars Occidentis* e fino all'epoca in cui vennero redatte le *Interpretationes* [*scil.*, a CTh.]») «il divieto delle *usurae* '*supra duplum*' doveva essere limitato all'ambito delle *usurae* convenzionali stabilite per mezzo della *stipulatio*»[70]. Ad uno sguardo più ampio il sistema,

astratto al giudice di imporre la corresponsione delle *usurae* che oggi chiameremmo 'compensative' (cioè quelle che il depositario dovrebbe prestare per il fatto di aver avuto il denaro nella propria disponibilità), finendo così l'*officium iudicis* quasi per avere la stessa forza della *stipulatio* (che invece nel mutuo, com'è noto, si rende necessaria per la corresponsione degli interessi), nel caso concreto esaminato, la valutazione, alla luce della *fides bona*, delle *utilitates* che le parti ricavano dal contratto concluso impedisce al depositante di chiedere tali *usurae* al depositario, il quale gli ha prestato un servizio nel ricevere e custodire il denaro, ad esclusione, com'è ovvio, delle *usurae ex mora* che saranno in ogni caso dovute con la stessa azione contrattuale». Sul brano di Papiniano, si v. altresì le considerazioni proposte da M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese* IV (Padova 2003) 195 ss.

[70] Così G. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, in *Index* 2 (1971) 297, che in appoggio richiama – tra l'altro – D. 31.87.1 (Paul. 14 *resp.*, che si riferisce al caso del fedecommesso di denaro disposto in favore del minore di venticinque anni: *supra*, su nt. 66) e la costituzione teodosiana conservata in CTh. 4.19.1; queste ultime, infatti, costituirebbero delle «precise testimonianze sull'inapplicabilità del divieto suddetto all'ambito degli interessi cd. legali: per ciò che concerne le *usurae ex mora* [il] passo di Paolo attesta in modo esplicito che esse erano dovuto '*perpetuo*', cioè senza limiti di tempo, mentre per ciò che attiene le *usurae rei iudicatae*, la … citata costituzione di Teodosio … statuisce che dette *usurae* dovranno decorrere '*usque in id tempus, quo debito solutione diluerit*', cioè, del pari, senza alcun limite». Nondimeno, deve riconoscersi che, con riguardo a queste ipotesi, la comparazione diacronica può condurre l'interprete fuori strada, per due ragioni distinte. La prima è che – come si è già detto più volte – le *usurae ex mora*, disposte *ex officio iudicis*, non possono sovrapporsi alla convenzione di interessi moratori nell'esplicazione dell'autonomia ascritta ai paciscenti, tanto laddove le prime non risultino assoggettate alle soglie prevedute dall'ordinamento – come, sembrerebbe, nelle ipotesi individuate da Cervenca –, quanto ove esse lo siano (come espressamente è previsto a

pertanto, si rivela assai composito, e mal si presta a qualunque forma di semplificazione calcata sulle moderne tassonomie elaborate in tema di interessi[71].

In linea di massima, infatti, corrisponde al vero l'affermazione per cui nel diritto romano (e, soprattutto, giustinianeo, ove si era affermato il sistema che potrebbe essere definito come quello dei 'tassi-soglia fissi'[72]) il limite legale oltre il quale il tasso di interesse poteva definirsi usurario «trovava

partire dall'età giustinianea [sul punto, v. *infra*], e come accade anche in altre ipotesi ancor prima di tale epoca, come si dirà subito, in un'ottica funzionale – stavolta – al ragionamento della Cassazione). In secondo luogo, il limite del *duplum* – in ragione della sua consistenza fissa, che prescinde dal tempo decorrente dall'inadempimento – è sconosciuto alla legislazione antiusura odierna, il cui sistema – come segnalato – prende a paradigma dei saggi annuali. A riprova della suddetta affermazione, infatti, il giudice dei *bonae fidei iudicia* era in ogni caso sottoposto – in riferimento alla ponderazione del *quantum* degli interessi (anche) moratori liquidati in quella sede – a un limite diverso quanto a consistenza, quello della *centesima* (e, quindi, della centesima parte del capitale al mese, corrispondente ad un saggio annuo del 12%), nonché ad altre numerose limitazioni (ancor più gravi dell'obbligo di non eccedere la *centesima*) che derivavano – in maniera più o meno diretta – «[d]all'esigenza di interpretare la clausola '*ex fide bona*' della formula» e, quindi, dal corrispondente obbligo, per il *iudex*, di «conformare la decisione ai principi della *bona fides*»: su questi aspetti, v. le belle pagine di G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. 246 ss. (i virgolettati sono tratti, rispettivamente, da p. 249 e da p. 246), con numerose indicazioni di fonti.

[71] Spiace constatare, sul punto, che nella sede in cui ben diversi avrebbero potuto essere gli spazi dedicati al tema – specie se comparati a quelli ipoteticamente angusti di un'ordinanza (pur «enciclopedica», come ha avuto a definirla A. BARENGHI, *Interessi moratori e usura* cit. 2622) –, null'altro si trova che una trasfusione – con pochi aggiusti – delle motivazioni «impiegate nella stesura dell'ordinanza pronunciata da Cass. civ. [ord.], sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442», come espressamente afferma lo stesso Rossetti: mi riferisco al già richiamato volume inserito nel Commentario Schlesinger su *I danni nelle obbligazioni pecuniarie* cit. 283 ss., 291 s. nt. 427 (da cui è tratto il virgolettato riportato subito *supra*); ma si v., altresì, l'introduzione storica alle pp. 8 ss., laddove – già da un punto di vista generale – è del tutto trascurata la determinazione pattizia degli interessi moratori, in uno con il fondamentale istituto della *stipulatio poeanae*, su cui si soffermerà nelle pagine a seguire. In sostanza, pur se in questa sede non si contesta – nell'*an* – l'approfondimento storico-romanistico (che, pur se fuori fuoco, resta – ad avviso di chi scrive – meritorio nelle intenzioni, testimoniando l'esigenza di una siffatta indagine nell'ambito delle obbligazioni di interessi) proposto nell'ord. n. 27442/2018 – che, nondimeno, avrebbe potuto essere sì decisivo, ma in senso opposto, come si dirà –, solo si vuole osservare come la metodologia adoperata risulti sostanzialmente invertita: uno stile marcatamente 'dottrinario' nel provvedimento giudiziario (cfr. A. BARENGHI, *Interessi moratori e usura* cit. 2623 e nt. 1, con indicazioni di letteratura) e all'opposto – dichiaratamente – 'giurisprudenziale' in una trattazione di dottrina (cfr. M. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie* cit. 291 s. nt. 427).

[72] Cfr. G. CERVENCA, s.v. «*Usura (dir. rom.)*» cit. 1134. Sulle ulteriori ipotesi di interessi legali introdotte da Giustiniano, v. *ivi*, 1132 e nt. 103.

applicazione sia per gli interessi dovuti *ex conventione* … sia per gli interessi dovuti *officio judicis* (tra i quali rientravano le *usurae moratoriae*)». Purtuttavia, tale conclusione sembra doversi derivare non tanto dalla 'omogeneità ontologica' inseguita, nelle pieghe della storia, dalla Suprema Corte[73] – che rappresenta, invece, un fantasma della tradizione –, quanto (per le epoche precedenti alle riforme giustinianee) dal ruolo ascritto al giudice nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*, in relazione alla determinazione delle *usurae ex officio*[74] (tra cui, appunto, quelle dovute *ex mora*)[75] e, per quanto concerne le riforme giustinianee, da quella peculiare temperie politico-

[73] Il concetto resta scolpito, del tutto invariato, in M. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie* cit. 285: «Nel diritto romano classico … gli interessi (che oggi chiameremmo) corrispettivi e quelli (che oggi chiameremmo) moratori assolvevano analoga funzione: remunerare un capitale del quale il proprietario era stato temporaneamente privato».

[74] Sulle limitazioni che esso incontrava – tra cui (lo si è anticipato *supra*, nt. 70) l'argine della *centesima*, oltre ad altri vincoli ancor più stringenti, costituenti emanazioni del dovere di conformare la decisione ai canoni della *bona fides*, esplicitata nella corrispondente formula –, si rinvia alle pagine di G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. 246 ss., da cui è possibile trarre ogni referenza. Peraltro – come ricorda, ancora, il medesimo a. (*ivi*, 238 ss.) –, l'esperienza romana conoscerà via via altre ipotesi di *usurae* 'legali' sganciate dai giudizi di buona fede, riconosciute, in certi casi, anche attraverso taluni giudizi *stricti iuris*, «e particolarmente in sede di *cognitio extra ordinem*» (così a p. 238). Sul punto, si v. altresì ID., *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, in *Index* 2 (1971) 297, con referenze a p. 309 ntt. 31 ss. Sottolinea, in sintesi, lo stretto legame che avvince i *bonae fidei iudicia* e l'*officium iudicis* agli interessi *ex mora* nell'esperienza romana C. FADDA, *Pareri giuridici* cit. 261.

[75] Nell'epoca anteriore agli interventi giustinianei – lo si è anticipato – la discrezionalità del giudice nel liquidare gli interessi 'legali' non poteva in ogni caso spingersi oltre la cd. *centesima* (vale a dirsi, il limite del 12% annuo, poi elevato in seguito alla riforma monetaria di Costantino al 12,5% per facilitare il computo aritmetico conseguentemente alla introduzione della *siliqua*, il cui valore ammontava ad 1/24 del *solidus* aureo). Quest'ultimo doveva poi attenersi – altresì – al *mos regionis* (almeno, sino all'introduzione dei menzionati 'tassi-soglia fissi'): cfr. D. 22.1.1 pr. (Pap. 2 *quaest.*), per cui *cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat*. Sulla limitazione della *centesima* e sui vincoli derivanti dal *mos regionis*, v. ancora G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali* cit. 224 e nt. 16 (ove è richiamato Cic. *Att.* 5.21.13, che evoca a sua volta un senatoconsulto del 51 a.C.), 246, 250 ss., con discussione delle fonti. Fu poi Giustiniano a vietare espressamente ai giudici di applicare i tassi-soglia derivanti dalle consuetudini locali (ove questi ultimi fossero più elevati di quelli previsti dalla legge) al fine di uniformare l'applicazione del sistema dei tassi-soglia fissi in tutti i territori dell'Impero (C. 4.32.26.3 [a. 528], espressamente richiamata dall'ord. n. 27442/2018 al § 1.7.2): cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali in età imperiale*, in *Index* 25 (1997) 557.

legislativa, protesa a ricomporre – ma, si dirà, in maniera non del tutto soddisfacente – il caotico arcipelago dei tassi di interesse.

È opportuno inoltre segnalare che – come pure è stato sottolineato in dottrina[76] – la esplicita sottoposizione degli interessi cd. 'legali' al limite del *duplum*[77] rappresenterebbe, parimenti, un'acquisizione giustinianea, mancando precedentemente nelle fonti un'espressa attestazione a riguardo[78]. E ciò a riprova del fatto che la parte non può valere per il tutto, avendo le riforme di Giustiniano segnato un punto di svolta decisivo nel favorire il contenimento dei debiti entro limiti ragionevoli[79], non potendosi estendere *tout court* i principi posti in quella fase nomopoietica all'arco intero dell'esperienza giuridica romana. In altre parole, la legislazione giustinianea integra, più propriamente, un momento di discontinuità, da cui non è possibile estrapolare, semplicisticamente, una chiave di lettura universale per comprendere il sistema nelle età precedenti.

Tornando al testo dell'ordinanza, essa, per altro verso, ricorda come «nel diritto romano arcaico un 'tasso soglia' (*foenus unciarium*) venne

[76] Si v., per tutti, G. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»* cit. 297.

[77] Sull'applicazione del divieto di *usurae supra duplum* anche agli interessi cd. 'legali', oltre a G. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»* cit. 297 ss., v. anche L. SOLIDORO MARUOTTI, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», in *Labeo* 28 (1982) 164 ss.

[78] Molto insiste sulla innovatività dell'intervento giustinianeo G. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»* cit. 297, muovendo dalla costituzione di Giustiano a Menna del 528 conservata in C. 4.32.27.1-2: *Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus*. Ad avviso dell'illustre a., «la costituzione giustinianea, statuendo nel § 2 che il divieto di interessi '*ultra duplum*', espresso nel paragrafo precedente, dev'essere esteso anche ai *bonae fidei iudicia*, nonché, del pari, a tutti gli altri *iudicia* '*in quibus usurae exiguntur*', intende appunto allargare il divieto suddetto estendendolo all'ambito degli interessi pattizi ed a quello dei cd. interessi legali, per i quali il divieto stesso mai era stato sino ad allora formulato espressamente dalle fonti». In tema, cfr. altresì, più recentemente, F. FASOLINO, *Studi sulle 'usurae'* (Salerno 2006) 154 s.

[79] Sul disegno politico-legislativo giustinianeo in materia di *usurae*, si v. S. TAFARO, *CI. 7. 47. 1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore,* in *L'usura ieri ed oggi. Convegno su: "L'usura ieri ed oggi". Foggia, 7-8 aprile 1995* (Bari 1997) 225 ss.

introdotto sin dal VI secolo a.C. nella legislazione tavolare»[80], secondo quanto riportato da un noto passo tacitiano[81]. Il tasso soglia individuato nelle XII tavole, poi, «subì periodiche variazioni e restò fissato nella misura del 6% dall'imperatore Giustiniano»[82]. Tralasciando il dato per cui l'attendibilità della notizia di Tacito – riferendosi, come si sa, ad un periodo storico arcaico in cui non era diffusa la moneta coniata e, conseguentemente, il prestito ad interesse monetario – è stata ed è tuttora oggetto di ampio dibattito[83],

[80] § 1.7.2 ord.

[81] Tac. *Ann.* 6.16.2. *Nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario faenore amplius exerceret …* (cfr. *supra*, nt. 20). Sulla verosimiglianza della notizia riportata da Tacito nel brano appena menzionato, v. *infra*, nt. 83. Un ulteriore riferimento alla limitazione dei tassi di interesse in età arcaica correlabile – almeno in astratto – alla legislazione decemvirale sarebbe ravvisabile in un passo della *praefatio* del *De re rustica* di Catone: *Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli; quanto peiorem civem existimarint feneratorem quam furem, hinc licet existimari*. Ciononostante, anche tale frammento non appare riconducibile con sufficiente sicurezza alle XII tavole; sul punto, si v. le osservazioni di L. PARENTI, *Il regime degli interessi*, in M.F. CURSI (a cura di) *XII Tabulae. Testo e commento* II cit. 655 ss.

[82] § 1.7.2. ord.

[83] La giusromanistica si era mostrata – almeno in una prima fase – assai scettica sul punto: a tal riguardo, si v. per tutti F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* I (Firenze 1979) 143, per cui «non vi è dubbio che nell'età delle XII Tavole lo stato dell'economia era molto primitivo e continuavano ad esistere rigide forme negoziali, che rendono poco probabile l'esistenza del prestito con interesse monetario». Purtuttavia, la ricostruzione operata da De Martino è stata – anche in tempi recenti – sottoposta a diversi rilievi critici. Si v. in particolare L. PARENTI, *Il regime* cit. 650 s., che osserva come «nel V secolo a.C. i prestiti di derrate alimentari e sementi costituivano verosimilmente la forma più diffusa di prestito, ma sicuramente non l'unica. A quei tempi, infatti, il bronzo pesato (*aes rude* e *aes signatum*) costituiva mezzo di scambio e unità di valore, cioè 'moneta', seppur rudimentale. Ed è dunque lecito pensare che, accanto al prestito in natura, vi potesse essere la richiesta di prestito in 'moneta', perché magari si voleva acquistare un bue, necessario per arare il terreno, o sementi, oppure – non è da escludere – per poter pagare tributi o multe». Orientati per la veridicità della testimonianza tacitiana sono pure, tra gli altri, U. BRASIELLO, s.v. «*Usura (dir. rom.)*», in *NNDI.* XX (Torino 1975) 371; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Problemi di storia sociale nell'elaborazione giuridica romana*[2] (Napoli 1996) 15 ss.; P. CAPONE, *'Unciaria lex'* (Napoli 2012) 25 ss., spec. 27. Altra questione, poi, è individuare la consistenza del predetto *foenus unciarum*; sul punto, difatti, si è sviluppato un acceso dibattito – ad oggi ancora aperto: cfr. R. CARDILLI, *'Usura in fructu non est'* cit. nt. 28 [= *Fondamento romano dei diritti odierni* cit. 350 nt. 28] – del quale, per ovvie ragioni, non si può dar conto in questa sede. Deve tuttavia segnalarsi che, tra le numerose ipotesi avanzate, le due tesi maggiormente accreditate riconducono tale soglia rispettivamente al 100% ed all'8,33% all'anno: sul punto, diffusamente, v. L. PARENTI, *Il regime* cit. 662 ss. (che propende per il limite dell'8,33%, analogamente a R. CARDILLI, *'Plebiscita et leges' antiusura* cit. su e in nt. 65 [= in *Studi in onore di A. Metro* I cit. 394 e nt. 65] – con indicazione della letteratura tedesca –; ID., *'Usura in fructu non*

l'affermazione per cui tale (unico?) tasso soglia abbia subito variazioni periodiche sino ad attestarsi al 6% con Giustiniano, rappresenta – nell'architettura dell'ordinanza – una necessaria semplificazione, che tuttavia non dà conto di talune specificità che possono, forse, rendere maggiormente intellegibili alcuni aspetti della questione.

Anzitutto, già in età repubblicana, il citato limite delle *usurae centesimae* (ovvero, della centesima parte del capitale al mese, e, quindi, del 12% annuo)[84] incontrava talune non irrilevanti deroghe. In particolare, almeno fino all'intervento delle riforme giustinianee, risultavano sottratte al limite della *centesima* il *foenus nauticum* (il quale non soggiaceva ad alcuna soglia)[85] ed il prestito avente ad oggetto derrate alimentari[86]. La ragione che

est' cit. in e su nt. 28 [= *Fondamento romano dei diritti odierni* cit. 350, in e su nt. 28]); cfr., altresì, M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire* (Paris 2018) 578 ss. Si sofferma sul richiamo alla codificazione decemvirale – evocando incidentalmente il suddetto dibattito, nel censurare l'uso «metodologicamente non sempre sorvegliato» dell'argomento storico da parte dell'ordinanza di cui si discorre – G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 154 nt. 3. Con riguardo ai riferimenti storici – che abbondano nella trama della pronuncia – l'impressione dello studioso partenopeo è che l'ordinanza «scad[a] spesso solo nell'erudizione, con notazioni che poco apportano alla soluzione del problema», evocando lo spettro dell'uso meramente retorico del diritto romano cui alludeva – come si è segnalato *supra*, cap. I, nt. 253 – A. SOMMA, «*Roma madre delle leggi*» cit. 166 s. e nt. 85 (nonché già ID., *L'uso giurisprudenziale della comparazione* cit. 287 ss.).

[84] È questo il tasso soglia legale cui fanno riferimento le locuzioni *usura legitima* e *usurae legitimae*, almeno sino alle riforme giustinianee. Sul punto, v. A. ARNESE, *Usura e modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità* (Bari 2013) 68. Sui sospetti di interpolazione gravanti sulle predette espressioni (che in svariati luoghi dei *Digesta* avrebbero sostituito la dicitura *usurae centesimae*), v. A. ARNESE, *Usura e modus* cit. 67 s.

[85] P.S. 2.14.3, per cui *traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*. In tema di *foenus nauticum*, nella vasta bibliografia esistente, può rinviarsi ad A. BISCARDI, *'Actio pecuniae traiecticiae'. Contributo alla dottrina delle clausole penali*[2] (Torino 1974), di cui è stata proposta recentemente una rist. emendata a cura di I. Pontoriero e F. Zuccotti (Milano 2019); G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA.* 39 (1987) 187 ss.; V. GIUFFRÈ, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni* (Napoli 1999) 105 ss.; più recentemente, si v. anche I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano* (Bologna 2011), con la *rec.* di G. PURPURA, in *IVRA* 62 (2014) 410 ss.; G. LUCHETTI, *La disciplina del prestito marittimo in Nov. Iust. 106 (a. 540)*, in *Interpretatio prudentium* (2018) 245 ss. Dai testi richiamati possono ricavarsi ulteriori indicazioni di letteratura.

[86] Cfr. G. CERVENCA, s.v. «*Usura (dir. rom.)*» cit. 1127, che ricorda come per il prestito di derrate alimentari sarà imposto un *modus* pari al 50% annuo soltanto con una costituzione di Costantino del 325 (CTh. 2.33.1); sul punto, v. anche L. SOLIDORO

tali eccezioni sottendono è la più intuitiva possibile: ove il rischio di perdere il capitale fosse particolarmente elevato[87], si riteneva irragionevole porre limiti stringenti all'autonomia dei privati.

Per la verità, anche la legislazione giustinianea, prudentemente, manterrà comunque un certo grado di modulabilità dei tassi massimi consentiti, in ragione tanto della natura oggettiva dell'operazione negoziale, quanto della qualifica soggettiva del creditore, non trascurando gli statuti peculiari tradizionalmente riconosciuti per talune figure[88].

Come peraltro è stato efficacemente osservato, il tentativo di disciplinare organicamente la materia delle *usurae* posto in essere dalle riforme giustinianee si è poi rivelato, nei fatti, irrealizzabile[89]: e ciò, per la illustrata disomogeneità oggettiva dei rapporti giuridici cui accedevano le obbligazioni di interessi. Sarebbe, così, riduttivo affermare puramente e semplicemente che anche gli interessi moratori soggiacessero al *modus* giustinianeo del 6%, quando la misura degli stessi poteva essere liquidata *ex officio iudicis* anche in misura superiore, ove la legge lo consentisse con

---

MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali* cit. 558. Sulle specificità della suddetta fattispecie, si v. il recente contributo di F. FASOLINO, *Profili giuridici del mutuo di derrate*, in *TSDP*. 12 (2019) 1 ss., che molto insiste sui profili di rischio – legittimanti uno statuto a parte, specie in tema di *usurae* – che ineriscono a rapporti negoziali consimili.

[87] Si v. A. BISCARDI, *«Pecunia traiecticia» e «stipulatio poenae»*, in *Labeo* 24 (1978) 286, per cui «nel prestito marittimo le *usurae infinitae* rappresentano il corrispettivo del *pretium periculi*». Cfr. altresì ID., *'Actio pecuniae traiecticiae'* cit. 28 [= 24 nella rist. 2019].

[88] Se il tasso soglia ordinario fu abbassato – lo si accennava – da Giustiniano al 6% annuo, per i prestiti marittimi e per quelli aventi oggetto derrate alimentari il *modus* era molto più elevato, attestandosi al 12% annuo. Mentre i banchieri potevano, in ogni caso, esigere un interesse pari all'8% annuo, gli *illustres* non potevano richiedere un interesse superiore al 4% (cfr., con riguardo alla deroga accordata ai banchieri, Nov. 136.4; di questi aspetti si avvede Cass. civ., Sez. lav., 12 aprile 1990, n. 3110 cit., che però stranamente richiama Nov. 125.4). Per una panoramica sintetica delle innovazioni giustinianee, si v. G. CERVENCA, s.v. «*Usura (dir. rom.)*» cit. 1128. Cfr. altresì M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustinianea*, in *Studi in onore di A. Biscardi* II (Milano 1982) 389 ss.; S. TAFARO, *CI. 7. 47. 1* cit. 215 ss.; A. ARNESE, *Usura e modus* cit. 83 ss.; G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustinianea*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* (2016) 1 ss.

[89] L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali* cit. 563.

riguardo a specifiche operazioni negoziali nelle quali – si noti – il rischio di inadempimento – e, quindi, di *mora* – era certamente più elevato[90].

5. *Un diverso paradigma. La 'stipulatio poenae'.*

A volere restare chini sui profili specifici posti all'attenzione della Cassazione – e, più in generale, del filone giurisprudenziale in cui si inscrive l'ord. n. 27442/2018 –, pare cogliere maggiormente nel segno la conduzione della comparazione diacronica lungo un crinale diverso[91], ove può prendersi a riferimento un altro strumento che sovente, nella prassi negoziale, accompagnava i prestiti di denaro, e che, più propriamente, risulta avvicinabile al caso esaminato dall'ordinanza di cui discorre: essa – è bene ribadirlo – concentra la sua attenzione (non sulle *usurae* dovute *ex mora* in generale, ma) sugli interessi moratori convenzionalmente pattuiti.

L'istituto cui si allude è quello della *stipulatio poenae*, ovvero della pena convenzionale[92]. Attraverso il predetto strumento negoziale, il creditore si assicurava che in caso di inadempimento, di inesatto adempimento ovvero di ritardato adempimento, il debitore si obbligasse al pagamento di una penale pattiziamente predeterminata[93].

---

[90] L'argomento della «intensità del cd. rischio creditorio» in relazione agli interessi moratori (*per differentiam* rispetto ai corrispettivi) è valorizzato – non senza contraddizioni rispetto alla tesi sostenuta: cfr. E. QUADRI, *La via delle sezioni unite* cit. 189 – dalle Sez. Un. n. 19597/2020. Si cfr. sul punto – in senso analogo quanto al concetto di 'rischio', ma opposto quanto alle conclusioni raggiunte in punto di rilevanza degli interessi moratori ai fini della legge antiusura – la decisione dell'ABF, Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875 cit. (si v. il rilievo di E. QUADRI, *La via delle sezioni unite* cit. 189 nt. 46). Si v., altresì, M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni Unite sull'applicazione della disciplina antiusura agli interessi moratori: luci e ombre*, in *Danno e resp.* (2021) 214 nt. 37.

[91] Per provare a dare – secondo l'auspicio di G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 154 nt. 3 – una risposta allineata al quesito.

[92] Per una sistematizzazione sintetica dei concetti di pena convenzionale, *stipulatio poenae* e clausola penale, si v. le pagine di M. TALAMANCA, s.v. «*Pena privata (dir. rom.)*», in *Enc. dir.* XXXII (Milano 1982) 712 ss.

[93] Per una ricostruzione dell'istituto, si v. il recente lavoro di M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'* (Torino 2018) *passim*, ove è raccolto un ampio apparato bibliografico. Per un approfondimento sulla funzione svolta dalla pena convenzionale nell'esperienza giuridica romana, fondamentale resta R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'. Studien zur römischen Vertragsstrafe* (Köln-Wien 1976) 45 ss. Per un inquadramento generale della clausola penale nel diritto civile odierno può rinviarsi, per tutti, alle pagine

È stato osservato, infatti, come la stessa esperienza giuridica romana avesse diffusamente conosciuto il parallelismo funzionale tra clausola penale ed interessi moratori, istituti la cui affinità ontologica è testimoniata dalle numerose sovrapposizioni presenti nelle fonti[94].

Come è stato efficacemente rilevato, infatti, «quanto allo scopo, la pena convenzionale, ch'è da pagarsi in caso di adempimento moroso, e l'interesse di mora hanno, sostanzialmente il medesimo carattere», ove quest'ultimo rappresenta «una sanzione, cioè un mezzo che serve a stimolare all'adempimento senza ritardo, ma nello stesso tempo anche a risarcire il danno del creditore derivante dal ritardato pagamento»[95].

Si può così notare come la *stipulatio poenae* esprima il meccanismo negoziale che più si avvicina alla moderna concezione di interessi moratori convenzionalmente pattuiti[96]. Non è certamente un caso se l'orientamento tradizionale dell'odierna civilistica[97] – ancorché contestato da taluni[98] – è nel

---

di C.M. BIANCA, *Diritto civile* V cit. 241 ss., dal cui apparato di note è possibile ricavare le essenziali referenze bibliografiche.

[94] Cfr. K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*, in *IVRA* 19 (1968) 71 ss., che adduce D. 45.1.90 (Pomp. 3 *ex Plaut.*); D. 22.1.9 pr. (Pap. 11 *resp.*); D. 19.1.13.26 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19.1.47 (Paul. 6 *resp.*). Secondo l'a., «la pena convenzionale e l'interesse di mora sono messi … sullo stesso piano, quasi che l'uno potesse sostituire l'altro». Sul rapporto tra *poena* e *usurae*., v. anche, di recente, M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'* cit. 181 ss.

[95] K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure* cit. 68.

[96] Con riguardo al «risvolto più rilevante da ricollegare alla *stipulatio poenae*», A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità* (Bari 2001) 29, osserva efficacemente come esso vada «ravvisato nella possibilità di misurare fin dal principio il danno che deriva all'altro soggetto dall'inadempimento della prestazione a lui dovuta, sì da evitare in sede giudiziale le prove, spesso faticose, circa l'entità del danno subìto, nel doppio profilo del danno emergente e lucro cessante». In questi termini si esprimeva, tra gli altri, già A. BISCARDI, *'Actio pecuniae traiecticiae'* cit. 25 s. [= 23 nella rist. 2019].

[97] Si v., tra i moltissimi, T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca* (Bologna-Roma 1959) 564 nt. 1; M. LIBERTINI, s.v. «*Interessi*» cit. 128 s.; A. MARINI, *La clausola penale* (Napoli 1984) 53 ss.; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali* cit. 778 ss. (v. spec. p. 778 e nt. 16); G. OPPO, *Lo «squilibrio contrattuale»* cit. 533 s.; T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie* cit. 357; C.M. BIANCA, *Diritto civile* V cit. 237.

[98] Si v., in particolare, F. PIRAINO, *Interessi moratori e usura* cit. 209 ss.; ID., *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia* cit. 154 s. Sul punto, v. altresì ID., *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori* cit. 17 e nt. 81 ss., con referenze. Come si è già detto sopra (nt. 34), quel che non convince della posizione – pur riccamente motivata, come di consueto – di Piraino è l'eccessiva valorizzazione della componente 'legalistica'

senso di inquadrare la convenzione degli interessi moratori nell'alveo della stipulazione di «una vera e propria clausola penale»[99], con le rilevanti conseguenze in punto di tutela del debitore di cui si darà conto più oltre.

Anzitutto, è bene sottolineare un dato. A testimonianza dell'uso flessibile dell'istituto nell'ambito della prassi commerciale, deve registrarsi come, concretamente, la *stipulatio poenae* venisse frequentemente posta dalle parti a garanzia dell'adempimento di una obbligazione pecuniaria proprio al fine di eludere il *modus* legislativamente predeterminato[100] – evenienza, quest'ultima, che risulta variamente attestata nelle fonti[101].

---

della pattuizione avente ad oggetto interessi moratori, con l'autonomia privata ridotta, esclusivamente, alla possibilità di procedere «alla loro commisurazione» (così in *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori* cit. 14).

[99] G. DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione* (Napoli 2010) 116 s.; sul punto, si v. anche le osservazioni conclusive di A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora* cit. 511. L'a. (a p. 508 nt. 20) non manca altresì il riferimento a Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2002, n. 17813, che «in modo opportuno» assimila il patto con cui le parti predeterminano la misura degli interessi dovuti per il ritardo nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria (secondo la previsione di cui al comma secondo dell'art. 1224 cod. civ.) alla clausola penale. L'inquadramento della convenzione moratoria nell'alveo degli artt. 1382 ss. cod. civ. è stato recentemente proposto – oltre che dalla richiamata giurisprudenza dell'ABF (v. per tutti Collegio di Roma, 17 gennaio 2014, ord. n. 260, in *Nuova giur. civ. comm.* [2014] I, 482 ss., con nota di F. VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario e Finanziario* [pp. 495 ss.], nonché la decisione del Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875 cit., recentemente confermata dal medesimo Collegio con la dec. n. 22746 del 10 ottobre 2019: cfr. anche C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura* cit. 40 nt. 17) – da una pronuncia della Suprema Corte, che in questa sede rileva, soprattutto, perché sul punto si pone in aperto contrasto con la ricostruzione dell'ord. n. 27442/2018. Si tratta di Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286 (pur se essa – come si anticipava *supra*, § 1 – propende per la concorrente azionabilità dei rimedi di cui agli artt. 1384 e 1815 co. 2 cod. civ.). L'accostamento degli interessi moratori alla clausola penale è stato poi sostenuto – pur giungendosi ad esiti diversi in punto di tutela del debitore – dalle Sezioni Unite n. 19597/2020. Ulteriori riferimenti sono *infra*.

[100] Si v. ancora K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure* cit. 76 s., che rileva come «tale fatto è quasi naturale, perché dappertutto, dove argini vengono posti alla stipulazione e all'ammontare degli interessi, vi saranno sempre tentativi ed espedienti per superarli, senza, tuttavia, infrangere almeno formalmente le norme di diritto … Ma per eludere il divieto riguardante gli interessi legali, il mezzo più conducente era dato dalla pena convenzionale», stante la «somiglianza tra la pena e l'interesse che si presenta nella pratica in caso di mora, dove, sia la pena che l'interesse, sono rivolti, in sostanza, allo stesso scopo». Il problema sostanziale è lo stesso che – ad oggi – deve inquadrarsi nell'alveo dell'art. 1344 cod. civ., e che è ricondotto – correttamente – dalla giurisprudenza penale (cfr. Sez. II, 14 febbraio 2018, n. 29010) al delitto di usura: v. *supra*, nt. 54.

[101] *Ex multis*, v. D. 19.1.13.26 (Ulp. 32 *ad ed.*), in cui è riportata l'opinione espressa da Papiniano in relazione all'ipotesi in cui le parti avessero convenuto che in caso di

È pur vero che, talvolta, come non si è mancato di sottolineare in dottrina[102], attraverso il meccanismo della pena convenzionale – stante la duttilità negoziale che contraddistingue il predetto strumento – le parti avrebbero potuto pattuire il pagamento di *usurae* legandolo solo formalmente all'inadempimento, così da sostituire, nella sostanza, l'interesse corrispettivo (celando, in tal modo, un contenuto remuneratorio in un involucro risarcitorio)[103]. Come infatti risulta dalla complessità delle operazioni economico-giuridiche riconnesse al mutuo romano – cui appunto l'obbligazione pecuniaria di interessi poteva accedere sotto spoglie giuridiche variegate, dando luogo ad altrettante combinazioni negoziali[104] –,

mancato pagamento del prezzo nel termine stabilito, il venditore avrebbe ricevuto il doppio della somma che avrebbe dovuto essere versata ove il debitore avesse correttamente adempiuto. Il responso del giureconsulto è nel senso che *in fraudem constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit*. Il collegamento negoziale tra *stipulatio sortis* e *stipulatio poenae* è altresì rinvenibile, tra gli altri, in D. 45.1.90 (Pomp. 3 *ex Plaut.*), D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*) e D. 45.1.126.2 (Paul 3 *quaest.*): sul punto, cfr. A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico* (Napoli 2012) 127 ss. Sulle tecniche elusive delle soglie usurarie ricavabili dai documenti della prassi campana, v. G. CAMODECA, *La prassi giuridica municipale. Il problema dell'effettività del diritto romano*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali* (Pavia 2006) 539 ss., spec. 543 s. e nt. 75 (ivi sono fonti e richiami di letteratura) e cfr., dipoi, P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, in *TRG.* 24 (2006) 261 ss.; ID., *Il 'mutuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, in *Quad. Lup.* (2009) 109 ss.

[102] A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 12 ss.; per comprendere, tuttavia, la complessità degli schemi negoziali concretamente congegnati dalle parti per realizzare gli effetti desiderati, si v. l'esegesi proposta dalla stessa a. a margine del noto passo paolino conservato in D. 12.1.40 (*Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 40 ss.).

[103] Cfr. D. 45.1.90 (Pomp. 3 *ex Plaut.*), in cui K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure* cit. 71, legge un caso di pena «stipulata addirittura in luogo dell'interesse, per il caso, che il capitale non fosse stato restituito al creditore». Il problema, tuttavia, è assai più ampio, ed affonda le sue radici nell'attitudine, descritta da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14] (Napoli 1960, rist. 1998) 324 nt. 1, della *stipulatio* a «trasformare ogni convenzione sottostante in un negozio formale e astratto». Sul punto si v. altresì, con chiarezza, A. BISCARDI, *'Actio pecuniae traiecticiae'* cit. 25 [= 22 nella rist. 2019], per cui «Si dice che la *stipulatio* è il fulcro del sistema contrattuale romano. Ciò è vero, sia in quanto essa è capace di realizzare, nel campo delle obbligazioni, qualunque intento pratico, sia in quanto essa è il mezzo preferito per attuare o rafforzare la tutela giuridica dei più svariati rapporti sociali». Si cfr. altresì, recentemente, M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'* cit. 29 ss.

[104] Insiste sul punto A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 10 ss., con indicazioni bibliografiche nell'apparato di note. In generale, sul mutuo romano, v. da ultimo il volume di A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico* cit. *passim*.

l'evenienza per cui la flessibilità della *stipulatio poenae* potesse giungere, in sostanza, a sostituire la pattuizione relativa agli interessi convenzionali rappresenta, unicamente, un dato determinato dalla maggiore o minore convenienza riscontrata dalle parti nel valersi di una determinata, composita, combinazione di strumenti negoziali per un determinato affare[105], e non certo da una sovrapponibilità ontologica e funzionale degli interessi corrispettivi rispetto agli interessi dovuti *ex mora*.

Una volta delineato – pur brevemente – il collegamento tra interessi moratori convenzionalmente pattuiti e *stipulatio poenae*, in uno con la indiscussa duttilità di questo strumento, risulterà più chiara la ragione per la quale anche la suddetta pattuizione non sfuggisse alla scure del *modus usurarum*, secondo la regola perpetuatasi in un frammento di Modestino[106]:

> D. 22.1.44 (Mod. 10 *pand.*). *Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*.

Questa tendenza reperisce un ulteriore ancoraggio, tra l'altro, nella legislazione imperiale – in specie, del III secolo d.C. –, laddove fu parimenti esplicitata l'esigenza di evitare che per il tramite della stipulazione della clausola penale il creditore potesse finire col riscuotere una somma eccedente il massimo consentito dal *modus* legale[107].

---

[105] La complessità degli assetti di interessi perseguibili dalle parti attraverso le predette combinazioni negoziali può essere percepita anche attraverso le diverse letture di D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*) prospettate da Bartolo di Sassoferrato e Cuiacio; sul punto, si v. ancora A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 50 ss., nonché M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'* cit. 182 ss.

[106] Sul punto, cfr. K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure* cit. 75; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'* cit. 189 s.

[107] Sul punto, v. spec. M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'* cit. 189 ss.; il riferimento è, in particolare, ad un rescritto dell'imperatore Gordiano – espressamente richiamato anche dall'ord. n. 27442/2018, al § 1.7.2 – risalente al 242 d.C. (C. 4.32.15. *Cum adleges uxorem tuam ea condicione mille aureorum numero quantitatem sumpsisse, ut, si intra diem certum debito satis non fecisset, cum poena quadrupli redderet quod accepit, iuris forma non patitur legem contractus istius ultra poenam legitimarum usurarum posse procedere*), che appunto provvide a «confermare il tradizionale principio»

È infatti innegabile che lo strumento della pena convenzionale potesse agevolmente prestarsi ad eludere il tasso soglia legislativamente predeterminato[108]. Tuttavia, l'illustrato disallineamento ontologico – che si registra raffrontando gli interessi corrispettivi con gli interessi moratori (e, quindi, con le *usurae poenae nomine*) – offre ugualmente all'interprete uno spunto assai rilevante in relazione al corretto inquadramento della tutela spettante al debitore nel caso in cui fossero stati pattuiti interessi moratori *ultra legem*[109], aspetto decisivo su cui ci si dovrà tornare più oltre.

integrato dal «divieto di superare il tasso lecito degli interessi anche attraverso una *stipulatio poenae* prevista al fine di garantire un'obbligazione pecuniaria». In sostanza, non sarebbe lecito che il debitore, domandata in prestito una determinata somma, si obblighi a versare, in caso di mancata restituzione della stessa entro un certo termine, oltre al capitale ricevuto, una *poena quadrupli*, realizzando così un surrettizio aggiramento del limite delle *usurae legitimae*. Come sottolinea l'a., la peculiarità del caso sottoposto all'Imperatore risiede nell'evenienza che «la *poena* era stata prevista per l'inadempimento, e non per il ritardo»: in tal modo, essa «svolgeva la sua effettiva e reale funzione e non era invece in funzione vicariante delle *usurae*». Si può allora concludere che «nelle obbligazioni pecuniarie la disciplina relativa agli interessi e l'individuazione del limite entro cui il tasso concordato poteva ritenersi lecito si estendeva non soltanto alle *usurae poenae nomine*, in cui la forma della penale celava in realtà la natura di interesse, ma anche alle vere e proprie pene convenzionali, in cui forma e sostanza coincidevano». La vicenda da ultimo descritta richiama alla mente taluni profili – per certi versi similari – analizzati in una decisione del Tribunale di Taranto (Sez. II, 6 giugno 2012, n. 1167), che si è espresso per la riconduzione, nel caso concreto, della clausola penale (pattuita per il caso in cui il mutuatario si fosse avvalso della facoltà di recedere o estinguere anticipatamente il mutuo) agli 'altri vantaggi usurari' di cui all'art. 644 co. 1 cod. pen.: sulla decisione, v. A. ARNESE, *Usura e modus* cit. 131. Si noti, tuttavia, che, nella fattispecie oggetto della summenzionata pronuncia, la 'clausola penale' (impropriamente definita come tale dalle parti) risultava sganciata dall'inadempimento, configurandosi esclusivamente come prezzo del recesso dal contratto di mutuo.

[108] Lo registrano, tra i molti, A. BISCARDI, *'Actio pecuniae traiecticiae'* cit. 28 [= 24 nella rist. 2019]; G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo* cit. 289; cfr., altresì, A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 133 s. e nt. 74.

[109] La possibilità per il giudice di ridurre l'importo della clausola penale nell'esperienza giuridica romana, infatti, rappresenta un problema di non facile soluzione. Sul tema, cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi della 'stupulatio poenae' nell'esperienza giuridica romana*, in *TSDP*. (2012) 26 s., che, nel prospettare la questione, non manca di riferirsi anche alla disciplina in materia di *usurae*. L'a., tuttavia, precisa come il meccanismo di riduzione del tasso di interesse previsto dalla *stipulatio poenae* rilevabile nelle fonti (e segnatamente in quelle indicate *ivi*, 27 nt. 57) «fu preordinato non al fine di fissare un limite alla penale, consentendone la 'riduzione ad equità', bensì allo scopo di evitare che con la predisposizione di una pena privata venisse aggirato il limite delle *usurae legitimae*». Con riguardo al rapporto tra pena convenzionale e *usurae*, qualche indicazione utile ai fini della ricostruzione storica della tutela apprestata al debitore può forse trarsi da D. 22.1.17 pr. (Paul. *l. sing. de us.*). *Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras*

Con riguardo alla riduzione della *stipulatio poenae* che in concreto eccedesse il *modus usurarum*, è interessante notare come – stando a talune fonti – la sanzione per la suddetta violazione risiedesse non nella nullità della stipulazione, bensì nella riconduzione degli interessi moratori pattuiti alla misura massima consentita dalla legge[110].

praestaturum et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniae ex die qua mutuatus est semisses soluturum, et redditis per aliquot annos usuris mox stipulatio commissa esset, divus Marcus Fortunato ita rescripsit: 'Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus es, ad modum iustae exactionis rediget'. Haec constitutio ad finitum modum excedit: quid ergo? sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura. Nella fattispecie, il debitore si era obbligato a corrispondere le *usurae* nella misura del 5% annuo, impegnandosi, per il caso in cui avesse mancato di adempiere, a versare il 6% su tutta la somma a partire dal giorno in cui aveva ricevuto il denaro a mutuo. Il mutuatario, tuttavia, pur avendo corrisposto regolarmente gli interessi al 5% *per aliquot annos*, si rese poi inadempiente, rendendo così «esigibile» – per utilizzare la terminologia adoperata da A. MASI, *'Stipulatio praepostera'*, in *BIDR.* 63 (1960) 193 – «la *stipulatio* che ha per oggetto le *usurae* più forti». La sospetta iniquità della stipulazione derivava dall'evenienza per cui il debitore avrebbe dovuto corrispondere le *usurae* nella misura del 6% anche per l'intervallo temporale in cui aveva adempiuto regolarmente (avendo già versato, per quel lasso di tempo, gli interessi al 5%). Come è stato efficacemente osservato (da A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 203), «l'iniquità della *stipulatio* non era riconducibile alla violazione dei divieti relativi alle *usurae*, bensì al fatto che il debitore sarebbe stato tenuto a versare le *usurae* al maggior tasso stabilito a titolo di pena convenzionale, anche in relazione ai periodi di tempo in cui non vi era stato alcun ritardo nell'inadempimento». Marco Aurelio, esaminata la questione, sollecita il debitore a rivolgersi al preside della provincia, il quale provvederà a ridurre la *stipulatio ad modum iustae exactionis*. Il *praeses provinciae*, in tal modo, avrebbe provveduto a far sì che il mutuatario versasse gli interessi più onerosi solamente a far data dall'inadempimento, e non anche per il periodo precedente (in tal senso A. MASI, *'Stipulatio praepostera'* cit. 193). Il frammento paolino, così interpretato, sembra riferire la possibilità della riduzione *ex officio* degli interessi moratori convenzionalmente pattuiti (per il tramite della *stipulatio poenae*): sul punto, v. anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali* cit. 565. Ad ogni modo, non può mancarsi di sottolineare che nella vicenda scolpita in D. 22.1.17 pr. non si discorreva di interessi pattuiti *ultra modum*, bensì di *usurae* la cui esazione si sarebbe, in concreto, atteggiata come iniqua. Per ogni approfondimento della questione, v. A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 203 ss.

[110] Fondamentali, a tal riguardo, D. 19.1.13.26 (Ulp. 32 *ad ed.*), per la cui esegesi si rimanda a A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali* cit. 129 ss., nonché D. 22.1.9 pr. (Pap. 11 *resp.*), su cui v. K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure* cit. 72. Come si evince dai frammenti in parola, la pattuizione di interessi moratori, che si collocasse *ultra modum*, risultava colpita da invalidità parziale nella sola misura eccedente il tasso massimo consentito. In relazione al brano papinianeo appena menzionato, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali* cit. 565, osserva che «l'inutilità della *stipulatio* è soltanto parziale: il debitore è tenuto a corrispondere il capitale e, a titolo di penale, gli interessi al tasso legale. È dunque chiaro che, secondo l'opinione del giureconsulto, la convenzione avente ad oggetto *usurae supra modum* è nulla, nei limiti in cui essa risulta incompatibile con il precetto normativo». Tale concetto sembra trasparire

Per concludere sui percorsi diacronici tracciati dalla Cassazione, può segnalarsi che pure il riferimento al diritto intermedio desta talune perplessità. Difatti, anche con riguardo a tale fase storica, la dottrina non ha mancato di rilevare come il patto a mezzo del quale il mutuatario venisse sanzionato con l'obbligo di pagare una somma ulteriore, in caso di ritardo nel rimborso del prestito, fosse funzionalmente orientato al ristoro del danno cagionato dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento[111], coerentemente con la funzione che si è vista essere stata ascritta dai più alla *stipulatio poenae*.

6. *L'argomento testuale. La rivalutazione dell'art. 1224 cod. civ.*

La stessa esegesi letterale dei principali riferimenti normativi esaminati dalla Suprema Corte avrebbe potuto, peraltro, suggerire una diversa impostazione del problema. In primo luogo, appare singolare che l'ord. n. 27442/2018 abbia mancato di porre in luce come, a mente del primo comma dell'art. 644 cod. pen., la sanzione penale colpisca coloro che si facciano dare o promettere – si noti, «sotto qualsiasi forma» – in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità interessi o «altri vantaggi usurari». Un riferimento a tali locuzioni, probabilmente, avrebbe reso maggiormente aderenti al dato normativo i rilievi effettuati nella prima parte della decisione, apparendo la ponderazione dei predetti riferimenti testuali maggiormente apprezzabile rispetto alla successiva svalutazione del dato per cui gli stessi interessi, in ogni caso, debbano rappresentare il «corrispettivo» della predetta prestazione di denaro (o di altra utilità). Argomento, quest'ultimo, che conduce l'interprete nella direzione opposta a quella tracciata dall'ordinanza.

altresì dalla richiamata costituzione di Gordiano (C. 4.32.15 [a. 242]), su cui v. ancora K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure* cit. 76.

[111] M. BOARI, s.v. «*Usura (dir. interm.)*», in *Enc. dir.* XLV cit. 1139, cui si rimanda ogni approfondimento. In tema, si v. anche M.A. BENEDETTO, s.v. «*Usura (dir. interm.)*», in *NNDI.* XX cit. 371 ss.

Inoltre, non si può non dar conto di quanto è stato autorevolmente osservato in dottrina[112] con riguardo al comma quarto dello stesso art. 644 cod. pen.; tale ultima disposizione, infatti, al fine di determinare in concreto la misura del tasso di interesse usurario, stabilisce che nel computo complessivo debbano rientrare una serie di variabili tutte «collegate all'erogazione del credito». Se così è, non può negarsi che i presupposti dell'usura ricorrono quando «è eccessivo il costo che il debitore deve sostenere per avere accesso al credito … ma non anche se tali sono i costi legati ad un fatto diverso dall'erogazione, quale la mancata restituzione»[113].

Al fine di superare l'obiezione sollevata da quanti hanno visto nel riferimento al «corrispettivo di una prestazione di denaro» un insormontabile ostacolo all'applicazione della normativa antiusura agli interessi moratori, si è resa necessaria una ricostruzione ontologica delle obbligazioni pecuniarie di interessi che, complessivamente osservata, sembrerebbe offrire il fianco a numerose critiche. In tal senso, la leva dell'argomento storico (e, in specie, di diritto romano) sembra azionata non tanto al fine di integrare delle lacune ordinamentali – alla stregua dell'art. 12 co. 2 disp. prel. cod. civ. –, quanto, piuttosto, per prevenire a monte eventuali *vacua*[114], che avrebbero potuto condurre l'interprete sul terreno (avulso alla logica dell'ord. n. 27442/2018, che omette qualunque riferimento – storico e di diritto positivo – orientato in questa diversa direzione) della natura risarcitoria degli interessi moratori convenzionalmente pattuiti e della riconducibilità dei medesimi al regime della clausola penale. Non che – come si è detto – un siffatto uso dell'argomento *ab antinquo* rappresenti necessariamente un male[115]. Soltanto, l'esegesi (anche) storica, volta a scandagliare la lettera delle norme e sorreggere – secondo quella che è, allo stesso modo, una tecnica

[112] G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 157.
[113] G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 157.
[114] Cfr. *supra*, cap. I, § 2, spec. nt. 253.
[115] V. *supra*, cap. I, nt. 253.

ermeneutica[116] – la ritenuta insussistenza di eventuali lacune, deve poi risultare effettivamente compatibile con la «direzione indicata dalla storia»[117], che deve essere ricercata non solo pazientemente, ma anche criticamente. Esigenza, quest'ultima, che – all'esito dell'analisi qui condotta dell'ord. n. 27442/2018 – non sembra soddisfatta.

Difatti, indizi più robusti sulla configurazione (e sulla causa) degli interessi moratori potrebbero derivare da un'esegesi maggiormente approfondita dell'art. 1224 cod. civ., disposizione, quest'ultima, collocata dall'ordinanza – stranamente – *a latere* rispetto agli altri riferimenti normativi sopra citati. Ebbene, l'art. 1224 cod. civ. – rubricato «Danni nelle obbligazioni pecuniarie» – pone essenzialmente quattro regole distinte, che possono essere così schematizzate: *a)* nelle obbligazioni pecuniarie, dal giorno della mora sono dovuti gli interessi nella misura legale, e ciò anche se non erano anteriormente dovuti e «se il creditore non prova di aver subito alcun danno» (comma 1, primo periodo); *b)* se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura (comma 1, secondo periodo); *c)* se il creditore prova di aver subito un maggior danno, a questi spetta l'ulteriore risarcimento (comma 2, primo periodo); *d)* il maggiore risarcimento non è dovuto ove sia stata convenuta la misura degli interessi moratori (comma 2, secondo periodo).

Ricomponendo gli elementi costitutivi di tale disposizione, si ricava come il legislatore del Codice del '42 abbia inteso imprimere delle funzioni precise alle due diverse (ed eventuali) componenti del tasso di interesse moratorio pattuito in misura maggiore rispetto a quello degli interessi corrispettivi. In primo luogo, la regola per cui gli interessi moratori (anche ove non fossero precedentemente dovuti interessi) debbano essere corrisposti nella misura legale – e ciò, si badi, anche se il creditore non prova di aver subito alcun danno – deve essere letta congiuntamente a quella successiva,

[116] Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 423.
[117] Cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102.

per cui qualora siano stati convenuti interessi corrispettivi in misura maggiore rispetto al saggio legale, quello stesso tasso esprime automaticamente anche il saggio di mora[118].

Tale principio, in effetti, è astrattamente idoneo a confermare la visione eminentemente economica proposta dalla Cassazione nell'ordinanza in commento: l'immobilizzazione del capitale ha un 'costo fisso', che se determinato dalle parti con riguardo agli interessi corrispettivi, muterà semplicemente la sua causa in quella di mora non appena sia scattato l'inadempimento; qualora il predetto 'costo fisso' non sia stato convenuto a titolo di corrispettivo, esso sarà espresso automaticamente dal saggio legale, richiedendosi semplicemente che il debitore si sia reso inadempiente.

Può pertanto essere condivisibile l'affermazione per cui, almeno tendenzialmente e da una prospettiva essenzialmente finanziaria, la funzione delle obbligazioni pecuniarie di interessi – corrispettivi o moratori che siano – sia quella di remunerare un capitale[119].

Purtuttavia, non si può mancare di sottolineare il dato per cui due espressioni contenute all'interno dell'art. 1224 cod. civ. lascino intravedere come il legislatore abbia inteso plasmare diversamente l'eziologia degli interessi moratori.

---

[118] A tal riguardo, seppur nella differente prospettiva degli interessi compensativi, è interessante notare come una risalente pronuncia della Corte di Cassazione (5 aprile 1976, n. 1201), evocata da una più recente decisione (Cass. civ., Sez. II, 24 aprile 2012, n. 6486, in *Giust. civ. Mass.* [2012] 529 s.), abbia affermato che ove gli interessi compensativi – in seguito all'inadempimento del debitore – si siano trasformati in moratori, essi conservano il tasso eventualmente convenuto in misura superiore a quello legale.

[119] Pertanto, almeno apparentemente, l'ordinanza di cui discorriamo (segnatamente al § 1.5.2) affermerebbe che interessi corrispettivi ed interessi moratori avrebbero la stessa causa: «gli interessi moratori, convenzionali o legali che siano, remunerano un capitale, né più, né meno, che gli interessi corrispettivi»; della rilevanza di questa statuizione si darà conto più oltre, nel ponderare le conseguenze di siffatta premessa sulla tutela azionabile dal debitore nel caso in cui gli interessi moratori superino il tasso soglia di cui alla L. n. 108/1996, in relazione alla soluzione fornita dalla Cassazione. Sulla «funzione unitaria del debito di interessi, quale figura diretta a ricreare l'equilibrio tra due sfere patrimoniali» si v. l'equilibrata posizione di U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1991) 316.

In particolare, può rilevarsi come il secondo comma dell'art. 1224 cod. civ. conceda al creditore di provare di aver subito un danno maggiore (rispetto a quello espresso dal tasso di interesse convenzionalmente pattuito a titolo di corrispettivo, transitato poi nella mora in seguito all'inadempimento, oppure al saggio legale, ove non siano dovuti gli interessi corrispettivi) e di ricevere, in conseguenza, l'ulteriore risarcimento. Il fatto che la norma si riferisca ad un danno qualificato come «maggiore», infatti, sembra presupporre che vi sia stato un danno già *ex se* liquidabile, che peraltro prescinde dalla prova del creditore (quello espresso dal saggio degli interessi corrispettivi convenzionali oppure, ove non pattuiti, dal saggio legale). Inoltre, qualora risulti la prova del danno maggiore, al creditore spetta quello che la norma qualifica come risarcimento «ulteriore», lasciandosi intendere che, a prescindere da esso, la somma che non necessita della prova del creditore sia anch'essa riconoscibile a titolo risarcitorio[120]. Sul punto, può registrarsi una diversa opinione, che propone una lettura del dispositivo dell'art. 1224 cod. civ. in termini non di «maggior danno» ma di «effettivo danno» o «danno in concreto»[121]: il suggerimento, tuttavia, mi pare più coerente con una – eventuale – prospettiva *de iure condendo* che *de iure condito*.

Nondimeno, pur volendo accettare la ricostruzione per cui il tasso di interesse corrispettivo convenzionale, che esprime anche la misura del saggio di mora con la degenerazione patologica del rapporto (oppure, in alternativa, il tasso legale, ove il primo non sia stato pattuito), svolga una funzione *lato sensu* compensativa, appare ardita l'affermazione per cui interessi corrispettivi ed interessi moratori manterrebbero la stessa funzione anche

[120] Su questi aspetti, si cfr. l'esposizione di C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni* cit. 161 ss.

[121] Cfr. sul punto M. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie* cit. 254, per cui «Sebbene la legge parli di "maggior danno", quello previsto dall'art. 1224, comma secondo, cod. civ., dovrebbe … meglio essere definito come "effettivo danno" o "danno in concreto"».

qualora i secondi siano stati convenzionalmente determinati in misura superiore rispetto ai primi.

Come è stato efficacemente notato, la differenza percentuale tra il tasso convenzionale di mora e quello pattuito a titolo di interessi corrispettivi «costituisce liquidazione forfettaria, a titolo sostanzialmente di penale, del maggior danno»[122].

L'impostazione che si ricava da tale esegesi dell'art. 1224 cod. civ. – coerente con la ricostruzione che accosta la convenzione moratoria alla *stipulatio poenae* –, peraltro, si ripercuote immediatamente sull'aspetto che più interessa con riguardo all'applicazione pratica di questi principi, vale a dirsi la tutela offerta al debitore, di cui si dirà appresso.

7. *La tutela del debitore.*

Le premesse controversie sulle distinzioni ontologiche interne alle obbligazioni pecuniarie di interessi, che hanno lungamente impegnato – e impegnano tutt'oggi, come subito si dirà – dottrina e giurisprudenza, rivelano tutto il loro peso specifico con riguardo all'aspetto rimediale. Ritenuta l'applicabilità della normativa antiusura anche agli interessi moratori convenzionali, infatti, ci si deve interrogare sulla sorte che tocchi alla relativa pattuizione.

Si può rilevare immediatamente che la questione, oltre ad essere tutt'altro che di pronta soluzione, ha contribuito a dividere ulteriormente gli interpreti. Significativamente, la Suprema Corte, nell'ordinanza del 30

[122] G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 160 s., che rileva efficacemente come «la funzione assolta dall'interesse convenzionale di mora è sempre risarcitoria, andando semplicemente a coprire, nelle sue due diverse componenti, due diverse voci di pregiudizio che il creditore soffre in caso di inadempimento del debitore dell'obbligo di restituire le somme alla scadenza, e che avrebbe pur sempre titolo a vedersi risarcite … anche se non vi fosse la clausola che fissa convenzionalmente il tasso degli interessi di mora in misura diversa e maggiore da quello degli interessi corrispettivi». Nel senso della natura risarcitoria degli interessi moratori – oltre alla richiamata giurisprudenza dell'ABF: cfr. *supra*, nt. 99 – si v. anche A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora* cit. 501 ss.; L. CANDIANI, *Contratti di credito: l'ossimoro dell'usura e della mora*, in *Corr. giur.* (2018) 811.

ottobre 2018, ha ritenuto di dover intervenire sul punto «al fine di prevenire ulteriore contenzioso»[123], con una notazione finale (peraltro non necessaria: il relativo capo, infatti, risultava coperto dal giudicato interno[124]), successiva all'enunciazione del principio di diritto da applicarsi nel giudizio di rinvio.

A chiusura dell'illustrato percorso argomentativo, interamente proteso a dimostrare la sovrapponibilità ontologica degli interessi moratori e corrispettivi, la Corte conclude che «nonostante l'identica funzione sostanziale degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, l'applicazione dell'art. 1815, comma secondo, cod. civ. agli interessi moratori usurari non sembra sostenibile, atteso che la norma si riferisce solo agli interessi corrispettivi», sorprendentemente adducendo a sostegno di tale affermazione – pietrificando il lettore con un vero e proprio «*fulmen in clausula*»[125] – che «la causa degli uni e degli altri è pur sempre diversa».

Nell'ottica della Cassazione, sancita la nullità della clausola che preveda interessi moratori convenzionalmente pattuiti *ultra legem*, si dovrebbero «attribuire secondo le norme generali al danneggiato gli interessi al tasso legale». Quel che appare fuor di dubbio, è che la norma di riferimento in tema di sanzione civilistica della pattuizione usuraria è l'art. 1815 cod. civ. (che poggia, come è noto, su presupposti assai diversi da quelli romanistici); quest'ultima disposizione, pur essendo collocata nel capo del mutuo[126],

[123] Che invece – com'era, del resto, prevedibile, stante la precarietà della soluzione proposta – è divampato nel biennio successivo, come si dirà immediatamente.

[124] È la stessa ordinanza (§ 1.11) a ricordare che «nel giudizio di rinvio resterà precluso, perché coperto da giudicato interno, l'esame della questione concernente l'applicabilità, al contratto di *leasing* oggetto del presente giudizio, della previsione di cui all'art. 1815, comma secondo, c.c. La sentenza impugnata, infatti, ha affrontato espressamente la questione … stabilendo con autonoma *ratio decidendi* che la nullità del patto di interessi moratori non potrebbe mai escludere l'obbligo dell'utilizzatore di pagare gli interessi corrispettivi».

[125] Così L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*, in *BBTC.* (2019) II, 61.

[126] Sul punto, v. V. SANGIOVANNI, *Interessi* cit. 460, il quale, nel segnalare l'ampia applicazione giurisprudenziale dell'art. 1815 cod. civ., rileva come tale articolo «che sancisce l'azzeramento degli interessi andrebbe 'spostato' – per ragioni di correttezza sistematica – dalla sua attuale collocazione sotto il tipo di 'mutuo' e inserito nella parte del codice civile relativa a obbligazioni e contratti in generale».

secondo l'orientamento maggioritario avrebbe una vocazione generalizzante[127], risultando applicabile a tutti i contratti orbitanti nell'erogazione del credito.

La regola posta dal primo comma dell'art. 1815 cod. civ.[128], unitamente allo stesso art. 1224 cod. civ. ed all'art. 1282 cod. civ., rappresenta uno degli elementi fondativi del principio della naturale fecondità del denaro. Con essa, la causa del contratto di mutuo si presume onerosa, salva la diversa pattuizione delle parti. La disposizione che, in tal sede, maggiormente interessa è tuttavia quella contenuta nel primo capoverso del medesimo art. 1815 cod. civ., per cui «se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». La formulazione di tale norma, con cui si è inteso disciplinare le conseguenze civilistiche dell'usura[129], è frutto – com'è noto – dell'intervento novellatore dell'art. 4 L. n. 108/1996, che ha modificato la precedente regola per cui, nel caso in cui fossero stati convenuti interessi usurari, alla nullità della clausola avrebbe fatto seguito la debenza degli interessi nella misura legale.

L'interpretazione della norma, apparentemente chiara nella sua concisione, nasconde non poche insidie. Anzitutto, ove si acceda alla tesi (fatta propria dall'ordinanza in commento) per cui la nullità colpisca anche gli interessi moratori pattuiti *ultra modum legis*, ci si è interrogati sulla sorte degli interessi corrispettivi, inerenti allo stesso contratto, che invece non oltrepassino tale soglia. La giurisprudenza di merito[130] – unitamente a talune

[127] Sul punto, v. G. DI MARTINO, *Interessi* cit. 131; T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie* cit. 333. Il suddetto orientamento ha trovato accoglimento anche nella più volte richiamata pronuncia delle Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597 cit., che ha definito (al n. 7.iv) l'art. 1815 co. 2 cod. civ. alla stregua di una norma «pacificamente transtipica».

[128] La disposizione così recita: «Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'art. 1284».

[129] N. RIZZO, *Gli interessi* cit. 360.

[130] *Ex multis*, Trib. Trani, 10 marzo 2014, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Bologna, 24 febbraio 2016, n. 516, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 17 gennaio 2017, n. 626, in *www.expartecreditoris.it*. Particolarmente interessante la ricostruzione proposta da Trib. Reggio Emilia, 24 febbraio 2015, n. 304, in *www.ilcaso.it*, che, premessa la diversità

pronunce isolate (almeno fino ai più recenti interventi di cui si dirà) della Suprema Corte[131] – ha interpretato il comma 2 dell'art. 1815 cod. civ. nel senso che la sanzione civile riguarderebbe i soli interessi convenuti nella misura eccedente la soglia legislativa (nella specie, gli interessi moratori), continuando ad essere dovuti gli interessi corrispettivi (contenuti entro tale limite), esponendosi tuttavia alle critiche di parte della dottrina[132], che ha rilevato come una siffatta interpretazione condurrebbe ad inaccettabili conseguenze distorsive.

«ontologica e funzionale» sussistente tra interessi corrispettivi ed interessi moratori, rileva come da tale distinzione «discende la necessità di isolare le singole clausole dal corpo del regolamento contrattuale, ai fini della declaratoria di nullità, o meglio, di riconoscere che l'unico contratto di finanziamento contiene *due distinti ed autonomi paradigmi negoziali* destinati ad applicarsi in alternativa tra loro in presenza di differenti condizioni: l'uno fisiologico e finalizzato alla regolamentazione della restituzione rateale delle somme mutuate, l'altro solo eventuale, ed in ipotesi di patologia del rapporto, nel caso di inadempimento del mutuatario, evenienza al verificarsi della quale è ragionevole ritenere che diversamente si atteggi la volontà delle parti», concludendo che «l'eventuale nullità della seconda pattuizione, relativa al caso di inadempimento ed alla patologia del rapporto, non pregiudica la validità della prima pattuizione, relativa alla fisiologia del rapporto».

[131] Significativa, a tal riguardo, Cass. civ., Sez. I, 15 settembre 2017, ord. n. 21470, in *Rep. Foro it.* (2017) s.v. «*Contratti bancari*», n. 46, per cui appare rilevante «che l'art. 1815 c.c., comma 2, nel prevedere la nullità della clausola relativa agli interessi, ove questi siano usurari, intenda per clausola la singola disposizione pattizia che contempli interessi eccedenti il tasso soglia, indipendentemente dal fatto che essa esaurisca la regolamentazione dell'entità degli interessi dovuti in forza del contratto. La sanzione dell'art. 1815 c.c., comma 2, dunque, non può che colpire la singola pattuizione che programmi la corresponsione di interessi usurari, non investendo le ulteriori disposizioni che, anche all'interno della medesima clausola, prevedano l'applicazione di interessi che usurari non siano. Se così non fosse, la norma non potrebbe trovare pratica applicazione tutte quelle volte in cui – per effetto della differenziazione dei tassi applicabili in ragione di diverse condizioni (come, appunto, l'entità dell'indebitamento del correntista) – nella clausola che disciplina la misura degli interessi contrattuali convivano una disposizione che fissi gli stessi al di sopra della soglia usuraria ed altra che la determini in una misura inferiore: in tal caso, infatti, la medesima clausola avrebbe ad oggetto la pattuizione dell'interesse usurario (che varrebbe a renderla nulla) e la pattuizione dell'interesse non usurario (che dovrebbe di contro sottrarla all'effetto invalidante)».

[132] In particolare, v. V. SANGIOVANNI, *Interessi* cit. 461, il quale rileva che secondo il disposto dell'art. 1284 cod. civ., per il caso di pattuizione non scritta avente ad oggetto interessi più elevati del tasso legale, il debitore – a titolo di sanzione per creditore – è tenuto a corrispondere gli interessi nella (sola) misura legale. Ad avviso dell'a., il paradosso – ad ammettere che restino dovuti gli interessi corrispettivi in caso di convenzione usuraria degli interessi moratori – starebbe nel fatto che il creditore, in conseguenza del patto usurario, patirebbe conseguenze più blande rispetto a quelle previste per la (certamente meno grave, e comunque penalmente irrilevante) omessa pattuizione per iscritto di interessi superiori al tasso legale.

Con riguardo alla giurisprudenza di legittimità, l'orientamento prevalente – almeno, sino all'ordinanza di cui si discorre – è stato nel senso dell'ampia operatività della nullità in parola comminata dall'art. 1815 cod. civ., con conseguente travolgimento anche degli interessi corrispettivi, pur convenuti entro il tasso soglia[133].

In realtà, l'applicabilità dell'art. 1815 comma secondo cod. civ. agli interessi moratori convenuti *ultra modum legis* è stata messa in discussione non soltanto da chi nega *tout court* l'applicabilità della normativa antiusura alla predetta categoria di obbligazioni pecuniarie, ma anche da altre voci orientate per l'applicazione della normativa antiusura anche nei confronti degli interessi moratori[134]. Parte della dottrina, peraltro, non ha mancato di sottolineare come l'interpretazione letterale e sistematica dei due commi che compongono l'art. 1815 cod. civ. non potrebbe condurre ad un risultato diverso dall'applicabilità dello stesso ai soli interessi corrispettivi[135].

La risposta a tale quesito proposta dalla Suprema Corte nell'ordinanza di cui si discorre non appaga l'interprete. E ciò per diverse ragioni.

La prima è intuitiva: l'applicabilità della sanzione di cui all'art. 1815 cod. civ. comma secondo[136] – che, ad opinione della Corte, si riferisce appunto agli interessi corrispettivi – avrebbe dovuto rappresentare lo sbocco naturale del percorso argomentativo dell'ordinanza in parola. Il sillogismo

[133] Cfr. Cass. civ., Sez. VI, 4 ottobre 2017, ord. n. 23192 cit., che a sua volta richiama Cass. civ., Sez. VI, 6 marzo 2017, ord. n. 5598 cit., e Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899, in *BBTC.* (2000) II, 621 ss. e in *Foro it.* (2001) I, 80 ss.

[134] Per tutti, v. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari* cit. 41 ss., spec. 43 ss., che propende – pur ritenendo gli interessi moratori assoggettati alle soglie usurarie – per l'applicazione dell'art. 1384 cod. civ., il quale costituisce la «diversa disposizione di legge» che deve applicarsi agli interessi moratori usurari (costituenti «un caso di "penale" sicuramente da qualificare come "manifestamente eccessiva"») in ragione della clausola di salvezza contenuta – in materia di nullità virtuali – al co. 1 dell'art. 1418 cod. civ.

[135] Cfr., ad esempio, C. ROBUSTELLA, *La dibattuta questione* cit. 164.

[136] Nel senso della natura afflittiva della conversione del mutuo in contratto a titolo gratuito, E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.* (1999) 893 s.; G. COLLURA, *La nuova legge sull'usura e l'art. 1815*, in *Contratto e impresa* (1998) 615, individua nella fattispecie una ipotesi di «conversione coattiva della causa di scambio in causa gratuita retta da finalità eminentemente sanzionatorie».

ivi contenuto – o forse, più propriamente, l'entimema[137] –, difatti, si rivela stonato: gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori sono ontologicamente omogenei; l'art. 1815 cod. civ. si riferisce agli interessi corrispettivi (e quindi, stante la predetta omogeneità, dovrebbe applicarsi anche agli interessi moratori convenuti oltre il tasso soglia); la causa degli uni e degli altri «è pur sempre diversa», sicché dovrà applicarsi – secondo le (pur non esplicitate) regole generali – il tasso di interesse nella misura legale.

Tale soluzione, mossa da evidenti esigenze equitative – legate ad un contemperamento di interessi estremamente delicato – non sembra tuttavia trovare un adeguato supporto normativo; ed anzi, pare risolversi in una *interpretatio abrogans* del nuovo comma secondo dell'art. 1815 cod. civ., con conseguente riesumazione del testo previgente, di cui si è detto poco più sopra[138].

---

[137] Cfr. U. VINCENTI, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica* (Padova 1997) 94 ss.

[138] Questa la lettura che proponevo in M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori* cit. 42. Concorde sul punto è L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c.* cit. 61 s., che tra l'altro osserva brillantemente – preconizzando, in qualche misura, il tacito ricorso alla norma che sarà utilizzata (pur in maniera assai diversa, tenendo presente il secondo periodo dell'art. 1224 co. 1 cod. civ.) dalle Sez. Un. n. 19597/2020 – come «[l]a Corte … ritiene comunque "ragionevole" sanzionare il patto di interessi moratori sopra soglia con la nullità, sia pur non specificando quale norma assume a fondamento di esse: anche se parrebbe potersi intendere evocata la nullità parziale ex art. 1419, comma 2°, c.c., a motivo di una illiceità per violazione di norma imperativa di legge (quale la norma penale, assunta applicabile anche agli interessi moratori). Una nullità non con effetti *caducatori*, neppure se limitati agli interessi moratori, ma comportante la *riduzione* dell'eccesso nella misura del "tasso legale" "secondo le norme generali": dunque, una nullità eterointegrata ai sensi – anche se non li si menziona – dell'art. 1339 c.c., assumendo quale disciplina sostitutiva quella – pur parimenti non menzionata – di cui all'art. 1224, comma 1°, prima parte, c.c. Con un esito che, a ben vedere, ricalca quello di cui al vecchio art. 1815, comma 2°, c.c., che faceva conseguire alla nullità della clausola avente ad oggetto interessi usurari la *riduzione* nella *misura legale*» (così a p. 62). La considerazione coglie pienamente nel segno, laddove – *per differentiam* – svela come in realtà, analizzando la soluzione successivamente recepita dalle Sezioni Unite (che propendono per l'applicazione congiunta dell'art. 1815 co. 2 con l'art. 1224 co. 1, secondo periodo, cod. civ.), la «preservazione del costo del denaro» è operata, in quella sede, con una (diversa) scelta (non fondata sulla coerenza logica tra premesse e conclusioni, né sulla lettura del dato legislativo, ma) di valore: scelta che è caduta, ancora, sulla norma che disciplina i danni sulle obbligazioni pecuniarie, ritenendosi tuttavia sì adeguata la «regola generale» del 1224 cod. civ., ma nel segmento normativo successivo – ove è sancita la debenza degli interessi corrispettivi nella misura pattuita dalle parti *ante moram* e non quella legale – rispetto a quello valorizzato dall'ord. n. 27442/2018.

Con tali considerazioni, tuttavia, non vogliono sottacersi i numerosi inconvenienti in cui l'interprete incapperebbe ove si ammettesse che la conseguenza della usurarietà dei (soli) interessi moratori convenzionalmente pattuiti sia l'azzeramento *tout court* degli interessi dovuti, restando in capo al debitore soltanto l'obbligo di restituire il *tantundem*. In particolare, accogliendo la tesi favorevole all'applicazione dell'art. 1815 comma secondo (ancor più di quanto accadrebbe con l'operatività del solo saggio legale, come proposto dall'ord. n. 27442/2018), il debitore non avrebbe alcun interesse ad adempiere correttamente, risultando certo più conveniente per l'obbligato innescare la mora, al fine di beneficiare (del pagamento del solo tasso legale o) della conversione del mutuo da contratto oneroso a contratto a titolo gratuito[139].

Una soluzione più soddisfacente potrebbe essere suggerita attraverso il recupero dell'indagine ontologica – e storica – di cui si è dato conto sopra. Ove, infatti, si qualifichino gli interessi moratori convenzionalmente pattuiti alla stregua di una vera e propria clausola penale, sembrano potersi reperire degli appigli normativi maggiormente solidi, che possano guidare il giudice nella rideterminazione del tasso di interesse dovuto. Tale ricostruzione presenta anche il vantaggio di essere – almeno astrattamente – compatibile

In sostanza, sia la pronuncia della Terza Sezione del 2018 (implicitamente, come osservava in maniera puntuale Pascucci), sia quella delle Sezioni Unite del 2020 (stavolta, espressamente) rinvengono nell'art. 1224 cod. civ. una norma di carattere generale. Nondimeno, le diverse tensioni valoriali – certamente protese a perseguire intenti equitativi – di cui sono intrise l'una e l'altra decisione fanno virare il timone verso il primo periodo del comma 1 art. 1224 cod. civ. (con applicazione del tasso legale «secondo le norme generali»: § 1.11 ord. n. 27442/2018) o verso il periodo successivo (ritenendosi più congrua la commisurazione degli interessi moratori a quella – diversa, ma lecita – pattuita per i corrispettivi).

[139] In tal senso, v. G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 162, in part. alla nt. 22; lo studioso riporta, tra l'altro, l'opinione di T. ASCARELLI, *Limiti di applicabilità dell'art. 1231 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.* (1930) I, 392 ss., che, nel commentare la disciplina del Codice civile previgente – ove parimenti la commisurazione del danno in caso di mora era parametrata al solo interesse legale –, già poneva in luce il rischio che l'inadempimento del debitore celasse, in realtà, valutazioni di tipo speculativo (in termini, v. anche A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze* cit. 632). Sul punto, si cfr. le osservazioni critiche di F. PIRAINO, *Usura e interessi* cit. 212 ss.

sia con la tesi (proposta – anche – dall'ord. n. 27442/2018) dell'applicazione della legge antiusura anche agli interessi moratori[140], sia con le ricostruzioni che negano siffatto assoggettamento.

In tal senso soccorre l'art. 1384 cod. civ., il quale dispone che «la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento». Modellando la tutela del debitore sulla consistenza storica – per come la si è intesa ricostruire in queste pagine – degli interessi moratori convenzionalmente pattuiti, può demandarsi al giudice il potere di ricondurne la misura *ad modum iustae exactionis*[141], e ciò anche ove non vi sia stata espressa richiesta di parte[142].

[140] A tal riguardo, la disciplina di cui all'art. 1384 cod. civ. gioverebbe a coloro che, pur aderendo all'ormai consolidato orientamento della Suprema Corte che assoggetta gli interessi moratori alla legge antiusura, non ritiene praticabile la strada dell'art. 1815 co. 2 cod. civ. sul piano delle conseguenze civilistiche: cfr. N. RIZZO, *Gli interessi* cit. 378. Una successiva conferma, peraltro, è giunta dalla già accennata pronuncia n. 26286 resa dalla Sez. III della Cassazione il 17 ottobre 2019 (poi smentita – sul profilo rimediale formale, ma non sulla qualificazione degli interessi moratori alla stregua della clausola penale – dalle Sezioni Unite).

[141] La soluzione suggerita evoca lo schema delineato – seppur in un'ottica parzialmente differente, discorrendosi in tal sede di interessi moratori convenzionali (non usurari ma) manifestamente iniqui – da Paolo in D. 22.1.17 pr., con riguardo al potere del *praeses provinciae* di ridurre ad equità la *stipulatio poenae*: sul punto, v. *supra*, nt. 109.

[142] Cass. civ., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Giur. it.* (2006) 2279. Appare particolarmente interessante, con riguardo alla questione che ci occupa, il passaggio in cui la Suprema Corte ha osservato come «il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma». Nel risolvere in senso positivo l'annosa controversia circa la riducibilità *ex officio* della clausola penale manifestamente eccessiva, pertanto, la Cassazione ha condivisibilmente agganciato il potere del giudice di incidere sulla stessa ad esigenze di «tutela dell'interesse generale dell'ordinamento»: interesse che non può non emergere anche in relazione al fenomeno dell'usura. Sul rapporto tra l'art. 1384 cod. civ. (ed i poteri del giudice ad esso riconnessi) e gli interessi moratori convenzionalmente pattuiti, v. G. DI MARTINO, *Interessi* cit. 142 ss.; con riguardo alla fattispecie (diversa, ma riconducibile ai medesimi principi che hanno ispirato la Suprema Corte nella pronuncia sopra menzionata) di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002, si v. le considerazioni di T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie* cit. 244 ss.

La strada dell'applicazione della disciplina della clausola penale – con la conseguente possibilità per il giudice di provvedere (anche *ex officio*) alla *reductio ad aequitatem* – era stata, per la verità, già diffusamente suggerita in dottrina ed accolta da parte della giurisprudenza[143], e si accorda, altresì, con una delle finalità storiche che il legislatore aveva ascritto all'art. 1384 cod. civ., come risulta a chiare lettere dalla Relazione al Codice civile[144]. Nondimeno, non vi è univocità con riguardo ai parametri da tenere in conto al fine di operare la riduzione in parola. In effetti, anche ad ammettere che il giudice si trovi innanzi ad una clausola penale, appare necessario individuare

[143] Si v., *ex multis*, T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* cit. 564 nt. 1; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali* cit. 778 ss.; più recentemente, v. G. DI MARTINO, *Interessi* cit. 142 s.; T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie* cit. 356 s.; C. ROBUSTELLA, *La dibattuta questione* cit. 163 s. Sul punto, v. anche ABF, Collegio di Napoli, 13 gennaio 2014, n. 125, che espressamente assimila gli interessi moratori alla clausola penale (conformemente all'orientamento accolto da Trib. Napoli, 12 febbraio 2004, in *Giur. merito* [2004] 1340 ss.; cfr. anche il pur stringato riferimento in Cass. civ., Sez. II, 17 marzo 1994, n. 2538, in *Giust. civ. Mass.* [1994] 328, seguita da Cass. civ., Sez. III, 21 giugno 2001, n. 8481, in *Giust. civ. Mass.* [2001] 1230, nonché da Cass. civ., Sez. III, 18 novembre 2010, n. 23273, in *Giust. civ. Mass.* [2010] 1464). Come aveva già efficacemente osservato A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora* cit. 511, «le linee del sistema indirizzano senz'altro verso l'applicazione – nel caso di riscontro di eccessività – della struttura rimediale della riduzione ad equità di cui all'art. 1384 c.c.: senza distinguere a seconda si tratti di penale *una tantum* o di interessi moratori. Pure qui, come altrimenti, la conseguenza della nullità punitiva sancita dall'art. 1815, comma 2°, c.c. si palesa disciplina inadeguata, lasciando il fatto di inadempimento senza conseguenze di sorta. D'altro canto, la natura di clausola penale del patto di interessi moratori … elimina ogni problema per la relativa applicazione della norma dell'art. 1384 c.c.». Si è già richiamato più volte l'orientamento contrario, che rifugge l'assimilazione degli interessi moratori alla clausola penale e, quindi, il rimedio di cui all'art. 1384 cod. civ.: cfr. *supra*, nt. 34 e 98. Da ultimo – sulla scorta dei rilievi critici mossi alle Sez. Un. n. 19597/2020 – propende per la esperibilità della *reductio ad aequitatem* ex art. 1384 cod. civ. M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni Unite sull'applicazione delle discipline antiusura agli interessi moratori* cit. 219 ss., spec. 221 s.

[144] Si v., segnatamente, il § 632, ove si legge che «Si è conferito al giudice il potere di ridurre la penale eccessiva, ossia sproporzionata all'interesse che ha il creditore all'adempimento (art. 1384). Tale disposizione, fondata sulla equità, mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usuraio». Cfr. sul punto, recentemente, E. QUADRI, *La via delle Sezioni Unite* cit. 187; M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni Unite sull'applicazione delle discipline antiusura agli interessi moratori* cit. 219.

il riferimento che possa guidarlo nella rideterminazione del tasso di interesse dovuto dal debitore, onde evitare pericolose derive particolaristiche[145].

I percorsi ermeneutici che si dipanano innanzi all'interprete sono molteplici. In un'ottica consimile a quella della Corte di Cassazione, si potrebbe affermare che il parametro più adatto da tenere in considerazione sia quello del saggio di interesse legale, realizzando quest'ultimo un equilibrato contemperamento tra la sanzione per il comportamento contrario a buona fede del creditore (che ha comunque stipulato una clausola penale manifestamente squilibrata) e la perdurante onerosità del contratto. Tuttavia, a tale ricostruzione – pur astrattamente valida in prospettiva *de iure condendo*, nell'ottica pur bizzarra di un ritorno al passato quanto alla tutela apprestata dall'art. 1815 cod. civ. – possono muoversi le stesse critiche sollevate precedentemente alla soluzione prospettata dalla Cassazione.

Parte della dottrina ha proposto di ridurre il tasso di interesse moratorio convenzionalmente pattuito alla misura del TEGM[146]. Un altro orientamento ancora, invece, ha preferito la soluzione per cui la *reductio ad aequitatem* debba limitarsi a ricondurre entro la soglia di legge il tasso di interesse da corrispondersi: esso, in ultima analisi, coinciderà con il TSU[147].

---

[145] Ed è esattamente questa la ragione per cui le Sez. Un. n. 19597/2020 – pur qualificando gli interessi moratori convenzionalmente pattuiti alla stregua di una clausola penale – deviano la rotta dall'art. 1384 cod. civ. per assestarsi sul profilo rimediale che riposa su una peculiare lettura combinata degli artt. 1815 co. 2 e 1224 co. 1 secondo periodo cod. civ.: sul punto, v. subito *infra*.

[146] In tal senso, A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora* cit. 510. Critico, sul punto, G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari* cit. 44 e nt. 81, il quale muove dal presupposto che «il TEGM non considera gli interessi moratori, e sarebbe eccessivamente penalizzante per la Banca vedere scendere questi ultimi al livello degli "interessi corrispettivi medi" (sia pure comprensivi di oneri e commissioni), quale è rappresentato nel TEGM».

[147] In tal senso G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari* cit. 44; già G. OPPO, *Lo «squilibrio contrattuale»* cit. 534, aveva proposto che nel procedere alla *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1384 cod. civ. il giudice dovesse «ispirarsi» alla soglia di legge (sul punto, v. recentemente C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura* cit. 40 e nt. 14). Tale orientamento era stato altresì accolto da Trib. Roma, 1 febbraio 2001 cit., per cui «tutte le clausole penali, anche quelle che assumono la forma degli interessi sul capitale, sono assoggettate al potere di riduzione ad equità attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. Il giudice, peraltro, nell'esercitare tale potere potrà, soprattutto nei casi in cui la clausola sia relativa ad una obbligazione pecuniaria, utilizzare tra i criteri di valutazione dell'equità o

Curiosamente, tale ultima opinione risulta del tutto sovrapponibile a quella espressa dai giuristi romani, con riguardo alla riduzione della *stipulatio poenae* a mezzo della quale si fossero convenuti interessi moratori superiori al *modus* legislativamente predeterminato, di cui si è detto poc'anzi[148].

Un ulteriore spunto può trarsi dall'individuazione, con maggiore precisione, dei confini della clausola penale. Come è stato autorevolmente sostenuto, la *reductio ad aequitatem* potrebbe colpire solamente il «saggio differenziale tra la misura dell'interesse corrispettivo e dell'interesse di mora», non anche la «misura di quest'ultimo nella sua interezza»[149]. Pertanto, ove il giudice ritenga manifestamente eccessiva la clausola penale (essendo quest'ultima integrata solamente dal predetto *spread*), potrebbe – senza che sia necessario procedere alla declaratoria di usurarietà della relativa clausola – provvedere alla riduzione del saggio degli interessi moratori convenzionalmente pattuito sino alla percentuale determinata dalle parti per esprimere gli interessi corrispettivi, senza intaccare tale ultimo valore (alternativa, quest'ultima, che si era prospettata all'indomani dell'ordinanza del 30 ottobre 2018)[150].

8. *La giurisprudenza successiva coglie i messaggi della storia?*

Si è già avuto modo di anticipare più volte come il dibattito giurisprudenziale successivo all'ord. n. 27442/2018 – lungi dall'essersi sopito con la «presa di posizione enciclopedica» della Cassazione[151],

meno della penale anche il valore del tasso soglia nel periodo durante il quale si è protratto l'inadempimento, atteso che detto tasso soglia certamente incide sulla misura della normale redditività del denaro».

[148] In particolare, Ulpiano (D. 19.1.13.26) e Papiniano (D. 22.1.9 pr.). La regola sarebbe inoltre indirettamente evincibile dalla menzionata costituzione di Gordiano del 242 d.C. (C. 4.32.15); sul punto, v. ancora K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure* cit. 76.

[149] G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 161 e nt. 20.

[150] Cfr. M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori* cit. 46 s.

[151] A. BARENGHI, *Interessi moratori e usura* cit. 2622 ss.

nonostante le aspirazioni di quest'ultima[152] – ha tratto linfa dalle numerose incertezze (e dalla generale fragilità dell'impianto logico-sistematico) dimostrate dell'orientamento proposto nella decisione appena vagliata, sotto due aspetti fondamentali. Il primo è quello della 'consistenza' degli interessi moratori convenzionalmente pattuiti; il secondo sta nei rimedi azionabili.

Sul punto, la prima pronuncia che si segnala è una sentenza resa dalla Terza Sezione civile il 17 ottobre 2019 (la n. 26286)[153]. La suddetta presa di posizione, pur non negando l'assoggettamento degli interessi moratori convenuti dalle parti alla normativa antiusura – che rappresenta, anche in seguito alla successiva pronuncia delle Sezioni Unite, un dato oramai costante della giurisprudenza di legittimità –, afferma espressamente che essi «assolvono alla funzione di una clausola penale (art. 1382 c.c.), in quanto consistono nella liquidazione preventiva e forfettaria del danno da ritardato pagamento»[154]. I presupposti da cui muove la Suprema Corte nella decisione in parola (pur con la rilevante eccezione dell'ossequio al principio di simmetria in riferimento alla delimitazione del tasso-soglia[155]) sono sovrapponibili, in sostanza, alle coordinate tracciate da Giovanni D'Amico[156], e, vale a dirsi, l'applicabilità della normativa antiusura anche agli interessi moratori, senza che ciò equivalga a negare (la storia, e quindi) la natura marcatamente risarcitoria degli stessi, in uno con la tradizionale assimilazione alla clausola penale di cui all'art. 1382 cod. civ.

Nondimeno, la ricostruzione dell'illustre studioso e l'orientamento della Cassazione si divaricano (pur non eccessivamente) quanto ai rimedi esperibili: per D'Amico, infatti, come si è già avuto modo di segnalare, la

[152] Che anelava a divenire la «pietra angolare» della giurisprudenza di legittimità in materia di usura: cfr. C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura* cit. 38.

[153] Cit. *supra*, alla nt. 33.

[154] § 6.4 (Ragioni della decisione).

[155] § 6.2-3 (Ragioni della decisione). Molto critico sul punto – nonché in generale sul provvedimento – F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia* cit. 145 ss.

[156] *Usura e contratti bancari* cit. 1 ss.

tutela del debitore sta nella *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1384 cod. civ.[157]; per la sent. n. 26286/2019, invece, «trovano contemporanea applicazione l'art. 1815 c.c., comma 2, che prevede la nullità della pattuizione che oltrepassi il 'tasso soglia' che determina la presunzione assoluta di usurarietà, ai sensi della L. n. 108 del 1996, art. 2, e l'art. 1384 c.c., secondo cui il giudice può ridurre ad equità la penale il cui ammontare sia manifestamente eccessivo. Sono infatti diversi i presupposti e gli effetti, giacché nel secondo caso la valutazione di usurarietà è rimessa all'apprezzamento del giudice (che solo in via indiretta ed eventuale può prendere a parametro di riferimento il T.E.G.M.) e, comunque, l'obbligazione di corrispondere gli interessi permane, sia pur nella minor misura ritenuta equa»[158].

Quanto alla ontologica qualificazione della convenzione moratoria, mi pare che la decisione in parola – pur non richiamando, neppure cursoriamente, l'argomento di diritto romano – si orienti nella «direzione indicata dalla storia»[159], arrestando, sul punto, la inane caccia al fantasma romanistico della omogeneità funzionale tra interessi corrispettivi e moratori[160], sollecitata dalla ricerca di un sostrato su cui fondare il proclama – in un certo modo, ideologico o 'valoriale' – della tutela del debitore a tutti i costi (pur se inadempiente)[161].

[157] Arrestandosi l'elisione giudiziale al TSU: G. D'AMICO, *Usura e contratti bancari* cit. 43 s.

[158] § 6.5 (Ragioni della decisione).

[159] Cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102.

[160] Altrove ribadito, ancora, da M. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie* cit. 285.

[161] Si v. le puntuali osservazioni, sul punto, di G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora* cit. 1309 s., che richiama – quanto alla sostituzione della «logica della fattispecie» con un «giudizio per valori» (talvolta opinabili) – N. IRTI, *Un diritto incalcolabile* (Torino 2016) 8 ss. Sulla «retorica del *favor debitoris*», «costruit[a] spesso sulla base di una immagine dickensiana della società, dove i debitori sono i soggetti poveri, le classi emarginate e perseguitate, ed i creditori i soggetti delle classi dominanti e dello sfruttamento economico», v. già P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva* cit. 342.

Spunti ulteriori in tal senso giungono dalla successiva pronuncia delle Sezioni Unite depositata il 18 settembre 2020 (n. 19597)[162], che pure più volte è affiorata in queste pagine. La necessità di un intervento di tal fatta – invocato, ex art. 374 cod. proc. civ., in relazione ad una questione di massima di particolare importanza, e non anche di un contrasto in seno alle sezioni semplici[163] – era stata percepita già all'indomani dell'ord. n. 27442/2018, per le ragioni che si sono segnalate[164].

Per ovvie ragioni, non si potrà indugiare in questa sede in un'analisi approfondita del percorso argomentativo proposto dalla sentenza, che richiederebbe spazi sterminati. Basti qui sottolineare che in dottrina si è registrata «una certa uniformità di atteggiamenti», in ordine alla ragionevolezza dei risultati conseguiti dalle Sezioni Unite da un lato, e alla perfettibilità degli strumenti ermeneutici adoperati dall'altro[165].

Con riguardo alle soluzioni adottate, ai fini dell'indagine sin qui condotta cale porre in luce come la Cassazione – nella sua composizione più autorevole – ha espressamente statuito che «l'interesse moratorio, contemplato espressamente dal legislatore all'art. 1224 c.c., rappresenta il danno che nelle obbligazioni pecuniarie il creditore subisce a causa dell'inadempimento del debitore». «Di conseguenza» – soggiungono le Sezioni Unite – «questa Corte ha inquadrato il patto sugli interessi moratori

[162] Cit. *supra*, nt. 9.

[163] Che, tuttavia, si sarebbe manifestato nell'intervallo tra la camera di consiglio, tenutasi il 27 giugno 2019, e il deposito dell'ordinanza interlocutoria n. 26946/2019 cit., a riprova delle continue tensioni giurisprudenziali sul tema: cfr. C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura* cit. 38. Il riferimento, in particolare, è alle pronunce – rese dalla Sez. III – depositate il 28 giugno 2019 (n. 17447), il 13 settembre 2019 (n. 22890), il 17 ottobre 2019 (n. 26286, di cui si è appena detto), tutte leggibili in *Corr. giur.* (2020) 26 ss.

[164] Cfr. sul punto – pur da prospettive differenti – quanto osservavo in M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori* cit. 48, e L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c.* cit. 68 s. L'a. – tra l'altro – invocava un intervento chiarificatore del legislatore (sul punto, cfr. le condivisibili osservazioni di G. SALVI, *A proposito di un recente libro su usura e oneri eventuali (con postilla sulla c.d. mora usuraria nel canone delle Sezioni Unite)*, in *Pers. merc.* [2021] 582).

[165] Sul punto, v. la sintesi di E. QUADRI, *La via delle sezioni unite* cit. 184.

nella clausola penale ex art. 1382 c.c. (Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 18 novembre 2010, n. 23273; Cass. 21 giugno 2001, n. 8481; in sede penale, v. Cass. 25 ottobre 2012, n. 5683, depositata il 5 febbraio 2013). La circostanza che la misura degli interessi moratori sia prestabilita dalle parti nella relativa clausola negoziale, infatti, non ne muta la natura di liquidazione forfetaria e preventiva del danno, donde l'inquadrabilità nell'art. 1382 c.c., strutturandosi il patto sugli interessi moratori come un tipo di clausola penale»[166]. Tuttavia – e qui sta la conferma dell'orientamento, oramai, granitico, maturato in seno alla giurisprudenza di legittimità – anche il costo degli interessi moratori «deve soggiacere ai limiti antiusura»[167].

Non ci si può soffermare, in questa pagine, sugli ulteriori profili – numerosissimi, e tutti dotati di autonoma rilevanza – che emergono dal provvedimento delle Sezioni Unite: mi riferisco, tra gli altri, alla rinnovata adesione al discusso principio di simmetria[168], alla evocazione della giurisprudenza comunitaria in punto di preservazione degli interessi corrispettivi pattuiti *infra modum legis*, al conio di una bizzarra declaratoria di nullità (ottenibile in astratto dal debitore prima che il finanziatore riceva *de facto* interessi moratori usurari, ma 'sospesa', in quanto condizionata al mancato esercizio, in concreto, del «potere di autolimitazione della pretesa»[169] da parte dell'ente creditizio).

[166] § 7.i. A margine di tale rilievo, la Cassazione valorizza altresì la diversa «intensità del cd. rischio creditorio, sottesa alla determinazione della misura degli interessi corrispettivi, da un lato, e degli interessi moratori, dall'altro lato». L'argomento – di cui si è detto anche in prospettiva storica, per giustificate la mancata sottoposizione di talune tipologie di *usurae* al *modus* preveduto dalla legge: cfr. *supra*, nt. 87 – è stato tradizionalmente utilizzato dalla corrente di pensiero più radicale, che propende (giusta – anche – questa indiscutibile diversità) per la esclusione *tout court* della convenzione moratoria dal perimetro della normativa antiusura: sul punto, E. QUADRI, *La via delle sezioni unite* cit. 189 (cfr. *supra*, nt. 90).

[167] § 7.i.

[168] Si v., per tutti, i rilievi di F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori* cit. 10 ss.

[169] Sul punto, v. le perplessità di G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora* cit. 1313 e *passim*.

Quel che interessa registrare è il profilo rimediale elaborato dalle Sezioni Unite. Laddove l'ord. n. 27442/2018 aveva individuato – pur tacitamente – la «regola generale» nella sostituzione del tasso usurario, in seguito alla nullità di cui all'art. 1815 co. 2 cod. civ., con il saggio legale (pensando, evidentemente, all'art. 1224 co. 1, primo periodo, cod. civ.), la composizione più autorevole della Cassazione propende per un'applicazione del medesimo art. 1815 co. 2 cod. civ. «in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro». In particolare, «[o]ve l'interesse corrispettivo sia lecito, e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi; ma resta l'applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti»; «la regolamentazione del mercato del credito … non può ragionevolmente condurre a premiare il debitore inadempiente, come avverrebbe qualora, all'interesse moratorio azzerato, seguisse un costo del denaro del tutto nullo (inesistente)»[170]. In definitiva, «si applica la r e g o l a g e n e r a l e [lo spaziato è mio] del risarcimento per il creditore, di cui all'art. 1224 c.c., commisurato (non più alla misura preconcordata ed usuraria, ma) alla misura pattuita per gli interessi corrispettivi»; «caduta la clausola degli interessi moratori, resta un danno per il creditore insoddisfatto, donde l'applicazione della r e g o l a c o m u n e [spaziato mio], secondo cui il danno da inadempimento di obbligazione pecuniaria viene automaticamente ristorato con la stessa misura degli interessi corrispettivi, già dovuti per il tempo dell'adempimento … Ciò in quanto la nullità della clausola sugli interessi moratori non porta con sé anche quella degli interessi corrispettivi: onde anche i moratori saranno dovuti in minor misura, in applicazione dell'art. 1224 c.c.»[171].

Per concludere sul punto, possono proporsi due notazioni.

[170] § 7.iv.

[171] Sul punto, la Cassazione aderisce alla posizione di G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 161 s.

La prima è che la Suprema Corte – tanto nell'ordinanza-trattato del 2018, quanto nella decisione delle Sezioni Unite – ha ritenuto che al *vacuum* conseguente alla nullità di cui all'art. 1815 co. 2 cod. civ. corrisponda l'espansione di una «regola generale», o «comune». Regola generale che è individuata, in ambedue le occasioni, nell'art. 1224 cod. civ., ove – lo si è sottolineato più volte – sono disciplinati i danni nelle obbligazioni pecuniarie.

Nondimeno, nell'una e nell'altra pronuncia la tensione 'valoriale' del Collegio oscilla nel ricercare – con rilevantissime ricadute pratiche – la regola comune, individuandola talvolta nel saggio legale (e, quindi, nel primo periodo del comma 1 dell'art. 1224 cod. civ.), talaltra nel tasso degli interessi corrispettivi predeterminato dalle parti in misura più ampia (secondo il canone del secondo periodo del primo comma). L'evenienza non può che confermare il dato di fatto – lucidamente colto, in una recente pagina, da Natalino Irti – che «[i]l funzionamento calcolabile delle norme è oramai in piena crisi»[172].

In secondo luogo, non sarà sfuggito al lettore che la soluzione adottata dalla Suprema Corte – volta a «preservare il costo del denaro» – si equivale, nel risultato cui perviene, alla riduzione equitativa della penale ex art. 1384 cod. civ. che prenda a paradigma, appunto, la misura degli interessi corrispettivi quale limite invalicabile, sulla base di una più precisa ponderazione della *stipulatio poenae*[173]. Tuttavia, il suddetto rimedio è stato

[172] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile* cit. 8.

[173] Cfr. G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 161 e nt. 20, che seguivo in M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori* cit. 46 s. Si v. altresì i puntuali rilievi conclusivi di M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni Unite sull'applicazione delle discipline antiusura agli interessi moratori* cit. 222. Sul punto, nondimeno, mi pare debba registrarsi che la posizione di Guizzi (*Usura e interessi di mora* cit. 1313 s.) sia leggermente mutata, laddove – proponendo, ancora, la sottrazione degli interessi moratori alla scure della normativa antiusura e, contestualmente, il rimedio dell'art. 1384 cod. civ. – non ritiene (stavolta) di prendere a riferimento gli interessi corrispettivi, ma «la media delle maggiorazioni di mora, rilevata seppure a soli fini statistici e conoscitivi, dalla Banca d'Italia». «Senza bisogno di coniare nuove formule matematiche ed integrare precetti normativi» – conclude l'a. – «quella rilevazione media, in quanto rilevazione oggettiva di un dato di mercato, può ben rappresentare … un criterio guida per il giudice nell'esercizio della sua discrezionalità nella *reductio ad aequitatem* nell'interesse di mora eccessivo, e

scartato dalla Suprema Corte, sulla scorta del rilievo per cui – con la *reductio ad aequitatem* – si correrebbe il rischio di «consentire una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale, oltre che condurre al mero abbattimento dell'interesse pattuito al tasso soglia»[174].

Sul punto, al netto delle perplessità espresse da autorevole dottrina sulla possibilità di garantire una miglior tutela al debitore – pur proclamata dalla Sezioni Unite – a mezzo della soluzione complessiva ivi apprestata (che però è contraddetta, in sostanza, dal potere di autolimitazione del saggio concesso al finanziatore sopra accennato)[175], si vuol proporre, in questa sede, una diversa soluzione.

Muovendo dai presupposti storici più sopra tratteggiati, mi pare difficilmente controvertibile che la «direzione indicata dalla storia»[176] stia nella natura risarcitoria della convenzione moratoria, il cui paradigma risiede, senz'altro, nella *stipulatio poenae*: indicazione, quest'ultima, ampiamente recepita – pur senza espressi riferimenti all'argomento storico e di diritto romano – dalla giurisprudenza successiva all'ordinanza del 30 ottobre 2018. Tuttavia, quanto ai profili rimediali, qui si intende tracciare una prospettiva differente, che può agganciarsi – con qualche aggiusto – alle due opposte premesse dell'applicazione o meno del parterre delle disposizioni antiusura alla convenzione moratoria.

Qualora si propenda – con la oramai granitica giurisprudenza di legittimità – per l'aggiogamento degli interessi moratori alla normativa antiusura, il rimedio esperibile dovrebbe ravvisarsi, ancora, nell'art. 1384 cod. civ., secondo una proposta ermeneutica già avanzata da autorevole

quindi consentire egualmente di pervenire, oltre che ad una migliore tutela del debitore, anche a risultati complessivamente omogenei sul territorio nazionale, e poi tendenzialmente prevedibili per gli intermediari». Coglie precisamente la simmetria tra la soluzione della riduzione della penale e quella cui conduce «la via contorta» segnata dalle Sezioni Unite A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della 'ratio legis'*, in *Riv. dir. banc.* (2021) 105 s.

[174] § 6.

[175] G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora* cit. 1311 ss.

[176] Cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102.

dottrina[177]. La tutela apprestata per la clausola penale eccessiva opererebbe nella sua più ampia latitudine, stante la segnalata possibilità per il giudice di attivare *ex officio* la *reductio* e – soprattutto – in virtù della presunzione assoluta (quindi, invincibile) di manifesta sproporzione, che giungerebbe dal secco raffronto tra il tasso soglia e quello praticato[178].

Laddove si ritenga – come chi scrive, sulla scorta di attenta dottrina – che «il problema della determinazione dell'interesse moratorio non ha tendenzialmente nulla a che vedere con il fenomeno usurario»[179] (salvo che per i residuali casi di artefizi negoziali volti ad eludere il *modus* legislativo, soggetti alla nullità di cui all'art. 1344 cod. civ.), la soglia usuraria potrebbe rilevare indirettamente, alla stregua di una *praesumptio iudicis*[180] – secondo i canoni dell'art. 2729 cod. civ. – di manifesta eccessività della penale (residuando in capo al finanziatore la teorica – ma assai ardua – prova contraria).

Ad ogni modo, in entrambe le ipotesi, il parametro oggettivo che mi pare più idoneo a elidere il paventato rischio di «riduzioni casistiche» resta quello del saggio degli interessi corrispettivi prescelto dai paciscenti[181] nella misura superiore al saggio legale (ove presente), alla stregua – ma solo da un punto di vista paradigmatico – del principio generale posto (e individuato correttamente dalle Sezioni Unite) dall'art. 1224 co. 1, secondo periodo, cod. civ. Esso, infatti, oltre a preservare il costo del denaro, persegue l'ulteriore intento di conservare il costo soggettivo che le parti hanno ascritto all'uso del capitale nel perimetro della concreta operazione negoziale posta in essere.

---

[177] Mi riferisco, ancora, a G. D'AMICO, *Usura e contratti bancari* cit. 43 s.

[178] Cfr. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari* cit. 43, per cui «gli interessi moratori "usurari" … rappresentano un caso di "penale" sicuramente da qualificare come "manifestamente eccessiva"».

[179] G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora* cit. 1313.

[180] Presunzioni semplici, non «giurisprudenziali», nel senso indicato da G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.* (1971) V, 177 ss., spec. 183 e nt. 23.

[181] Soluzione che anche G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari* cit. 45 nt. 82, ritiene «non irragionevole», pur preferendo la elisione del saggio di mora sino al TSU.

Nondimeno, la costruzione di un siffatto parametro, per consolidarsi, non potrebbe che discendere da una ulteriore – ma ancora auspicabile – presa di posizione da parte della Suprema Corte, che oramai ci ha abituato a copiosi interventi in materia di usura, a cadenza quasi regolare. Sin qui – tuttavia – mai rivelatisi realmente risolutivi.

9. *Qualche nota conclusiva sull'uso dell'argomento di diritto romano nell'ordinanza del 30 ottobre 2018, n. 27442. «Ciò che sta dietro la facciata della motivazione in diritto».*

Gino Gorla, nell'introdurre un fortunato filone di studi sulla giurisprudenza, apparsi sui «Quaderni» del Foro Italiano[182], coglieva l'autonoma rilevanza – nella lettura critica dei provvedimenti giudiziari – della ricerca di «ciò che sta dietro la facciata della motivazione in diritto». Sulla «facciata» dell'ordinanza n. 27442/2018 – come si è mostrato nelle pagine addietro – sta una paziente ricostruzione «enciclopedica»[183] della convenzione moratoria usuraria, che poggia, apparentemente, su un solido impianto storico (in specie, romanistico).

Sul punto, devono anzitutto registrarsi due aspetti assai meritori del provvedimento. In primo luogo, la tensione storica della Cassazione costituisce – qui come altrove – «certamente testimonianza di passione e tentativo di comprendere più a fondo il diritto positivo»[184]. Ma ancor più degna di apprezzamento è la percepita necessità di ricorrere alla tradizione per decifrare – nello specifico – l'enigma degli interessi moratori 'usurari'. Il punto non è scontato: conferma ne viene dalle decisioni successive che, pur

[182] *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni del Foro It.* (1966) 25 s. Ricerche, queste ultime, variamente connesse ad altri saggi dell'illustre studioso, e che si inscrivono nel quadro di un più ampio studio avente ad oggetto l'interpretazione della giurisprudenza in generale: cfr. *ivi*, 7 nt. 1.

[183] A. BARENGHI, *Interessi moratori e usura* cit. 2622.

[184] Così – a margine di Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 cit. (*supra*, cap. I, § 3) – C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto* cit. 3 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna* cit. 125].

apprezzabili nel merito della soluzione adoperata, non vi fanno alcun cenno[185]. Su questo snodo decisivo, assai marcata è la sensibilità dimostrata dall'ordinanza di cui sopra.

Nondimeno, se la scelta del ricorso all'argomento storico – non per colmare eventuali lacune, come sarebbe per l'art. 12 co. 2 delle Preleggi, ma, stavolta, per prevenirle[186] – appare indovinata nell'*an*, si dimostra, in definitiva, scorretta nel *quomodo*. E l'errore sta – come si è cercato di mostrare – nella clamorosa espunzione dall'analisi storica della *stipulatio poenae*, vero paradigma della convenzione avente ad oggetto gli interessi *propter moram*.

Quel che non convince, sul punto, è l'uso strumentale dell'argomento di diritto romano, che ben avrebbe potuto contribuire al parto di un altro fantasma della tradizione: la presunta omogeneità funzionale degli interessi corrispettivi e moratori (prontamente smentita, per fortuna, dalla giurisprudenza successiva[187]).

E qui veniamo a «ciò che sta dietro la facciata della motivazione in diritto»[188]. A me pare, infatti, che la Corte muova da un preconcetto: la necessità di tutela – e ad ogni costo – del debitore inadempiente[189]. Tutela che – almeno in apparenza – parrebbe essere garantita al meglio assoggettando gli interessi moratori alla scure della normativa antiusura. Insomma, alla stregua della metafora – tradizionalmente attribuita a Mark Twain, ma che può leggersi in un testo di Abraham Maslow[190] – dell'uomo

[185] Che si è avuto modo di apprezzare anche in riferimento ad altra pronuncia (l'ord. n. 9997/2020, estesa dal medesimo Rossetti), specie con riguardo al *fortuitus*, immerso nel brodo di coltura storico della responsabilità contrattuale: cfr. *supra*, in sintesi, cap. II, § 6.

[186] Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit. 423; v. *supra*, cap. I, nt. 253.

[187] Cfr. *supra*, § 8.

[188] G. GORLA, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale* cit. 25 s.

[189] Cfr., sul punto, G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora* cit. 1309 s.

[190] A. MASLOW, *The Psichology of Science: A Reconnaissance* (New York 1966) 15 s.: «If the only tool you have is a hammer, it is tempting to treat everything as it were a nail».

munito di martello, che è tentato di trattare tutto ciò in cui s'imbatte come se fosse chiodo, la Cassazione tende a declinare ogni argomento cui attinge (letterale, storico, sistematico) nella chiave di lettura della (pretesa) maggior tutela del debitore. Evenienza, quest'ultima, che conduce la Corte ad avvitarsi su sé stessa, dapprima negando (soprattutto, attraverso il ricorso all'esperienza giuridica romana) la ontologica diversità degli interessi moratori e corrispettivi, per proporre poi, in chiusura, l'entimema difettoso che culmina con la notazione – pietrificante – per cui «la causa degli uni e degli altri è pur sempre diversa»[191].

Deposto il «martello» di Maslow, a una più attenta riflessione il dato per cui la causa degli uni (gli interessi corrispettivi) e degli altri (gli interessi moratori) è «sempre diversa» avrebbe dovuto rappresentare il solido basamento del provvedimento in parola, estratto – stavolta, correttamente – dalle pieghe della storia, su cui edificare il resto: al contrario, la suddetta frase si presenta come una precaria conclusione, senza dubbio starata rispetto alle premesse. Come si è tentato di dimostrare, tra l'altro, l'inquadramento della convenzione moratoria nell'alveo della clausola penale non conduce ad un depotenziamento della tutela del debitore, ma soltanto ad una soluzione – equilibrata, nel fragore dei predetti delicati conflitti – che ha il pregio di orientarsi nella «direzione indicata dalla storia»[192].

[191] § 1.11 ord. n. 27442/2018. Sul punto, v. *supra*, § 7.
[192] Cfr. R. FERCIA, *Dovere di diligenza* cit. 52 nt. 102.

POSTILLA

Pur negli spazi necessariamente stringati che una trattazione di respiro generale può riservare ad una questione contraddistinta da un elevato tasso di tecnicismo – come appunto è quella esaminata delle pagine addietro – numerosi spunti possono trarsi dalla fondamentale sintesi istituzionale di Francesco Gazzoni[1]. Il rapporto tra interessi moratori ed usura, difatti, compare in diversi luoghi del volume appena richiamato. Tra essi, nella parte dedicata alle obbligazioni in generale, può individuarsi una prima presa di posizione dello studioso: segnatamente, a p. 609, si legge che «Le parti possono anche pattuire pur in misura superiore a quella (legale o convenzionale) degli interessi corrispettivi, la misura degli interessi moratori, che sono sottratti al regime degli interessi usurari (art. 1815), applicandosi, se del caso, l'art. 1384». L'affermazione assume contorni maggiormente nitidi se raffrontata con quanto sostenuto in tema di mutuo ed interessi usurari: «Vi è usura quando il tasso degli interessi convenzionali (di quelli corrispettivi, valendo per quelli moratori, riconducibili ad una penale, l'art. 1384) supera quello bancario pubblicato ogni tre mesi sulla G.U., aumentato della metà (c.d. tasso soglia) (art. 2[4], L. 96/108)»[2]. Se ben si intende, pertanto, l'impostazione cui aderisce Gazzoni è la seguente: il tasso soglia previsto dalla normativa antiusura si applica solo agli interessi convenzionalmente pattuiti a titolo corrispettivo, e non a quelli moratori, in quanto essi, costituendo una clausola penale ex art. 1382 cod. civ., sono sottratti al regime degli interessi usurari descritto dall'art. 1815 cod. civ. per essere assoggettati alla disciplina specifica di cui all'art. 1384 cod. civ., che prevede la *reductio ad aequitatem* giudiziale della penale manifestamente eccessiva. Il quadro risulta confortato dal dato speculare per cui «sul piano strutturale, la penale può considerarsi un patto a sé stante, seppur collegato, e non dunque aggiunto, bensì accessorio, onde il suo ammontare non si pone in diretta connessione con le obbligazioni principali, con conseguente inconfigurabilità

[1] *Manuale di Diritto Privato*[18] (Napoli 2017).

[2] *Manuale di Diritto Privato*[18] cit. 1159. Per la ricostruzione opposta, si v. F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*[7] (Torino 2018) 656; 1109; spec., sul dibattito di cui si discorre, *ivi*, 1254 nt. 67.

dell'usura»[3]. Nondimeno, nella successiva edizione del manuale[4] si dà conto del riconfermato orientamento giurisprudenziale che assoggetta anche gli interessi moratori alla normativa antiusura[5]. Si può allora leggere – ancora, in riferimento al contratto di mutuo – che «[v]i è usura quando il tasso degli interessi convenzionali, anche moratori, supera quello bancario pubblicato ogni tre mesi sulla G.U., aumentato della metà (c.d. tasso soglia) (art. 2[4], L. 96/108)»[6]. Pertanto, si registra (più che l'evoluzione) l'aggiornamento giurisprudenziale[7], che vede oramai la Suprema Corte stabilmente orientata per l'applicabilità del TSU anche agli interessi moratori[8]. Purtuttavia, il corrispondente passaggio collocato nell'alveo della trattazione sulle obbligazioni in generale risulta invariato: anche nell'edizione del 2019 difatti – ancora, a p. 609 – può leggersi che gli «interessi moratori … sono sottratti al regime degli interessi usurari (art. 1815), applicandosi, se del caso, l'art. 1384». La mutata impostazione, pertanto, potrebbe così essere schematizzata: stante il predominante orientamento della giurisprudenza di legittimità nel senso dell'applicazione della normativa antiusura anche agli interessi moratori, non può negarsi che il TSU ivi previsto riguardi anche questi ultimi. Tuttavia, la pattuizione avente ad oggetto gli interessi moratori integra pur sempre una clausola penale, e, pertanto, all'applicazione del tasso soglia farà seguito (non la nullità prevista dall'art. 1815 cod. civ., bensì) la riduzione equitativa ex art. 1384 cod. civ. Come

[3] *Manuale di Diritto Privato*[18] cit. 652, ove l'a. menziona altresì Cass. pen., Sez. II, 5 febbraio 2013, n. 5683 cit., per cui «Il collegamento che il legislatore, ex art. 644 c.p. pone tra le prestazioni, rispettivamente dovute dall'*accipiens* e dal *solvens*, con l'uso del termine "corrispettivo", rende evidente come il "pagamento" (usurario) debba trovare causa e relazione diretta con quanto dato dal soggetto attivo. Da quanto sopra deriva, in via generale, che la "clausola penale" per la sua funzione (desumibile dal dettato degli artt. 1382 - 1386 c.c.) *ex se*, non può essere considerata come parte di quel "corrispettivo" che previsto dall'art. 644 c.p. può assumere carattere di illiceità, poiché sul piano giuridico l'obbligazione nascente dalla clausola penale non si pone come corrispettivo dell'obbligazione principale, ma come effetto derivante da una diversa causa che è un inadempimento» (nel medesimo senso, più recentemente ancora, v. altresì Cass. pen., Sez. II, 14 febbraio 2018, n. 29010). Seguendo l'orientamento espresso dalla Suprema Corte nella pronuncia di cui sopra, ove si qualifichi la pattuizione di interessi moratori – dal punto di vista civilistico – alla stregua di una clausola penale, la normativa antiusura sarebbe posta, inevitabilmente, fuori gioco.

[4] F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*[19] (Napoli 2019).

[5] È all'uopo menzionata Cass. civ., Sez. VI, 4 ottobre 2017, ord. n. 23192 cit.

[6] F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*[19] cit. 1159.

[7] Non quello normativo: il criterio di computo del TSU indicato (a p. 1159) è ancora quello precedente all'intervento del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (vale a dirsi, il TEGM aumentato della metà). Come si accennava, a partire dalla riforma del 2011 il tasso soglia si calcola maggiorando il TEGM del 25%, ed aumentando tale valore di quattro punti percentuali (non potendo, tuttavia, in nessun caso il TSU elevarsi per più di otto punti percentuali rispetto al TEGM).

[8] Riteneva tale assunto un'acquisizione della giurisprudenza di legittimità già A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora* cit. 503.

si accennava – e come è già stato efficacemente sottolineato in dottrina[9] – l'inquadramento degli interessi moratori nell'alveo della clausola penale rende del tutto irrilevante (o quasi, come si sta per chiarire) la questione circa l'applicabilità o meno della normativa antiusura agli interessi moratori, stante la specificità del rimedio esperibile per la riduzione della penale. Tuttavia, una – forse trascurabile – distinzione può essere reperita nelle pieghe dei menzionati orientamenti. Qualora, infatti, si ritenga che la normativa antiusura si applichi anche agli interessi moratori (pur qualificati come penale ex art. 1382 cod. civ.), mai la relativa clausola potrebbe sottrarsi al sindacato del giudice in punto di equità. Ove la misura della pattuizione moratoria valichi il TSU, difatti, la manifesta eccessività della penale dovrebbe ritenersi presunta dalla legge *iuris et de iure*, in virtù del mero raffronto aritmetico dei tassi[10]. Laddove, di contro, non si ritenga applicabile la normativa antiusura agli interessi moratori – si capisce, muovendo dalla medesima qualificazione giuridica –, è forse opportuno un ulteriore distinguo: in questa ipotesi, il superamento del tasso soglia potrebbe sì far sorgere una presunzione di manifesta eccessività, ma essa resterebbe rimessa all'apprezzamento del giudice, pur apparendo assai arduo che questi non si orienti, ugualmente, per sindacarne l'ammontare. Per dirla altrimenti, qualora si ritenga che la normativa antiusura non si applichi agli interessi moratori, ma essi si collochino ugualmente al di sopra della soglia legislativa, sulla relativa clausola graverebbe un accentuato sospetto di eccessiva onerosità; così ragionando, la suddetta pattuizione potrebbe sottrarsi alla riduzione giudiziale ex art. 1384 cod. civ. soltanto in casi marginali[11]. Recuperando, allora, l'ultima ricostruzione che sembra doversi evincere dalle pagine di Gazzoni[12], può forse percepirsi un elemento dissonante. Pur dovendosi applicare la normativa antiusura agli interessi moratori[13], essi «sono sottratti al regime degli interessi usurari (art.

[9] G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari* cit. 43 s., spec. nt. 80.

[10] Cfr. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari* cit. 43, il quale – muovendo dall'assunto che le soglie usurarie concernono anche gli interessi convenuti a titolo di mora – afferma che «gli interessi moratori "usurari" … rappresentano un caso di "penale" sicuramente da qualificare come "manifestamente eccessiva"».

[11] Dovendo, peraltro, la prova contraria riuscire nell'intento di convincere il giudice che il saggio moratorio (raffrontato al TSU, che non lo riguarderebbe direttamente ma indirettamente, e a tale soglia superiore) considerato nel complesso del regolamento negoziale non debba ritenersi manifestamente iniquo.

[12] F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*[19] cit. 609, 1159.

[13] F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*[19] cit. 1159.

1815), applicandosi, s e d e l c a s o [lo spaziato è mio], l'art. 1384»[14]. L'inciso finale – vale a dirsi, «se del caso» – non pare conciliabile con l'affermazione per cui «[v]i è usura quando il tasso degli interessi convenzionali, anche moratori, supera quello bancario pubblicato ogni tre mesi sulla G.U.»[15], aumentato secondo i criteri individuati dall'art. 2 l. n. 108/96. Ove, difatti, si aderisca all'orientamento (oramai consolidato nella giurisprudenza di legittimità) che sostiene l'operatività del tasso soglia nei riguardi di tutte le forme di interessi convenzionali, l'applicazione dell'art. 1384 cod. civ. dovrebbe, conseguentemente, essere garantita a prescindere dalle ulteriori circostanze del caso concreto[16]. L'inciso di cui sopra, di contro, risulta perfettamente coerente con la tesi – sostenuta nella precedente edizione del Manuale[17] – che ritiene gli interessi moratori estranei all'ambito applicativo della normativa antiusura. Muovendo da tali presupposti, difatti, il giudice avrebbe dei margini – angusti, ma pur sempre esistenti – per valutare l'eccessiva onerosità del saggio di mora convenzionalmente pattuito.

[14] F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*[19] cit. 609.

[15] F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*[19] cit. 1159.

[16] Così opinando, ove la relativa clausola sia impugnata in giudizio, il regime di cui all'art. 1384 cod. civ. dovrebbe operare i n o g n i c a s o, e non «se del caso».

[17] F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*[18] cit. 1159. In tal senso, peraltro, recentemente, anche G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore* cit. 161, per cui il rischio che il creditore «nel fissare la misura dell'interesse moratorio, possa agire imponendo una *maggiorazione esorbitante* rispetto al tasso corrispettivo già pattuito (e lecito perché sotto soglia) può essere tranquillamente governato dal giudice senza evocare lo spettro dell'usura, ma semplicemente *giudicando della equità della misura di tale maggiorazione*, ed allora eventualmente, ove la valuti iniqua, *riducendola anche d'ufficio ai sensi dell'art. 1384 c.c.*» (corsivi dell'a.).

INDICI

FONTI

I. FONTI DI TRADIZIONE MANOSCRITTA

BASILICA
60.3.11 pr. 244.271

CICERO
De legibus
3.3.8 161.46

De re publica
2.25.46 161.46

Epistulae ad Atticum
5.21.13 302.75

Philippicae
3.2.5 161.46

CODEX THEODOSIANUS
1.4.3 91.278
2.33.1 305.86

CORPUS IURIS CIVILIS
Institutiones
3.13 pr. 113
3.13.2 116.362; 117.368
3.23.5 124.395
4.3.4 251.288
4.5.3 204.165; 205.165; 206

Constitutio Tanta/Δέδωκεν
23 100.306

Digesta
1.2.2.53 252.294
2.14.7.7 32.102
3.5.1 19.58; 20.60
3.5.2 119.374
3.5.3 pr. 19.58; 20
3.5.3.6 20.60
3.5.3.10 20.60
3.5.5 pr. 20.60
3.5.5.2(6 pr.) 20.60
3.5.5.3(6.1) 24.76; 53.178
3.5.5.5(6.3) 20.60
3.5.5.10(6.8) 20.60
3.5.8(9) 20.60
3.5.9(10).1 20.60
3.5.10(11) 199.150
3.5.20(21) pr. 16.49; 22
3.5.21(22) 20.60
3.5.28(29) 20.60
3.5.42(43) 20.60
3.5.44(45).2 20.60
3.5.48(49) 20.60
4.9.7 pr. 206.169
5.4.10 20.60
8.1.8 pr. 71.222
9.2.5.3 166.54
9.2.7.8 166.54
9.2.9.4 250.288
9.2.10 250.288
9.2.11 pr. 241.269; 243; 245.274; 246; 247.281; 248; 250.287; 250.288; 251; 252.294; 254; 256; 259.314; 264; 265
10.3.14 20.60
10.3.28 43; 45; 133.431
12.1.5 221.207
12.1.23 20.60
12.1.40 310.101,102; 311.105
13.6.5.4 217.199
13.6.5.7 217.199
13.6.5.13 194.134; 195.137; 201; 234.240
13.6.13.2 128.412
14.5.8 200.150
16.3.24 299.67,69
17.1.50 pr. 31.97
18.1.62.1 124.395
19.1.13.26 308.94; 309.101; 313.110; 329.148

19.1.47 308.94
19.1.49.1 297.64
19.1.54 pr. 194.134; 197; 199.150; 205.165; 213.192; 234.239,243; 235
19.2.25.7 194.134; 203; 234.241
19.2.41 232.234
19.2.54 297.64
22.1.1 294.56
22.1.1 pr. 302.75; 312.109; 313.109; 326.141
22.1.9 pr. 329.148; 313.110; 329.148
22.1.17 pr. 312.109; 313.109; 326.141
22.1.17.3 294.56
22.1.32.2 294.56
22.1.34 294.56
22.1.44 311
26.7.39.12 196.142
26.7.40 196.142
31.87.1 299.66; 300.70
36.1.60 pr. 297.64
44.7.1 pr. 115.358; 119; 122.389
44.7.1.4 204.165; 205.165
44.7.5 119.374
44.7.5.1 116 s.
44.7.5.6 204.165; 205.165; 206
45.1.90 308.94; 310.101,103
45.1.126.2 310.101
48.19.28.3 231.230
50.17.23 69.221; 221.207; 222.207
50.17.36 26.83
50.17.144 pr. 133.431

Codex
2.18.6 20.60
2.18(19).24 39
3.1.13.6 80.244
3.1.15 83
4.24.5 211.188
4.24.6 210; 211.188,189; 221.207; 234; 259; 261.323; 264.332
4.24.7 211.188
4.32.15 294.57; 311.107; 314.110; 329.148
4.32.26 294.57
4.32.26.3 277.28; 302.75
4.32.27.1-2 303.78
7.51.5 pr. 79; 80.244; 83;
11.43.9 71.222

Novellae
19 89.274
125.4 306.88
136.4 277.28; 306.88

GAIUS
Institutiones
3.88 115.358; 116.361

HORATIUS
Epistulae
1.7.50-51 250.287

LIVIUS
Ab Urbe condita
7.16.1 274.22
7.27.3 274.24

MARTIALIS
Epigrammata
5.2-3 249.285
7.61 248; 251; 253; 264
8.4 249.285
9.1 249.285
11.84 253.296
14.170 249.285

OVIDIUS
Metamorphoses
10.196-201 251.291; 252.292

PAULI SENTENTIAE
2.14.3 305.85

PLINIUS MAIOR

Naturalis Historia
29.114 253.296

SUETONIUS
De vita Caesarum
Domitianus
13.3 249.285

TACITUS
Annales
6.16.1-2 273
6.16.2 274.22; 304.81

THEOPHILUS
Institutionum Graeca Paraphrasis
3.13.2 117.368
3.27.3 117.368
3.27.5 117.368
3.28 pr. 117.368

II. FONTI EPIGRAFICHE E PAPIROLOGICHE

TABULA HERACLEENSIS
ll. 20-23 249.286

III. FONTI CONTEMPORANEE

CODICE CIVILE PER GLI STATI DI S.M. IL RE DI SARDEGNA
15 tit. prel. 72.227
700 70.221
705 70.221
927 70.221
1239 69.221

R.D. 14 DICEMBRE 1865, N. 2641
265 92; 93.287; 100.307

CODICE CIVILE 1865
3 disp. prel. 40; 63.204; 64; 65.210; 66; 68; 72; 74.233
5 disp. prel. 30
444 271
1097 118; 119.373
1098 32.102
1123 30
1140 21.65; 30; 119.374
1141 21.65; 30; 35
1141 ss. 21
1144 23; 24; 30
1153 206.169
1225 221
1226 220.205; 221
1231 272
1233 272
1285 293
1481 ss. 146.12
1829 277.27
1831 293
48 disp. att. 67.219

CODICE DEL COMMERCIO
41 293
3.29.3 117.368
4.5 pr. 117.368
4.5.1 117.368
4.5.3 117.368; 204.165

L. 22 LUGLIO 1895, N. 455
2 15.46

BÜRGERLICHES GESETZBUCH
254 258.311
275 222.207

R.D. 18 NOVEMBRE 1923, N. 2440
19 104; 107; 109.341

CODICE PENALE
40 144; 151; 237; 240
41 144; 151; 237; 240
644 284.44; 286; 289; 290; 293; 312.107; 314; 315; 343.3

CODICE DI PROCEDURA CIVILE
91 75; 77.241; 78; 81.248; 85
96 78; 81.248;
360 143; 286
374 332
429 270
696-*bis* 77.241
669-*septies* 77.241
669-*quaterdecies* 77.241
700 75
118 disp. att. 80.244; 89; 90; 91; 93; 94; 95; 96; 97; 98; 99; 100; 103; 110.48; 126.400; 172.79

R.D. 30 GENNAIO 1941, N. 12
65 5.13

CODICE CIVILE
12 disp. prel. 61; 62; 63; 64; 65.208; 66.211; 73; 74; 75; 76.241; 77.241; 80; 81.247; 83.253; 85; 87; 98; 101; 102; 103; 132; 209; 278; 315; 339
5 161.47
820 271
1007 220.205
1017 220.205
1173 65.209; 110.348; 111; 119; 121.385; 122.389; 123.389; 131
1174 179.104
1175 131.425; 150.17; 173; 176.91; 177; 180; 185; 187; 255; 262
1176 131.425; 143; 152; 176; 190; 192; 193; 212.189; 219.203; 220; 227.219; 228; 229; 230; 234; 242; 259; 262
1218 131.426; 133.430; 144; 152; 192.128; 220; 221.206,207; 222.207,208; 223.208; 227.219; 229.226; 233.236; 234; 237; 241.267; 265;
1219 270
1224 270; 280.34; 281.35; 286; 287.45; 291; 292.52; 293; 309.99; 316; 317; 318; 319; 321; 324.138; 325.138; 328.145; 332; 334; 335; 337
1229 168.62; 280.34
1256 241.266
1227 238.257
1282 271; 290; 293; 321
1284 280.34; 321.128; 322.132
1322 133.431; 156
1337 110.348; 131.424,425
1338 110.348
1339 324.138
1344 292.54; 309.100; 337
1358 108
1360 147.12
1374 145; 146.12; 147.12; 149; 152; 154.24; 155; 156; 157; 162; 167;

169; 170; 171; 172; 174; 175; 179; 180; 188.121; 189; 190.124; 201.150; 207; 235; 255; 260; 262
1375 108; 110.348; 148.12; 163.49; 173; 180; 185; 187; 255; 262
1382 279.34; 282.38; 287.45; 293.54; 309.99; 330; 333; 342; 343.3; 344
1384 280; 281.35; 309.99; 323.134; 326; 327; 328.145,147; 331; 335; 336; 342; 343; 344; 345
1386 293.54; 343.3
1418 323.134
1419 280.34; 324.138
1490 ss. 147.12
1490 147.12
1492 210.184; 212.189; 220.205; 224; 263.329
1609 220.205
1635 220.205
1636 220.205
1637 210.184; 212.189; 224; 263.329
1648 220.205
1655 168.59
1678 176.89
1681 176.89
1686 210.184; 212.189; 220.205; 224; 263.329
1693 217; 220.205; 221.207
1694 220.205
1783 ss. 186.118
1785 221.207
1786 183; 186.118
1787 220.205; 221.207
1805 210.184; 212.189; 220.205; 224; 263.329
1815 280; 281.35; 285; 287.45; 309.99; 320; 321; 322; 323; 324; 325; 326.140; 327.143; 328; 331; 332; 334; 335; 342; 343; 344; 345
1839 220.205
1956 285
2031 41
2032 44.144
2037 220.205
2043 131.424; 144; 151; 166.55; 167.55; 178; 183; 225.213; 263
2048 211.189; 212.189; 258; 264.332
2049 144; 151; 183
2050 182
2051 183; 184.115; 186.118; 217.199; 220.204,205; 223; 225; 229.226; 238; 241.266; 255.302
2052 220.205
2059 179.103
2697 144; 151
2729 337
2743 220.205
2946 105; 132; 152.21
2947 105; 106; 152.21

CODICE DELLA NAVIGAZIONE
482 220.205
1182 220.205

COSTITUZIONE
2 77.241; 161; 168.62; 174; 175.87
3 77.241; 175.87
4 175.87
24 77.241
32 77.241; 148; 149; 152; 154; 155; 157; 160; 161.46; 162; 164; 166; 167; 168; 169; 170.69; 172; 181; 189; 190.124; 201.150; 207; 228.222; 231; 235; 255; 260; 262; 266.335
36 175.87
37 175.87

41 175.87
42 175.87
101 65.208; 84.255

L. 7 MARZO 1996, N. 108
2 284.44; 287; 289; 292; 297; 331
4 279; 321

D.L. 29 DICEMBRE 2000, N. 394
1 289

D.LGS. 9 OTTOBRE 2002, N. 231
5 286; 297;
7 326.142

D.LGS. 6 SETTEMBRE 2005, N. 206 (CODICE DEL CONSUMO)
3 150.16
33 284.43
96 220.205
114 ss. 181 s.

L. 18 GIUGNO 2009, N. 69
52 89.275

CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
88 93; 95

D.LGS. 12 APRILE 2006. N. 163
256 104.319

D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50
217 104.319

L. 8 MARZO 2017, N. 24
8 77.241

IV. GIURISPRUDENZA

1. Consiglio di Stato

Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 178.99

2. Corte di Cassazione

Cass. Milano, 18 luglio 1864 69.221
Cass. Napoli, 19 febbraio 1870 206.169
Cass. Roma, 9 marzo 1887 66.215; 70.222; 135.436
Cass. Roma, 21 novembre 1888 26.83; 39.122
Cass. Roma, 13 agosto 1889 206.169
Cass. Roma, 2 maggio 1891 211.188
Cass. Torino, 27 dicembre 1904 32.102
Cass. Torino, 31 dicembre 1904 14; 30; 134.433
Cass. Roma, 20 gennaio 1911 33.102
Cass. civ., 7 giugno 1950 59.196
Cass. civ., Sez. II, 6 luglio 1962, n. 1748 59.196
Cass. civ., 5 aprile 1976, n. 1201 317.118
Cass. civ., Sez. III, 7 giugno 1977, n. 2342 212.189
Cass. civ., Sez. lav., 7 agosto 1982, n. 4437 165.54
Cass. civ., Sez. lav., 18 marzo 1983, n. 4958 30.95

Cass. civ., Sez. lav., 29 novembre 1985, n. 5977 — 29.95; 76.241; 86.263
Cass. civ., Sez. lav., 25 febbraio 1986, n. 1173 — 29.95
Cass. civ., Sez. lav., 13 ottobre 1987, n. 7571 — 76.241
Cass. civ., Sez. III, 9 novembre 1987, n. 8268 — 186.118
Cass. civ., Sez. Un., 28 aprile 1989, n. 2021 — 75; 76.241; 77.241; 83 s.; 85; 135.435
Cass. civ., Sez. Un., 30 maggio 1989, n. 2631 — 76.241
Cass. civ., Sez. lav., 12 aprile 1990, n. 3110 — 76.241; 270; 274.26; 282.39; 291.51; 294; 306.88
Cass. civ., Sez. lav., 20 giugno 1990, n. 6193 — 76.241
Cass. civ., Sez. lav., 24 ottobre 1989, n. 4330 — 84.254
Cass. civ., Sez. II, 6 novembre 1993, n. 10994 — 77.241
Cass. civ., Sez. II, 17 marzo 1994, n. 2538 — 327.143
Cass. civ., Sez. lav., 23 giugno 1994, n. 6064 — 165.54
Cass. civ., Sez. III, 6 ottobre 1994, n. 8184 — 94; 96.295
Cass. civ., Sez. III, 3 marzo 1995, n. 2463 — 212.189
Cass. civ., Sez. I, 6 marzo 1995, n. 2577 — 165.54
Cass. civ., Sez. Un., 3 luglio 1995, n. 7359 — 77.241
Cass. civ., Sez. lav., 17 luglio 1995, n. 7768 — 165.54
Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 1996, n. 418 — 151.18; 165.54
Cass. civ., Sez. III, 7 ottobre 1997, n. 9742 — 212.189
Cass. civ., Sez. III, 5 febbraio 1998, n. 1158 — 165.54
Cass. pen., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 10086 — 135.439
Cass. civ., Sez. II, 20 novembre 1998, n. 11736 — 269.6
Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 — 165.54
Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899 — 323.133
Cass. civ., Sez. III., 20 giugno 2001, n. 8381 — 165.54
Cass. civ., Sez. III, 21 giugno 2001, n. 8481 — 327.143; 333
Cass. civ., Sez. II, 23 ottobre 2001, n. 12999 — 96.297
Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533 — 152.21
Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11382 — 190.25; 207.173

Cass. civ., Sez. III, 5 agosto 2002, n. 11717 174.85
Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2002, n. 17813 309.99
Cass. civ., Sez. III, 10 febbraio 2003, n. 1935 217.201
Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2003, n. 2312 182.113; 187
Cass. civ., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324 281.38; 287.45
Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2003, n. 16826 232.234
Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 2004, n. 11415 291.51
Cass. civ., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128 326.142
Cass. civ., Sez. III, 7 dicembre 2005, n. 27011 147.12
Cass. civ., Sez. III, 12 aprile 2006, n. 8619 180.106
Cass. civ., Sez. II, 29 maggio 2007, n. 12644 168.62
Cass. civ., Sez. III, 5 giugno 2007, n. 13082 182.112
Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19499 292.52
Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973 179.103
Cass. civ., Sez. II, 6 febbraio 2009, n. 3042 292.52
Cass. civ., Sez. III, 18 novembre 2010, n. 23273 327.143; 333
Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665 70.222
Cass. civ., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438 130.423
Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648 130.423
Cass. civ., Sez. II, 24 aprile 2012, n. 6486 317.118
Sez. Un., 4 luglio 2012, n. 11135 44.144
Cass. civ., Sez. II, 17 luglio 2012, n. 12265 147.12
Cass. civ., Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350 281.38
Cass. civ., Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 602 281.38
Cass. civ., Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 603 281.38
Cass. pen., Sez. II, 5 febbraio 2013, n. 5683 282.38; 333; 343.3
Cass. pen., Sez. V, 20 febbraio 2013, n. 8353 282.38
Cass. civ., Sez. I, 25 settembre 2013, n. 21895 147.12
Cass. civ., Sez. Un., 13 93.287

novembre 2013, n. 25454	
Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2014, n. 3021	165.54
Cass. civ., Sez. III, 4 agosto 2014, ord. n. 17597	148.12
Cass. civ., Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 22331	147.12
Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785	148.12
Cass. pen., Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681	93.287
Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188	12.32; 89.274; 104; 105.320; 106; 107; 118.370; 119; 125; 129.415; 130; 131.425; 134 s.; 178.97; 211.187; 338.184
Cass. civ., Sez. I, 31 gennaio 2017, ord. n. 2484	282.38
Cass. pen., Sez. II, 21 febbraio 2017, n. 8448	281.38
Cass. civ., Sez. VI, 6 marzo 2017, ord. n. 5598	281.38; 323.133
Cass. civ., Sez. II, 23 marzo 2017, n. 7557	152.21
Cass. civ., Sez. Un., 25 aprile 2017, n. 10413	131.424
Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506	133.431
Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10509	133.431
Cass. civ., Sez. I, 20 giugno 2017, ord. n. 15188	295.60
Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 16654	165.54
Cass. civ., Sez. I, 15 settembre 2017, ord. n. 21470	322.131
Cass. civ., Sez. VI, 4 ottobre 2017, ord. n. 23192	281.38; 323.133; 343.5
Cass. civ., Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675	282.38
Cass. civ., Sez. I, 27 ottobre 2017, n. 25644	131.425; 178.98
Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2017, ord. n. 25837	82.251; 209.178; 210; 211.189; 213.193; 223; 225; 226; 238.257; 259.314; 263.330; 264.331
Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, ord. n. 1465	133.431
Cass. pen., Sez. II, 14 febbraio 2018, n. 29010	282.38; 293.54; 309.100; 343.3
Cass. civ., Sez. Un., 21 maggio 2018, n. 12477	178.98
Cass. civ., Sez. VI-3, 4 giugno	82.251; 211.189; 258.312;

2018, ord. n. 14216	259.314; 263.330; 264.332
Cass. civ., Sez. Un., 20 giugno 2018, n. 16303	295.60
Cass. civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437	133.431
Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442	82.251; 269; 270; 271.14; 277.27,28; 278; 280.35; 281; 282.39; 283.41; 286; 290; 291.51; 301.71; 302.75; 307; 309.99; 311.107; 314; 315; 316; 324.138; 325; 326; 329; 332; 334; 338; 340.191
Cass. civ., Sez. III, 27 febbraio 2019, n. 5715	134.431
Cass. civ., Sez. III, 13 settembre 2019, n. 22890	332.163
Cass. civ., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738	131.424
Cass. civ., Sez. Un., 7 ottobre 2019, n. 25021	12.32
Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286	102.313; 279; 309.99; 326.140; 330; 331; 332.163; 333
Cass. civ., Sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946	287.45; 332.163
Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991	240.262
Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28992	240.262
Cass. civ., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236	131.425; 178.98
Cass. civ., Sez. lav., 12 maggio 2020, ord. n. 8791	225.213
Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2020, ord. n. 9997	82.251; 125.398; 142.4; 147.12; 162; 164; 166.54; 173; 176.89; 177; 178.96; 191.126; 196.139; 197; 199.149; 201.50; 206; 208; 210.185; 212.189; 213.194; 216.196; 223; 224.211; 226; 228; 234; 236.254; 237; 241; 244; 246; 247.282; 248; 250; 255; 258; 259.314; 260; 263; 264; 265; 283.41; 339.185
Cass. civ., Sez. VI, 24 giugno 2020, n. 12420	165.54
Cass. civ., Sez. VI-3, 2 luglio 2020, n. 13562	185.118
Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597	269.9; 279; 280.35; 284.43; 287.45; 307.90; 309.99; 321.127; 324.138; 327.143; 328.145; 332

Cass. civ., Sez. III., 20 novembre 2020, n. 26524 217.199; 225; 238.257; 264.331
Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 4035 217.199; 225.212.; 238.257; 264.331
Cass. civ., Sez. VI-3, 22 aprile 2021, ord. n. 10599 269.6

3. Merito
Trib. Vigevano, 12 luglio 1861 69.221
Trib. Torino, 6 aprile 1899 268
Pret. Borgo San Donnino, 8 febbraio 1904 14; 15; 16.47; 27; 30; 40.127; 53; 57; 134; 274
Pret. Guardia Sanframondi, 29 novembre 1952 59.196
Trib. Benevento, 12 marzo 1959 59.196
App. Napoli, 11 giugno 1964, n. 1056 60.196
Trib. Napoli, 5 maggio 2000 287.46
Trib. Roma, 1 febbraio 2001 287.46; 328.147
Trib. Napoli, 12 febbraio 2004 327.143
Trib. Roma, 20 novembre 2008, n. 285 143
Giud. Pace Palermo, 4 marzo 2011 182.112
Trib. Oristano, 18 aprile 2012, n. 225 91.276
Trib. Taranto, Sez. II, 6 giugno 2012, n. 1167 312.107
Trib. Trani, 10 marzo 2014 321.130
Trib. Reggio Emilia, 24 febbraio 2015, n. 304 321.130
Trib. Torino, 31 luglio 2015, n. 5350 295.60
Trib. Bari, ord. 14 dicembre 2015 284.42
Trib. Bologna, 24 febbraio 2016, n. 516 321.130
Trib. Milano, 8 marzo 2016, n. 3021 287.46
Trib. Padova, 20 aprile 2016, n. 1221 182.112
App. Milano, 6 giugno 2016, n. 2232 285
Trib. Milano, 29 novembre 2016, n. 13719 287.46
Trib. Napoli, 17 gennaio 2017, n. 626 321.130
App. Roma, 5 luglio 2017, n. 4460 143
Trib. Firenze, Sez. IV civ., ord. 21 maggio 2020 77.241

4. Corte Costituzionale
Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29 281.38
Corte Cost., 13 ottobre 2013, ord. n. 248 154.27
Corte Cost., 26 marzo 2014, ord. n. 77 154.27
Corte Cost., 5 maggio 2021, n. 87 78.241

5. Arbitro Bancario Finanziario
Coll. Napoli, 13 gennaio 2014, n. 125 327.143
Coll. Roma, 17 gennaio 2014, ord. n. 260 309.99
Coll. coord., decisione 28 marzo 2014, n. 1875 309.99; 290.49; 307.90

Coll. coord., 10 ottobre 2019, n. 22746	309.99

INDICE BIBLIOGRAFICO

AA.VV., *Cibo e diritti. Una prospettiva comparata*. *Atti del XXV Colloquio Biennale Associazione Italiana di Diritto Comparato. Parma 23-25 maggio 2019,* voll. I e II, a cura di L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (Roma 2020).

ACHILLE D., *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione*, in *Annuario del contratto* (2017) 129-159.

ADAMO A., *Diritto romano: a proposito ed a sproposito*, in *Labeo* 45 (1999) 254-259.

ADDIS F., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.* (2016) 1019-1057.

ADDIS F., *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Torino 2016) 219-251.

ALBANESE B., *Studi sulla legge 'Aquilia'* I. *'Actio utilis' e 'actio in factum ex lege Aquilia'*, in *AUPA.* 21 (1950) 7-219.

ALBANESE B., *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J.3,13pr.*, in *SDHI.* 50 (1984) 167-178 [= in *Scritti giuridici* II (Palermo 1991) 1657-1668].

ALBERTARIO E., *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, in *Riv. dir. comm.* (1923) I, 493-512 [= rivisto e integrato in *Studi di diritto romano* III. *Obbligazioni* (Milano 1936) 71-94].

ALEXY R., *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris* 13 (2000) 294-304.

AL MUREDEN E., *Danno da consumo di alimenti*, in *Contr. impr.* (2011) 1495-1527.

AL MUREDEN E., *Sicurezza alimentare e responsabilità civile tra armonizzazione del diritto dell'Unione Europea e prospettive del Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in C. BOTTARI (a cura di), *La sicurezza alimentare. Profili normativi e*

giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo (Santarcangelo di Romagna 2015) 137-173.

ALONSO J.L., *Fault, strict liability and risk in the law of papyri*, in J. URBANIK (ed.), *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice. Proceedings of the Seminar Held in Warsaw 17–19 February 2011* (Warsaw 2012) 19-81.

ALPA G., *Caso fortuito e responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza* (Nota a Trib. Firenze, 11 marzo 1971), in *Foro pad.* (1972) I, 231-240.

ALPA G., *Per una critica all'identificazione di 'casus' e 'non culpa'* (Nota a Corte app. Firenze 16 novembre 1971), in *Giur. merito* (1973) I, 600-601.

ALPA G., *I principî generali*, in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1993).

ALPA G., *Stefano Rodotà, innovatore del metodo giuridico*, in *Politica del diritto* (2017) 495-498.

ALPA G., *Diritto civile italiano. Due secoli di storia* (Bologna 2018).

ALPA G., CONTE G. (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali* (Torino 2018).

AMARELLI F., *L'«insegnamento scientifico del diritto» nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index* 18 (1990) 59-69.

AMIRANTE L., *In tema di inondazione ed 'alvei mutatio'* (Nota a Pretura di Guardia Sanframondi, 29 novembre 1952), in *Diritto e Giurisprudenza* (1953) 368-371.

AMIRANTE L., *Inondazione e mutamento di alveo* (Nota a Trib. Benevento, 12 marzo 1959), in *Diritto e Giurisprudenza* (1959) 696-699.

AMIRANTE L., *'Inundatio', 'mutatio alvei' e 'interitus rei'* (Nota a Cass. civ., Sez. II, 6 luglio 1962, n. 1748), in *Diritto e Giurisprudenza* (1963) 273-274.

AMIRANTE L., *Condominio e beni condominiali* (Nota a Corte d'app. Napoli, 11 giugno, 1964, n. 1056), in *Diritto e Giurisprudenza* (1965) 416-418.

ANELLI F., *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore* (Milano 1990).

ANGELICI C., s.v. «*Rapporti contrattuali di fatto*», in *Enc. giur.* XXV (Roma 1991) 1-12.

ANGELOSANTO A., *La questione degli usi pubblici sui beni privati in diritto romano. Il caso delle 'ripae fluminis'*, in *BIDR.* 113 (2019) 183-210.

ANZANI G., *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.* (2018) 278-296.

ARANGIO-RUIZ V., *Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano*[2] (Napoli 1933, rist. 1958).

ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*[14] (Napoli 1960, rist. 1998).

ARCARIA F., *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)*, in *LR.* 6 (2017) 243-290.

ARCARIA F., *Il 'metodo naturalistico' di Pietro Bonfante*, in I. PIRO, S. RANDAZZO (a cura di), *I Bonfante. Una storia scientifica italiana* (Milano 2019) 35-63.

ARNESE A., *Usura e modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità* (Bari 2013).

ASCARELLI T., *Limiti di applicabilità dell'art. 1231 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.* (1930) I, 379-394.

ASCARELLI T., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca* (Bologna-Roma 1959).

Associazione nazionale magistrati, *XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone 25-28 IX 1965. Atti e commenti* (Roma 1966).

ASTONE F., s.v. «*Pacchioni, Giovanni*», in *DBGI.* II (Bologna 2013) 1475-1476.

ATZERI VACCA F., *I principj fondamentali della gestione di affari* I. *Sul concetto originario della 'negotiorum gestio' nel diritto romano* (Cagliari 1890).

AUCIELLO M., *Interessi corrispettivi e moratori tra omogeneità e disomogeneità ontologica e storica. La difficile convivenza con la normativa antiusura. Osservazioni a margine di Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442*, in *TSDP*. 12 (2019) 1-50.

AUCIELLO M., *Postilla* a C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto*, in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 127-131.

AUCIELLO M., *Romani-giganti e Romani-pigmei. Un 'Leitmotiv' dottrinario (vagamente stonato) e un piccolo bluff di Enrico Ferri*, in *Index* 49 (2021) 564-576.

BAGNI S., NICOLINI M., PALICI DI SUNI E., PEGORARO L., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., SERIO M. (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze* I. *La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi* (Torino 2016).

BAGNI S., NICOLINI M., PALICI DI SUNI E., PEGORARO L., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., SERIO M. (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze* II. *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia* (Torino 2016).

BALBIANI T., *Il diritto romano nella giurisprudenza dei tribunali* (Como 1993).

BALESTRI FUMAGALLI M., LAZZARINI S., *Carriera e scritti di A. Biscardi (1910-1998)*, in *SDHI.* 65 (1999) 545-552.

BARASSI L., *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 Cod. civ., Addizione* in G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. WAHL, *Del contratto di locazione* II.2, in G. BAUDRY-LACANTINERIE (dir.), *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it. della 3ª ed. francese (Milano s.d.) 455-606.

BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni* III (Milano 1946).

BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* (Milano 1969).

BARENGHI A., *Interessi moratori e usura: una presa di posizione enciclopedica della Cassazione*, in *Giur. it.* (2019) 2622-2628.

BASSANELLI SOMMARIVA G., *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo* 29 (1983) 280-313.

BATTISTINI B., s.v. «*Caso fortuito (dir. civ.)*», in *DI.* VI.2 (Torino 1891) 326-328.

BENATTI F., s.v. «*Doveri di protezione*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* VII (Torino 1991) 221-228.

BENEDETTO M.A., s.v. *«Usura (diritto intermedio)»*, in *NNDI.* XX (Torino 1975) 371-378.

BENDITT T.M., *Law as Rule and Principle. Problems of Legal Philosophy* (Stanford 1978).

BERTOLDI F., *L'origine romanistica del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege'*, in *forum historiae iuris* (2016), online alla pagina web https://forhistiur.net/2016-10-bertoldi/?l=it.

BERTOLDI F., *Inadempimenti del comodatario e profili di responsabilità nel diritto romano*, in *forum historiae iuris* (2020), online alla pagina web https://forhistiur.de/media/zeitschrift/0520_Bertoldi.pdf.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni* I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione* (Milano 1953).

BETTI E., *'Periculum'. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *JUS* 5 (1954) 333-384 [= in *Studi in onore di P. de Francisci* I (Milano 1956) 131-197].

BETTI E., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *JUS* (1957) 353-371.

BETTI E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano – a.a. 1957-1958* (Roma 1958).

BETTI E., *Pietro Bonfante. Prefazione ristampa della IV edizione della Storia del diritto romano,* in P. BONFANTE, *Storia del diritto romano* I[4] (rist. Milano 1958) vii-xii.

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano* II (Padova 1960).

BIAMONTI L., s.v. «*Arbitrato (dir. proc. civ.)*», in *Enc. dir.* II (Milano 1958) 899-957.

BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*[2], in *Comm. Scialoja-Branca* (Bologna-Roma 1979).

BIANCA C.M., *Diritto civile* III. *Il contratto*[2] (2000, rist. int. 2018).

BIANCA C.M., *Diritto civile* III. *Il contratto*[3] (2019).

BIANCA C.M., *Diritto civile* IV. *L'obbligazione* (Milano 1990, rist. 2019).

BIANCA C.M., *Diritto civile* V. *La responsabilità*[3] (Milano 2021).

BIANCHI P., *'Iura-leges'. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia* (Milano 2007).

BIANCHINI M., *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustinianea*, in *Studi in onore di A. Biscardi* II (Milano 1982) 389-426.

BIGLIAZZI GERI L., s.v. «*Buona fede nel diritto civile*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* II (Torino 1988, rist. 1995) 154-189.

BIGNARDI A., *Gai 3.219 e il principio del 'damnum corpore datum'*, in *AG.* 220 (2000) 487-539.

BIONDI B., *Crisi e sorti dello studio del diritto romano,* in AA.VV., *Conferenze romanistiche* (Milano 1960) 3-36.

BIROCCHI I., s.v. «*Venezian, Giacomo*», in *DBI.* XCVIII (Roma 2020), online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-venezian_%28Dizionario-Biografico%29/.

BISCARDI A., *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo* 1 (1955) 154-165.

BISCARDI A., *'Actio pecuniae traiecticiae'. Contributo alla dottrina delle clausole penali*[2] (Torino 1974) [v. ora la rist. emendata a cura di I. Pontoriero, F. Zuccotti (Milano 2019)].

BISCARDI A., *«Pecunia traiecticia» e «stipulatio poenae»*, in *Labeo* 24 (1978) 276-300.

BOARI M., s.v. *«Usura (dir. interm.)»*, in *Enc. dir.* XLV (Milano 1992) 1135-1142.

BOLAFFIO L., Nota a Corte di Cassazione di Roma, udienza del 13 agosto 1889, in *Foro it.* (1890) II, 128-130.

BONFANTE P., *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi* (Nota a Corte di Cassazione di Torino, 27 dicembre 1904), in *Riv. dir. comm.* (1905) II, 45-51.

BONFANTE P., *Postilla* a G. PACCHIONI*, Il 'jus prohibendi' del condomino in due recenti pubblicazioni*, in *Riv. dir. comm.* (1912) I, 1040-1044.

BONFANTE P., *Postilla* a S. PEROZZI, *Condominio e collegialità negli scritti di due miei censori*, in *Riv. dir. comm.* (1913) I, 602-618.

BONFANTE P., *L'azione autonoma del condomino*, in *Riv. dir. comm.* (1913) II, 882-889.

BONFANTE P., *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Rivista italiana di Sociologia* 21 (1917) 53-72 [in *Scritti giuridici varii* IV. *Studi generali* (Roma 1925) 46-69, ora in *Le prolusioni dei civilisti* II. *1900-1935* (Napoli-Roma 2012) 1615-1640; M. CARAVALE, L. SIGISMONDI, *La facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali* (Napoli 2014) 513-530].

BONFANTE P., *Il 'ius prohibendi' nel diritto pubblico e nel diritto privato*, in *Scritti giuridici varii* IV (Roma 1925) 136-150.

BONIN P., HAKIM N., NASTI F., SCHIAVONE A. (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie* (Torino 2019).

BONIN P., HAKIM N., *Postmodernità e romanità del diritto: di quale eredità il pensiero giuridico ricostruisce la genealogia?*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico*

occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie (Torino 2019) xiii-xix.

BONINI R., *La responsabilità civile nel settore agroalimentare tra principio di precauzione e tutela della salute,* in *Cultura giuridica e diritto vivente* 6 (2019) 1-29.

BOTTA F., *Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell'homicidium in diritto romano classico*, in *Diritto@Storia* 12 (2014) 1-27.

BRANCA G., *Sulla responsabilità oggettiva per danni causati da animali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1950) 255-263.

BRANCA G., *Inalveamento su fondo privato e successivo abbandono* (Nota a Trib. Benevento, 12 marzo 1959), in *Foro it.* (1960) I, 1630-1632.

BRASIELLO U., s.v. *«Usura (diritto romano)»*, in *NNDI.* XX (Torino 1975) 368-371.

BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio* (Milano 1968).

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1991).

BRETONE M., *Il «naturalismo» del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo* 5 (1959) 275-283.

BRIGUGLIO F., *Carlo Augusto Cannata*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 33 (2020) 311-328.

BRUGI B., *Diritto romano classico, diritto giustinianeo, diritto romano* comune, in *AG.* 72 (1904) 136-142.

BRUGI B., *Caso fortuito e adempimento del contratto* (Nota a Corte d'app. Bologna, 19 aprile 1907), in *Riv. dir. comm.* (1908) II, 141-145.

BRUTI LIBERATI E., *L'Associazione dei magistrati italiani*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati* (Milano 2009) 3-26.

BRUTTI M., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile* (Torino 2013).

BRUTTI M., *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *RISG.* 6 (2015) 55-126.

BRUTTI M., *La storicizzazione del diritto contrattuale*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno* (Roma 2018) 17-39.

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

BUONGIORNO P., *Materiali esegetici per una prosopografia dei giuristi romani* (Napoli 2020).

BURDESE A., *Rec.* di J. PARICIO, *Los cuasi delictos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid 1987), in *SDHI.* 56 (1990) 443-450.

BURDESE A., *Presentazione degli scritti di Giuseppe Grosso*, in *Riv. dir. rom.* 1 (2001) 1-6.

BUSNELLI F.D., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *JUS* (1976) 41-79.

BUSSI L., *I diritti d'uso pubblico nella dottrina di Flaminio Mancaleoni fra interpretazione e creazione del giurista*, in *Diritto@Storia* 5 (2006).

CABELLA PISU L., *La causa non imputabile*, in G. VISINTINI (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale* I. *Inadempimento e rimedi* (Padova 2009).

CALAMANDREI P., FURNO C., s.v. «*Cassazione civile*», in *NNDI.* II (Torino 1958) 1053-1104.

CANARIS C.W., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione. Parte Seconda* (trad. it. a cura di A. di Majo e M.R. Marella), in *Riv. crit. dir. priv.* (1983) 793-830.

CANDIAN A., s.v. «*Caso*», in *NNDI.* II (Torino 1958) 988.

CANDIAN A., s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*», in *NNDI.* II (Torino 1958) 988-992.

CANDIANI L., *Contratti di credito: l'ossimoro dell'usura e della mora*, in *Corr. giur.* (2018) 809-814.

CANNATA C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* I (Milano 1966).

CANNATA C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (Corso di Diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari – a.a. 1967-1968)* (Milano 1969).

CANNATA C.A., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (Prima parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 4 (1974) 37-115 [= in *Scritti scelti di diritto romano* I (Torino 2011) 265-318].

CANNATA C.A., *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni dal 1804 ai nostri giorni*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* III (Firenze 1977) 1177-1187.

CANNATA C.A., *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1981) 993-1013 [= in *Scritti scelti di diritto romano* I (Torino 2011) 359-374].

CANNATA C.A., s.v. «*Quasi contratti e quasi delitti (storia)*», in *Enc. dir.* XXXVIII (Milano 1987) 25-35.

CANNATA C.A., *Una casistica della colpa contrattuale*, in *SDHI.* 58 (1992) 413-432.

CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, in *IVRA* 43 (1992) 1-82.

CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, in *IVRA* 44 (1993) 1-83.

CANNATA C.A., *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener* (Madrid 1994) 143-178.

CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (Catania 1996).

CANNATA C.A., *Per una storia della scienza giuridica europea* I. *Dalle origini all'opera di Labeone* (Torino 1997).

CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno* IX.1[2] (Torino 1999, rist. 2002) 5-66.

CANNATA C.A., *Cuiusque rei potissima pars principium*, in *Dir. rom. att.* 6 (2001) 157-165.

CANNATA C.A., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* II (Torino 2008).

CANNATA C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni* (Padova 2008).

CANNATA C.A., s.v. «*Pugliese, Giovanni*», in *DBGI.* II (Bologna 2013) 1637-1640.

CANNATA C.A., s.v. «*Pugliese, Giovanni*», in *DBI.* LXXXV (Roma 2016), online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giovanni-pugliese_%28Dizionario-Biografico%29/.

CANTARELLA E., *Diritto romano e diritti orientali. Da 'Black Athena' a 'Black Gaius': recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio* (Milano 2004) 101-117.

CAMODECA G., *La prassi giuridica municipale. Il problema dell'effettività del diritto romano*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali* (Pavia 2006) 515-549.

CAPOBIANCO E., *L'integrazione*, in V. ROPPO (dir.) *Trattato del contratto* II. *Regolamento*, a cura di G. Vettori (Milano 2006).

CAPOBIANCO E., *L'integrazione del contratto nel pensiero di Stefano Rodotà*, in A. FEDERICO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato* (2019) 13-20.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Modelli di Stato e di famiglia nella storiografia dell''800*[3] (Roma 1997).

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *'Remissio mercedis'. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma* (Napoli 2005).

CAPOGROSSI COLOGNESI L., s.v. «*Bonfante, Pietro*», in *DBGI*. I (Bologna 2013) 292-295.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Opinioni al Magnifico Rettore dell'Università di Varsavia concernenti il Prof. Dr. Witold Wołodkiewicz*, in *Index* 47 (2019) 3-6.

CAPONE P., *'Unciaria lex'* (Napoli 2012).

CAPRIOLI S., *Codice civile. Strutture e vicende* (Milano 2008).

CARAPEZZA FIGLIA G., *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite* (Nota a Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665), in *Rass. dir. civ.* (2012) 535-549.

CARBONE V., *Danno da cosa in custodia: il caso fortuito richiede una condotta imprudente e imprevedibile della vittima* (Nota a Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837), in *Danno e resp.* (2018) 198-204.

CARCOPINO J., *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'Impero*, trad. it. di E. Omodeo Zona (Roma-Bari 1983).

CARDILLI R., *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)* (Milano 1995).

CARDILLI R., *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema': l'esempio della 'responsabilità contrattuale'*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 1 (1996) 79-113.

CARDILLI R., *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Riv. dir. civ.* (1998) 315-354.

CARDILLI R., *Dalla regola romana dell''usura pecuniae in fructu non est' agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 5 (1998) 3-54.

CARDILLI R., *'Plebiscita et leges' antiusura. 'Leges fenebres', 'ius civile' ed 'indebitamento' della plebe: a proposito di Tac. Ann. VI, 16, 1-2*, in

Diritto@Storia 7 (2008) [= in *Studi in onore di A. Metro* I (Milano 2009) 377-396].

CARDILLI R., *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra 'natura contractus' e 'forma iuris'*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* III (Napoli 2008) 1-75.

CARDILLI R., *Gestione empirica dell'imputazione e 'culpae adnumeratio' nella riflessione dei giuristi romani*, in *Index* 42 (2014) 299-330.

CARDILLI R., *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione* (Napoli 2016).

CARDILLI R., *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento* II (Napoli 2018) 817-870.

CARDILLI R., *'Usura in fructu non est'. Contro l'astrazione dei moderni*, in *Diritto@Storia* 16 (2018).

CARDILLI R., *Lo studio del diritto romano e i fondamenti del diritto europeo*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive* (Trieste 2019) 57-81.

CARDILLI R., *L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale*, in *AUPA.* 63 (2020) 85-104.

CARDILLI R., *Fondamento romano dei diritti odierni* (Torino 2021).

CARINGELLA F., DE MARZO G., *Manuale di diritto civile* II. *Le obbligazioni* (Milano 2007).

CARNELUTTI F., *Rec.* di B. BIONDI, *Prospettive romanistiche* (Milano 1933), in *Riv. dir. proc. civ.* (1933).

CARRARA F., *Pensieri sulla nozione della bancarotta*, in *Opuscoli di diritto criminale* V (Lucca 1874) 159-176 [= con titolo *La bancarotta e il Codice penale*, in *Nuova antologia di Scienze, Lettere ed Arti* 25 (1874) 151-162].

CASCIONE C., *Tra «potere» e «dovere» del giudice. Note minime sull'art. 182, 2° co. c.p.c.*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche* (Napoli 2002) 161-181.

CASCIONE C., *Segn.* di W. KUNKEL *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*[2] (rist. Köln-Weimar-Wien 2001), in *Labeo* 48 (2002) 149.

CASCIONE C., *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (Napoli 2003).

CASCIONE C., *Consenso, «mezzo consenso», dissenso. Una disputa romanistica di primo novecento su collegialità e condominio*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli 2003) 39-101 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 3-58].

CASCIONE C., *Elenco degli scritti storici e giuridici di Francesco De Martino (con un appunto per una bibliografia su di lui)*, in *Index* 32 (2004) 597-628.

CASCIONE C., *Sul nome (e il numero) dei «tresviri capitales». A ritroso da Borges a Insus, cavaliere trionfante*, in *Index* 38 (2010) 21-35 [= in *Studi di diritto pubblico romano* (Napoli 2010) 85-106].

CASCIONE C., *Addendum epistolare alla polemica Bonfante versus Croce (e Gentile)*, in K. MUSCHELER (hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift D. Liebs zum 75. Geburtstag* (Berlin 2011) 97-104.

CASCIONE C., *'Nomen omen'?*, in *Iurisprudentia.it* ([2013] 2015) 1-13, online alla pagina web http://www.iurisprudentia.it/public/sentenze/635575630390822500_nomen%20omen.pdf [ora, con qualche integrazione, sotto il titolo *«Nomen omen»*, in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 87-94].

CASCIONE C., *Rec.* di E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari* (Bologna 2010), in *IVRA* 62 (2014) 464-478.

CASCIONE C., *Nota minima sulla responsabilità dei 'ministri' per 'repetundae'*, in *Estudos em Homenagem a L.F. Corrêa* (Sao Paulo 2014) 37-44.

CASCIONE C., *Profondità e margini di una ricerca*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto* (Napoli 2016) 201-212.

CASCIONE C., *L'invadente cont(r)atto. Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016*, in *Iurisprudentia.it* (2016) 1-4, online alla pagina http://www.iurisprudentia.it/public/sentenze/63608279491311 6304_contatto- contratto%20sentenza%20cassazione.pdf [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 121-127].

CASCIONE C., *Nel (cog)nome della madre e contro il fantasma romanistico, il giudice 'delle leggi' abroga… una consuetudine*, in *Iurisprudentia.it* (2017) 1-12 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 101-111].

CASCIONE C., *Il senato poetico. Appunti sul senato romano nella poesia latina fino a Lucano*, in A. BALBO, P. BUONGIORNO, E. MALASPINA (hg. von), *Darstellung und Gebrauch der 'senatus consulta' in den handschriftlichen Quellen der republikanischen und frühkaiserlichen Zeit* (Stuttgart 2018) 455-494.

CASCIONE C., *Sul 'quaestor' di Martial. Epigr. 7.37*, in *Quad. Lup.* 8 (2018) 103-110.

CASCIONE C., *Uno strano dubbio a proposito di fonti delle obbligazioni: «diritto romano o classico»?*, in *Index* 47 (2019) 490-501 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 71-84].

CASCIONE C., *Un diritto del concepito non nato (o «nato morto»)? Nota minima su obbligo di sepoltura e 'ius proprium' alla tumulazione nella*

tomba gentilizia, in *Liber amicorum per S. Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto* I (Bari 2019) 147-152 [= in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 115-120].

CASCIONE C., *Primi appunti sul bettiano 'Manoscritto di Heidelberg'*, in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020) 59-70 [= in *Liber amicorum per P. Pollice* I (Torino 2020) 101-109].

CASCIONE C., *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature* (Napoli 2020).

CASO F., *Essere giudice* (Milano 2018).

CASTRESANA A., *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana* (Salamanca 2001).

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *JUS* (1976) 123-179.

CASTRONOVO C., *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *BBTC.* (1978) I, 48-69 [= in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie* I (Milano 1978) 477-503].

CASTRONOVO C., s.v. «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur.* XXI (Roma 1990) 1-9.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni* I (Milano 1995) 147-240.

CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.* (2004) 69-129.

CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale* (Nota a Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648), in *Eur. dir. priv.* (2012) 1233-1246.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile* (Milano 2015).

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto* (Milano 1966, rist. 1974).

CATAUDELLA M.C., *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze del mercato* (Torino 2013).

CAZZETTA G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)* (Milano 1991).

CAZZETTA G., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*[2] (Torino 2018).

CAZZETTA G., *Danno ingiusto e 'governo' della società fra distinzioni e unità valoriale del sistema*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno* (Roma 2018) 57-75.

CENDON P. (a cura di), *Commentario al Codice civile. Artt. 1173-1320* (Milano 2009).

CENDON P. (a cura di), *Commentario al Codice civile. Artt. 1343-1469 bis* (Milano 2010).

CENTAMORE G., *Interessi di mora e usura: questioni irrisolte e ricerca di equilibri*, in *Giurisprudenza penale web* (2019) 1-15.

CERAMI P., *D. 1.7.25 pr. (Ulp. 5 opin.) e il brocardo 'venire contra factum proprium'*, in F. REINOSO BARBERO, A. MARTÍN MINGUIJÓN (coord.), *Principios jurídicos. Antecedentes históricos de los Principios Generales del Derecho Español y de la Unión Europea* (Madrid 2013) 225-239, online alla pagina web http://itunes.uned.es/000116/116_CCSociales_juridicas/04_PRINCIPIOS_JURIDICOS_antecedentes.pdf.

CERVENCA G., *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano* (Milano 1969).

CERVENCA G., *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, in *Index* 2 (1971) 291-312.

CERVENCA G., s.v. *«Usura (dir. rom.)»*, in *Enc. dir.* XLV (Milano 1992) 1125-1135.

CHERCHI A., *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico* (Napoli 2012).

CHIESI G.A., SANTISE M. (a cura di), *Diritto e Covid-19* (Torino 2020).

CHIODI G., *Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d'impresa nel primo Novecento*, in *Contr. impr.* (2015) 885-927.

CHIOVENDA G., *La condanna nelle spese giudiziali* (Torino 1901, rist. Napoli 2001).

CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale* (Torino 1897).

CICERO C., *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.* (2016) 1510-1517.

CIVELLO G., *Il principio del 'sibi imputet' nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio* (Torino 2017).

COING H., *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *ZSS.* 69 (1952) 24-59.

COLLURA G., *La nuova legge sull'usura e l'art. 1815*, in *Contratto e impresa* (1998) 602-617.

COLOMBO C., *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, dir. P. Rescigno, E. Gabrielli (Torino 2016) 433-549.

COLOMBO C., *Commissione di massimo scoperto e disciplina antiusura: le sezioni unite avallano il principio di simmetria ed impongono la comparazione separata*, in *Corr. giur.* (2018) 1343-1353.

COLOMBO C., *Interessi di mora e usura: la parola alle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.* (2020) 37-47.

COLOMBO M., *I liberti imperiali negli 'Epigrammaton libri' di Marco Valerio Marziale*, in *Wiener Studien* 126 (2013) 145-176.

COMA FORT J.M., *El derecho de obligaciones en las 'Res Cottidianae'* (Madrid 1996).

COMPORTI M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile* (Napoli 1965).

COMPORTI M., *Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva* (Nota a Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1985, n. 1702), in *Foro it.* (1985) I, 2649-2657.

COMPORTI M., *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (Artt. 2049-2053)*, in *Comm. Schlesinger* (Milano 2009).

CORBINO A., *Il danno qualificato e la 'lex Aquilia'. Corso di diritto romano* (Padova 2005).

CORBINO A., *Caso, diritto e 'regula'. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto* (Napoli 2016) 35-76, già in *RIDA.* 61 (2014) 47-82.

CORTESE B., *'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*[2] (Napoli 2013).

CORTESE B., *La tutela in caso di vizio della 'res empta' e della 'res locata'. Inadempimento e rispondenza 'ex fide bona'* (Roma 2020).

CORTESE B., *Tra 'rischio' e 'responsabilità': una questione di prospettive*, in *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, cur. L. Garofalo, L. Vacca (Napoli 2021) 169-187.

COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore* (Milano 1955).

COTTINO G., S.V. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*», in *Enc. dir.* VI (Milano 1960) 377-389.

COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni* (Lanciano 1895).

CURSI M.F., *Alle origini degli 'accidentalia negotii'. Le premesse teoriche alla categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index* 29 (2001) 301-338.

CURSI M.F., *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* II (Napoli 2006) 23-126.

CURSI M.F., *L'eredità del modello romano della responsabilità per colpa nella configurazione della responsabilità civile dei genitori*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* IV (Napoli 2011) 1-61.

CURSI M.F., *Il concorso della colpa del danneggiato nel risarcimento e la rilevanza penale dell'azione aquiliana*, in *Index* 47 (2019) 165-194.

CURSI M.F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*[2] (Napoli 2021).

D'ADDA A., *Integrazione cogente ed integrazione per clausole generali: l'autonomia privata in Stefano Rodotà*, in *Politica del diritto* (2019) 97-123.

DAL CANTO F., *Lezioni di ordinamento giudiziario* (Torino 2018).

D'ALESSIO R., *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato* (Lecce 2018).

D'ALESSIO R., *«Un dogma privo di solide fondamenta». L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*, in *TSDP*. 13 (2020) 1-27.

D'ALESSIO R., *«Quasi sine tempore». La dimensione atemporale nel diritto privato romano* (Napoli 2021).

DALLA MASSARA T., *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in *IVRA* 57 (2008-2009) 245-266.

DALLA MASSARA T., *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta* (Padova 2012).

DALLA MASSARA T., *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (Frankfurt am Main 2018) 111-147.

DALLA MASSARA T., *Il paradigma della 'lex contractus': riflessioni «in risonanza» su «Le fonti di integrazione del contratto di Stefano Rodotà»*, in *Politica del diritto* (2019) 631-657.

DALLA MASSARA T., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive* (Trieste 2019) 91-113.

D'AMATI L., *Reati di danno e reati di pericolo. Radici antiche di una distinzione moderna*, in *La legislazione penale* (2017) 1-20.

D'AMELIO M., s.v. «*Giudice conciliatore*», in *Enciclopedia italiana* XVII (Roma 1933, rist. 1949) 305, online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giudice-conciliatore_%28Enciclopedia-Italiana%29/.

D'AMICO G., *La responsabilità 'ex recepto' e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato». Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale* (Napoli 1999).

D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I Contratti* (2014) 926-937.

D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.* (2015) 247-273 [= in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*[2] (Torino 2015) 1-30].

D'AMICO G., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.* (2016) 443-508 [= in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali* (Torino 2018) 359-416].

D'AMICO G., *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*[2] (Torino 2017) 1-64.

D'AMICO G., *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.* (2019) 1-24.

DE BERNARDI M., *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Riv. dir. rom.* 13 (2013) 1-11.

DE CRISTOFARO G., GENOVESE F.A., *L'argomento storico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione* I (Napoli 2006) 19-57.

DE CUPIS A., *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.* (1963) 249-255.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*[3] I (Milano 1979).

DE FALCO I., *'Diligentiam praestare'. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'* (Napoli 1991).

DE GIOVANNI L., *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia* (Roma 2007).

DE LORENZI V., *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale* (Milano 1981).

DE MARINI AVONZO F., *I signori delle fonti. Note sullo stile della romanistica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 9 (1979) 231-235.

DE MARTINO F., *Storia economica di Roma antica* I (Firenze 1979).

DE MEDIO A., *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*. 20 (1908) 157-209.

DE NITTO A., *Sull'art. 12 preleggi e la c.d. tradizione scientifica nazionale in tema di condanna alle spese*, in *Giust. civ.* (1989) I, 1818-1821.

DE NOVA G., *Una lettura di oggi di «Le fonti di integrazione del contratto»*, in *Juscivile* (2017) 624-626.

DE ROBERTIS F.M., *D. 19, 2, 31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in *SDHI.* 31 (1965) 92-109.

DE ROBERTIS F.M., *La responsabilità contrattuale in diritto romano: dalle origini a tutta l'età postclassica* (Bari 1998).

DE ROBERTIS F.M., *'Damnum iuniuria datum'. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla 'lex Aquilia de damno'* (Bari 2000).

DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*[6] III (Messina 1932).

DESANTI L., *La legge Aquilia. Tra 'verba legis' e interpretazione giurisprudenziale* (Torino 2015).

DILIBERTO O., *La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in L. CANFORA, U. CARDINALE (a cura di), *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L'insegnamento del latino e del greco antico in Italia e nel mondo* (Bologna 2012) 53-67.

DILIBERTO O., *Fra storia e diritto*, in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC – Roma 10-11 ottobre 2014* (Napoli 2017) 75-90.

DILIBERTO O., *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie* (Torino 2019) 89-103.

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* (Nota a Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589), in *Corr. giur.* (1999) 441-451.

DI MAJO A., *La salute responsabile. Diritti e rimedi* (Torino 2018).

DI MARIA S., *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index* 46 (2018) 623-649.

DI MARIA S., SANTUCCI G., *«Comparison involves history»*, in *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di R. Toniatti* (2020) 1-7 (online alla pagina web https://uploads-ssl.webflow.com/5fbe5f3d2518140051aa3343/5fd7b3458d50239fe201d73d_03%20Di%20Maria-Santucci%20per%20Toniatti.pdf).

DI MARTINO G., *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione* (Napoli 2010).

DI MARZO S., *Le basi romanistiche del Codice civile* (Torino 1950).

DIMOPOULOU-PILIOUNI A., *Il diritto privato romano nei tribunali ellenici*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes historicos y orizonte actual* (Pamplona 2014) 1025-1030.

DIONISOTTI C., *Resoconto di una ricerca interrotta*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia* 37 (1968) 259-269.

DI PORTO A., *'Res in usu publico' e 'beni comuni'. Il nodo della tutela* (Torino 2013).

DI PORTO A., *I "beni comuni" in cerca di identità e tutela*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno* (Roma 2018) 163-178.

DI RENZO VILLATA M.G., s.v. «*Porro, Eliseo Antonio*», in *DBGI.* II (Roma 2013) 1618-1619.

DÖLLE H., *Außergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 103 (1943) 67-102.

DOLMETTA A.A., *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *BBTC.* (2000) II, 627-639.

DOLMETTA A.A., *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *BBTC.* (2013) II, 501-511.

VAN DONGEN E.G.D., *Contributory Negligence: A Historical and Comparative study* (Leiden-Boston 2014).

VAN DONGEN E.G.D., *Considerazioni storiche e comparative sulla colpa della vittima nella responsabilità da fatto illecito, con particolare riferimento all'esperienza moderna*, in *TSDP.* 10 (2017) 1-26.

DU PLESSIS P.J., *'Liability', 'risk' and 'locatio conductio'*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* IV (Napoli 2011) 63-95.

DU TOIT F., *Roman-Dutch law in modern South African succession law*, in *Ars Aequi* (2014) 278-285.

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously* (Cambridge 1977), trad. it. di F. ORIANA, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa (Bologna 1982).

EVANGELISTI M., *Riflessioni sulla natura e l'evoluzione del 'ius prohibendi'*, in *Koinwnia* 41 (2017) 423-448.

FADDA C., *Le 'usurae quae officio iudicis praestantur'. A proposito di una nuova spiegazione del fr. 49 § I de a. e. et v. 19, I*, in *RISG.* 2 (1886) 356-405; 3 (1887) 3-45 [= in *Studi e questioni di diritto* I. *Diritto romano – Diritto intermedio* (Napoli 1910) 229-341].

FADDA C., *Il concetto d'innovazione nell'art. 677 cod. civ. italiano*, in *Foro it.* (1899) I, 1065-1069.

FADDA C., *Teoria della proprietà. Lezioni di diritto romano* (Napoli 1907).

FADDA C., *Consortium, collegia magistratuum, communio*, in *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento* (Palermo 1910) 139-150.

FADDA C., *Pareri giuridici* (Torino 1912).

FALASCHI M., *Il giudizio di cassazione: il ricorso ed il controricorso*, in AA.VV., *Introduzione alla Corte di cassazione* (Roma 2017) 71-82 (online alla pagina web https://www.portaledelmassimario.ipzs.it/front office/studiPubblicazioni.do).

FALCONE G., *«Obligatio est iuris vinculum»* (Torino 2003).

FALCONE G., *Sistematiche gaiane e definizione di 'obligatio'*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI (a cura di), *'Obligatio'-obbligazione. Un confronto interdisciplinare. Atti del Convegno (Roma, 23-24 settembre 2010)* (Napoli 2011) 17-51.

FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori* (Roma 1948).

FARGNOLI I., *Die Durchschnittene Kehle*, in *Fundamina. Editio specialis* 20.1 (2014) 275-286.

FASOLINO F., *Studi sulle 'usurae'* (Salerno 2006).

FASOLINO F., *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano* (Torino 2016) 33-58.

FASOLINO F., *Profili giuridici del mutuo di derrate*, in *TSDP*. 12 (2019) 1-32.

FAUCEGLIA G.B., *Il "dialogo" tra Arbitro Bancario Finanziario, giurisprudenza e dottrina in tema di usura bancaria: linee generali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario* (2018) I, 275-321.

FAVALE R., *Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele* I (Mantova 2017) 133-151.

FEBBRAJO A., *Introduzione all'edizione italiana*, in N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974), trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* (Bologna 1978) 7-23.

FERCIA R., *Criteri di responsabilità dell''exercitor'. Modelli culturali dell'attribuzione del rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali 'in factum contra nautas, caupones et stabularios'* (Torino 2002).

FERCIA R., *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»* (Napoli 2005).

FERCIA R., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano* (Padova 2008).

FERCIA R., *La compensazione delle spese di lite nella procedura 'per libellos'*, in *Studi in onore di R. Martini* I (Milano 2008) 1097-1113.

FERCIA R., *Accessione facoltativa del possesso dell'avente causa ed usucapione in confronto del dante causa: spunti ricostruttivi per un'applicazione dell''exceptio doli generalis'* (Nota a Trib. Oristano, 18 aprile 2012, n. 225), in *Rivista Giuridica Sarda* 29 (2014) I, 71-84.

FERCIA R., *Obbligazione senza prestazione e diritto romano: un problema aperto*, in *Rivista Giuridica Sarda* 32 (2017) II, 1-89.

FERCIA R., *Appunti per un'esegesi di Pomp. D. 13.6.13.2*, in *Liber amicorum per B. Troisi* I (Napoli 2017) 493-512.

FERRI E., *La riabilitazione del diritto penale romano*, in *Per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini* (Firenze 1892) 45-49 [= in *Scuola positiva* 3 (1893) 326-328; *Studi sulla criminalità e altri saggi* (Torino 1901) 413-415; *Studi sulla criminalità*^{2} (Torino 1926) 375-377].

FERRI E., *Sociologia criminale* (Torino 1892).

FERRI G., *Gli studi privatistici e la facoltà giuridica romana tra XIX e XX secolo*, in M. CARAVALE, F.L. SIGISMONDI (a cura di), *La facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali* (Napoli 2014) 293-327.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Milano 1966).

FIGONE A., *Il caso fortuito negli artt. 2051 e 2052 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.* (1985) II, 350-355.

FIGUEROA D., *References to Roman Law in US Courts* (2015) online alla pagina web https://blogs.loc.gov/law/2015/03/references-to-roman-law-in-us-courts/.

FINAZZI G., *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I. *Azione pretoria ed azione civile* (Napoli 1999).

FINAZZI G., *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* II.1. *Requisiti delle 'actiones negotiorum gestorum'* (Cassino 2003).

FINAZZI G., *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* II.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità* (Cassino 2006).

FINAZZI G., *Mario Talamanca (1928-2009)*, in *SDHI.* 77 (2011) 691-772.

FINO M.A., *Sintesi di informazione. Transazione*, in *Riv. dir. civ.* (2002) II, 295-320.

FIORI R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica* (Napoli 1999).

FIORI R., *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli 2003) 169-238.

FIORI R., *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* II (Napoli 2006) 127-228.

FIORI R., *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* III (Napoli 2008) 237-259.

FIORI R., *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* IV (Napoli 2011) 97-242.

FIORI R., s.v. «*Proculus*», in *The Encyclopedia of Ancient History* (John Wiley & Sons Ltd. 2019) 1-2.

FIORI R., *Fondamenti del diritto europeo: problemi scientifici, didattici, accademici*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno – Trento, 13-14 dicembre 2018* (Trieste 2019) 115-123.

FORCELLINUS AE., s.v. «*Casus*», in *Lexicon totius latinitatis* I (Padova 1940, rist.) 551-552.

FORCHIELLI P., s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore I) Diritto civile*», in *Enc. giur.* V (Roma 1988) 1-4.

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto* II. *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori (Artt. 1374-1381)*, in *Comm. Schlesinger* (Milano 2013).

FURFARO F., *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al 'Lehrbuch des Pandektenrechts' di B. Windscheid* (Torino 2016).

GALEOTTI S., *Colpa della vittima e risarcibilità del danno ingiusto*, in *Quad. Lup.* 8 (2018) 391-420.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile* II (Padova 2010).

GALGANO F., *Le anime moderne del diritto privato romano*, in *Contratto e impresa. Europa* (2010) 141-155.

GALLO F., *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle 'obligationes ex variis causarum figuris'*, in *BIDR.* 76 (1973) 171-224 [= in *Opuscula selecta* (Padova 1999) 131-186].

GALLO F., *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto@Storia* 6 (2007) 1 ss. [= in *Studi in onore di R. Martini* II (Milano 2009) 139-158].

GALLO F., *L'eredità perduta del diritto romano: a proposito della produzione del diritto*, in *Eur. dir. priv.* (2007) 1005-1056.

GALLO F., *La definizione celsina del diritto nel sistema giustinianeo e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP*. 3 (2010) 1-85.

GALLO F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica* (Torino 2010).

GALLO F., *L'eredità perduta del diritto romano*, in *Index* 40 (2012) 533-536.

GALLO P., s.v. «*Gestione d'affari altrui*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* VIII (Torino 1992) 698-707.

GALLO P., s.v. «*Gestione d'affari altrui*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.* VI (Torino 2011) 424-432.

GARBARINO P., *L'eredità perduta del diritto romano. Il pensiero giuridico di Filippo Gallo*, in *Diritto@Storia* 17 (2019) 4-21.

GARBARINO P., *'Sistema' e compilazione giustinianea*, in *AUPA.* 63 (2020) 149-188.

GAROFALO A.M., *L'immeritevolezza nell'assicurazione 'claims made'*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2019) I, 70-78.

GAROFALO L., *Il tramonto dei principi romani in tema di alveo abbandonato*, in *Index* 27 (1999) 423-440.

GAROFALO L., *Alberto Burdese: tratti di un Maestro (e i Suoi scritti)*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* I (Padova 2003) 27-51.

GAROFALO L., *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* IV (Napoli 2001) 73-106 [= in ID., *Piccoli scritti di diritto penale romano* (Padova 2008) 95-123].

GAROFALO L., *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca (Padova 2008) 263-329 [= in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi Saggi* (Torino 2015) 137-200].

GAZZONI F., *Equità e autonomia privata* (Milano 1970, rist. 2019).

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*[18] (Napoli 2017).

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*[19] (Napoli 2019).

GENTILI A., *Usura e interessi moratori dal punto di vista della 'ratio legis'*, in *Riv. dir. banc.* (2021) 93-106.

GERKENS J.-F., *«Aeque perituris…». Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique* (Liège 1997).

GERKENS J.-F., *'Vis maior' and 'vis cui resisti non potest'*, in *Festschrift E. Pool* (Pretoria 2005) 109-120.

GERMANÒ A., RAGIONIERI M.P., ROOK BASILE E., *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*[2] (Torino 2020).

GIANNITI F., *Criminalistica. Le discipline penalistiche e criminologiche nei loro collegamenti* (Milano 2011).

GIANZANA S., *Codice Civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice* I. *Relazioni (Ministeriale e Senatoria)* (Torino 1887).

GIANZANA S., *Codice Civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice* V. *Codice Civile colle riferenze* (Torino 1888).

GIARDINA F., *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Violazioni del contratto. Danni e rimedi* (Milano 2003) 7-20.

GIARO T., *«Comparemus!». Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Riv. crit. dir. priv.* (2001) IV, 539-567.

GILMORE G., *The death of Contract*[2] (1995).

GIOFFREDI C., s.v. «*Tribunal*», in *NNDI.* XIX (Torino 1973) 694-696.

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*[7] II (Firenze 1907).

GIORGIANNI M., *L'inadempimento*[3] (Milano 1975).

GIOVENE A., *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza* (Padova 1941).

GIUFFRÈ V., *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni* (Napoli 1999).

GIUFFRÈ V., *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli* (Napoli 2006).

GIUFFRÈ V., *'Regulae iuris'. Prospettive di approfondimenti*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto* (Napoli 2016) 5-20, già (non identico) in ID., *Divagazioni intorno al diritto romano* (Napoli 2014) 385-402 [= in *Momenti della 'iuris scientia'. Per la coscienza del giurista moderno. Scritti emigrati* (Madrid 2015) 697-714].

GIUFFRÈ V., *Le obbligazioni tra volontaria assunzione e imposizione 'ex lege'. Un racconto cronodinamico* (Lecce 2018).

GIUNTI P., *Il 'consortium ercto non cito': fraternità e solidarismo nelle pieghe della storia*, in *LR.* 9 (2020) 275-299.

GORIA F., *Filippo Gallo*, in *IVRA* 68 (2020) 588-615.

GORLA G., *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni del Foro It.* (1966) 5-42.

GORLA G., *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.* (1969) V, 112-132.

GORLA G., *Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico" della giurisprudenza napoletana nel 1700*, in *Foro it.* (1970) V, 1-8.

GRAZZINI B., *"Maestro d'arte" ex art. 2048 c.c.: dovere di vigilanza (come dovere imprescindibile di presenza?) nelle dinamiche della prova liberatoria* (Nota a Cass. civ., Sez. VI-3, 4 giugno 2018, ord. n. 14216), in *Corr. giur.* (2019) 1051-1064.

GRISOSTOMI G., s.v. «*Caso fortuito*», in *Diz. prat. dir. priv.* I (Milano 1900) 758-760.

GRÖSCHLER P., *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, in *TRG.* 24 (2006) 261-287.

GRÖSCHLER P., *Il 'mutuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, in *Quad. Lup.* (2009) 109-126.

GROSSI P., *Sulla 'natura' del contratto*, in *QF.* 15 (1986) 593-619.

GROSSI P., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico* (Milano 2002).

GROSSI P., s.v. «*Venezian, Giacomo*», in *DBGI.* II (Bologna 2013) 2029-2032.

GROSSI P., *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta post-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno* (Roma 2018) 303-312.

GUARINO A., *Rec.* di S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile* (Torino 1950), in *IVRA* 2 (1951) 214-216 [= in *PDR.* I (Napoli 1993) 176-177].

GUARINO A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (Napoli 1968).

GUARINO A., *Il diritto romano: eredità da rifiutare?*, in *L'Héritage classique. Il ruolo delle discipline classiche nella società post-industriale* (Aosta 1991) 87-101 [= in *Dir. Giust.* 1-10 (1991) 1 ss.; *PDR.* I (Napoli 1993) 40-52].

GUARINO A., *Relazione di sintesi*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice 22-25 novembre 1988* (Palermo 1992) 307-316 [= in *PDR.* I (Napoli 1993) 164-175].

GUARINO A., *Diritto privato romano*[12] (Napoli 2001).

GUARINO A., *Francesco De Martino scolarca*, in *Labeo* 49 (2003) 7-18 [= in *APDR.*[2] (Napoli 2006) 298-308].

GUARINO A., *I prigionieri dei Lusitani*, in *Linee di tutti i giorni* (Napoli 2006) 58-60.

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1993).

GUASTINI R., *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno* (Roma 2018) 313-324.

GUIZZI F., *La storicità dell'esperienza giuridica nella giurisprudenza costituzionale*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione* I (Napoli 2006) 3-18.

GUIZZI G., *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, in *Corr. giur.* (2017) 601-608.

GUIZZI G., *Le sezioni Unite e il 'de profundis' per l'usura sopravvenuta*, in *Corr. giur.* (2017) 1495-1501.

GUIZZI G., *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore ("Aberrazioni" giurisprudenziali in tema di interessi di mora e usura)*, in *Corr. giur.* (2019) 153-171 [= in *Liber amicorum per P. Pollice* I (Torino 2020) 489-503].

GUIZZI G., *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, in *Corr. giur.* (2020) 1305-1314.

HAUPT G., *Über faktische Vertragsverhältnisse* (Leipzig 1941).

HAUPT G., *Sui rapporti contrattuali di fatto*, trad. it. di G. Varanese (Torino 2012).

HENRIKSÉN C., *Martial, Book IX. A Commentary* I (Uppsala 1998).

HEY O., s.v. «*Casus*», in *Thesaurus linguae Latinae* III (Lipsiae 1907) 573-585.

HUMBERT M., *La loi des XII Tables. Édition et commentaire* (Paris 2018).

IAMICELI P., *Credito al consumo, nullità parziale e integrazione del contratto: la sorte dei tassi moratori tra vessatorietà della clausola e disciplina anti-usura*, in *I Contratti* (2021) 102-112.

IEVA F., s.v. «*Prato, Giuseppe*», in *DBI.* LXXXV (Roma 2016) 282-283, online alla pagina web https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-prato_%28Dizionario-Biografico%29/.

IMPALLOMENI G., *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, in *Riv. dir. civ.* (1971) I, 369-378 [= in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica* (Padova 1996) 287-297].

IMPALLOMENI G., *In tema di strade vicinali*, in *Studi in memoria di V. Bachelet* III (Milano 1987) 269-297 [= in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica* (Padova 1996) 541-560].

IMPALLOMENI G., *Il 'pactum de non praestanda evictione' nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)* I [Milano 1988] 233-244 [= in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica* (Padova 1996) 561-569].

INZITARI B., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca* (Bologna-Roma 2011).

IRTI N., s.v. «*Diritto civile*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* VI (Torino 1990, rist. 1994) 128-152.

IRTI N., *In luogo di introduzione* a G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge* (Napoli 2012) 7-9.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile* (Torino 2016).

VON JHERING R., *'Culpa in contrahendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik* 4 (1860/1861) 1-112 [= in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* I (Jena 1881) 327-425].

VON JHERING R., *Della 'culpa in contrahendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. PROCCHI (Napoli 2005).

KASER M., HACKL K., *Das römische Zivilprocessrecht*[2] (München 1996).

KASER M., KNÜTEL R., LOHSSE S., *Römisches privatrecht*[21] (München 2017).

KNÜTEL R., *'Stipulatio poenae'. Studien zur römischen Vertragsstrafe* (Köln-Wien 1976).

KNÜTEL R., *Diritto romano e 'ius commune' davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età*

romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo III (Napoli 1997) 521-557.

KUNKEL W., *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in *ZSS.* 49 (1929) 158-187.

KUNKEL W., *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*[2] (rist. Köln-Weimar-Wien 2001).

LABRUNA L., *Matrici romanistiche del diritto attuale* (Napoli 1999).

LABRUNA L., *«Ius europaeum commune». Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale,* in ID., *Matrici romanistiche del diritto attuale* (Napoli 1999) 1-20.

LABRUNA L., *«Relegatus, non exul»: Ovidio e il diritto*, in L. GAGLIARDI (a cura di), *Antologia Giuridica Romanistica ed Antiquaria* II (Milano 2018) 117-137.

LAMBO L., *Obblighi di protezione* (Padova 2007).

LAMBRECHT P., *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang* (Tübingen 1994).

LANZA C., *Diritto romano e diritto moderno. Processi di 'decontestualizzazione'* (Torino 2000).

LANZA C. (a cura di), *La tradizione classica e l'unità d'Italia. La questione del diritto romano* (Napoli 2015).

LANZA C., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La tradizione classica e l'unità d'Italia. La questione del diritto romano* (Napoli 2015) 1-9.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts* I[14]. *Allgemeiner Teil* (München 1987).

LA TORRE A., *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio* (Milano 2006).

LA TORRE A., *Responsabilità e assicurazione. L'intreccio fra due storie parallele*, in ID., *Cinquant'anni col diritto. Saggi* I. *Diritto civile* (Milano 2008) 171-298.

LAURENDI R., *Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I 'collegia iuuenum' tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato 'de cognitionibus' D. 48.19.28.3*, in *AUPA.* 59 (2016) 261-285.

LECCISI E., *Le basi romanistiche dell'appropriazione indebita. Nota di commento a Cass. 4 settembre 2012 n. 33623*, in *Diritto@Storia* 11 (2013).

LECCISI E., *Le costituzioni imperiali tardoantiche nella motivazione delle sentenze di Cassazione: due esempi*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* XXI. *Frontiere della romanità nel mondo tardo antico. Appartenenza, contiguità, alterità, trasformazione e prassi* (Napoli 2016) 519-537.

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis* II (Lipsiae 1889).

LIBERTINI M., s.v. *«Interessi»*, in *Enc. dir.* XXII (Milano 1972) 95-143.

LICANDRO O., *'In magistratu damnari'. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle loro funzioni* (Torino 1999).

LICANDRO O., *'Restitutio rei publicae' tra teoria e prassi politica. Augusto e l'eredità di Cicerone*, in *AUPA.* 58 (2015) 57-130 [= in *Augusto e la 'res publica' imperiale. Studi epigrafici e papirologici* (Torino 2018) 183-306].

LIPARI N., *Postfazione* a F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata* (Milano 2019, rist.) 335-343.

LONCAO E., *'Culpa' e 'casus' nella storia del diritto italiano*, in *AUPA.* 5 (1917) 72-117 (I pt.), 118-277 (II pt.).

LONGO F., *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazione* (Napoli 1894).

LONGO G., *Appunti esegetici e note critiche in tema di 'lex Aquilia'*, in *Ricerche romanistiche* (Milano 1966) 713-763 [già in *Annali Macerata* 22 (1958) 49-74].

LOVATO A., *Del buon uso del diritto romano* (Napoli 2012).

LOVATO A., *Giustiniano e la 'consummatio nostrorum digestorum'*, in *MEFRA.* 125 (2013) 397-405.

LOVATO A., *La giurisprudenza romana come fattore di sviluppo degli ordinamenti giuridici tardo-antichi,* in *Principios generales del derecho. Antecedentes historicos y orizonte actual* (Pamplona 2014) 169-184.

VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur 'lex Aquilia de damno iniuria dato'* (Berlin 1971).

LUCHETTI G., PETRUCCI A. (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference* (Bologna 2010).

LUCHETTI G., *Il prestito di denaro a interesse in età giustinianea*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* (2016) 1-20.

LUCHETTI G., *La disciplina del prestito marittimo in Nov. Iust. 106 (a. 540)*, in *Interpretatio prudentium* (2018) 245-259.

LUCHETTI G., *Giustiniano e l'eredità della scienza giuridica romana,* P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie* (Torino 2019) 135-159.

LUGLI G., *La Roma di Domiziano nei versi di Marziale e di Stazio,* in *Studi Romani* 9 (1961) 1-17.

LUHMANN N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974), trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* (Bologna 1978).

LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito,* in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 1995).

LUMINOSO A., *La compravendita*[7] (Torino 2011).

LUZZATTO G.I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale* I. *La responsabilità per custodia* (Milano 1938).

LUZZATTO G.I., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR.* 63 (1960) 47-127.

MAC CORMACK G., *Aquilian 'culpa'*, in A. WATSON (a cura di), *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube* (Edinburgh-London 1974) 201-224.

MAC CORMACK G., *Aquilian Studies*, in *SDHI.* (1975) 1-78.

MAC CORMACK G., *'Dolus', 'culpa', 'custodia' and 'diligentia'. Criteria of Liability or Content of Obligation*, in *Index* 22 (1994) 189-209.

MAFFEI D., *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori* (Milano 1957).

MAGANZANI L., *Giovanni Negri*, in *IVRA* 69 (2021) 696-712.

MAGGIOLO M., *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI (a cura di), *'Obligatio'-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Napoli 2011) 87-108.

MAJELLO U., *Custodia e deposito* (Napoli 1958).

MAMMONE G., *1945-1969. Magistrati, Associazione e correnti nelle pagine de «La Magistratura»*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati* (Milano 2009) 27-53.

MANCINI P.S., *Del diritto di uso pubblico del Comune e del popolo di Roma sulla Villa Borghese*, in *Il Filangieri* 11 (1886) 1-19 (I pt., disp. di gennaio); 49-78 (II pt., disp. di febbraio); 119-151 (III pt., disp. di marzo).

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*[16] I (Torino 2004).

MANNI A., *'Poena constituitur in emendationem hominum'. Alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena* (Napoli 2017).

MANNI A., *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn'.) e la sanzione dei recidivi*, in *Index* 47 (2019) 348-370.

MANTELLO A., *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, in *Dir. rom. att.* 4 (2000) 37-60.

MANTELLO A., *Ancora sulle smanie 'romanistiche'*, in *Labeo* 48 (2002) 7-36.

MANTELLO A., *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, in P. ZAMORANI, A.D. MANFREDINI, P. FERRETTI (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004* (Torino 2005) 93-114.

MANNINO V., *Considerazioni intorno a una presunta pandettistica di ritorno*, in *Eur. dir. priv.* (2005) 365-387 [= in *Questioni di diritto* (Milano 2007) 1-24].

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*[10] (Padova 2017).

MARENGO R., s.v. «*Tribunale ordinario*», in *Enc. dir.* XLV (Milano 1992) 1-8.

MARINI A., *La clausola penale* (Napoli 1984).

MARINO G., *Biagio Brugi e il 'metodo storico' nella determinazione dei principi di diritto*, in *Index* 16 (1988) 299-325.

MARINO G., *Positivismo e giurisprudenza* (Napoli 1986).

MASI A., *'Stipulatio praepostera'*, in *BIDR.* 63 (1960) 183-211.

MASI A., *L'opera di Giuseppe Branca*, in *Index* 34 (2006) 21-35.

MASI A., s.v. «*Brugi, Biagio*», in *DBGI.* I (Bologna 2013) 342-345.

MASI DORIA C., '*Spretum imperium'. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica* (Napoli 2000).

MASI DORIA C., *Modificazione e estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque. Un esempio della relazione tra natura e ius: diritto romano e codificazioni*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli 2003) 277-304.

MASI DORIA C., *'Salus populi suprema lex esto'. Modelli costituzionali e prassi del 'Notstandsrecht' nella 'res publica' romana*, in *Scritti in onore di M. Scudiero* III (Napoli 2008) 1243-1263 [= in *Eccezione e*

regola. Un dialogo interdisciplinare. Atti della Tavola rotonda, Teramo 24 maggio 2007, a cura di M.F. Cursi (Napoli 2008) 105-126; ora in *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana* (Napoli 2015) 1-21].

MASI DORIA C., *Variazioni in tema di 'regulae iuris' (a mo' di introduzione)*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto* (Napoli 2016) 1-4.

MASI DORIA C., *La romanistica italiana verso il terzo millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive* (Torino 2016) 179-201.

MASI DORIA C., *Poesia e diritto romano* (Napoli 2018).

MASI DORIA C., *Robert Louis Stevenson: tra Gibbon, (Hugo) e Jhering*, in *Koinonia* 44 (2020) 1021-1027.

MASI DORIA C., *Alimentazione e «cura corporis»: un po' di tempo e di dignità nella giornata del lavoratore antico*, in *Studi in onore di F. Santoni*, i.c.d.p.

MASSIRONI A., *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)* (Milano 2012).

MATTONE A., s.v. «*Atzeri Vacca, Francesco*», in *DBGI.* I (Bologna 2013) 122.

MAYER-MALY TH., *Von solchen Handlungen die den Kontrakten in ihrer Wirkungen gleichkommen*, in *Festschrift zum 60. Geburstag von W. Wilburg* (Graz 1965) 129-142.

MAZZACANE A., *«Il leone fuggito dal circo»: pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index* 29 (2001) 97-111.

MAZZAMUTO S., NIVARRA L. (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Torino 2016).

MAZZOLA R., *Elenco degli scritti storico-giuridici di Antonio Guarino*, in *Index* 42 (2014) 25-71.

MAZZOTTA O., *Diritto di critica e contratto di lavoro* (Nota a Cass. civ., Sez. lav., 25 febbraio 1986, n. 1173), in *Foro it.* (1986) I, 1878-1886.

MAUGERI M., *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, in *BBTC.* (2017) II, 35-49.

MECACCI F., Nota a Corte di Cassazione di Napoli, ud. 1 giugno 1876, in *Foro it.* (1877) I, 77-86.

MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». Studio critico*, in *Riv. dir. comm.* (1954) I, 185-209 (I pt.), 280-320 (II pt.), 366-396 (III pt.) [= in *Scritti* II. *Obbligazioni e negozio* (Milano 2011) 141-266].

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.* (1956) II, 360-372 [= in *Scritti* II. *Obbligazioni e negozio* (Milano 2011) 267-282].

MENGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.* (1984) 507-522 [= in *Scritti* II. *Obbligazioni e negozio* (Milano 2011) 283-298].

MENGONI L., s.v. «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*», in *Enc. dir.* XXXIX (Milano 1988) 1072-1099 [già in *JUS* (1986) 87-133, con titolo *La responsabilità contrattuale*, poi in *Scritti* II. *Obbligazioni e negozio* (Milano 2011) 299-354].

MEOLA A., *Sul 'nato morto': osservazioni a margine di un caso giurisprudenziale*, in C. LANZA (a cura di), *La tradizione classica e l'unità d'Italia. La questione del diritto romano* (Napoli 2015) 61-80.

MERCOGLIANO F., *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index* 33 (2005) 83-104.

MERCOGLIANO F., *Italia «legibus fundata». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n.s., 1 (2012) 171-178.

MERCOGLIANO F., *Betti, le fonti di obbligazione, il negozio giuridico*, in *Index* 47 (2019) 201-206.

MERCOGLIANO F., *Breve nota sulle prime leggi romane e su alcuni sviluppi in materia di responsabilità privata*, in *TSDP*. 13 (2020) 1-18.

MERLI P., *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del venditore: un eterno ritorno* (Nota a Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 16654), in *Danno e resp.* (2018) 363-372.

MESSINA C., *Tradizione romanistica e principi generali del diritto. Vittorio Scialoja e un piccolo 'bluff' di Fadda e Bensa*, in *TSDP*. 11 (2018) 1-45.

METRO A., *'Rebus sic stantibus'*, in F. REINOSO BARBERO, A. MARTÍN MINGUIJÓN (coord.), *Principios jurídicos. Antecedentes históricos de los Principios Generales del Derecho Español y de la Unión Europea* (Madrid 2013) 214-224, online alla pagina web http://itunes.uned.es/000116/116_CCSociales_juridicas/04_PRINCIPIOS_JURIDICOS_antecedentes.pdf.

MICALI G., *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in *Giur. it.* (1993) IV, 489-509.

MINIERI L., *Sentenze di Cassazione e diritto romano: in tema di diritto marittimo*, in C. LANZA (a cura di), *La tradizione classica e l'unità d'Italia. La questione del diritto romano* (Napoli 2015) 25-59.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*[9] I (Milano 1957).

MOLLE G., *Caso fortuito e responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza* (Nota a Cass. 26 marzo 1976, n. 1129), in *BBTC.* (1976) II, 173-181.

MONATERI P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* (Padova 1989).

MONATERI P.G., SOMMA A., *«Alien in Rome». L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.* (1999) V, 47-56.

MONATERI P.G., *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'*, in *Hastings Law Journal* 51 (2000) 479-555

(online alla pagina web https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3393&context=hastings_law_journal) [trad. it. *Caio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della "Tradizione Giuridica Occidentale"* consultabile online alla pagina web http://www.jus.unitn.it/cardozo/users/pigi/blackgaius/bgi.pdf e, con titolo parzialmente diverso, in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva* (Bari 2005) 19-76].

MONTI A., *Alla scoperta del diritto anglosassone: il contributo di Mario Sarfatti (1876 – 1962) alla comparazione giuridica*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Lavorando al cantiere del 'Dizionario Biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)'* (Milano 2013) 589-623.

MONTI A., s.v. «*Sarfatti, Mario*», in *DBGI.* II (Bologna 2013) 1804.

MORELLO M., *Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiurisprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra XV e XVIII secolo*, in *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche Politiche ed Economiche* 68 (2017) 159-222.

MUCIACCIA G., *L'elemento fortuito nel diritto romano e comune*, in *AG.* 193/2 (1977) 63-81.

NAPOLITANO G., *Rec.* di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano 1969), in *Riv. dir. comm.* (1970) I, 415-418.

NARDOZZA M., *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento* (Torino 2007).

NARDOZZA M., «*Simoncelli, Vincenzo*», in *DBGI.* II (Bologna 2013) 1867-1869.

NASTI F., *L'attività normativa di Severo Alessandro* I. *Politica di governo. Riforme amministrative e giudiziarie* (Napoli 2006).

NEGRI G., *Sull'uso del diritto romano nella giurisprudenza dei Tribunali italiani moderni in tema di vendita con riserva dell'esercizio minerario*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella*

prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990 II (Milano 1991) 657-673.

NEGRI G., *Un esempio di interpretazione del legato nel diritto romano e nella giurisprudenza dei tribunali italiani moderni,* in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo* III (Napoli 1997) 605-615.

NEGRI G., *Tradizione romanistica e diritto europeo*, in L. MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l'Europa* (Roma-Bari 1997) 21-39.

NEGRI G., *Prefazione* a L. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica* (Milano 2006) vii-ix.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio* I. *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo* XVI.1 (Milano 1974).

NICOLUSSI A., s.v. «*Obblighi di protezione*», in *Enc. dir. - Ann.* VII (Milano 2015) 659-665.

NITSCH C., *La regola e l'eccezione. Su defettibilità, ambiguità e vaghezza delle norme giuridiche*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto* (Napoli 2016) 171-188, già in R. BRIGHI, S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica* (Ariccia 2015) 341-360.

NIVARRA L., *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.* (2012) 475-501 [= in R. ALESSI, S. MAZZAMUTO, S. MAZZARESE (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso* (Milano 2013) 249-272].

NÖRR D., *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht* (München 1960).

NÖRR D., *'Causa mortis'. Auf den Spuren einer Redewendung* (München 1986).

OPPO G., *Lo «squilibrio contrattuale» tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.* (1999) I, 533-545.

ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna 1987).

ONIDA P.P., *La responsabilità penale degli enti collettivi fra diritto romano e diritto moderno*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano* (Torino 2016) 59-81.

ORLANDI M., *Forza normativa della descrizione*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Torino 2016) 173-198.

ORLANDI M., s.v. «*Responsabilità precontrattuale*», in *Enc. dir. - I tematici* I. *Il contratto* (Milano 2021) 996-1031.

ORMANNI A., *L'eredità classica nel mondo moderno*, in *Labeo* 1 (1955) 98-105.

ORTU R., *Note in tema di organizzazione e attività dei 'venaliciarii'*, in *Diritto@Storia* 2 (2003) 1-18.

ORTU R., *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica* (Torino 2012).

OSTI G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.* (1918) 209-259 (I pt.), 313-360 (II pt.), 417-471 (III pt.).

OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità da inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1954) 593-616.

OSTI G., s.v. «*Impossibilità sopravveniente*», in *NNDI.* VIII (Torino 1968) 287-300.

PACCHIONI G., *La prestazione della colpa e del caso fortuito nella 'negotiorum gestio'*, in *Studi di diritto privato* (Cesena 1889) 73-131.

PACCHIONI G., *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile* (Lanciano 1893).

PACCHIONI G., *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui* (Nota a Corte di Cassazione di Torino, 31 dicembre 1904), in *Riv. dir. comm.* (1905) II, 52-59.

PACCHIONI G., *'Arbitrium merum' e 'arbitrium boni viri'* (Nota a Corte di Cassazione di Roma, 20 gennaio 1911), in *Riv. dir. comm.* (1911) II, 369-376.

PACCHIONI G., *Il 'jus prohibendi' del condomino in due recenti pubblicazioni*, in *Riv. dir. comm.* (1912) I, 1030-1040.

PACCHIONI G., *Diritto civile italiano – Parte seconda* III. *Dei quasi-contratti* (Padova 1938).

PACCHIONI G., *Obbligazioni e contratti* (Padova 1950).

PACILEO V., *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi* (Padova 2003).

PAGLIANTINI S., *Una breve pagina introduttiva*, in G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, trad. it. di G. Varanese (Torino 2012) 5-7.

PAGLIANTINI S., *Spigolature sull'art. 7, commi 1 e 2 del d.lgs. 231/02*, in *Persona e Mercato* (2015) 57-65.

PAGLIANTINI S., *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in *Corr. giur.* (2017) 608-617.

PAGLIANTINI S., *L'usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corr. giur.* (2017) 1487-1494.

PALICI DI SUNI E., *Corti, dottrina e società inclusiva: brevi annotazioni a partire dalla sintesi dei risultati della ricerca*, in S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze* I. *La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi* (Torino 2016) 7-21.

PALMA A., *«Diritto a non nascere» e diritto alla salute del nascituro: soggetto o oggetto di tutela. A proposito di Corte di Cassazione, sez. III, 2.10.2012, n. 16754*, in *In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenarii* (Fribourg 2013) 97-108.

PAPA A., *I contratti dell'azienda ristorativa* (Firenze 2007).

PARENTI L., *Il regime degli interessi*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento* (Napoli 2018) 647-679.

PARICIO J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid 1987).

PARICIO J., *Una aproximación a la biografía del jurista Próculo*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 11 (1999) 83-99.

PARICIO J., s.v. «*Sempronio Próculo*», in R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales* I. *Juristas antiguos* (Madrid-Barcelona 2004) 159-161.

PARICIO J., *Seis recuerdos personales: Filippo Gallo, Enrique Gómez Royo, Remo Martini, Rolf Knütel, Matteo Marrone, Carlo Augusto Cannata*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 33 (2020) 11-36.

PASCUCCI L., *Interessi moratori e usura: 'quid sub sole novi'?*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2018) I, 230-245.

PASCUCCI L., *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*, in *BBTC.* (2019) II, 43-69.

PASCUCCI L., *Usura e oneri eventuali* (Torino 2019).

PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno. Clausola tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del* giudice (Napoli 2015).

PATTI F.P., *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine dell'art. 2051 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.* (2019) 977-1013.

PEDACE F., s.v. «*Ordinamento giudiziario*», in *NNDI.* XII (Torino 1965) 16-41.

PELLOSO C., *L'obbligo di custodia*, in M. TALAMANCA, L. GAROFALO (dir.), *Trattato delle obbligazioni* I.2 (Padova 2014).

PELLOSO C., *Il deterioramento e il perimento 'ante traditionem' del bene compravenduto: rimedi consumeristici e di diritto comune*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali* (Torino 2015) 89-165 [già in L.

GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità* (Napoli 2011) 213-294, con titolo *Riflessioni sul micro-sistema del codice del consumo: la responsabilità del venditore per deterioramento e perimento del bene 'ante traditionem'*].

PELLOSO C., *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale. Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 29 (2016) 263-302.

PELLOSO C., *Sulla responsabilità contrattuale di 'fullo' e 'sarcinator' nel II secolo d.C.: considerazioni a margine del pensiero di C.A. Cannata*, in *TSDP*. 13 (2020) 1-49 [= in *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, cur. L. Garofalo, L. Vacca (Napoli 2021) 493-526].

PEPPE L., *Il processo di Paolo di Tarso: considerazioni di uno storico del diritto* (Lecce 2018).

PEPPE L., *I 'processi' di Paolo di Tarso tra narrazioni e storia*, in *IVRA* 68 (2020) 189-232.

PEROZZI S., *Il diritto romano nella giurisprudenza*, in *Temi Veneta* (1894) 361-365 [= in *Scritti giuridici* III. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari* (Milano 1948) 643-654].

PEROZZI S., *Rec.* di P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (Firenze 1896), in *BIDR.* 9 (1896) 205-216 [= in *Scritti giuridici* III. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari* (Milano 1948) 666-676].

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano* I (Firenze 1906 [2ª ed. Roma 1928, rist. *ivi* 2002]).

PEROZZI S., *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges P.F. Girard* II (Paris 1912) 355-386 [= *Scritti giuridici* I. *Proprietà e possesso*, cur. U. Brasiello (Milano 1948) 555-584].

PEROZZI S., *Condominio e collegialità negli scritti di due miei censori*, in *Riv. dir. comm.* (1913) I, 564-602 [= in *Scritti giuridici* I. *Proprietà e possesso*, cur. U. Brasiello (Milano 1948) 585-635].

PESCE E., *Gli itinerari della buona fede secondo Stefano Rodotà*, in *Politica del diritto* (2019) 125-144.

PETRUCCI A., *'Neque enim decipi debent contrahentes'. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardo repubblicano e del principato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese* III (Padova 2003) 89-103.

PETRUCCI A., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I (Torino 2018).

PETRUCCI A., *I fondamenti del diritto europeo nella Facoltà/Dipartimento di Giurisprudenza di Pisa*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno – Trento, 13-14 dicembre 2018* (Trieste 2019) 133-156.

PINO G., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto & questioni pubbliche* (2011) 75-110.

PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale* (Napoli 2011).

PIRAINO F., *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.* (2011) 1019-1106.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo* (Torino 2015).

PIRAINO F., *Usura e interessi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*[2] (Torino 2017) 151-224.

PIRAINO F., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principî* (Napoli 2017).

PIRAINO F., *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.* (2017) 104-132.

PIRAINO F., *Il principio di equivalenza delle condizioni*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* (Milano 2018) 496-527.

PIRAINO F., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.* (2019) 709-738.

PIRAINO F., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it. - Gli speciali* (2020) 169-198.

PIRAINO F., *Interessi moratori, usura e cd. clausola di salvaguardia*, in *I Contratti* (2020) 138-159.

PIRAINO F., *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *I Contratti* (2021) 5-18.

PIRAINO F., *Gli interessi moratori usurari ma 'contra legem'*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2021) 196-208.

PIRO I., *Damnum 'corpore suo' dare rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani* (Napoli 2004).

PIRO I., RANDAZZO S. (a cura di), *I Bonfante. Una storia scientifica italiana* (Milano 2019).

PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario* (Roma 1974).

POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* (Roma 1915).

POLIS S., *Martial: livre VII. Édition – traduction – commentaire* I. *Introduction, édiction et traduction* (Liège 2002).

POLIS S., *Martial: livre VII. Édition – traduction – commentaire* II. *Commentaire* (Liège 2002).

PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano* (Bologna 2011).

PORCELLI P., *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia* (Napoli 2003).

POTHIER R.-J., *Trattato delle obbligazioni* I, trad. it. di F. FORAMITI (Venezia 1833).

PRATO G., *Tra scioperi e serrate*, in *La Riforma Sociale* 12 (1905) 485-495.

PROCCHI F., *Nota di lettura*, in R. VON JHERING, *Della 'culpa in contrahendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* (Napoli 2005) xv-xlvii.

PROCCHI F., *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. GAROFALO (a cura

di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni in diritto romano* I (Padova 2007) 181-246.

PROCCHI F., *'Licet emptio non teneat'. Alle origini delle moderne teoriche sulla 'culpa in contrahendo'* (Padova 2012).

PROCCHI F., *'Contatto sociale qualificato', diritto romano e tradizione romanistica. Brevi considerazioni a margine di Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188*, in *Agricoltura e Costituzione, una Costituzione per l'Agricoltura. Studi in onore di M. Goldoni* (Pisa 2018) 355-362.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze* I. *La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi* (Torino 2016) 113-177.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *L'obbligazione tra prestazione e protezione*, pubblicazione per la ricerca «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice» (s.d.) 1087-1127, online alla pagina web https://core.ac.uk/download/pdf/55147043.pdf [= con titolo *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, in H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso* (Torino 2016) 205-251].

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Inadempimento e causalità "materiale": 'perseverare diabolicum'*, in *Danno e resp.* (2020) 75-84.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *La circolazione dei modelli dottrinali e giurisprudenziali nel «mondo comunicante»*, in *Liber amicorum L. Moccia* (Roma 2021) 115-152.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.* (2019) 1-42.

PULITANÒ F., *'Quid enim municipes dolo facere possunt'? Illecito del singolo e responsabilità collettiva nel diritto romano* (Milano 2018).

PURPURA G., *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA.* 39 (1987) 187-336.

PURPURA G., *Rec.* di I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano* (Bologna 2011), in *IVRA* 62 (2014) 410-418.

QUADRI E., *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.* (1999) 890-898.

QUADRI E., *Gli interessi*, in *Tratt. Rescino* IX. *Obbligazioni e contratti*[2] I (Torino 1999) 638-716.

QUADRI E., *La via delle sezioni unite per la rilevanza usuraria degli interessi moratori*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2021) 184-195.

RAMPAZZO N., *Deposito e diligenza nella custodia. A proposito di due recenti sentenze in tema di parcheggio*, in *Diritto e giurisprudenza* (2010) 192-209.

RAMPAZZO N., *'Sententiam dicere cogendum esse'. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico* (Napoli 2012).

RANDAZZO S., *«Collegia iuvenum». Osservazioni in margine a D. 48.19.28.3*, in *SDHI.* 66 (2000) 201-222.

RATTI G.B., *Rileggendo Rodotà sull'integrazione del contratto. Cinque tesi metodologiche*, in *Politica del diritto* (2019) 87-96.

REALMONTE F., s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* II (Torino 1988, rist. 1995) 248-255.

REALMONTE F., *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima di reato*, in *Riv. dir. comm.* (1997) I, 771-784.

REINOSO BARBERO F., *España y el Derecho romano actual*, in *Labeo* 32 (1986) 310-317.

REINOSO BARBERO F., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1987).

REINOSO BARBERO F., *El derecho romano como 'desideratum' del derecho del tercer milenio: los principios generales del derecho*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 3 (1997) 23-90.

REINOSO BARBERO F., *El derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista general del Derecho Romano* 10 (2008) 1-21.

REINOSO BARBERO F., *Ein offensichtliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht*, in *ZSS.* 127 (2010) 345-363.

REINOSO BARBERO F., *Los principios generales del derecho en el 'impeachment' al lenguaje jurídico*, in F. REINOSO BARBERO, A. MARTÍN MINGUIJÓN (coord.), *Principios jurídicos. Antecedentes históricos de los Principios Generales del Derecho Español y de la Unión Europea* (Madrid 2013) 6-26, online alla pagina web http://itunes.uned.es/000116/116_CCSociales_juridicas/04_PRINCIPIOS_JURIDICOS_antecedentes.pdf.

RESCIGNO P., *Fortuito, causa non imputabile e diligenza* (Nota a Corte d'app. Torino, 3 giugno 1949), in *BBTC.* (1951) II, 388-394.

RESCIGNO P., *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei. Convegno sul tema «I principi generali del diritto» – Roma 27-29 maggio 1991* (Roma 1992) 331-345.

RICCOBONO S., *La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Riv. dir. comm.* (1917) I, 369-426.

RICCOBONO S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di storia e d'esegesi del diritto romano* (Milano 1949).

RICCOBONO S., *Rec.* di S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile* (Torino 1950), in *BIDR.* 55-56 (1952) 420-430.

RINALDI F., *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto*

comparato con particolare riferimento al "processo" costituzionale, in *Forum Quaderni Costituzionali* (2015) 1-12.

RIVIECCIO D., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico*, in *Ricerche giuridiche* 1 (2012) II, 147-162.

RIZZA A.R., *La 'lex Aquilia'. Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano* (Roma 2018).

RIZZO N., *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *BBTC.* I (2018) 359-392.

RIZZO N., *Le Sezioni Unite consacrano la simmetria come principio della legge anti-usura ma si perdono all'ultimo miglio*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2019) I, 84-93.

RED., s.v. «*Caso*», in *DI.* VI.2 (Torino 1891) 325-326.

ROBAYE R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles 1987).

ROBERTAZZI M., *Giurisprudenza e responsabilità morale: il "buon giudice" Magnaud*, in *Universitas* 28 (2018) 85-112.

ROBINSON O.F., *'Casus' in the Digest*, in *Essays in Honour of B. Beinart* II (Cape Town 1979) 337-377.

ROBUSTELLA C., *La dibattuta questione della rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura*, in *Jus Civile* (2016) 154-175, online alla pagina web http://www.juscivile.it/contributi/2016/12_Robustella.pdf.

ROBUSTELLA C., *Usura bancaria e determinazione del tasso soglia* (Bari 2017).

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano 1969, rist. int. 2004).

RODRÍGUEZ ALMEIDA E., *Marziale e Roma, un poeta e la sua città* (Roma 2014).

ROMANO L., *Tracce antiche nel garantismo moderno?*, in *Index* 47 (2017) 614-631.

RONDINONE N., *Storia inedita della codificazione civile* (Milano 2003).

ROPPO V., *Il contratto*[2], in *Tratt. Iudica-Zatti* (Milano 2011).

ROPPO V., *Stefano Rodotà, civilista e non civilista*, in *Politica del diritto* (2017) 499-504.

ROSSETTI M., *I danni nelle obbligazioni pecuniarie (Art. 1224)*, in *Comm. Schlesinger* (Milano 2021).

ROSSI S., s.v. «*Contatto sociale (fonte di obbligazioni)*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ., App. agg.* V (Torino 2010) 346-353.

ROTONDI G., *Dalla 'Lex Aquilia' all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Scritti giuridici* II (Milano 1922) 465-578 (già in *Riv. dir. comm.* [1916] I, 942-970; [1917] II, 236-295).

SACCO R., *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (Milano 1984) 155-164.

SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto* (Torino 2016).

SACCOCCIO A., *Osservazioni sparse in tema di servitù tra storia e dogmatica. Per una rilettura delle norme cinesi*, in *Roma e America. Diritto romano e comune* 39 (2018) 97-118.

SACCOCCIO A., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale* (Torino 2020).

SALANITRO U., *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *BBTC.* (2015) I, 740-758 [nuova versione, con aggiornamenti e integrazioni, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*[2] (Torino 2017) 119-149].

SALANITRO U., *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, in *BBTC.* (2021) II, 16-27.

SALVI G., *A proposito di un recente libro su usura e oneri eventuali (con postilla sulla c.d. mora usuraria nel canone delle Sezioni Unite)*, in *Pers. merc.* (2021) 575-582.

SANGIOVANNI V., *Interessi di mora e clausole di salvaguardia contro il rischio di usura* (Nota a Trib. Bari, 14 dicembre 2015, ord.), in *I Contratti* (2016) 455-464.

SANTORO A., s.v. «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. pen.)*», in *NNDI.* II (Torino 1958) 992-1003.

SANTUCCI G., *Il credito 'personale' del socio. Un profilo della teoria dei conferimenti alla luce della tradizione romanistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli 2003) 375-419.

SANTUCCI G., *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Eur. dir. priv.* (2007) 1057-1093.

SANTUCCI G., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche* (Bologna 2010).

SANTUCCI G., *«Decifrando scritti che non hanno nessun potere». La crisi della romanistica tra le due guerre*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive* (Torino 2016) 63-102.

SANTUCCI G., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*[2] (Bologna 2018).

SANTUCCI G., *Introduzione ai temi del convegno*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive* (Trieste 2019) 9-24.

SARFATTI M., *Brevi appunti in materia di gestion d'affari. A proposito della sentenza 8 febbraio 1904 della Pretura di Borgo San Donnino*, in *Monitore dei Tribunali* (1904) 681-683.

SARFATTI M., *Il boicottaggio nella giurisprudenza americana*, in *Riv. dir. comm.* (1907) I, 451-452.

SARFATTI M., *Arbitrati su controversie di lavoro in Inghilterra*, in *Riv. dir. comm.* (1907) I, 452-453.

SARFATTI M., *Sulla utilità dello studio del diritto privato inglese in Italia. Prolusione al corso libero di diritto civile comparato (R. Università di Torino 15 dicembre 1906)*, in *Il Filangieri* 32 (1907) 1-22.

SARFATTI M., *Un secolo di legislazione sul lavoro in Inghilterra*, in *Riv. dir. comm.* (1910) I, 479-483.

SARFATTI M., *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano* (Milano 1924).

SARFATTI M., *Introduzione allo studio del diritto comparato* (Torino 1933).

SARFATTI M., *Influenza reciproca del diritto romano e del diritto anglosassone*, in *Studi in memoria di A. Albertoni* III (Padova 1938) 563-575.

SARGENTI M., *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI.* 20 (1954) 127-258.

SATTA S., s.v. «*Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*», in *Enc. dir.* X (Milano 1962) 797-929.

SAVANT G., *Luigi Einaudi e Antonio Gramsci*, in *Studi Storici* 53 (2012) 645-669.

SCALERA A., *Caso fortuito: da Giustiniano a Napoleone s'è persa l'imprevedibilità?* (Nota a Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837), in *Corr. giur.* (2018) 768-772.

SCHIAVONE A., *Premessa* a E. GABBA, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma* IV. *Caratteri e morfologie* (Torino 1989) 3-4.

SCHIAVONE A., *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica* (Roma-Bari 1990) 275-302.

SCHIPANI S., *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'* (Torino 1969).

SCHIPANI S., *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. S. Romano* (Milano 1981) 139-210.

SCHIPANI S., *La codificazione del diritto romano comune* (rist. accr. Torino 1999).

SCHIPANI S., *Rileggere i 'Digesta'. Enucleare i pricipii. Proporli*, in A. TRISCIUOGLIO (a cura di), *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)* (Napoli 2009) 51-70.

SCIALOJA V., *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera aperta al Prof. F. Serafini*, in *AG.* 26 (1881) 486-494.

SCIALOJA V., Nota a Corte di Cassazione di Roma, udienza del 21 novembre 1888, in *Foro it.* (1914) I, 941-953 [= *Della 'negotiorum gestio prohibente domino' ed in ispecie dell'azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore*, in *Studi giuridici* III. *Diritto privato – Prima parte* (Roma 1932) 389-403].

SCIALOJA V., *In difesa di termini giuridici fuori uso*, in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante* II (Roma 1931) 229-237 [= in *Studi giuridici* IV. *Diritto privato – Seconda parte e questioni di procedura civile* (Roma 1933) 241-245].

SCIALOJA V., *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Studi giuridici* III. *Diritto privato – Prima parte* (Roma 1932) 1-23.

SCIUMÈ A., *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)* (Torino 2002).

SCODITTI E., *Contratto, giudice e Costituzione*, in *Juscivile* (2018) 420-428.

SCOGNAMIGLIO M., *Profili ricostruttivi della 'stupulatio poenae' nell'esperienza giuridica romana*, in *TSDP*. (2012) 1-32.

SCOGNAMIGLIO M., *Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio 'nullum crimen sine lege'*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano* (Torino 2016) 137-173.

SCOGNAMIGLIO M., *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'* (Torino 2018).

SCOTTI F., *L'utilizzo del diritto romano come fonte persuasiva nella giurisprudenza inglese: una decisione della House of Lords in materia di responsabilità civile e nesso di causalità*, in *TSDP*. 11 (2018) 1-67.

SCOTTO DI CARLO M., *Le Sezioni Unite sull'applicazione della disciplina antiusura agli interessi moratori: luci e ombre*, in *Danno e resp.* (2021) 207-222.

SCOZZAFAVA O.T., *Gli interessi monetari* (Napoli 1984).

SCOZZAFAVA O.T., *Gli interessi dei capitali* (Napoli 2001).

SCUTO C., *Istituzioni di diritto privato*[3] I. *Parte generale. Teoria dei diritti reali* (Napoli 1941).

SEGNALINI S., *«Contrahere» senza «consentire»? Il punto di vista dello storico*, in *Riv. dir. rom.* 10 (2010) 1-24.

SERAFINI F., *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare. Prolusione letta il 25 novembre 1871* (Roma 1872) [= in *Opere minori, Parte prima. Scritti vari* (Modena 1901) 201-219].

SERIO M., *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (2015) 25-42.

SERRANO-VICENTE M., *'Custodiam praestare'. La prestación de custodia en el derecho romano* (Sevilla 2006).

SICARI A., *Pena convenzionale e responsabilità* (Bari 2001).

SIMONCELLI SCIALOJA V., *'Absentia domini'*, in *Foro it.* (1957) IV, 129-143.

SOLIDORO MARUOTTI L., *«Ultra sortis summam usurae non exiguntur»*, in *Labeo* 28 (1982) 164-179.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Problemi di storia sociale nell'elaborazione giuridica romana*[2] (Napoli 1996).

SOLIDORO MARUOTTI L., *Sulla disciplina degli interessi convenzionali in età imperiale*, in *Index* 25 (1997) 555-580.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Tassi usurari e giurisdizione*, in *Diritto@Storia* 7 (2008).

SOLIDORO MARUOTTI L., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale,* in *TSDP*. 1 (2008) 1-49 [= con qualche modifica in *Studi in onore di A. Metro* VI (Milano 2010) 105-137].

SOLIDORO MARUOTTI L., *La violazione degli obblighi di informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica,* in *Studi in onore di R. Martini* III (Milano 2009) 609-640.

SOLIDORO MARUOTTI L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II. *Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni* (Torino 2010).

SOLIDORO L., *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Il convegno internazionale ARISTEC a Roma*, in *TSDP*. 5 (2012) 1-50.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Tra morale e diritto, Gli itinerari dell''aequitas'* (Torino 2013).

SOLIDORO L., *Alle origini del garantismo: note introduttive*, in EAD. (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano* (Torino 2016) 1-13.

SOLIDORO L., *Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di 'civil law'*, in *De iustitia* (2016) III, 72-105.

SOLIDORO L., *I Fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina,* in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive* (Trieste 2019) 189-216.

SOLIMANO S., s.v. «*Fadda, Carlo*», in *DBGI.* I (Bologna 2013) 813-814.

SOMMA A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione del diritto interno e comunitario* (Milano 2001).

SOMMA A., *«Roma madre delle leggi». L'uso politico del diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 32 (2002) 153-181.

SOMMA A., *Da Roma a Washington*, in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva* (Bari 2005) 169-239.

SOMMELLA P., MIGLIORATI L., *Il segno urbano*, in AA.VV., *Storia di Roma* II. *L'impero mediterraneo* 2. *I Principi e il mondo* (Torino 1991) 287-309.

SORACI R., *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro* (Catania 1974).

SORRENTINO P., *Sulla responsabilità del ristoratore per i danni subiti dal cliente* (Nota a Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2020, ord. n. 9997), in *Gazz. For.* 13 (2020) 729-732.

SPAGNESI E., s.v. «*Buonamici, Francesco*», in *DBGI.* I (Bologna 2013) 360-361.

STEIN P., *Il diritto romano nella storia europea*, a cura di E. Cantarella (Milano 2001).

STOLFI E., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari* (Bologna 2010).

STOLFI E., *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti nell'interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia* 48 (2014) 72-87.

STOLFI E., *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (Frankfurt am Main 2018) 551-574.

STOLFI G., *Il diritto romano nell'esperienza di un civilista*, in *SDHI.* 43 (1977) 1-22.

STOPPATO A., Nota a Corte di Cassazione di Roma, decisione 2 maggio 1891, in *Temi veneta* 16 (1891) 364-365.

TAFARO S., *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale* I (Bari 1984).

TAFARO S., *CI. 7. 47. 1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore,* in *L'usura ieri ed oggi. Convegno su: "L'usura ieri ed oggi". Foggia, 7-8 aprile 1995* (Bari 1997) 213-230.

TALAMANCA M., s.v. «*Colpa. I. Colpa civile. a) Diritto romano e intermedio*», in *Enc. dir.* VII (Milano 1960) 517-534.

TALAMANCA M., s.v. «*Obbligazioni (storia) a) Diritto romano*», in *Enc. dir.* XXIX (Milano 1979) 1-78.

TALAMANCA M., s.v. *«Pena privata (dir. rom.)»*, in *Enc. dir.* XXXII (Milano 1982) 712-734.

TALAMANCA M. (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano*[2] (Milano 1989).

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990).

TALAMANCA M., s.v. «*Vendita a) Diritto romano*», in *Enc. dir.* XLVI (Milano 1993) 303-475.

TALAMANCA M., *Considerazioni sul «periculum rei venditae»*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 7 (1995) 217-296.

TALAMANCA M., *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese* IV (Padova 2003) 1-312.

THOMAS P., *The application of Roman law in modern South African law*, in *TSDP.* 3 (2010) 1-32.

TONDO S., *Classificazione delle fonti d'obbligazione*, in *Labeo* 41 (1995) 371-386.

TORRENT A., *Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica*, in *Index* 40 (2012) 537-557.

TORRENT A., *La causalidad aquiliana. Conexión 'corpore suo-damnum dare': Gayo 3,219; Ulp. (18 ad ed.) D 1,1,7; IJ 4,3,16*, in *RIDROM* 20 (2018) 465-504 [= in ID., *'Ad legem Aquiliam'* I. *Estudios sustantivos: 'culpa', 'damnum', 'causa'* (Madrid 2019) 247 ss.].

TORRENT A., *Concurrencia y paralelismos entre la «actio legis Aquiliae», la «actio ex locato», y la «actio iniuriarum»*, in *Index* 49 (2021) 363-386.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*[24] (Milano 2019).

TRIMARCHI P., *Il "caso fortuito" quale limite della responsabilità per il danno da cose. Contributo ad una teoria del rischio d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1959) 808-862.

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milano 1961).

TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1970) 512-531.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*[18] (Milano 2009).

VACCA L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1976, rist. 1982), ora in EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. Rossetti (Torino 2017) 5-148.

VACCA L., *Carlo Augusto Cannata*, in *IVRA* 68 (2020) 616-627.

VALDITARA G., *'Damnum iniuria datum'*[2] (Torino 2005).

VALLOCCHIA F., *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di 'incommodum publicum' (a proposito di D. 43.10.1)*, in *TSDP*. 6 (2013) 1-50.

VALLOCCHIA F., *«Legalità» e «ordine» nel pensiero di Giuseppe Grosso: «valore positivo» del «potere negativo»*, in A. TRISCIUOGLIO (a cura di), *Tribunado. Poder negativo y defensa de los derechos humanos. Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo. En homenaje al Profesor G. Grosso (Torino, 8-9 settembre 2016)* (Milano 2018) 43-55.

VALSECCHI E., *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito*, in *Riv. dir. comm.* (1947) I, 151-161.

VANZETTI M., *«Iuvenes» turbolenti*, in *Labeo* 20 (1974) 77-82.

VARANESE G., *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, in G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, trad. it. di G. Varanese, (Torino 2012) 9-43.

VERDE G., *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.* (1971) V, 177-192.

VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche* I. *Studi sulle obbligazioni* (Roma 1919) 1-335.

VILLAN L., *Responsabilità da cose in custodia: quando il comportamento del danneggiato costituisce caso fortuito* (Nota a Cass. civ., Sez. III., 31 ottobre 2017, ord. n. 25837), in *Nuova giur. civ. comm.* (2018) 180-186.

VINCENTI U., *Lezioni di metodologia della scienza giuridica* (Padova 1997).

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*[3] (Padova 2005).

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore (Artt. 1218-1222)*[2], in *Comm. Schlesinger* (Milano 2006).

VISKY K., *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*, in *IVRA* 19 (1968) 67-82.

VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*[5] IV (Milano 1926).

VOCI P., *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* I (Napoli 1953) 101-146.

VOCI P., s.v. «*Legato (dir. rom.)*», in *Enc. dir.* XXIII (Milano 1973) 707-719.

VOCI P., *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI.* 56 (1990) 29-143.

VOLPE F., *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2014) I, 495-507.

VOLTERRA E., *Sulla legge delle citazioni*, in *AAL.* 27 (1983) 187-267 [= in *Scritti giuridici* VI. *Le fonti* (Napoli 1994) 415-497].

WACKE A., *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index* 19 (1991) 359-378.

WALLINGA T., *La recepción de los cuasicontractos*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 31-32 (2018-2019) 453-484.

WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford 1965).

WATSON A., *La formazione del diritto civile* (trad. it. Bologna 1986).

WEGMANN STOCKEBRAND A., *'Obligatio re contracta'. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen 2017).

WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette. Prima traduzione italiana sola consentita dall'Autore e dagli Editori, fatta sull'ultima Edizione Tedesca dagli avvocati Prof. Carlo Fadda dell'Università di Napoli e Prof. Paolo Emilio Bensa dell'Università di Genova, Arricchita dai traduttori di note e riferimenti al Diritto Italiano vigente*[8] IV. *Note dei Proff. C. Fadda e P.E. Bensa ai libri I. – Del diritto in genere; II – Dei diritti in generale* (Torino 1930).

WOŁODKIEWICZ W., *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG.* 14 (1970) 77-227.

WOŁODKIEWICZ W., *Le 'regulae iuris' latine nella pratica giudiziaria e nell'architettura forense in Polonia*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto* (Napoli 2016) 189-200.

ZACCARIA A., *sub* art. 1175 cod. civ., in G. CIAN (a cura di), *Commentario Breve al Codice Civile Cian Trabucchi*[13] (Padova 2018) 1263-1264.

ZACCARIA A., *sub* art. 1374 cod. civ., in G. CIAN (a cura di), *Commentario Breve al Codice Civile Cian Trabucchi*[13] (Padova 2018) 1488-1489.

ZANNINI P., *In tema di regolamento di confini della sfera di risarcibilità del danno aquiliano: una lezione dei 'prudentes'*, in A. TRISCIUOGLIO (a cura di), *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)* (Napoli 2009) 117-127.

ZILIOTTO P., *L'imputazione del danno aquiliano. Tra 'iniuria' e 'damnum corpore datum'* (Padova 2000).

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford 1996).

ZIMMERMANN R., VISSER D. (eds.), *Southern Cross. Civil law and Common law in South Africa* (Oxford 1996).