

*Lex generalis omnium*  
Un diritto del passato nel presente



a cura di  
ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIANNI SANTUCCI

10

*Un'anima per il diritto: andare più in alto*

Collana diretta da Geraldina Boni



Mucchi Editore

*Un'anima per il diritto: andare più in alto*

Collana diretta da Geraldina Boni

10

issn 2724-4660

L'orizzonte meramente tecnicistico su cui ogni tipo di riflessione sembra oggi rischiare di appiattirsi non solo non cancella quegli interrogativi fondamentali che si confermano ineludibili per ciascuna disciplina in cui si ramifica il pensiero giuridico: ma li rivela, anzi, in tutta la loro impellenza. È dunque a tale necessità che facciamo riferimento nel cogliere e sottolineare il bisogno che si avverte di 'un'anima per il diritto', ispirandoci in modo particolare a quegli ammonimenti che Aleksandr Solženicyŋ rivolgeva a studiosi e accademici dell'Università di Harvard nel 1978 e che, a distanza di decenni, mantengono intatta la loro validità. Muovendo dalla domanda «se mi chiedessero: vorrebbe proporre al suo paese, quale modello, l'Occidente così com'è oggi?, dovrei rispondere con franchezza: no, non potrei raccomandare la vostra società come ideale per la trasformazione della nostra. Data la ricchezza di crescita spirituale che in questo secolo il nostro paese ha acquistato nella sofferenza, il sistema occidentale, nel suo attuale stato di esaurimento spirituale, non presenta per noi alcuna attrattiva» – dichiarazione che si riempie di significato alla luce della vicenda personale, tanto dolorosa quanto nota, di colui che l'ha pronunciata –, l'intellettuale russo individuava infatti con profetica lucidità i sintomi e le cause di tale declino. In questo senso, ad interpellarci in modo precipuo in quanto giuristi è soprattutto l'osservazione secondo cui «in conformità ai propri obiettivi la società occidentale ha scelto la forma d'esistenza che le era più comoda e che io definirei giuridica: una 'forma d'esistenza' che tuttavia è stata assunta come fondamento esclusivo e per ciò stesso privata dell'anelito a una dimensione superiore capace di giustificarla. Con l'inevitabile, correlata conseguenza che «l'autolimitazione liberamente accettata è una cosa che non si vede quasi mai: tutti praticano per contro l'autoespansione, condotta fino all'estrema capienza delle leggi, fino a che le cornici giuridiche cominciano a scricchiolare». Sono queste le premesse da cui scaturisce quel complesso di valutazioni che trova la sua sintesi più efficace nella seguente affermazione, dalla quale intendiamo a nostra volta prendere idealmente le mosse: «No, la società non può restare in un abisso senza leggi come da noi, ma è anche derisoria la proposta di collocarsi, come qui da voi, sulla superficie tirata a specchio di un giuridismo senz'anima». Se è tale monito a costituire il principio ispiratore della presente collana di studi, quest'ultima trova nella stessa fonte anche la stella polare da seguire per cercare risposte. Essa, rinvenibile in tutti i passaggi più pregnanti del discorso, si scolpisce icasticamente nell'esortazione – che facciamo nostra – con cui si chiude: «E nessuno, sulla Terra, ha altra via d'uscita che questa: andare più in alto».

\* La traduzione italiana citata è tratta da ALEKSANDR SOLŽENICYN, *Discorso alla Harvard University, Cambridge (MA) 8 giugno 1978*, in Id., *Il respiro della coscienza. Saggi e interventi sulla vera libertà 1967-1974. Con il discorso all'Università di Harvard del 1978*, a cura di SERGIO RAPETTI, Jaca Book, Milano, 2015, pp. 219-236.

# *Un'anima per il diritto: andare più in alto*

## *Direzione*

Geraldina Boni (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

## *Comitato scientifico*

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid)

Christian Baldus (Universität Heidelberg)

Michele Belletti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

María Blanco Fernández (Universidad de Navarra)

Michele Caianiello (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Federico Casolari (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Marco Cavina (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Emmanuelle Chevreau (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Sophie Démare-Lafont (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Carlo Fantappiè (Università degli Studi Roma Tre)

Manuel Ignacio Feliú Rey (Universidad Carlos III de Madrid)

Doris Forster (Université de Genève)

Mariagiulia Giuffrè (Edge Hill University)

Esther Happacher (Universität Innsbruck)

Tanguy Le Marc'hadour (Université d'Artois)

Giovanni Luchetti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Francesco Martucci (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Raphäele Parizot (Université Paris Nanterre)

Antonio Pérez Miras (Universidad de Granada)

Patrice Rolland (Université Paris-Est Créteil Val de Marne)

Péter Szabó (Pázmány Péter Katolikus Egyetem)

## *Comitato di redazione*

Manuel Ganarin (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Alessandro Perego (Università Cattolica del Sacro Cuore), Alberto Tomer (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)



*Lex generalis omnium*  
Un diritto del passato nel presente

a cura di  
Alessia Legnani Annichini, Gianni Santucci

Mucchi Editore

I saggi raccolti nel volume sono stati sottoposti alla procedura di revisione *double-blind peer review*, in conformità al *Codice etico e Regolamento per le pubblicazioni* della Collana consultabile all'indirizzo internet [www.mucchieditore.it/animaperildiritto](http://www.mucchieditore.it/animaperildiritto).

Il volume è stato co-finanziato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna nell'ambito del progetto 'Dipartimento di eccellenza MUR 2023-2027'.



In copertina: *La Giustizia* - Palazzo Malvezzi, Bologna.

ISSN di collana 2724-4660

ISBN 978-88-7000-981-1

© Stem Mucchi Editore Srl - 2023

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena

[info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) [www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)

[facebook.com/mucchieditore](https://facebook.com/mucchieditore) [twitter.com/mucchieditore](https://twitter.com/mucchieditore) [instagram.com/mucchi\\_editore](https://instagram.com/mucchi_editore)



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Versione pdf open access al sito [www.mucchieditore.it/animaperildiritto](http://www.mucchieditore.it/animaperildiritto)

Tipografia, impaginazione e pubblicazione digitale Stem Mucchi Editore (MO)

Prima edizione pubblicata in Italia, Mucchi, Modena, luglio 2023

## PREMESSA

Le pagine che seguono costituiscono l'esito, inizialmente non concepito, del Convegno 'Lex generalis omnium. *Un diritto del passato nel presente*', tenutosi a Bologna nei primi giorni di dicembre 2022 sotto gli auspici del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'*Alma Mater Studiorum*. La sensazione di aver assistito e partecipato ad un proficuo e felice scambio di opinioni e di visioni ci ha convinto, infatti, a non disperdere quel piccolo, ma originale, patrimonio di conoscenze interdisciplinari allora maturato. È emersa così l'idea di sollecitare i partecipanti ad un ulteriore e diverso sforzo rispetto a quanto era emerso nelle due giornate convegnistiche e di misurarsi ciascuno a partire dal proprio ambito disciplinare con un contributo sui temi discussi.

Veniamo alle ragioni del Convegno e, quindi, ora, del presente volume. Agli occhi dello storico del diritto, e del giurista più in generale, l'esperienza giuridica della Repubblica di San Marino – «the one country in Europe which still retains the uncodified *ius commune*», come ricorda Peter Stein, eminente romanista di Cambridge che si occupò dei *San Marino Reports*<sup>1</sup> – costituisce un suggestivo e fecondo punto di riflessione. Com'è noto, il giudice sammarinese in molti campi del diritto privato fonda la propria decisione non su una norma di codice o di legge speciale, ma direttamente sui testi giuridici romani e sulle autorità del diritto comune, recepite a livello giurisprudenziale. Il giurista sprovvisto potrebbe sbrigativamente relegare siffatta peculiarità ad un residuale precipitato storico, incerto eventualmente se porre l'accento sul carattere anacronistico o su quello folkloristico di tale sistema di fonti. Diversamente, il giurista consapevole della dimensione storica e di quella comparativa sa di non trovarsi di fronte ad un fenomeno del tutto marginale o privo di significato perché, volgendo lo sguardo a realtà, più o meno lontane

---

<sup>1</sup> P. STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays*, The Hambledon Press, London and Ronceverte, 1988, p. 126.

– si pensi alla Scozia e a non pochi ordinamenti sudafricani o dell’Est asiatico –, ritrova un modo di procedere alquanto simile, dove con maggiore parsimonia il giudice scozzese, con abbondanza quello sudafricano costruisce le proprie argomentazioni sul diritto romano e sulla tradizione giuridica da esso derivata. Fonti queste che, inoltre, possono anche sostenere il *iudex* del diritto canonico, l’ordinamento universale per eccellenza, o soccorrere in modo incisivo la House of Lords inglese in caso di ambiguità o penuria di precedenti.

Il richiamo a questa complessa tradizione giuridica non solo costituisce una fonte del diritto in questi ordinamenti, come si è appena detto, ma essa talora entra in scena, anche in modo determinante, in sistemi codificati come strumento interpretativo delle norme vigenti, così accade per esempio in Spagna, Svizzera o Italia. Infine, ad essa si è fatto e si fa ricorso presso gli organi giudicanti dell’Unione Europea nel trovare una sintesi o un punto di caduta comune fra i singoli ordinamenti nazionali dove «traditional maxims are a sign of the vitality of the old *ius commune*, their efficiency goes beyond reflecting the continuity of European legal structures or giving a brief formulation of common principles of national systems ... this interpretation gives a bright answer to the question of the legal use of Roman rules in Latin words and in cases of non-explanation of general common principles of national systems»<sup>2</sup>.

In definitiva, al di là delle specificità dei singoli contributi, il volume costituisce, a nostro parere, un’ulteriore testimonianza circa l’indispensabilità per il giurista contemporaneo della consapevolezza e del recupero della matrice storica del diritto europeo e non solo, al fine tanto di una sua comprensione teorica quanto di una sua applicazione pratica. Tema questo su cui si è versato fiumi di inchiostro in tante direzioni differenti, ma non vogliamo qui agitare tempeste che preghiamo Eolo di conservare nel suo otre<sup>3</sup>. Ci basterà ricordare che

---

<sup>2</sup> F.J. ANDRÉS SANTOS, *Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law*, in *European Review of Private Law*, 2004, 3, p. 355 s.

<sup>3</sup> In argomento per un primo inquadramento G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, il Mulino, Bologna, 2018<sup>2</sup>, p. 56 ss.

il rischio della perdita della dimensione storica condurrebbe inevitabilmente ad «una nuova forma di provincialismo», come ammoniva più di mezzo secolo fa Thomas Stearn Eliot: «un provincialismo non di spazio. Ma di tempo, per cui il mondo è proprietà esclusiva dei vivi, una proprietà di cui i morti non possiedono azioni»<sup>4</sup>.

Infine, nel licenziare queste pagine, intendiamo ringraziare anzitutto gli autori, per aver aderito con entusiasmo al nostro progetto, e il Dipartimento di Scienze Giuridiche, per aver patrocinato il Convegno e l'iniziativa editoriale. Un grazie caloroso va poi alla collega Geraldina Boni, per aver acconsentito ad ospitare il volume nella Collana *Un'anima per il diritto: andare più in alto*, da lei diretta, e al prof. Manuel Ganarin, per il prezioso ed accurato supporto nell'*editing*.

Alessia Legnani Annichini  
Gianni Santucci

---

<sup>4</sup> T.S. ELIOT, *Che cosa è un classico?* [1945], in *Opere. 1939.1962*, a cura di R. SANESI, Bompiani, Milano, 2003, p. 493.



Parte I

La vigenza del diritto  
romano-comune a San Marino



PAOLO PASCUCCI

## L'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE\*

**Abstract:** In questo breve scritto l'autore ricostruisce le vicende dell'Istituto Giuridico Sammarinese, dalla sua istituzione, come struttura di ricerca affiancata al Tribunale, fino ai giorni nostri, ormai inserito a pieno titolo nell'Università di San Marino. L'autore illustra le principali attività dell'Istituto, come in particolare l'istituzione di Corsi di formazione sul diritto sammarinese e la raccolta della giurisprudenza sammarinese, attualmente effettuata mediante il supporto di un sito *web*, e auspica una ripresa della ricerca sul diritto comune che costituisce la principale peculiarità del diritto sammarinese.

**Parole chiave:** Repubblica di San Marino, Istituto giuridico, diritto comune.

**The San Marino Legal Institute.** In this short essay, the author recreates the events of the San Marino Legal Institute, from its establishment, as a research centre of the Court, up to the present day, now fully included in the University of San Marino. The author illustrates the main activities of the Institute, such as in particular the establishment of training courses on San Marino law and the collection of San Marino jurisprudence, currently carried out through the support of a website, and hopes for a resumption of research on common law which constitutes the main peculiarity of San Marino law.

**Key words:** San Marino Republic, Legal Institute, common law.

1. Un sincero ringraziamento ad Alessia Legnani Annichini e a Gianni Santucci per l'invito e un cordiale saluto a tutte e a tutti a nome dell'Istituto Giuridico Sammarinese e del Magnifico Rettore dell'Università di San Marino.

In effetti, se il Professor Corrado Petrocelli non mi avesse chiesto nell'ottobre del 2018 di assumere l'incarico di dirigere l'Istituto, oggi non avrei alcun titolo per esser qui dato che nell'Università di Urbino sono Professore ordinario di un diritto molto 'positivo' co-

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

me quello del lavoro e, fatta salva l'epoca in cui ero studente, non mi sono mai occupato né di diritto comune né di storia del diritto.

Chiunque potrebbe quindi legittimamente chiedermi perché io oggi rappresenti un Istituto sorto soprattutto per la peculiare specificità dell'ordinamento giuridico sammarinese, vale a dire la persistenza del diritto comune e la mancanza di una codificazione civile.

Per tentare di rispondere a questa domanda occorre però illustrare brevemente che cos'è stato e che cosa è oggi l'Istituto Giuridico Sammarinese.

2. L'Istituto nasce grazie ad una Legge del 1986<sup>1</sup> quale Centro di studi giuridici, dotato di propria personalità giuridica, annesso al Tribunale Commissariale Civile e Penale.

Sue precipue finalità erano la promozione della cultura giuridica e la diffusione della conoscenza dell'ordinamento e delle istituzioni di diritto sammarinese, ai fini della cui evoluzione l'Istituto era chiamato a svolgere ricerche e studi confrontando l'esperienza storica e giuridica della Repubblica con quella di altri Stati.

In particolare all'Istituto competeva predisporre la raccolta sistematica delle leggi sammarinesi, curare l'elaborazione di testi unici, pubblicare la giurisprudenza sammarinese e opere di dottrina, organizzare convegni e pubblicarne gli atti, organizzare scuole di Diritto Sammarinese, di Scienze dell'Amministrazione Pubblica e di Diritto Comparato. Inoltre, all'Istituto poteva essere richiesto di formulare pareri per la elaborazione di progetti di legge per conto degli organismi statali e del Consiglio Grande e Generale (il Parlamento sammarinese).

---

<sup>1</sup> Legge 26 novembre 1986, n. 144, la quale demandava la disciplina dell'attività dell'Istituto ad un regolamento approvato dal Consiglio di Presidenza dell'Istituto medesimo ed emanato con decreto reggenziale, il quale vide la luce con il decreto 10 maggio 1988, n. 73.

Pur se istituito un anno dopo l'Università sammarinese<sup>2</sup> – che tuttavia inizierà ad operare solo nel 1988 con la Scuola Superiore di Studi Storici – in origine l'Istituto era autonomo rispetto ad un Ateneo nel quale non c'è mai stato, né credo mai ci sarà, un Corso di Laurea in Giurisprudenza.

Il riferimento istituzionale dell'Istituto era il Tribunale i cui magistrati erano spesso Professori delle Università italiane, *in primis* le due limitrofe Urbino e Bologna, il che contribuiva a creare un circolo virtuoso tra dottrina e giurisprudenza di cui recano tracce le pagine della rivista dell'Istituto, la *Miscellanea*<sup>3</sup>, che vedrà la luce nel 1991.

Pagine sulle quali compaiono nomi come quelli di Guido Astuti, Massimo Nobili, Nicola Picardi, Severino Caprioli, Piero Calamandrei, Arturo Carlo Jemolo, Luigi Ferrari Bravo, Giovanni Conso, Giovanni Gualandi.

Una rivista «dalla struttura flessibile» – come scriveva il Presidente dell'Istituto Alvaro Selva – e volta a rispecchiare «la varia e molteplice attività che documenta», dando «voce a quella *concordia discors*», quell'armonia frutto di un positivo contrasto d'idee, «che è e resta il principio, il fine ed il fondamento della perpetua libertà sammarinese»<sup>4</sup>.

Fin dal primo numero della *Miscellanea*, comparivano alcuni atti della 'Scuola Sammarinese di Diritto Comune Vigente', il cui primo Corso si era tenuto nell'agosto dell'anno precedente, inaugurato da una sorta di manifesto culturale della Scuola scritto da Severino Caprioli<sup>5</sup>.

In quel saggio, dopo aver osservato come il carattere precipuo di San Marino fosse anche «il suo felice paradosso», vale a dire «l'esse-

---

<sup>2</sup> Legge 31 ottobre 1985, n. 127, *Legge quadro sulla istruzione universitaria e le istituzioni di cultura superiore*.

<sup>3</sup> La rivista è ora consultabile nel sito <https://www.giurispudenzarsm.org/archivio>.

<sup>4</sup> A. SELVA, *Presentazione*, in *Miscellanea*, 1991, 1, pp. 3-4.

<sup>5</sup> S. CAPRIOLI, *Per la Scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in *Miscellanea*, 1991, 1, p. 15 ss.

re terra di diritto comune, quando gli altri Stati europei si sono dati proprie “legislazioni esclusive”»<sup>6</sup>, Caprioli rilevava come un altro paradosso rendesse singolare San Marino, giustificando appieno l’esigenza di quella Scuola. Si trattava del paradosso della solitudine del giovane giurista sammarinese, il quale, dopo essersi educato «a dottrine fiorite e ramificate su codici» nelle aule d’antiche Università – come questa in cui siamo oggi, ma anche la mia – «non appena cominciava a prestare il suo civile servizio di giurista» nella Repubblica del Titano si lasciava dietro le spalle tali certezze «senza il conforto di una dottrina»<sup>7</sup>.

3. In realtà, dovendo offrire il necessario supporto teorico e sistematico all’esperienza giuridica sammarinese, l’Istituto non poteva restare estraneo alla neonata Università. E infatti, nel 1992<sup>8</sup>, la Legge attribuiva all’Istituto la qualità e le funzioni di Istituto universitario a norma, fra l’altro, della Legge quadro sulla istruzione universitaria del 1985<sup>9</sup>, la quale configurava gli ‘istituti universitari’ come strutture che svolgono in territorio attività di ricerca scientifica prestando consulenza e collaborazione tecnica alle strutture pubbliche e private interessate.

Nel frattempo, l’Istituto aveva continuato a svolgere la propria attività, organizzando seminari e incontri di studio e procedendo nella attività di raccolta della giurisprudenza sammarinese prevista fin dalle sue fonti istitutive mediante la periodica pubblicazione di corposi volumi. Una raccolta particolarmente minuziosa per il settore civile, che prende le mosse dal 1911, e che riguarda peraltro anche alcune annate della giurisprudenza penale, di quella ammini-

---

<sup>6</sup> S. CAPRIOLI, *op.cit.*, p. 15.

<sup>7</sup> S. CAPRIOLI, *op.cit.*, pp. 20-21.

<sup>8</sup> Legge 24 luglio 1992, n. 63.

<sup>9</sup> In particolare dell’art. 16, lettera c), della Legge 31 ottobre 1985, n. 127, nonché dell’art. 3 della Legge 17 settembre 1987, n. 103.

strativa, nonché di quella del Collegio Garante della costituzionalità delle norme istituito nel 2002<sup>10</sup>.

Agli albori del nuovo millennio, l'Istituto veniva poi operativamente inquadrato all'interno del Dipartimento di Studi Storici e Giuridici dell'Università<sup>11</sup> secondo le finalità, i modi e l'autonomia previsti dallo Statuto dello stesso Istituto, che vedeva la luce nel 2001<sup>12</sup> confermandone la natura di Istituto universitario dotato di personalità giuridica, le sue finalità originarie e i suoi tradizionali compiti.

Infine, con la nuova Legge quadro sulla istruzione universitaria del 2014<sup>13</sup>, è stata prevista l'afferenza dell'Istituto al 'Dipartimento di storia, cultura e storia sammarinesi' dell'Università.

In questa nuova prospettiva, l'Istituto ha sviluppato una serie di attività formative *post lauream* di taglio eminentemente universitario, le più importanti delle quali sono la Scuola Sammarinese di Alta Formazione per le Professioni Giuridico-Economiche, prodromica alla preparazione per gli esami di stato di abilitazione e, più di recente, il Master universitario di II livello sulle Pratiche Manageriali nella Pubblica Amministrazione.

Si tratta di iniziative formative che, come gli stessi Corsi di Laurea dell'Università sammarinese, sono avviate in convenzione con Università italiane al fine del riconoscimento dei titoli accademici anche al di fuori della Repubblica.

4. La progressiva integrazione dell'Istituto nell'Università di San Marino ha accentuato il suo ruolo di supporto giuridico alle istituzioni della Repubblica, in una tipica prospettiva di terza missione

---

<sup>10</sup> Tale raccolta è ora disponibile nel sito <https://www.giurisprudenzasm.org/archivio>.

<sup>11</sup> V. il decreto 27 dicembre 2000, n. 123.

<sup>12</sup> V. l'allegato *sub* "B" al decreto 25 settembre 2001, n. 92, integrativo del decreto n. 123/2000.

<sup>13</sup> Art. 7, lettera c), punto iv), dello Statuto dell'Università degli Studi di San Marino, Allegato "A" alla Legge 25 aprile 2014, n. 67.

universitaria: basti pensare ai tanti Corsi di formazione e di aggiornamento organizzati dall'Istituto per il personale delle pubbliche amministrazioni sammarinesi. Un supporto che riguarda soprattutto tematiche disciplinate dal diritto positivo sammarinese, oltre che da quello europeo, riferimento ineludibile pur se non formalmente applicabile in Repubblica.

Questa nuova dimensione dell'Istituto dovrebbe essere ulteriormente valorizzata grazie ad una recente Legge finalizzata, tra l'altro, ad attribuire all'Istituto il ruolo di consulente giuridico del legislatore sammarinese per quanto concerne l'analisi tecnica e qualitativa della produzione legislativa<sup>14</sup>.

Tornando quindi alla domanda iniziale, pur non potendo interpretare autenticamente il pensiero del Rettore sammarinese, sospetto che mi abbia incaricato di dirigere l'Istituto non solo per rispettare la prassi che privilegia un Professore dell'unico Ateneo italiano nel quale, a quanto consta, si insegna da sempre il diritto sammarinese, ma soprattutto per il crescente ruolo dell'Istituto nell'Ateneo e nella società sammarinese che esige competenze giuspositivistiche ed organizzative che, bontà sua, ha forse intravisto in un giuslavorista che per sei anni è stato direttore del proprio Dipartimento.

Ed è in questa prospettiva che ho finora cercato di interpretare il mio incarico, sviluppando la collaborazione con le istituzioni sammarinesi<sup>15</sup> sia sul piano convegnistico, della formazione e della consulenza, sia modernizzando la diffusione del diritto sammarinese mediante la creazione di un sito *web* liberamente accessibile – denominato *Giurisprudenza Sammarinese* – che, oltre ad una raccolta

---

<sup>14</sup> Legge 13 dicembre 2022 n.165, *Nuova disciplina dell'Istituto Giuridico Sammarinese*.

<sup>15</sup> V. il Protocollo d'Intesa sottoscritto il 4 giugno 2019 dall'Università degli Studi della Repubblica di San Marino, dalla Segreteria di Stato per gli Affari Esteri, gli Affari Politici e la Giustizia, dalla Segreteria di Stato per gli Affari Interni, dal Tribunale Unico della Repubblica di San Marino e dall'Ordine degli Avvocati e Notai della Repubblica di San Marino per la alla creazione di un apposito sito *web* finalizzato alla pubblicazione di una raccolta selezionata della giurisprudenza sammarinese

selezionata delle principali sentenze, pubblica atti di convegni e ripropone le pagine della gloriosa *Miscellanea*<sup>16</sup>.

5. Non posso tuttavia celare il timore che i crescenti impegni dell'Istituto possano rischiare di appannarne l'originaria vocazione di centro di ricerca sul diritto comune.

S'avverte soprattutto l'esigenza che la raccolta e diffusione della giurisprudenza sia affiancata e corroborata da un dibattito costante e autorevole che riconduca l'interpretazione del caso singolo in una riflessione più ampia e dinamica.

In tal senso stiamo cercando di dare impulso anche alla pubblicazione di volumi cartacei sul diritto sammarinese, l'ultimo dei quali riguarda proprio il diritto civile<sup>17</sup>.

Vorrei però cogliere questa preziosa occasione di intervenire in un Convegno sull'attualità del diritto comune per lanciare una proposta.

Non credo infatti che sarebbe così azzardato ipotizzare la costituzione presso l'Istituto di un Osservatorio permanente sullo *ius commune* praticato a San Marino, cui partecipino coloro – e molti son qui presenti – che coltivano questa prospettiva scientifica, e che disseminasse i frutti delle sue osservazioni anche mediante il nostro sito *web* e, soprattutto, nella nostra Scuola di diritto sammarinese aprendola maggiormente alla comparazione.

D'altro canto, nel momento in cui, come ci insegnano Gianni Canzio e Francesca Fieccoli<sup>18</sup>, si va costruendo un nuovo *ius commune* europeo nel sistema multilivello, una rinnovata attenzione di

---

<sup>16</sup> <https://www.giurisprudenzarsm.org>.

<sup>17</sup> V. PIERFELICI, *Lineamenti di diritto civile sammarinese*, Aiop, San Marino, 2022.

<sup>18</sup> G. CANZIO, F. FIECCOLI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2021, *passim*. Tale volume è stato presentato in un Convegno dal titolo omonimo svoltosi il 19 novembre 2021 presso il Centro Congressi Kursaal di San Marino ed i cui *Atti*, curati da P. PASCUCCI, sono pubblicati nel sito <https://www.giurisprudenzarsm.org/archivio>.

San Marino al proprio *ius commune* potrebbe forse favorire quella sua integrazione con l'Europa di cui tanto si parla e che, al di là del processo di associazione attualmente in atto, difficilmente potrà tradursi a breve in una vera e propria adesione all'Unione.

Parafrasando le parole di Severino Caprioli, mi viene da dire che a sperimentare un simile Osservatorio gli studiosi italiani, fra quelli europei, potrebbero essere mossi da «un interesse tutto speciale»: quello di «cercare se stessi nell'esperienza persistente dei sammari-nesi», non foss'altro per quella sorta di «ossimoro geo-politico» per cui, «vista dal confine della Repubblica italiana», la Repubblica di San Marino è «un *territorio estero interno*»<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> S. CAPRIOLI, *op.cit.*, pp. 20-21.

GIOVANNI CANZIO

## LA ‘STAGIONE DELLE RIFORME’ NEL MICRO-STATO DI SAN MARINO (2020-2022)\*

**Abstract:** Il breve saggio delinea il percorso di riforme legislative, ordinamentali e processuali, approvate dalla Repubblica di San Marino negli anni 2020-2022, per efficientare il sistema di giustizia e rafforzare i valori di indipendenza e autonomia della giurisdizione. L’esperienza riformatrice sammarinese è indicata come paradigmatica con riguardo ai micro-Stati europei, le cui peculiari specificità di sistema esigono un più solido ancoraggio delle regole dello Stato di diritto ai principi di fonte sovranazionale.

**Parole chiave:** Repubblica di San Marino, ordinamento giudiziario, riforme, *Rule of Law*.

**The ‘season of reforms’ in the micro-State of San Marino (2020-2022).** This short essay outlines the set of legislative, judicial and procedural reforms that the Republic of San Marino has approved between 2020 and 2022. Specifically, it considers those aimed at making the judicial system more efficient and at strengthening the independence and autonomy of the jurisdiction. This wave of reforms is suggested to become a paradigm for other European micro-States, as their systems are very peculiar. In a nutshell, this requires them to become more aligned with the general standard of the Rule of Law.

**Key words:** Republic of San Marino, judicial system, reforms, Rule of Law.

### 1. *La genesi delle riforme e le dinamiche istituzionali*

Il sistema di giustizia sammarinese ha attraversato, com’è noto, tumultuose vicende negli anni 2017-2020, con visibili effetti di sostanziale destrutturazione e di caotico stato della giurisdizione, accompagnati dalla pesante lacerazione anche della rete di relazioni personali. Si è perciò avvertita l’esigenza di segnare con rigore e ur-

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

genza una linea di rottura e discontinuità rispetto al quadro dei conflitti politico-giudiziari che avevano caratterizzato quel drammatico periodo, essendo evidente il rischio che venissero delegittimati i valori dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura nei rapporti con le altre istituzioni e venisse irrimediabilmente meno la fiducia dei cittadini nella giustizia.

A tal fine si è rivelata determinante l'opera di 'vigilanza collaborativa' esercitata dal Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) che, con il Rapporto del 25 settembre 2020 sul Quarto Ciclo di Valutazione, ha ritenuto di prescrivere puntuali e specifiche *raccomandazioni* (ben 14) alla Repubblica di San Marino sulla prevenzione della corruzione, da recepire con appositi provvedimenti legislativi entro il termine prefissato di marzo 2023.

La rilevazione delle criticità ordinamentali, stratificate da lungo tempo e delineate puntualmente nelle raccomandazioni, ha così comportato di necessità l'apertura di un vasto 'cantiere' di riforme per sterilizzare le più vistose distorsioni evidenziate dal GRECO. Attraverso la costituzione di appositi gruppi di lavoro, composti da magistrati, avvocati e accademici, anche italiani, e in un dialogo costante con gli organi consiliari e di governo, si è pervenuti in un tempo relativamente breve, nel corso degli anni 2020-2022, all'elaborazione di una serie di processi legislativi di riforma del sistema di giustizia, esitati in leggi approvate dal Consiglio Grande e Generale con una larghissima maggioranza.

L'importanza delle riforme ordinamentali e processuali è stata colta sia dai magistrati che dagli avvocati nel corso di un serrato e proficuo dialogo. La magistratura sammarinese, inoltre, è stata ed è tuttora impegnata nella costante interlocuzione con gli organi istituzionali e con il ceto forense per una serie di attività ausiliarie e di supporto, in funzione di ulteriori riforme legislative o della leale attuazione di quelle già approvate.

Essersi resi protagonisti, con determinazione e senso civico, di un largo e celere processo riformatore da parte del ceto dei giuristi ha indubbiamente contribuito a sterilizzare gran parte delle distorsioni che erano presenti nel sistema di giustizia sammarinese.

## 2. *Un quadro d'insieme delle più importanti riforme*

Per darne una più chiara contezza si offre un panorama, sintetico seppure non esaustivo, delle riforme legislative approvate, sulla spinta del Rapporto GRECO, nel breve arco temporale che va dal dicembre 2020 al 2022.

- *Giudici per l'azione di responsabilità civile.* La Legge costituzionale n. 2 del 3 dicembre 2020 affida ai giudici per l'azione di responsabilità civile (due per il primo grado, uno per l'appello e uno per la terza istanza, con i relativi supplenti) la competenza a giudicare nei procedimenti civili, penali o amministrativi «qualora tutti i competenti giudici si siano legittimamente astenuti o siano stati legittimamente recusati o comunque non possano più giudicare per essersi già pronunciati». La Legge ha consentito finalmente di sbloccare la trattazione di un notevole numero di cause, ferme e insolubili da molto tempo, poiché per esse – a causa delle modeste dimensioni del Tribunale e dello stesso territorio statale – tutti i magistrati versavano, per plurime e legittime ragioni, in una situazione di obiettiva incompatibilità 'a catena'.

- *Ordinamento giudiziario, Consiglio giudiziario e Commissione consiliare per gli affari di giustizia.* La Legge costituzionale n. 1 del 7 dicembre 2021 reca la tanto attesa riforma organica dell'Ordinamento giudiziario e del Consiglio giudiziario, rispettosa sia degli *standard* europei che della storia e delle tradizioni del sistema sammarinese, in un contesto caratterizzato dalle pressanti istanze di adeguamento ai parametri sovranazionali derivanti dalla partecipazione della Repubblica di San Marino al Consiglio d'Europa. In particolare, le raccomandazioni del GRECO hanno sensibilmente orientato sia l'attrazione della disciplina nella più elevata fonte normativa, quella di rango costituzionale, sia la funzionalizzazione dei relativi istituti e procedure alla efficace stabilizzazione dell'organo garante – il Consiglio giudiziario – e al rafforzamento dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura, di cui sono compiutamente delineati i criteri di reclutamento, i doveri, le varie forme di valutazione della professionalità e della responsabilità, con le relative sanzioni.

Il Consiglio giudiziario ha approvato, a sua volta, il regolamento interno che ne disciplina l'attività e il funzionamento.

La Legge costituzionale n. 1 del 2021, a sua volta, è integrata dalle previsioni relative alla composizione, alle funzioni e ai poteri della Commissione consiliare per gli affari di giustizia, di cui alla contestuale Legge qualificata n. 2 del 7 dicembre 2021.

- *Procedura penale*. Il processo penale sammarinese richiedeva da tempo un intervento legislativo capace sia di meglio assicurare l'efficace funzionamento degli istituti già presenti, sia di introdurre nuove e più avanzate soluzioni. La Legge ordinaria n. 24 del 2 marzo 2022 reca una serie di disposizioni dirette ad implementare le garanzie e l'efficienza del processo penale, con particolare riguardo ai settori più delicati e alle aree maggiormente esposte al deficit di effettività delle garanzie, quali l'istruttoria, le misure cautelari, il sequestro e la confisca, i rimedi e i riti alternativi, l'appello e la terza istanza. La Legge di riforma (della cui applicazione è previsto il monitoraggio annuale) presta speciale attenzione ai diritti della difesa, alla speditezza, all'economicità, alla pubblicità e all'indipendenza dei giudizi.

- *Astensione e ricusazione*. La disciplina dei due istituti era contenuta nella Legge qualificata 30 ottobre 2003, n. 145, che identificava i casi di astensione obbligatoria e facoltativa, e nella Legge 16 settembre 2011, n. 139, che ne delineava la procedura. Tali leggi necessitavano di un urgente intervento di revisione, realizzato con la Legge 2 marzo 2022, n. 23, poiché la loro applicazione ne aveva evidenziato l'eccessiva complessità e farraginosità dei meccanismi, in contrasto con i principi di speditezza ed economicità processuale e con le garanzie difensive.

- *Equa riparazione*. È stato inoltre predisposto un articolato disegno di legge, ora all'esame dei competenti organi istituzionali, che – al pari della disciplina italiana in materia (c.d. Legge Pinto) – prevede, insieme con una serie di misure acceleratorie del giudizio, i casi e i limiti dell'attribuzione di un equo indennizzo a favore della parte che assume di avere subito un danno dalla irragionevole durata del procedimento, così prevenendo la trattazione della relativa controversia innanzi alla più lontana Corte Edu di Strasburgo.

- *Codice etico*. I magistrati sammarinesi, sulla base di una specifica raccomandazione del GRECO, che attribuisce rilievo alle regole deontologiche – distinte da quelle strettamente disciplinari – della condotta professionale ed extraprofessionale dei magistrati, e in ossequio a quanto disposto dall'art. 15, comma 12, della L. cost. n. 1 del 2021, hanno elaborato un Codice etico ispirato ai valori e agli *standard* internazionali in materia.

All'esito del descritto processo riformatore si registra il lusinghiero Rapporto di Conformità adottato dal GRECO durante la 91<sup>a</sup> riunione plenaria del 13-17 giugno 2022, che esprime ampia soddisfazione (come è riconosciuto anche dai componenti della Commissione di Monitoraggio dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa – APCE – nel corso della recente visita dell'ottobre 2022) per il notevole sforzo messo in opera dalle autorità sammarinesi, «con determinazione e in maniera approfondita», al fine di migliorare e razionalizzare il funzionamento del sistema giudiziario.

Ebbene, tale giudizio impegna tutte le istituzioni, *in primis* la magistratura, a realizzare concretamente gli obiettivi delle articolate riforme legislative approvate dal Consiglio Grande e Generale con una larghissima maggioranza.

È evidente che nessuna riforma è in grado da sola di risolvere i problemi strutturali di un sistema, ma esse, tutte insieme, sono destinate a mutare il quadro istituzionale di riferimento in direzione di più solidi approdi europei della Repubblica di San Marino, le cui istituzioni e articolazioni della società e dell'economia sono determinate a stare e operare in Europa, nel prisma della *Rule of Law* e dello Stato di diritto.

Il traguardo perseguito con tenacia e raggiunto non segna la fine dei lavori, ma l'inizio di una nuova fase da sperimentare col tempo e con l'esperienza, in termini di *work in progress*. A fronte della complessità e del fluido dinamismo del diritto e della giurisdizione, dev'essere verificata, *in action*, la solidità e l'empirica praticabilità dell'impianto riformatore e delle nuove regole, attraverso una costante opera di monitoraggio del loro funzionamento e di proposizione, laddove occorranza, di ulteriori interventi migliorativi, modificativi o integrativi.

### 3. *La Rule of Law e i micro-Stati*

In linea di principio, l'attività giudiziaria e le dinamiche dei singoli procedimenti non dovrebbero essere mai strumentalizzate a favore o contro una parte politica o un'altra: cosa questa che rischierebbe di delegittimare la *mission* dell'apparato giudiziario e di ridimensionare la fiducia dei cittadini nel corretto funzionamento del sistema di giustizia. Occorre, infatti, garantire l'indipendenza, la neutralità e l'imparzialità dell'opera dei magistrati, nella più alta considerazione dello Stato di diritto e del principio di separazione dei poteri, al precipuo fine di salvaguardare il bene comune della stabilità e della buona salute della Repubblica.

Le riforme dell'ordinamento giudiziario, della organizzazione dei servizi della giustizia e delle condizioni che, per le loro diverse funzioni, assicurano il consolidamento dello Stato di diritto, a fronte delle variazioni congiunturali di carattere politico, economico e sociale, costituiscono un portato di lunga durata della esperienza sovranazionale e internazionale.

Nella letteratura comparata che studia le forme e le dinamiche delle istituzioni si riscontra, tuttavia, una lacuna quanto all'analisi delle diverse variabili in gioco quando la grandezza dello Stato in cui le riforme vengono attuate si riduce al di sotto di una certa soglia.

La recente esperienza riformatrice della Repubblica di San Marino, diretta all'efficientamento del sistema di giustizia centrato sull'organo di autogoverno, appare perciò esemplare per l'analisi empirica con riguardo a tutti i micro-Stati che sono nel perimetro del Consiglio d'Europa – Andorra, Liechtenstein, Malta, Montecarlo, Lussemburgo –, la cui realtà pure si configura come soggetta a peculiari specificità di sistema.

La disamina delle dinamiche delle garanzie e la individuazione dei punti di allerta del sistema di giustizia sollecitano, nel controllo di qualità della imparzialità e terzietà del giudice nei micro-Stati, la elaborazione di linee guida per l'attuazione di riforme che siano mirate al saldo ancoraggio dello Stato di diritto, attraverso una forte professionalizzazione degli attori della giurisdizione e una rimodu-

lazione della legislazione ordinamentale e processuale ispirata all'evoluzione dei migliori *standard* sovranazionali.

La storia e la tradizione sammarinesi, come quelle di ogni piccolo Stato di modeste dimensioni per territorio e popolazione, sono infatti contraddistinte da forte identità, autonomia, rete di relazioni ambientali e informali dominanti, contiguità fra i poteri e le *élites*, densità di interessi economici e finanziari, che si presentano inversamente proporzionali al limitato peso del sistema sociopolitico.

Sicché, la giurisdizione, siccome esposta anch'essa, proprio a causa della modesta grandezza dello Stato, in uno spazio 'vulnerabile', esige all'evidenza l'identificazione di un più solido ancoraggio di qualità, valoriale ed etico, di matrice prevalentemente esterna ed europea, per garantire l'efficace tenuta dei meccanismi della *Rule of Law*: il che comporta, secondo la definizione offerta a livello internazionale dalle Nazioni Unite, la piena adesione del sistema di giustizia ai principi di «supremacy of the law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness, procedural and legal transparency».

S'intende dire che nei micro-Stati gli interessi di carattere economico-finanziario e politico, benché eteronomi rispetto alla tutela dei diritti fondamentali e della democrazia, tendono talora ad assumere il dominio delle istituzioni e a prevaricare sulle regole e sullo statuto delle garanzie di autonomia e imparzialità della giurisdizione. Con il lineare e logico corollario che per i micro-Stati appare comparativamente più alto il bisogno di solidità e continuità dei presidi istituzionali e ordinamentali, in termini di impatto identitario delle responsabilità funzionali e di sottrazione delle più alte scelte costituzionali agli orientamenti congiunturali e variabili della politica. E ciò al fine di sterilizzare la potenziale reversibilità di fatto degli effetti delle riforme e il conseguente rischio di deterioramento della qualità della giustizia a favore di dinamiche informali mosse da interessi di contesto, eteronomi rispetto alla sfera di terzietà e imparzialità del giudice.

In tali contesti lo spazio di autonomia del giudice sarà dunque più fortemente garantito quanto più alto sarà il grado di sistematicità e integrazione delle riforme nel quadro europeo e più avvertito il riconoscimento da parte della comunità professionale e della *élite* politica della centralità della qualità della giurisdizione.

Nelle strutture che hanno piccole dimensioni la deontologia, la formazione culturale, la trasparenza e la partecipazione dei protagonisti della giurisdizione possono costituire il veicolo di vitali meccanismi virtuosi. Viceversa, appare insufficiente la mera proceduralizzazione del fenomeno, se non associata al sicuro ancoraggio valoriale dei comportamenti individuali e al senso di responsabilità delle scelte decisorie.

Con particolare riguardo a quest'ultime, nella concreta e continua attuazione delle riforme vanno ripristinate, per un verso, la coerenza e l'effettività dei baluardi formali che definiscono il perimetro 'non vulnerabile' da interessi eteronomi, ma anche, per altro verso, la prevedibilità e la comprensibilità all'esterno dell'azione giudiziaria, attraverso le garanzie della pronta e corretta comunicazione istituzionale, dell'accesso pubblico e dell'agevole fruizione degli atti e dei documenti che giustificano le decisioni, sia di carattere giurisdizionale che di tipo organizzativo, da redigere secondo uno stile conciso ed essenziale, ispirato ai canoni della chiarezza e della sintesi.

Laura di Bona

UN DIRITTO SENZA CODICE:  
CROCEVIA FRA RISCHIO E OPPORTUNITÀ.  
PROFILI DI COMPARAZIONE FRA  
L'ORDINAMENTO SAMMARINESE E  
L'ORDINAMENTO ITALIANO\*

**Abstract:** Il saggio delinea i principali tratti fisiognomici dell'ordinamento sammarinese e il loro carattere distintivo rispetto al vicino ordinamento italiano, approfondendo il peculiare sistema delle fonti del diritto, in cui un ruolo straordinario è svolto dal diritto comune. Si evidenziano anche la mancanza di una codificazione; il più ampio margine di discrezionalità affidato alla magistratura e all'interpretazione; il peculiare atteggiarsi del principio di legalità. L'esame di tali caratteristiche – riscontrate anche attraverso il riferimento alla disciplina di singoli istituti esemplificativi – mostra come l'ordinamento sammarinese sia così dotato di una completezza e di una capacità di adattamento al divenire di una realtà di gran lunga superiore a quella del vicino ordinamento giuridico italiano, realizzando una regolazione armonica e naturale delle nuove operazioni emergenti dalla realtà sociale ed economica.

**Parole chiave:** diritto comune, interpretazione, tradizione, innovazione.

**A law without a Code: a crossroads between risk and opportunity. Comparative profiles between the San Marino and the Italian legal system.** The essay outlines the main physiognomic features of the San Marino legal system and their distinctive character with respect to the neighboring Italian legal system, deepening the peculiar system of sources of law, in which an extraordinary role is played by the common law. The lack of a codification is also highlighted; the widest margin of discretion entrusted to the judiciary and to interpretation; the peculiar attitude of the principle of legality. The examination of these characteristics – also found through the reference to the discipline of individual exemplary institutes – shows how San Marino legal system is so endowed with a completeness and a capacity for adaptation to the becoming of a reality far greater than that of the neighboring Italian legal system, realizing a harmonious and natural regulation of the new operations emerging from the social and economic reality.

**Key words:** common law, interpretation, tradition, innovation.

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

## 1. *Il 'volto' dell'ordinamento sammarinese*

*'Un diritto del passato nel presente'*: la formula restituisce una rappresentazione icastica dell'ordinamento sammarinese. Questo infatti non solo – in modo originale e distintivo rispetto all'ordinamento suo vicino – annovera tra le sue fonti il diritto comune ma, di più, da questo antico diritto è ancora profondamente pervaso, sì che larga parte degli istituti di diritto civile, sia sostanziale sia processuale, sono regolati, nel presente, da un diritto radicato e stratificato nel passato.

Muovendo da questo assunto per svolgere una riflessione intorno al sistema giuridico sammarinese e delinearne i tratti fisionomici, può risultare efficace il ricorso al Mito: che volto ha l'ordinamento sammarinese? Le sembianze della greca Eunomia, tipica rappresentazione della giustizia intesa come ordine, pura legalità, o il volto più umano di Dike<sup>1</sup>, personificazione della giustizia in senso sostanziale, fondata sulla continuità fra ordine naturale delle cose e ordine giuridico?

## 2. *Il sistema delle fonti nell'ordinamento sammarinese*

Rifuggendo risposte aprioristiche, e guardando al concreto dispiegarsi del sistema giuridico sammarinese, il primo tratto fisionomico si rinviene nel suo sistema delle fonti, ordinato in base ad un criterio gerarchico che pone all'apice lo *ius proprium* – statuto e re-

---

<sup>1</sup> Dike (la giustizia), insieme ad Eunomia (l'ordine legale) ed Eirene (la pace) è indicata come una delle tre sorelle Ore, figlie dell'autorità e della regola poiché nate da Zeus, signore dell'Olimpo, e Themis, primigenia dea della giustizia, custode dell'ordine cosmico. Dike rappresenta la dea che per ultima abbandonò la terra e gli uomini quando dall'età dell'oro, a quella dell'argento e a quella del bronzo, seguì infine quella del ferro, in cui la malvagità umana non conobbe più freni. V. A. JELLAMO, *Il cammino di Dike da Omero a Eschilo*, Donzelli, Roma, 2005.

*formationes* – e all'ultimo grado, passando per le lodevoli consuetudini locali, proprio il diritto comune<sup>2</sup>.

Rispetto al suddetto ordine di graduazione, tuttavia, il criterio regola-eccezione e la concreta operatività delle diverse fonti si pongono in rapporto pressoché rovesciato, si ché è lo *ius proprium* ad intervenire in termini e quantità recessive rispetto allo *ius commune*, al quale risulta nella sostanza demandata la regolamentazione – essenzialmente per princípi – della più significativa parte dei rapporti interprivati<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Recitano le rub. XIII e XXXI, lib. I, *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* (il cui testo vigente risale al 1600): «abbiano poi i predetti Capitani giurisdizione, ed autorità, e facultà di conoscere, definire e terminare tutte e singole cause civili, criminali, pure e miste e le cause vertenti fra gli uomini, e le persone della predetta Terra e suo contado, giurisdizione e distretto, e qualunque altra persona secondo la forma degli Statuti e delle riformazioni del Comune della predetta Terra, le quali ora sono, od accadrà di fare in avvenire. E se gli Statuti o le riformazioni non decidessero i casi contingenti, si debba procedere, definire e terminare secondo la forma del diritto comune e le lodevoli consuetudini della anzidetta Terra». Tale sistema delle fonti è poi stato recepito dall'art. 3 *bis* della Legge 8 luglio 1974, n. 59, nel testo aggiunto dall'art. 4 della Legge costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36, comma 6, che statuisce: «la consuetudine e il diritto comune costituiscono fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative». Sulla portata di tale recezione a livello «costituzionale» si veda S. CAPRIOLI, *Per una lettura della Costituzione sammarinese riformata*, in *Giur. it.*, 2004, p. 914 ss.; ID., *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in *I.G.S. Miscellanea*, 1991, 1, p. 22.

<sup>3</sup> I formanti di cui si compone lo *ius commune* ed il rapporto intercorrente fra questo e lo *ius proprium* sono così rappresentati dalla giurisprudenza più autorevole: «che cosa deve intendersi per diritto comune, che ... la fonte principale del diritto privato Sammarinese? Il diritto comune, richiamato dallo statuto, non è il diritto giustiniano ma qual diritto che si venne formando e svolgendo – sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine – negli stati più civili del continente Europeo e in particolare in Italia» (così Giudice delle Appellazioni, V. Scialoja, 12 agosto 1924, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924, p. 18); «deve ricordarsi che il diritto comune è l'antica *lex omnium generalis*, è l'organico sistema elaborato nel corso dei secoli dalla giurisprudenza sulla base del diritto romano giustiniano, del diritto canonico e della consuetudine, mentre il *ius novum*, rappresentato dal diritto statutario e dalla successiva legislazione locale, non costituisce affatto una compiuta codificazione del diritto privato, civile, commerciale e processuale civile. L'espressione "diritto sussidiario" non deve quindi essere erroneamente intesa, immaginando che al diritto comune possa farsi riferimento solo in via eccezionale, nel caso di lacune degli statuti o leggi locali, quasi che questi fos-

3. *L'attuale vigenza del diritto comune in tema di vendita. Insussistenza del principio consensualistico di cui all'art. 1376 Cod. civ.*

Gli esempi dell'ampia vigenza del diritto comune nell'ordinamento sammarinese e dell'armonica concorrenza fra *ius proprium* e *ius commune* – in altri termini, fra innovazione e tradizione – potrebbero moltiplicarsi. Ma poiché – come chiosava Caprioli – «il diritto comune dei sammarinesi non si comprende, senza riferimento al suo contrario, al codice civile»<sup>4</sup>, appare emblematico il riferi-

---

sero una legislazione generale della Repubblica di San Marino. È vero il contrario: perché nella realtà ... il diritto comune è la regola, e la legislazione locale costituisce l'eccezione; sia sotto il profilo del rapporto quantitativo tra le rispettive norme, sia soprattutto per il carattere speciale integrativo, modificativo, innovativo, della legislazione locale, rispetto alla disciplina generale degli istituti giuridici, offerta dal diritto comune in forme esemplari, sempre presenti al legislatore sammarinese» (Giudice delle Appellazioni, prof. G. Astuti, 30 luglio 1963, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, 1, p. 46 s.). Tale rapporto non ha peraltro subito alcuna modifica neppure dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 *bis* della Legge costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36. Effacemente si è rilevato in proposito che «chiamando (insieme) la consuetudine e il diritto comune ad *integrare l'assenza* di disposizioni legislative, il comma 6, pur descrivendo con altre parole la stessa vicenda, pare ora piuttosto osservarla dal lato della nuova produzione legislativa, quasi a prefigurare, in prospettiva, una residualità sempre maggiore del diritto comune a fronte di un preconizzabile progressivo aumento della produzione statutale delle norme. Qualunque sia stato il 'retropensiero' del redattore della norma sulle fonti, il rapporto tra diritto statutale sammarinese e diritto comune rimane quello di sempre. La *presenza* di nuove disposizioni legislative emanate per regolare, più o meno esaustivamente, un determinato ambito di rapporti giuridici privati neanche oggi basta di per sé a circoscriverne la disciplina a quelle sole nuove norme, potendosi sempre rendere necessario il ricorso al diritto comune per integrare le lacune, inerenti ora all'applicazione di principi generali ora anche ad aspetti specifici della materia da regolare. Di più: il vigore di una legge speciale non solo non esclude l'integrazione-supplemento a cui sono chiamate le norme del diritto comune, ma non ne esclude nemmeno, in via d'ipotesi, la *concorrenza*, che può ben verificarsi in relazione a quegli ambiti negoziali suscettibili di essere regolati da istituti fra loro *alternativi*: così F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, in *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Maggioli, Rimini, p. 43 s.

<sup>4</sup> S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, in *Riv. int. dir. com.*, 1994, 5, p. 90 s.: «non raggiungerebbe il suo fine questa prima perlustrazione del territorio San Marino, se da lassù non capovolgessimo il binocolo per puntarlo dalla repubblica romagnola verso l'Italia. L'esperienza del diritto comune, quale risulta dalle immagini che ce ne riflettono le pronunce dei magistrati, si ca-

mento al principio consensualistico di cui all'art. 1376 del Codice civile italiano.

Nell'ordinamento italiano il contratto traslativo è consensuale: il consenso delle parti legittimamente manifestato è condizione necessaria, ma altresì sufficiente, per trasferire *inter vivos* la proprietà di una cosa determinata o un diritto di credito, ovvero ancora per costituire o alienare un diritto personale di godimento. La consegna del bene oggetto di diritto e l'immissione nel possesso dell'acquirente non sono dunque requisiti della fattispecie acquisitiva, e ciò rende materialmente possibile che il proprietario di un bene disponga più volte dello stesso diritto di proprietà o conceda a terzi, con successivi contratti, un diritto reale o di godimento sul medesimo bene, con conseguente conflitto fra più aventi causa dal medesimo autore<sup>5</sup>.

Attesa l'impossibilità di applicare il principio *prior in tempore potior in iure*, per gli inevitabili intralci che ne sarebbero derivati sul piano della certezza dei traffici, si è dovuto ricorrere alla diversa soluzione, ben più complessa, di prevedere, per un verso, l'obbligo dell'alienante di garantire la titolarità del diritto trasferito e, per altro verso, di risolvere le controversie fra più aventi causa in base al principio dell'affidamento, collegato a situazioni di apparenza o di pubblicità<sup>6</sup> mediante il sistema della trascrizione<sup>7</sup>.

---

povolge nelle rappresentazioni che questi ci confidano dell'ordinamento italiano, come sistema di legge codificata». E la succitata chiosa, lapidaria: «il diritto comune dei sammarinesi non si comprende, senza riferimento al suo contrario, al codice civile».

<sup>5</sup> In tema di doppia alienazione immobiliare, v. M. FACCIOLO, *Doppia alienazione immobiliare, prioritaria trascrizione del primo acquisto e mezzi di tutela del secondo acquirente soccombente*, in *La resp. civ.*, 2011, p. 527; E. FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione*, in *Giur. it.*, 2006, p. 487.

<sup>6</sup> Sulla pubblicità immobiliare, v. E. GABRIELLI, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, Utet, Torino, 2012-2014; G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Cedam, Padova, 2010; A. BECCU, *Il sistema della pubblicità immobiliare alla prova delle recenti novità normative*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 1450; A. ZACCARIA, S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Giappichelli, Torino, 2008<sup>2</sup>; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. Bessone*, Giappichelli, Torino, 2004<sup>2</sup>.

<sup>7</sup> In tema di funzione ed effetti della trascrizione, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, t. I, Giuffrè, Milano, 1998<sup>2</sup>; G. FREZ-

Ebbene, l'ordinamento sammarinese è rimasto indenne da tanta complicazione. Mantenendo perfetta continuità, attraverso il diritto comune, rispetto alla distinzione romanistica fra *titulus* e *modus acquirendi*, esso ha cristallizzato il principio secondo il quale «per rendere perfetta la compravendita è sufficiente il solo consenso sulla cosa e sul prezzo; una volta che la vendita si è perfezionata con il consenso, sorge nel venditore l'obbligazione di dare la cosa venduta e l'effetto reale traslativo si verifica al momento della *traditio*»: l'arresto è contenuto in una sentenza del Commissario della Legge 11 gennaio 1926, ma esprime un principio rimasto granitico sino ai giorni nostri.

#### 4. Reformationes e ius commune: *il naturale concorso fra tradizione e innovazione*

Un ulteriore tratto caratterizzante di questo sistema delle fonti, parimenti connesso alla vigenza del diritto comune, è costituito dalla regola che disciplina la successione delle norme, che a sua volta implica il concorso fra le stesse. Qui il processo riformatore è in grado di intervenire nonostante la persistente vigenza dei principi della tradizione e, soprattutto, non avviene mai a scapito di questa: il diritto nuovo non interviene con forza rivoluzionaria, travolgendo il diritto del passato, bensì affiancandosi ad esso in una armonica ripartizione per competenza<sup>8</sup>.

Si pensi, in ambito processuale, alla disciplina della prova testimoniale, la cui scarna regolamentazione contenuta nelle *Leges Statutae*<sup>9</sup>,

---

ZA, *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità. Il procedimento*, ivi, Giuffrè, Milano, 2017; A.N. CIMMINO, *La trascrizione immobiliare*, Giuffrè, Milano, 2012; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Cedam, Padova, 2008.

<sup>8</sup> Ricorda Severino Caprioli che nel sistema di diritto comune «le norme si giustappongono ... sull'identica materia, derogando nell'ambito di competenza la norma sopravveniente alla norma vigente. Questa risulta inapplicabile, non già abrogata. Ogni vicenda che tolga applicabilità alla norma sopravvenuta lascia rivivere l'applicabilità della norma derogata».

<sup>9</sup> Rub. XI, lib. II, da cui può dedursi la generale ammissibilità della testimonianza *de auditu alieno*.

come integrate dalla L. 55/1994 e ss.mm.<sup>10</sup>, ritaglia una ristrettissima isola di *ius proprium* (concentrata sul profilo della convocazione del teste) nel mare vasto dello *ius commune*, al quale ultimo resta riservata la disciplina dell'ambito<sup>11</sup>, dell'oggetto<sup>12</sup>, delle regole di ammissibilità della testimonianza di alcune persone e di prudente valutazione della prova testimoniale<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> L. 17 giugno 1994, n. 55, *Disposizioni in materia di procedura civile e penale*.

<sup>11</sup> La prova testimoniale è sostanzialmente sempre ammissibile, eccetto il caso in cui le parti l'abbiano espressamente esclusa mediante apposita clausola contrattuale (cfr. sentenza Giudice delle Appellazioni, prof. G. Astuti, 9 aprile 1970, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1970-1980, p. 143), oppure sia indotta per provare un contratto che richiede la forma scritta *ad substantiam* (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, Gruppo Poligrafico Editoriale, Repubblica di San Marino, 1967, p. 71: «la prova testimoniale cessa di essere ammissibile quando si voglia mettere in essere la dimostrazione di un contratto per cui occorre l'atto scritto appena di nullità. Quali siano questi contratti è determinato dal diritto comune»); il principio giustiniano, secondo il quale «*contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*» (DC.4.20.1) ammette infatti eccezioni «nel concorso di particolari e concludenti circostanze che possano giustificarla, in speciali fattispecie» (sentenza Giudice delle Appellazioni, prof. G. Astuti, 9 aprile 1970, cit., p. 143).

<sup>12</sup> La prova testimoniale «deve riguardare i fatti visti o sentiti» (sentenza Giudice delle Appellazioni prof. V. Scialoia, 10 giugno 1911, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1911-1020, I, p. 11; «i testimoni debbono deporre i fatti e non esprimere apprezzamenti» (sentenza Commissario della Legge G. Ramoino, 13 gennaio 1926, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1926, p. 15).

<sup>13</sup> Sono inammissibili come testimoni e, qualora ammessi, non possono prestare giuramento, i minori degli anni quattordici; le parti in causa e i loro rappresentanti; i padri o genitori contro i figli e viceversa (cfr. RICHERI, *Iurisp. Univ. Lib. IV*, tit. XX, § 661: «*ex sanguinis junctioe prohibetur pate ne testimonium dicat pro filio et vicissim*»; sentenza Commissario della Legge Ramoino, 12 maggio 1928, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1928, p. 9: «è vietato in causa civile di esaminare il figlio quale teste nella causa del padre») e la moglie nella causa del marito e viceversa, con l'eccezione delle cause in materia di diritto di famiglia di diritto successorio, nelle quali possono essere ammessi, sebbene la valutazione della relativa deposizione sia rimessa al prudente apprezzamento del giudice; il fratello di una delle parti in causa (cfr. RICHERI, *Iurisp. Univ. Lib. IV*, tit. XX, § 663: «*frater nec pro fratre nec contra fratrem testis admittitur*», con la medesima eccezione sopra citata); l'avvocato nella causa del cliente (cfr. J. VOËT, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. V, n. 6 (ed. con volgarizzazione a fronte, riveduta e corretta da L. FORTIS, III, co' tipi di Pietro Naratovich, Venezia, 1850, p. 477: «non è testimonio idoneo neanche un avvocato né un procuratore in quella causa nella quale egli prestava il suo patrocini-

Altro esempio emblematico di concorrenza fra fonte legislativa e diritto comune si rinviene nella disciplina della sospensione del processo civile, ove accanto alle ipotesi di sospensione *ex lege*, quali ad esempio quelle previste dall'art. 13, co. 6, Legge qualificata n. 55 del 2003<sup>14</sup> rispetto alla verifica di legittimità costituzionale delle norme ordinarie, o dall'art. 11 del Codice di procedura penale, relativo alla pregiudizialità della definizione di un giudizio penale rispetto a quello civile<sup>15</sup>, si annoverano le cause di sospensione del

---

nio o la sua procura azione, sia che venga prodotto a favore del cliente, sia che contro di lui; almeno non lo è in quanto venisse costretto a palesare le cose da lui non d'altronde risapute che dalla rivelazione del cliente; a quel modo che al sacerdote è illecito il rivelare le cose da lui risapute mediante auricolari confessione. Imperoché, quanto alle cose altrimenti risapute, nulla osta che, riguardo a queste, sia il patrocinatore costretto a deporre in aggravio del suo cliente; diversamente, starebbe in facoltà del litigante, collo l'assumere difensori consapevoli di un fatto, il togliere all'avversario l'abilità di provare la sua ragione». Possono invece essere ammessi a deporre con il vincolo del giuramento, ma la loro testimonianza è soggetta ad un severo vaglio di credibilità: il mandatario *super officio* (RICHERI, *Universa jurisprudentia*, lib. IV, tit. 20, n. 671; sentenza Commissario della Legge G. Ramoino, 11 gennaio 1926, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1926, p. 11, «secondo il diritto comune possono essere esaminati quali testimoni il mandatario *super officio sed post officium* e il mediatore sopra l'affare di cui è interessato») e il mediatore; il suocero nella causa del genero e viceversa, sebbene si tratti di soggetti che possono rifiutarsi di prestare testimonianza («secondo il diritto comune della categoria di coloro *qui testes esse prohibentur* rientrano soltanto il padre nella causa del figlio e viceversa nonché la moglie nella causa del marito e viceversa. Il suocero, secondo l'opinione dominante, può deporre nella causa del genero e rientra nella categoria delle persone *qui excusantur* e cioè che non possono essere costretti a deporre contro la loro volontà»); tutti coloro che hanno un interesse in causa, tra cui il socio nella causa del socio e il cedente nella causa del cessionario; i *testes domestici*, fra i quali il lavoratore subordinato della parte che lo induce (sentenza Commissario della Legge P.G. Peruzzi, 8 aprile 1987, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-1990, p. 1235); i rappresentanti e agenti di commercio nella causa del preponente; coloro che hanno un rapporto di amicizia, inimicizia o di lavoro con una delle parti in causa.

<sup>14</sup> Art. 13, co. 6, L. 25 aprile 2003, n. 55: *Disciplina sull'organizzazione, le incompatibilità, il funzionamento, le forme dei ricorsi e dei procedimenti, gli effetti delle decisioni del Collegio Garante della costituzionalità delle norme*: «il giudizio rimane sospeso dalla data del provvedimento sino al giorno in cui gli atti sono restituiti».

<sup>15</sup> Art. 11 c.p.p.: «l'inquisizione penale sospende il giudizio civile, sempreché la definizione di questo dipenda necessariamente dalla verifica del solo fatto del reato».

processo ascrivibili allo *ius commune*, quali la pregiudizialità di una causa civile (che ponga una questione tale da costituire antecedente logico) rispetto ad altra causa civile, entrambe instaurate innanzi all'autorità giudiziaria sammarinese, ipotesi nella quale si riconosce al giudice il potere discrezionale di valutare l'opportunità della sospensione, con l'evidente finalità di evitare contrasti fra giudicati.

Una singolare eccezione alla naturale concorrenza fra diritto comune e fonte legale si riscontra nella legge di *Riforma del diritto di famiglia* – la L. 49/1986 – che all'art. 145, nell'indicare le abrogazioni conseguenti all'entrata in vigore della legge, abroga espressamente anche «tutte le norme, consuetudini ed istituti anche di diritto comune in contrasto con le disposizioni della presente legge»<sup>16</sup>.

5. *La naturale elasticità del sistema sammarinese nel raffronto con quello italiano. La logica del «caso omissio» in rapporto a quella del «caso escluso»*

Il peculiare assetto delle fonti, ed il conseguente percorso ermeneutico che – come attraverso un imbuto rovesciato – muove l'interprete da ambiti normativi più ristretti, gerarchicamente sovraordinati (regole), a fonti normative sussidiarie ma a vocazione generale (principi di diritto comune), garantisce all'ordinamento sammarinese una naturale completezza e una capacità di adeguamento all'incessante divenire del reale. Una duttilità maggiore di quella vantata dal vicino ordinamento italiano, la quale costituisce un ulteriore, rilevante, tratto fisionomico dell'ordinamento sammarinese.

---

<sup>16</sup> Art. 145 (*Abrogazioni*), L. 26 aprile 1986, n. 49: «La presente legge abroga: - il titolo IV, il titolo V, il titolo VIII, il titolo IX e il titolo X della Legge n. 43 del 12 agosto 1946 'Legge sull'ordinamento per lo Stato Civile' - la Legge n. 37 del 22 settembre 1953 'Istituzione del matrimonio civile' - la Legge n. 36 del 22 settembre 1953 'Modifiche al diritto successorio' - la Legge n. 12 del 25 febbraio 1974 'Disposizioni in materia di successione tra i coniugi' e tutte le norme, consuetudini ed istituti anche di diritto comune in contrasto con le disposizioni della presente legge».

Questo infatti, in virtù della propria architettura delle fonti e dello straordinario ruolo giocato dal diritto comune, presenta apertura ed elasticità tali da accogliere in modo non traumatico le nuove operazioni emergenti dall'evoluzione sociale ed economica. Privò di una vera Carta costituzionale (nel senso in cui essa si configura nell'ordinamento italiano) e di una codificazione, esso è pervaso da un principio di continuità sconosciuto agli ordinamenti codificati.

D'altra parte la codificazione, per essere tale e non ridursi a mera operazione di consolidazione<sup>17</sup>, postula innovazione, in senso squisitamente rivoluzionario: rappresenta un elemento di discontinuità, di rottura in senso proprio<sup>18</sup>. Questo, come evidenziato in dottrina, necessariamente connota «un processo codificativo compiuto, cioè completo in ogni sua parte e non integrabile nelle sue lacune con il ricorso ad altri sistemi, anzi teoricamente neppure con il ricorso all'elaborazione dottrinarica. Ben diversa è la completezza tipica realizzata dall'ordinamento sammarinese»<sup>19</sup>, perseguita in via del tutto originale mediante ricorso alla tradizione, in luogo della novità<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Per uno studio storico in tema di consolidazione, v. M.E. VIOLA, *Le costituzioni piemontesi (leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna. 1723-1729-1770)*. I. *Storia esterna della compilazione*, Bocca, Milano-Torino-Roma, 1929.

<sup>18</sup> Cfr. T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

<sup>19</sup> P.G. PERUZZI, *Appunti per le lezioni del corso di diritto sammarinese*, QuattroVenti, Urbino, 1998, p. 96, che efficacemente evidenzia l'operatività del principio di continuità nell'ordinamento sammarinese.

<sup>20</sup> Anche in giurisprudenza si sottolinea che «il modello sammarinese è un ordinamento che ha preferito non adottare la codificazione, il sistema delle fonti di diritto della Repubblica di San Marino procede dalla norma di ambito più ristretto per arrivare a quell'universale sistema normativo che, per prescrizione statutaria cogente, deve ricercarsi nel diritto comune. In generale per individuare le norme che regolano il caso portato alla conoscenza del Magistrato sammarinese, deve essere applicato il principio, che richiede l'esame di tutte le fonti, in una successione che è collocata anche in ordine gerarchico»: sentenza del Giudice delle Appellazioni civili del 30 luglio 1963, nella causa n. 163 dell'anno 1961, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, p. 46. Anche storiche pronunce della Suprema corte italiana ben colgono la peculiarità del sistema sammarinese delle fonti, nonché la completezza interna del relativo ordinamento: Cass., 3 marzo 1906, in *Giur.it.*, 1096, I, 1, p. 430, pubblicata anche in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, p. 103; Cass.,

Il fecondo ricorso alla tradizione si palesa nella logica – ispiratrice di questo sistema – del «caso omissio»<sup>21</sup>, direttamente attinta dall'impianto romanistico il quale, cogliendo l'infinita e irripetibile varietà dei casi concreti che si presentano nella realtà, percepisce come naturale e fisiologico il fatto che alcuni non risultino contemplati da norma alcuna. Tale logica risulta, al contempo, pienamente coerente con il principio di continuità e completezza del sistema sammarinese e in opposizione al modello italiano tradizionalmente concepito.

Quest'ultimo, almeno nella sua connotazione tradizionale, risulta infatti ispirato al diverso principio del «caso escluso»: nelle ipotesi non previste dalla legge esso individua una «lacuna», per il cui superamento appresta lo strumento dell'analogia che, secondo il vieto schema dell'art. 12 delle *Disposizioni preliminari al Codice civile*, risulta distinta in *legis* e *iuris* ed inserita all'interno di un procedimento ermeneutico rigidamente graduato fra interpretazione letterale, logico-sistemica ed analogica.

Stando alla lettera dell'art. 12 disp. prel., il ricorso all'analogia *iuris* (*id est* l'applicazione dei principi) assumerebbe carattere eventuale e residuale, possibile solo qualora l'analogia *legis* (applicazione di norme che prevedono casi simili o materie analoghe) non sia applicabile. Ciò ha richiesto un notevole sforzo di ricostruzione critica da parte della dottrina più sensibile che, sottolineando l'essenzialità dell'interpretazione assiologica, ha recuperato – di là dalla lettera dell'art. 12 disp. prel. – un ruolo primario e centrale all'applicazione dei principi<sup>22</sup>.

---

3 febbraio 1904, in *Corte Suprema*, II, p. 155, pubblicata anche in *Giurisprudenza sammarinese*, 1964, p. 385.

<sup>21</sup> Sulla distinzione fra la logica romanistica del «caso omissio» e la logica del «caso escluso» v. P.G. PERUZZI, *o.c.*, pp. 61 ss.; 95 ss.

<sup>22</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 573 ss.; P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 28 ss.; A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Giappichelli, Torino, 2002; nella dottrina straniera, per l'affermazione del ruolo apicale dei principi si v. il celebre contributo di R. DWORKIN,

Il sistema sammarinese è invece già ordinato in modo che, per i casi non previsti dallo statuto e dalle *reformationes* (lo *ius proprium*), «vi [è] per provvedere ad ogni caso l'inesausta fonte del diritto romano consuetudinario, il *ius commune*»<sup>23</sup>.

Proprio la persistente vigenza del diritto comune, e la possibilità per il giudice di attingervi nella risoluzione delle controversie che si trova a decidere, implica che nella delicata operazione di individuazione della normativa da applicare al caso concreto – ciò in cui si sovrappone il compito del giudice – il ricorso ai principi, lungi dall'essere residuale, sia concepito come immediato e diretto.

Si ammette inoltre, per la via del diritto romano consuetudinario, il ricorso (anche) a fonti *extra ordinem*<sup>24</sup>, sì che risulta ulteriormente arricchita l'elasticità del sistema normativo e più feconda l'attività ermeneutica. Qui, in modo più evidente che altrove, il diritto non si esaurisce nella legge, nella sola fonte di matrice legislativa<sup>25</sup>.

## 6. *Il ruolo del giudice sammarinese nel controllo di convenzionalità diffusa*

E non solo il diritto non coincide con la legge, ma tanto meno si esaurisce nella sola legge interna.

Assume importanza fondamentale a questo proposito l'art. 1, ai commi 1 e 3, della *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*<sup>26</sup>: clausola di ri-

---

*I diritti presi sul serio* (1977), a cura di N. MUFFATTO, il Mulino, Bologna, 2010, spec. p. 90 ss.; in prospettiva opposta L. ALEXANDER, K. KRESS, *Contro i principi del diritto*, in *Una critica ai principi del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 19 ss.

<sup>23</sup> Cass., 3 marzo 1906, cit.

<sup>24</sup> Cfr. P. PERUZZI, *op. cit.*, p. 64: «La logica dei casi omessi ..., rifacendosi al dettato romano, che non tutte le fattispecie possono essere legislativamente previste, ammette sempre il ricorso anche a quelle fonti che sono state elaborate al di fuori dell'ordinamento statale».

<sup>25</sup> G. ASTUTI, *Sul diritto di San Marino*, in *Identità sammarinese*, San Marino Libri, San Marino, 2020, p. 45 ss.

<sup>26</sup> Legge 8 luglio 1974, n. 59 e ss.mm.

cezione automatica che prevede la diretta applicabilità nell'ordinamento sammarinese, e all'apice della gerarchia delle fonti, delle norme di diritto internazionale e della CEDU: «La Repubblica di San Marino riconosce, come parte integrante del proprio ordinamento, le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e conforma ad esse i suoi atti e la condotta. Si uniforma alle norme contenute nelle dichiarazioni internazionali in tema di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. ... L'ordinamento sammarinese riconosce, garantisce ed attua i diritti e le libertà fondamentali enunciate nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Proprio in apertura della sua Carta fondamentale è così palesata non solo la vocazione internazionale dell'ordinamento sammarinese, ma altresì l'espressa costituzionalizzazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>: previsione che diversifica la teoria delle fonti sammarinese da quella degli altri Stati del Consiglio d'Europa, e anche dall'Italia, ove il rapporto fra Carta costituzionale e CEDU ha presentato incertezze ben maggiori.

La sottolineatura non sottende un'acritica adesione verso la scelta di sovraordinare i principi CEDU a quelli della Carta fondamentale interna, bensì soltanto la notazione di un'ulteriore peculiarità che porta con sé opportunità e rischi. Da un lato il rischio è in via potenziale per l'assetto costituzionale interno ma, dall'altro, l'opportunità è di un'applicazione ancor più diretta ed immediata delle tutele previste dalla CEDU.

Ciò comporta per il giudice l'obbligo di operare un controllo diffuso di convenzionalità delle norme interne, che si traduce in una specifica richiesta di competenza e responsabilità in capo al giudice sammarinese.

---

<sup>27</sup> La formulazione dell'art. 1 come citata si deve alla riforma di cui alla L. 36/2002.

## 7. *La scelta di non codificare*

Gli stessi tratti caratterizzanti che conferiscono al sistema sammarinese questa naturale elasticità costituiscono tuttavia anche potenziali fattori di crisi, di rischio, del modello medesimo.

Il riferimento è, anzi tutto, alla mancanza di codificazione. In astratto, essa può rendere più complessa l'individuazione della normativa da applicare al caso concreto; incrementa il rischio di difformità nei giudizi; rende potenzialmente più labile il confine tra discrezionalità ed arbitrio giudiziari; enfatizza il coefficiente di incertezza nell'applicazione del diritto.

A ben vedere, però, questi stessi fattori di rischio presentano, come Giano bifronte, un opposto risvolto, risolvendosi in una opportunità, sia rispetto al formante legislativo che giurisprudenziale.

Dal primo punto di vista, essa si è rivelata efficace antidoto rispetto ai più gravi vizi del vicino ordinamento codificato. Avendo rinunciato alla codificazione – *rectius*, scelto di non ricorrervi – e continuando dunque ad attingere a piene mani all'inesauribile bacino del diritto comune, l'ordinamento sammarinese ha potuto resistere alla chimera dell'imitazione del modello italiano e almeno contenere, se ormai non più scongiurare, il pericolo della superfezzatura delle regole che affligge l'ordinamento italiano persino nei settori che richiederebbero una *soft regulation*.

In Italia – ha rilevato fine dottrina – «il giurista si trova dinnanzi ... ad un fluire ossessivo di norme, le quali non mostrano, nel loro nascere e perire, alcuna forza di durata. ... Il giurista avverte la *temporalità* della propria materia, la contingente precarietà di un oggetto, che poteva o potrà essere *altro*. L'ombra del nulla accompagna tutte le norme»<sup>28</sup>.

Se a questo *horror vacui* contrapponiamo l'apparente ossimoro insito nella feconda «variabilità della costante diritto comune»<sup>29</sup>, e

---

<sup>28</sup> N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 75.

<sup>29</sup> La felice espressione è di S. CAPRIOLI, *Varianti e costanti del diritto comune*, rist. in *Le fonti di diritto privato sammarinese*, Banca agricola commerciale della Repubblica di San Marino, San Marino, 2000, p. 110.

se raffrontiamo quel senso di precarietà con la rassicurante continuità, vigenza e reviviscenza nel tempo che caratterizza i principi di diritto comune, comprendiamo quanto potente ed efficace scelta di non azione sia stata (qui) quella di non codificare.

8. *Il diverso ruolo dell'interpretazione quale procedimento ermeneutico e l'interpretatio quale fatto normativo. La diversa disciplina dell'impugnazione della transazione nel sistema sammarinese e in quello italiano*

Rispetto al formante giurisprudenziale, poi, la mancanza di codificazione offre al giudice diverse opportunità: quella di una più libera e creativa individuazione della normativa da applicare al caso concreto; di attribuire maggiore risalto alle peculiarità che lo caratterizzano; di tenere in maggior conto gli interessi sostanziali delle parti e di garantire così piena attuazione a quello (più) meritevole: in sostanza, di perseguire la giustizia del caso concreto, o la giustizia sostanziale, che poi è il volto di Dike evocato in precedenza.

Svincolato dai legacci della regola codificata, affrancato dalle strettoie del passaggio obbligato dall'*analogia legis*, e per converso graziato dalla possibilità di abbeverarsi in via diretta ed immediata ai principi di diritto comune, il giudice può apprezzare, dietro il rischio, l'opportunità di informare davvero il proprio giudizio a criteri di adeguatezza, proporzionalità<sup>30</sup> e ragionevolezza<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> La prima enucleazione del principio di proporzionalità si deve a P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

<sup>31</sup> G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007; S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005; P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in *Corti marchigiane*, 2005, p. 3 ss., ora in *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, a cura di P. PERLINGIERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 467 ss.; per uno studio

È sufficiente evocare il criterio di meritevolezza di cui all'art. 1322 del Codice civile italiano<sup>32</sup>, per comprendere quali ampie e feconde possibilità applicative siano ad esso riservate in un ordinamento che, per le ragioni sopra dette, riconosce all'ermeneutica giurisprudenziale un naturale e fisiologico coefficiente di «creatività».

Di più. Il ruolo maggiormente «creativo» qui riconosciuto al giudice ulteriormente si rivela alla luce della distinzione ontologica – *costitutiva* di questo sistema – fra l'interpretazione, quale procedimento ermeneutico, e l'*interpretatio* richiamata nelle fonti romane e medievali, parti integranti del diritto comune sammarinese: percorso cognitivo, sebbene a fini applicativi, la prima, fatto normativo *stricto sensu* il secondo, eppur di matrice giurisprudenziale<sup>33</sup>.

---

sull'incidenza dei concetti di ragionevolezza e di proporzionalità nei diversi settori del diritto, v. *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 907 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 132 ss.; F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1287 ss.; G. ALPA, *Ragionevolezza e integrazione europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, p. 113 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Grand Hotel Quisisana, Capri 16-18 aprile 2009, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 187 ss. In senso critico rispetto alla concezione di ragionevolezza e proporzionalità quali limiti interni all'atto di autonomia privata, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss. (proporzionalità), e p. 757 ss. (ragionevolezza).

<sup>32</sup> In chiave storica, sul vago di meritevolezza in rapporto a quello di liceità, v. M. PENNASILICO, *Sub art. 1322*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. PERLINGIERI, IV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 377 ss.; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Utet, Torino, 1994, p. 324 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; e S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato 10-11 novembre 2016*, Sala degli Affreschi Complesso di S. Andrea delle Dame – Napoli, a cura di G. PERLINGIERI, M. D'AMBROSIO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 394 ss., che evidenzia la distinzione qualitativa e funzionale della meritevolezza rispetto alla liceità.

<sup>33</sup> Preziosa distinzione concettuale in S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell'interpretazione*, Banca Agricola Commerciale, San Marino, 2008; ID., *Parere in merito alle*

Emblematica, in proposito, la diversa disciplina della transazione nell'ordinamento sammarinese rispetto a quella del vicino sistema codificato: lì l'art. 1970 Cod. civ. esclude l'impugnazione per lesione<sup>34</sup>, che invece nel sistema sammarinese è ammessa, limitatamente a quella enorme o enormissima, proprio per via giurisprudenziale<sup>35</sup>.

La maggiore discrezionalità così connaturata all'esercizio della funzione giurisdizionale – e, con essa, i rischi che potenzialmente derivano – risultano oltremodo enfatizzate dalla scelta, parimenti originale e connotante questo ordinamento, per la monocraticità del giudice.

Evidente in ciò la tipizzazione del modello professionale, peculiare tratto fisionomico della magistratura sammarinese, che anche dal punto di vista della composizione dell'organo giudicante riflette la persistenza – qui si direbbe quasi una vischiosità – della tradizione, e il rischio di mantenere un nervo scoperto della giustizia, quanto meno se ragioniamo rispetto a processi penali di particolare delicatezza. Qui forse più che altrove il magistrato è istituzionalmente chiamato a lavorare 'da solo', enfatizzando il rischio che possa 'sentirsi solo'. Varrebbe forse la pena di avviare a livello legislativo una riflessione sull'eventuale opportunità di compiere un ulteriore innesto dell'innovazione nella tradizione, aprendo ad una composizione collegiale dell'organo giudicante, sia pure in fattispecie tipizzate e di natura eccezionale.

---

*questioni di legittimità costituzionale*, reso il 29 settembre 1994 al Consiglio Grande e Generale, inedito, p. 17.

<sup>34</sup> Art. 1970 Cod. civ.: «La transazione non può essere impugnata per causa di lesione».

<sup>35</sup> «Il diritto comune ammette che la transazione possa essere impugnata per lesione ma solo nel caso che essa lesione sia enormissima e cioè la somma versata non raggiunga nemmeno il terzo di quanto dovuto»: sentenza del Commissario della Legge G. Ramoino, 27 maggio 1967.

### 9. *Il peculiare atteggiarsi del principio di legalità*

A sgomberare il campo da possibili equivoci va poi detto che il pregnante ruolo assegnato al magistrato sammarinese non ne tratteggia la figura di un giudicante *legibus solutus*, che brandisce la spada (tanto per rievocare l'immagine icastica della dea *Iustitia-Dike*, bendata, armata di spada e di bilancia) dell'arbitrio; né evoca, per altro verso, l'ossimoro di un arbitro creatore di regole.

Lungi dal voler tratteggiare un'enclave consegnata all'incertezza del diritto ed all'arbitrio giudiziario, deve per contro evidenziarsi che la specificità del sistema sammarinese delle fonti – in particolare, la vigenza del diritto comune e la relativa consolidata applicazione giurisprudenziale – garantiscono a questo modello ordinamentale sicurezza e affidabilità, perdipiù al netto delle rigidità e delle vischiosità tipiche degli ordinamenti codificati.

A presidio della certezza del diritto si erge evidentemente, anche nell'ordinamento sammarinese, il principio di legalità.

Anche questo si caratterizza in modo originale: come rilevato in dottrina, «nell'ordinamento sammarinese il significato che assume il principio di legalità, si connette certamente alla sostanziale mancanza di discontinuità dell'ordinamento, che ha originariamente proclamato e riconosciuto come vigenti le regole, che appartengono alla tradizione europea continentale e da quella direttamente derivano, senza alcuna mediazione ... . Sul tema del principio di legalità incide notevolmente la scelta originaria, realizzata statutariamente, di prescrivere come fonte un sistema, come il diritto comune, ovvero il diritto romano attuale o vigente, nel quale, come aveva affermato Savigny, “si verifica dunque l'essenziale identità del diritto consuetudinario con quello scientifico”, senza distinzione tra le opere pratiche dalle teoriche»<sup>36</sup>.

Questo peculiare atteggiarsi del principio di legalità vieppiù si manifesta nel fatto che l'ordinamento sammarinese, resistendo alla

---

<sup>36</sup> P.G. PERUZZI, *op. cit.*, p. 149; la citazione ivi contenuta è da C.F. VON SAVIGNY, *Sistema*, I, Cap. III, § 20, p. 109.

tentazione di codificare, e così continuando ad accettare il rischio di un potenziale disordine, ha tuttavia tendenzialmente contenuto altro più grave rischio, per identificare il quale sono di nuovo efficaci le parole di Astuti: «questa idea che l'ordinamento giuridico dello Stato sia e debba essere ... costituito dalla legislazione dello Stato. E il diritto coincida con la volontà degli organi legislativi dello Stato. Questa è un'idea pericolosa»<sup>37</sup>.

Le notevoli opportunità riscontrate implicano evidentemente un pari grado di responsabilità nell'operatore del diritto, ciò che nella giurisprudenza ha comportato coerenza interna, tendenziale uniformità e stabilità dei giudicati. Lo sottolinea autorevolmente l'analisi di Giacomo Ramoino: «potrà forse pensarsi che la giurisprudenza Sammarinese – per le odierne difficoltà di conoscere il diritto comune – sia incerta e contraddittoria. Ma così non è. L'esame fatto sulle sentenze dell'ultimo sessantennio ha dimostrato una notevolissima uniformità di giudicati: di molto superiore a quella che normalmente si verifica negli stati i quali hanno codificato le norme di diritto privato»<sup>38</sup>.

Si rivela così ulteriormente il tratto sicuro ed affidabile che, pur nelle evidenziate peculiarità, caratterizza il volto di questo ordinamento, siccome saldamente ancorato alla tradizione.

10. *Lo ius novum quale correttivo allo ius commune: il temperamento del principio dispositivo nella procedura riservata alla Corte per i Trust e gli affidamenti fiduciari*

L'apparente antinomia, che come visto è sinergia, fra tradizione e innovazione può evidenziarsi anche sul versante più squisitamente procedurale. L'applicazione nuda e cruda del principio dispositivo, che rappresenta ulteriore tratto caratterizzante questo ordinamento, determina potenziali disfunzioni nel processo civile: vincolan-

---

<sup>37</sup> G. ASTUTI, *Sul diritto di San Marino*, ora in *Identità sammarinese*, cit., p. 45.

<sup>38</sup> G. RAMOINO, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, Arti grafiche Della Balda, Repubblica di San Marino, 1928, p. 14 s.

do rigorosamente il giudice alle allegazioni delle parti, e limitando al massimo i suoi poteri di ufficio – egli deve infatti decidere *iuxta alligata et probata partium*<sup>39</sup> – ingenera il rischio di paralisi o rallentamenti della procedura, in violazione del principio di speditezza costituzionalmente previsto<sup>40</sup>, e persino il rischio, ancor più grave, di decisioni ‘ingiuste’. Non potendo il giudice decidere se non sulla base di quanto i contraddittori hanno portato sul *theatrum* del processo, la parte che, pur vantando una pretesa fondata, non ne alleghi i fatti costitutivi o non supporti questi ultimi di adeguato corredo probatorio, risulta destinata a soccombere<sup>41</sup>.

Il principio dispositivo, che nel suo fisiologico dispiegarsi postulare e al contempo garantisce terzietà del giudice nel gioco delle parti, implica dunque che l’agire dei contraddittori – parti e, soprat-

---

<sup>39</sup> Cfr. G.B. DE LUCA, *Dottor volgare*, lib. XV, cap. XXI, n. 30: «i Giudici devono giudicare secondo gli atti, e non possono giudicare secondo la propria coscienza e per le loro notizie estragiudiziali: e però dicono i Pratici, che quello non sia negli atti, si dice non essere nel mondo»; il principio è ampiamente ribadito nella nota Decisione Consiglio dei XXII, consulente prof. S. Caprioli, 13 settembre 2000, delibera n. 2, nella causa civile n. 306 dell’anno 1996, inedita. Ne deriva il principio dell’onere della prova, che incombe sull’attore che afferma il fatto da cui dipende il diritto: D. 22.3.2: «Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat»; D. 22.3.21: «semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit». «il sistema delle prove appartiene alla dinamica del diritto; l’attore tende ad immutare a condizione di fatto sussistente, e dee somministrare tutti i fattori d’impulso che si richiede all’uopo, come dee fornirsi la forza da chi vuol vincere l’inerzia della materia; a sua volta il convenuto che contrappone un’eccezione, nel senso materiale o processuale della parola, è nella condizione di chi vuole arrestare, diminuire, ritardare o deviare una forza già in atto; tocca a lui somministrare la forza che conduce all’arresto o all’attenuazione dell’altra o che si combini con essa per formare una risultante»: Note dei traduttori a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, p. I, 1<sup>a</sup> trad. it. a cura di C. FADDA, P.E. BENZA, Torino, 1902, p. 1203.

<sup>40</sup> Art. 15, *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell’ordinamento sammarinese*. L. 8 luglio 1974, n. 59, modificata con L. 19 settembre 2000, n. 95; L. 26 febbraio 2002, n. 36; D. 8 luglio 2002, n. 79.

<sup>41</sup> C. 2.1.4: «Qui accusare volunt, probationes habere debent: cum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinet». V. anche J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XXII, tit. III, n. 9: «se l’attore non prova il reo convenuto debb’essere assolto, ancorché nulla egli aduca a propria difesa».

tutto, loro patrocinatori – si attesti sul massimo grado di competenza, professionalità e responsabilità. Cogliendo i rischi connessi all'applicazione in purezza del suddetto principio, il sistema giuridico sammarinese ha colto l'opportunità di introdurne un qualche temperamento – che non equivale a sconfessione – nella procedura riservata alla Corte per il *Trust*<sup>42</sup>. In questa disciplina processuale di *ius proprium* sono infatti previsti, come contraltare al principio dispositivo, penetranti poteri di intervento, direzione e stimolo della procedura in capo al giudice del *Trust*: esemplificativamente, all'udienza fissata per la contestazione orale della lite la Corte può richiedere chiarimenti sui fatti e indicare le questioni delle quali ritiene necessaria la trattazione; può scegliere se procedere all'interrogatorio delle parti; può tentare in ogni momento la conciliazione delle parti.

Cogliendo le derive del principio dispositivo, il legislatore ha cioè calibrato il proprio intervento innovativo in modo da renderne l'applicazione nei procedimenti sul *Trust* compatibile con le marcate esigenze di speditezza e il più elevato gradiente di complessità tecnica che connotano tali vicende negoziali (ed il conseguente riflesso processuale).

Una volta ancora, senza abdicare alla tradizione, questo sistema si mostra in grado di stare al passo coi tempi, in una visione dinamica e diacronica del diritto, per sua natura mutevole, come mutevole è la società su cui riposa e che regola: la fedeltà alla tradizione non vale immobilismo<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> La Corte è stata istituita con Legge costituzionale 26 gennaio 2012, n. 1; il modello processuale è delineato nella Legge qualificata 26 gennaio 2012, n. 1 e nel Decreto delegato 30 settembre 2013, n. 128.

<sup>43</sup> G. ASTUTI, *Sul diritto di San Marino*, cit., p. 43: «San Marino non ha mai rinunciato a legiferare, seguire i tempi. Non crediate che la fedeltà al vecchio ordinamento romano e consuetudinario significhi immobilità; tutt'altro».

## 11. Conclusioni

È sulla scorta di queste meditazioni intorno all'ordinamento sammarinese, nella prospettiva di un raffronto con il vicino ordinamento italiano, che pare possibile tentare una risposta al quesito inizialmente posto, e così riconoscere nell'ordinamento sammarinese il volto di Dike.

Un volto che per certi versi richiama i tratti dell'*equity*: un sistema giuridico la cui stessa architettura portante rivela ispirazione e naturale tensione verso un principio di giustizia sostanziale, piuttosto che di legalità formale. Un diritto che si dispiega sull'ampiezza, l'elasticità, il respiro ampio dei principi, anziché sul passo breve e sincopato della legiferazione mediante tecnica regolamentare; un ordinamento che, pur geograficamente incastonato in un sistema codificato, è stato in grado di rinunciare al potere taumaturgico della codificazione.

Ed è così evidenziando nell'ordinamento sammarinese la capacità trasformativa dei fattori di rischio in speculari occasioni evolutive che par di evocare la sintesi plastica in cui, nella lingua cinese, la parola «crisi» è resa dai due ideogrammi: «rischio» e «opportunità».

FERDINANDO TREGGIARI

UN FOSSILE VIVENTE?  
PERSISTENZE E PARADOSSI DEL DIRITTO  
COMUNE A SAN MARINO\*

**Abstract:** Quale «diritto comune» vige oggi a San Marino? Il contributo passa in rassegna le peculiarità e le anomalie di un sistema giuridico millenario, tuttora privo di un Codice civile e di un Codice di procedura civile e nel quale una legislazione sempre più numerosa e progredita e una Costituzione che incorpora i principi della CEDU convivono con consistenti retaggi della tradizione del diritto comune europeo. Tra questi, viene dato particolare rilievo ad alcuni istituti processuali: il *consilium sapientis*, il giudizio di terza istanza e i mezzi di impugnazione straordinari civili della *querela nullitatis* e della *restitutio in integrum*.

**Parole chiave:** diritto comune, statuto, *reformationes*, *lex alii loci*, terza istanza, *querela nullitatis*, *restitutio in integrum*.

**A living fossil? Persistence and paradoxes of *ius commune* in San Marino.** What *ius commune* is in force today in San Marino? The contribution reviews the peculiarities and anomalies of a millenary legal system, which still lacks a Civil code and a Code of civil procedure and in which an increasingly numerous and advanced legislation and a Constitution incorporating the principles of the ECHR coexist with substantial legacies of the tradition of European *ius commune*. Among these, particular emphasis is placed on certain procedural institutions: the *consilium sapientis*, the judgment of third instance and the extraordinary civil remedies of *querela nullitatis* and *restitutio in integrum*.

**Key words:** *ius commune*, statute, *reformationes*, *lex alii loci*, third instance, *querela nullitatis*, *restitutio in integrum*.

1. La Repubblica di San Marino è un fazzoletto di terra montuosa (33.000 abitanti in 61 km<sup>2</sup> di territorio interamente circondato dallo Stato italiano) arroccato da secoli in cima al monte Titano (739 m.) sui contrafforti orientali dell'appennino tosco-emiliano, a un passo da Rimini. Dal punto di vista antropologico e linguistico,

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

è una comunità di italiani a tutti gli effetti («un territorio estero interno», è stato definito)<sup>1</sup>, che dall'età dei liberi comuni, cioè da quasi mille anni, si è costituita in Repubblica indipendente e sovrana, politicamente separata dal resto della penisola. Nel 2008 il centro storico della Città di San Marino e il monte Titano sono stati inseriti dall'UNESCO tra i patrimoni dell'umanità proprio in quanto «testimonianza della continuità di una repubblica libera fin dal XIII secolo».

Questa piccola e antica Repubblica è attualmente Stato membro del Consiglio d'Europa, ma non anche dell'Unione Europea e ancora in occasione della consultazione popolare del 2013 la comunità locale ha confermato di non volerne far parte (il referendum propositivo non raggiunse il quorum di votanti e i 'sì' e i 'no' risultarono di numero pressoché pari)<sup>2</sup>. Ecco, dunque, un primo paradosso: San Marino è fuori dall'Europa politica, pur essendo uno dei più antichi Stati d'Europa. La prima testimonianza della sua indipendenza risale alla fine dell'XI secolo. Nata come comune medievale, nella forma di organizzazione politica e giuridica tipica delle città centro-settentrionali italiane del basso medioevo (il primo statuto sammarinese che si conosca è del 1295-1302), San Marino ha mantenuto fino a tutto il XVI secolo un'originaria forma di governo assembleare basata sull'Arengo dei capi-famiglia, per poi evolvere verso l'attuale forma di rappresentanza politica incentrata sull'organo legislativo monocamerale, il Consiglio Grande e Generale composto da sessanta membri, che dal 1906 viene eletto mediante suffragio popolare. La sua odierna forma costituzionale, delineata nella *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese* del 1974, modificata nel 2000 e nel 2002, è quella di una Repubblica democratica, sostanzialmente allineata alle contemporanee forme di governo europee, sebbene se ne

---

<sup>1</sup> S. CAPRIOLI, *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in *Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, 1991, 1, pp. 15-39, p. 22.

<sup>2</sup> Una riflessione compiuta a ridosso di quell'evento si legge in M. MULARONI, *Il sistema giuridico sammarinese nell'orizzonte del diritto europeo uniforme*, in *Identità sammarinese*, 2012, pp. 139-153.

differenzi per alcune peculiarità. La prima di queste peculiarità è il suo sistema di fonti di produzione del diritto, caratterizzato da due aspetti complementari: la mancanza di una codificazione del diritto civile e del diritto processuale civile<sup>3</sup> e la persistente vigenza di un «diritto comune», che l'attuale Costituzione (art. 3*bis* comma 6 della *Dichiarazione dei diritti*) definisce «fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative», riformulando a suo modo il sistema di graduazione dei precetti, che tradizionalmente regolava il rapporto tra *ius commune* e *iura propria*. Le «disposizioni legislative», di cui parla la norma costituzionale, sono le norme dello statuto sammarinese del 1600 – *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, testo tuttora in vigore nelle parti non ‘superate’ da leggi sopravvenute<sup>4</sup> – e le successive norme di legge emanate dal Consiglio Grande e Generale, formalmente classificate come *reformationes* dello statuto e di grado pari a questo (*Leges Statutae*, libro I, rubr. 62).

Ruolo sussidiario (ossia ‘che sovviene alla mancanza’ di disposizioni legislative) pari a quello svolto dal diritto comune è assegnato dalla citata norma costituzionale anche alla consuetudine<sup>5</sup>, che così viene ad occupare nel sistema, rispetto alle sue lacune, un posto concorrente con quello del diritto comune. Nel sistema delle fonti

---

<sup>3</sup> Sul fallito progetto di fine secolo XIX di codificare il diritto civile cfr. F. TREGGIARI, *La proprietà delle opere dell'ingegno nello 'Schema per un Codice civile nella Repubblica di San Marino' (1898) di Giuseppe Brini*, in *Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, 1993, 5, pp. 41-71; ID., *La prestazione d'opere: fatti e idee nello Schema (1898) di Giuseppe Brini*, in *Giornata Lincea in ricordo di Enrico Redenti. Il diritto del lavoro ai suoi primordi (Roma, 22 gennaio 1994)*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1995, pp. 43-63 (anche in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 431-454).

<sup>4</sup> Nell'art. 2 della *Dichiarazione dei diritti* è esplicito il richiamo alla vigenza delle *Leges Statutae*: «La sovranità della Repubblica risiede nel popolo, che la esercita nelle forme statutarie della democrazia rappresentativa». Le *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* sono suddivise in sei libri: il primo disciplina gli organi e le istituzioni fondamentali dello Stato; il secondo la procedura civile e alcuni istituti di diritto sostanziale; il terzo il diritto e la procedura penale; il quarto il giudizio d'appello; il quinto regola materie di contenuto eterogeneo; il sesto detta norme sostanziali e procedurali in materia di risarcimento dei danni.

<sup>5</sup> Art. 3*bis* comma 6 della *Dichiarazione dei diritti*: «La consuetudine e il diritto comune costituiscono fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative».

del diritto comune storico la consuetudine veniva considerata per il suo valore di *ius proprium* derogatorio dello *ius commune*; e tale valore mantiene ancora oggi nel sistema sammarinese<sup>6</sup>.

La graduazione delle fonti di precetto indicata nell'art. 3bis comma 6 della *Dichiarazione dei diritti* non è una novità, perché quell'articolo ha ripetuto quanto era già previsto nei disposti statuari (*Leges Statutae*, libro I, rubr. 13, § 18 e rubr. 31, § 38), secondo i quali una causa va decisa secondo le norme degli statuti e delle sue riforme e, in difetto di queste, secondo il diritto comune e le consuetudini territoriali<sup>7</sup>. Ma – ed è questo il punto – mentre lo statuto si pone come sistema aperto di norme (aperto alle deroghe che le sue successive *reformationes* hanno introdotto), la riforma del 2002, con il rango costituzionale attribuito al diritto comune, ha inserito questa fonte in un numero chiuso di fonti di precetto, secondo il tipico stile codificatorio. Conviene ricordare che nel corso dell'intera esperienza giuridica 'intermedia' il vigore dello *ius commune* non traeva titolo da una norma di *ius proprium*, essendo invece di questa l'implicito presupposto, in quanto diritto posto da una *iurisdictio*

---

<sup>6</sup> Secondo Giacomo Ramoino, per molti anni Commissario della Legge (giudice monocratico di primo grado): «per decidere un caso controverso, il giudice deve: 1) applicare lo statuto e le posteriori leggi che lo riformano e lo integrano (*reformationes*); 2) ove il primo e le seconde non contengano idonee disposizioni, applicare le lodevoli consuetudini locali; 3) e, ove anche queste non contengano disposizioni, applicare il diritto comune»: G. RAMOINO, *Le fonti del diritto privato sammarinese* [1928], Arti Grafiche Della Balda, San Marino, 2000, p. 9. Comparativamente, appare svilente la considerazione che della consuetudine hanno i Codici civili: valga per tutti il tenore dell'art. 8 disp. prel. del Codice civile italiano del 1942.

<sup>7</sup> Libro I, rubr. 13, § 18: «secundum formam statutorum, et reformationum Communis Terrae praedictae, quae nunc sunt, vel pro tempore fieri contigerit. Et si statuta, vel reformationes contingentes casus non deciderent, secundum formam iuris communis, et laudabiles consuetudines Terrae praedictae procedere, finire, et terminare valeant» («secondo la forma degli Statuti e delle riformazioni del Comune della predetta Terra, le quali ora sono, od accadrà di fare in avvenire. E se gli Statuti e le riformazioni non decidessero i casi contingenti, si debba procedere, definire e terminare secondo la forma del diritto comune e le lodevoli consuetudini della anzidetta Terra», nella traduzione italiana ufficiale del 1893, che d'ora in poi solo citerò). Analogo il dettato di libro I, rubr. 31, § 38; si veda pure libro II, rubr. 6, § 144.

universale, a cui la *iurisdictio* dell'ordinamento particolare si coordinava. Da qui, appunto, l'essere 'comune' (a tutti gli ordinamenti particolari) di quel diritto; e da qui anche la differente caratura che il «diritto comune» assume nella formula dell'art. 3bis<sup>8</sup>, ponendo il problema dell'identificazione del suo contenuto.

2. Quanto appunto al suo contenuto, l'ordinamento sammarinese è certamente ancora oggi fondato sulla coesistenza e l'interazione tra il diritto di produzione statale e il diritto di fonte extrastatale (consuetudini e diritto comune, a cui da vent'anni si è aggiunto il diritto sovranazionale)<sup>9</sup>; ancora oggi non tutte le norme che lo Stato riconosce come appartenenti al proprio ordinamento sono prodotte dai suoi organi; ancora oggi il tratto distintivo del sistema è rappresentato dalla co-vigenza di fonti non scritte: consuetudinarie, storiche, dottrinali e giurisprudenziali, riconducibili alla plurisecolare tradizione del diritto comune europeo rielaborata nell'applicazione quotidiana dalla giurisprudenza decidente; ancora oggi buona parte del diritto dei privati e del processo civile si basa sulla tradizione del diritto comune attualizzata dalla prassi giudiziaria locale.

È altrettanto certo, però, che l'equilibrio tra fonti giuridiche statuali ed extrastatali ha subito col tempo un'alterazione dovuta all'introduzione e alla novazione, ad opera di leggi speciali, di numerosi istituti e anche di intere aree del diritto privato, com'è ad

---

<sup>8</sup> «Se non per altro, per questa recente costituzionalizzazione, il diritto comune fra i sammarinesi non può venire più riguardato come un oggetto di studio per eruditi. E non può intendersi che nel sistema, interagendo con altra fonte di precetti»: S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell'interpretazione*, Banca Agricola Commerciale, San Marino, 2008, p. 9.

<sup>9</sup> Con la riforma del 2002 la Costituzione sammarinese ha aperto la sua trama in due direzioni: da un lato, ha inglobato tra le fonti dell'ordinamento la tradizione del diritto comune europeo (art. 3bis comma 6); dall'altro, come si legge nel suo primo articolo, la Repubblica «attua» i principi CEDU (art. 1 comma 3: «L'ordinamento sammarinese riconosce, garantisce ed attua i diritti e le libertà fondamentali enunciate nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»), saldando così nell'interprete dei casi la consapevolezza storica del problema giuridico con l'obbligo della tutela in via diretta dei diritti umani fondamentali.

esempio accaduto con la riforma del diritto di famiglia del 1986, che ha introdotto nel sistema un vistoso tratto di codificazione, essendo stata accompagnata dall'espressa abrogazione di «tutte le norme, consuetudini ed istituti anche di diritto comune in contrasto» con le nuove disposizioni (art. 145 Legge 26 aprile 1986, n. 49). Laddove però non siano intervenute disposizioni espressamente abrogatrici – com'è avvenuto, oltre che con il nuovo diritto di famiglia, anche con l'introduzione dei Codici di diritto penale e di procedura penale, che nelle rispettive materie hanno tolto «ogni vigore» agli statuti (libro III), alle consuetudini e al diritto comune –, il dato che risalta è l'incremento sensibile del numero delle leggi di fonte statale. Se all'ordinamento costituzionale delineato nel libro I delle *Leges Statutae* si sono sovrapposte la *Dichiarazione dei diritti* del 1974-2002 e numerose leggi di rango costituzionale, l'area delle *reformationes* degli statuti si è estesa a macchia d'olio, modificando o innovando la disciplina di molti settori della vita giuridica. Legificato è il processo amministrativo (1989) e molti istituti privatistici sono stati riformati o sono di nuovo conio: l'ipoteca (1854), il cambio (1882), il *leasing* (1985 e 2001), la famiglia (1986), le successioni (1953; 1971; 1974; 1985; 1986), la società (1942; 1990; 2006), l'arbitrato (1999), la materia dei rapporti fiduciari, con l'introduzione del *trust* (2005 e 2010) e del contratto di affidamento fiduciario (2010), l'attività di intermediazione finanziaria (1986; 2005), la disciplina delle crisi bancarie (2019) e così via<sup>10</sup>.

Il sistema sammarinese continua tuttavia ancora ad essere, in buona misura, la risultante della tensione fra fonti statuali ed extra-statali. Questa tensione è garantita anche da un ulteriore tratto distintivo del sistema a diritto comune, nel quale non vige, come nei sistemi a diritto codificato, il principio dell'implicita forza abrogativa (per incompatibilità o per nuova disciplina) della *lex posterior*, bensì quello derogativo della legge sopravveniente rispetto al diritto

---

<sup>10</sup> Cfr. F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, in *Il trust nella nuova disciplina di San Marino. Analisi della disciplina civilistica e fiscale*, Maggioli, Rimini, 2005, pp. 39-73, spec. 39-46.

to comune previgente; il principio del concorso, non quello della successione delle norme. La sopravvenienza della legge nuova – a meno, ovviamente, che questa non contenga disposizioni espressamente abrogatrici – ha solo l'effetto di rendere inapplicabile il diritto comune incompatibile e non già di abrogarlo, permettendo così al diritto comune disapplicato di tornare a regolare la materia tutte le volte che la nuova legge, per qualunque causa, venga meno; o di concorrere a regolarla quando non sia stata interamente disciplinata da nuovo diritto. La conseguenza è che il sistema non dovrebbe conoscere lacune, perché sarà sempre possibile integrarle con il ricorso a norme e *rationes* di diritto comune.

3. Ma quale 'diritto comune'? Per tentare di comprendere in che cosa effettivamente consista il diritto comune vigente a San Marino, bisogna cominciare col distinguere il diritto comune storico (le fonti legislative dello *ius commune* e la cospicua tradizione interpretativa sviluppatasi attorno ad esse dal XII al XVIII secolo) dal diritto comune effettivamente 'ricevuto' dalla Repubblica di San Marino (la selezione di fonti compiuta dalla prassi giurisprudenziale, tradizionalmente orientata a privilegiare le grandi sistemazioni scientifiche dell'età tardo-moderna) e dal diritto comune 'attuale', elaborato dalla giurisprudenza attraverso la decisione dei casi. I tentativi di identificare il diritto comune vigente a San Marino hanno infatti oscillato dalla circoscrizione delle sue fonti a fasi storiche e generi determinati della dottrina del diritto comune alla sua identificazione con il grado «attuale» della sua applicazione giurisprudenziale<sup>11</sup>. Mancando una dottrina del diritto comune 'attuale' sammarinense, il tradizionale circuito dell'esperienza del diritto comune storico (norme, dottrina, giurisprudenza) ha perduto sul Titano uno dei suoi elementi dinamici fondamentali, con l'effetto di esaltare il formante giurisprudenziale e di accentuarne il peso all'interno del si-

---

<sup>11</sup> Cfr. S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 1994, pp. 91-168, spec. pp. 106-121; F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune*, cit., pp. 56-58.

stema. È infatti sull'interprete dei casi, cioè sui giudici e sugli avvocati, che grava quotidianamente il compito di alimentare il sistema vivente del diritto comune. A questo riguardo sarà anche opportuno ribadire che nell'ordinamento sammarinese (come già nella plurisecolare esperienza degli ordinamenti di diritto comune dell'Europa continentale) non vige, né ufficialmente né surrettiziamente, quella regola dello *stare decisis*, ossia il principio della vincolatività del precedente giudiziale, che negli ordinamenti di *common law* offre rimedio all'incertezza dei principi e alla disomogeneità dei giudicati<sup>12</sup>. Il giudicato precedente non vincola il giudice che si trovi a trattare una fattispecie controversa astrattamente assoggettabile alla medesima regola adottata da quel precedente, sebbene la considerazione del precedente sia dovuta, specie quando l'indirizzo interpretativo di un determinato caso risulti consolidato. Lo si legge proprio in una norma di *ius commune* (D. 1, 3, 38), secondo la quale per risolvere i dubbi che sorgono dall'interpretazione delle leggi «deve darsi forza di legge alla consuetudine o all'autorità delle cose giudicate costantemente nello stesso modo»<sup>13</sup>.

La mancanza di una riflessione dottrinale pari all'altezza e alla complessità della tradizione del diritto comune europeo è una vistosa anomalia del sistema giuridico sammarinese. Il suo non essere vivificato da una letteratura giuridica dipende principalmente dal suo non essere studiato in un corso di laurea magistrale. Nell'Università degli Studi della Repubblica di San Marino, istituita nel 1985, è oggi attiva solo una Scuola di specializzazione per le professioni giuridiche ed economiche, che impartisce un corso di durata annuale (fino a qualche anno fa era biennale)<sup>14</sup>, mentre presso l'Istituto Giuri-

---

<sup>12</sup> P. STEIN, *Civil Law Reports and the case of San Marino* [1985], in *The Character and the Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays*, The Hambledon Press, London, 1988, pp. 126-330; S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, cit., p. 96.

<sup>13</sup> D. 1, 3, 38: «Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicarum auctoritatem vim legis optinere debere».

<sup>14</sup> Può ancora leggersi F. TREGGIARI, *Educazione del giurista e professioni legali a San Marino*, in *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, a cura di O. ROSEL-

dico Sammarinese, nominalmente afferente ad un Dipartimento di studi giuridici, si è spenta da molto tempo l'esperienza della Scuola di diritto comune vigente, che animò per alcuni anni, parallelamente alla rivista giuridica *Miscellanea* del medesimo Istituto Giuridico, la discussione scientifica su temi e problemi di diritto sammarinese<sup>15</sup>. Il *deficit* formativo, figlio di queste lacune e l'educazione universitaria compiuta frequentando i corsi di laurea in giurisprudenza della Repubblica italiana inducono fatalmente i laureati sammarinesi, che tornino nell'ordinamento di origine per svolgere le professioni legali, a svalutare il ruolo del diritto comune – che si presenta loro come una fonte giuridica faticosa da leggere, complessa da ricostruire e difficile da applicare – e a cedere all'impulso di applicare mentalità, stile e contenuti attinti alla cultura giuridica dell'ordinamento vicino<sup>16</sup>.

Alla modalità 'italiana' di trattare il diritto sammarinese sembrerebbero fare da sponda due criteri, a ben vedere però privi di solido fondamento. Il primo ha la sua radice testuale nell'*imitari quos per Italiam observatur*, formula che si legge nelle *Leges Statutae*, ma che queste impiegano in un'unica previsione, quella che prescrive l'esclusione delle donne dalla successione intestata<sup>17</sup>, da tempo

---

LI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 249-262.

<sup>15</sup> Quel breve periodo di fermento scientifico è ricordato da F. TREGGIARI, *Escursioni sul Titano: l'esperienza sammarinese di Severino Caprioli*, in *Historia et Ius*, 2017 ([www.historiaetius.eu](http://www.historiaetius.eu) - 11/2017 - Appendice paper 9).

<sup>16</sup> Cfr. S. CAPRIOLI, *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in *Miscellanea dell'Istituto Giuridico Sammarinese*, 1991, 1, pp. 15-39, pp. 20-21.

<sup>17</sup> Libro II, rubr. 64, § 456, nel testo italiano: «Stabiliamo, e colla presente Legge decretiamo e confermiamo per la conservazione delle famiglie, e delle parentele, o ceppi della casa, la cui dignità ed onore si conserva per mezzo dei maschi, imitando ciò che si osserva in Italia, per comune e pubblico bene, mossi oltre a ciò e propensi pel consentimento e volontà degli altri, come altre volte fu tenuto nel General Consiglio della nostra Terra di San Marino, che per l'avvenire le femmine e i discendenti da esse per linea femminile, non siano ammesse a succedere al padre, e agli altri ascendenti per linea paterna morti senza testamento, se vi siano figli maschi, o nepoti discendenti per linea mascolina dei medesimi. A questi soltanto essi succedano, purchè le sopradette femmine sui beni dei suaccennati parenti, dalla cui successione ed eredità dicansi escluse, siano congruamente e competentemente dotate, secondo le forze del patrimonio e la quantità o qualità dei beni e la condizione delle persone, sino almeno alla quantità della loro legittima».

superata dalle nuove leggi successorie e da un diritto di famiglia non più discriminatorio. L'*imitatio Italiae* resta tuttavia un'attitudine del legislatore sammarinese, già criticata nel *Rapporto sull'ordinamento sammarinese* di fine secolo scorso<sup>18</sup>; e sono appunto i frequenti imprestiti dalla legislazione italiana<sup>19</sup> a offrire il pretesto per il trapianto in terra sammarinese della cultura e della prassi giuridica della vicina Repubblica.

Il secondo criterio, più insidioso, si compendia in un'altra formula latina: *lex loci vicinioris*. Nel diritto comune storico il ricorso alla *lex loci vicinioris* sovveniva alle lacune del diritto interno applicando al *casus omissus* il diritto forestiero attinto all'ordinamento più vicino. Questo ricorso, però, era consentito solo quando nessun'altra fonte dell'ordinamento, in cui si svolgeva la controversia, incluso il diritto comune, offrisse una soluzione alla lacuna. Prima di ricorrere alla *lex loci vicinioris* (specificazione preferita alla *lex alii loci*, essendo la *vicinitas* un dato geografico che lascia presumere l'affinità di leggi e di usi tra due ordinamenti territoriali prossimi), il giudice era tenuto a verificare se il *casus* non fosse già regolato da una fattispecie già prevista dall'ordinamento interno o da norme e principi di *ius commune* (diritto vocato, per ampiezza e qualità, a integrare le lacune dell'ordinamento) o da una *interpretatio uniformis* invalsa

---

<sup>18</sup> *Rapporto sull'ordinamento sammarinese nella sua effettività e nelle sue linee evolutive*, a cura della COMMISSIONE TENICO-SCIENTIFICA PER LA RICOGNIZIONE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO SAMMARINESE, SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI INTERNI, San Marino, 2 voll., s.d. (ma 2000), I, pp. 15 ss., 19, 30, 59, 83, 86, 94, 100 s. Di «mimetismo giuridico» parlò Edoardo RUFFINI, *L'art. 34 del Concordato e la convenzione italo-sammarinese del 1939*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1943, pp. 30-36, p. 36, a proposito del ricalco sammarinese (Legge 17 settembre 1942) della normativa italiana antiebraica (r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728); cfr. S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, cit., p. 134, nt. 80, p. 155; ID., *Come leggere lo statuto. Carattere delle scritture normative e regole per la loro lettura. Testo e contesto*, in *Gli antichi Statuti della Repubblica di San Marino. Studi e traduzioni*, Aiep, San Marino, 2002, pp. 37-66, p. 47, nt. 51; ID., *Per una lettura della Costituzione sammarinese riformata*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 914-920, spec. p. 916 e nt. 15, p. 920 e nt. 50-51.

<sup>19</sup> Sarebbe da aggiornare la rassegna di S. CAPRIOLI, *Per una lettura*, cit., p. 917 e nt. 15-18.

nell'ordinamento locale<sup>20</sup>. *Lex loci e ius commune* (comprensivo anche dei *recepta* della giurisprudenza locale) costituivano dunque due argini al ricorso al diritto straniero. Il contesto storico più congeniale di applicazione della *lex alii loci* era rappresentato, non a caso, dagli ordinamenti territoriali complessi di età comunale, composti da una città dominante e da varie città *subditae*: la disciplina del *casus*, che si supponesse *omissus* dal diritto di una città soggetta, veniva tratta dallo statuto della città dominante, nell'assunto della supremazia politica e giuridica di questa. Logica analoga imponeva il ricorso previo allo *ius commune*, diritto senza patria e tacitamente (espressamente in San Marino) ricevuto dagli ordinamenti particolari per sussidiare gli *iura propria* e rifornire l'interprete dei suoi principi sapienziali.

Se era questo il quadro che legittimava il ricorso alla *lex alii loci* (ove *lex* è da intendere non solo come norma positiva, ma anche come sentenza od *opinio* interpretativa), deve negarsi credito alla tesi che a quel criterio sia lecito ricorrere solo perché esso è parte del bagaglio argomentativo dello *ius commune*. I suoi presupposti e i suoi limiti, riconosciuti dall'esperienza storica, persistono e la giurisprudenza sammarinese non ha ommesso di segnalarli<sup>21</sup>.

4. Persistenze e retaggi della tradizione del diritto comune sono così presenti nell'ordinamento giuridico sammarinese, specie nell'area del diritto civile e del processo civile, che sarebbe improbo tentarne anche solo un rapida rassegna. Accanto a istituti ancora vitali, ve ne sono altri che recedono. Tra questi ultimi, basterà accennare alla parabola del *consilium sapientis*, a lungo valorizzato all'interno del procedimento di terza istanza (quando questa funzione era di com-

---

<sup>20</sup> G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un luogo vicino nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro Italiano*, 1973, V, cc. 89-107, poi in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 619-649: «prima di fare ricorso alla *lex alii loci*, bisogna aver percorso tutto l'ordine delle *leges loci*, dal particolare al generale, diritto comune compreso» (c. 93).

<sup>21</sup> Si veda, ma è solo un esempio, la sentenza n. 138 del 7 settembre 2011 resa dal Commissario della Legge, Gilberto Felici, nella causa civile n. 229 dell'anno 2002. Si veda anche S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, cit., p. 153 e nt. 111.

petenza di un organo a composizione politica, il Consiglio dei Dodici) e di cui rimane oggi solo una pallida sopravvivenza all'interno del procedimento d'appello alle sentenze della Corte internazionale per il *trust* ed i rapporti fiduciari<sup>22</sup>. Quello dei rapporti e dei trasferimenti fiduciari è un settore, in cui l'interazione tra le leggi statali e la tradizione del diritto comune risulta particolarmente proficua per l'interprete dei casi<sup>23</sup>. In una delle sue rare applicazioni all'interno della procedura della Corte per il *trust* il *consilium sapientis* è servito, ad esempio, a fornire la ricostruzione storica, fondata sulle dottrine dello *ius commune*, dei presupposti necessari per la configurabilità della società di fatto<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> La Corte per il *trust* ed i rapporti fiduciari è stata istituita con la Legge qualificata 26 gennaio 2012, n. 1, a seguito dell'entrata in vigore di una nuova disciplina del *trust* interno (Legge 5 marzo 2010, n. 42) e del contratto di affidamento fiduciario (Legge 1° marzo 2010, n. 43). L'art. 11 del Decreto delegato 30 settembre 2013, n. 128, che regola il procedimento innanzi alla Corte, nel suo testo originario recitava: «... 5. ... il Giudice d'Appello richiede il *consilium sapientis*, individuando il sapiente nell'albo redatto in forza dell'articolo 7, comma 4 della Legge Qualificata 26 gennaio 2012 n.1. Il Giudice d'Appello individuerà un unico sapiente, nel caso in cui il giudizio di primo grado sia stato reso da un singolo Giudice, ovvero un collegio composto di tre sapienti, nel caso sia stato reso da un collegio o in piena Corte. / 6. Il Giudice d'Appello si attiene ai principi di diritto enunciati dal sapiente. È precluso il successivo ricorso ai rimedi straordinari. / ... 9. La sentenza resa dal Giudice d'Appello costituisce giudicato. Il principio del diritto comune sulla "doppia conforme" non si applica». Dunque: il *consilium* del *sapientis* vincolava la decisione del Giudice d'Appello; il ricorso ai rimedi straordinari (*querela nullitatis* e *restitutio in integrum*) era precluso; il principio della doppia conforme non trovava applicazione. Con due successive pronunce del 2019 il Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme ha dichiarato incostituzionale l'intero comma 6: sia il primo periodo, ritenendo che la vincolatività del parere del *sapientis* relativamente al diritto da applicare comprimesse le prerogative giurisdizionali del Giudice d'Appello (sentenza 22 maggio 2019, n. 7), depotenziando così il peso del *consilium* all'interno del procedimento; sia il secondo periodo, in quanto la preclusione del ricorso ai rimedi straordinari ledeva il diritto di uguaglianza e il diritto alla tutela giurisdizionale (sentenza 2 settembre 2019, n. 10), facendo così salvo un rimedio processuale tradizionale, che il regolamento del processo dinanzi alla Corte aveva sacrificato.

<sup>23</sup> F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit.; ID., *L'oro e la coscienza. La fiducia testamentaria nell'età dei codici*, in *Historia et Ius*, 2019, pp. 1-69.

<sup>24</sup> Il caso era quello di un cittadino italiano che, volendo riportare il suo capitale dall'estero in Italia per investirlo in attività finanziarie, si era affidato ad una società finanziaria sammarinese operante in collegamento con una società finanziaria

5. Tra gli istituti ancora vitali della tradizione romanistica sammarinese meritano un cenno la giurisdizione di terza istanza e i rimedi straordinari civili.

Il procedimento di terza istanza nei riti civile e amministrativo è tradizionalmente imperniato sul principio della così detta ‘doppia conforme’, in base al quale alla cosa giudicata si perviene quando due sentenze, pronunciate sul medesimo caso da due giudici di grado diverso, coincidano integralmente, talché in caso di difformità anche parziale tra la sentenza di primo grado e la sentenza di secondo grado il risultato si ottiene con l’adesione della pronuncia del giudice di terza istanza all’una o all’altra delle due precedenti. Tracciato nelle fonti giustiniane (D. 42, 1, 28; C. 7, 70, *un.*), questo principio si è affermato nella stagione più matura del diritto comune<sup>25</sup>, radicandosi in particolare nell’ordinamento giudiziario canonico<sup>26</sup> e trovando accoglimento negli statuti sammarinesi (*Leges Statutae*, libro IV, rubr. VII, § 697 s., 705)<sup>27</sup>, come pure ancora negli

---

italiana e una banca italiana. Sanzionato dalla polizia tributaria italiana per esportazione illecita di capitali, l’investitore aveva fatto causa a tutte e tre le società invocandone la responsabilità solidale sul presupposto che la comunione di scopo fosse sufficiente a far presumere fra esse l’esistenza di una società di fatto. La sentenza del Giudice d’Appello del 23 febbraio 2017, che incorpora il parere del collegio dei tre *sapientes* (Nicolò Lipari, Anton Rudokvass e Ferdinando Treggiari, estensore), può leggersi in *Foro italiano*, 2017, IV, cc. 330-344, con nota di R. RANUCCI. Le ricerche sulle fonti dottrinali, impiegate per la redazione del parere, sono confluite in F. TREGGIARI, *La società di fatto: sondaggi di dottrina giuridica intermedia*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. CATERINI ET AL., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 2235-2245.

<sup>25</sup> A. CAMPITELLI, *Appunti sull’appello e la doppia conforme nel diritto comune*, in *Miscellanea dell’Istituto Giuridico Sammarinese*, 1993, I, 8, pp. 29-39.

<sup>26</sup> F. SALERNO, *La terza istanza nel processo ordinario canonico latino: diritto vivente e ius vetus*, in *Miscellanea dell’Istituto Giuridico Sammarinese*, 1993, I, 8, pp. 41-87; II, pp. 91-118.

<sup>27</sup> §§ 697-698: «Contro la sentenza resa dal giudice d’appello non è consentito più appellare, né altrimenti interporre ricorso ..., quando la sentenza del giudice d’appello sia conforme alla prima sentenza contro cui venne interposto appello. / Ma se la sentenza del giudice d’appello differisca dalla sentenza di primo grado, e se una parte si dica danneggiata dalla sentenza d’appello, difforme appunto da quella di primo grado, può domandare che sia riformata la sentenza d’appello nelle sole parti difformi, sentito il parere di un esperto ...».

ordinamenti di alcuni degli stati italiani preunitari in alternativa al sistema della cassazione<sup>28</sup>. Poco più di vent'anni fa – quando della funzione di terza istanza era ancora investito il Consiglio dei Dodici, organo composto da membri del Consiglio Grande e Generale, tenuto in sede giurisdizionale a delegare la redazione della decisione ad un Consulente (*Leges Statutae*, libro IV, rubr. VII, § 701) e a farla propria, secondo la tradizione del *consilium sapientis*<sup>29</sup> –, la natura e le competenze della terza istanza furono oggetto di una questione di non poco momento, occasionata dal parere reso nel 1999 da un Consulente (Umberto Santarelli), che in un giudizio civile di terza istanza, anziché allinearsi all'una o all'altra delle sentenze difformi, aveva prospettato la riforma tanto della sentenza di primo grado che di quella d'appello<sup>30</sup>. Il dibattito che nacque a seguito della decisio-

---

<sup>28</sup> N. STOLFI, *La riforma della corte di cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1912, IV, cc. 200-260, c. 217 ss.; P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I. *Storia e legislazioni* [Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920], in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, VI, Morano, Napoli, 1976, p. 647 ss.; E. CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione (Ordinamento giudiziario e Procedura civile)*, in *Digesto Italiano*, VII, Utet, Torino, 1887-1896, pp. 41-54; M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 104-128, pp. 448-537; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, il Mulino, Bologna, 1980, pp. 131-134; ID., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, il Mulino, Bologna, 1991, pp. 27-50; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Giappichelli, Torino, 2005, spec. p. 117 ss.; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 21 ss.; F. TREGGIARI, *Carte che parlano. Giustizia e riforme istituzionali in Umbria nei cento giorni di Pepoli*, in *La giustizia in Umbria dallo Stato pontificio all'Italia unita*, a cura di W. DE NUNZIO, M.L. CAMPANI, F. TREGGIARI, Jovene, Napoli, 2013, pp. 83-153, pp. 147-152.

<sup>29</sup> Su cui v. S. CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi sul consilium sapientis nel sistema sammarinese*, in *Miscellanea dell'Istituto Giuridico Sammarinese*, 1992, 3, pp. 109-123, con rassegna di norme e bibliografia.

<sup>30</sup> Ma già altri casi in precedenza, a partire dal 1978, avevano sollevato il problema: ne fa una rassegna S. PALMUCCI, *La pronunzia di terza istanza nel sistema giudiziario civile sammarinese*, in *Identità sammarinese*, 2011, pp. 165-174; *Il principio della "doppia conforme" nella dottrina e nella giurisprudenza del Consiglio dei Dodici*, Segreteria di Stato per gli Affari Interni, San Marino, s.d.; ID., *I dati per un'indagine*, in *Miscellanea dell'Istituto Giuridico Sammarinese*, 1993, 8/22, pp. 157-165; V. CRESCENZI, *Il problema della doppia conforme nei giudizi di terza istanza di competenza del Consiglio dei XII*, *ivi*, pp. 119-156, p. 147 ss.

ne del Consiglio dei Dodici di sospendere l'adozione di quel parere fu tutto sul punto se l'organo di terza istanza dovesse limitarsi ad aderire o alla sentenza di primo grado o a quella d'appello in caso di loro difformità in tutto o in parte (in questo secondo caso, solo rispetto ai capitoli riformati) al fine, appunto, di ottenere la 'doppia conforme', formare la *res iudicata* e precludere ulteriori gravami ordinari; o se, invece, a quell'organo competesse un terzo esame e una terza decisione nel merito, configurandosi in tal modo come terzo grado di giurisdizione. Il contrasto interpretativo mise a confronto due divergenti letture delle norme di *ius proprium* e di *ius commune* coinvolte<sup>31</sup> e fu infine risolto a favore della prima tesi con la legge, che nel 2003 trasferì in via transitoria al Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme la competenza di giudice di terza istanza<sup>32</sup>, poi passata stabilmente all'attuale Giudice per la Terza Istanza esperto in materia civile<sup>33</sup>.

6. Complementari al sistema della terza istanza civile, in quanto offrono rimedi ai casi, rispettivamente, di nullità e d'ingiustizia delle sentenze già passate in giudicato, sono i mezzi di impugnazione straordinari civili della *querela nullitatis* e della *restitutio in integrum*, di cui è attualmente competente il Giudice per i Rimedi Straordinari esperto in materia civile<sup>34</sup>. La fisionomia di questi due istituti è pressoché per intero il frutto dell'interpretazione sistematica ed evo-

---

<sup>31</sup> In particolare, a favore della prima tesi, S. CAPRIOLI, *Promemoria sulla terza istanza*, in *Miscellanea dell'Istituto Giuridico Sammarinese*, 2003, 8/1, pp. 13-28; e, a favore della seconda, V. CRESCENZI, *Il problema della doppia conforme*, cit.

<sup>32</sup> Legge qualificata 25 aprile 2003, n. 55, art. 26: «1. Un membro del Collegio Garante decide i ricorsi di terza istanza in caso di difformità delle sentenze di primo e di secondo grado emesse nei giudizi civili ed amministrativi. 2. Il ricorso è ammesso qualora la sentenza di secondo grado abbia riformato, in tutto o in parte, quella di primo grado. Il membro del Collegio Garante deve scegliere quale tra le due sentenze, o quale tra i capi difformi di esse, in relazione al dispositivo, merita di passare in giudicato».

<sup>33</sup> Ora, art. 3 comma 1 della Legge costituzionale 7 dicembre 2021, n. 1.

<sup>34</sup> Di questo incarico sono investito dal giugno 2016, salvo il breve periodo (febbraio-settembre 2020), in cui ho svolto l'ufficio di Giudice d'Appello, assunto a seguito di concorso pubblico, poi interrotto dalle vicende ora richiamate nei

lutiva delle fonti di *ius commune* e della tradizione giurisprudenziale sammarinese, limitandosi lo *ius proprium*<sup>35</sup> a regolare i soli aspetti procedurali e i termini entro i quali i due rimedi possono proporsi, senza indicare i motivi per i quali sia ammesso ricorrervi.

La ricerca, all'interno della lunga esperienza del diritto comune, dei motivi che legittimano il ricorso alla *restitutio in integrum* approda a soluzioni non univoche, a causa del numero e dell'eterogeneità delle fonti stratificatesi nel corso di quell'esperienza plurisecolare<sup>36</sup>. Rispetto alle originarie esigenze, ispirate ad equità, che nell'età romana classica avevano promosso la *restitutio in integrum* (la tutela dei minori e degli assenti), gli interpreti dell'età intermedia hanno esteso questo rimedio ad altre situazioni meritevoli di tutela, come i casi di *nova reperta* o di falsità della prova che abbia determinato l'esito del giudicato<sup>37</sup>, facendo sorgere la questione della tassatività o meno dei motivi che ne giustificano il ricorso. L'alternativa si è posta anche alla giurisprudenza sammarinese e ha prodotto due orientamenti divergenti. Il primo, estensivo, ha fatto leva sulla c.d. «clausola generale», che si ritiene evocata da due espressioni del Digesto («Ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est»: D. 4, 1, 7 pr.; «Item si qua alia mihi causa iusta esse videbitur, in integrum restituam»: D. 4, 6, 1, 1), per sostenere che anche al di fuori dei casi specificamente previsti dalle fonti il giudice è abilitato a provvedere in via di *restitutio* per rimediare ad ogni sentenza che urti il senso di giustizia<sup>38</sup>. Il se-

---

capi 4-[6] della sentenza 6 ottobre 2022 n. 5 del Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme.

<sup>35</sup> Legge qualificata 25 aprile 2003, n. 55, artt. 30-32.

<sup>36</sup> Un'indagine sulle fonti normative e dottrinali può leggersi nelle sentenze 11 giugno 2017, n. 5 e 15 giugno 2017, n. 6, che ho emesso come Giudice dei Rimedi Straordinari civili. In entrambi i casi con i ricorsi si chiedeva l'annullamento della sentenza passata in giudicato (l'appello aveva confermato la decisione di primo grado) perché assunta sulla base di un giuramento, che il giudice di primo grado aveva deferito all'attore allo scopo di integrare la *semiplena probatio* (presunzioni) e che una successiva sentenza (della Corte per il *trust*) aveva riconosciuto falso.

<sup>37</sup> La stessa elaborazione dottrinale può ritenersi matrice anche dei casi di revocazione previsti dall'art. 395 del vigente Codice di procedura civile italiano.

<sup>38</sup> Consiglio Grande e Generale, 23 luglio 1987, consulente Francesco Viroli, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-1990, p. 57 ss.; e 1° dicembre 1988, consu-

condo orientamento, restrittivo, ha invece ricondotto la portata della «clausola generale» alle sole concrete ipotesi riferite nei due frammenti del Digesto sopra richiamati, negando che essa coincida con la decisione di giustizia rimessa al mero convincimento del giudice<sup>39</sup>.

Alla luce dell'eterogeneità dei dati del diritto comune storico e del non uniforme indirizzo della giurisprudenza della Repubblica, i motivi per i quali può concedersi la *restitutio in integrum* restano dunque in parte ancora da definire. L'istituto è ancora oggi come sottoposto a due spinte contrapposte, che ne rendono instabile la fisionomia: da un lato, l'ermeneutica della «clausola generale», che mira a far rientrare nello spettro del rimedio straordinario ogni indefinita equità; dall'altro, l'analogia con la disciplina italiana della revocazione straordinaria, presa a parametro (con evidente effetto di anacronismo) per definire i contenuti dell'istituto sammarinese. Certamente, la scoperta di nuovi documenti, che sopravvenga al passaggio in giudicato della sentenza, rientra fra i casi che legittimano l'impugnativa per *restitutio*, sempre però che i nuovi documenti siano rilevanti e non si chieda di «acquisire elementi che la parte avrebbe potuto offrire durante l'intero corso del giudizio»<sup>40</sup>; e lo

---

lente Piergiorgio Peruzzi, *ivi*, 1981-1990, p. 69. In una sua sentenza (n. 26/2004) il Collegio Garante (giudice monocratico Giorgio Lombardi) ha amplificato il ruolo della «generica clausola editale» come «idoneo a supplire, sul piano della giustizia, ai difetti ed alle conseguenze erronee di un formalismo astratto».

<sup>39</sup> Consiglio Grande e Generale, 6 settembre 1990, consulente Severino Caprioli, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-1990, p. 91 ss.; e 14 ottobre 1993, consulente Enrico Spagna Musso, *ivi*, 1990-1999, pp. 25-29. In quest'ultima sentenza viene proposto un elenco di casi tassativi a cui riferire la tutela eccezionale della *restitutio*: quando «un soggetto non fu in grado di difendere i propri diritti, perché minore o assente; dopo la sentenza furono trovati documenti decisivi, che la parte non aveva potuto produrre per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; la sentenza fu pronunciata in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false; la sentenza fu effetto di grave errore di fatto, risultante dagli atti o documenti della causa; la sentenza fu effetto del dolo della controparte, ovvero del giudice, accertato quest'ultimo con sentenza passata in giudicato». Evidente, qui, il cumulo del portato dell'esperienza del diritto comune con il dettato del Codice di procedura civile italiano (art. 395).

<sup>40</sup> Consiglio Grande e Generale, 6 settembre 1968, consulente Arturo Carlo Jemolo, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1964-1969, p. 25 s.

stesso vale per il successivo accertamento della falsità di una prova, che il giudice abbia posto a fondamento della sentenza passata in giudicato. La patologia istruttoria che la falsa prova produce, sia essa o meno imputabile al contegno o alla callida macchinazione dell'altra parte, costituisce un fatto che altera il contraddittorio e lede il diritto di difesa del soccombente, integrando perciò i requisiti per intentare il procedimento di *restitutio*. Se la falsità della prova abbia determinato l'esito del giudizio, se non era conosciuta prima della sentenza e se la lesione prodotta al soccombente non sia lieve, il rimedio restitutorio è certamente proponibile<sup>41</sup>.

7. L'altro rimedio straordinario tradizionalmente accolto nell'ordinamento processuale sammarinese è la *querela nullitatis*<sup>42</sup>. Appena evocato dalle *Leges Statutae* (le rubriche del libro IV lasciano solo intendere che la nullità di una sentenza possa essere oggetto di speciale gravame, ma non ne indicano i casi), questo istituto è stato alimentato dalla tradizione del diritto comune e dagli innesti interpretativi della giurisprudenza sammarinese, che nelle sue varie istanze (Commissario della Legge, Giudice delle Appellazioni, Consiglio Grande e Generale, Consiglio dei Dodici, Collegio Garante della Costi-

---

<sup>41</sup> Sul punto soccorre l'autorità dell'opinione di Bartolo da Sassoferrato, che ammette il ricorso per *restitutio* contro la sentenza emessa in base a false testimonianze e, più in generale, a «falsas allegationes»: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti novi partem*, a D. 42, 1, 33. Causa la *retractatio* della sentenza e abilita alla *restitutio in integrum* anche il caso in cui il giudice, nell'ignoranza delle prove, abbia deferito d'ufficio il giuramento ad una delle parti, lo spergiuoro della quale sia stato successivamente provato da nuovi documenti. È chiaro sul punto il testo di D. 12, 2, 31 ed è comune l'opinione interpretativa fiorita attorno ad esso: per tutti cfr. Sforza ODDI (1540-1611), *De restitutione in integrum*, apud Ioannem Salis, Venetiis, 1623, *quaestio* LXXIV. Differente è la disciplina italiana (art. 2738 comma 1, Codice civile italiano).

<sup>42</sup> Sull'origine e la formazione storica di questo istituto resta ancora fondamentale P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, cit., pp. 131-210; cfr. anche A. COSTA, *La nullità della sentenza e la «querela nullitatis» nella storia del processo italiano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1916, pp. 219-254. Per la sua applicazione nell'ordinamento canonico cfr. O.R. GRAZIOLI, *La querela nullitatis: origini, attualità e prospettive di comparazione*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2016.

tuzionalità delle Norme, Giudice per i Rimedi Straordinari) ha costruito un profilo del rimedio abbastanza definito e armonizzato al sistema delle tutele giurisdizionali.

Attingendo alla formula contenuta in un passo della compilazione giustiniana (D. 49, 8, 1, 2: «Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat») <sup>43</sup>, la giurisprudenza sammarinese <sup>44</sup> ha innanzitutto sottolineato la gravità del rimedio: la sentenza emessa *contra ius constitutionis* è nulla perché viziata da un errore relativo all'esistenza di una norma di diritto obbiettivo, disconosciuta dal giudice. Al contrario, la sentenza emessa *contra ius litigatoris* è valida, perché viziata da un errore che riguarda solo l'esistenza del diritto soggettivo reclamato dalla parte, senza negare osservanza a una norma di legge, sebbene la violi nel caso concreto. In questo secondo caso il giudice disconosce il diritto specifico del richiedente, il quale ha solo la *chance* dell'appello perché la sentenza viziata venga annullata o riformata <sup>45</sup>. Alla distinzione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* è stata poi collegata quella tra *errores in procedendo*, consistenti in violazioni delle regole della procedura, che nei casi più gravi producono la nullità inemendabile della sentenza; ed *errores in iudican-*

---

<sup>43</sup> Di non facile lettura: cfr. D. CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare. Alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 87-94; F. VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti giustiniane* (1914), in *Studi Giuridici*, III.1, Giuffrè, Milano, 1960, p. 389 s.

<sup>44</sup> Segnalo alcune sentenze precedenti al 2016, anno in cui è cominciata la giurisdizione del Giudice per i Rimedi Straordinari in materia civile: Commissario della Legge, Giacomo Ramoino, 28 maggio 1948, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, 2, p. 207 e 10 luglio 1948, *ivi*, 1963, 2, p. 209; Commissario della Legge, Francesco Viroli, 12 giugno 1971, *ivi*, 1970-80, p. 262 e 13 settembre 1989, *ivi*, 1981-1990, p. 1529; Collegio Garante, sentenze nn. 33/2004, 3/2008, 1/2009, 8/2009, 19/2009, 7/2010, 6/2011, 8/2011, 16/2012, 19/2013, 20/2013, 12/2014, 1/2015.

<sup>45</sup> Si badi che mentre per la fonte del Digesto una sentenza che violi gravemente una legge non ha bisogno di essere appellata per essere annullata o riformata, nell'ordinamento sammarinese la *querela nullitatis* può azionarsi solo contro sentenze già passate in giudicato (art. 30 comma 1 Legge qualificata n. 55/2003).

do, ossia errori interpretativi della legge, censurabili solo con l'appello, finalizzato a correggere l'ingiustizia del precedente giudicato e non anche passibili di annullamento, se contenuti in una sentenza già definitiva.

I gravi vizi censurabili a mezzo della *querela nullitatis* sono stati prospettati dal diritto comune storico in modo piuttosto omogeneo. Questi vizi sono in prevalenza *in procedendo*, ossia tali da impedire il formarsi di un rapporto processuale valido, come quelli che riguardano la persona del giudice (mancanza di giurisdizione, incompetenza, corruzione) o delle parti (mancanza di capacità a stare in giudizio, mancanza di valido mandato nella persona del procuratore), la regolarità dell'atto costitutivo, l'omissione di atti processuali essenziali, l'inosservanza dell'*ordo iudiciarius*, la forma in cui viene pronunciata la sentenza<sup>46</sup>. Il catalogo dei vizi è stato esteso a ricomprendere anche le gravi violazioni del diritto sostanziale: il giurista bolognese Tancredi (1185-1286) addita l'errore manifesto di diritto contenuto nella sentenza<sup>47</sup>, mentre Guglielmo Durante (1230-1296) agli errori di procedura aggiunge la manifesta ingiustizia<sup>48</sup>. In generale, però, la dottrina del diritto comune ritiene che il *iudicium rescindens* instaurato con la *querela nullitatis* non possa vertere sul rapporto controverso di merito, sui fatti di causa e sull'interpretazione del giudice, ma debba limitarsi ad esaminare se nel rapporto processuale o nella sentenza che lo ha concluso esistano quei gravi vizi, che ne giustifichino l'annullamento: si tratta in

---

<sup>46</sup> Una classificazione riepilogativa è offerta dal trattato cinquecentesco di un'autorità indiscussa del processo romano-canonico, il riminese Sebastiano VANZI, *De nullitatibus processuum ac sententiarum*, in *Tractatus universi iuris*, IV, Societas Aquilae se renovantis, Venetiis, 1584, ff. 371va-472vb, spec. cap. II.

<sup>47</sup> TANCREDI BONONIENSIS *Ordo iudiciarius*, in PILII, TANCREDI, GRATIAE *Libri de iudiciorum ordine*, ed. F. BERGMANN, Vandenhoeck et Ruprecht, Göttingen, 1842, pp. 276-280 (rubr. '*Quae sententiae sit ipso iure nulla*'); p. 279: «si continet in se expressum errorem, non valet».

<sup>48</sup> Guglielmo DURANTE, *Speculum iudiciale*, Lib. II, Partic. III, § 8, *Iuxta*: «Nulla autem dicitur sententia multis modis, scilicet ratione iudicis, ratione iurisdictionis, ratione litigatorum, ratione loci, ratione temporis, ratione causae, ratione quantitatis, ratione modi, ratione processus, ratione manifestae iniquitatis».

sostanza, come scrive Calamandrei, di «un esame sulla corretta costruzione del processo»<sup>49</sup>. Pertanto, la *querela nullitatis* non può essere utilizzata per colpire gli errori di giudizio che rendano solo ingiusta la decisione, senza riflettersi sulla sua nullità.

In questa configurazione ristretta ai gravi vizi soprattutto procedurali, l'istituto della *querela nullitatis* è stato accolto anche nella pratica giudiziaria sammarinese dell'ultimo secolo. Della formula romana «*contra sacras constitutiones*» i giudici sammarinesi hanno canonizzato una parafrasi domestica, secondo cui la querela si aziona quando dalla sentenza «è stata violata la legge nella sua portata generale»<sup>50</sup>, tuttavia restringendo l'area della nullità alla «violazione delle norme di giurisdizione e competenza, sulla rappresentanza delle parti e, in genere, processuali, non già per un incompleto apprezzamento ... del materiale di fatto che poteva essere tenuto presente»<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, cit., p. 165.

<sup>50</sup> Commissario della Legge, Giacomo Ramoino, 10 luglio 1948, cit., espressione poi ripresa da Francesco Viroli nel suo commento alla seconda edizione di T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, Gruppo Poligrafico Editoriale, San Marino, 1967, p. 182 e quindi rimessa in circolo nelle sentenze: Commissario della Legge, Francesco Viroli, 13 settembre 1989, cit.; Collegio Garante, sentenze nn. 3/2008, 1/2009, 19/2009, 6/2011, 8/2011, 19/2013.

<sup>51</sup> Giudice delle Appellazioni, Arturo C. Jemolo, 24 luglio 1950, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1937-1961, pp. 33-34; Giudice delle Appellazioni, Guido Astuti, 10 agosto 1966, *ivi*, 1962-1969, p. 159; 6 marzo 1971, *ivi*, 1970-1980, p. 152. Una decisione del 6 settembre 1968 del Consiglio Grande e Generale, consulente Arturo C. Jemolo, (*Giurisprudenza Sammarinese*, 1962-1969, pp. 9-26) ha esemplato in questo modo la casistica delle nullità: «la mancanza di giurisdizione o di competenza del giudice (incluso il caso del giudice delegato che è andato oltre i limiti della delegazione, del giudice inferiore che ha deciso malgrado la inibitoria del giudice superiore), la composizione del collegio giudicante fuori del numero di membri prescritto dalla legge; oppure l'aver pronunciato il giudice fuori del termine perentorio posto dal diritto per la sua pronuncia; oppure l'aver pronunciato senza che il convenuto fosse stato citato, od essendo stata comunque la sentenza pronunciata nei confronti di chi non aveva capacità o legittimazione a rappresentare la parte che è stata dichiarata soccombente; oppure l'essere stata la sentenza pronunciata ad istanza di un procuratore che non aveva mandato a rappresentare l'attore; od essere stata pronunciata in base ad una citazione che non determinava adeguatamente la materia del contendere, o fuori dei termini della concordanza del dubbio se la procedura prevedeva questa concordanza; o l'essere stata pronun-

L'indirizzo interpretativo del Collegio Garante, nel quindicennio in cui è stato chiamato a decidere sui ricorsi per *querela nullitatis*, è tornato a prospettare la duplice applicabilità del rimedio rescindente: ai «vizi insanabili di carattere processuale (incompetenza o irritualità nell'iter della decisione)» e alla «violazione di norme espresse»<sup>52</sup> (si suppone, anche di carattere non processuale, come del resto risulta chiaro dalla fonte giustiniana che ha dato origine all'istituto), solo escludendo che quel rimedio possa applicarsi ai casi in cui il giudice sia caduto in un errore di fatto o d'interpretazione, in vizi di ragionamento o in *errores in iudicando*, «cioè difetti che possano aver condotto la mente del giudice a trarre dal suo sillogismo una conclusione contraria a giustizia»<sup>53</sup>. In questo solco si sta sviluppando dal 2016 la giurisprudenza del Giudice dei Rimedi Straordinari civili.

8. Questi pochi sondaggi in alcune delle aree dell'ordinamento sammarinese, in cui la tradizione del diritto comune persiste con maggiore o minore vitalità, forse persuadono che il pluralismo normativo di un sistema, che continua a comprendere lo *ius commune* tra le proprie fonti giuridiche e che pertanto sceglie di evolvere in rapporto organico alla propria storia, non offra meno certezze di quante riesca a garantirne la legalità mono-fonte degli ordinamenti 'a Codice', i quali – non a caso – del Codice da tempo hanno imparato a fare sempre più a meno.

---

ciata senza rispettare il termine per la costituzione del convenuto, o l'esserlo stata *non visis actibus*, ciò che si applica soprattutto al giudice di appello che esamini senza avere il fascicolo della causa di 1° grado, sempre che non ci sia stata negligenza dell'appellante di non procurare tale trasmissione» (p. 11). Attenta a segnalare la letteratura di diritto comune in tema di nullità della sentenza è anche la pronuncia del 12 luglio 1985 del Consiglio dei Dodici, consulente Giovanni Gualandi, *ivi*, 1981-1990, p. 41.

<sup>52</sup> Collegio Garante, sentenza n. 33/2004 (giudice monocratico Angelo Piazza). Cfr. anche le sentenze nn. 10/2005, 6/2011, 9/2013, 12/2014, 1/2015.

<sup>53</sup> Collegio Garante, sentenza n. 7/2011 (giudice monocratico Luigi F. Paolucci).

ALESSIA LEGNANI ANNICHINI

## ARGOMENTARE *SECUNDUM IUS COMMUNE*: ALCUNI ESEMPI SAMMARINESI\*

**Abstract:** Il saggio illustra alcune applicazioni pratiche del diritto romano e del diritto comune nella giurisprudenza della Repubblica di San Marino, a riprova della validità e dell'efficacia ancora oggi di quel modello di convivenza e di co-vigenza di fonti che ha connotato l'Europa continentale tra basso medioevo ed età moderna.

**Parole chiave:** Repubblica di San Marino, giurisprudenza, *ius commune*.

**Arguing *secundum ius commune*: some examples of San Marino.** The essay illustrates some practical applications of Roman law and *ius commune* in the jurisprudence of the Republic of San Marino, proving the validity and effectiveness even today of that model of coexistence and co-vigence of sources that characterized continental Europe between the late middle ages and the modern age.

**Key words:** Republic of San Marino, jurisprudence, *ius commune*.

È noto come nell'ordinamento giuridico sammarinese manchi un Codice civile e, dunque, ancora oggi le magistrature, nel risolvere le controversie sottoposte al loro giudizio, siano chiamate a fare ricorso ad una pluralità di fonti, tra le quali il *ius commune* è applicato in via sussidiaria ogniqualvolta la soluzione non si ritrovi nelle leggi locali e negli statuti<sup>1</sup>, secondo un modello di convivenza e co-

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> Sulla peculiarità dell'ordinamento giuridico sammarinese tanto è stato scritto da Severino Caprioli, autore di numerosi pareri per la magistratura della piccola Repubblica. Tra i molti saggi, ricordati ancora di recente da F. TREGGIARI, *Escursioni sul Titano: l'esperienza sammarinese di Severino Caprioli*, in *Historia et ius*, 2017, pp. 1-10, mi limito a richiamare S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nello Statuto sammarinese vigente. Problemi e prospettive dinanzi alla Dichiarazione dei diritti*, in *Miscellanea dell'Istituto Giuridico Sammarinese*, 1992, pp. 13-33; ID., *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 1994, pp. 91-168; ID., *Satura lanx 30. Linee sammarinesi per lo studio del diritto comune*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 211-222 e ID., *Dallo statuto al diritto comune: le ragioni del sistema (con un elogio della*

vigenza di fonti che ha connotato l'Europa continentale tra basso medioevo ed età moderna<sup>2</sup>.

In queste pagine mi propongo di illustrare un paio di recenti applicazioni pratiche del diritto romano e del diritto comune nella giurisprudenza della Repubblica di San Marino, a riprova della validità e dell'efficacia ancora oggi di quel modello<sup>3</sup>.

Il primo caso è stato risolto con decisione del Commissario della Legge – vale a dire il giudice di primo grado – del 1994. Si tratta della compravendita di un appartamento con annesso garage, che però non corrisponde a quello visto ed accettato dal compratore, ma è di dimensioni inferiori. L'acquirente, pertanto, agisce in giudizio contro il venditore per ottenere il risarcimento del danno, in considerazione del minor valore del bene acquistato rispetto a quello pattuito<sup>4</sup>.

Il Commissario della Legge non ha ceduto alla tentazione di risolvere la causa in base al vicino diritto italiano<sup>5</sup>, per il quale, trat-

---

*polemica*), in *Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, 2003, pp. 13-28, che offrono un quadro complessivo dell'esperienza giuridica sammarinese. Si v., inoltre, i saggi di G. Canzio, L. di Bona e F. Treggiari in questo stesso volume ed il recentissimo V. PIERFELICI, *Lineamenti di diritto civile sammarinese*, Aiep, Repubblica di San Marino, 2022.

<sup>2</sup> Il pluralistico ordinamento di fonti proprio del basso medioevo e dell'età moderna ed il suo funzionamento è oggetto di una vasta letteratura nell'ambito della quale mi limito a ricordare P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2001<sup>8</sup> e M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1994<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Questo contributo anticipa un più ampio volume – cui partecipo insieme ai colleghi Nicoletta Sarti, Gianni Santucci e Sabrina Di Maria – sulla validità del diritto romano e del diritto comune nella soluzione dei giudizi da parte delle attuali magistrature sammarinesi.

<sup>4</sup> Sentenza 14 febbraio 1994, in *Giurisprudenza sammarinese dal 1991 al 1995*, a cura dell'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, Aiep, San Marino, 2006, pp. 837-839.

<sup>5</sup> Rileva negativamente V. PIERFELICI, *Lineamenti di diritto civile*, cit., pp. 23-24, come spesso alcuni giudici adottino le soluzioni predisposte dal diritto italiano, «creando sconcerto nella pratica». Ancor più critico il giudizio di G. CANZIO e F. FIECCONI, nella premessa al medesimo volume (p. 24), i quali constatano una sempre più frequente *imitatio* della legislazione e della mentalità italiana, che finisce per introdurre «forme implicite di pensiero positivistico», vale a dire una concezione del diritto estranea ad un ordinamento, come quello sammarinese, caratterizzato dalla continuità storica.

tandosi di errore negoziale, si sarebbero dovuti applicare gli artt. 1427 e seguenti del Codice civile in tema di vizi della volontà del contratto<sup>6</sup>.

Correttamente il magistrato individua i principi giuridici che regolano la fattispecie *de qua* nel diritto comune, a partire dalla qualificazione della vendita<sup>7</sup> come contratto consensuale. In tal senso si era

---

<sup>6</sup> *Codice civile*, l. IV. *Delle obbligazioni*, tit. II. *Dei contratti in generale*, capo XII. *Dell'annullabilità del contratto*, sez. II. *Dei vizi del consenso*, art. 1427: «Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti». Per un primo inquadramento dell'odierna disciplina in tema di errore quale vizio della volontà v. P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1962, specie le pp. 87-125; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990 e C. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019<sup>2</sup>.

<sup>7</sup> Sulla vendita in diritto romano v. F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Giuffrè, Milano, 1963 (su cui la approfondita recensione critica di F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1964, p. 299 ss.); A. BURDESE, *Vendita (diritto romano)*, in *Novissimo digesto*, XX, Utet, Torino, 1975, pp. 594-600; *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca*, I-II, a cura di L. VACCA, Giuffrè, Milano, 1991, in specie in vol. I G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, pp. 25-70 (ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Jovene, Napoli, 2007, pp. 245-286) e in vol. II C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, pp. 413-432 (ora ripubblicato anche nel volume *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. VACCA, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 73-87); M. TALAMANCA, *Vendita in generale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 303-475; L. VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianeî*, Cedam, Padova, 2006, pp. 165-181; *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. GAROFALO, I-II, Cedam, Padova, 2007 e *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, herausgegeben von E. JAKAB, W. ERNST, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, con una prospettiva fortemente orientata alla comparazione diacronica. Per il versante del diritto comune la storiografia è in larga parte risalente e poco approfondita, mi limito a rinviare a F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, II, Fratelli Bocca, Torino, 1921, pp. 3-45; E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Cedam, Padova, 1936, pp. 201-211; P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, III. *Le obbliga-*

espresso chiaramente Ulpiano in un noto passo del Digesto secondo cui «In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est» (D. 18.1.9)<sup>8</sup>. Un principio fatto proprio e condiviso dalla scienza giuridica medievale e moderna, come attestano i passi richiamati per suffragare tale assunto, tratti dalle opere di Giovanni Battista De Luca († 1683)<sup>9</sup> e Johannes Voet († 1713)<sup>10</sup>, autori del tardo diritto comune che confermano una *opinio* consolidata nel corso dei secoli.

La scelta forse non è casuale, ma dettata da due principali ragioni. Una prima – banale – dovuta alla circostanza che i testi allegati risultano facilmente accessibili sotto il profilo linguistico. *Il dot-*

---

zioni, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 109-122; M.A. BENEDETTO, *Vendita (diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Utet, Torino, 1975, pp. 600-604 e di G. DIURNI, C. PECORELLA, *Vendita (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 476-484; in rapporto a specifici aspetti v. i più recenti R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo*. *Glossatori e ultramontani*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 195-261; I. BIROCCHI, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune*, in *Vendita e trasferimento*, cit., pp. 139-167 e F. MANCUSO, *Vendita a credito e riserva di proprietà nel diritto comune*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

<sup>8</sup> *Digestum*, tit. *de contrabenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt*, l. *In venditionibus* (D. 18.1.9). Sulla necessità del consenso di entrambi i contraenti per perfezionare un contratto nella stagione di diritto comune v. R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., pp. 33-36 ed A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 29-83.

<sup>9</sup> Tra le molte opere dedicate alla figura del cardinale Giovanni Battista De Luca, mi limito a rinviare a A. MAZZACANE, *De Luca, Giovanni Battista*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 38, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 340-347; A. LAURO, *Il cardinale Giovan Battista De Luca. Diritto e riforme nello Stato della Chiesa (1676-1683)*, Jovene, Napoli, 1991; A. DANI, *De Luca, Giovanni Battista*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti, VIII appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2012, pp. 177-180; I. BIROCCHI, E. FABBRICATORE, *De Luca, Giovanni Battista*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 685-689 ed alla bibliografia ivi indicata.

<sup>10</sup> Per un primo inquadramento v. J. VAN KUYK, *Voet, Johannes*, in *Nieuw Nederlandsch biografisch woordenboek*, 3, a cura di P.J. BLOK, P.C. MOLHUYSEN, A.W. Sijthoffs Uitgevers-Maatschappij, Leiden, 1914; A.A. ROBERTS, *A Guide to Voet*, [pubblicazione dell'autore], Pretoria, 1933 e J.C. DE WET, *Jan Voet*, in *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse*, 1948, pp. 50-57.

tor volgare (1673) di De Luca ha quale principale novità proprio l'adozione del volgare in ambito giuridico, con il dichiarato scopo di favorirne la divulgazione<sup>11</sup>, mentre del *Commentarius ad Pandectas*, pubblicato da Voet tra il 1698 ed il 1704, furono fatte numerose traduzioni, tra cui una in italiano. Una seconda ragione è, invece, riconducibile al loro appartenere a quella *scientia iuris* caratterizzata da una forte vocazione pratica: l'uno è ascrivibile alla corrente dottrinale italiana della pragmatizzazione del diritto comune<sup>12</sup>, l'altro alla scuola elegante olandese<sup>13</sup>. Essi non innovano, ma si limitano a ribadire che il consenso delle parti è uno dei requisiti indispensabili per la validità del contratto di compravendita<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, I, tip. V. Battelli e compagni, Firenze, 1839, *Proemio*, pp. 11-18. Al tema della lingua, destinato a divenire centrale nel Settecento, il giurista dedica l'opera *Difesa della lingua italiana*, per Giacomo Dragonelli, Roma, 1675. Sul punto v. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età Moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 307-310 e P. ALVAZZI DEL FRATE, M. CAVINA, R. FERRANTE, M. MILETTI, N. SARTI, S. SOLIMANO, G. SPECIALE, E. TAVILLA, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, a cura di E. TAVILLA, Giappichelli, Torino, 2022<sup>3</sup>, pp. 147-149.

<sup>12</sup> Su questo indirizzo dottrinale mi limito a ricordare I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., pp. 233-315 e P. ALVAZZI DEL FRATE, M. CAVINA, R. FERRANTE, M. MILETTI, N. SARTI, S. SOLIMANO, G. SPECIALE, E. TAVILLA, *Tempi del diritto*, cit., pp. 131-151.

<sup>13</sup> Sulla scuola elegante olandese testo fondamentale rimane G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die holländische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Klostermann, Frankfurt am Main 2002. V., inoltre, J.W. WESSELS, *History of the Roman-Dutch law*, African Book Company, Grahamstown, 1908; R.W. LEE, *An introduction to Roman-Dutch law*, Clarendon Press, Oxford, 1961<sup>5</sup>; B.H. STOLTE, *Henrik Brekman (1681-1736) Jurist and Classicist*, Brill, Leiden, 1981; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1736)*, Clarendon Press, Oxford, 1988; E. SCHRAGE, *La scuola elegante olandese*, in *Studi Senesi*, 1992, pp. 534-547; *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, a cura di R. FEENSTRA, R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, Berlin, 1992; D.J. OSLER, *Jurisprudentia Elegantior and the Dutch Elegant School*, in *Ius Commune*, 1996, pp. 339-354 e B. SIRKS, *Bijnkershoek as author and elegant jurist*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2011, pp. 229-252.

<sup>14</sup> G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., II, tip. V. Battelli e compagni, Firenze, 1840, lib. VII, cap. 1, p. 287, «All'incontro il contratto della compra e vendita desidera necessariamente i tre requisiti, cioè il medesimo consenso valido e per-

Un ulteriore aspetto da evidenziare è come nel caso in esame non ci troviamo in presenza di un vizio della cosa venduta, bensì di un vizio del consenso<sup>15</sup>, essendo evidente che manca l'accordo sull'oggetto del contratto, poiché l'acquirente crede di comperare, insieme all'appartamento, un garage diverso da quello che effettivamente acquista.

Acclarato che si è in presenza di un vizio del consenso, il ragionamento del magistrato prosegue nel tentativo di chiarire di quale di essi si tratti: errore<sup>16</sup> o dolo<sup>17</sup>. Secondo la dottrina di diritto co-

---

ffetto, la cosa certa, ed il prezzo certo, senza i quali non si dice vendita valida e perfetta» e G. VOET, *Commento alle Pandette*, III, Antonio Bazzarini, Venezia, 1838, lib. XVIII, tit. 1 *Del contratto di compera e dei patti convenuti fra il compratore ed il venditore: quali cose possono essere vendute*, § 1, p. 7, «... tre sono i requisiti essenziali di questo contratto: il consenso, la merce ed il prezzo: dove manchi uno di questi, non c'è compera».

<sup>15</sup> Per il versante storico v., da ultimo, I. PONTORIERO, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Giappichelli, Torino, 2020, su cui però v. F. CURSI, *Nascita e sviluppo della categoria dei vizi della volontà: diritto romano e fondamenti del diritto europeo*, in *Index*, 2022, pp. 44-52. Sui vizi del consenso oggi v. C. SCOGNAMILGIO, *Vizi del consenso*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici*, I. *Il contratto*, diretto da G. D'AMICO, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 1179-1204; E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, IV. *Rimedi - 1*, a cura di A. GENTILI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022<sup>2</sup>, pp. 239-319 e P. GALLO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2022<sup>2</sup>.

<sup>16</sup> Limitata la letteratura che si è occupata dell'errore nella stagione di diritto comune, v. E. CORTESE, voce *Errore (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 303-315; M.J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Böhlau, Wien-Köln-Weimar, 2000; ID., *Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition*, in *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, a cura di R. SEFTON-GREEN, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 39-64; ID., *L'errore nella storia del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 2007, pp. 185-255. Per un approfondimento v. da ultimo il mio «*Intolerabilis ergo error vitiat, quia conceptum mentis non exprimit*». *Le declinazioni dell'errore-vizio fra glossa e commento*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 2021, pp. 39-93.

<sup>17</sup> Sul dolo negoziale in età romana v. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Jovene, Napoli, 1937<sup>4</sup>, pp. 103-104; M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 236-240; M. MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palumbo, Palermo, 2006<sup>3</sup>, pp. 150-154; D. NÖRR, 'Exceptio doli'

mune il primo consiste in una falsa rappresentazione della realtà volta ad escludere o a condizionare il consenso<sup>18</sup>. Ancora una volta l'*auctoritas* richiamata è Voet, che, nella sua opera, sintetizzando il pensiero di quanti lo avevano preceduto, sottolinea come le conseguenze dell'errore siano diverse a seconda che lo stesso escluda la volontà della parte di concludere il contratto oppure sia tale che questa lo avrebbe ugualmente concluso, ma a condizioni diverse. Il giurista olandese precisa come nella prima ipotesi la vendita sia nulla, mentre nella seconda conservi la propria validità ma occorra ricondurre ad equità le prestazioni<sup>19</sup>. I fatti in esame appaiono riconducibili a questa ultima casistica<sup>20</sup>.

Il dolo, invece, già secondo la nota definizione di Ulpiano – accolta dalla giurisprudenza sammarinese puntualmente allegata<sup>21</sup> – è «*omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumvenien-*

---

*und 'clausula doli'*, in *L'eccezione di dolo in generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. GAROFALO, Cedam, Padova, 2006, pp. 363-386 e, da ultimo, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Jovene, Napoli, 2008, in specie le pp. 25-28. Per un approfondimento del dolo e dei problemi ad esso relativi tra basso medioevo e prima età moderna v. M. BELLOMO, *Dolo (diritto intermedio civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 725-731 e A. MASSIRONI, *Alcune note su dolo e violenza contrattuale nel diritto comune*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 2013, pp. 241-277.

<sup>18</sup> G. VOET, *Commento alle Pandette*, cit., lib. XVIII, tit. 1, § 5, pp. 11-12, «Issogiure è nulla per intervenutovi errore la vendita, quando sia stato errato nella totalità del corpo, oppure nella sostanza ... oppure nella qualità che ha la cosa legalmente».

<sup>19</sup> G. VOET, *Commento alle Pandette*, cit., lib. XVIII, tit. 1, § 6, p. 14, «Per lo contrario sussiste la vendita nonostante l'errore, se questo è solamente in una qualità accidentale della cosa venduta. Nel qual caso per altro ha luogo o l'azione Per quanto meno (*Quanti minoris*), o quella Di compera (*Ex empto*) per la diminuzione del prezzo».

<sup>20</sup> Sentenza 14 febbraio 1994, cit., p. 840.

<sup>21</sup> Sentenza del Commissario della Legge 20 agosto 1931, in *Giurisprudenza sammarinese*, a cura di G. RAMOINO, G. GOZI, 1931-32, Arti grafiche della Balda, Repubblica di San Marino, 1936, p. 32, ora in *Giurisprudenza sammarinese dal 1911 al 1936*, a cura dell'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, Maggioli, Sant'Arangelo di Romagna, 1989.

dum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam» (D. 4.3.1.2)<sup>22</sup>. Esso, dunque, è quell'inganno o raggirio che determina un errore in assenza del quale uno dei contraenti non avrebbe perfezionato la compravendita (dolo determinante) o l'avrebbe fatto a condizioni differenti (dolo incidente)<sup>23</sup>.

Se la nozione di dolo richiamata dal Commissario della Legge è quella romana, la distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*<sup>24</sup> risale, invece, alla prima stagione dei glossatori e – come sottolineato da Manlio Bellomo – fu accolta sia dai civilisti (ad es. Bulgaro) che dai canonisti (ad es. Uguccione da Pisa)<sup>25</sup>.

Nell'ipotesi di dolo determinante un contratto di buona fede<sup>26</sup> – quale è la compravendita – la *scientia iuris* ha ritenuto che la parte ingannata potesse esperire l'*actio doli*<sup>27</sup> per invalidare il negozio ed ottenere indietro il bene alienato o il corrispettivo versato. Nei confronti della medesima tipologia di contratto, in caso di dolo incidente la stessa poteva agire *ex contractu*, chiedendo la *reformatio* o lo scioglimento del negozio<sup>28</sup>. Il magistrato precisa in maniera corret-

---

<sup>22</sup> *Digestum*, tit. *de dolo malo*, l. *Hoc edicto*, § *Dolum* (D.4.3.1.2). La nota definizione è analizzata in maniera approfondita da G. SANTUCCI, *Verba edicti e definitiones: Labeone e Pedio nel commento ulpiano de pactis*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, 2016, pp. 103-110.

<sup>23</sup> Sentenza 14 febbraio 1994, cit., p. 841.

<sup>24</sup> G. VOET, *Commento alle Pandette*, cit., I, lib. IV, tit. III *De dolo malo*, § 3, p. 690, «Dicesi che il dolo dà causa ad un contratto, quando uno il quale non ha intenzione di contrattare viene indotto a farlo, mentre non l'avrebbe fatto a niun modo se non fosse intervenuto il dolo. Reputasi poi che il dolo cada, ovvero sia incidente, in un contratto, quando uno contratta bensì spontaneamente, ma viene ingannato nel modo del contrattare, per esempio nel prezzo od altrimenti».

<sup>25</sup> Sul punto v. M. BELLOMO, *Dolo*, cit., pp. 729-730.

<sup>26</sup> Per la fondamentale distinzione tra rapporti di stretto diritto e rapporti di buona fede in diritto romano v. P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)*, I. I *Il contenuto dell'obligatio*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 51-90; nella stagione di diritto comune v. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, II. *Contratti, successioni, diritti di famiglia*, Cedam, Padova, 1939, pp. 7-8.

<sup>27</sup> Sull'*actio de dolo*, avente carattere sussidiario, per cui vi si ricorre ogniqualvolta manchino o non si sia certi dell'esistenza di specifici strumenti di tutela, v. D. NÖRR, '*Exceptio doli*', cit., *passim* e M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio*, cit., *passim*.

<sup>28</sup> Così la Sentenza 14 febbraio 1994, cit., p. 841, che poggia sulla dottrina di G. VOET, *Commento alle Pandette*, cit., I, lib. IV, tit. III *De dolo malo*, § 3, p. 690-

ta – citando il solito Voet<sup>29</sup> – che l'azione di dolo ha carattere sussidiario e viene utilizzata solo in assenza di rimedi contrattuali tipici, pertanto, non può essere data a favore di uno dei contraenti di una compravendita, tutelati rispettivamente, qualora siano stati raggirati, dall'*actio venditi* il venditore e dall'*actio empti*<sup>30</sup> il compratore<sup>31</sup>.

Se si è pattuito – espressamente o tacitamente – che la cosa venduta debba avere certe qualità (in questo caso le dimensioni necessarie ad accogliere un'auto) e la cosa consegnata è difforme (in questo caso il garage è più piccolo) siamo in presenza di un inganno da parte del venditore, nei confronti del quale l'acquirente in base al diritto romano è tenuto ad esperire l'*actio empti*<sup>32</sup>.

---

691, «Se il dolo dette causa ad un contratto di buona fede, questo è nullo issojure senza che vi sia bisogno della restituzione. E siccome ciò ch'è nullo non può produrre verun effetto; così non si può ritenere trasferito nel compratore né il dominio né verun altro diritto in forza della tradizione susseguita ad un affare nullo» e § 4, p. 693, «Che se il dolo cade in un contratto di buona fede, né il contratto è nullo issojure, né ha luogo l'azione infamante Di dolo; ma piuttosto in virtù di quello stesso contratto di buona fede è data l'azione: attesochè nei contratti di buona fede sempre è issojure inerente l'azione e la eccezione del dolo; e però, provato che sia il dolo, ne seguirà l'assoluzione di chi muove la eccezione, o verrà reintegrata la causa a quello che avrà mossa l'azione». Sul punto v. M. BELLOMO, *Dolo*, cit., pp. 729-730.

<sup>29</sup> G. VOET, *Commento alle Pandette*, cit., I, lib. IV, tit. III *De dolo malo*, § 4, p. 693, «Tuttavolta, poiché il venditore disse con animo d'ingannare, e quindi fu in dolo, sta scritto che debb'essere data *azione pel dolo*, cioè che per quel dolo debb'essere data una azione, l'azione appunto Di compera, ovvero sia nascente dal contratto stesso, in quanto che l'azione Di dolo è inerente a quella Di compera: ond'è che non va data l'azione infamante e sussidiaria Di dolo».

<sup>30</sup> Per un approfondimento su tali azioni v. V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, anno 1951-1953*, I-II, Jovene, Napoli, 1954<sup>2</sup>, pp. 205-275; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Giuffrè, Milano, 2004; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Giuffrè, Milano, 2007 e W. ERNST, *Klagen aus Kauf* (actio empti, actio venditi), in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, II, herausgegeben von U. BABUSIAUX, C. BALDUS, W. ERNST, F.S. MEISSEL, J. PLATSCHEK, T. RÜFNER, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, pp. 2039-2288.

<sup>31</sup> Sentenza 14 febbraio 1994, cit., p. 842.

<sup>32</sup> I passi richiamati dalla Sentenza 14 febbraio 1994, cit., p. 842 sono *Digestum*, tit. *De actionibus empti venditi*, l. *Si sterilis*, § *Quamvis* (D.19.1.21.2) e *Digestum*, tit. *De aedilicio edicto et rehibitione et quanti minoris*, l. *Quit sit*, § *Si quis* (D.21.1.17.20).

Tale disciplina è confermata dagli interpreti del diritto comune<sup>33</sup>, al punto da essere ribadita ancora nel Settecento da Robert Joseph Pothier († 1772)<sup>34</sup> nel suo *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae* (1748-'52) – puntualmente richiamato nella traduzione italiana –, per il quale nella compravendita, al ricorrere di un raggio del venditore determinante dolo incidente, il compratore può agire per la restituzione del prezzo ingiustamente pagato<sup>35</sup>.

È doveroso osservare come la disciplina romana in materia di errore su una qualità accidentale dell'oggetto dell'*emptio-venditio* e quella sul dolo incidente preveda il medesimo rimedio, vale a dire l'esercizio dell'*actio empti* per riavere quanto indebitamente versato. Lo strumento cui l'attore deve fare ricorso è, dunque, sempre la

---

<sup>33</sup> G. VOET, *Commento alle Pandette*, cit., I, lib. IV, tit. III *De dolo malo*, § 4, pp. 693-694, «maggiore difficoltà sorge dalla legge 10 Cod. *De rescindenda venditione*, nella quale, ragionandosi del dolo incidente in un contratto di compera (come poco prima erasi dimostrato), soggiungesi che a quello il quale fu ingannato con dolo *compete la restituzione in intiero* in confronto di quello col quale avea contratto; il che pare non doversi intendere se non della restituzione per titolo di dolo, e quindi dell'azione infamante *Di dolo*. Ma così non è; non sempre accadendo che, nella nostra legislazione, con la restituzione in intiero sia dinotato quello straordinario rimedio pretorio mediante il quale un affare viene restituito alla sua equità; ma alle volte comprende tutti que' rimedj coi quali uno secondo il Gius ordinario e con azione ordinaria rimuove da sé un danno, ed impetra la risoluzione dell'operato. Nel qual senso dicesi che i creditori mediante l'azione Paoliana o rescissoria ottengono *la restituzione nel pristino stato*, e così pure di quelli che si valgono dell'interdetto *Che nulla sia fatto il luogo pubblico*. In simil modo adunque anche nella detta legge 10 la restituzione in intiero altro non è se non la rettificazione del prezzo iniquo stabilito con dolo, oppure la informazione di esso a cagione di dolo, col mezzo dell'azione di compra-vendita».

<sup>34</sup> Una prima informazione in J.L. THIREAU, *Pothier, Robert-Joseph*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XII-XX siècle)*, a cura di P. ARABEYRE, J.L. HALPÉRIN, J. KRINEN, Presses Universitaires de France Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pp. 636-638.

<sup>35</sup> R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, II, Per i fratelli Giachetti, Prato, 1833, lib. XIX, tit. I *Delle azioni di compera e di vendita*, parte I *Dell'azione Di Compera*, sez. II *Che cosa entri nell'azione Di Compera*, capo I *Di quelle cose che entrano naturalmente nell'azione Di Compera*, art. VII *Della cauzione pel dolo malo, la quale entra naturalmente nell'azione Di Compera*, § 1 *Del dolo che consiste nella dissimulazione*, LVII «Se il venditore ha dissimulato qualche difetto della cosa», pp. 764-765.

stessa azione, quale che sia il vizio del consenso (errore o dolo) accertato nel caso in esame.

L'istruzione probatoria ha dimostrato come non ci sia stato dolo da parte del venditore, mancando la prova del raggio e della mala fede della convenuta, ma solo errore riguardante un elemento accessorio del contratto (le dimensioni del garage pertinenza dell'appartamento), cui l'acquirente è stato indotto dalla venditrice che con leggerezza ha mostrato un bene diverso da quello di cui era effettivamente proprietaria, determinando nell'acquirente una falsa rappresentazione della realtà. Questi, pertanto, – conclude correttamente il Commissario della Legge – ha diritto alla restituzione di una parte del prezzo corrisposto<sup>36</sup>.

Si tratta di un esempio efficace nel quale la giurisprudenza sammarinese, in assenza di una norma *ad hoc*, applica i principi della compravendita in diritto romano e in diritto comune, nel rispetto di quel «gioco di rapporti fra ordinamenti»<sup>37</sup>, che è stato tipico dell'Europa di diritto comune.

Il secondo caso che intendo illustrare – sempre del Commissario della Legge, ma del 2020<sup>38</sup> – presenta forse meno questioni giuridiche rispetto al precedente, ma appare di un certo interesse in quanto risolto facendo ricorso alle molteplici fonti presenti nell'ordinamento sammarinese: dalla più recente legislazione agli *Statuta* del '600 – fonti locali di *ius proprium* seppur di epoche diverse –, dal diritto romano alla dottrina di diritto comune, fino alla giurisprudenza.

Si tratta di un giudizio promosso da un avvocato per ottenere il pagamento delle prestazioni professionali eseguite in favore di un cliente. Anche in questa occasione il giudice ha evitato il ricorso al diritto italiano, che risolverebbe la causa sulla base delle norme relative al mandato oneroso<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Sentenza 14 febbraio 1994, cit., p. 845.

<sup>37</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 233-234.

<sup>38</sup> Sentenza del Commissario della Legge 2 gennaio 2020.

<sup>39</sup> *Codice civile*, l. IV. *Delle obbligazioni*, tit. III. *Dei singoli contratti*, capo IX. *Del mandato*, artt. 1703-1730. Per un primo inquadramento dell'odierna disciplina del mandato v. G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trat-*

Il Commissario della Legge chiamato a giudicare evidenza, in primo luogo, come per il *ius commune* il rapporto tra avvocato e cliente debba essere ricondotto alla *locatio operis* e non al mandato<sup>40</sup>. Sul punto è opportuno precisare come il problema della natura del contratto che intercorre tra professionista e cliente – mandato, *locatio operis* o contratto atipico – si sia posto in Italia solo all’indomani dell’entrata in vigore della legge professionale del 1874<sup>41</sup> e del Codice civile del 1865, che, all’art. 1739<sup>42</sup> contemplava la possibilità di derogare alla gratuità dei mandati<sup>43</sup>, i quali secondo il diritto romano – ed in specie secondo un passo ulpiano – «gratuita esse debent» (D. 19.5.13)<sup>44</sup>. In assenza di una simile disposizione

---

*tato di diritto civile italiano*, VIII.1, Utet, Torino, 1952, pp. 1-230; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XXXII, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 1-595; C. SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario, delle obbligazioni del mandante*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, IV. *Delle obbligazioni*, Zanichelli, Bologna – Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1998; *Il mandato*, a cura di F. ALCARO, Giuffrè, Milano, 2000 e G. DI ROSA, *Il mandato*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, I-II, Giuffrè, Milano, 2012-2017.

<sup>40</sup> Sentenza 2 gennaio 1920, cit., p. 3.

<sup>41</sup> L. 8 giugno 1874, n. 1938, in *Gazzetta Ufficiale*, 141 (15 giugno 1874). Per un approfondimento v. il commento di A. BIANCHI, *Sull’esercizio delle professioni di avvocato e procuratore. Testo e commento della Legge 8 giugno 1874, n. 1938, serie 2<sup>a</sup> e del Regolamento 26 luglio 1874, n. 2012, con appendice sugli onorari*, Utet, Torino, 1886.

<sup>42</sup> *Codice civile del Regno d’Italia*, Tip. Eredi Botta, Torino - Tip. Reale, Firenze, 1865, l. III *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*, tit. XI *Del mandato*, capo I *Della natura del mandato*, art. 1739, «Il mandato è gratuito se non vi è patto contrario».

<sup>43</sup> Il dibattito sulla natura contrattuale del rapporto avvocato-cliente nell’Italia di fine Ottocento è ricostruito da A. SANTANGELO CORDANI, *Mandato, locazione d’opera o contratto atipico: la natura del rapporto professionale tra avvocato e cliente nell’Italia postunitaria*, in *Mélanges en l’honneur d’Anne Lefebvre-Teillard*, a cura di B. D’ALTEROCHE, F. DEMOULIN-AUZARY, O. DESCAMPS, F. ROUMY, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2009, pp. 949-962. Sempre utile, seppur non affronta nel dettaglio il problema specifico, la voce di C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, in *Il Digesto Italiano*, IV.II, Utet, Torino, 1893-1899, pp. 621-704, ora ristampata a cura di G. ALPA nella collana della *Storia dell’avvocatura in Italia*, il Mulino, Bologna, 2004.

<sup>44</sup> *Digestum*, tit. *De praescriptis verbis et in factum actionibus*, l. *Si tibi* (D. 19.5.13).

nell'ordinamento giuridico sammarinese il rapporto professionale non può che essere inquadrato nella locazione di opera in modo da consentire all'avvocato di percepire un onorario per la propria attività. Rileva, inoltre, il magistrato come la giurisprudenza sammarinese abbia costantemente condiviso il principio romanistico e ricondotto il rapporto tra avvocato e cliente ad una locazione d'opera<sup>45</sup>. Si tratta di un contratto sinallagmatico che implica uno scambio di prestazioni, aventi fondamento nell'accordo tra le parti, per cui a fronte della attività prestata dal primo, il secondo è tenuto a versargli un corrispettivo in denaro<sup>46</sup>.

Un ulteriore aspetto affrontato dalla sentenza *de qua* concerne l'onere della prova, in merito al quale le pronunce giudiziarie della Repubblica di San Marino hanno condiviso il principio racchiuso nel Digesto – si tratta di un notissimo frammento di Paolo – per cui «ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat» (D. 22.3.2)<sup>47</sup>. Ne consegue che spetta all'attore provare l'esistenza delle obbligazioni di cui chiede il pagamento ed al convenuto dimostrare che questo è avvenuto e, dunque, ha estinto i suoi obblighi<sup>48</sup>.

Nel caso in esame siamo di fronte ad un giudizio in contumacia, nel quale, secondo i seicenteschi *Statuta Reipublicae ac perpetuae libertatis terrae Sancti Marini* (l. 2, rub. XI), il convenuto deve essere condannato «in quantitate petita», cioè nella misura della domanda, ma solo al ricorrere di due condizioni. Una prima, per cui non deve essere stato soddisfatto in tutto o in parte, ed una seconda, per cui

---

<sup>45</sup> Sentenza 2 gennaio 1920, cit., pp. 3-4, che richiama le precedenti sentenze del Commissario della Legge 9 gennaio 1989, in *Giurisprudenza sammarinese dal 1981 al 1990*, a cura dell'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1993, pp. 1434-1438; 4 giugno 1990 e 15 giugno 1992, entrambe inedite.

<sup>46</sup> Sentenza 2 gennaio 1920, cit., pp. 3-4.

<sup>47</sup> *Digestum*, tit. *de probationibus et praesumptionibus*, l. *Ei* (D. 22.3.2).

<sup>48</sup> Sentenza 2 gennaio 1920, cit., p. 4, richiama la Sentenza del Commissario della Legge 26 luglio 1935, in *Giurisprudenza Sammarinese*, a cura di G. RAMOLINO, 1935-1936, Arti Grafiche della Balda, Repubblica di San Marino, 1936, pp. 64-66, ora in *Giurisprudenza sammarinese dal 1911 al 1936*, a cura dell'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1989.

l'attore deve aver prestato il giuramento di calunnia<sup>49</sup>, istituto tipico del processo romano-canonico avente il precipuo scopo di scongiurare le liti temerarie<sup>50</sup>. Tale istituto processuale è stato previsto dalla legislazione sammarinese come conferma della veridicità della richiesta attorea a seguito della mancata comparizione di controparte<sup>51</sup>. La contumacia, dunque, da sola non è sufficiente affinché il magistrato pronunci la condanna, ma si richiede che l'attore debba giurare di non essere stato indotto alla propria richiesta dall'intento di calunniare il convenuto e di non aver ottenuto, nemmeno in parte, ciò che domanda<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Su tale istituto v. G. SALVIOLI, *Iusiurandum de calumnia nel suo svolgimento storico*, Palermo, 1888; ID., *Storia della procedura civile e criminale*, III/2, Libreria O. Gozzini – Sauer & Auvermann, Firenze – Frankfurt, 1969, pp. 305-309; N. SARTI, *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli X-XIII*, Giuffrè, Milano, 1995; EAD., *Iuramentum de calumnia-Iuramentum de astu. Ermeneutica della repressione della litigiosità temeraria nella compilazione di Giustiniano e nei diritti germanici*, in *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*. Atti del Seminario di studi storici e giuridici (Modena, venerdì 14 gennaio 2000), a cura di M. CAVINA, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 257-284; J.A. BRUNDAGE, *The medieval origins of the legal profession: economists, civilians, and courts*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2008; D. EDIGATI, *Il giuramento de veritate degli imputati fra isonomia processuale e inquisizione istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012 e *Law as Profession and Practice in Medieval Europe: Essays in Honour of James A. Brundage*, ed. by K. PENNINGTON, Taylor & Francis Group, London-New York, 2011.

<sup>50</sup> *Statuta, Decreta, ac Ordinamenta illustris Reipublicae ac perpetuae libertatis terre Sancti Marini*, Arimini, Ioannis Simbenii Typis, 1600 (rist. anast. Repubblica di San Marino, AIEP editore, 2002), lib. II. *Civilium causarum*, rub. XI. *De modo procedendi contra contumacem*, c. 44r, «... et ex eo tenutam fore dandam eidem Actoris de bonis ipsius contumacis, iuxta formam petitionis ipsius Actoris recepto tamen prius Sacramento ad Actore ipso, quod animo calumniae non petit, et quod sibi de eo, quod petit in totam, vel in partem non extitit satisfactum».

<sup>51</sup> Sentenza 2 gennaio 2020, cit., pp. 4-5.

<sup>52</sup> Sentenza 2 gennaio 2020, cit., p. 5 che richiama costante giurisprudenza: Sentenza del Commissario della Legge 17 febbraio 1962, in *Giurisprudenza Sammarinese*, a cura di G. RAMOINO, 1965, 1, Maccari, Parma e Castello di Serravalle, 1965, p. 72, ora in *Giurisprudenza sammarinese dal 1962 al 1969*, a cura dell'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1989; Sentenza del Commissario della Legge 19 maggio 2004 e Sentenza del Commissario della Legge 28 agosto 2004, entrambe inedite.

Ai sensi della disposizione statutaria, inoltre, è evidente che il giuramento di calunnia risulta valutabile solo se nei confronti della controparte si fa valere un credito certo, liquido ed esigibile<sup>53</sup>. Il caso *de quo* rientra appieno nel dettato della norma e, pertanto, l'istanza è accolta<sup>54</sup>.

Trattandosi di obbligazione pecuniaria, l'attore ha altresì richiesto l'indennità per svalutazione monetaria e gli interessi moratori, entrambi riconosciutigli dal Commissario della Legge a titolo di risarcimento del danno causato dal convenuto che non ha tempestivamente saldato quanto dovuto<sup>55</sup>. A sostegno della propria decisione sul punto, il magistrato si limita a richiamare la precedente giurisprudenza<sup>56</sup>, senza alcun rinvio al diritto comune.

Infine, la sentenza pone a carico del soccombente le spese e gli onorari del giudizio secondo quanto disposto dalla normativa statutaria<sup>57</sup>.

Nel concludere mi limito a ricordare come nell'economia del contributo quelli analizzati siano solo due tra i tanti esempi che avrei potuto portare, perché la giurisprudenza di San Marino costantemente così opera. Se una logica mi ha guidato nella scelta è stata la prospettiva di particolare limpidezza con la quale in tali pronunce si palesa l'incontro tra le fonti, rivelando chiaramente la vici-

---

<sup>53</sup> *Statuta* (1600), cit., cc. 44r-45r.

<sup>54</sup> Sentenza 2 gennaio 2020, cit., p. 6.

<sup>55</sup> Sentenza 2 gennaio 2020, cit., pp. 6-7.

<sup>56</sup> Sentenza del Commissario della Legge 29 agosto 1947, in *Giurisprudenza Sammarinese*, a cura di G. RAMOINO, 1963, 1, Maccari, Parma e Castello di Serravalle, 1963, pp. 191-194, ora in *Giurisprudenza sammarinese dal 1937 al 1961*, a cura dell'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1989.

<sup>57</sup> Sentenza 2 gennaio 2020, cit., p. 8. La norma richiamata è *Statuta* (1600), cit., lib. II. *Civilium causarum*, rub. XXXII. *Quod victus victori in expensis condemnatur*, c. 52r, «Statuimus, et ordinamus, quod in omnibus causis victus victori condemnatur in expensis iuramento calumni in causa praestito, non obstante, taxatione tamen praemissa à Dominis Capitaneis in quibus expensis reficiendis praegravari debeat.

Salaria advocatorum, et Procuratorum, et alias expensas quae iure veniunt reficiendae, reficiantur. Nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit».

nanza nel *modus operandi* della magistratura sammarinese a quello del *iudex* medievale. Entrambi, infatti, appaiono impegnati a risolvere questioni giuridiche scaturite dalla prassi argomentando in base a molteplici fonti non solo legislative, ma anche dottrinali e giurisprudenziali.

Da ultimo, come storica del diritto medievale, abituata a leggere e ricostruire un patrimonio normativo e scientifico superato dalle codificazioni, provo non poca emozione nel constatare nell'esperienza contemporanea corrette ed efficaci applicazioni del *ius commune*. Un diritto del passato che dispiega la sua forza ancora nel presente, offrendo soluzioni convincenti alle liti giudiziarie al pari del diritto codificato.

## Parte II

L'odierno uso del diritto romano nelle  
corti giudicanti fra sistemi codificati e non



GIANNI SANTUCCI

## IL VALORE NORMATIVO DEL DIRITTO ROMANO NEI *MIXED LEGAL SYSTEMS*\*

**Abstract:** La nazione scozzese e lo Stato sudafricano sono caratterizzati da un sistema giuridico misto o ibrido, formato da distinte tradizioni giuridiche: il *civil law* ereditato dal diritto romano con influenza del diritto inglese nel diritto processuale. Il saggio analizza contenuti e metodi di applicazione del diritto romano e del *ius commune* da parte dei giudici scozzesi e sudafricani e sottolinea la contemporanea influenza del *civil law* nei sistemi misti.

**Parole chiave:** diritto romano, tradizione civilistica, sistemi misti.

**The normative value of Roman law in *Mixed Legal Systems*.** Scotland and South Africa have a 'hybrid' or 'mixed' legal system not codified, formed by interweaving of a number of distinct legal traditions: a civil law system inherited from the Roman law with the English influence most apparent in procedural aspects and methods of adjudication. The essays analyzes contents and methods of application of Roman law and *ius commune* by Scottish and South African judges and stresses the contemporary influence of the civil law in these mixed systems.

**Key words:** Roman law, civilian tradition, Mixed Legal Systems.

### 1. *Introduzione*

La peculiarità del sistema delle fonti del diritto sammarinese delineata ieri con dovizia di approfondimenti costituisce un felice viatico per l'odierna riflessione sui c.d. *Mixed Legal Systems* o *Mixed Jurisdictions*, terminologia con cui si vuole identificare «a result of historical change a civilian legal system married into the common

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

law»<sup>1</sup>, *tertium genus* fra le aree di *civil law* e di *common law*, che partecipa di entrambe le aree<sup>2</sup>.

Alcuni di questi sistemi ibridi sono codificati, è il caso della provincia canadese del Québec e dello Stato della Louisiana nel Nord America, del Puerto Rico nella America Latina, oppure, spostandoci ad Oriente dell'Indonesia e delle Filippine, altri tendenzialmente non codificati, come la nazione scozzese del Regno Unito in Europa, South Africa, Lesotho, Botswana, Swaziland, Namibia, Zimbabwe nel continente africano e Sri Lanka (Ceylon) in Oriente.

Sono gli ultimi a interessarci in questa sede, poiché, proprio in quanto non codificati, le fonti romane, quelle canoniche, le autorità del diritto comune fino alle dottrine giusnaturalistiche possono costituire i fondamenti normativi da cui il giudice attinge per le sue decisioni. Circoscrivo il mio contributo solo a due ordinamenti, credo, però, fra i più rappresentativi: la nazione scozzese e la repubblica sudafricana, di cui apparirà innanzitutto opportuno premettere succintamente i fondamentali snodi storici circa l'origine e lo sviluppo di tali particolari esperienze giuridiche, illustrando, di conseguenza, con alcuni esempi le applicazioni di carattere normativo delle fonti e autorità predette.

---

<sup>1</sup> Così Ph. J. THOMAS, *Alternative Paradigm for Roman Law*, in *RIDA*, 1998, p. 647.

<sup>2</sup> Sull'identificazione di questa «third legal family» presso gli studiosi della comparazione giuridica cfr. J. DU PLESSIS, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2019<sup>2</sup>, p. 476 ss. Per un primo inquadramento delle singole esperienze privatistiche ascrivibili alla famiglia dei *Mixed Legal Systems* si vedano R. ZIMMERMANN, *Roman law, Contemporary law, European law. The civilian tradition today*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 126 ss.; J.M. RAINER, *Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 2002, p. 252 ss.; G. HAMZA, *Le développement du droit privé européen*, Publications de la Faculté de Droit de l'Université Eötvös Loránd, Budapest, 2005, p. 43 s., p. 175 ss., p. 184 ss.

## 2. Roman law e Institutional Writings nel diritto scozzese

Come tutti sappiamo, la nazione scozzese è stata sempre legata, talora in modo pacifico, talora, e forse più spesso, in modo conflittuale con la corona inglese. L'indipendenza politica scozzese, definitivamente cessata con l'*Act of Union* del 1707, è parzialmente tornata negli ultimi decenni e il parlamento scozzese ha riaperto le sue porte nel 1999. Fin dall'età medievale lo spiccato senso di autonomia e la volontà di differenziazione rispetto alla confinante Inghilterra hanno spinto la nazione scozzese ad aver come interlocutore privilegiato sotto il profilo politico, culturale e, quindi, anche giuridico, le nazioni continentali dell'Europa occidentale. Storicamente, quindi, il diritto scozzese si è andato formando in modo differente rispetto al *common law* anglosassone almeno fino al XVII secolo<sup>3</sup>. Per provvedere alla loro educazione i giuristi scozzesi non si indirizzarono verso le Università di Cambridge e Oxford, ma verso quelle continentali, inizialmente Parigi e Orléans, dove, per esempio, aveva studiato il fondatore dell'Università di Aberdeen, la più antica in Scozia, il vescovo William Elphinstone (1431-1514) e dove una *natio* scozzese era già testimoniata a partire dall'inizio del XIV secolo. Luoghi privilegiati della formazione legale scozzese furono anche più a nord, nelle Fiandre e in Germania, soprattutto dopo la strage ugonotta della notte di San Bartolomeo avvenuta nel 1572. L'origine del diritto nazionale privato in età moderna si ebbe con *The Institutions of the Law of Scotland*, opera del magistrato Lord (First Viscount) Stair (James Dalrymple)<sup>4</sup> che seguiva lo schema delle Istituzioni giustinianee ed era profondamente influenzata

---

<sup>3</sup> Per un inquadramento della storia del diritto scozzese, con una ragionata bibliografia si veda R. ZIMMERMANN, 'Double Cross': *Comparing Scots and South African Law*, in *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective. Property and Obligations in Scotland and South Africa*, a cura di R. ZIMMERMANN, D. VISSER, K. REID, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 8 ss.

<sup>4</sup> *The Institutions of the Law of Scotland: deduced from its originals, and collated with the civil, canon and feudal laws, and with the customs of Neighbouring Nations*, di JAMES, VISCOUNT OF STAIR, Andrew Anderson, Edimburgh, 1693.

dal diritto romano<sup>5</sup>. I molti giuristi scozzesi così si cimentarono in un'attività didattica e scientifica incentrata sulla scrittura di trattazioni sulla scorta di quelle di Lord Stair, i c.d. *Institutional Writings*. In questa prospettiva la tradizione civilistica si radicò in Scozia per tutta l'età moderna. Si ebbe così come principale esito che «Scottish legal terminology became strongly civilian and, as a legal literature developed from the late sixteenth century, the law stated in coherent treatises more or less closely modelled on the Institutes of Justinian and drawing extensively on the civil law. In all of this Scotland was following in a Europeans tradition rather than the more insular tradition of the English common law»<sup>6</sup>. Ovviamente a partire dalla perdita della propria indipendenza, quindi definitivamente dall'inizio del XVIII secolo, si assistette ad un'ampia penetrazione del *common law* anglosassone. Ma giocarono anche altri fattori, come rileva, Peter Stein, fra i massimi esperti dell'influenza della *civilian tradition* nel diritto scozzese: «A deeper cause of decline in Roman influence was probably the new situation created by the industrialisation of the nineteenth century. In many respects Roman law was well suited for application in the social and economic circumstances of eighteenth-century Scotland; but now there was a natural tendency when Scots law was lacking to look to English decisions for guidance. The fact that the House of Lords was supreme court of appeal from both Scotland and England accelerated this trend»<sup>7</sup>.

Se il *common law* da tempo ha sicuramente una posizione di rilievo nell'odierno diritto scozzese<sup>8</sup>, che, fra l'altro, appare saldamen-

---

<sup>5</sup> Su quest'opera si veda A. WATSON, *La formazione del diritto civile*, il Mulino, Bologna, 1986, p. 50 s.

<sup>6</sup> Così W. GORDON, *Scotland as mixed jurisdiction*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, I, Liber, Varsovie, 2000, p. 327.

<sup>7</sup> P. STEIN, *The influence of Roman Law on the Law of Scotland*, in *Juridical Review*, 1963, p. 243; W. GORDON, *Roman Law in Scotland*, in *The Civil Tradition in Scotland*, a cura di R. EVANS-JONES, The Stair Society, Edimburgh, 1995, p. 13 ss.

<sup>8</sup> In argomento con ragionata bibliografia R. ZIMMERMANN, 'Double Cross': *Comparing Scots and South African Law*, cit., p. 10 ss.

te ancorato alla dottrina dello *stare decisis*<sup>9</sup>, tuttavia si osserva come «the reception of Roman law (in its *ius commune* guise) in modern scots law is a continuing process. The uncodified nature of the legal system and its compatibility with other mixed jurisdictions in areas of property and obligations enables Scottish courts and jurists to make ample use of the civilian heritage of Scots law»<sup>10</sup>, quindi sia il diritto romano sia gli *Institutional Writings* da esso ispirati costituiscono sempre una fonte del diritto da cui i giudici talora traggono ancora argomenti fondamentali per le loro decisioni<sup>11</sup>.

Fra i tanti casi, ne scelgo due abbastanza recenti e credo assai significativi. Il primo è stato discusso dalla *Inner House of Court of Session* il 3 marzo 2000<sup>12</sup>. Durante l'apertura di una cerimonia sportiva estiva, gli *European Summer Special Olympic Games* presso il *Celtic Stadium* di Glasgow, l'attore, Colin McDier, venne colpito da un pezzo di legno caduto da un'asta fissata nella tettoia pertinente alla struttura dello stadio, luogo inaccessibile al pubblico (*canopy*). Si trattava di materiale proveniente dall'allestimento temporaneo predisposto poco prima per la celebrazione dell'evento e la sua caduta non poteva attribuirsi a particolari fattori atmosferici, data la stabilità del tempo nella giornata. Il signor McDier, a causa del colpo, cadde a terra e riportò ferite e danni.

Convenuti furono innanzitutto *The Celtic Football and Athletic Company Limited*, in quanto titolare della struttura, poi, in via secondaria, *European Summer Special Olympic Games 1990* in quanto

---

<sup>9</sup> J.M. RAINER, *Europäisches Privatrecht*, cit., p. 253.

<sup>10</sup> Così A. BORKOWSKI, P. DU PLESSIS, *Textbook on Roman Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 382. Ad un inquadramento sistematico della presenza della *civilian tradition* nei diritti reali e obbligatori del diritto scozzese contemporaneo in costante comparazione con l'esperienza sudafricana è dedicato il volume *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective. Property and Obligations*, cit.

<sup>11</sup> Alcune rilevanti decisioni giudiziali fondate sul diritto romano e sugli *Institutional Writings* sono raccolte in A. BORKOWSKI, P. DU PLESSIS, *Textbook*, cit., p. 382 ss.

<sup>12</sup> *Colin Mc Dyer v. Celtic Football and Athletic Company and others*, 3 marzo 2000.

ente organizzatore dei giochi estivi. La posizione del terzo convenuto *The Zurich Insurance Company* non ebbe rilievo nella trattazione del caso<sup>13</sup>. L'azione era fondata sulla responsabilità oggettiva (*strict liability*) «in terms of the *actio de positis vel suspensis* for causing or allowing a piece of timber to be placed or suspended from the said stadium canopy where it could fall upon the pursuer who was in a part of the stadium where the public were likely to pass or congregate». In diritto romano tale azione, di origine pretoria *in factum* a legittimazione attiva popolare, prevedeva una responsabilità dell'*habitor* per gli oggetti che, posati sul tetto o cornicione di un edificio, potevano cadere o rimanere pericolosamente in sospeso<sup>14</sup>.

Premesso che «the Roman provisions are significant only for the light which they cast on Scots law», il giudice scozzese analizza con una certa consapevolezza storico-dogmatica i principali testi, tratti dal 33° libro del commentario *ad edictum* ulpiano, contenuti nel titolo del Digesto 9.3 dedicato a due clausole edittali: la prima *de his qui deiecerint vel effuderint* e la seconda: *ne quis in suggrunda*. Dopo aver verificato la stretta connessione fra le due promesse edittali<sup>15</sup>,

---

<sup>13</sup> «The pursuer's case is made against three defenders, first, The Celtic Football and Athletic Company Limited ("Celtic"), secondly, European Summer Special Olympic Games 1990 (Strathclyde) Limited ("European"), and, thirdly, Zurich Insurance Company. For present purposes the involvement of the third defenders can be set on one side. The pursuer's case is directed in the first place against Celtic as occupiers of Celtic Park and the averments of fault against Celtic are set out in Article 3 of Condescendence. In Article 4 the pursuer sets out his averments of fault against European on an *esto* basis – the hypothesis being that Celtic are correct in alleging that European, rather than Celtic, had control of the premises at the time of the accident».

<sup>14</sup> Per un quadro recente di tale figura giuridica si può rinviare a F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bononia University Press, Bologna, 2010, p. 153 ss.

<sup>15</sup> «In D.9.3.5.7 Ulpian says that this second edict formed part of the first. Whatever Ulpian may have meant exactly, this suggests that the two were associated with one another. In the edict *de his qui deiecerint vel effuderint* the praetor promises an action, commonly known as the *actio de effusis et deiectis*, against the occupier of premises for double damages in respect of loss caused by anything thrown or poured down on to a place where people pass or congregate (D.9.3.1 pr.). For these purposes, if an object fell while it was being hung up, the better view of the law was to treat the object as being thrown down, while if it fell after it had

il giudice si sofferma su Ulp. 23 *ad ed.* D.9.3.5.12, testo che offre un caso che molto si avvicina a quello discusso dalla corte scozzese: «In the first century B.C. Servius Sulpicius Rufus held that an action modelled on the edictal action should be granted where an artist displayed an ornamental shield and a picture on a balcony and they fell and caused loss to a passer-by, or where a jar was suspended in a net and fell and caused loss». Pur non essendo del tutto limpido il preciso rapporto fra le azioni contemplate nelle due differenti promesse edittali e accettando comunque che l'avvocato della parte attrice vi si riferisse in modo promiscuo, la corte giunge, senza alcun dubbio, alla affermazione che «the Roman edicts gave rise to a form of strict liability for damage caused by objects which had been hung up on a building and fell down causing injury to those passing or gathered below».

Da qui la corte trova conforto per ritenere «unnecessary in the present case to explore any more fully the questions which Mr. Stewart and Miss Carmichael raised about the nature of the liability under the old Roman law or about the passages in Bankton and Hume. It is noteworthy that both the Roman law provisions and the Scottish authorities upon which counsel for the claimer sought to rely were really concerned with the liability of occupiers and owners of buildings for injury and damage caused to those outside the premises, whether in the streets or in open spaces or neighbouring properties».

Pure il secondo caso è stato discusso in sede di appello dalla *Inner House (Extra Division)* della *Court of Session*, la cui decisione ha confermato il giudizio di primo grado maturato presso la *Kirkwall Sheriff Court*<sup>16</sup>. La controversia verteva su quali rimedi avesse il (nu-

---

been hung up, again on the better view, the law deemed it to have been thrown down (D.9.3.1.3). In the second of the two edicts, *ne quis in suggrunda*, the praetor forbade anyone to keep anything, which could fall and cause injury, on an eave or projecting roof above a place where people pass or congregate».

<sup>16</sup> *Stronach's Executors v. Robertson*, 2002 *Scottish Council Law Reporting*, 843. Per un'efficace analisi dei contenuti della sentenza alla luce del profilo dell'autonomia dell'usufruttuario rinvio a M. GARDINI, *Ricerche in tema di usufrutto. L'usufrutto del fondo*, Monte Università Parma Editore, Parma, 2012, p. 189 ss.

do) proprietario (*fiar*) a tutela dell'integrità del bene concesso in *liferent*, una forma di diritto reale minore assimilabile all'usufrutto. Robertson era titolare di *liferent* su una casa di proprietà dei genitori che avevano invece disposto la (nuda) proprietà (*fee*) a favore della sorella. Dopo la morte di quest'ultima, i curatori testamentari, assunta la veste di titolari della *fee* (*fiars*), si lamentarono dello stato di degrado in cui versava l'immobile per incuria e omissioni dello stesso *liferent*: le tegole del tetto, le canne fumarie e le grondaie di scolo erano deteriorate, l'intonaco del muro di cinta era stato eroso dalle infiltrazioni, le mura e le fondamenta erano state squassate da arbusti e cespugli; inoltre, il pavimento della stanza da bagno era collassato, mentre quello di una stanza da letto era scomparso. L'ammontare dei danni era stato stimato in 84.500 sterline<sup>17</sup>. I curatori testamentari, in qualità di *fiars*, avevano chiesto alla *Kirkwall Sheriff court*, in primo luogo, la condanna del *liferent* ad eseguire le riparazioni necessarie con il conseguente ripristino dell'immobile; in subordine, la condanna alle spese dei danni. Il giudice di primo grado aveva rigettato la domanda, accogliendo le istanze della difesa, secondo cui l'unico rimedio a disposizione dei *fiars*, in pendenza del rapporto di *liferent*, era la romana *cautio fructuaria*, strumento di garanzia che il *fiar* avrebbe dovuto chiedere all'inizio del rapporto, mentre non era accoglibile la domanda di esecuzione di lavori di riparazione in forma specifica o la richiesta di pagamento dei danni. La decisione del giudice di primo grado si fondava principalmente

---

<sup>17</sup> [2]: «Over the years, the appellants became concerned about the respondent's management of Heath-Hill. They raised the present action in Kirkwall Sheriff Court, averring that the respondent was failing in his duty to carry out reasonable, normal and necessary repairs. In article 3 of condescence, the appellants described deterioration of rainwater pipes, slates, ridge tiles, chimney heads, and skews. They averred inter alia that water penetration resulted in extensive wet rot; that the harling on the exterior walls was eroded leaving bare rubble masonry; those trees and shrubs had distorted walls and foundations; that a bathroom floor had collapsed; and that parts of a bedroom floor were missing. They estimated necessary repairs at about £ 84,500. They craved the court, first, to ordain the defender to carry out certain repairs, and secondly, in the alternative, to find the respondent liable to pay the appellants damages of £ 84,500, representing either the cost of repairs, or the loss of value to the subjects».

sull'autorità di un *Institutional Writer* John Erskine (of Carnock)<sup>18</sup>, che, seguendo il diritto romano, aveva individuato nella *cautio fructuaria* imposta all'usufruttuario, l'unico mezzo di tutela per il *fiar* in pendenza di *liferent*.

Insoddisfatti della decisione, i *fiars* ricorsero in appello presso la *Court of Session*, che però confermò il tenore della sentenza di primo grado con un corredo di articolate e ricche motivazioni che sarebbe troppo lungo e probabilmente inutile riferire qui nella loro interezza. Non vi era dubbio agli occhi della corte che il quadro normativo fosse costituito dalla vigenza della *cautio usufructuaria*, rimedio, inusuale e mai molto popolare, ma recepito dal diritto romano negli *Old Scots Acts* nel caso in cui il *liferent* abbia assunto un contegno capace di provocare danno o deperimento dell'oggetto in godimento, in tale frangente il *fiar* può intimare il *liferent* affinché presti allo *Sheriff* una *caution*, entro il termine di venti giorni pena la perdita della disponibilità del bene<sup>19</sup>.

Un profilo, fra gli altri, merita tuttavia di essere qui illustrato: nel secondo motivo espresso dai ricorrenti in appello si fece leva sull'incongruenza della opinione di Erskine che, ponendo una identità fra usufrutto romano e *liferent* del diritto scozzese, restringe gli strumenti a disposizione del *fiar* solo alla *cautio fructuaria*, come per il nudo proprietario romano. In realtà, secondo gli appellanti un tale orientamento restrittivo non sarebbe stato riscontrabile nel diritto romano, dove si apriva lo spazio anche per altri rimedi; da qui si poneva come conseguenziale la domanda perché il diritto scozzese

---

<sup>18</sup> J. ERSKINE, *An Institutes of Law of Scotland in four books*, II, John Bell, Edinburgh, 1773, pp. 9, 59.

<sup>19</sup> [4]: «In the *Stair Encyclopaedia*, volume 13, paragraph 1661 it is stated: 'The *fiar* ... has open to him under the old Scots Acts [1491 and 1535] the unusual remedy of a particular type of caution, *cautio usufructuaria*. The usefulness of this remedy is doubtful, and it appears never to have been very popular. The situations where it may be applicable are where it appears that there is evidence that the *liferenter* is acting in such a manner as to damage or diminish the *liferented* subjects. The *fiar* can then demand that the *liferenter* lodge caution with the *sheriff* within twenty-one days, failure to comply resulting in the loss of the fruits of the *liferented* subjects'».

avrebbe dovuto osservare una posizione più circoscritta e rigida di quella romana? Al riguardo la parte appellante aveva prodotto un nucleo di argomenti, essenzialmente fondati sul diritto romano, sulla cui bontà, tenuta e coerenza la *Court of Session* si era andata interrogando. Argomenti destinati a dimostrare, almeno agli occhi degli appellanti, la molteplicità dei rimedi previsti nel diritto romano a tutela del nudo proprietario. Così si fa riferimento innanzitutto ad un passaggio in tema di usufrutto tratto dal commento alle Istituzioni di Giustiniano del romanista contemporaneo Joseph Anthony Thomas<sup>20</sup>, in cui si specifica che il nudo proprietario poteva disporre della azione di furto e di danneggiamento *ex lege Aquilia* contro l'usufruttuario che avesse distrutto la cosa oggetto data in usufrutto o avesse violato il principio *salva rerum substantia*<sup>21</sup>, destinandola ad altri scopi. Si citano altresì alcuni frammenti del Digesto giustiniano, riportati nella traduzione inglese di Charles Henry Monro: Ulp. 79 *ad ed.* D.7.9.3-7<sup>22</sup>, dove, fra l'altro, è esposto il contenu-

---

<sup>20</sup> [18]: «Counsel then referred to the commentary by Professor JAC Thomas on Justinian's Institutes II.IV: '(If) the fructuary destroyed the thing or used it for purposes other than that for which it was designed, he would be liable like any third person to, for example, an *actio furti* or *ex lege Aquilia* by the dominus. For his part, the fructuary had a real right which he could assert, if necessary, against anyone, including the dominus by *actio confessoria*. It was probably the praetor who established a direct relationship between dominus and fructuary by requiring the latter, at the commencement of the usufruct, to give an undertaking (*cautio usufructuaria*) secured by sureties that he would behave like a *bonus paterfamilias* in respect of the thing and return it at the end of the usufruct».

<sup>21</sup> Ricordo al riguardo il testo fondamentale: Paul. 3 *ad Vit.* D.7.1.1: *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.

<sup>22</sup> [19]: «Counsel also referred to Justinian's Digest 9.1.1 to 9.1.7 (CH Monro's edition, 1909, volume II, pp 58-59). Justinian notes that a usufructuary normally gave two undertakings: one to the effect that he would use the thing in such a way as would satisfy an impartial arbitrator, and the other that when the usufruct should cease to belong to him he would restore what was left of it. The Digest explains: '3. The party must promise that the usufruct shall be enjoyed in such wise as to satisfy a reasonable arbitrator, that is to say, that he will not bring down the prospective value of the usufruct, and that he will act in all respects as he would if the thing were his own property ... 5. It was thought best that an undertaking should be given to the effect above mentioned by means of a stipulation, in order that, if the party should not use the thing in question agreeably to the judgement that would be given by a reasonable arbitrator,

to della *cautio fructuaria* imperniato sui doveri imposti all'usufruttuario circa l'adozione di tutte quelle cautele verso il bene ricevuto in usufrutto come se fosse un bene di sua proprietà. Ulp. 18 *ad ed.* D.7.1.13pr.-2<sup>23</sup>, in cui Ulpiano attinge all'opinione di Giuliano che, per i danni arrecati dall'usufruttuario, contempla la concessione dell'azione aquiliana, dell'*interdictum quod aut clam* e, nei casi di omissione dell'usufruttuario non tutelati dalla disciplina aquiliana, anche un'ulteriore azione pretoria, sulla cui esistenza, in realtà, tanto si è discusso nella romanistica contemporanea<sup>24</sup>.

---

*it might be possible to sue on the stipulation at once; and thus people do not have to wait till the usufruct expires, 6. The stipulation refers to two occasions in which it may come into operation; there is first the case of the party using in some way which would not be approved of by a reasonable arbitrator, secondly the case in which the usufruct is to be surrendered; the former clause will take effect as soon as ever the usuary commits an irregularity in respect of the use such as is described, and it may take effect again and again; the second takes effect on the termination of the usufruct».*

<sup>23</sup> [21]: «Counsel for the appellants then referred to another passage in Justinian's Digest 7.1.13 (p 9 of Monro's edition): '13. If there is a legacy of the usufruct in anything, the bare owner can claim security in respect of the thing, this to be ordered on motion made to the judge (officio iudicis); for, just as the usufructuary has a right to use and produce, so the bare owner has a right to be assured in respect of his ownership ... 1. Accordingly, when an action is brought in the matter of a usufruct, the judgement does not turn simply on what has been done already, but involves also directions as to the exercise of the right of usufruct for the future, 2. For cases of damage already done the usufructuary is answerable under the *lex Aquilia* as well, and he is liable to an interdict *quod vi et clam*, so Julianus says; there being no doubt at all that a usufructuary is amenable to the proceedings mentioned and also to actions for theft, just like any other person who should have been guilty of any such offences in respect of another man's property. Moreover, to the question what is the use of the praetor holding out a special action [presumably the *cautio usu fructuaria*: see Professor Thomas' commentary on Justinian's Institutes II.IV, quoted above] when there was already a good right of action under the *lex Aquilia*, [Julianus] replied that whereas there were cases in which the action under the *lex Aquilia* was not available, for that reason a judge was assigned, so that the party might go by his decision; a man, for instance, who does not plough up the arable land, who does not plant fresh vines, or who allows watercourses to fall out of repair is not liable under the *lex Aquilia*'».

<sup>24</sup> In argomento diffusamente: G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1958<sup>2</sup>, p. 271 ss.; G. WESENER, s.v. *Usus fructus*, in *PWRE*, IX A1, Stuttgart, 1961, col. 1153 s.; M. BRETONI, *La nozione romana di usufrutto*, I, dalle origini a Diocleziano, Jovene, Napoli, 1962, p. 112; G. NEGRI, *Diritto minerario romano*, I, *Studi esegetici sul regime delle cave private nel pen-*

Di fronte all'enunciazione da parte dei ricorrenti di altri possibili rimedi offerti dal diritto romano, oltre alla *cautio fructuaria*, i giudici di appello non appaiono convinti. Infatti, pur «accepting that the Scots law of liferent and fee borrowed considerably from the Roman law of usufruct, and that the broad principles outlined by Justinian have influenced Scots law to a great extent», si osserva che non ogni rimedio potenzialmente previsto nel diritto romano è stato poi recepito nel diritto scozzese e che il diritto romano aveva sue specificità procedurali<sup>25</sup> e, soprattutto, si afferma di non essere persuasi «by the reference to Justinian's Digest 7.1.13 that a fiar in a Scottish liferent has the remedy of specific implement or damages against a liferenter in the course of the liferent in respect of his alleged breach of duty under the liferent». Ulteriori riserve nella lettura condotta<sup>26</sup> inducono la corte a ribadire di avere «difficulty ac-

---

*siero dei giuristi classici*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 224 ss. Più in particolare si veda F. BETANCOURT, *Sobre una pretendida «actio» arbitraria contra el usufructuario*, in *AHDE*, 1973, p. 353 ss.

<sup>25</sup> [22]: «we are unable to accept counsel's invitation to find, in the passage above quoted, a reason or basis for assuming that Scots law followed Roman law to the extent that a fiar is entitled to seek specific implement or damages against the liferenter during the course of a liferent. Not every remedy which was available to a dominus in Roman law has become available to a fiar in Scots law. Roman law had its own procedural specialties: for example, *liability under the lex Aquilia arose only upon a positive act of commission, not upon a mere omission*: see for example Walker, *Delict* (2nd edn), pp. 18-19. Thus Justinian suggests that *the lex Aquilia could not provide a remedy against a man who failed to 'plough up ... arable land, ... plant fresh vines, or who allows watercourses to fall out of repair'*».

<sup>26</sup> [20]: «While these passages seem *prima facie* to provide some support for the proposition that a fiar can, during the currency of the liferent, competently seek either a decree *ad factum praestandum* or damages from a liferenter said to be failing in his duty *salva rei substantia*, we have two reservations: first, as counsel for the respondent submitted (in our view, correctly), simply because a remedy may have existed in the Roman law of usufruct does not necessarily mean that the same remedy or its equivalent has been incorporated into Scots law. Secondly, it is not clear to us that Justinian was referring to a liferenter who had done no more than to enter upon the estate and enjoy the use thereof. The wording of the passages quoted seems to suggest that there may have been a practice in Roman times whereby the usufructuary was requested, at the beginning of the liferent, to give a personal and express undertaking or promise or stipulation (whether orally or in writing), which undertaking or promise or stipulation could then form the basis of

cepting the passages in Justinian's Digest and the commentary by Professor Thomas on Justinian's Institutes as authority for the competency of an action for specific implement failing which damages in the circumstances of the present case». Si viene così a concludere inevitabilmente che «despite the diligent researches of counsel, we are not satisfied that there is any support for the appellants' contention, either in authority or in principle. It may be that the limitations of the *lex Aquilia* (which necessitated the development in Roman law of the *cautio usufructuaria*) resulted in Scots law adopting the *cautio* as the only appropriate remedy available to the fiar during the currency of the liferent»<sup>27</sup>.

### 3. *Il Roman-Dutch Law nell'esperienza sudafricana*

Anche qui, come è stato fatto nell'illustrazione dei caratteri del diritto privato scozzese, non credo sia del tutto superfluo spendere almeno due parole sulle ragioni della persistenza della tradizione romanistica in una realtà, quella sudafricana appunto, che, almeno di primo acchito, non verrebbe da porre in immediata connessione con essa.

Com'è noto, nel 1652 la Compagnia Olandese delle Indie Orientali istituì una stazione di ristoro e di rifornimento nel Capo di Buona Speranza, punto strategico per le rotte marittime che collegavano i porti commerciali olandesi con le Indie. Il governo locale di questo insediamento, che andò sviluppandosi gradatamente nel corso del XVII e XVIII secolo, altro non poteva fare che applicare al suo interno il diritto patrio olandese, cioè il diritto romano comune, soprattutto nella lettura della giurisprudenza elegante del tem-

---

a competent action against the liferenter during the currency of the liferent ('and thus people do not have to wait till the usufruct expires')».

<sup>27</sup> Una nozione così ristretta dei rimedi a tutela del nudo proprietario, sempre alla luce delle fonti romane è criticata da M. GARDINI, *Ricerche*, cit., p. 190.

po, il c.d. *Roman-Dutch Law*<sup>28</sup>. Sul finire del XVIII secolo, a causa dell'invasione francese dell'Olanda, il territorio di Città del Capo fu occupato militarmente dagli inglesi allo scopo di proteggere la navigabilità delle proprie rotte commerciali verso le Indie per poi definitivamente assumere lo status di colonia britannica nel 1814 al termine delle guerre napoleoniche<sup>29</sup>. Tali vicende politiche ebbero rilevanti e dirette conseguenze su quelle giuridiche: la codificazione francese entrata in vigore nei territori olandesi nel 1811 non toccò Città del Capo che rimase fedele alla tradizione del diritto romano comune. Si venne così a creare una situazione alquanto ibrida poiché la base sostanziale del diritto era romana o romanistica, mentre l'amministrazione della giustizia e la procedura erano organizzate secondo il *common law* britannico<sup>30</sup>. Nella colonia sudafricana

---

<sup>28</sup> «The phrase 'Roman-Dutch law' was invented by Simon van Leeuwen, who employed it as the sub-title of his work entitled *Paratitla Juris Novissimi*, published at Leyden in 1652. Subsequently his larger and better known treatise on the 'Roman-Dutch law' was issued under that name in the year 1664», così R.W. LEE, *An introduction to Roman-Dutch law*, Clarendon Press, Oxford, 1953<sup>5</sup>, p. 2 ss., che conserva una descrizione particolareggiata del fenomeno, a cui si può aggiungere la classica trattazione di W. WESSELS, *History of the Roman-Dutch law*, African Book Company, Grahamstown, 1908, e, più di recente, E. FAGAN, *Roman-Dutch Law in its South African historical-context*, in *Southern Cross. Civil law ad Common law in South Africa*, a cura di R. ZIMMERMANN, D. VISSER, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 37 ss., mentre circa il profilo delle citazioni canonistiche nel diritto sudafricano cfr. G. DOLEZALEK, *Kanonistische Zitate im römisch-holländischen Recht*, in *Proceedings of the Ninth International Congress of Medieval Canon Law*, a cura di P. LANDAU, J. MUELLER, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano, 1997, p. 807 ss. Specificatamente poi sulla scuola elegante olandese si vedano E. SCHRAGE, *La scuola elegante olandese*, in *Studi Senesi*, 1992, p. 534 ss.; *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, hrsg von R. FEENSTRA, R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, Berlin, 1992; D.J. OSLER, *Jurisprudentia Elegantior and the Dutch Elegant School*, in *Ius Commune*, 1996, p. 339 ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die holländische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500–1800*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2002.

<sup>29</sup> Per una prima informazione sulla storia politica dello stato sudafricano si veda H. JAFFE, *Sudafrica. Storia politica*, Jaca Book, Milano, 2010<sup>3</sup>, p. 29 ss.

<sup>30</sup> Sulla formazione storica del diritto sudafricano si vedano, senza pretesa di completezza: R.W. LEE, *An introduction to Roman-Dutch law*, cit., p. 2 ss.; R. ZIMMERMANN, *Das römische-holländische Recht in Südafrika*, Wissenschaftliche Bu-

la funzione di giudice poteva essere assunta unicamente da avvocati della madrepatria o delle colonie britanniche, mentre per esercitare le professioni legali bisognava aver studiato o praticato fra Inghilterra, Scozia e Irlanda. La lingua inglese divenne ufficiale presso le corti superiori e il valore del precedente giudiziario assunse ben presto un ruolo guida<sup>31</sup>. In sintesi, come scrive Reinhard Zimmermann: «a complex process was set in motion that ultimately transformed Roman-Dutch law in South Africa into a mixed legal system with its own identity; neither purely Roman-Dutch nor purely English but an anglicised, specifically South African *usus modernus* of Roman-Dutch law»<sup>32</sup>. Si ebbe, e si ha ancora quindi, un sistema complesso e misto anche in ragione della presenza del diritto consuetudinario che deriva dalla componente indigena africana, che presenta al suo interno variazioni dipendenti dalle diverse origini tribali, e dalla promulgazione nel 1997 della nuova costituzione<sup>33</sup>. Tenzionalmente il *common law* è del tutto preminente nel

---

chgesellschaft, Darmstadt, 1983; A.J. BULLIER, *De la pertinence du terme «romano-néerlandais» en droit sud-africain*, in *RHDFE*, 1992, 1, p. 59 ss.; E. FAGAN, *Roman-Dutch Law*, cit., p. 33 ss.; Ph. THOMAS, *The application of Roman law in modern South African law*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, p. 1 ss.; R. VAN DEN BERGH, *The classical tradition: alive and well in the South African contract of sale*, in *Liber Amicorum Guido Tsuno*, Vico Verlag, Frankfurt a. Main, 2013, p. 40 s.; Ph. THOMAS, *The Development of the Cape common law during the early nineteenth century: William Porter, James Kent and Joseph Story*, in *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of L. Winkel*, in *Fundamina*, 2014, II, p. 907 ss.

<sup>31</sup> In argomento cfr. R. DANNENBRING, *Über die Rezeption des englischen Rechts in das südafrikanische römisch-höllandische Recht*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Giuffrè, Milano, 1982, p. 141 ss. In particolare, sullo «strict South African principle of *stare decisis*» cfr. G. DOLEZALEK, «*Stare Decisis*»: *Persuasive Force of Precedent and Old Authority (12 th-20 th. Century)*, University of Cape Town Publications, Cape Town, 1989, p. 2 ss.

<sup>32</sup> R. ZIMMERMANN, *Foreword*, in *Introduction to the law of South Africa*, a cura di C.G. VAN DER MERWE, J.E. DU PLESSIS, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. XI.

<sup>33</sup> Sulla supremazia della costituzione sudafricana rispetto alle altre fonti del diritto si veda sul punto brevemente Ph. THOMAS, *The intention of the testator: from the causa Curiana to modern South African law*, in *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, a cura di J. HALLEBEEK ET ALII, V & R Unipress, Goettingen, 2014, p. 731 s.

diritto pubblico, in quello penale, in certi settori del diritto commerciale e nelle procedure, mentre il *Roman-Dutch law* conserva un ampio predominio in ampi settori del diritto privato sostanziale, in particolare obbligazioni, contratti, responsabilità civile, diritti reali e successioni<sup>34</sup>.

Nell'esperienza giuridica sudafricana, con ben maggior assiduità e rilevanza rispetto al diritto scozzese, il diritto romano puro e gli autori di *Roman-Dutch law* vengono a costituire quindi una fonte del diritto primaria da cui costantemente prendono le mosse le corti giudicanti<sup>35</sup>. Anche qui mi limito a soli due esempi.

Il primo riguarda un caso di grave danno recato da animale. Utilizzerò soprattutto materiali pertinenti alla decisione di primo grado data dalla *High Court* di Port Elisabeth nel novembre del 2018 che poi sarà confermata in appello nel 2020<sup>36</sup>. Gerhard Cloete, *independent worker*, che stava passeggiando in *Rowan street*, pubblica via di Port Elisabeth, venne improvvisamente e ferocemente aggredito da tre cani («*“mixed breed” large dogs which showed pitbull dog features*»), usciti improvvisamente dall'abitazione di Christiaan Jacobus Van Meyereren, proprietario degli stessi. Nella descrizione della corte: «the attack was brutal despite his initial attempts to ward this off and he was very seriously bitten, in fact ultimately having his left arm amputated at the shoulder in a subsequent surgical intervention» e avrebbe avuto conseguenze mortali se non fosse intervenuto coraggiosamente in soccorso un vicino. La pretesa della vittima

---

<sup>34</sup> Per un quadro delle principali figure giuridiche si vedano: R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, cit.; *Southern Cross. Civil law ad Common law in South Africa*, cit., p. 165 ss.; *Introduction to the law of South Africa*, cit., p. 135 ss.

<sup>35</sup> «In South Africa the civilian tradition is dominant and is generally regarded as the essential axis of South African law. South African courts still frequently use both Roman-Dutch and Roman law as primary sources of law and academics rely on Roman law and not only a part of Roman-Dutch law». Così D. KLEYN, G. VAN NIECKERK, *Ulpian's praecepta iuris and their role in South African law. Part 2: modern-day South African practice*, in *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*, I, in *Fundamina*, 2014, p. 446.

<sup>36</sup> Supreme Court of Appeal, *Van Meyereren v. Cloete* (636/2019) [2020].

ma dell'aggressione, Gerhard Cloete, «is premised upon the *actio de pauperie* (strict liability), alternatively the *actio legis aquiliae* on the basis of negligence».

Com'è noto, l'*actio de pauperie* era un antico rimedio civilistico già contemplato nella Legge delle XII Tavole, mediante essa si tutelavano i danni (*pauperies*) recati da animali, in particolare dalle *pecudes*, quadrupedi da gregge o armento; danni originati da comportamenti spontanei o contro la loro naturale indole (*contra naturam*). Si trattava di una *actio noxalis*, per cui al proprietario dell'animale era concessa la scelta di risarcire il danno alla vittima o, in alternativa, di trasferire l'animale alla vittima, dare a nozza<sup>37</sup>.

Il convenuto, dal canto suo, aveva eccipito e cercato di provare che i cani in sua proprietà non avevano mai manifestato simili comportamenti aggressivi, considerati in famiglia «as house dogs, sleeping indoors» e che essi erano collocati in un «garden/yard which was walled, fenced and separated from access to Rowan Street by a double leaf metal bar gate which could be closed and locked, in the centre of the gate, by means of a padlock ... the gates were kept closed at all times save if opened or lifted off their hinges for access reasons which was not a regular occurrence». Inoltre, Van Meyeren aveva potuto dimostrare, anche tramite prove testimoniali, che nel momento dell'aggressione tutti i componenti della sua famiglia erano assenti, in quanto si erano allontanati per tutto il tempo del week-end. Date tutte queste premesse, la difesa aveva cercato di dimostrare che la causa della fuga dei cani e, quindi della loro aggressione, era stata determinata dalla presenza nell'abitazione di un intruso che aveva manomesso le porte di ingresso e dei recinti, consentendo la fuga canina.

In realtà la vicenda presenta ulteriori aspetti e circostanze, più o meno significative, anche sotto i profili probatori, su cui i giudici

---

<sup>37</sup> Per un quadro completo della figura giuridica nel suo sviluppo storico e nella sua configurazione dogmatica per diritto romano cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Jovene, Napoli, 1995; di recente cfr. anche M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Jovene, Napoli, 2021, p. 94 ss.

si soffermano in modo ampio e approfondito, ma che in questa sede non è possibile illustrare per ovvie ragioni di spazio; interessa, invece, principalmente l'analisi dell'argomento su cui si fonda la decisione della corte che ha ritenuto «inevitable that the central basis for liability hinges on the *actio de pauperie*»<sup>38</sup>, mentre «negligence not being even remotely established, and accordingly the alternative plea in the *actio legis aquiliae* must fail».

Dopo l'accurata descrizione dei fatti, poiché «the principle in this regard has a history which goes back to a time well prior to Roman Law», la sentenza prosegue con un'ampia trattazione dedicata alla «pauperian liability» che si apre con la riproposizione di alcuni passaggi tratti da un contributo di J.C. Zietsman del *Department Ancient studies* della Stellenbosch University, dedicato al tema dei *vicious dogs* nel diritto romano e negli altri diritti dell'antichità<sup>39</sup>:

«Although it is written in archaic and concise Latin, the Law of the Twelve Tables (Warmington 1967:424-511) shows signs of early legal development such as assigning tutela or trustees for minor children, the insane (Tabula 5.7) and women (Tabula 5.1). There are however several more primitive elements, strongly resembling Hammurabi's lex talionis legal philosophy and also the case law formulation typical of Ancient Near Eastern enactments as expressed in Tabula 8.2:

If a person has maimed another's limb, let there be retaliation in kind [Latin = *talio*] unless he makes an agreement for compensation with him.

---

<sup>38</sup> Sull'applicazione dell'*actio de pauperie* nel diritto sudafricano, sempre intesa come forma di *strict liability*, si vedano sinteticamente R.W. LEE, *An introduction*, cit., p. 337 s.; M. LOUBSER, *Law of delict*, in *Introduction to the law of South Africa*, cit., p. 330. Più ampiamente R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1992, p. 1108 ss.; E.REID, M. LOUBSER, *Strict Liability*, in *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective*, cit., p. 620 ss. (in comparazione con il diritto scozzese).

<sup>39</sup> *Vicious Dogs: A Case Study from 2000 BC to AD 2000*, in *Akroterion. Journal of the classics in South Africa*, 2000, p. 82 ss.

The text that is important for our purposes is Tabula 8.6 as it was preserved in a text by the lawyer Ulpian (3rd century AD) recorded in Justinian's Digest 9.1.1.pr.

In cases where a four-footed animal is alleged to have committed pauperies [i.e. loss or damage], a right of action is derived from the Twelve Tables, which statute provides that that which has caused the offense (that is, the animal which causes harm) should be handed over or that pecuniary damages should be offered for the amount of the harm done. It should be noted that "four-footed animal" refers to domesticated animals only and that wild animals causing damage are considered as a separate category not only in Roman law (D 9.1.1.10, "The action does not lie in the case of beasts which are wild by nature") but also in the Ancient Near Eastern laws (for example LH 244, "If a man rents an ox or a donkey and a lion kills it in the open country, it is the owner's loss"). Although the term "four-footed animals" was originally (with reference to the *Lex Aquilia* on wrongful damage to property) interpreted as domesticated grazing animals (Justinian Inst. 4.3.pr.-1) such as cattle, horses, donkeys, mules, pigs and goats typically used in an agricultural community (similar to the "goring oxen" examples in the Ancient Near Eastern laws), the term was extended to include specifically dogs (D 9.1.1.5) and eventually any animal "of some other kind" (D 9.1.4).

Pauperies is damage done without any legal wrong on the part of the doer since an animal (being devoid of reasoning) is incapable of committing a legal wrong (D 9.1.3). In this instance the owner is held responsible for damage caused by his animal merely because he is the owner: but he could avoid pauperien liability by handing the animal over to the victim in noxal surrender (*noxae deditio*) if he chose not to "offer pecuniary damages".

If we accept Plutarch's information about Solon's laws as correct – and much of his evidence on other laws is confirmed by other sources (Gagarin 1986:65 n. 58) – it could be that the basic idea of avoiding pecuniary liability by handing over the offending animal and thereby holding the animal responsible for its voluntary action (as expressed by Aristotle) was indeed also part of Greek law. But Roman law goes even further and stipulates: "Since the rule that liability for damage attaches to the physical corpus which caused the damage even in the case of animals, this action lies not against the owner of the beast at the time

the damage was caused, but against whoever owns it when action is brought” (D 9.1.12). This principle is known as *noxia caput sequitur*, “the damage follows the animal”».

La corte prosegue recuperando e riportando estesamente un precedente del 1993, *Lever v. Purdy*, che illustra la recezione e la permanenza del principio romano nel diritto sudafricano, con due rilevanti modifiche rispetto al puro diritto romano; la prima relativa alla nossalità dell’azione che consentiva al proprietario dell’animale di liberarsi dall’obbligo del risarcimento mediante la *noxae deditio* e la seconda, che fondata sul carattere dell’obbligazione *propter rem*, individuava come legittimato passivo all’azione sempre e comunque il proprietario dell’animale al momento della *litis contestatio* in sede processuale, non necessariamente essendo questo ultimo il proprietario dell’animale al momento in cui era stata recata l’offesa (*noxia caput sequitur*):

«Justinian’s Roman law relating to pauperien liability of the owner of a domesticated animal, which by acting contrary to the nature of its class (*contra naturam sui generis*) and from inward vice (*fera mota*) caused damage, as subsequently developed in the Middle Ages until the second half of the 15th century, was received in the Netherlands. See De Blècourt-Fischer, *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 7th ed 19. As part of Roman-Dutch law the law of pauperien liability regarding the damage done by domesticated animals was introduced into South Africa. According to the law of South Africa two important modifications were effected. The first related to the principle of noxal surrender (*noxae deditio*) which enabled an owner to avoid liability by surrendering the animal to the injured party while the second concerned that of *noxia caput sequitur*, according to which the owner at the time of *litis contestatio* was liable, not necessarily the owner at the time of the injury. These two principles were held by this Court to be obsolete».

Il caso *Lever v. Purdy* offre alla corte il quadro giuridico del problema della rilevanza della condotta colposa di un terzo, causalmente connessa alla realizzazione dell’offesa recata dall’animale. Si ricor-

da infatti che: «Justinian's law of pauperien liability is treated rather cursorily in Inst 4.9 pr. but in somewhat greater detail in D 9.1. The latter source deals *inter alia* with those instances in which the culpable conduct of a third party causes a domesticated animal to act contrary to the nature of its class in injuring the injured victim. In such instances the owner of the animal was exonerated from pauperien liability to the victim. The latter could, however, claim damages from the third party under the *lex Aquilia*». Il giudice di *Lever v. Purdy* offre in questa prospettiva una classificazione in due categorie delle fonti romane. La prima «in which a third party, as a mere outsider through his culpable conduct caused the animal to inflict the injury upon the victim», portando ad esempio Ulp. 18 *ad ed.*, D 9.1.1.6-7 tratti da D.9.1, dedicato all'*actio de pauperie* e Ulp. 18 *ad ed.*, D 9.2.9.3 e Ulp. 18 *ad ed.*, D 9.2.11.5, tratti dal titolo successivo nell'ordine espositivo del Digesto, dedicato *ad legem Aquiliam*, in tutti questi casi «the distinguishing feature of this category is that the culpable conduct of the third party consisted of some positive act such as provoking, striking, wounding, scaring or annoying the animal». Maggiore attenzione è rivolta alla seconda categoria «in which a third party *in charge or control of the animal* by his negligent conduct failed to prevent the animal from injuring the victim». A questo proposito vengono menzionati per esteso nell'originale in lingua latina e accompagnati da traduzione inglese alcuni testi fra cui Ulp. 18 *ad ed.*, D.9.1.1.4, illustrata da una glossa di Azzone e da un riferimento al classico *Text-book of Roman law* di William Buckland, Ulp. 18 *ad ed.*, D 9.1.1.5, Gai.8 *ad ed. prov.*, D.9.2.8.1; Ulp. 18 *ad ed.*, D.9.2.11.5 e I.4.3.8. L'analisi tocca anche diffusamente il *Roman-Dutch law* su cui però conclude il giudice di *Level v. Purdy*: «unfortunately there is a dearth of Roman-Dutch authority on the nature of the culpable conduct of a third party in control of the owner's domesticated animal which injured the victim. The Dutch jurists, without any significant discussion or original contribution of their own, adopted the principles of Roman law as discussed».

Sulla base del precedente ora diffusamente richiamato, la corte riconosce che è all'interno di questa seconda categoria, dove il terzo

assume una forma di controllo sull'animale, che riposa il principale argomento della difesa del convenuto per escluderne la *strict liability*, fondata sull'*actio de pauperie*, ma è pure costretta di osservare che «However but for the plea as to breaking the locks and opening and leaving the gate open there was no plea or evidence establishing the requirement of a third party controller's negligence as required or at all. The causative position of negligent conduct of the third party, in the second category, relies on the third party being in control, or in charge, of the animal – the argument thus failing on the majority judgment at the first hurdle – as per the Roman Law».

La lunga sentenza prosegue con ulteriori discussioni intorno a un nucleo di eccezioni opponibili in tema di *pauperian liability* e con l'esteso recupero di precedenti sul tema e anche di letteratura pertinente su cui però ora appare inutile indugiare, mentre meritano un cenno le conclusioni a cui arriva il giudice sudafricano che, sulle premesse della mancanza di prove circa una «culpable conduct of a third party causing a domesticated animal to act *contra naturam* exonerates the owner from pauperian liability» e non potendo valorizzare eccezioni a riguardo, viene a concludere che «the defence fails and Plaintiff's claim on the merits succeeds, in pauperian liability».

Passo ora al secondo esempio, sempre tratto dal campo del *Law of delict*, dove la figura della *culpa lata* di tradizione romanistica<sup>40</sup> assume la veste formale di *gross negligence*, criterio di responsabilità che nel *Roman-Dutch law* sudafricano sembra conservare una propria autonomia concettuale rispetto al dolo. Questa idea torna in due recenti sentenze. In *Transnet Ltd t/a Portnet v. Mv Stella Tingas and Another* del 2002<sup>41</sup>, la suprema Corte d'Appello ha accertato la responsabilità per *gross negligence* di un dipendente dell'autorità portuale Transnet Limited. Tale autorità portuale impone che le manovre di ingresso nel porto di Durban per ogni natante siano condotte da piloti nautici alle loro dipendenze. L'imbarcazione At-

---

<sup>40</sup> In argomento di recente si vedano i contributi dei seminari *Dalla "culpa lata" ulpiana al concetto di "colpa grave" della legislazione codicistica attuale*, a cura di M. BICCARI, in *Studi Urbinati*, 2020, 3-4, p. 425 ss.

<sup>41</sup> *Transnet Ltd t/a Portnet v. Owners of the MV Stella Tingas*, 2002 (2) SA 47.3

lantica, nelle manovre all'interno del porto guidate da un addetto della Transnet Limited, aveva provocato una collisione con un'altra imbarcazione, la Stella Tingas.

Nel procedimento di primo grado, il proprietario della Stella Tingas aveva esercitato la sua tutela in una duplice direzione: una prima di natura reale, mediante una «*action in rem*», nei confronti della stessa Atlantica e una «*in personam*» contro Transnet alle cui dipendenze era il pilota. Nel giudizio di appello si era esclusa l'applicazione dell'*United Kingdom Pilotage Act* del 1983, affermando che «with regard to any matter, apply the Roman-Dutch law applicable in the Republic». Chiarito il *background* normativo di riferimento, la corte ha voluto porre in luce i rapporti fra il *dolus eventualis* e la *gross negligence* da una parte e le differenze concettuali che separano quest'ultima dalla *ordinary negligence* dall'altra. A questo proposito viene richiamato il puro diritto romano: «the Roman notion of *culpa lata* included both extreme negligence and what today we would call recklessness in the narrow sense or *dolus eventualis*. As to the former, which which we are presently concerned, Ulpian's definition, D.50.16.213.2, is helpful: '*culpa lata* is extreme negligence, that is not to realise what everyone realises' (*culpa lata est nimia neglegentia, id est non intelligere quod omnes intellegunt*)». La citazione del testo ulpiano viene rinforzata dall'illustrazione della *culpa lata* offerta da alcuni manuali della letteratura romanistica anglosassone, gli *Elements of Roman Law* di R.W. Lee («a degree of negligence which indicates a complete obtuseness of mind of conduct») e il *Textbook of Roman Law* di William Buckland («failure to show any reasonable care»). La dottrina del precedente corrobora il principio romanistico, cogliendo sempre l'autonomia della figura giuridica della *gross negligence* rispetto al dolo in quanto «ordinary negligence of an aggravated form which falls short of wilfulness»<sup>42</sup>.

In definitiva, avvertendo la differenza con il *dolus eventualis*, la corte suprema d'appello, per giungere all'accertamento e all'applicazione della *gross negligence* nel caso in esame, scrive che «must

---

<sup>42</sup> *Bickle v. Joint Ministers of Law and Order*, 1980, SA 764, sub 770 C.

involve a departure from the standard of the reasonable men to such an extent that it may properly be categorized as extreme; it must demonstrate, where there is found to be conscious risk-taking, a complete obtuseness of mind or, where there is no conscious risk-taking, a total failure to take care».

*Transnet Ltd t/a Portnet v. Mv Stella Tingas and Another* viene inoltre a costituire il principale precedente su cui poggia la motivazione di una sentenza più recente, dove appare richiamato estesamente, comprese le citazioni romanistiche, Si tratta di un provvedimento (n. 354) da parte di *Complaints and Compliance Committee* nei confronti di Igagasi FM del 4 ottobre 2019 in cui si dispose la condanna nei confronti di un'emittente radiofonica privata. Il caso è il seguente: *Complaints and Compliance Committee*, autorità sudafricana indipendente, con funzioni giurisdizionali in tema di comunicazione e di media, contestò all'emittente privata Igagasi Fm di aver disatteso il *Regulations on Party Election Broadcasts and Political Advertisements*, che predispone modalità e tempistiche degli annunci dei partiti politici. Tale radio, in particolare, aveva omesso di identificare con chiarezza l'inizio e il termine del messaggio di propaganda politica rispetto alle altre parti della programmazione; questo fatto, unito ad altre modalità ambigue aveva ingenerato confusione fra i radioascoltatori.

Il giudice non attribuì tale irregolarità ad un dolo del *managing director* di Igagasi, tuttavia poiché «negligence would also be sufficient for a finding to be made against a licensee», sulla base della distinzione fra *gross negligence (culpa lata)* e *lighter negligence (culpa levis)* ne riconobbe comunque la responsabilità poiché «the management was clearly grossly negligent».

#### 4. Un'osservazione conclusiva

Come è noto, ancora oggi, il richiamo al diritto romano da parte del giudice italiano o di quello europeo non costituisce un feno-

meno del tutto marginale o privo di significato<sup>43</sup>. È facile constatare come esso si risolva abbastanza spesso in un uso esornativo: un'argomentazione, che trova nella norma o in un precedente giurisprudenziale il proprio fondamento, viene rivestita da una 'dotta' citazione che, nulla o poco incidendo sotto il profilo contenutistico, la rinforza retoricamente in chiave ornamentale<sup>44</sup>. Talora il riferimento romanistico può risultare improprio o scorretto, in altri casi invece, oltre ad essere irreprensibile sotto il profilo dell'indagine storico-giuridica, esso fornisce un argomento rilevante ai fini della decisione<sup>45</sup>.

Al riguardo, un dato, a parer mio, non può essere messo in dubbio: quale che siano l'efficacia e la bontà della sua applicazione, il giudice utilizza, più o meno consapevolmente, il diritto e le sue fonti sempre e solo come strumento interpretativo della norma o dei principi che sorreggono l'ordinamento<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Circa l'ordinamento italiano per una prima panoramica sul punto cfr. S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 2018, p. 625 ss. Ricordo a questo proposito che nella relazione al re per l'approvazione del testo del Codice civile (*Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli*, La libreria dello Stato, Roma, 1943, p. 40), dove, a proposito della menzione dei principi generali dell'ordinamento giuridico in funzione di criterio ermeneutico posto nel secondo comma dell'art. 12 delle disposizioni preliminari, si spiega che «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 giuridica scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.) con esso concordante». Tale passaggio della relazione al re è ricordato, per esempio, da G. MICALI, *Il diritto romano nella Giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione*, in *Giur. it.*, 1993, p. 490.

<sup>44</sup> Uso ornamentale che talora è anche solo «mero sfoggio di erudizione», così A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione del diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 289 ss.

<sup>45</sup> Per alcuni esempi, più o meno recenti, mi permetto di rinviare a G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, il Mulino, Bologna, 2018<sup>2</sup>, p. 61 ss. Si vedano anche S. DI MARIA, *Note minime*, cit., p. 623 ss.; I. PONTORIERO, *Sull'impiego del criterio dell'interpretazione storica*, in *SDHI*, 2018, p. 437 ss.

<sup>46</sup> Fenomeno quest'ultimo tipico presso il giudice delle corti dell'Unione Europea dove «traditional maxims are a sign of the vitality of the old *ius commune*, their efficiency goes beyond reflecting the continuity of European legal structures or giving a brief formulation of common principles of national systems ... this in-

Diversamente sembra accadere nei sistemi non codificati rientranti nel novero dei *Mixed Legal Systems*, dove, come abbiamo potuto rapsodicamente saggiare, invece, il diritto romano e la sua tradizione di commento posteriore non sembrano assolvere una funzione ermeneutica, quanto piuttosto normativa, costituendo per il giudice una fonte del diritto da applicare direttamente per risolvere la controversia. Questa appare la più rilevante e sostanziale differenza fra il nostro ordinamento e altri dell'Europa continentale rispetto a questi sistemi non codificati ibridi, che invece sono del tutto avvicinati a quello sanmarinese<sup>47</sup>.

---

terpretation gives a bright answer to the question of the legal use of Roman rules in Latin words and in cases of non-explanation of general common principles of national systems», così F.J. ANDRÉS SANTOS, *Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law*, in *European Review of Private Law*, 2004, 3, p. 355 s.; si vedano anche R. KNÜTEL, *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 prof. Filippo Gallo*, III, Jovene, Napoli, 1997, p. 521 ss.; F.J. ANDRÉS SANTOS, *Valor epistemológico de las reglas jurídicas romanas en el derecho comunitario europeo*, in *Liber amicorum Juan Michel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, p. 21 ss.; F. CUENA BOY, *El derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción del nuevo derecho común europeo (y extraeuropeo)*, *ivi*, p. 265 ss.

<sup>47</sup> Sebbene, il profilo processuale allontani decisamente i *Mixed Legal Systems* non codificati dalla esperienza giuridica sammarinese: i primi fondano il processo sul modello del *common law*, la seconda sui principi del processo civile romano-canonico. Lo osserva, fra gli altri, P. STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays*, The Hambledon press, London and Ronceverte, 1988, p. 126.

LORENZO MANISCALCO

*THE RULE OF THE CIVIL LAW WAS FOLLOWED:*  
L'USO DEL DIRITTO ROMANO  
NELLE CORTI INGLESI\*

**Abstract:** Nel corso della sua storia, la *common law* inglese ha mantenuto un rapporto fertile ma ambiguo con il diritto romano. Dai trattati medievali ai riferimenti ispirati alla teoria del diritto naturale di Sir John Holt (1642-1710) e Lord Mansfield (1705-1793), la sua influenza si è presentata in vesti diverse. Se la complessa storia di questo rapporto è stata oggetto di numerosi studi, molta meno attenzione è stata invece dedicata al ricorso al diritto romano e comune nella giurisprudenza contemporanea delle corti inglesi. Questo studio affronta la questione prendendo in esame tre esempi: le decisioni della *House of Lords* in *Foskett v McKeown* [2000] UKHL 29, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, e la recentissima decisione della corte d'appello in *Borwick Development Solutions v Clear Water Fisheries* [2020] EWCA Civ 578. Come risulterà evidente, il ruolo delle fonti romane nei tribunali di *common law* risulta problematico sotto due aspetti principali. Nei casi in cui è utilizzato come mero strumento di comparazione, alla stregua di altre giurisdizioni straniere, non è chiaro se e su quali basi i giudici debbano attribuirgli lo stesso peso persuasivo che viene attribuito alle altre fonti contemporanee. Quando la tradizione del diritto romano è invece chiamata in causa dai giudici in virtù del suo legame storico con un particolare istituto o sotto l'influenza di precedenti riferimenti ad essa nella giurisprudenza, l'incertezza è doppia, risultando oscurato sia il metodo da applicare nell'indagine delle fonti, sia il loro ruolo effettivo per la corretta applicazione ed interpretazione della legge.

**Parole chiave:** diritto romano, diritto inglese, diritto comparato, fonti del diritto, precedenti.

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

L'autore ringrazia la prof.ssa Alessia Legnani Annichini e il prof. Gianni Santucci per i loro suggerimenti relativi alla formulazione di questo contributo. Un ringraziamento particolare è dovuto anche alla prof.ssa Nicoletta Sarti per i preziosi suggerimenti forniti durante il lavoro. Tutte le traduzioni sono dell'autore, salvo diversa indicazione. I riferimenti alle fonti di *common law* inglese seguono le linee guida della *Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA)*. Si veda *OSCOLA*, a cura di D. NOLAN, S. MEREDITH, Hart Publishing, Oxford, 2012, [https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf).

*The rule of the civil law was followed: the use of Roman law in the English courts.* Throughout its history, the English common law has maintained a fertile but somewhat ambiguous relationship with Roman law. From medieval treatises to the references inspired by natural law theory of Sir John Holt (1642-1710) and Lord Mansfield (1705-1793), its influence has been felt in different ways. While the history of this relationship has been the object of a great number of studies, limited attention has been devoted to the recourse to Roman law that courts continue to make in modern arguments and judgments. This paper will approach the question by looking at three recent examples, the well known cases of *Foskett v McKeown* [2000] UKHL 29, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, and the very recent decision of the Court of Appeal in *Borwick Development Solutions v Clear Water Fisheries* [2020] EWCA Civ 578. As shall become apparent, the role of Roman legal sources in common law courts has been problematic in two main respects. Where it is used as a mere means of comparison, alongside other foreign jurisdictions, it is unclear whether and on what basis judges should give it the same persuasive weight that is afforded to contemporary sources. In circumstances where the civil law tradition is called upon by judges on account of its historical link to a particular doctrine or to previous references to it in the case law, the uncertainty is doubled, obscuring both the method to be applied in approaching civil law sources and their actual usefulness in applying the law and developing the relevant doctrine.

**Key words:** Roman law, English Law, Comparative Law, Sources of Law, Precedent.

## 1. *Introduzione e nota storica*

Questo breve studio si propone di analizzare l'uso che viene fatto delle fonti di diritto romano e comune nelle sentenze dei giudici delle corti di Inghilterra e Galles, e della corte suprema del Regno Unito in merito alla medesima giurisdizione, soffermandosi sugli esempi recenti più significativi. In una materia tanto complessa ed estesa quale la relazione tra la *common law* e diritto romano, è importante chiarire che non verranno trattati gli aspetti teorici e dottrinali di questo tema, ma solo quelli relativi alla pratica giudiziaria<sup>1</sup>. È impor-

---

<sup>1</sup> Non verranno trattati dunque gli aspetti contemporanei dell'impatto del diritto romano sulla struttura tassonomica e teorica della *common law*, né quelli relativi alla struttura del suo insegnamento. Questi sono stati studiati soprattutto dal

tante anche ricordare, al fine della comprensione della giurisprudenza in esame, che l'attuale sistema giudiziario inglese è frutto di una riforma procedurale che, poco dopo la metà del XIX secolo, ha riunito in un unico sistema di tribunali l'articolata collezione di giurisdizioni che coesistevano in precedenza nel regno<sup>2</sup>. Questo aspetto è rilevante perché alcune tra le varie giurisdizioni precedenti – come quelle della *Court of Admiralty* e corti ecclesiastiche – avevano mantenuto un legame stretto con il diritto civile, e l'influenza del diritto romano e canonico in quelle sedi è stata oggetto di studi separati<sup>3</sup>. Il

---

punto di vista dell'influenza delle Istituzioni di Giustiniano su molte generazioni di giuristi inglesi si veda ad esempio D.J. IBBETSON, *Common Law and Ius Commune*, Selden Society, London, 2001 e A. WATSON, *Justinian's Institutes and Some English Counterparts*, in *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, a cura di P.G. STEIN, A.D.E. LEWIS, Sweet & Maxwell, London, 1983. Per esempi contemporanei di questa influenza si vedano i vari contributi in *The Classification of Obligations*, a cura di P. BIRKS, Oxford, Oxford University Press, 1997.

<sup>2</sup> Prima di queste riforme le corti inglesi erano divise nelle corti di *equity* di *Chancery*, *Exchequer*, e *Probate*, quelle di diritto civile dei tribunali ecclesiastici e dell'*Admiralty*, e quelle di *common law* della *Queen/King's Bench* e *Common Pleas*. Le riforme, culminate con i *Supreme Court of Judicature Acts* 1873 e 1875 sono state particolarmente studiate dal punto di vista della fusione delle corti di *common law* con quelle di *equity*, la fusione di più grande impatto pratico nel diritto inglese. Meno studiate rimangono le conseguenze per la riunione delle altre giurisdizioni. Si veda per una panoramica sul punto, P. POLDEN, *The Judicature Acts*, in *The Oxford History of the Laws of England, Volume XI: 1820-1914*, a cura di W. CORNISH, J.S. ANDERSON, R. COCKS, M. LOBBAN, P. POLDEN, K. SMITH, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 758-784 e la bibliografia ivi citata. Per uno studio più preciso della fusione procedurale delle corti si veda M. LOBBAN, *What did the makers of the Judicature Acts Understand by 'Fusion'?*, in *Equity and Law: Fusion and Fission*, a cura di J.C.P. GOLDBERG, H.E. SMITH, P.G. TURNER, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 70-95.

<sup>3</sup> Si vedano per la *Admiralty* G.F. STECKLEY, *Ownership in the Seventeenth-century Admiralty Court*, in *The Journal of Legal History*, 2020, pp. 257-289; A. WIJFFELS, *Ius Gentium in the practice of the Court of Admiralty around 1600 in The Roman Law Tradition*, a cura di D.J. IBBETSON, A.D.E. LEWIS, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 119-134; *Hale and Fleetwood on Admiralty Jurisdiction*, a cura di M.J. PRITCHARD, D.E.C. YALE, Selden Society, London, 1992 e per le corti ecclesiastiche R.H. HELMHOLZ, *The Oxford History of the Laws of England, Volume I: The Canon law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford University Press, Oxford, 2003; ID, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

diritto inglese è oggi un insieme di regole e istituti giuridici ereditati da giurisdizioni diverse tra loro, tutti amministrati da un unico sistema di tribunali che non riconosce formalmente alcun ruolo per la tradizione del diritto romano o canonico. In queste circostanze, ogni riferimento a questa tradizione da parte del giudice contemporaneo non è dissimile da quello che ne veniva fatto, lungo tutto il corso della storia del diritto inglese, dai giudici nelle corti che riconoscevano come sole fonti la *common law* e gli *statutes* del regno.

È utile a questo proposito fornire qualche breve cenno storico sul ruolo del diritto romano e comune in questo contesto. Il fatto che il diritto civile non fosse riconosciuto come fonte da un punto di vista formale non impediva che quei giuristi inglesi che erano entrati a contatto con il diritto romano o canonico cercassero di spiegare, in certi casi anche di elevare, la *common law* cercando una connessione con quella tradizione. Una tendenza questa che già si riscontrava nella prima generazione di giuristi inglesi, e in particolare nei due trattati *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, rispettivamente scritti da Ranulf de Glanvill (c. 1120/9-1190) e da un autore incerto identificato tradizionalmente con Henry de Bracton (m. 1268)<sup>4</sup>.

Fin dalle sue origini la classe professionale forense inglese non fu educata sui testi di diritto civile e canonico nelle università di Ox-

---

<sup>4</sup> È stato osservato in diversi studi come questa generazione di giuristi fosse particolarmente attratta dal diritto civile come mezzo per legittimare la nascita del diritto inglese, si vedano sul punto T.J. MCSWEENEY, *Priests of the Law: Roman Law and the Making of the Common Law's First Professionals*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 69-102 e R.V. TURNER, *The English Judiciary in the Age of Glanvill and Bracton, c. 1176-1239*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985. Per notizie biografiche su Glanvill e Bracton si vedano rispettivamente J. HUDSON, *Glanvill [Glanvill], Ranulf de (1120s?-1190)*, in *Oxford Dictionary of National Biography (ODNB)*, Oxford University Press, Oxford, 2007, <https://doi.org/10.1093/ref:odnb/10795> e P. BRAND, *Bratton [Bracton], Henry of (d. 1268)*, in *ODNB*, cit., <https://doi.org/10.1093/ref:odnb/3163>. Sull'uso del diritto comune in Bracton si vedano H.G. RICHARDSON, *Azo, Drogheda and Bracton*, in *English Historical Review*, 1944, pp. 22-47; P. VINOGRADOFF, *The Roman Elements in Bracton's Treatise*, in *Yale Law Journal*, 1923, pp. 751-756; G.E. WOODBINE, *The Roman Element in Bracton's De Acquirendo Rerum Dominio*, in *Yale Law Journal*, 1922, pp. 827-847; F.W. MAITLAND, *Select Passages from Bracton and Azo*, Selden Society, London, 1895.

ford e Cambridge, ma nella cosiddetta «terza università d'Inghilterra», gli *Inns of Court*, dove si riceveva una formazione centrata sulla sola pratica del diritto proprio<sup>5</sup>. Non era comune per i *common lawyers*, che cominciavano già giovanissimi la formazione legale, ricevere una formazione universitaria, ed erano molto rari i casi in cui questi avessero effettivamente conseguito una laurea<sup>6</sup>. Già dalla fine del XIII secolo la *common law* era consistente abbastanza dall'essersi saldata nella pratica dei tribunali di *King's Bench* e *Common Pleas*, e il diritto civile venne gradualmente relegato allo stato di legge straniera, in certi casi respinta esplicitamente come «non il nostro diritto»<sup>7</sup>. Poco più di un secolo fa Frederic William Maitland descriveva così il rapporto tra *common law* e diritto romano all'alba dell'età moderna:

«La custodia della *common law* era allora già stata consegnata nelle mani di un gruppo ristretto di giudici e avvocati. Conoscevano molto bene il loro lavoro, e nient'altro. ... Il diritto romano era già diventato in quel tempo cosa incomprensibile e stravagante ... L'educazione legale non era più accademica e le università non avevano nulla a che fare con questa, poiché potevano generare solo canonisti e civilisti»<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> J. BAKER, *The Third University of England*, in *Collected Papers on English Legal History*, I, a cura di J. BAKER, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 143-167.

<sup>6</sup> J.H. BAKER, *The Oxford History of the Laws of England, Volume VI: 1483-1558*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 445-472.

<sup>7</sup> Si può ad esempio osservare il contrasto tra il riferimento al diritto civile in due casi risalenti ai primi del '300 in cui questo viene citato semplicemente come «legge scritta» o quello che la «legge vuole», rispettivamente in (1307) Y.B. Pasch. 35 Edw. I, [pl. 2], in A.J. HORWOOD, *Year Books of the Reign of Edward the First: Years XXXIII to XXXV (1305-1307)*, V, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 466-471, p. 471 (*lay escrit*) e (1312) Y.B. Pasch. 5 Edw. II, pl. 41, in W.C. BOLLAND, *Year Books of Edward II*, XII, Selden Society London, 1916, p. 1312 (*ley veet*) con quello fatto in un caso di metà '400 dove questo viene specificato come «diritto civile, e non il nostro diritto», in (1458) Y.B. Mich. 37 H. VI, f. 3b, pl. 4 (*Ley civil, & nient nostre Ley*).

<sup>8</sup> F.W. MAITLAND, *Outlines of English Legal History*, in *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, II, a cura di H.A.L. FISHER, Cambridge University Press, Cambridge, 1911, pp. 416-496, p. 492.

La giurisprudenza inglese diventò una scienza occulta, e i suoi professori “la specie più ignorante degli uomini più dotti”<sup>9</sup>.

Sicuramente l'approccio di Maitland esagerava la distanza tra *common lawyers* e lo *ius commune* europeo. Successivi studi di Richard Helmholz, David Ibbetson e David Seipp tra tanti hanno mostrato che vi era tra gli avvocati e i giudici delle corti inglesi una conoscenza e familiarità con il diritto romano e canonico che, se non era particolarmente profonda, bastava per permettere loro di considerare, comparare e a volte ricorrere direttamente a soluzioni ispirate a quelle fonti per colmare eventuali lacune della *common law*<sup>10</sup>. Senza volere dilungarsi in un'analisi più dettagliata, si possono distinguere a grandi linee, allo scopo di meglio comprendere l'uso contemporaneo che andremo a esaminare nel prossimo paragrafo, due diverse modalità in cui il diritto romano poteva entrare in contatto con la *common law* nella pratica giudiziaria. La prima, e meno sorprendente, è quella di un uso meramente analogico che veniva fatto delle soluzioni di diritto romano o canonico a scopo

---

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 483. La fonte di questa citazione è Sir John Doddridge, *The English Lawyer*, London, I. More, 1631, p. 33, forse facendo riferimento a una lettera di Erasmo in cui, parlando della professione di avvocato in Inghilterra disse che «è quanto mai lontana dalla vera cultura, ma chi acquista autorità in essa è ritenuto persona molto importante e gode della più alta considerazione», ERASMO DA ROTTERDAM, *Ep.* 999, in *The Complete Letters of Erasmus*, IV, a cura di P.S. ALLEN, H.M. ALLEN, In Typographeo Clarendoniano, Oxonii, 1922, p. 17, tr. it. in *Ritratti di Thomas More*, a cura di M. PERRINI, La Scuola Editrice, Brescia, 2000, p. 71.

<sup>10</sup> Per una recente e dettagliata introduzione e bibliografia sul tema si veda D. FREDA, *L'ultimo tabù: le radici canonistiche del diritto amministrativo inglese*, in *Quaderni Fiorentini*, 2022, pp. 169-236, 175-208. Tra i numerosissimi altri studi si vedano R.H. HELMHOLZ, *Civilians in the Common Law Courts, 1500-1700*, in *English Legal History and its Sources: Essays in Honour of Sir John Baker*, a cura di D. IBBETSON, N. JONES, N. RAMSAY, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 342-357; ID, *The ius commune in England: Four Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2001; D.J. IBBETSON, *Common Law and Ius Commune*, cit.; D.J. SEIPP, *The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts Before 1600*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, pp. 388-420, e i saggi raccolti in *Relations between the Jus Commune and English Law*, a cura di R.H. HELMHOLZ, V. PIERGIOVANNI, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

comparatistico ed esemplificativo. In questo senso il diritto romano ha sempre mantenuto, rispetto al diritto inglese, un ruolo residuale come punto di riferimento e come serbatoio di esempi a cui i giudici hanno sporadicamente attinto anche per lo sviluppo di istituti squisitamente di *common law* e completamente indipendenti dalla tradizione civilistica<sup>11</sup>. Esamineremo nel prossimo paragrafo un notevole esempio di questo uso analogico nel caso di *Fairchild*, e le perplessità che ha sollevato tra i commentatori inglesi che lo hanno esaminato. La seconda modalità di utilizzo è più complessa ed è legata all'uso nei tribunali di quegli scritti teorici che hanno di volta in volta associato determinati istituti presenti nel diritto inglese ad un equivalente romanistico, arrivando quindi ad influenzare la pratica nella risoluzione di casi relativi a questi istituti e a formare una vera e propria giurisprudenza in cui le fonti utilizzate dai giudici appartengono alla tradizione del diritto comune. Una fonte molto importante in questo senso fu il *de legibus* di Bracton, sul quale torneremo, e che in molti casi spiegava con analogie romanistiche quegli aspetti del diritto inglese che non avevano ancora sviluppato una giurisprudenza indipendente. In questo senso Bracton ebbe un'influenza importante fin dalle origini della *common law*<sup>12</sup>, ma la sua diffusione fu facilitata dalla stampa, e dai numerosi riferimenti ai suoi scritti nei successivi manuali di diritto inglese, dagli *Institutes* di Edward Coke (1552-1634) fino ai *Commentaries* di William Blackstone (1723-1780) scritti a metà del '700<sup>13</sup>. Come vedremo

---

<sup>11</sup> Esempi di questo uso del diritto romano erano già presenti in periodo medievale, quando questo veniva richiamato come diritto straniero a mero titolo analogico, si vedano gli esempi citati al n. 7 *supra*. Questo tipo di analogie diventarono anche frequenti nella trattatistica moderna inglese: sono state studiate ad esempio le analogie romanistiche sviluppate per spiegare il *trust* inglese in M. MACNAIR, *The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries*, in *Itinera Fiduciaie*, a cura di R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, Duncker & Humboldt, Berlin, 1998, pp. 111-152.

<sup>12</sup> Si veda ad esempio D.J. SEIPP, *Bracton, the Year Books and the "Transformation of Elementary Legal Ideas" in the Early Common Law*, in *Law and History Review*, 1985, pp. 175-217.

<sup>13</sup> Si vedano I. WILLIAMS, *A medieval book and early-modern law: Bracton's authority and application in the common law c. 1550-1640*, in *Tijdschrift voor Rechtsge-*

negli ultimi due casi in esame, una fetta molto importante del diritto proprietario inglese, in particolare quello relativo all'acquisizione a titolo originario, affonda tutt'oggi le radici nel diritto romano<sup>14</sup>. Questo tipo di uso della tradizione romanistica e del diritto comune da parte dei giudici inglesi è quello che appare più singolare e ambiguo, oltre ad essere, nonostante i suoi importanti risvolti pratici, tra quelli meno studiati del legame tra *common law* e diritto civile.

## 2. *Il ruolo comparatistico del diritto romano nella giurisprudenza inglese contemporanea: il caso Fairchild*

Prendiamo in esame per primo l'uso forse meno problematico che viene fatto della tradizione romanistica nelle corti inglesi, quello a cui i giudici ricorrono quando, pur non essendoci nessun legame storico o giurisprudenziale tra il diritto civile e una determinata norma o istituto di *common law*, il diritto romano risulta istruttivo a titolo comparatistico, come esempio da emulare o per testimoniare l'universalità di un determinato principio giuridico.

Il caso *Fairchild*, deciso nel 2002 dalla *House of Lords*, allora la massima corte inglese<sup>15</sup>, è tra le decisioni di *common law* più importanti in tema di responsabilità civile<sup>16</sup>. Nella fattispecie i tre at-

---

*schiedenis*, 2011, pp. 47-80 e D.E.C. YALE, 'Of no mean authority': some later uses of Bracton, in *On the Laws and Customs of England: Essays in Memory of Samuel E. Thorne*, a cura di S.A. MORRIS, T.A. GREEN, S.A. SCULLY, S.D. WHITE, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1976, pp. 383-396.

<sup>14</sup> Il rapporto complesso del diritto romano con la *common law* nel campo delle servitù è stato studiato da J. GETZLER, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, cap. 2.

<sup>15</sup> In seguito al *Constitutional Reform Act 2005*, la *House of Lords* è stata sostituita come massima corte del Regno Unito dalla *Supreme Court of the United Kingdom* dal 1° ottobre 2009.

<sup>16</sup> *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2003] 1 A.C. 32. Le conseguenze della decisione, che tratteremo qui solo per quanto riguarda l'aspetto del suo trattamento del diritto romano, hanno generato centinaia di contributi accademici e moltissime difficoltà giurisprudenziali. Per un sommario generale si veda *Winfield & Jolowicz on Tort*, a cura di J. GOUDKAMP, D. NOLAN, Sweet & Maxwell, London, 2020<sup>20</sup>, §§ 7.33-7.42.

tori avevano lavorato nel corso degli anni per un certo numero di aziende, ognuna delle quali li aveva colpevolmente esposti a fibre di amianto, così da cagionare lo sviluppo in ognuno di un mesotelioma pleurico. Ai fini del risarcimento del danno era necessario determinare quale nesso di causalità vi fosse tra le varie istanze di esposizione all'amianto e lo sviluppo del tumore. Il problema in questo caso risultava dal fatto che, non essendo il mesotelioma un male di natura cumulativa, una singola fibra di amianto sarebbe stata sufficiente a causare la condizione, che una volta contratta non risultava aggravata da ulteriori esposizioni al fattore di rischio<sup>17</sup>.

La giurisprudenza di *common law* in tema di responsabilità civile era particolarmente sfavorevole a questa situazione. In un caso di questo tipo, il convenuto sarebbe stato solo responsabile nel caso in cui fosse stato dimostrabile che il danno *non* sarebbe stato subito dall'attore se il convenuto *non* avesse commesso l'illecito – il cosiddetto 'but for test'<sup>18</sup>. Se fosse risultato dimostrabile, al contrario, che il danno poteva subirsi anche in assenza della commissione dell'illecito da parte del convenuto, allora quest'ultimo non ne sarebbe risultato responsabile. Nel caso di *Fairchild* questo ostacolo risultava insuperabile: non essendo possibile stabilire quale specifica esposizione all'amianto avesse causato la condizione medica, ognuno dei convenuti poteva liberarsi dalla responsabilità sulla base che non risultasse dimostrato un nesso di causalità secondo il 'but for test'<sup>19</sup>.

In *Fairchild*, la *House of Lords* decise all'unanimità di introdurre un'eccezione per casi di questo genere. Tra le opinioni quella più interessante per i nostri scopi si trova nella sentenza di Lord Rodger, giudice di origine scozzese già allievo di David Daube, nonché per un certo periodo ricercatore e docente di diritto romano dell'U-

---

<sup>17</sup> Il caso concerneva più di una persona, tutti con una storia lavorativa e medica simile a quella di *Fairchild*. Per un sommario dei fatti e del problema si veda *Fairchild*, cit., pp. 40A-42G, 78C-79E.

<sup>18</sup> Sul 'but for test' si veda *Winfield & Jolowicz*, cit., §§ 7.25-7.28.

<sup>19</sup> *Fairchild*, cit., p. 43F-H.

niversità di Oxford<sup>20</sup>. Rodger dichiarò di volersi rifare al diritto romano per illustrare l'universalità del principio secondo il quale sia necessario deviare dalle ordinarie regole di attribuzione della colpa nei casi in cui il nesso causale tra un atto illecito e un danno sia reso incerto dalla presenza di più agenti. Il passo rilevante, secondo il giudice, era il noto testo del *Digesto* al 9.2.51.1, in cui Giuliano, discutendo del capitolo primo della *lex Aquilia*, affermava che secondo la *auctoritas veterum*:

«se uno schiavo viene ferito da più persone in modo tale che non si capisca quale sia il colpo che lo ha effettivamente ucciso, per la *lex Aquilia* queste saranno tutte tenute responsabili»<sup>21</sup>.

Per Lord Rodger la formulazione dei *veteres* rappresentava un'eccezione alla regola ordinaria secondo la quale solo la persona che veramente uccide lo schiavo è responsabile di averlo ucciso:

---

<sup>20</sup> Alan Rodger aveva ricercato e insegnato diritto romano all'Università di Oxford prima di cominciare la pratica forense. In quel periodo aveva pubblicato forse la sua opera romanistica più nota, A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1972. Su David Daube si veda dello stesso A. RODGER, *David Daube (1909-1999)*, in *Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain*, a cura di J. BEATSON, R. ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 233-248.

<sup>21</sup> Questo passo, già oggetto di innumerevoli esami nella tradizione civilistica, è stato poi studiato con una certa intensità dai romanisti attivi in area britannica proprio sotto l'influenza di Fairchild, si vedano ad esempio H. SCOTT, *Killing and causing death in Roman law*, in *Law Quarterly Review*, 2013, pp. 101-122; B. SIRKS, *The Slave who was Slain Twice: Causality and the lex Aquilia (Julian. 86 dig. D. 9, 2, 51 pr)*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2011, pp. 313-351; e B.A. ZAHN, *Harmful Conduct as the Touchstone of Causation: an Analytical Comparison of *Barker v Corus and Julian**, in *Edinburgh Law Review*, 2011, pp. 197-217. Tra i numerosissimi studi precedenti si vedano J.-F. GERKENS, «*Aeque Perituris...*»: *Une approche de la causalité dépassante en droit romain Classique*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit, Liège, 1997, pp. 163-184, spec. pp. 184-197; J.S. KORTMANN, *Ab alio ictu(s): Misconceptions about Julian's View on Causation*, in *The Journal of Legal History*, 1999, pp. 95-103; H. ANKUM, *Das Problem der «überholenden Kausalität» bei der Anwendung der Lex Aquilia im klassischen römischen Recht*, in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, a cura di M. HARDER, G. THIELMANN, Duncker & Humboldt, Berlin, 1980, pp. 325-358, 325, 349-350.

«Forse l'illustrazione più eloquente dell'universalità del problema che la *House of Lords* si trova ad affrontare proviene dai passaggi del *Digesto* citati da Sir Sydney<sup>22</sup>. ... I testi dimostrano che, in una certa forma, le menti dei giuristi romani del primo secolo a.c. si erano già applicate al problema dei malfattori non identificabili»<sup>23</sup>.

Lord Rodger non si limita a citare il passo. La sua sentenza prosegue con un'analisi relativamente dettagliata del testo di Giuliano e della sua relazione ad altri passi del *Digesto*, includendo anche qualche accenno alla letteratura romanistica sul punto, per concludere che i giuristi romani<sup>24</sup>:

«erano giunti alla conclusione che la legge necessitasse di una soluzione speciale per la situazione in cui sia impossibile accertare l'identità dell'uccisore tra una moltitudine di malfattori. ... In questa situazione, alcuni giuristi erano quantomeno preparati, in via eccezionale, a ritenere colpevoli tutti gli assalitori... . L'ambito preciso di questa decisione non può certamente più essere accertato, ed è chiaro che giuristi differenti avessero opinioni differenti ... ne potrebbero queste decisioni, così come giungono a noi, fornire una guida sulla formulazione di una regola equivalente oggi. Il punto però rimane che, tanti secoli fa, considerazioni di opportunità avessero chiaramente portato a mettere da parte le ordinarie regole relative alla prova di causalità»<sup>25</sup>.

Se per i romani era necessario deviare dalla regola ordinaria per formularne una eccezionale in circostanze simili a quelle del caso in esame, allora per Lord Rodger era perfettamente giustificabile che la *House of Lords* facesse lo stesso con il 'but for test' della *common law*. Il riferimento al diritto romano venne citato con favore anche da-

---

<sup>22</sup> Si tratta dell'avvocato sudafricano Sir Sydney Kentridge, già molto conosciuto allora per la sua attività nei processi politici legati all'*apartheid* in cui aveva difeso Nelson Mandela. Non sorprende che proprio un giurista proveniente da un sistema giuridico misto abbia cercato di attirare l'attenzione di Lord Rodger sulle fonti romane.

<sup>23</sup> *Fairchild*, cit., p. 113C-E.

<sup>24</sup> Si veda J.S. KORTMANN, *Ab alio ictu(s)*, cit.

<sup>25</sup> *Fairchild*, cit., pp. 113C-115B.

gli altri giudici proprio per sottolineare l'universalità del principio, e in conclusione la *House of Lords* decise di adottare una soluzione simile a quella offerta da Giuliano per risolvere il caso in questione, attribuendo a tutti i datori di lavoro di *Fairchild* la responsabilità in solido per il danno causato<sup>26</sup>.

L'analisi particolarmente dettagliata del passo del *Digesto* da parte di Lord Rodger fa di questo caso un esempio abbastanza singolare dell'efficacia del diritto romano come risorsa comparatistica. La sua influenza non deve essere esagerata, il caso *Fairchild* era particolarmente complesso e il riferimento al diritto romano era solo una delle molte argomentazioni formulate dalla corte a supporto della sua decisione<sup>27</sup>. Tuttavia, questo uso comparato del diritto romano ha stimolato l'attenzione di studiosi tra cui Basil Markesinis e James Lee, che hanno affrontato il problema confrontando l'uso del diritto romano a quello che le corti fanno del diritto contemporaneo proveniente da altre giurisdizioni, raggiungendo opinioni molto divergenti sul valore di un tale approccio<sup>28</sup>. Lee in particola-

---

<sup>26</sup> *Ivi*, pp. 58C, 77H-78A, 118A-119D. La soluzione adottata dalla *House of Lords* e quella adottata dalla *lex Aquilia* differivano comunque nel fatto che, rispondendo la prima ad una responsabilità di natura civile, trovava i convenuti responsabili in solido. Come spiegato da Ulpiano nel *Digesto* al 9.2.11.2, nel diritto romano relativo alla *lex Aquilia* veniva enfatizzato invece l'elemento penale, e un convenuto non poteva dunque essere liberato dalla *poena* in ragione dell'adempimento da parte di un altro. Sugli elementi penali dell'*actio* si veda il recente contributo di B. SIRKS, *The delictual origin, penal nature and reipersecutory object of the actio damni iniuriae legis Aquiliae*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2009, pp. 303-353, 335-339, e la bibliografia citata in H. ANKUM, *El carácter jurídico de la actio legis Aquiliae en el derecho romano clásico*, in *Revista jurídica de Asturias*, 1987-1988, pp. 3-16, rist. in *Extravagantes, Scritti sparsi sul diritto romano*, a cura di J.E. SPRUIT, C. MASI DORIA, Jovene, Napoli, 2007, pp. 99-112.

<sup>27</sup> Altri fattori presenti in *Fairchild* furono la reinterpretazione di un precedente giudiziale (*McGhee v National Coal Board* [1973] 1 WLR 1), e la considerazione comparata di altre giurisdizioni di *civil* e *common law*. Si veda ad esempio l'opinione di Lord Bingham of Cornhill e dello stesso Lord Rodger rispettivamente in *Fairchild*, cit., pp. 59E-66G, 115B-118C.

<sup>28</sup> J. LEE, Confusio: *Reference to Roman Law in the House of Lords and the Development of English Private Law*, in *Roman Legal Tradition*, 2009, pp. 24-66, difende questo uso delle fonti romane dall'opinione fortemente contraria espressa in B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: the Story of the*

re, ricordando che l'uso di fonti straniere nella preparazione dei casi è oggetto di disciplina formale nelle *Practice Direction* del sistema giudiziario inglese, sostiene che il diritto romano debba considerarsi disciplinato dalle medesime linee guida<sup>29</sup>. La *Practice Direction* prevede che

«I casi decisi in altre giurisdizioni possono, se usati in maniera appropriata, essere fonte di diritto di valore in questa giurisdizione. Allo stesso tempo però queste autorità non dovrebbero essere citate senza aver dato considerazione appropriata al fatto che effettivamente aggiungano qualcosa al corpo del diritto già esistente.

In futuro, qualsiasi avvocato voglia citare un'autorità da un'altra giurisdizione dovrà (i) ...<sup>30</sup>, (ii) indicare rispetto ad ognuna cosa aggiunge che non si può trovare nelle autorità di questa giurisdizione; o, se si sostiene che vi sia una giustificazione per aggiungere qualcosa alle autorità locali, quale sia tale giustificazione; (iii) assicurarsi che non vi siano autorità in questa giurisdizione che precludano l'accettazione da parte della corte delle proposizioni attribuite all'autorità straniera»<sup>31</sup>.

Il vantaggio di questo approccio è sicuramente quello di incoraggiare un uso meno liberale e superficiale del diritto romano. Tuttavia non è chiaro in che modo si possano comparare i testi del *Corpus Iuris*, per non parlare dell'immensa e multiforme mole di scritti di diritto comune, alle citazioni di giurisprudenza straniera. In ogni caso, ed è questo forse l'aspetto più problematico, rimane difficile determinare la modalità e profondità d'indagine che ci si potrebbe legittimamente aspettare da un giudice nel fornire un'analisi della fonte che risulti utile ai fini della sentenza.

---

*Last Thirty Five Years*, Hart Publishing, Oxford, 2003 e B. MARKESINIS, *Engaging with Foreign Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009 (con J. FEDKTE).

<sup>29</sup> J. LEE, *Confusio*, cit., p. 33, citando il *Practice Direction (Citation of Authorities)* [2001] 1 W.L.R. 1001.

<sup>30</sup> Questo primo punto contiene informazioni solo formali relative alle modalità di citazione.

<sup>31</sup> *Practice Direction*, cit., para. 9.1-9.2.

Queste difficoltà accomunano qualsiasi sistema giuridico che voglia fare un uso comparato del diritto romano e della sua tradizione, e non sono quindi legate in modo esclusivo al loro uso in sistemi di *common law*. Tuttavia, ed è questo un elemento finora trascurato dalla letteratura sul tema, queste si ritrovano particolarmente accentuate in quei casi in cui il diritto romano o canonico entrano nelle sentenze dei giudici non a titolo comparato, ma in quanto storicamente legate all'istituto in esame, è di due casi di questo tipo che si occupa il paragrafo seguente.

3. *L'uso del diritto romano e comune come fonte storica della common law: il caso dell'acquisizione di proprietà a titolo originario*

I due casi in esame, la decisione della *House of Lords* in *Foskett v McKeown* e quella della *Court of Appeal* in *Clear Water Fisheries* riguardano entrambe istituti che il diritto inglese ha storicamente considerato di matrice romanistica, entrambe inerenti all'acquisizione a titolo originario. In questi esempi, l'analisi dell'uso delle fonti romane è più problematica che in quello precedente: da un lato per la deformazione che la lente di *common law* può applicare agli istituti romani una volta trapiantati nel suo sistema, dall'altro perché, nel sistema dello *stare decisis*, il valore dell'analisi delle fonti di diritto comune entra inevitabilmente in conflitto con le interpretazioni giudiziarie di simili fonti incluse in sentenze precedenti e vincolanti.

3.1. *La decisione della House of Lords in Foskett v McKeown*

*Foskett v McKeown* è una decisione della *House of Lords* risalente al 2000 e di rilevanza fondamentale nel campo del diritto proprietario inglese<sup>32</sup>. Semplificando la fattispecie del caso, un tale Mr

---

<sup>32</sup> *Foskett v McKeown* [2001] 1 A.C. 102. Il caso è stato oggetto di analisi in un gran numero di scritti dottrinali; tra i più importanti si vedano P. MILLETT, *Pro-*

Murphy aveva sottratto dolosamente circa £20,000 a una società che amministrava. Murphy aveva poi impiegato questa stessa somma per pagare la quarta e quinta rata del premio assicurativo per una polizza sulla sua vita. Le prime tre rate erano invece state pagate con somme che deteneva lecitamente<sup>33</sup>. Murphy si era poi ucciso e i suoi figli avevano ricevuto dalla polizza un indennizzo di £1.000.580,04<sup>34</sup>. Gli attori (in questa sede in qualità di appellanti) per la società ritenevano che questa potesse rivendicare un diritto di proprietà sull'indennizzo assicurativo stesso, così da poterne rivendicare una proporzione corrispondente al contributo delle due rate pagate con i soldi indebitamente sottratti dall'amministratore, per un totale di 2/5 del totale (circa £400,000)<sup>35</sup>. Per i convenuti (in questa sede in qualità di appellati) beneficiari della polizza era invece avanzata la tesi secondo la quale alla società spettasse solamente una restituzione delle £20,000 indebitamente sottratte dallo stesso Murphy<sup>36</sup>.

Il quadro potrebbe apparire curioso se avvicinato con le lenti del diritto civile, giacché questo problema giuridico è trattato nella maggior parte dei sistemi europei come un caso di restituzione dove non viene contemplata la rivendicazione di un qualsivoglia diritto proprietario<sup>37</sup>. Nel caso della *common law* la tesi degli attori era invece fondata su una serie di principi ortodossi. È chiaramente stabilito nell'ordinamento inglese che le obbligazioni stesse possano es-

---

*proprietary Restitution in Equity in Commercial Law*, a cura di S. DEGELING, J. EDELMAN, Lawbook Co., Sydney, 2005, pp. 309-326 e A. BURROWS, *Proprietary restitution: unmasking unjust enrichment*, in *Law Quarterly Review*, 2001, pp. 412-430.

<sup>33</sup> Per l'esattezza, la provenienza del denaro che aveva coperto la terza rata era anche questa oggetto di controversia tra le parti. *Foskett*, cit., p. 107C.

<sup>34</sup> *Ivi*, pp. 106-108.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 108C-E.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 108B-C.

<sup>37</sup> Si veda per un'analisi comparata *Commercial Trusts in European Private Law*, a cura di M. GRAZIADEI, U. MATTEI, L. SMITH, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 369-405, e L. MANISCALCO, A. DOUGLAS, *Mixtures of Intangible Assets at Common Law and Civil Law*, in *Known Unknowns: Dealing with doubt in the European legal tradition*, a cura di A. BELL, J. MCCUNN, Intersentia, Cambridge, di prossima pubblicazione.

sere oggetto di proprietà; queste formano infatti parte della multiforme categoria di «incorporeal property» riconosciuta in quell'ordinamento<sup>38</sup>. Altrettanto ben ancorato è il principio secondo il quale la vittima di furto o altra sottrazione dolosa di una somma da un conto corrente rimane proprietaria sia della somma che dei suoi ricavi, siano essi corporei o incorporei<sup>39</sup>. Non è necessario né opportuno dilungarsi in questa sede sul tema complesso che concerne la forma che questa proprietà prende nel diritto inglese; basti dire che consente al proprietario di rivendicare la somma con tutte le caratteristiche di un diritto reale, quali la possibilità di far valere il diritto *erga omnes* e la priorità sui creditori chirografari in caso di fallimento<sup>40</sup>.

La *House of Lords* con una maggioranza di 3-2 accolse le istanze degli attori, sostenendo che questi avessero acquisito la co-proprietà dell'indennizzo. Nello specifico, uno dei giudici in maggioranza, Lord Hoffmann, basò il suo giudizio sull'opinione che questo caso fosse analogo a quello della mescolanza tra sostanze fisiche. In altre parole il quarto e quinto pagamento dovevano considerarsi come inseparabilmente mescolati con i pagamenti precedenti in una nuova entità incorporea, la polizza, la quale aveva poi generato il pagamento dell'indennizzo. Come si è accennato, gran parte degli elementi essenziali del diritto di proprietà della *common law* era-

---

<sup>38</sup> Questo può facilmente riscontrarsi nei manuali di diritto proprietario come *The Law of Personal Property*, a cura di M. BRIDGE, L. GULLIFER, G. McMEEL, K.F.K. LOW, Sweet & Maxwell, London, 2021<sup>3</sup>, cap. 4. Per esempi di applicazioni del principio si vedano *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.* [1991] 2 A.C. 548, p. 573; *Trustee of FC Jones & Sons v Jones* [1997] Ch. 159, pp. 169-170.

<sup>39</sup> Si veda ad esempio nella manualistica *Snell's Equity*, a cura di J. MCGHEE, S. ELLIOTT, Sweet & Maxwell, London, 2019<sup>34</sup>, §§ [26-011]-[26-013] e l'importante discussione di questo principio da parte di Lord Browne-Wilkinson in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] A.C. 669, pp. 715H-716D.

<sup>40</sup> Per una visione d'insieme si veda l'ormai classico L. SMITH, *The Law of Tracing*, Clarendon Press, Oxford, 1997, e i più recenti contributi sul tema di A. NAIR, *Claims to Traceable Proceeds*, Oxford University Press, Oxford, 2018 e M. RACZYNSKA, *The Law of Tracing in Commercial Transactions*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

no, dai tempi di Bracton, stati teorizzati su base romanistica. Bracton spiegava citando da Azzone l'acquisizione a titolo originario per mescolanza:

«Il *dominium* sulle cose ... può essere acquisito anche tramite *confusio*. I liquidi come l'acqua e il miele possono mischiarsi, così come anche i solidi, in cose di altro tipo, [per esempio] l'oro o l'argento, il piombo e il ferro, anche se questo può solo farsi con grande difficoltà. Quello che risulta da tale mescolanza, che i materiali siano separabili o meno, appartiene a coloro che hanno dato il consenso alla *confusio*. Né vi sarà un risultato differente se lo stesso avviene accidentalmente, o se gli elementi sono inseparabili»<sup>41</sup>.

Come mostrato dalle ricerche di David Fox, la giurisprudenza inglese rimase molto scarna in materia di *confusio* per i secoli successivi alla stesura del *De legibus*, e le poche decisioni ragionate nel corso del medioevo e della prima età moderna avevano ignorato la soluzione di Bracton, sviluppando invece una dottrina di *common law* secondo la quale le mescolanze di solidi e liquidi estinguessero la proprietà di una parte in favore di quella in possesso della massa, così che il convenuto potesse essere chiamato a rispondere del danno solo in base alla legge sulla responsabilità civile<sup>42</sup>. Fu solo con la pubblicazione dei *Commentaries* di Blackstone che giudici inglesi e americani abbandonarono la giurisprudenza precedente per adottare esplicitamente la soluzione di diritto romano<sup>43</sup>, e nel giro di po-

---

<sup>41</sup> H. DE BRACTON, *De Legibus*, II, cit., p. 47 il testo citato è di AZZONE, *Summa Institutionum*, lib. 2, tit. 1, §§51-53, si veda ad esempio AZZONE, *Excelentissimi ... Domini Azonis summa super C[odicis] et super Institutionibus*, Georgio Arivabeno, Venetiis, 1499, f. 206rb-va. Entrambi i testi fanno riferimento a I.2.1.27-28.

<sup>42</sup> D. FOX, *The Reception of Roman Law into the Anglo-American Common Law of Mixed Goods*, 2016, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2016*, 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2795098>, pp. 4-13.

<sup>43</sup> *Ivi*, pp. 19-34. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, Clarendon Press, Oxford, 1765-1770, rist. University of Chicago Press, Chicago, 1979, pp. 400, 405. Per gli Stati Uniti la diffusione del testo di Blackstone si deve soprattutto alla pubblicazione dei *Commentaries* di James Kent (1763-1847) e Joseph Story (1779-1835), rispettivamente J. KENT, *Commentaries on American Law*,

chi decenni questo fu esplicitamente riconosciuto come base delle dottrine anglo-americane relative alla mescolanza di beni<sup>44</sup>.

Avendo scelto di razionalizzare il caso di *Foskett* come una *confusio*, Lord Hoffmann trovava inevitabilmente la soluzione in favore dagli attori:

«Si tratta di un semplicissimo caso di mescolanza sostitutiva (quello che i giuristi romani, se avessero avuto un'economia che richiedesse il tracciamento di pagamenti attraverso conti in banca, avrebbero chiamato *confusio*). [Gli investitori] hanno diritto a una parte del ricavo della polizza in proporzione al loro contributo. Questo non si basa su un arricchimento senza causa . . . . Si tratta piuttosto della rivendicazione di un diritto proprietario».

Questo dava quindi alla società e ai suoi investitori il diritto a rivendicare una parte dell'indennizzo in proporzione alla loro proprietà della polizza. L'uso del diritto romano in questo caso è un'interessante testimonianza non solo della continuata rilevanza della tradizione civilistica per lo sviluppo della *common law*, ma in particolare per la trasformazione a cui gli istituti romanistici possono essere soggetti una volta accolti nel diritto inglese. Nel caso della *confusio*, la dottrina romana introdotta inizialmente da Bracton per fornire le basi del diritto in materia di acquisizione originaria di me-

---

O. Halsted, New York, 1826-1830 e J. STORY, *Commentaries on the Law of Bailments*, Hilliard and Brown, Cambridge [Mass.], 1832. Per l'influenza di Bracton sulla formazione del diritto statunitense si veda più in generale D.R. NOLAN, *Sir William Blackstone and the New American Republic: a Study of Impact*, in *N.Y.U Law Review*, 1976, pp. 731-768.

<sup>44</sup> Con la sola eccezione relativa ai casi di mescolanza dolosa da parte di un individuo dei beni di un altro con i propri. Nel diritto romano il dolo era rilevante soltanto per determinare la possibilità da parte della parte lesa di ricorrere alla *actio furti*, lasciando invariata la co-proprietà della massa confusa. Questa fattispecie nel diritto di *common law* inglese (ma non statunitense) rimase invece governata dalla cosiddetta *forfeiture rule*, regola che garantiva la proprietà dell'intera massa alla parte innocente, con relativo estinguimento del titolo della parte dolosa. La *forfeiture rule* fu abbandonata esplicitamente solo nel 1987 in *Indian Oil Corporation Ltd v Greenstone Shipping SA (Panama)* [1987] QB 345, completando così la ricezione della *confusio* romanistica.

scolanze solide e liquide viene non solo individuata quale fonte rilevante per la risoluzione di problemi di questo tipo, ma estesa analogicamente alla risoluzione di un caso certamente non contemplato nella dottrina civilistica, perché relativo a forme di proprietà incorporali riconosciute esclusivamente nella *common law*.

Ma non è questo il solo elemento d'interesse per la nostra analisi nel caso di *Foskett*. Spostando l'attenzione sull'opinione di minoranza è possibile osservare che, al fine di respingere l'opinione di Lord Hoffmann, la rilevanza del diritto romano non viene disinnescata, ma piuttosto approfondita. Nell'opinione di minoranza di Lord Hope, questi riteneva che Lord Hoffmann avesse tratto la sua analogia con troppa superficialità: ad una più attenta analisi non era chiaro né che il caso in questione potesse essere raccolto sotto la categoria della *confusio*, né che la soluzione fornita dal diritto romano dovesse necessariamente essere una di co-proprietà:

«Il collega Lord Hoffmann dice che questo è un semplice caso di mescolanza sostitutiva, quella che i romani ... avrebbero chiamato *confusio*. Confesso di avere grande difficoltà nel seguire questa osservazione, poiché tutti i testi rilevanti mi sembrano indicare che [i giuristi romani] avrebbero trovato il caso tutt'altro che semplice e la soluzione che avrebbero dato risulta molto incerta ... I testi romani intorno alla mescolanza di cose appartenenti a persone diverse [concernevano] solo la proprietà corporale ... . Le dottrine di *confusio* e *commixtio* sono usate [nella *common law*] per risolvere problemi creati dalla mescolanza, o annessione di cose corporali possedute da due o più persone. ... Ma la proprietà incorporale, come i diritti acquisiti sotto una polizza assicurativa pagandone i premi, non sono capaci né di possesso né di trasmissione nel senso in cui questi termini erano intesi dal diritto romano. I problemi relativi ai diritti creati in risposta a pagamenti ... appartenevano piuttosto al diritto romano delle obbligazioni, ed è probabile che il rimedio si sarebbe trovato nell'applicazione di un'opportuna *condictio*. Questa appartiene ad un capitolo completamente diverso rispetto a quello che si occupa del possesso e della proprietà di cose corporali»<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> *Foskett*, cit., pp. 121A-H.

Lord Hope aggiunse che, anche volendo considerare il caso in esame come una effettiva mescolanza, il diritto romano non forniva in ogni caso una soluzione chiara:

«anche se [i giuristi romani] si fossero sentiti in grado di applicare la *confusio* al nostro caso, non è per nulla chiaro che avrebbero raggiunto un'opinione unanime riguardo il risultato. È importante notare che nel noto caso del dipinto di Apelle sulla tavola o pannello di un terzo questi esprimevano opinioni discordanti: vedi Stair, *The Institutions of the Law of Scotland* (1693), vol. I, II.1.39. Paolo riteneva che l'immagine seguisse la proprietà della tavola in quanto accessoria (*Digesto*, 6.1.23.3), mentre Gaio considerava la tavola come accessoria all'immagine (*Digesto*, 41.1.9.2). L'opinione di Giustiniano, che seguiva Gaio, era che la tavola fosse accessoria all'immagine perché questa era più preziosa (*Istituzioni di Giustiniano*, II.I.34). ... Queste differenze di opinione sono tipiche delle dispute tra i giuristi romani che si trovano nel *Digesto*»<sup>46</sup>.

Sulla base di queste due osservazioni, il giudice riteneva che il caso non potesse risolversi con una semplice applicazione dell'acquisizione a titolo originario<sup>47</sup>. Lord Hope non contesta le osservazioni di Hoffmann sulla base che le analogie di diritto romano siano inappropriate o irrilevanti, o semplicemente sorvolando sul contenuto di queste fonti per concentrarsi esclusivamente sulla giurisprudenza inglese, piuttosto si sofferma ad analizzarle per mostrare come la maggioranza abbia fatto del diritto romano un uso errato o, nella migliore delle ipotesi, semplicistico e approssimativo.

---

<sup>46</sup> *Ivi*, pp. 120H-121C.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 121C-D.

### 3.2. *La decisione della Court of Appeal in Borwick Development v Clear Water Fisheries*

Tra i casi più notevoli ed esemplificativi dell'uso del diritto romano nelle corti inglesi vi è la recentissima decisione della corte d'appello in *Borwick Development v Clear Water Fisheries*<sup>48</sup>. Il caso è singolare. Il ricorrente manteneva carpe e altri tipi di pesci in nove laghi artificiali a fini commerciali per la sua impresa di pesca sportiva. La proprietà su cui si trovavano i laghi era stata ipotecata a garanzia di un mutuo e, a seguito dell'inadempimento del ricorrente, era stata venduta dal curatore dell'ipoteca al convenuto/appellante. Il contratto di vendita aveva ommesso qualsiasi riferimento riguardo la proprietà dei pesci, dei quali le parti, a seguito della vendita, si contendevano la proprietà. La questione di diritto per la corte d'appello era se il ricorrente potesse aver ritenuto la proprietà dei pesci anche dopo aver perso proprietà e possesso di terreno e laghi.

Come nel caso della *confusio* anche l'aspetto dell'acquisizione a titolo originario relativo agli animali selvatici era, già in Bracton, risolto con riferimento al diritto romano:

«Secondo lo *jus gentium* o il diritto naturale, il *dominium* nelle cose può essere acquisito in molti modi. In primo luogo, prendendo possesso di cose che non appartengono a nessuno ... come le bestie selvatiche, gli uccelli e i pesci, sarebbe a dire tutte le creature nate sulla terra, nel mare o nei cieli, cioè nell'aria, indipendentemente da dove siano prese. Quando vengono catturate diventano mie, perché sono tenute sotto il mio controllo con la forza, e allo stesso modo quando sfuggono a questo riguadagnano la loro libertà naturale e smettono di essere mie, e sono di nuovo la proprietà del [prossimo] possessore»<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> *Borwick Development Solutions Ltd v Clear Water Fisheries Ltd*, [2021] Ch 153.

<sup>49</sup> H. DE BRACON, *De Legibus*, II, cit., p. 42. Il testo è anche in questo caso tratto da AZZONE, *Summa Institutionum*, lib. 2, tit. 1, §§20-23, si veda ad esempio AZZONE, *Summa super Institutionibus*, cit., f. 205ra. Entrambi i testi fanno riferimento a I.2.1.12-13.

Anche in questo caso la diffusione della soluzione romanistica si deve ai *Commentaries* di Blackstone, che adotteranno però un linguaggio peculiare parlando di proprietà qualificata (*qualified property*) e acquisizione *per industriam*:

«La proprietà in possesso è divisa in due tipi, proprietà assoluta e qualificata. [La proprietà assoluta] ha luogo quando un uomo ha il diritto e l'occupazione esclusiva e sola di una cosa, così che non possa essere alienata da lui, né cessare di appartenergli se non per sua azione o mancanza. ... Si può avere un diritto di proprietà qualificato, ma non assoluto, in tutte le creature che sono selvatiche (*ferae naturae*), e questo o *per industriam*, o *propter impotentiam* o *propter privilegium*.

Un diritto proprietario qualificato negli animali *ferae naturae* può sussistere *per industriam hominis* quando un uomo li reclama e rende mansueti tramite arte, industria o educazione; o quando li confina nel suo potere immediato, così che non possano fuggire e usare della loro libertà naturale ... Queste sono solo proprietà di un uomo finché continuano nella sua custodia o possesso fattuale: ma se in qualsiasi momento dovessero riguadagnare la loro libertà naturale, la proprietà cessa istantaneamente, a meno che questi non abbiano *animus revertendi* ...»<sup>50</sup>.

Blackstone aveva adattato la sua lettura delle fonti romane ad alcune peculiarità del diritto inglese, distinguendo tra diritto assoluto e qualificato, e poi tra i vari tipi di occupazione. La distinzione tra diritto assoluto e qualificato è dovuta al fatto che, nell'analisi di Blackstone, un diritto proprietario non può di norma andare smarrito senza colpa né atto voluto del proprietario, così che la particolare fragilità del diritto sulle bestie selvatiche o *ferae naturae* vada distinta dalla proprietà assoluta. La distinzione invece tra i vari tipi di occupazione di fatto limita l'applicazione del diritto romano ai soli casi di occupazione *per industriam*, identificando invece due categorie separate dove sia possibile escludere terzi dalla caccia su un determinato territorio; queste ultime due categorie non sono rilevanti ai fini dell'analisi del caso in esame, ma solo per contestualizzare il particolare uso dell'espressione *per industriam* da parte della corte.

---

<sup>50</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries*, II, cit., pp. 389-391, 393-395.

Tornando al caso di *Borwick*, la corte d'appello riconosceva che:

«il diritto [inglese] in relazione alla proprietà di animali selvatici è derivato dal diritto romano. ... La questione di fronte alla corte non è mai stata decisa in un precedente a stampa, e dobbiamo quindi cercare assistenza tra le osservazioni di autori e giudici per identificare i principi rilevanti»<sup>51</sup>.

Tra le sentenze, altrimenti unanimi, faceva ricorso in maniera più dettagliata alle fonti di diritto civile quella del giudice Peter Jackson. L'uso del diritto romano nella sua sentenza si svolge in due fasi. Il giudice identifica prima le fonti giurisprudenziali inglesi rilevanti, e le loro interpretazioni del diritto civile sul punto. Tramite queste fonti formali viene aperta la porta ad un secondo momento dell'indagine, in cui il giudice passa allo studio diretto delle fonti di diritto romano e delle varie interpretazioni disponibili nella tradizione del diritto comune. Ecco ad esempio la sua discussione del grado di controllo necessario da esercitare su un animale selvatico per ottenerne la proprietà:

«Riguardo il grado di controllo necessario per sostenere i diritti *per industriam*, il diritto inglese sugli animali selvatici ha la sua origine in quei passi del diritto civile che contrastano la cattività con la libertà naturale. Il più antico è quello di Gaio [*Istituzioni*, 2.1.12]. ... La domanda relativa a quale fosse il possesso sufficiente per fondare diritti proprietari è stata considerata in un famoso caso statunitense ... *Pierson v Post* (1805) 3 Caines 175 ... . Post e i suoi segugi stavano inseguendo una volpe su un terreno incolto a Long Island quando Pierson la intercettò e uccise. ... [N]ella *New York Supreme Court* l'opinione di maggioranza fu resa da Tompkins J. Nella sua elegante sentenza egli cita Giustiniano, Bracton e Pufendorf tra gli altri, concludendo che "Le principali autorità sono decisive per mostrare che il semplice inseguimento non dava a Post nessun diritto legale sulla volpe, ma che questa diventò la proprietà di Pierson che la intercettò e uccise" (p. 178) ... . Ho menzionato questa sentenza ad esempio di come la *com-*

---

<sup>51</sup> *Borwick*, cit., pp. 163E-164F.

*mon law* cerchi una guida nel diritto civile riguardo la vera estensione dei diritti proprietari di questo tipo»<sup>52</sup>.

Tramite *Pierson v Post*, il giudice procedeva quindi a considerare le opinioni di Pufendorf, Barbeyrac e Grozio, preferendo alla fine quella di Grozio secondo la quale «i pesci in un lago privato non sono meno rinchiusi che in uno stagno... e tra questi non vi è altra differenza che la seconda è una reclusione più stretta, l'altra meno ristretta. ... Dunque si possono avere diritti di proprietà su bestie selvatiche anche in foreste private, e pesci in laghi privati, come se se ne avesse il possesso»<sup>53</sup> aggiungendo che:

«ciò che Grozio descrive come “una reclusione meno ristretta” non è incompatibile con il mantenimento di diritti *per industriam*»<sup>54</sup>.

Avendo concluso che l'attore aveva effettivamente, durante il suo possesso dei laghi, stabilito un diritto proprietario sui pesci, la corte d'appello decideva tuttavia inevitabilmente che il diritto su un animale selvatico non può sopravvivere alla cessazione del possesso. Lo spiega chiaramente il giudice Sir Timothy Lloyd:

«Gli animali *ferae naturae* non sono soggetti a diritti proprietari assoluti. Il diritto *per industriam* che può esistere in essi dipende dal possesso continuato, con la sola eccezione degli animali [con *animus revertendi*]. Se il possesso di chi custodisce [gli animali] dipende dalla sua proprietà e dal controllo sulla terra sopra la quale si trovano ... allora ne consegue che, una volta che non ha più diritto sulla suddetta terra ... non ha più nemmeno il possesso essenziale al mantenimento dei suoi diritti»<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> *Ivi*, pp. 175G-177G.

<sup>53</sup> U. GROZIO, *De Iure Belli ac Pacis*, Nicolaus Buon, Parisiis, 1625, tr. it. *Il diritto di guerra e di pace*, a cura di C. GALLI, A. DEL VECCHIO, IISF Press, Napoli, 2023, lib. 2, cap. 8, § 2.

<sup>54</sup> *Borwick*, cit., p. 178A-B.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 173F.

La corte d'appello in *Borwick* riconosce in modo molto esplicito il valore delle fonti di diritto comune per la soluzione di casi basati su istituti di radice romanistica. Allo stesso tempo, però, non sembra considerare né essere consapevole degli aspetti problematici che questo riconoscimento comporta. Nello stesso caso di *Foskett*, sebbene il richiamo al diritto romano fosse fondato sulla base romanistica della *confusio* inglese, il fatto che quest'istituto fosse richiamato per estensione analogica potrebbe forse sfocare il confine tra un uso sostanziale e uno comparato della fonte romana<sup>56</sup>. La stessa ambiguità non è tuttavia presente in *Borwick* dove la stessa giurisprudenza citata dalla corte si basa su scritti di diritto romano e comune, elevati indirettamente a fonti di diritto tramite le interpretazioni riportate nei precedenti. Qui, il rapporto tra il precedente e la fonte in esso citata pone il giudice in una posizione particolarmente difficile. Lo *stare decisis* del sistema britannico prevede che le corti siano vincolate dai precedenti emessi da corti superiori o, nel caso della corte d'appello, di pari livello<sup>57</sup>. Questo lascia presupporre che, laddove una sentenza precedente abbia fornito un'interpretazione di un punto di diritto civile, sarà l'interpretazione della corte ad essere vincolante, e non la fonte di diritto romano o comune a cui abbia fatto riferimento il giudice nel formulare la sentenza. Ancora meno chiara appare in questo caso la rilevanza, ai fini dello sviluppo della *common law*, dell'effettiva correttezza e completezza dell'interpretazione del giudice, né il criterio da adottare per valutarla.

Si consideri, al fine di mettere questo problema in rilievo, lo specifico meccanismo che permette nel sistema britannico a una corte d'appello di annullare una precedente sentenza di un'altra corte d'appello in quanto formulata *per incuriam*, sarebbe a dire avendo trascurato un precedente o *Act of Parliament* vincolante. Difficile capire in questo contesto quale applicazione potrebbe avere questa procedura per una corte d'appello successiva che ritorni su una sen-

---

<sup>56</sup> Così lo considera, ad esempio, J. LEE, *Confusio*, cit., pp. 42-48.

<sup>57</sup> *White Book 2022*, II, a cura di P.D.W. COULSON, B. FONTAINE, J. SORABJI, Sweet & Maxwell, London, 2022, §§12.48-12.49.

tenza come quella di *Borwick*, o in quale modo un giudice potrebbe contestare la particolare interpretazione del diritto fornita dalla corte, o, ancora, se saranno rilevanti a questo scopo eventuali errori o lacune nella comprensione delle fonti citate. Non meno difficile la posizione del giudice che, come nello stesso caso *Borwick*, si trovi a dover decidere un caso storicamente legato al diritto romano o comune, ma che non sia stato risolto in precedenza: l'interpretazione del diritto da parte del giudice dovrà essere guidata quanto più possibile dalla giurisprudenza disponibile, ma risulta particolarmente opaco se e in che modo questa possa influenzare la selezione delle fonti rilevanti e la loro interpretazione.

In casi di questo tipo, la rilevanza del riferimento al diritto romano o a qualsiasi altra fonte di diritto comune da parte di un giudice appare doppiamente ambigua. Oltre alle difficoltà già menzionate riguardo la profondità di indagine necessaria, si aggiunge qui l'ulteriore problema di dover determinare, da una parte, se e in che modo la selezione delle fonti da prendere in esame vada indirizzata sulla base di quelle utilizzate nei precedenti rilevanti, dall'altra, quale possa essere l'effettiva utilità di una qualsiasi analisi delle fonti qualora il giudice si trovi di fronte ad una interpretazione vincolante delle stesse in un precedente giurisprudenziale.

DANIELA TARANTINO

TRACCE DI DIRITTO ROMANO NELLE  
CAUSE CANONICHE DI NULLITÀ  
MATRIMONIALE IN ETÀ CONTEMPORANEA:  
IL CASO DELL'ERRORE.  
SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE\*

**Abstract:** Il capo di nullità dell'errore di fatto, ed in specie dell'errore sulla qualità della persona direttamente e principalmente intesa, è senz'altro una delle fattispecie più interessanti in tema di diritto matrimoniale canonico, sia per l'evoluzione che la materia ha subito dal Codice di Diritto Canonico del 1917 a quello del 1983, sia per la chiara derivazione della sua disciplina dalle regole apprestate dal diritto romano. Nelle decisioni rotali e nelle sentenze dei Tribunali Ecclesiastici Regionali non si fa mai riferimento diretto a fonti romanistiche, eppure nelle medesime decisioni *pro vinculo* o *pro nullitate* risulta chiaro ed evidente, dalle citazioni di opere dottrinali e soprattutto di passi di sentenze riguardanti la medesima fattispecie, quanto il diritto romano abbia inciso sulla definizione, la regolamentazione, gli effetti dell'*error facti* nello *ius canonicum*. E probabilmente è anche per questo, oltre che per il fenomeno della canonizzazione delle leggi civili, che nella prassi giurisprudenziale canonica non si avverte la necessità di un richiamo diretto alla matrice romanistica, particolarmente evidente proprio nella descrizione codiciale dell'*error facti*. A dimostrazione dell'incidenza dei principi romanistici su tale fattispecie, nel presente articolo si analizzano quattro sentenze particolarmente significative per le tracce romanistiche presenti nel loro contenuto, le quali rendono attuale quello che potrebbe in apparenza sembrare solo un importante, ma ormai tramontato, 'reperito archeologico'. Si vince allora chiaramente come il diritto canonico, in una prospettiva storica essenziale e significativa, abbia accolto e sviluppato la dottrina romanistica non solo in generale, ma anche in particolare sulla normativa del matrimonio e sui vizi del consenso. Compresa la disciplina riguardante l'errore che, pur avendo subito nel tempo una spinta evolutiva, una chiarificazione giuridica riportata alle nuove esigenze, mantiene la struttura essenziale del diritto romano.

**Parole chiave:** *error facti*, matrimonio, diritto canonico, diritto romano.

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

**Tracks of Roman law in the canonical cases of nullity of marriage in the contemporary age: the case of the error. Points for a reflection.** The head of nullity of the error of fact, and especially of the error as to the quality of the person directly and principally intended, is undoubtedly one of the most interesting cases in canonical matrimonial law, both because of the evolution that the matter has undergone from the Code of Canon Law of 1917 to that of 1983, and because of the clear derivation of its discipline from the rules laid down in Roman law. In the rotal decisions and in the judgments of the Regional Ecclesiastical Tribunals there is never any direct reference to Romanistic sources, yet in the same decisions *pro vinculo* or *pro nullitate* it is clear and evident, from the citations of doctrinal works and especially of passages from judgments concerning the same case, how much Roman law has affected the definition, regulation, and effects of *error facti* in *ius canonicum*. And it is probably also because of this, as well as because of the phenomenon of canonization of civil laws, that in canonical jurisprudential practice there is no need for a direct reference to the Romanistic matrix, which is particularly evident precisely in the codifying description of *error facti*. As an illustration of the incidence of Romanistic principles on this case, the present article analyzes four judgments that are particularly significant for the Romanistic traces present in their content, which bring up to date what might on the surface appear to be only an important, but now defunct, 'archaeological find'. It then becomes clear how canon law, in an essential and significant historical perspective, has embraced and developed Romanist doctrine not only in general, but also specifically on the law of marriage and defects of consent. Including the discipline concerning error, which although it has undergone an evolutionary thrust over time, a juridical clarification related to new requirements, retains the essential structure of Roman law.

**Key words:** *error facti*, marriage, Canon law, Roman law.

### 1. *La disciplina codiciale dell'error facti*

Il capo di nullità dell'errore di fatto, ed in specie dell'errore sulla qualità della persona direttamente e principalmente intesa, è senz'altro una delle fattispecie più interessanti in tema di diritto matrimoniale canonico, sia per l'evoluzione che la materia ha subito dal Codice di Diritto Canonico del 1917 a quello del 1983, sia per la chiara derivazione della sua disciplina dalle regole apprestate dal diritto romano<sup>1</sup>. Nelle decisioni rotali e nelle sentenze dei Tri-

---

<sup>1</sup> Nella dottrina canonistica l'errore si distingue in *error iuris* ed *error facti*, a seconda che si riferisca alla persona del futuro coniuge o all'istituto matrimoniale.

bunali Ecclesiastici Regionali (dal 2015, a seguito della riforma di papa Francesco *Mitis Iudex Dominus Iesus* sul processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio, tripartiti in Tribunali diocesani, interdiocesani e metropolitani)<sup>2</sup>, non si fa mai riferimento diretto a fonti romanistiche (così come accade per gli altri vizi del consenso invalidanti il matrimonio), almeno a partire dalla *decisio* coram Canals del 21 aprile 1970. Questa si rivela lo spartiacque tra ‘il prima’ e ‘il dopo’, tanto da essere ritenuta da alcuni autori una sorta di ‘rivoluzione copernicana’ nell’interpretazione della giurisprudenza rotale dell’*error redundans*, andando ad incidere sullo stesso concetto di persona e spianando tuttavia la strada ad un’interpretazione evolutiva della norma non esente da rischi di abusi, in quanto l’uditore spagnolo, sotto la vigenza del trascorso Codice, riconosceva la nullità di un matrimonio per errore sulla qualità dell’altro contraente sostenendo che il rilievo oggettivo della qualità si configurasse come un *error in qualitate personae redundans in erro-*

---

L’*error facti* può riguardare l’identità fisica della persona o le sue qualità; l’*error iuris*, invece, può vertere sulla sostanza del matrimonio o sulle proprietà dello stesso (cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Edusc, Milano, 2001, p. 181; per approfondimenti sul tema dell’*error iuris* cfr. R.L. BURKE, *Riflessioni sull’errore di diritto quale capo di nullità matrimoniale come proposto da alcuni tribunali diocesani e interdiocesani*, in *Ius et Iustitia*, 2014, pp. 57-78). Inoltre, l’errore si dice ‘sostanziale’ quando riguarda l’identità della persona o la natura del matrimonio; ‘accidentale’ quando incide sulle qualità della persona. Generalmente, l’errore accidentale (*error simplex*) non rende invalido il matrimonio, tranne che la qualità venga intesa in maniera diretta e principale, ricorrendo in tal caso la fattispecie dell’*error qualificatus* (cfr. L. SPINELLI, *Intorno all’error in qualitate personae quale capo di nullità del vincolo matrimoniale*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 1987, p. 55).

<sup>2</sup> I tre principi cardine che hanno ispirato e sui quali si basa la riforma del processo canonico di nullità del matrimonio operata dal motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* di Papa Francesco del 15 agosto 2015 sono, per ammissione esplicita del pontefice nel Proemio dello stesso documento, «lo snellimento e la semplificazione del processo di nullità matrimoniale, riprendendo le indicazioni e i desideri emersi nel Sinodo straordinario dei Vescovi, riunitosi a Roma nell’ottobre 2014 ... un avvicinamento tra gli organi giudiziari della Chiesa e i fedeli, eliminando quella sensazione di distacco e di estraneità con cui viene molte volte percepita l’attività dei tribunali ecclesiastici ... un maggiore coinvolgimento del Vescovo nella gestione della giustizia ecclesiastica» (P. MONETA, *La dinamica processuale nel M. P. “Mitis Iudex”*, in *Ius Ecclesiae*, 2016, p. 40).

*rem personae*<sup>3</sup>. Interpretazione per la verità già assunta in precedenza da Arturo Carlo Jemolo, che aveva parlato di un errore su una qualità che scolpisce la figura di una persona e cioè che non è identificativa della sua soggettività, ma talmente significativa da descrivere

---

<sup>3</sup> La giurisprudenza rotale – a partire dalla sentenza coram Anné del 25 febbraio 1969 (in *Rotae Romanae Tribunal Decisiones seu Sententiae* [d'ora in poi *R.R. Dec.*], LXI, 25 febbraio 1969), e dalla sentenza coram Canals del 21 aprile 1970 (in *R.R. Dec.*, LXII, p. 370 ss.), che introducono il concetto di persona *magis integre considerata* – basandosi sia sull'evoluzione delle scienze sociali circa la concezione della persona, sia sulla dottrina del Concilio Vaticano II, oltre che sull'identità fisica della persona, sulla quale fino ad allora incideva l'errore, mette l'accento sull'aspetto morale della persona, ritenendolo non meno importante per l'identificazione dell'individuo (in tal senso vedi anche: coram Serrano, 28 maggio 1982, in *R.R. Dec.*, LXXIV, p. 310; sulla *decisio* coram Canals cfr. A. D'AURIA, *Tra error qualitatis e condizione implicita*, in *www.pusc.it*, pp. 4-6). Il diritto canonico ha sempre affermato che l'errore sulla persona, nel quale l'identità fisica della persona con cui si vuole contrarre matrimonio è oggetto di un falso giudizio, rende il matrimonio invalido (cfr. CIC 1917, can. 1083, § 1; CIC 1983, can. 1097, § 2). Tuttavia, il CIC 1917, per quanto riguardava l'errore sulla qualità, sanciva nel § 2 che questo rendesse invalido il matrimonio solo se: 1) l'errore sulla qualità della persona ridondasse in errore sulla persona; 2) se una persona libera contraesse matrimonio con un servo che per errore fosse ritenuto persona libera. In qualsiasi altro caso, l'errore sulla qualità non era giuridicamente rilevante (cfr. U. NAVARRETE, *Attuali problematiche in dottrina e giurisprudenza circa il can. 1097*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 1987, p. 81). La nozione di errore ridondante sulla persona, in effetti, richiede la previa ignoranza circa l'identità fisica della persona con la quale si vuole contrarre matrimonio, come nel vero errore sulla persona; inoltre postula che la qualità propria del coniuge, oggetto dell'errore, sia l'unico modo per l'errante di conoscere la persona del coniuge stesso (cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 200). L'errore sulla qualità direttamente e principalmente intesa si verifica quando nel processo di scelta coniugale una determinata qualità che si vuole trovare nel futuro coniuge, si trasforma in oggetto diretto e principale della scelta del contraente mentre il coniuge, che avrebbe tale qualità, diventa elemento indiretto e secondario. Conseguentemente, poiché la qualità diventa oggetto dello stesso consenso, l'*error in qualitate* rende invalido il matrimonio per difetto di oggetto del consenso, perché se l'errante avesse conosciuto la verità, non avrebbe mai accettato di contrarre matrimonio con quella determinata persona (cfr. L. SPINELLI, *Intorno all'error in qualitate personae*, cit., p. 58). Tuttavia, la qualità va considerata, per essere giuridicamente rilevante, dal punto di vista non solo soggettivo, ma anche oggettivo, «id est, non levis vel frivola, etsi non absolute gravis» (coram Palestro, sent. diei 22 maii 1991, in *R.R. Dec.*, LXXXIII, p. 318).

completamente la personalità del soggetto<sup>4</sup>. Eppure nelle medesime decisioni *pro vinculo* o *pro nullitate* risulta chiaro ed evidente, dalle citazioni di opere dottrinali e soprattutto di passi di sentenze riguardanti la medesima fattispecie, quanto il diritto romano abbia inciso sulla definizione, la regolamentazione, gli effetti dell'*error facti* nello *ius canonicum*, e probabilmente è anche per questo, oltre che per il fenomeno della canonizzazione delle leggi civili<sup>5</sup>, che nella prassi

---

<sup>4</sup> Cfr. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Utet, Torino, 1957, p. 122 ss. Pertanto la *qualitas*, avente valore essenziale per sé stante, prescinde dall'aspetto soggettivo: «... l'errore sulla persona va inteso come un *error in obiecto* e non deve essere limitato all'errore in *identitate obiecti* come si diceva in diritto romano, l'*error in corpore*, ma si deve comprendere anche l'*error in substantia obiecti*, l'errore cioè nelle proprietà essenziali della persona, nella sua dimensione spirituale, morale, sociale» (G. RICCIARDI, *Errore sulla persona e sulla qualità della persona intesa direttamente e principalmente nel matrimonio canonico*, in *La nuova legislazione matrimoniale canonica. Il consenso: elementi essenziali, difetti, vizi*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1986, p. 71). La persona, quindi, va considerata in armonia con la struttura e le finalità proprie del matrimonio e tenendo presente la coppia in concreto (di parere opposto R. FUNGHINI, il quale afferma: «Si deve ritenere come parto di fantasia l'illusione, diffusa e propagandata subito dopo la promulgazione del vigente Codice, di un radicale cambiamento o estensivo significato dal Codice attribuito alla parola persona» [*L'errore in persona*, in *Diritto Matrimoniale Canonico*, II, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2003, p. 155]). Già una sentenza coram Serrano del 28 maggio 1982 (in *R.R. Dec.*, LXXIV, p. 317, n. 15) aveva evidenziato che lo sbaglio di considerare la persona soltanto sotto l'aspetto fisico, derivava dal fatto di restringere l'oggetto del contratto allo *ius in corpus*, mentre «in armonia con il pensiero filosofico odierno e facendo propri i risultati cui è pervenuta la moderna antropologia, nell'interpretazione giuridica, bisogna partire da una concezione dell'uomo più profonda e più complessa di quella tradizionale dando rilievo all'essere sociale dell'uomo, alla relazione dialettica che si instaura tra individuo e società, all'esperienza storica che contribuisce al formarsi della personalità di ciascun individuo, con la conseguenza che l'errore su una delle qualità individuanti della persona costituisce un vero e proprio *error redundans in errorem personae*, un errore che si risolve nell'identità stessa della persona dell'altro contraente» (P. MONETA, *Errore sulle qualità individuanti e di interpretazione evolutive*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1970, I-II, p. 32).

<sup>5</sup> Il can. 22 afferma che «Le leggi civili alle quali il diritto della Chiesa rimanda, vengano osservate nel diritto canonico con i medesimi effetti, in quanto non siano contrarie al diritto divino e se il diritto canonico non dispone altrimenti». Pertanto, se il diritto precodificiale vedeva una vera e propria *recezione* del diritto romano come fonte suppletiva generale per tutto ciò che non fosse disciplinato autonomamente in ambito canonico, e questo indipendentemente dal riconoscimento di una genitura formale dello stesso in quel dato territorio, con il Codice del 1917 e

giurisprudenziale canonica non si avverte la necessità di un richiamo diretto alla matrice romanistica, particolarmente evidente proprio nella descrizione codiciale dell'*error facti*.

«§ 1. L'errore di persona rende invalido il matrimonio. §2. L'errore circa una qualità della persona, quantunque sia causa del contratto, non rende nullo il matrimonio, eccetto che tale qualità sia intesa direttamente e principalmente».

Così recita il can. 1097 del vigente Codice di Diritto Canonico ai paragrafi 1 e 2. Il fenomeno della possibile incidenza dell'errore sulla validità del matrimonio interessa una pluralità di profili: di qui le distinte figure dell'errore di fatto sulla persona del futuro

---

poi con il Codice vigente, ci si è limitati ad alcune ipotesi tipiche, relative soprattutto all'ambito patrimoniale (per approfondimenti sul tema cfr. C.M.F. MINELLI, *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione post-conciliare. Per un approccio canonistico al tema dei rinvii tra ordinamenti*, in *Periodica de re canonica*, 1996, pp. 445-487). Si può qui cogliere l'importanza del requisito del rinvio espresso, tenendo anche conto di come forme di canonizzazione potrebbero comunque essere previste dai legislatori canonici particolari, in tutti gli ambiti di propria competenza, e di come i Concordati provvedano spesso ad un'armonizzazione tra i due diritti nelle materie ritenute più rilevanti (cfr. G. FERRO CANALE, *Canonizzazione della legge civile*, in [www.filodiritto.com/canonizzazione-della-legge-civile](http://www.filodiritto.com/canonizzazione-della-legge-civile)). Prescindendo dalla controversia canonistica riguardo la loro esatta natura giuridica, si può affermare che, «come rilevava Falco, i Concordati non possono essere annoverati, quale categoria a sé, tra le fonti di produzione del diritto canonico poiché “solo in quanto il concordato viene pubblicato come legge ecclesiastica territoriale, e non in quanto è stato stipulato, sorgono diritti ed obbligazioni per i funzionari ecclesiastici e per i sudditi della Chiesa”. I Concordati, quindi, dopo la promulgazione canonica, in nulla si distinguerebbero dalle altre leggi ecclesiastiche e si porrebbero come fonti di diritto canonico particolare, territoriale» (G. BONI, *Norme statuali e ordinamento canonico: premessa ad uno studio sulla canonizatio*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1996, p. 347). Il diritto divino, allora, non può essere considerato come un mero complesso di regole astratte, ma come vera e propria fonte di *ius* capace, almeno in alcune circostanze, di determinare correttamente diritti ed obblighi nella fattispecie concreta, così da permettere al giudice di assolvere al proprio compito di rendere giustizia; sul punto cfr. J. MIÑAMBRES, *Il diritto divino come limite al rinvio normativo nell'ordinamento canonico*, in *Ius divinum. Atti del XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico (Venezia 17-21 settembre 2008)*, a cura di J.I. ARRIETA, coord. C.-M. FABRIS, Marcianum Press, Venezia, 2010, pp. 501-512.

coniuge o su una qualità intesa con volontà prevalente, dell'errore causato da dolo, e dell'errore di diritto. L'errore di fatto, nei casi di specie, verte su una qualità comune del futuro coniuge, intesa dal nubente con volontà prevalente, il che significa che la fattispecie in esame si configura quando l'intenzione della parte è diretta primariamente alla qualità, erroneamente supposta nel futuro coniuge, e solo secondariamente alla persona; perciò, la qualità è intesa in modo sostanziale e la persona in modo accidentale. Ecco perché tale errore, pur essendo di per sé accidentale, quindi non irritante, invalida tuttavia il consenso nei casi in cui, una certa qualità della comparte, venga fatta oggetto diretto e inderogabile del consenso. Il che richiede una volontà specifica, attuale o virtuale, circa tale qualità. L'errore sulla qualità, infatti, non costituisce un allargamento dell'errore di persona nell'ambito della personalità o identità psicologica dell'altro, bensì la constatazione che un errore accidentale diventa sostanziale quando determina la volontà del soggetto. Tale errore deve essere antecedente e riguardare una qualità determinata. Non si possono presumere come volute in modo diretto e principale quelle qualità generiche (per quanto oggettivamente importanti esse siano) che tutti desiderano trovare nel coniuge, cosicché la loro assenza dia luogo ad un errore implicito invalidante il consenso<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Come si afferma in dottrina: «Possiamo dire che si ha errore sulla qualità invalidante il matrimonio, quando il nubente vuole sposare, per così dire, la qualità considerata e cioè, a dir meglio, un astratto tipo di persona che è costituita dall'astrazione di quella qualità» (O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 73). Tuttavia, la giurisprudenza rotale ha ben individuato le caratteristiche che la qualità deve possedere per conferire rilevanza giuridica all'errore. Difatti, come si legge in un coram Giannecchini (sent. diei 15 martii 3 1996, in *R.R.Dec.*, LXXXVIII, p. 259), «qualitas bene determinata esse debet, definita ac certa, ita ut a voluntate clare ac penitus attingi possit et cum matrimonio contrahendo potissimum ita uniatur ut liquido principem locum obtineat». Come si afferma in una coram Stankiewicz (sent. diei 24 octobris 1991, in *R.R.Dec.*, LXXXIII, p. 676), «Autem si quaedam mulier nubere putaverit viro honesto, sano, affectuoso, diviti, sed postea reapse matrimonium contrahit cum nomine inhonesto, infirmo, violento, mendico, matrimonium valet, etiamsi a celebrando matrimonio aborruisset, si veritatem iam tunc cognovisset». La prova di questa categoria di errore non è semplice; tuttavia, avviene quando concorrono contemporaneamente: 1. la confessione delle parti, fatta in tempo non sospetto e confermata in

Infatti, per poter contrarre matrimonio basta non essere incapace né ostacolato da impedimento (can. 1058). L'aver sbagliato o l'essere convinto di avere sbagliato sposando una certa persona, non è causa di nullità né prova di errore invalidante circa alcuna qualità della medesima persona. Nel Codice è presente lo spirito e l'interpretazione del Concilio Vaticano II<sup>7</sup>, in cui si esprime un concetto integrale della persona umana, vista non solo nel suo aspetto fisico, ma anche in quello dinamico e comportamentale, in quanto tutta la persona viene coinvolta nell'atto decisionale di scegliere la comparte, pur esprimendo una valutazione precipua direttamente ad una qualità particolare<sup>8</sup>.

---

giudizio da testi degni di fede o da documenti adeguati; 2. *l'aestimatio qualitatis optatae*; 3. un complesso di circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti, che mostrino un *continuum vitae*, logico e coerente, del contraente. Inoltre, non è sufficiente provare la carenza della qualità desiderata, ma è necessario provare che il contraente ignorasse tale carenza al tempo della manifestazione del consenso matrimoniale perché, come giustamente si rileva in una coram Stankiewicz (sent. diei 28 aprilis 1988, in *R.R. Dec.*, LXXX, p. 282), «saepe accidit ut post nuptiarum celebrationem, ab altero coniuge eximias dotes ac virtutes quis exigit, de quibus ante nuptias numquam cogitaverat».

<sup>7</sup> Il Concilio Vaticano II, celebrato nel bel mezzo di trasformazioni storico-culturali di grandi proporzioni, inaugura una 'nuova epoca' nella vita della Chiesa, cercando orientamenti che diano nuova forma all'esistenza, che pongano nuove basi per costruire una civiltà più giusta e solidale. Il Concilio si apre, così, verso un orizzonte profetico e fiducioso, in cui la Chiesa che ama e che serve vuole rinnovarsi, assumendo forme ed atteggiamenti diversi in modo da essere aperta ad evangelizzare il mondo attuale e a parlare all'uomo contemporaneo. È proprio per quest'amore senza riserve all'uomo, che Giovanni XXIII apre il Concilio, dichiarando nell'atto di indizione del 25 dicembre 1961 che quest'evento avrebbe consentito di «mettere a contatto con le energie vivificatrici e perenni del Vangelo il mondo moderno», e alcuni mesi dopo, nel radiomessaggio dell'11 settembre 1962 in cui richiamava i problemi dell'uomo di «acutissima gravità», affermando che il Concilio avrebbe potuto offrire, con un linguaggio chiaro, soluzioni postulate dalla dignità dell'uomo e dalla sua vocazione cristiana per un'esistenza terrena più nobile, giusta e meritoria per l'intera umanità (cfr. A. STAGLIANÒ, *Il Concilio Vaticano II: la "riforma" della Chiesa cattolica tra memoria e profezia*, in <https://digilander.libero.it/dibiasio.neoassunti/primaria%20e%20I%20grado/Stabilire/Religione/concilio.pdf>).

<sup>8</sup> Viene così evidenziata e confermata anche nel Codice la concezione personalistica del matrimonio presentata nel Concilio Vaticano II, già peraltro implicita nella cosiddetta Terza Regola di sant'Alfonso, vale a dire «*si consensus fertur directe*

In virtù della probabile esistenza di errore il can. 126 afferma:

«L'atto posto per ignoranza o per errore, che verta intorno a ciò che non costituisce la sostanza, o che ricada nella condizione *sine qua non*, è nullo; altrimenti vale, se dal diritto non è disposto altro, ma l'atto compiuto per ignoranza o per errore può dar luogo all'azione rescissoria a norma del diritto».

La norma distingue chiaramente l'errore intorno alla sostanza dell'atto, che sempre lo rende nullo, e l'errore intorno a qualcosa che non appartiene alla sostanza dell'atto, che lo rende nullo soltanto quando la persona errante la costituisce condizione *sine qua non*, cioè qualcosa senza la quale la persona errante non porrebbe l'atto giuridico. Nella seconda ipotesi, si deve dimostrare non soltanto l'esistenza dell'errore, ma la sua riduzione dall'attore ad una condizione *sine qua non*. Secondo il canone, 'altrimenti vale, se dal diritto non è disposto altro'. Nell'ultima clausola del canone si tratta della possibile rescissione dell'atto posto per l'ignoranza o errore. Charamente la possibile rescissione non ha nessuna importanza per l'atto del consenso matrimoniale<sup>9</sup>. Quello che il legislatore afferma in

---

*et principaliter in qualitate, et minus principaliter in persona»* (ALPHONSUS DE LIGORIO, *Theologia Moralis*, Bononiae, sumptibus Remondianis, 1760, tom. III, lib. VI, tract. VI, cap. III, dubium II, n. 1016, p. 43), e recepit dalla giurisprudenza della Rota Romana. In particolare, il concetto di 'persona umana integrale', in aderenza alla *Gaudium et spes* n. 48, risulta ben espresso nella sentenza coram Di Felice del 14 gennaio 1978, che significativamente afferma: «*In proptatulo est haec verba "duarum personarum donatio", quae irrevocabili consensu matrimoniali perficitur, non respicere tantummodo donationem personarum physicarum, sed requirere donationem personarum quoad earum intimam structuram et veritatem interiorem, cum homo persona sit individuus suis dotibus moralibus iuridicis socialibus completus. Persona hominis enim, non dumtaxat nomine vel mensura et pondere corporis sicut externe cognoscitur, reapse determinatur, summopere in negotio maximi momenti prout est matrimonium, in quo plene et complete se tradere debet alteri coniugi in sua vera natura praesertim spirituali»* (in *Monitor Ecclesiasticus*, 1978, p. 276).

<sup>9</sup> L'errore si differenzia dall'ignoranza, sebbene non siano vizi della volontà, ma dell'intelletto: l'errore, infatti, presuppone un falso giudizio sulla realtà, mentre l'ignoranza rappresenta una totale mancanza di conoscenza. Tuttavia, per rendere invalido il matrimonio, «non sufficit mera voluntas habitualis aut interpretativa aut simplex desiderium inveniendi determinatam qualitatem in coniuge, sed requi-

modo generale nel can. 126 riguardo all'effetto dell'errore su un atto giuridico, lo specifica poi per l'atto giuridico del consenso matrimoniale nei cann. dal 1096 al 1099<sup>10</sup>. Se un matrimonio è accusato di nullità per ragione dell'errore del diritto, la causa allora deve essere giudicata con riferimento esplicito alla norma contenuta in questi canoni, e non con un riferimento generico al can. 126<sup>11</sup>. L'errore è, dunque, un atto dell'intelletto che consiste in un falso giudizio che ha come causa una falsa conoscenza della realtà. È per questo che la volontà viene erroneamente indotta ad emettere un consenso che non risponde alla realtà e quindi il vero consenso viene a mancare<sup>12</sup>.

Sulla scia del Codice della Chiesa latina, il CCEO non contribuisce all'elaborazione di una teoria generale dell'errore, ma regola alcune fattispecie concrete. Così i cann. 820-823 (errore nel matrimonio), il can. 993 (l'errore negli atti giuridici), i cann. 994-995 (la supplenza dell'errore), il can. 1436 § 2 (pena di chi sostie-

---

ritur intentio positiva, etiam implicita, subordinandi matrimonium qualitati optatae, ita ut nubens, si illius qualitatis carentiam cognosceret, nuptias invalidas putaret» (coram Bruno, sent. diei 26 octobris 1990, in *R.R. Dec.*, LXXXVII, p. 737).

<sup>10</sup> Sul punto cfr. R.L. BURKE, *Riflessioni sull'errore di diritto quale capo di nullità matrimoniale come proposto da alcuni tribunali diocesani e interdiocesani*, in <https://sskp.kapitula.sk>, pp. 67-68.

<sup>11</sup> Cfr. F. CATOZZELLA, *Error recidens in condicionem sine qua non (Can. 126) ed error in qualitate directe et principaliter intenta (Can. 1097 § 2). Profili di distinzione e di applicabilità nelle Cause di nullità matrimoniale*, in *Apollinaris*, 2019, pp. 15-19.

<sup>12</sup> Cfr. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 60-88. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nello stabilire che «mancando all'atto di volontà l'oggetto a cui esso tende direttamente e principalmente, cioè la qualità ricercata e ritenuta presente nella controparte, manca lo stesso consenso capace di dare origine al matrimonio» (A. ABATE, *Il consenso matrimoniale nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Apollinaris*, 1986, p. 466). In proposito, in una coram Bruno diei 26 octobris 1990 si legge: «*Agi potest de qualitate quae ex natura rei est necessaria ad exercitium iurium et obligationum essentialium matrimonialis contractus* (coram Pinto, lugdunen., diei 14 aprilis 1975, in *R. R. Dec.*, vol. XVII, p. 237, n. 11), *aut de qualitate quae, iuxta mores regionis, momentum habeat in vita familiari, sociali et religiosa, aut quae peculiare pondus pro nubente induat*».

ne una dottrina erronea condannata), can. 1497 (errore sulle leggi e sulle pene)<sup>13</sup>.

Già in queste prime definizioni emerge chiaramente l'impronta romanistica, che vede nell'errore la cognizione falsa di una situazione, la quale impedisce un giudizio esatto sul significato dell'atto che il soggetto sta compiendo o compirà e, dal momento che il giudizio influisce sulla volontà diretta a compiere quell'atto, si evidenzia il rapporto tra errore e volontà, considerato dal diritto romano sotto tre aspetti: errore escludente, motivante e qualificante la volontà.

## 2. *L'error facti nel diritto romano. Alcune note*

È principio già sancito dal diritto romano che l'*error in substantia* rende nullo il consenso e che, pertanto, *non videntur qui errant consentire* (Ulp., l. 116, § 2 D. *De R.I.* 50, 17). La storia dell'errore nell'esperienza giuridica romana, tuttavia, non si presenta in maniera lineare, né gli interventi giurisprudenziali e legislativi si sono ispirati sempre ai medesimi principi<sup>14</sup>.

Nella visione classica, in cui l'elemento della volontà inizia ad acquisire autonomia dalla dichiarazione, ma non ha ancora assunto una sua propria fisionomia, le questioni sottese alla patologia del negozio giuridico, e quindi anche quelle connesse all'*error facti*, venivano ancora risolte mediante il ricorso alle tecniche dell'interpretazione degli atti giuridici<sup>15</sup>. Nelle ipotesi di errore escluden-

---

<sup>13</sup> Tuttavia il legislatore codiciale latino ed orientale raccoglie alcune delle categorie maggiormente caratteristiche di tipi di errori segnalati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, occupandosi della loro disciplina (cfr. I. GRANADO HIJELMO, *Error*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, III, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013<sup>2</sup>, p. 665).

<sup>14</sup> Cfr. E. BETTI, *Errore (dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Utet, Torino, 1960, p. 660 ss.; P. VOCI, *Errore (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 229 ss.

<sup>15</sup> Sin dall'età classica venne elaborato e in seguito consolidato nella compilazione giustiniana il principio in base al quale l'errore esclude la volontà, determinando pertanto la nullità degli atti *inter vivos* e *mortis causa* (per approfondimenti

te e di errore motivante la volontà vigeva un principio generale di irrilevanza dell'errore, che poteva subire deroghe qualora le regole ermeneutiche avessero consentito, nel caso di difformità tra volontà effettiva e dichiarata, di annullare il negozio posto in essere ed eventualmente di ricostruire il contenuto dell'atto realmente voluto. L'errore qualificante la volontà, il cosiddetto errore-presupposto, fu invece isolato dalla giurisprudenza classica, che in diverse occasioni gli attribuì rilevanza e che a questo riguardo propose la distinzione fra *error iuris* ed *error facti*<sup>16</sup>. In ogni caso in quest'epoca le conseguenze dell'errore non si facevano discendere dalla sua eventuale scusabilità, concetto estraneo alla prospettiva classica, e complessivamente i giuristi elaborarono soluzioni differenti a seconda delle diverse situazioni, in base ad un approccio di tipo casistico ed empirico, piuttosto che dettare affermazioni di principio<sup>17</sup>.

Ancora nel periodo tardo antico l'errore escludente la volontà e l'errore motivante la volontà continuavano ad essere considerati in linea di principio irrilevanti, visto che il problema della patologia del negozio giuridico per assenza o vizio della volontà era ancora collegato al dolo ed alla violenza<sup>18</sup>. Nel Basso Impero la concezione dell'errore si caratterizzava per la sostanziale assenza di innovazioni sotto il profilo dell'elaborazione tecnica, rafforzandosi al contempo il principio dell'irrilevanza dell'errore di diritto<sup>19</sup>.

È con Giustiniano che si delinea in modo compiuto il concetto di errore-vizio della volontà, posto accanto al dolo ed alla violenza. La certezza delle relazioni negoziali si accertava non più mediante l'affermazione di principio dell'irrilevanza dell'errore, bensì attraverso la denominazione delle ipotesi in cui l'errore esplicava la sua

---

sul punto cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 587-598).

<sup>16</sup> Cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *Note sulla teoria dell'errore in diritto romano*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, pp. 18-19.

<sup>17</sup> Cfr. L. BENSALAH, «Errare humanum est». *L'errore nel diritto tra intenzionalità, razionalità ed emozioni*, in *Trento Law and Technology Research Group Student Paper n. 45*, Trento, 2018, p. 23.

<sup>18</sup> Cfr. P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 129.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 19.

efficacia invalidante. Così il parametro di ogni valutazione diveniva la scusabilità<sup>20</sup>. Pertanto, affinché l'*error facti* potesse assumere rilevanza giuridica secondo il diritto giustiniano era necessario che fosse essenziale (requisito indispensabile anche nel diritto classico), cioè che senza di esso il negozio non sarebbe stato concluso, e scusabile, ossia rapportato alla normale diligenza. Inoltre, nel caso di negozi bilaterali *inter vivos* era necessario che l'errore desse luogo al 'dissenso', vale a dire che fosse esso stesso bilaterale, oppure unilaterale purché riconosciuto dall'altra parte<sup>21</sup>.

Per l'errore che escludeva la volontà, colui che errava attribuiva al suo atto un significato diverso da quello che aveva esteriormente, cioè l'atto, come appariva agli altri, non era quello che l'errante avrebbe voluto. In questa categoria rientravano varie figure la cui tradizione romanistica aveva assegnato nomi assai noti: *error in negotio, in persona, in substantia, in nomine, in quantitate*. Per essi, infatti, il soggetto credeva di compiere un negozio di una data specie, o con una data persona, o avente un dato oggetto, e invece compiva un negozio che esteriormente era diverso o manifestava caratteristiche diverse. Mentre l'errore motivante la volontà aveva valore determinante rispetto ad una situazione, di cui poteva ragionevolmente

---

<sup>20</sup> Sul punto cfr. U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 483 ss. Esempio in tal senso l'istituto della *condictio indebiti*, particolare situazione che dava origine al dilemma se colui che aveva pagato credendo erroneamente di esservi obbligato poteva ripetere la somma corrisposta. L'ambiguità consisteva nel fatto che il soggetto era intenzionato ad effettuare il pagamento di quanto dovuto, ma contemporaneamente mancava la volontà di compiere un atto di pura liberalità. Rilevante risultava allora la distinzione tra *error facti* ed *error iuris*: nella gran parte dei casi giuristi classici e compilatori giustiniani ritenevano che nel caso di *error facti* la ripetizione dell'indebito potesse essere consentita, mentre nel caso dell'*error iuris*, che soprattutto in epoca posteriore venne considerato sempre non scusabile, si ravvisava l'irripetibilità della somma pagata (cfr. L. BENSALAH, «*Errare humanum est*», cit., p. 23; per un approfondimento sul tema anche in termini di comparazione con i sistemi di *common law* cfr. A. D'ANGELO, *L'errore senza rimedio. La trama di un dialogo fra common law e civil law in tema di ignorantia iuris, pagamento indebito e difesa dello status quo*, Giuffrè, Milano, 2006).

<sup>21</sup> Cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *Note sulla teoria dell'errore in diritto romano*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, pp. 18-19.

dirsi che non si sarebbe avuta se l'errore non ci fosse stato. Ed infine l'errore qualificante la volontà assumeva significato quando il diritto attribuiva effetti ad un atto, solo se l'agente si fosse trovato in una situazione di *nescientia*<sup>22</sup>.

L'ambito più noto e più importante di questo tipo di errore era ed è quello della buona fede: quando questa si fonda sopra un errore, è chiaro il valore qualificante di esso. Nel caso specifico dell'*error in persona*, questo rappresentava l'errore sull'identificazione della comparte o del destinatario di un atto, oppure sulle sue qualità. Comportava la nullità dell'atto quando l'identificazione della persona risultava essenziale<sup>23</sup>. Nel caso dell'errore sulle qualità essenziali dell'oggetto del negozio, è interessante notare come nelle fonti romanistiche talvolta lo si definisse *error in qualitate* per distinguerlo dall'*error in substantia* propriamente detto che verteva sulla materia da cui l'oggetto era costituito (cfr. D. 18.1.9.2), altre volte non si riteneva che vi fosse differenza di effetti fra i due, e che si giungesse in entrambe le fattispecie alla nullità del negozio stipulato<sup>24</sup>.

Nell'epoca successiva alla dissoluzione dell'Impero Romano, la disciplina giuridica dell'errore fu quasi esclusivamente correlata alla volontà intesa quale elemento del negozio giuridico e quale presupposto per la riferibilità di ogni atto, sia lecito sia illecito, ad un determinato soggetto. Le legislazioni barbariche non furono particolarmente attente all'elemento soggettivo e pressoché ignorarono le questioni connesse all'errore, affrontando l'argomento solo in fattispecie specifiche, collegate nella maggior parte dei casi all'ambito del diritto penale<sup>25</sup>. In questa fase il concetto di '*scientia*', intesa come conoscenza di dati oggettivi, iniziò ad assumere una struttura più articolata, e si ritenne rilevante soprattutto in campo penale,

---

<sup>22</sup> Cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *Note sulla teoria dell'errore*, cit., pp. 22-23, e M.C. MINARDO, *La rilevanza dell'errore nel matrimonio nel diritto canonico, nel diritto romano e nel diritto italiano*, Lateran University Press, Roma, 2007, p. 5.

<sup>23</sup> Cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *Note sulla teoria dell'errore*, cit., pp. 24-25 e L. BENSALHA, «*Errare humanum est*», cit., pp. 20-21.

<sup>24</sup> Cfr. D. 19.1.21; D. 45.1.22; D. 18.1.45.

<sup>25</sup> Cfr. L. BENSALHA, «*Errare humanum est*», cit., p. 23.

mentre scarse erano le casistiche civilistiche in cui 'la *scientia*' veniva posta al centro della riflessione per la risoluzione della fattispecie<sup>26</sup>. Fu solo con l'opera dei Glossatori che si tornò a riflettere, mediante un approccio più scientifico, sulle diverse e specifiche conseguenze originate dall'errore in ambito prettamente civilistico, tanto che fu proprio con Irnerio che cominciò a prendere corpo una vera e propria classificazione dell'errore fondata sulla distinzione dell'oggetto dell'errore a seconda che si trattasse di un fatto o di un diritto, e in tal caso, se si trattasse di diritto civile o di diritto naturale<sup>27</sup>. Per Irnerio, infatti, l'indagine doveva rivolgersi, di volta in volta, all'oggetto dell'ignoranza, al tipo di attività derivante (negoziale o delittuosa), agli effetti di tale attività, nonché alla posizione di attore o convenuto di colui che opponeva la propria ignoranza<sup>28</sup>.

Il contributo dei Commentatori fu, invece, rivolto specificamente all'ambito criminale, in cui si iniziò ad approfondire la relazione tra dolo, colpa ed errore, e sebbene le speculazioni scientifiche dei Glossatori e dei Commentatori non riuscirono ad elaborare una vera e propria sistematizzazione della disciplina giuridica dell'errore,

---

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 24.

<sup>27</sup> Cfr. *Pandectarum seu Digestorum Iuris Civilis*, Tomus Primus, quod Digestum Vetus vulgo appellant cum Accursii commentariis, mVenetiis, apud Nicolaum Bevilacqua, 1569, Gl. *Error*, p. 1423. Si parlava di *error facti probabilis* nella particolare situazione di rappresentazione di un fatto altrui in assenza di negligenza del soggetto agente, mentre l'*error iuris* non trovava quasi mai giustificazione, salvo alcune ipotesi di ignoranza dello *ius civile*, stante il fatto che l'*ignorantia iuris civilis*, nella costruzione teorica dei Glossatori, non aveva rilievo *in lucro captando*, bensì si ravvisava quando impediva di subire un danno (cfr. *ibidem*, Gl. *Regula est*, p. 1423; L. BENSALAHA, «Errare humanum est», cit., p. 24. Per approfondimenti sul tema cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Giuffrè, Milano, 1962).

<sup>28</sup> Particolarmente delicato era il problema legato all'oggetto, individuabile sia in un fatto (in tal caso l'errore poteva essere *probabilis* o poteva discendere da una *nimia securitas* colpevole), sia in un diritto (in tal caso potendo riguardare o il diritto naturale o il diritto civile). Il primo punto implicava «una valutazione intrinseca dell'errore messo in rapporto con un certo sviluppo soggettivo dell'agente; lungo la traccia dell'insegnamento irneriano le relative elaborazioni rimasero pressoché totalmente circoscritte all'*error facti*», per la cui teoria «presto il presupposto psicologico diventa il cardine» (E. CORTESE, *Errore (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 240-241).

riproponendo gran parte delle teorie elaborate dal diritto romano, e contribuendo all'assolutizzazione della massima '*errantis voluntas nulla est*', venne comunque determinata un'importante distinzione per i successivi studi in materia, quella tra '*error circa rem*', escludente la volontà, ed '*error circa causam*', rilevante solo se si fosse trattato di *causa finalis*<sup>29</sup>.

Seguendo i modelli romanistici attraverso il lavoro dei glossatori dei primi libri del Digesto<sup>30</sup>, i testi canonistici offrivano una trattazione generale dell'errore come istituto giuridico<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Se, dal punto di vista teorico, il passaggio «dal momento conoscitivo sul quale incide l'errore a quello del consenso da cui, in una tappa successiva, scaturisce la *voluntas* viene colto con una certa consapevolezza sin dall'epoca preaccursiana ... la configurazione dell'errore come vizio che agisca sul formarsi o il manifestarsi del *consensus-voluntas* si palesa scarsamente elaborata» (E. CORTESE, *Errore (dir. interm.)*, cit., pp. 245-246). A metà del XIII secolo Accursio, «nel raccogliere ed organizzare nel suo apparato la riflessione delle generazioni che lo avevano preceduto nello studio dei *libri legales*, ribadisce più volte come la mancanza del consenso renda nullo il negozio ... senza approfondire la sostanza teorica del problema», e Odofredo, pur riconoscendo ben sette tipologie di errore invalidanti la compravendita «si allinea alla classificazione accursiana», rivelando «poche differenze rispetto agli altri glossatori», e gli stessi giuristi del XIV e XV secolo «con riguardo all'*error nominis* preferiscono non formulare una soluzione univoca», sebbene vada sottolineato come i Commentatori da un lato abbiano attuato «una *distinctio* tra l'errore che cade sulla sostanza della persona», che già i Glossatori riconducevano al *genus* dell'*error in corpore*, «e quello che cade su una qualità o condizione», poiché «solo il primo determina l'intrasmissibilità della proprietà per il venir meno del consenso», e dall'altro abbiano condiviso la dottrina canonistica dell'*error in persona* che vizia il matrimonio, limitandosi a rinviare sul punto «alle molte opinioni espresse dai canonisti e da qualche civilista» (A. LEGNANI ANNICHINI, *Intolerabilis ergo error vitiat, quia conceptum mentis non exprimit*». *Le declinazioni dell'errore-vizio fra glossa e commento*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2021, pp. 43-45 e pp. 61-63).

<sup>30</sup> Per il *Digestum Vetus* cfr. ad esempio la glossa di JACOPO BUTRIGARIO (in G. FANTUZZI, *Notizie degli scrittori bolognesi*, II, Stamperia di San Tommaso d'Aquino, Bologna, 1782, p. 330 ss.).

<sup>31</sup> Il *Decretum Gratiani*, nel famoso passaggio *In quibus* (C 22 q. 2 c. 6) definiva l'errore con estrema semplicità affermando che *errare est falsum pro vero putare*. È alla dottrina matrimonialista (specialmente di Sánchez) ed alla giurisprudenza rotale che si deve l'elaborazione del concetto di errore nel matrimonio nelle distinte fattispecie di *error in persona*, in *qualitate personae*, in *dignitate sacramentali*, *redundans*, *pervicax*, ecc., nel quale senza dubbio si riscontra la costruzione giuridi-

### 3. *L'error in qualitate personae nel matrimonio canonico*

In ambito matrimoniale una prima accurata formulazione dell'errore è data da Graziano (c. XXIX, q. 1) e da Pietro Lombardo (Sent. 1.IV, d. 30). Tale formulazione si articola in una quadruplice divisione: *error personae*, *error conditionis*, *error fortunae*, *error qualitatis*. Il punto centrale della questione della rilevanza dell'errore di fatto nell'ambito del matrimonio risiedeva in particolare nel discernere quando l'errore su una qualità personale dell'altro nubente fosse tale da determinare la nullità del matrimonio medesimo<sup>32</sup>. A tal proposito l'Aquinate, trattando del consenso matrimoniale quale causa efficiente del matrimonio, faceva notare come la

---

ca più completa sull'errore come vizio del consenso. Lo scambio ed il confronto fra le idee della canonistica e della civilistica risultano determinanti per la comprensione dell'errore come 'problema' giuridico, soprattutto a partire dalla pandettistica tedesca del XIX secolo. Tuttavia, il fatto di non poter parlare di una teoria generale dell'errore, non significa che il diritto canonico non abbia attribuito allo stesso un'importanza singolare come istituto giuridico dal contenuto profondamente 'umano e morale', giacché con le distinzioni delle diverse tipologie di errore e delle conseguenze da queste derivanti, ha consentito la formulazione dell'atto umano, cosciente, libero e responsabile al fine di imputare all'attore le condotte veramente 'personali', depurandolo dalle imprecisioni e dai vizi che possono intaccarle. Questa 'profonda antropologia' del diritto canonico si è ripercossa sul diritto anglosassone che, sotto l'influenza canonistica, ha elaborato la regola dell'*equity* '*actus non facit reum nisi mens sit rea*' (cfr. I. GRANADO HIJELMO, *Error*, cit., p. 664; per approfondimenti sul tema cfr. D. TETI, *La nullità del matrimonio per errore sulle qualità della persona*, Lateran University Press, Roma, 2006, pp. 43-58).

<sup>32</sup> «At Gratianus licet cum P. Lombardo quadruplicem distinguat errorem scilicet personae, fortunae, conditionis, qualitatis, tamne canones antiquos neque de errore personae, neque de errore fortunae vel qualitati spotest allegare, neque singularis illius erroris redundantis in personam facit expressam mentionem, sed quoad rem ante dictum l.c. illum commemorat. Cuius notionis vel potius artis vocabuli, si non inventor, saltem principalis promotor fuit S. Thomas. In collectionibus Decretalium proprius quidem titulus habetur de impedimento erroris conditionis servilis, sed impedimentum erroris substantialis personae ibidem potius supponitur quam expressis legibus confirmatur ... Error substantialis de persona sive antecedens sive concomitans, vincibilis vel invincibilis, ex dolo vel sine fraude ortus, inculpabilis vel culpabilis sive ob defectuum sponsi errantis sive alius non errantis, exiure naturae, non ex mera constitutione Ecclesiae constituit impedimentum dirimens matrimonii ... Error de qualitate personae redundans in personam, cum revera sit error substantialis de ipsa persona, pariter iure naturae ob defectum

norma dell'errore fosse nuova solo formalmente, ma non sostanzialmente<sup>33</sup>.

Il rilievo dato da san Tommaso alla figura dell'*error qualitatis redundans in errorem personae*, nei secoli successivi divenne punto di riferimento obbligato per ogni confronto sul tema (al punto da essere poi introdotta nel *Codex Iuris Canonici* piano-benedettino del 1917, al can. 1083, § 2, 1°), ma originò pure non pochi problemi interpretativi su quale tipo di qualità (solo quella propria e individuale, come sosteneva Sánchez, oppure anche quella comune a più individui), potesse 'ridondare' sulla persona causando così la nullità del matrimonio<sup>34</sup>. Ogni altro tipo di errore di qualità, eccetto l'*error conditionis servilis*, era ritenuto non invalidante poiché, anche qualora avesse motivato la scelta di una data persona da sposare, non aveva determinato il consenso matrimoniale che risultava integro e dunque efficace<sup>35</sup>. Tale errore non rilevante venne denominato, con

---

mutui consensus dirimit matrimonium» (F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, Tom. IV, p. II, ed. 2 emendata et aucta, Prati, 1912, p. 13, n. 222-224).

<sup>33</sup> «Quidquid impedit causam de sui natura, impedit et effectum similiter. Consensus autem est causa matrimonii. Et ideo quod evacuat consensum, evacuat matrimonium. Consensus autem voluntatis est actus qui presupponit actum intellectus. Deficiente autem primo, necesse est defectum contingere in secundo. Et ideo, quando error cognitionem impedit, sequitur etiam in ipso consensu defectus. Et per consequens in matrimonio. Et sic error de iure naturali habet quod evacuet matrimonium» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, Tertiae partis supplementum*, Romae, ex typographia Senatus, 1887, q. 51, art. 1, p. 262). Partendo da questa definizione, secondo il Wernz l'impedimento dell'errore sostanziale si basava sul diritto naturale e nel diritto romano si prevedeva solo *quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit* (D. 2. 1. 15).

<sup>34</sup> Sebbene oggi non esista più l'*error redundans*, non per questo è cessata la *redundantia* riferita ad un'identità ideale della persona, perché se generalmente la qualità è una *circumstantia addita* alla persona già fisicamente ben definita, essa può essere anche una circostanza che, unita alla persona stessa, diventa come un tutt'uno con essa, per cui può essere sostanziale e accidentale, e conseguentemente anche l'errore può essere sostanziale o accidentale a seconda che riguardi una qualità sostanziale della persona in quanto oggetto essenziale dell'atto giuridico, o accidentale la quale può, dall'intenzione della parte, essere elevata a qualità sostanziale, soprattutto in base all'importanza che le viene attribuita (cfr. C. GULLO, *Error qualitatis redundans in errorem personae*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1992, pp. 323-359).

<sup>35</sup> La tradizione canonistica, specie con il vecchio Codice, ha sempre inteso la persona in senso prevalentemente fisico, e anche dopo la promulgazione del nuo-

una terminologia romanistica che è d'uso ancora oggi, *error dans causam contractui*, adoperata nel nuovo *Codex Iuris Canonici* del 1983 al § 2 del can. 1097, oppure *error antecedens*, espressioni entrambe che si riferiscono all'ipotesi in cui l'errore sia stato il motivo che ha condotto a contrarre il matrimonio o a quel particolare stato d'animo del soggetto per il quale, se avesse conosciuto la verità, non avrebbe contratto<sup>36</sup>. Il nuovo canone non costituisce l'interpretazione della vecchia norma, perché la materia è stata completamente riordinata *ex integro* introducendo la formulazione del dolo come capo di nullità, e dunque impedendo di operare forzature sull'interpretazione dell'*error redundans*. Con il Codice di Diritto Canonico l'errore passa dalla categoria dell'impedimento a quella di vizio del consenso, diversificando in maniera netta i principi su cui poggiano l'errore nel contratto e l'errore nel matrimonio: se in mate-

---

vo Codice non sono mancati canonisti che hanno ribadito questo concetto e tale interpretazione ristretta (cfr. U. NAVARRETE, *Error in persona*, in *Periodica*, 1998, p. 365), e sentenze rotali che hanno seguito tale dottrina (cfr. coram Florczak, 17 dicembre 1927, in *R.R. Dec.*, XIX, p. 527; coram Mannucci, 20 giugno 1932, in *R.R. Dec.*, XXIV, p. 231; coram Wynen, 28 marzo 1939, in *R.R. Dec.*, XXXI, p. 179; coram Heard, 21 giugno 1941, in *R.R. Dec.*, XXXIII, p. 528). La persona, tuttavia, non è solo un concetto ontologico o filosofico, e la definizione di *natura rationalis individua substantia* data da Boezio e riportata da san Tommaso (in *Summa Theologica*, Pars Prima, Romae, ex typographia Senatus, 1886, q. 29, art. 1, pp. 248-249) non è pienamente applicabile *in re matrimoniali*, poiché in questo contesto la persona va considerata sotto il duplice profilo dell'essere una realtà ontologica e dell'essere una realtà giuridica, in quanto fonte di diritti e doveri verso se stessa e verso l'altra persona con la quale si coniuga, oltre che verso la futura prole (cfr. S. VILLEGIANTE, *Errore e volontà simulatoria nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1984, p. 487).

<sup>36</sup> Pertanto, se per la validità del consenso matrimoniale, come atto umano, si richiede la *cognitio*, la *aestimatio* e la *selectio*, ed in mancanza di uno di questi tre elementi si ammette il difetto dell'atto umano e quindi dello stesso consenso matrimoniale, allora appare evidente che, di fronte ad una *cognitio mendosa* non si possa avere una vera *aestimatio* ed una vera *selectio*, e che quindi ad un difetto di libertà umana nella scelta consegue un difetto dello stesso atto umano cioè dello stesso consenso matrimoniale (cfr. P. MONETA, *Commento alla Sentenza su Errore di persona ed incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica (incesto)*, coram Silvestri, diei 9 octobris 2013, in [www.ascait.org/sentenza-su-errore-di-persona-ed-incapacita-ad-assumere-gli-obblighi-essenziali-del-matrimonio-per-cause-di-natura-psichica](http://www.ascait.org/sentenza-su-errore-di-persona-ed-incapacita-ad-assumere-gli-obblighi-essenziali-del-matrimonio-per-cause-di-natura-psichica)).

ria contrattuale l'errore pone l'accento sulla divergenza tra interessi regolati e interessi reali ponendo nell'ombra l'evento psichico della divergenza tra rappresentazione e realtà, nel matrimonio, invece, è proprio l'elemento soggettivo dell'ignoranza ad essere in primo piano<sup>37</sup>. Il matrimonio, diversamente dal contratto, è una dichiarazione di volontà che non ha contenuto patrimoniale, ma mira alla costituzione di uno *status*, i diritti e i doveri inerenti al quale sono tipici; inoltre, il matrimonio inteso come accordo tra gli sposi, costituisce anche il fondamento della famiglia, di una comunità alla quale lo Stato assicura certezza e stabilità. Tali affermazioni giustificano la disciplina particolare dell'atto di matrimonio e delle sue invalidità, differente rispetto a quelle degli altri atti di autonomia, sotto il profilo sia delle cause sia degli effetti<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Si legge in una coram Pompedda: «*Contrahens directe et principaliter suum consensum dirigit in qualitatem vel qualitates determinatas (alterius nubentis); indirecte, autem, et subordinate, in personam (alterius partis); exinde qualitas refunditur in personam eamque specificat, adeo ut obiectum consensus substantialiter contineat in sua intentione illam qualitatem, qua proinde deficiente, corrumpitur oportet ipse consensus*» (Goana et damanem, sent. diei 23 Julii 1980, in *R.R. Dec.*, XXII, p. 524, n. 5). In una coram Stankiewicz del gennaio 1984 si sostiene in proposito: «*nostris Fori jurisprudentia explanatur adhibito criterio qualitatis individualis et exclusive propriae et determinatae personae adhuc ignotae, cuius identificatio phisica fit per talem qualitatem in qua igitur intentio contrahentis directe fertur et indirecte tantum personam phisicam, aut aliter cognita non fuerit nisi per talem qualitatem, quod ideo in consensum matrimonialem directe et principaliter ingreditur*» (*R.R. Dec.*, sent. diei 24.01.1984, n. 3). In una coram Bruno del 1991 si afferma: «*obiectum erroris ideo versari debet non circa fines intentos vel per matrimonium obtinendum, sed circa qualitatem exigentam*» (sent. diei 18.12.1991, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1992, p. 373).

<sup>38</sup> Il matrimonio, nel suo momento genetico, è un 'patto' (cfr. can. 1055, § 1), che la legislazione canonica definisce, con termine equivalente, anche 'contratto' (cfr. can. 1055, § 2). Con tale espressione, chiaramente, la legge canonica non vuole collocare un atto di tale rilevanza esistenziale sul medesimo piano di ogni altro negozio contrattuale, ma intende porre l'attenzione sul fatto che il patto matrimoniale si realizza attraverso il concorrere della volontà dei contraenti sul medesimo oggetto. Da questa impostazione di principio consegue che l'elemento essenziale del matrimonio è il consenso delle parti che lo contraggono: *matrimonium facit partium consensus*. Il consenso matrimoniale, per essere valido, deve essere, dunque, un atto personale, una scelta cosciente, responsabile e libera (cfr. P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio*, CYA, Firenze, 1952, p. 114 ss.).

Il rapporto romanistico tra errore escludente, motivante e qualificante in rapporto alla volontà, è quindi presente nell'ambito del diritto matrimoniale canonico, seppur con accezioni diverse. Qui l'errore, rispetto alla volontà dell'agente, è antecedente o *causam dans*, quando causa l'atto ed agisce in modo da costituire la motivazione per cui la volontà si determina; e invece concomitante quando accompagna l'atto di volontà, ma non interessa la motivazione principale per cui viene posto l'atto. Inoltre, altra grande distinzione delineata dal diritto romano e recepita dal diritto canonico è quella tra *error iuris* ed *error facti*, senza dimenticare che è proprio la Scolastica a sviluppare la dottrina relativa all'*error facti*, è san Tommaso a riprendere in modo sistematico l'insegnamento della tradizione partendo dal diritto romano, ed è Sanchez ad approfondire la nozione romana dell'*error redundans*, dimostrando come l'influenza del diritto romano sul diritto canonico trovi la sua giustificazione nella fitta rete di connessione, più che di distinzione, che sta alla base della loro comparazione<sup>39</sup>. E ciò risulta particolarmente evidente proprio nella materia matrimoniale, soprattutto nella fattispecie della nullità per errore sulla qualità.

Nel matrimonio l'errore circa una qualità della persona ha valenza nell'invalidità solo se possiede la caratteristica di essere intesa direttamente e principalmente; quindi, è necessario che ci sia una qualità richiesta dall'atto di volontà di una parte, che sia oggetto immediato di tale volontà, e che sia prevalente. Una qualità voluta direttamente e principalmente non solo invalida il matrimonio *ex capite erroris qualitatis*, ma anche *ex capite condicionis*. Infatti, volere una qualità direttamente e principalmente altro non è che porre una vera e propria condizione, benché sia implicita. La qualità di cui si tratta, quindi, non può essere qualunque e per essere giuridicamente rilevante va considerata tanto dal punto di vista soggettivo, quanto da quello oggettivo, «id est, non levis vel frivola, etsi non

---

<sup>39</sup> Cfr. M.C. MINARDO, *La rilevanza dell'errore*, cit., p. 55.

absolute gravis»<sup>40</sup>. La qualità, pertanto, acquista rilevanza giuridica sul piano consensuale, perché non si può prescindere dalla peculiare natura del consenso coniugale come relazione interpersonale realizzata attraverso la mutua accettazione, che solo può aver luogo attraverso l'immagine intenzionale che ognuno ha dell'altro, arricchita dal resto di tutte le componenti affettive ed anche emotive che caratterizzano la comunicazione interpersonale<sup>41</sup>. L'*error in qualitate* non è un *error redundans*, ma la volontaria 'sostantivizzazione' della qualità su cui si cade in errore, comporta un errore sostanziale di fatto, un'assenza dell'oggetto proprio del consenso, tanto da causare la nullità del matrimonio. Una determinata qualità della persona è voluta non in modo generico, bensì principale, cioè prevalente, come direbbe sant'Alfonso, alla cui posizione dottrinale il legislatore si è rifatto, «consensus fertur directe et principaliter in qualitate et minus principaliter in personam»<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Coram Palestro, sent. diei 22 maii 1991, in *R.R. Dec.*, LXXXIII, p. 318. Sul punto cfr. J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Pioda, Roma, 1992, pp. 345-346. Sebbene non si possa ampliare il concetto di 'persona' tanto da includervi qualità che sostanziali non sono, fino a svuotare di significato la *qualitas directe et principaliter intenta* (can. 1097, § 2), tuttavia, obiettivamente esistono delle qualità talmente rilevanti che, unendosi alla persona fisica fino ad incorporarsi in essa, la fanno essere diversa da quella che appare, come affermato in una coram Pompedda in cui si legge: «num eiusmodi notio personae utpote nempe merae realitati spsysicae respondeat nostri temporis hominum conscientiae ... ad bonum coniugum et ad fines essentialia connubi magis persona in sua realitate physica an vero praedita quibusdam qualitatibus conferat» (22 luglio 1985, in *R.R. Dec.*, LXXVII, p. 399, n. 9).

<sup>41</sup> Difatti, come si legge in un coram Giannechini (sent. diei 15 martii 1996, in *R.R. Dec.*, LXXXVIII, p. 259), «qualitas bene determinata esse debet, definita ac certa, ita ut a voluntate clare ac penitus attingi possit et cum matrimonio contrahendo potissimum ita uniatur ut liquido principem locum obtineat».

<sup>42</sup> ALPHONSUS DE LIGORIO, *Theologia Moralitatis*, cit., p. 43.

4. *L'errore sulla qualità direttamente e principalmente intesa come capo di nullità matrimoniale. Alcune fattispecie*

Sono poche le pronunce della Rota per errore di persona, specialmente nell'epoca precedente la *coram Canals*<sup>43</sup>. Sebbene sotto l'influsso dell'ecclesiologia del Vaticano II e del suo concetto di persona considerata nella sua totalità di diritti e nella sua dignità, le cause di nullità matrimoniale introdotte per *error qualitatis* aumentino, restano comunque scarsamente numerose le cause introdotte davanti ai Tribunali Ecclesiastici e dinanzi alla Rota Romana per tale capo di nullità matrimoniale, e la maggior parte delle relative *decisiones* risultano pronunciate dalla Rota tra il 1995 ed il 1998<sup>44</sup>. A dimostrazione dell'incidenza dei principi romanistici sulla fattispecie dell'*error facti*, appaiono particolarmente significative quattro sentenze, le cui tracce romanistiche presenti nel loro contenuto rendono attuale quello che potrebbe in apparenza sembrare solo un importante, ma ormai tramontato, 'reperto archeologico'. Si tratta della sentenza del 27 settembre 2005 (causa *Catacen – Squillacen*) pronunciata dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Calabro, di quella del 18 dicembre 2003 pronunciata dal Tribunale di Appello presso il Vicariato di Roma (causa *Neapolitana*), e delle decisioni rotali *coram Caberletti* del 25 ottobre 2002 (causa *Pragensi*) e del 29 settembre 2015 (causa *Ariminen*).

«Dichiariamo, pronunciamo e definitivamente sentenziamo che consta della nullità del matrimonio celebrato tra C. e D., ritenendo che al dubbio propostoci *se risulti dimostrata la nullità del matrimonio a moti-*

---

<sup>43</sup> Cfr. *coram Sincero*, 27 maggio 1911, in *R.R. Dec.*, III, p. 178 ; *coram Heiner*, 16 aprile 1913, in *R.R. Dec.*, V, p. 243; *coram Florczak*, 17 dicembre 1927, in *R.R. Dec.*, XIX, p. 527 ; *coram Mannucci*, 20 giugno 1932, in *R.R. Dec.*, XXIV, p. 231 ; *coram Wynen*, 28 marzo 1939, in *R.R. Dec.*, XXXI, p. 179; *coram Heard*, 21 giugno 1941, in *R.R. Dec.*, XXXIII, p. 533; in tal senso cfr. S. CARMIGNANI CARIDI, *L'error personae vel qualitatis personae nella giurisprudenza rotale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1991, pp. 105-118.

<sup>44</sup> Precisamente 3 nel 1995 tutte *pro vinculo*, 4 nel 1996 tutte negative, 5 nel 1997 di cui 4 *pro vinculo* ed una *pro nullitate*, 7 nel 1998, di cui 3 affermative, 3 negative ed una non pubblicata *coram Sable* del 29 aprile.

*vo Errore da parte della donna attrice su una qualità dell'uomo convenuto, ex can. 1097, § 2 del Codice di Diritto Canonico, si debba rispondere AFFIRMATIVE»<sup>45</sup>.*

Nel libello presentato dalla donna ed accolto dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Calabro (in cui la maggior quantità di cause per errore sulla qualità direttamente e principalmente intesa risulta presente negli anni 2010, 2011 e 2012 con 29 sentenze emanate, di cui 15 affermative e 14 negative), si sottolinea il desiderio di maternità da sempre presente nella stessa e manifestato espressamente al convenuto sin dall'epoca del fidanzamento, e il senso di frustrazione dalla donna provato per non essere riusciti a consumare il matrimonio, motivo per il quale l'attrice esige che anche il convenuto si sottoponga ad alcuni controlli medici specifici dai quali risultano inequivocabilmente i suoi problemi di salute impedienti la consumazione, assieme al suo disinteresse nel trovare un'adeguata soluzione. È proprio di fronte a questa situazione 'senza via d'uscita' che la donna prende atto di essere caduta in quello che definisce 'tragico errore': era convinta che il convenuto fosse la persona idonea a renderla madre e per questo lo aveva sposato. Nel dichiarare la nullità del matrimonio, il Tribunale Ecclesiastico Regionale Calabro nella sua decisione, pur non riportando, all'interno della *pars in iure* della motivazione, un esplicito richiamo a regole o criteri di derivazione romanistica, segnala tuttavia una serie di riferimenti a *decisiones* rotali, a loro volta fondate su alcuni principi cardine di diritto romano in materia di *error facti*, ancora oggi indispensabili punti di riferimento nella valutazione delle fattispecie sottoposte al giudizio rotale o dei tribunali diocesani o interdiocesani. Su principi romanistici si fonda la decisione del Tribunale Ecclesiastico Regionale Calabro quando afferma, rifacendosi ad una coram Giannecchini del 19 giugno 1992, che

---

<sup>45</sup> Tribunale Ecclesiastico Regionale Calabro, sentenza coram Sposato, 27 settembre 2005, in *In charitate Iustitia – Rivista Giuridica*, 2005, p. 251.

«l'oggetto dell'errore non sono le qualità generiche, comuni e prive di significato, ma solo quelle specifiche che connotano la personalità di un individuo (fisiche, morali e spirituali) che si credono esistenti nella comparsa e le si vogliono principalmente e direttamente e che non si fondano sulle promesse di una o sulle speranze dell'altro, ma in una falsa persuasione che vi siano, mentre in realtà non esistono. Si opera l'errore che rende invalido il matrimonio se la qualità si intende prima che sulla persona»<sup>46</sup>.

Nella stessa sentenza, si richiama il passaggio di una coram Bruno del 18 dicembre 1991, che sulla scorta del diritto romano, evidenziandone l'attualità, afferma:

«in nova jurisprudentia, non amplius exigitur ut qualitas determinet personam physicam, iam comparti notam, sed eiusdem personalitatem quae eruitur ex qualitatibus physicis, spiritualibus, moralibus, iuridicis, familiaribus et socialibus tam intime cum persona physica connexis, ita ut, si deficiunt, etiam persona physica prorsus diversa resultet»<sup>47</sup>.

Da tale affermazione, il cui contenuto, espresso con altra terminologia, ritroviamo anche in una coram Faltin del 26 maggio 1989, si desumono i seguenti principi di matrice romanistica<sup>48</sup>:

- L'errore sulla persona, essendo sostanziale, è sempre invalidante per la sua stessa natura;
- L'errore su una qualità della persona direttamente e principalmente intesa è anch'esso sostanziale e, come tale, sempre invalidante;
- La qualità direttamente e principalmente intesa è da considerarsi in senso oggettivo;
- L'errore non si può confondere né con l'ignoranza, né con la condizione, in quanto:

---

<sup>46</sup> Coram Giannecchini, sent. diei 19 iunii 1992, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1993, IV, p. 539.

<sup>47</sup> Coram Bruno, sent. diei 18 decembris 1991, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1992, III-IV, p. 373.

<sup>48</sup> Cfr. coram Faltin, sent. diei 26 maii 1989, in *R.R. Dec.*, LXXXI, p. 383.

- L'errore è una falsa conoscenza, mentre l'ignoranza è la mancanza di conoscenza;
- Nell'errore la qualità è intesa *directe e principaliter*, e cioè in modo precipuo e particolare, mentre nella condizione, la qualità è intesa in modo esclusivo.

Per dirla con termini ripresi dal diritto romano e inseriti in una coram Jarawan del 6 febbraio 1991 citata dal giudice ecclesiastico calabro,

«error differt ab ignorantia ... nam error est cognitio mendosa, ignorantia vero carentia cognitionis. Obiectum erroris versari debet non circa fines intentos in et per matrimonium obtinendos, sed circa qualitatem compartis ad illos fines apparandos»<sup>49</sup>.

Le qualità sono da intendersi quelle che rendono l'identità morale del soggetto e, come tali, sono qualità sostanziali e non futili, perché comprendono la struttura integrale, fisica, psichica, spirituale, religiosa, morale, sociale e risultano indispensabili per la realizzazione del *consortium totius vitae*. Pertanto, come rilevato nella stessa sentenza del Tribunale Calabro, la prova dell'errore esistente si verifica quando si è in presenza delle seguenti condizioni, segnalati in una coram Pompedda del 22 maggio 1991 e riecheggianti nella loro forma e nel loro contenuto i principi di diritto romano sopra richiamati: 1. *mens errantis qui per unam vel aliam qualitatem determinat seu designat personam compartis*; 2. *momentum et munus quod assumit qualitas in mente errantis, attentis omnibus circumstantiis sive personae sive loci*; 3. *determinatio errantis quae fundetur in qualitate et rationem contrahendi*; 4. *modus agendi seu renitendi errantis statim ac veritatem detegit*<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Coram Jarawan, sent. diei 6 februarii 1991, in *R.R. Dec.*, LXXXIII, p. 78, n. 3.

<sup>50</sup> Cfr. coram Pompedda, sent. diei 22 maii 1991, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1992, I, pp. 11-12.

In una coram Stankiewicz del 24 gennaio 1984, richiamata dalla sentenza emessa dal Tribunale Calabro, si può leggere in proposito:

«Nostri Fori iurisprudencia explanatur adhibito criterio qualitatis individualis et exclusive propriae et determinatae personae adhuc ignotae, cuius identificatio phisica fit per talem qualitatem in quam igitur intentio contrahentis directe fertur et indirecte tantum personam sibi praesentem. Aliis verbis, qualitas non communis et propria et individualis determinare debet in individuo illam personam phisicam, quae ideo in consensum matrimonialem directe et principaliter ingreditur»<sup>51</sup>.

Nell'Esortazione Apostolica *Familiaris consortio*, al n. 32 Giovanni Paolo II, rifacendosi alla *Gaudium et spes*, n. 5, ha dichiarato:

«Il Concilio Vaticano II ha dichiaratamente affermato che quando si tratta di comporre l'amore coniugale con la trasmissione responsabile della vita, il carattere morale del comportamento non dipende solo dalla sincera intenzione e dalla valutazione dei motivi, ma va determinata da criteri oggettivi, che hanno il loro fondamento nella natura stessa della persona e dei suoi atti»<sup>52</sup>.

Tutta la persona viene quindi coinvolta nell'atto decisionale di scegliere la comparte, pur esprimendo una valutazione precipua diretta ad una qualità particolare.

Su riferimenti di equal valore e contenuto, ma giungendo ad una decisione di forma contraria, si basa anche la sentenza del Tribunale di Appello presso il Vicariato di Roma (causa *Neapolitana*, 18 dicembre 2003), in cui i giudici – che accolgono la presentazione del libello della donna, la quale faceva presente di essersi rivolta al Tribunale Regionale Campano accusando di nullità il suo matrimonio «a motivo dell'errore della parte attrice su di una qualità direttamente e principalmente intesa a norma del can. 1097, § 2,

---

<sup>51</sup> Coram Stankiewicz, sent. diei 24 ianuarii 1984, in *R.R. Dec.*, LXXVI, n. 4.

<sup>52</sup> GIOVANNI PAOLO II, Esortazione Apostolica *Familiaris consortio*, n. 32, in *www.vatican.va*.

CIC», esponendo che il convenuto «dopo il matrimonio aveva subito una trasformazione per me inverosimile ... Era un uomo completamente differente da quello che avevo conosciuto» (Somm., 8) che non rispondeva per niente alle attese che si era fatta nel corso del fidanzamento, in particolare riguardo alla prole che lei desiderava e che il marito dopo le nozze respingeva assolutamente – concludono con la formula

«NEGATIVE, seu non constare de nullitate matrimonii in casu, ob errorem ex parte mulieris in qualitatem viri directe et principaliter intentam. Ideoque sententiam primi gradus infirmandam esse»<sup>53</sup>.

Nella sentenza del Tribunale di Appello presso il Vicariato di Roma, si legge il riferimento ad una coram Stankiewicz del 24 ottobre 1991 che, sulla base delle regole del diritto romano, al n. 10 così afferma:

«qui enim momento initi matrimonii ita animo dispositus est, ut, si errorem in qualitate personae detegeret, consensum matrimoniale non eliceret, matrimonium valide celebrat, etsi ex errore agit. Haec enim circumstantia naturam erroris non mutat nec ei tribuit vim irritatem consensum, quia effectum iuridicum non nisi voluntas actus existens producere valet, minime vero voluntas mere interpretativa seu hypothetica, quae actu non existit»<sup>54</sup>.

Nella stessa *decisio* al n. 9 l'uditore rotale, richiamando la teoria sull'errore di romanistica memoria, afferma:

«error huiusmodi in qualitate personae directe et principaliter intenta in ambitu autonomiae voluntatis contractualis operatur, ex quo qualitas etiam in se accidentalis, pro agente tamen, hoc est subiective, elementum substantiale evadit et substantiam consensus ingreditur»<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Coram de Agar, sent. diei 18 decembris 2003, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2004, IV, II, p. 427.

<sup>54</sup> Coram Stankiewicz, sent. diei 24 octobris 1991, in *R.R. Dec.*, LXXXIII, p. 675, n. 10.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 675.

Non è la materia su cui si erra la causa della nullità (come avviene invece nell'*error in persona*), ma il positivo atto con cui essa è voluta, e di conseguenza il modo in cui essa è entrata a integrare l'oggetto del consenso matrimoniale (così una *coram* Stankiewicz, del 12 luglio 1996, n. 15). Tale qualità deve assurgere, nelle intenzioni del contraente, a oggetto principale e diretto del suo voler sposare l'altro, al punto che, secondo una parte importante della dottrina, oggetto del consenso matrimoniale sarebbe la qualità e non più la persona del coniuge.

«*Contrahens directe et principaliter suum consensum dirigit in qualitate vel qualitates determinatas, indirecte autem et subordinate in personam; exinde qualitas refunditur in personam eamque specificat, adeo ut obiectum consensus substantialiter contineat in sua intentione illam qualitatem, qua proinde deficiente corrumpitur oportet ipse consensus*»<sup>56</sup>.

Così recita una *coram* Pompedda, del 23 luglio 1980, rifacendosi ai richiamati principi romanistici in materia. Proprio per tale motivo, citando una *coram* De Lanversin del 20 marzo 1983, si sottolinea come

«*certe ad nullitatem declarandum matrimonii, non sufficit existentia defectus qualitatis directe et principaliter intentae, sed necessario probari debet ignorantia defectus qualitatis in actu electionis consensus, aliter error verificari nequit*»<sup>57</sup>.

Risulta, pertanto, fondamentale risalire alla ricostruzione della volontà prevalente circa la qualità oggetto dell'errore, come affermato nella medesima sentenza:

«*Ad aestimandum illum errorem in qualitate personae ... iudex deducere potest ex modo sese generali illius qui in errorem se indicesse contendit, praesertim, detecto errore suo, postquam ad aras accesserit*»<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> *Coram* Pompedda, sent. diei 23 iulii 1980, in *R.R. Dec.*, LXXII, p. 524.

<sup>57</sup> *Coram* De Lanversin, sent. diei 20 martii 1983, in *R.R. Dec.*, LXXV.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

Dello stesso tenore risulta essere la decisione rotale coram Caberletti del 25 ottobre 2002, che conclude con la formula

«NEGATIVE, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu, ob errorem viri actoris circa qualitatem conventae redundantem in errorem personae»<sup>59</sup>,

di un certo interesse a fini di questo lavoro perché ben evidenzia il percorso di valutazione svolto dal collegio giudicante in merito ad un matrimonio celebrato nel 1978, in costanza del precedente Codice di Diritto Canonico, ma il cui libello viene introdotto nel 1996, quasi vent'anni dopo le nozze, ed individua quale causa della nullità delle stesse l'errore compiuto dall'uomo sulla qualità della 'religiosità' della donna convenuta, che durante il fidanzamento lo aveva più volte rassicurato riguardo la sua pratica religiosa e il proposito di educare cristianamente i figli, mentre dopo il matrimonio si era dimostrata infedele, allacciando una relazione extraconiugale, ed aveva manifestato un atteggiamento estremamente critico nei confronti dell'educazione religiosa da impartire ai figli.

La ricostruzione della volontà prevalente circa la qualità oggetto dell'errore, rappresenta per gli uditori rotali l'elemento che differenzia, in maniera determinante, il can. 1097 del vigente Codice di Diritto Canonico, dal can. 1083 del vecchio Codice. Nella decisione, infatti, si ribadisce che i presupposti del canone attuale sono differenti da quelli del canone precedente e che tale diversità risiede anzitutto nell'attenzione spostata dall'oggettività della ridondanza alla soggettività dell'intenzione di chi vuole direttamente la qualità. Nel can. 1097, § 2 non conta tanto l'individuazione oggettiva della persona attraverso una qualità, bensì la 'vincolazione' oggettiva della qualità nella volontà dell'errante<sup>60</sup>.

Pertanto, nella decisione rotale, da un lato si ribadisce, citando una coram Pomedda del 22 luglio 1985, come «novum cano-

<sup>59</sup> Coram Caberletti, sent. diei 25 octobris 2002, in *Ius Ecclesiae*, 2004, p. 202.

<sup>60</sup> Cfr. sul punto M.A. ORTIZ, *Errore su una qualità intesa directe et principaliter ed error redundans*, in *Ius Ecclesiae*, 2004, p. 222.

nem non constituere veluti interpretationem veteris legis, sed ex integro tantummodo statuisset de errore qualitatis irritantis consensum matrimoniale»<sup>61</sup>; dall'altro, riprendendo i principi di diritto romano in materia, e richiamando una *coram Prior* del 20 maggio 1912, si sottolinea come

«error circa qualitatem accidentalem matrimonium dirimit ... quando scilicet qualitas ... posita fuit tamquam conditio sine qua non matrimonii contracti, non quidem ex errore, sed ex defectu consensus, quod matrimonium perficitur»<sup>62</sup>.

Il profondo legame fra dottrina romanistica e dottrina canonistica in tema di *error facti* viene sottolineato dalla citazione della massima di Boezio secondo cui

«Quocirca si persona in solis substantiis est, atque in his rationalibus, substantiaquae omnis natura est, nec in universalibus, sed in individuis constat, reperta personae est igitur definitio: Persona est naturae rationalis individua substantia»<sup>63</sup>,

definizione pienamente esplicitata da san Tommaso che afferma:

«quodam specialiori et perfectiori modo invenitur particulare et individuum in substantiis rationalibus, quae habent dominium sui actus, et non solum aguntur, sicut alia, sed per se agunt: actiones autem in singularibus sunt. Et ideo etiam inter ceteras substantias quoddam speciale nomen habent singularia rationalis naturae. Et hoc nomen est persona. Et ideo in praedicta definitione personae ponitur substantia individua, inquantum significat singulare in genere substantiae: additur autem rationalis naturae, inquantum singulare in rationalibus substantiis»<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> *Coram Pompedda*, diei 22 iulii 1985, in *R.R. Dec.*, LXXVII, p. 399, n. 11.

<sup>62</sup> *Coram Prior*, sent. diei 20 maii 1912, in *R.R. Dec.*, IV, p. 237.

<sup>63</sup> BOETIUS, *Liber De persona et duabus naturis*, cap. III, P.L. 64, 1343.

<sup>64</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, Pars Prima, cit., q. 29, a. 1, in corp.

Richiami altrettanto importanti sono contenuti nella coram Caberletti del 29 settembre 2015, conclusa con una *decisio pro nullitate matrimonii*<sup>65</sup>. Nel libello presentato dall'attore *ob errorem in qualitate mulieris conventae, ob condicionem de futuro a viro actore adpositam, ob dolum a muliere conventa patratum*, si evidenzia l'errore sulla qualità ex can. 1097, § 2 in cui lo stesso ritiene di essere incorso nei confronti della religiosità della donna convenuta e della serietà del suo essere cristiana, su cui avrebbe dovuto improntare la sua vita nonché la vita coniugale. Nell'esaminare, nella *pars in iure*, tale capo di nullità matrimoniale, il ponente cita il passo di una sentenza coram Erlebach in cui l'impronta romanistica appare evidente:

«defectus qualitatis in altero contrahente in quam dirigitur directe et principaliter voluntas subiecti, secumfert nullitatem consensus ratione defectus obiecti subiective principalis consensus, quod a fortiori eundem effectum sortitur ac defectus elementi subiective essentialis in obiecto materiali consnesus»<sup>66</sup>.

Il ponente sottolinea come

«Solummodo si error cadit in obiectum antea ab agente volitum, seu petitum, directe et principaliter, matrimonium nequaquam oritur, et differentiam inter errorem causam dabtem consensui et errorem in qualitate intentam iam doctrina Scholastica perspicue animadvertebat»<sup>67</sup>.

Da quanto finora esposto si evince chiaramente come il diritto canonico, in una prospettiva storica essenziale e significativa, abbia accolto e sviluppato la dottrina romanistica non solo in generale, ma anche in particolare sulla normativa del matrimonio e sui vizi del consenso. Vero è che la legislazione matrimoniale è stata regolata dallo *ius canonicum* in virtù del can. 12 della Sessione XXIV del

---

<sup>65</sup> Cfr. Coram Caberletti, sent. diei 29 septembris 2015, in *Ius Ecclesiae*, 2018, pp. 236-297.

<sup>66</sup> Coram Erlebach, sent. diei 27 ianuarii 2000, in *R.R. Dec.*, XCII, p. 81, n. 8.

<sup>67</sup> Coram Caberletti, sent. diei 29 septembris 2015, cit., p. 240.

Concilio di Trento che così afferma: «Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos anathema sit». Tuttavia, ciò riguarda la competenza di applicazione delle norme, sulle quali nel corso dei secoli si è imposta l'influenza del diritto romano. Compresa la disciplina riguardante l'errore, che pur avendo subito nel tempo una spinta evolutiva, una chiarificazione giuridica rapportata alle nuove esigenze, mantiene la struttura essenziale del diritto romano<sup>68</sup>.

Tanto dalla decisione calabra che da quelle romana e rotali, emerge come l'errore sia un fattore potenzialmente condizionante il processo di conoscenza della realtà, presupposto necessario per la formazione di una decisione matrimoniale consapevole e realmente voluta.

---

<sup>68</sup> Cfr. M. COSTA, *L'errore e il dolo come vizi invalidanti del matrimonio nel diritto romano e nel diritto canonico*, Lateran University Press, Roma, 1997, pp. 1-2.



SABRINA DI MARIA

## L'USO DEL DIRITTO ROMANO E DELLA SUA TRADIZIONE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA\*

**Abstract:** Il contributo prende le mosse dal seguente quesito: i c.d. 'operatori del diritto' ricorrono all'interpretazione storica? Utilizzano nei tribunali il diritto romano e la tradizione giuridica successiva? Il saggio esamina così alcune sentenze, soprattutto della Corte di Cassazione, per giungere a dimostrare come ancora oggi l'argomentazione giuridica romana, se usata in modo corretto, possa costituire addirittura la *ratio decidendi* delle sentenze.

**Parole chiave:** argomentazione giuridica, diritto romano, giurisprudenza italiana.

**The use of Roman law and its tradition in Italian jurisprudence.** This paper takes as a basis the following question: Do so-called 'legal practitioners' use historical interpretation? Do they use Roman law and the subsequent legal tradition in the courts? The essay thus examines some judgments, especially by the Italian Supreme Court, to prove that judges even today Roman legal argumentation, if used correctly, can constitute the *ratio decidendi* for judgments.

**Key words:** Italian jurisprudence, legal argument, Roman law.

Nell'ordinamento italiano, come è noto, una chiave di ingresso dell'interpretazione storica è stabilita, seppure indirettamente, dallo stesso legislatore. La Relazione al re per l'approvazione del Codice civile con riguardo al primo capoverso dell'art. 12 delle «*Disposizioni sulla legge in generale*» (c.d. Preleggi) – ove vengono richiamati i principi generali dell'ordinamento giuridico in funzione di criterio ermeneutico – specifica: «il termine ordinamento risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statua-

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

le e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.) con esso concordante»<sup>1</sup>. Nella Relazione si legge anche che si è preferito il richiamo ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e non a quelli del «diritto vigente» poiché quest'ultima formulazione «avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete»<sup>2</sup>.

Ciò premesso, il quesito che sono chiamata a porre in questa sede è il seguente: i c.d. 'operatori del diritto' ricorrono all'interpretazione storica? Utilizzano nei tribunali il diritto romano e la tradizione giuridica successiva?

Giuseppe Stolfi, professore di diritto civile e avvocato, in un suo articolo apparso in *Studia et Documenta Historiae et iuris* nel 1977, dichiarava: «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 uti-

---

<sup>1</sup> Cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) ... per l'approvazione del 'Codice civile'*, in *Codice civile. Testo e Relazione ministeriale*, Istituto Poligrafico di Stato, Roma, 1943, n. 22.

<sup>2</sup> Cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi)*, cit., n. 22. Per un quadro d'insieme sulla genesi e sulla funzione dell'art. 12 Preleggi, v. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in *Foro it.*, 1969, V, p. 112 ss. (= *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Cedam, Padova, 1973, p. 1873 ss. [= *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 443 s.]); E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa (a proposito d'uno scritto di G. Gorla sull'art. 12 disp. prel. del codice civile)*, in *Foro it.*, 1971, V, p. 99 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 990 ss. (= *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 275 ss. [= *Scritti in onore di A. Falzea*, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 531 ss.]); S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 494 ss.; P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche (sez. civ.)*, X, Utet, Torino, 1993, p. 47 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 261 ss. Sul punto v. anche, pur senza una prospettiva storica, V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, p. 101 ss.

le invocarlo a sostegno delle mie tesi»<sup>3</sup>. Circa venti anni dopo, Giovanni Micali, consigliere della Corte di Cassazione, scriveva: «può dirsi che il diritto romano vive nella giurisprudenza della Corte di cassazione come un criterio ermeneutico *que (sic!) omne ius digessisset*, secondo la direttiva che l'imperatore Giustiniano diede a Triboniano per la compilazione di quell'enciclopedia cui egli voleva dar vita»<sup>4</sup>.

Nonostante siffatte prese di posizione, a quanto mi risulta, nelle sentenze italiane il richiamo al diritto romano, laddove presente, assume sovente una mera funzione esornativa senza l'apporto di alcun contributo concreto alla risoluzione del problema giuridico affrontato.

Riporto qui l'esempio di Cass. civ., sez. lav., 5 aprile 1990, n. 2831: «L'impresa individuale non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana». È evidente che con tale formulazione si volle fare subito una distinzione, da un lato, tra l'iniziativa privata, quale modo tradizionale di acquisizione dei beni della vita, sia mobili che immobili (risparmio e proprietà), e dall'altro, l'esercizio dell'impresa, quale strumento di produzione fondato sulle capacità personali dell'imprenditore (rischio ed organizzazione), secondo la nostra stessa tradizione giuridica: «noi concepiamo l'impresa come la strutturazione sinergica di uomini e di cose per l'esercizio dell'attività negoziale» («*instructam, autem, tabernam, sic accipiemus: quae, et regus et hominibus, ad negotiationem paratis constat*», Ulpiano, D. 50, 16, 185)»<sup>5</sup>.

Si tratta nello specifico di un caso di licenziamento irrogato a dipendenti da parte di datori di lavoro che svolgevano attività im-

---

<sup>3</sup> G. STOLFI, *Il diritto romano nell'esperienza di un civilista*, in *SDHI*, 1977, p. 21.

<sup>4</sup> Cfr. G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione*, in *Giur. ital.*, 1993, IV, p. 490, il quale riporta una rassegna di decisioni giurisprudenziali fondate sull'impiego dell'argomento storico; il contributo di Micali è stato fortemente criticato da A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione del diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 298 ss.

<sup>5</sup> Cfr. *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 2, p. 183 ss.

prenditoriale di gruppo mediante compartecipazione azionaria in altre società. I giudici, soffermandosi sulla libertà di impresa nel nostro sistema economico-legislativo e sull'apparente contraddizione dell'art. 41 Cost. – che da una parte riconosce come libertà individuale l'iniziativa economica privata e dall'altro ne subordina lo svolgimento al rispetto dell'utilità sociale e di altri valori – tentano di dare una definizione di impresa «secondo la nostra stessa tradizione giuridica» e a tal fine richiamano il frammento di Ulpiano, 28 *ad edictum* conservato in D. 50.16.185, affermando, come già sottolineato ironicamente da Francesco Galgano, «che l'odierno imprenditore altri non è se non il *tabernarius* (leggi: bottegaio) romano»<sup>6</sup>.

Quello appena riportato è solo uno degli esempi in cui il diritto romano e la tradizione romanistica costituiscono un mero sfoggio di erudizione da parte dei giudici atteggiandosi a un inutile uso ornamentale<sup>7</sup>.

Non è neppure infrequente imbattersi in pronunce giurisprudenziali in cui gli estensori, al fine di conferire maggiore autorevolezza alla propria decisione, ricorrono a quelli che sono stati definiti «latinismi di ritorno»<sup>8</sup> e, catturati dal fascino dell'espressione latina, la utilizzano in maniera 'impropria' creando pericolose confusioni terminologiche. A tal proposito riporto l'esempio di Cass. civ., sez. II, 21 luglio 2016, n. 15072: «... il direttore dei lavori per conto del

---

<sup>6</sup> F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007<sup>2</sup>, p. 6 s.

<sup>7</sup> Per altri esempi di impieghi giurisprudenziali del diritto romano in funzione «meramente ornamentale», cfr. A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale*, cit. p. 298 ss.; nonché ID., *Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 25 ss.; sul punto v. anche F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index*, 2005, p. 90; v. anche G. SANTUCCI, *Il credito «personale» del socio. Un profilo della teoria dei conferimenti alla luce della tradizione romanistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 411 e ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, il Mulino editore, Bologna, 2018<sup>2</sup>, p. 11 ss.

<sup>8</sup> L'espressione è di U. IZZO, *La «compensatio lucri cum damno» come «latinismo di ritorno»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, p. 1746 ss.

committente presta un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultati ma, essendo chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche, deve utilizzare le proprie risorse intellettive ed operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, quanto alla stregua della 'diligentia quam in concreto'».

Il giudizio, approdato innanzi alla Corte di Cassazione, aveva per oggetto l'accertamento di un credito vantato da un professionista e in specie da un direttore dei lavori e le obbligazioni a quest'ultimo facenti capo<sup>9</sup>. Per quanto qui più direttamente interessa, i giudici, nel fare riferimento alla specifica capacità tecnica che il professionista deve possedere e dunque al criterio di diligenza professionale, alla stregua del quale ritengono debba essere valutata la sua responsabilità, utilizzano l'espressione «*diligentia quam in concreto*», operando così una commistione tra la *diligentia quam in suis* (*rebus adhibere solet*) delle fonti romane e il sintagma *culpa in concreto* (o *diligentia in concreto*), utilizzato nella tradizione civilistica a partire dalla scuola dei Culti<sup>10</sup>. Dette espressioni però, lungi dal riferirsi a speciali competenze professionali, indicavano invece, nelle fonti romane e nella loro elaborazione successiva, la diligenza che si è soliti avere nelle proprie cose<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sul punto cfr., in generale, G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 2016, 6, p. 1391 ss.

<sup>10</sup> Sul modello della *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* che ricorre nelle fonti romane per valutare il comportamento del debitore a fianco del modello astratto del *diligens et bonus pater familias*, cfr. in specie G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis e valutazione della responsabilità per colpa «con minor rigore» nel codice civile italiano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Jovene, Napoli, 2006, p. 355 ss.; ID., *Diligentia quam in suis*, Università degli Studi di Trento editore, Trento, 2008, *passim*; e ID., *Diritto romano e diritti europei*, cit., p. 111 ss.

<sup>11</sup> Vedi nt. precedente.

La perifrasi *diligentia quam in suis* è utilizzata per definire una diligenza connotata da una specifica conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione anche in Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 583 (a proposito di responsabilità medica) ove in particolare essa viene contrapposta all'espressione «*diligentia in abstracto*»<sup>12</sup>.

Non mancano però, seppur molto più esigue di numero, sentenze in cui i giudici argomentano dal diritto romano in modo sostanziale e fondano anche su di esso le proprie *rationes decidendi*, evidenziando in maniera corretta la coerenza fra tradizione romanistica e diritto positivo.

Rimanendo ancora nell'ambito della già citata *diligentia quam in suis*, esiste un consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte dei Conti che recupera<sup>13</sup> siffatto concetto a proposito della valutazione della responsabilità amministrativa per danni erariali dei pubblici operatori circoscritta al dolo o colpa grave, specificando che la colpa consiste comunque «in un comportamento avventato e di straordinaria negligenza tale da contrastare con quel senso minimo di diligenza che anche i soggetti al di sotto della media sociale sono soliti usare ed inferiore alla diligenza che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam in suis*)» (Corte dei Conti, n. 452 del 23 maggio 2003)<sup>14</sup>.

Muovendo poi verso la giurisprudenza della Corte di Cassazione e facendo riferimento solo agli ultimi anni, non si può non citare in

---

<sup>12</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 583: «... Comunemente si dice che trattasi di una *diligentia in abstracto*, ma ciò solo per escludere che trattasi di *diligentia quam in suis*, e cioè la diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore. Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilità professionale del medico, rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui lo stesso opera ...».

<sup>13</sup> Il criterio della *diligentia quam in suis* venne soppresso nel Codice civile del 1942, ma tutt'oggi è una figura giuridica che continua ad essere invocata da giurisprudenza e dottrina; sul punto v., per tutti, per un quadro efficace G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 111 ss.

<sup>14</sup> Si vedano anche Corte dei Conti, n. 1626 del 7 luglio 2003; Corte dei Conti, n. 1104 del 30 novembre 2006.

questo quadro Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442, in cui, attraverso l'analisi dei limiti alla determinazione convenzionale degli interessi in diritto romano e nella tradizione romanistica, i giudici giungono ad affermare che gli interessi moratori, al pari di quelli corrispettivi, sono soggetti al rispetto delle previsioni contenute nella legislazione antiusura<sup>15</sup>. Nello specifico la Corte dichiara di voler illustrare in modo approfondito «il fondamento, la portata e le conseguenze» del principio richiamato, attraverso il ricorso a «tutti e quattro i tradizionali criteri di ermeneutica legale: l'interpretazione letterale, l'interpretazione sistematica, l'interpretazione finalistica e quella storica», sottolineando, a più riprese, il ruolo svolto dal criterio dell'interpretazione storica per una migliore comprensione del diritto vigente: «che anche gli interessi convenzionali di mora soggiacciono alle previsioni dettate dalla legge antiusura è conclusione imposta da una millenaria evoluzione storica, dalla quale non può prescindere l'interprete che volesse degli istituti giuridici non già ritenere il vuoto nome, ma intenderne la vim ac potestatem»<sup>16</sup>.

Un altro esempio di buon uso del diritto romano da parte dei giudici è rappresentato da Cass. civ., I sez., 12 luglio 2016, n. 14188, in cui la Corte è tornata sulla *vexata quaestio* della natura della responsabilità precontrattuale, al fine di stabilire il regime della prescrizione applicabile all'azione di risarcimento del danno.

---

<sup>15</sup> Per un commento completo della sentenza, v., tra gli altri, R. MARCELLI, *La mora e l'usura. La Cassazione reinterpreta le Sezioni Unite. La sentenza n. 27442 del 30 ottobre 2018*, in *Il caso.it*, 20 novembre 2018, *on line*; A. PURPURA, *Interessi moratori e usura. Considerazioni a margine di Cassazione 30 ottobre 2018, n. 27442*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2018, *on line*; v. anche le note di P.L. FAUSTI, *Luci e ombre sugli interessi moratori: tra decisioni e novità normative* e di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2019, 1, p. 1 ss. Cfr. altresì S. CERMARIA, *Tra corrispettivi e moratori la Cassazione conferma la vis attractiva dell'usura*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2018, *on line* nonché, per quanto riguarda specificatamente il richiamo nella sentenza dell'interpretazione storica, v. I. PONTORIERO, *Sull'impiego del criterio dell'interpretazione storica*, in *SDHI*, 2018, p. 437 ss.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442.

La vicenda, ridotta all'osso, che ha originato la pronuncia riguardava un caso di contrattazione tra una società privata e la Pubblica Amministrazione, nell'ambito della quale le parti avevano concluso un contratto di appalto, sospensivamente condizionato all'espressa approvazione ministeriale. A causa del mancato avveramento della condizione e della conseguente inefficacia del contratto, la società aveva agito in giudizio per ottenere il relativo risarcimento, invocando la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per violazione del canone di buona fede nell'ambito dell'*iter* di formazione contrattuale<sup>17</sup>.

Il Tribunale adito rigettava la domanda della parte attrice dichiarando l'estinzione del credito per intervenuta prescrizione quin-

---

<sup>17</sup> Per un commento esteso della decisione v. la nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2565 ss.; v. anche V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno resp.*, 2016, p. 1051 ss.; C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 1504 ss.; A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, 1, p. 1451 ss.; I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi?»*, in *Dir. civ. cont.*, 2016, *on line*. Sulla portata della decisione della Suprema Corte cfr. anche l'analisi di C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura «contrattuale» della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, 2, p. 1515 ss. e ID., *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 6, p. 1950 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 35 ss. e ID., *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Persona e Mercato. Attualità*, 2017, 2, p. 104 ss.; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 233 ss. Per un commento della sentenza incentrato sull'analisi del diritto romano in essa richiamato mi permetto di rinviare a S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 2018, p. 623 ss.; v. anche, con diversità di vedute, 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. In onore di Marco Goldoni*, a cura di E. CRISTIANI, A. DI LAURO, E. SIRSI, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 355 ss. e C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016*, in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature*, a cura di F. TUCCILLO, M. AURELIO, Jovene, Napoli, 2020, p. 121 ss.

quennale ai sensi dell'art. 2947 c.c. (il contratto era stato concluso nel 1993 e la società aveva convenuto in giudizio la Pubblica Amministrazione nel 2000, previo inquadramento della responsabilità dei convenuti come aquiliana). Tale decisione veniva condivisa dalla Corte d'Appello.

La Corte di Cassazione, invece, cassava la decisione impugnata con rinvio al giudice di secondo grado, ritenendo che la responsabilità derivante dalla violazione della buona fede debba essere qualificata come contrattuale, con conseguente applicabilità della prescrizione ordinaria.

Al fine di disancorare la responsabilità precontrattuale dal torto aquiliano, la Cassazione argomenta storicamente, recuperando la nozione di quasi-contratto che viene a costituire il fondamento dogmatico su cui porre il «riconoscimento di una responsabilità di tipo contrattuale, anche in assenza di un formale vincolo negoziale tra le parti»<sup>18</sup>.

In particolare per affermare la rilevanza della categoria del quasi-contratto, i giudici lamentano che l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che riconduce la responsabilità precontrattuale al disposto dell'art. 2043 c.c. avrebbe pretermesso, rimanendo invece ancorato alla «bipartizione fondamentale»<sup>19</sup>, la terza fonte delle ob-

---

<sup>18</sup> Così i giudici premettono: «... 3.2. La 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 – di poi – riprese e perfezionate dai giuristi contemporanei europei, in special modo tedeschi ed anglosassoni, oltre che dalla stessa dottrina nazionale».

<sup>19</sup> Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188/2016, n. 4: «Tanto premesso, va osservato che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato, come dianzi detto, per lungo tempo ancorato alla tradizionale concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità di tipo aquiliano, riconducibile al disposto dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno, nonché del dolo o della colpa del danneggiante, è a carico del danneggiato e che il termine di prescrizione del diritto azionato è quinquennale, ai sensi dell'art. 2947 c.c. (cfr., *ex plurimis*, Cass. 9157/1995; 15172/2003; 15040/2004; 16735/2011). L'affermazione appare per lo più ancorata alla bipartizione fondamentale delle fonti delle obbligazioni: da un lato le obbligazioni da atto lecito, os-

bligazioni di cui all'art. 1173 c.c., impedendo così di dare il giusto rilievo «alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili né nel torto né nel contratto, e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima» e riconducibili al c.d. contatto sociale qualificato<sup>20</sup>. I giudici recuperano così l'emergere e l'affermarsi della terza categoria di fonti di obbligazioni nel diritto romano e ne valorizzano l'attualità:

«Anche nella dottrina romana più antica la classificazione delle fonti delle obbligazioni si ridusse al dualismo tra obligationes ex contractu o ex maleficio (*sic!*) 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 (Gaius) 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 giustiniano, nel quale alle 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,

---

sia da contratto; dall'altro, le obbligazioni da fatto illecito, ossia da delitto. Ne è risultata pretermessa la terza, importante, fonte 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', alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili né nel torto né nel contratto, e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima».

<sup>20</sup> Per un esame della pronuncia nella specifica prospettiva della relazione qualificabile come «contatto sociale qualificato», v. M. RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rivista del notariato*, 2017, 4, p. 787 ss.; A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, p. 1128 ss.

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<sup>21</sup>.

Il su riportato passaggio della sentenza è stato criticato da più di uno studioso di diritto romano ed è fuor di dubbio che i giudici abbiano commesso degli errori<sup>22</sup>. Le sviste ci sono e in alcuni casi sono anche gravi, almeno per un giusromanista, ma colgono nel segno i giudici allorquando affermano che «nella categoria del 'quasi contractus' il diritto romano post-classico annoverò ... quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio». Non altrettanto condivisibile appare invece l'idea della Cassazione secondo cui nel *quasi contractus* vi sarebbe stato comunque «un contatto tra le parti»; il minimo comune denominatore dei quasi contratti era infatti rappresentato dall'assenza di consenso e non da «un contatto tra le parti», che vi sarebbe potuto essere, ma non assumeva certamente carattere dirimente ai fini dell'annoverabilità del fatto nella categoria.

Nel ricollegare le nuove figure del contatto sociale qualificato e degli obblighi senza prestazione al quasi contratto però i giudici non

---

<sup>21</sup> Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, n. 5.

<sup>22</sup> V. quanto osservato in proposito da C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto. Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016*, cit., in specie pp. 125 ss., ove l'autore parla di «Uso (e abuso!) del diritto romano», mettendo in evidenza, tra l'altro, i diversi errori 'romanistici', come per esempio il fatto che la definizione di *obligatio* richiamata dalla Suprema Corte sia tratta dalle Istituzioni di Giustiniano (I. 3.13 pr.), e non da Gaio, o anche il riferimento alla figura di «un fantomatico *praetor peregrinus*». Sul punto v. anche S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 632 ss.

omettono di tenere in debita considerazione l'andamento curvilineo che tale istituto ha avuto nella storia<sup>23</sup>.

La Suprema Corte mostra dunque forte consapevolezza della storicità del diritto in quanto tale. L'*excursus* diacronico delineato – pur se a volte condotto con superficialità – lungi da apparire mero sfoggio di erudizione, è invece funzionale al dispositivo della sentenza assurgendo così a *ratio decidendi*.

La sentenza, al pari di Cass. civ. n. 27442/2018 e delle pronunce della Corte dei Conti in tema di responsabilità dei pubblici operatori, poco prima citate, dimostra come ancora oggi nel panorama giuridico rimane rilevante l'apporto creativo del giurista, che dovrebbe essere in grado di ragionare e dialogare oltre i confini della recinzione costruita dai Codici. E tal fatta impostazione può essere fornita solamente dall'insegnamento del diritto romano e della sua tradizione, che, per poter assolvere tale compito, non dovrebbero essere trasmessi come storia di una scienza o di una tradizione culturale, bensì, tramite *exempla*, come il diritto in grado di educare «alla logica perenne dell'argomentazione giuridica»<sup>24</sup> e ciò al fine di formare non 'giurionieri del diritto', ma 'giuristi consapevoli'.

---

<sup>23</sup> Sull'argomento, v. tra gli altri, B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Jovene, Napoli, 2013<sup>2</sup>, in specie p. 34 e ivi nt. 99: «nato per esigenze di inquadramento sistematico sulla base di una prospettiva processuale, allorché è stato riempito di un contenuto sostanziale – quale atto obbligatorio il cui fondamento è da identificarsi con la volontà – si è trasformato in un istituto di difficile coordinamento con le fattispecie applicative».

<sup>24</sup> Riprendo qui le parole di E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, Padova, 1930, p. IV, che afferma appunto: «Sentire il diritto come problema; convincersi che la soluzione dipende essenzialmente dal modo di proporsi la questione; ricreare il caso e la sua decisione come attualità viva e nuova; educarsi alla logica perenne dell'argomentazione giuridica. Ecco quel che importa ... Il resto è inerte informazione, e non giova. O, se giova, non ha che una funzione strumentale e subordinata».

ALVISE SCHIAVON

*REGULAE* E GIURISPRUDENZA  
COMUNITARIA: BREVI OSSERVAZIONI SUL  
RICORSO ALLA MASSIMA  
‘IMPOSSIBILUM NULLA OBLIGATIO’\*

**Abstract:** Il contributo intende fornire qualche spunto di riflessione circa l'utilizzo da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea di *regulae* e massime tratte dalla tradizione romanistica. Nella prima parte vengono presentati alcuni dati essenziali per inquadrare la peculiare funzione delle *regulae* nella scienza giuridica romana e in quella dell'età medievale e moderna. Alla luce di questo quadro, nella seconda parte si procede poi ad analizzare criticamente alcune recenti sentenze nelle quali la Corte ha fatto uso della regola 'impossibilum nulla obligatio'.

**Parole chiave:** *regulae*; impossibilità iniziale; Corte di Giustizia dell'Unione Europea; diritto romano; tradizione civilistica.

*Regulae* and European case law: brief remarks on the use of the maxim 'impossibilum nulla obligatio'. The contribution aims to provide a few insights into the use of *regulae* and maxims drawn from the Roman and the civilian legal tradition by the Court of Justice of the European Union. In the first part is briefly discussed the peculiar function of *regulae* in the Roman as well as in medieval and modern legal science. In light of this picture, in the second part are critically analysed some recent judgments where the ECJ made use of the maxim 'impossibilum nulla obligatio'.

**Key words:** *regulae*; initial impossibility; Court of Justice of the European Union; Roman law; civilian tradition.

1. *Cenni introduttivi*

Il mio contributo intende fornire qualche ragguglio circa il complesso tema dell'utilizzo delle *regulae iuris* nella giurisprudenza comunitaria.

---

\* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

Il termine *regulae iuris* rimanda in prima battuta ad un fenomeno tipico della *scientia iuris* romana<sup>1</sup> e, in particolare, della giurisprudenza del Principato e di età severiana<sup>2</sup>. Il primo giurista a noi

---

<sup>1</sup> I due più importanti contributi relativi all'emersione del fenomeno delle *regulae* nel diritto antico sono apparse a breve distanza l'una dall'altra, più di cinquant'anni orsono: mi riferisco naturalmente a P. STEIN, *Regulae Iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1966 e B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, Böhlau Verlag, Köln-Wien, 1970 (su cui l'ampia riflessione di D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abteilung)*, 1972, p. 18 ss.), autori che hanno esplorato il tema anche in altri contributi di cui daremo parzialmente conto nel prosieguo del lavoro. Per un aggiornamento bibliografico si può consultare il volume collettaneo *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e diritto*, Jovene, Napoli, 2016 e in particolare, per i profili più generali, il saggio di A. CORBINO, *Caso, diritto e regula. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, *ivi*, p. 35 ss. (apparso anche, in forma più estesa in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2014, p. 47 ss.) e quello di V. GIUFFRÈ, *Regulae iuris. Prospettive di approfondimenti*, *ivi*, p. 5 ss. (tema sviluppato dall'autore nel contributo 'Regulae' e metodi della 'scientia iuris', in *Divagazioni intorno al diritto romano*, Jovene, Napoli, 2014, p. 385 ss.). Può risultare utile anche la consultazione dello studio, sebbene datato, di S. RICCOBONO, *Regulae iuris*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 360 ss. (con aggiornamento di S. RICCOBONO JR.). Il tema è stato ripreso anche in connessione al rapporto con la moderna teorica dei 'principi del diritto', ad es. da L. WINKEL, *The Role of General Principles in Roman Law*, in *Fundamina*, 1996, 1, p. 103 ss.; A. WACKE, *Sprichwörtliche Rechtsprinzipien und europäische Rechtsangleichung*, in *Orbis iuris romani*, 1999, p. 174 ss. (e la versione in lingua italiana *Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei*, in *Filia. Scritti per Gemaro Franciosi*, IV, Satura, Napoli, 2007, p. 2825 ss.); D. DEROUSSIN, *Remarques sur les "regulae iuris" et les principes en droit*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2012, 2, p. 195 ss.; nonché in diversi contributi confluiti nel volume *Principios generales del derecho antecedentes históricos y horizonte actual*, coord. F. REINOSO BARBERO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

<sup>2</sup> Ma occorre ricordare con Mario BREONE, *Storia del diritto romano*, Laterza, Bari-Roma, 1992 (rist. 2022), p. 306, che «le regole percorrono, nella letteratura giuridica romana, molti e complicati itinerari» e che ogni schematismo appare inadeguato a dar conto del fenomeno culturale entro cui si innesca l'emersione della nozione giuridica di *regula*. La tendenza a corredare il parere del giurista di una prospettiva maggiormente generalizzante, in grado di superare il carattere puntiforme e per certi versi oracolare del *responsum* arcaico, era infatti emersa già in età repubblicana in concomitanza con l'assimilazione delle metodologie dialettiche provenienti dalla filosofia ellenistica: penso in particolare alla riflessione dei *fundatores* del *ius civile*, laddove si ritrovano embrionali forme di definizioni (si pensi alle

noto ad usare questa espressione – mutuata dall’arte grammatica – con riferimento al fenomeno giuridico fu, come noto, Labeone<sup>3</sup>, ma anche Masurio Sabino poco dopo ne fece senz’altro oggetto di riflessione<sup>4</sup>; essa ricorre con particolare frequenza nelle testimonianze di Salvio Giuliano<sup>5</sup>, mentre opere intitolate *Regulae* compaiono a partire da Nerazio Prisco<sup>6</sup>. Anche la giurisprudenza severiana appare particolarmente interessata al tema delle *regulae*, come testimoniato tra l’altro dal celeberrimo testo di Giulio Paolo che riporta,

---

testimonianze di Manilio sul *nexum* e di Mucio Scevola sull’*ambitus*), una raccolta di *horoï*, ovvero regole (di Mucio), e addirittura una ‘vera e propria’ *regula* (la *regula* catoniana, così chiamata in realtà da una tradizione successiva che proiettò su quell’epoca fondativa i risultati maturi dell’età successiva). Su tutti questi complessi profili mi limito ad indicare alcuni contributi tra i più rilevanti: B. SCHMIDLIN, *Horoï, pithana und regulae – Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung, in Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.15, herausgegeben von H. TEMPORINI, W. HAASE, De Gruyter, Berlin-New York, 1976, p. 101 ss.; V. SCARANO USSANI, *L’ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 5 ss.; M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della “regula iuris”*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 2012, p. 187 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L’invensione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2017, p. 159 ss.

<sup>3</sup> Sulla peculiare metodologia logico-argomentativa di Labeone la bibliografia è sterminata: oltre ai lavori citati nella nota precedente, rimangono imprescindibili gli studi di M. TALAMANCA, *I “pithana” di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, 1975, p. 1 ss. e C.A. CANANTA, *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all’opera di Labeone*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 306 ss.

<sup>4</sup> P. STEIN, *Sabino contro Labeone. Due tipi di pensiero giuridico romano*, in *Bullettino dell’Istituto di diritto romano ‘Vittorio Scialoja’*, 1977, p. 55 ss.

<sup>5</sup> Si veda, per le ricorrenze dei termini *regula iuris civilis*, *regula iuris* e *regula* in passi del Digesto, B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., p. 23 ss.

<sup>6</sup> Una visione di insieme in F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Sansoni, Firenze, 1968, p. 307 ss.; P. STEIN, *Regulae iuris*, cit., p. 74 ss.; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., p. 120 ss. R. GREINER (*Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1973, p. 115 ss.) nega la paternità neraziana dei *libri regularum* conservati nel Digesto, ma autorevoli recensori del suo lavoro hanno trovato questa conclusione eccessiva: F. BONA, *recensione a Greiner, Opera Neratii*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1974, p. 504 ss. e R. KNÜTEL, *recensione a Greiner, Opera Neratii*, in *Iura*, 1974, p. 145 ss., spec. p. 156 ss.). Una panoramica sulle problematiche poste dall’opera in Y. GONZALES ROLDAN, *Argomenti di diritto ereditario nei libri regularum di Nerazio*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 2017, p. 425 ss. spec. p. 437 ss.

come autorevolmente osservato, una ‘*regula sulle regulae*’ che fu inserita dai compilatori in apertura del tit. 50.17 *De diversis regulis iuris antiqui*<sup>7</sup>. L’attenzione per le *regulae* sembra rimandare in primo luogo, nel contesto della realtà istituzionale del Principato, ai nuovi compiti e le nuove responsabilità assunte dai giuristi: molti entrarono a far parte del *consilium principis* e, di fronte alla proliferazione della normativa imperiale (che rappresentava un’innovazione rispetto al periodo repubblicano, quando l’intervento legislativo fu marginale)<sup>8</sup> sentirono forse l’esigenza di ricondurre a certezza e unità l’ordinamento, fornendo delle spiegazioni relativamente sempli-

---

<sup>7</sup> D. 50.17.1 (Paulus 16 *ad Plautium*) *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.* Su questo passo la bibliografia è sterminata per cui mi limito a rimandare ai recenti lavori di M. FRUNZIO, *Plauzio, Nerazio, Paolo: una significativa catena di saperi*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, M. FRUNZIO, A. SCHIAVON, *Iulius Paulus ad Neratium libri IV*, L’Erma di Bretschneider, Roma-Bristol, 2021, p. 45 ss. e A.M. GIOMARO, M.L. BICCARI, *Sulle regulae iuris fra I e III secolo: Paolo commenta Plauzio*, Palermo University Press, Palermo, 2022.

<sup>8</sup> Questa è la nota tesi risalente alle ricerche di Giovanni ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, in *Filangieri*, 1910, p. 641 ss. (= in *Scritti giuridici, I. Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Hoepli, Milano, 1922, p. 1 ss.; analogamente anche in *Leges Publicae Populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull’attività legislativa dei comizi romani*, Società editrice libraria, Milano, 1912, p. 100, nt. 2). Questa tesi – compendiata in seguito da Fritz Schulz con il celebre aforisma secondo cui «das ‘Volk des Rechts’ ist nicht das Volk der Gesetze» (*I principii del diritto romano*, trad. it., Sansoni, Firenze, 1946, p. 6) – è stata di recente rimessa in discussione da D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in *Leges publicae. La legge nell’esperienza giuridica romana*, a cura di J.L. FERRARY, Iuss press, Pavia, 2012, p. 707 ss., cui ha ribattuto con argomenti convincenti G. SANTUCCI, *Legum inopia e diritto privato: riflessioni intorno ad un recente contributo*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 2014, p. 373 ss. (si veda comunque la replica in D. MANTOVANI, *Legum multitudo Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht*, Duncker&Humblot, Berlin, 2018, p. 100 ss.). La questione del rapporto tra *regula* e legge è al centro del saggio di V. ARANGIO RUIZ, *La règle de droit et la loi dans l’antiquité classique*, in *Egypte contemporain*, 1938, p. 17 ss.

ci delle singole decisioni che si trovavano ad assumere, esplicitando in questo modo il fondamento del loro ragionamento giuridico<sup>9</sup>.

In questa relazione tuttavia assumerò una prospettiva più ampia: con il termine *regulae iuris* non mi riferirò esclusivamente a quelle enucleate e utilizzate nell'esperienza giuridica romana (nel 'diritto romano dei romani', riprendendo la celebre tassonomia di Riccardo Orestano)<sup>10</sup>, ma anche al loro utilizzo e riutilizzo nella scienza giuridica medievale e della prima età moderna, nella convinzione che queste ultime esperienze rappresentino un *trait d'union* fondamentale per comprendere il modo in cui la contemporaneità vede e utilizza tali *regulae*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Questa è la tesi di Peter Stein, espressa oltre che in *Regulae iuris*, cit., anche in un'utile sintesi in lingua italiana in P. STEIN, *Lo svolgimento storico della nozione di regula iuris in diritto romano*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Giuffrè, Milano, 1968, p. 95 ss. Pur all'interno di una diversa complessiva ricostruzione tipologica delle regole romane, mi pare sostanzialmente coerente con questa visione anche quella di Schmidlin il quale, con riferimento ai tipi di regole casistiche e definenti che emergono a partire dall'opera di Labeone, sostiene che «bilden diese Regeltypen nicht mehr als eine Stilform der kasuistischen Aussage, mit der man Fallrecht verallgemeinert und zusammenfaßt und dort, wo die kasuistik unübersichtlich geworden ist, in präzisierende und abgrenzende Definitionen faßt» (così in sintesi B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., p. 206). Un approfondito affresco del rapporto complesso tra caso e regola nei metodi dei giuristi romani si trova di recente in E. STOLFI, *I casi e la regola: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza (Atti del Convegno ARISTEC Roma, 22-23 febbraio 2013)*, a cura di L. VACCA, Jovene, Napoli, 2014, p. 1 ss.

<sup>10</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 456 ss.

<sup>11</sup> In questo diverso contesto la nozione di *regula* si incontra e (parzialmente) sovrappone ad altre nozioni ad essa avvicinati, quali quella di *brocardo* e di *legal maxim*: una precisa delimitazione concettuale tra queste nozioni esula dalla presente indagine, ma per un inquadramento generale del problema rimando a S. RICCOBONO, *Brocardica*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, Utet, Torino, 1937, p. 547 s.; S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori*, in *Annali di storia del diritto*, 1961-1962, p. 221 ss.; D. KACPRZAK, *Regulae et maximae*, in *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de H. Kupiszewski*, Université de Varsovie, Varsovie, 1996, p. 145 ss.; P. WEIMAR, *Argumenta brocardica*, in *Studia Gratiana*, 1967, p. 91 ss. (= in *Zur Renaissance der Rechtswissenschaft im Mittelalter*, Keip Verlag, Goldbach, p. 45 ss.); S. KUTTNER, *Reflexions sur les Brocards des Glossateurs*, in *Mélanges Joseph de Ghellinck*, II, Duculot,

I giuristi medievali – a partire dagli albori del revival della tradizione romanistica a Bologna – si sono interrogati sulla natura delle *regulae* contenute nella compilazione e, in particolare, di quelle collezionate nel titolo 50.17 *De diversis regulis iuris antiqui*<sup>12</sup>. In raccolte come il celebre *apparatus de regulis iuris* di Bulgarus<sup>13</sup>, le regole contenute in questo titolo vengono interpretate in connessione con il resto del *Corpus iuris* e collegate ai singoli casi specifici che potevano essere visti come manifestazione di tali regole, cercando di armonizzare caso e regola<sup>14</sup>. Appare poi particolarmente significativa, per l'impatto che ebbe sulla tradizione successiva, la riflessione di Johannes Bassianus – successore di Bulgaro alla Scuola Bolognese – il quale, nel disegnare il *modus de legendo*, individuava la necessità di ricorrere a *generalia*, ovvero ad argomenti generali, a proposizioni in grado di esprimere la *ratio* di diversi casi, che avrebbero dunque permesso di applicare la regola per via analogica<sup>15</sup>. Le *regulae* iniziano così ad essere viste come premesse generali per qualsiasi sillogismo giudiziale, valide al di là dei casi per i quali erano state formulate: così nella *materia ad pandectas* Bassiano sostiene che *argumenta ad causas de facto annotamus, que loci generales vel generalia*,

---

Gembloux, 1951, p. 767 ss. (ristampato in ID., *Gratian and the Schools of Law. 1140-1234*, Variorum reprints, London 1983, cap. X).

<sup>12</sup> Una visione di sintesi in lingua italiana in P. STEIN, *Principi generali nel pensiero di glossatori e commentatori medievali*, in *Atti dei Convegni Lincei - I principi generali del diritto (Roma 27-29 maggio 1990)*, Accademia dei Lincei, Roma, 1992, p. 127 ss.

<sup>13</sup> *Bulgari ad Digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, editi Beckhaus, Henry and Cohen, Bonnae, 1856. S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris*, cit., p. 267.

<sup>14</sup> Su questo punto insiste in particolare P. STEIN, *The Formation of the Gloss 'De regulis iuris' and the Glossators' Concept of 'regula'*, in *Atti del convegno internazionale di studi Accursiani (Bologna, 21-26 ottobre 1963)*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 697 ss.; ma analogamente S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris*, cit., p. 226.

<sup>15</sup> P. STEIN, *Regulae iuris*, cit., p. 140 ss.; S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris*, cit., p. 295 ss.

vel vulgariter brocarda appellantur<sup>16</sup>. Questa riflessione sembra aver influito profondamente sul modo di vedere e interpretare le *regulae* contenute nel tit. 50.17, che iniziarono ad essere intese come riasunto (o addirittura ‘parte generale’) delle soluzioni casistiche riportate nel Digesto. Ad esempio, Azzone (a sua volta pupillo di Bassiano) sosterrà nella sua *Summa de regulis iuris* che le *regulae* sono poste *ad pandectarum consummationem*<sup>17</sup>.

Al contempo, però, perlomeno fino a quando lo studio del diritto civile fu legato al testo giustiniano, al suo ordine e alla sua struttura interna, i giuristi non si discostarono dalle ipotesi previste nella compilazione: i giuristi medievali intendevano pur sempre rendere più chiaro e intellegibile il *Corpus iuris* e la sua logica interna, non modificarla<sup>18</sup>. Un vero salto di qualità nell’uso e nella concezione delle *regulae* avviene con la prima età moderna e con la rivoluzio-

<sup>16</sup> L’attribuzione della *materia ad pandectas* a Bassiano è resa difficoltosa dalla peculiare tradizione testuale dell’opera stessa, che ci è giunta all’interno delle edizioni a stampa delle *Summae* attribuite all’allievo di Bassiano, Azzone (ad es. in *Summa Azonis*, Ad Ugolinum, Venetiis, 1596, col. 1144): oggi è però essa generalmente riconosciuta, come nota (riportando una panoramica dei diversi punti di vista) A. PADOVANI, ‘Tenebo hunc ordinem’ Metodo e struttura della lezione nei giuristi medievali (secoli XII–XIV), in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2011, p. 353 spec. p. 355 ss.

<sup>17</sup> La circostanza è sottolineata ancora una volta da P. STEIN, *The Digest Title De diversis regulis iuris antiqui and the General Principles of Law*, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, a cura di R.A. NEWMAN, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962, p. 1 ss., spec. p. 9 ss.

<sup>18</sup> Su questo peculiare afflato di armonizzazione delle diverse parti del *Corpus iuris*, tipico della scienza giuridica medievale, la letteratura è sterminata per cui mi limito a segnalare, oltre al risalente ma sempre valido saggio di B. BRUGI, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane II. Nuovi saggi*, Utet, Torino, 1921, p. 15 ss., il fondamentale lavoro di G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1971; i saggi raccolti in V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Jovene, Napoli, 1976; F. CARPINTERO, *En torno al metodo de los juristas medievales*, Anuario de historia del derecho español, Madrid, 1982; la ricerca poderosa di H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, Beck, München, 1997, spec. p. 441 ss. per una sintesi dei risultati; A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto nella storia d’Europa. Il medioevo – parte prima*, Cedam, Padova, 2005, p. 322 ss. Un importante sguardo di sintesi in R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 144 ss.

ne della *methodus* compiuta con l'avvento del *mos gallicus* e dell'umanesimo giuridico<sup>19</sup>. In questa epoca – con un processo che qui non posso nemmeno tentare di sintetizzare – si compì nello studio del diritto quel distacco definitivo dall'ordine fornito dalla compilazione giustinianea e si iniziarono a percorrere strade di riordino sistematico del materiale romano secondo criteri e logiche completamente differenti (ed esterne) rispetto a quelle utilizzate dai compilatori<sup>20</sup>. Così si iniziarono a individuare *regulae iuris* al di fuori del *Corpus iuris* giustiniano<sup>21</sup> e si iniziò a riordinarle secondo criteri di

---

<sup>19</sup> Il tema delle innovazioni di metodo di ricerca e di insegnamento apportate dall'umanesimo giuridico (ma sarebbe più corretto parlare di 'umanesimi', data la complessità del fenomeno) è centrale nella ricostruzione della storia giuridica occidentale, per cui mi limito a rimandare ai lavori classici di D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1956; F. CARPINTERO, "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, in *Ius commune*, 1977, p. 108 ss.; H.E. TROJE, *Humanistische Jurisprudenz*, Keip-Verlag, Goldbach, 1993 nonché alla trattazione di I. BROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 1 ss.

<sup>20</sup> Per quanto riguarda nello specifico la rivoluzione umanistica della *methodus* – e in particolare la fondamentale riflessione di Matteo Gribaldi Mofa – risulta indispensabile D. QUAGLIONI, *Tra bartolisti e antibartolisti. L'umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Gribaldi Mofa [1541]*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. LIOTTA, Monduzzi, Bologna, 1999, p. 185 ss. Con magistrale sintesi R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 627, osserva che «vi è un profondo divario fra lo sforzo di razionalizzazione dei Commentatori e quello che sarà effettuato da molte correnti umanistiche: i primi intendevano l'impiego della dialettica soprattutto come mezzo per lo svolgimento e sviluppo di una razionalità già insita nel dato, nella norma; alle seconde apparirà soprattutto come un modo per fondare la validità dei principi di cui andavano in cerca e delle loro costruzioni» (ma si leggano anche le p. 163 ss.).

<sup>21</sup> Iniziarono dapprima naturalmente i canonisti, seguiti poi anche nell'ambito civilistico dagli umanisti: ad esempio, come nota P. STEIN, *Regulae iuris*, cit., p. 163 s., Cuiacio nell'introdurre il suo commento al titolo 50.17 elenca una serie di *regulae* presenti nel digesto ma non riportate da Triboniano nel titolo finale dei Digesta, e osserva che la rubrica del titolo è appunto *de diversis regulis iuri antiqui*, e non *de omnibus regulis* (*Cuiacii Opera*, VIII, Fabrot, Lutetiae Parisiorum, 1658, col. 705 s.).

versi da quelli propri della compilazione<sup>22</sup>. Soprattutto, esse vennero espressamente riguardate come proposizioni aventi valenza universale e carattere di principii razionali del diritto<sup>23</sup>.

Le *regulae* romane, nate come tentativo di razionalizzare l'apparato casistico della giurisprudenza dell'età del Principato, tendono a diventare nella tradizione medievale e moderna espressione di precetti dal valore generale o universale e a staccarsi così dalla costellazione casistica in cui esse erano intese.

## 2. *Il diritto romano nella giurisprudenza comunitaria*

Ho premesso questi brevi cenni perché credo che il ricorso da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a *regulae* tratte dalla tradizione romanistica possa essere visto come un ulteriore episodio del millenario processo di riemersione di materiale romano nella cultura giuridica europea.

Il tema dell'utilizzo del diritto romano nella giurisprudenza e nelle corti contemporanee è del resto già stato ampiamente battuto da autorevole dottrina. Mi limiterò in questa sede a ricordare curiosamente – per quanto riguarda la romanistica italiana – l'unità di ricerca coordinata da Giovanni Negri presso l'Università Stata-

---

<sup>22</sup> Si pensi agli esempi di Pierre Lorioz (Loriotus) e di M. Wesenbeck, riportati da R. STINZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, Oldenbourg, München-Leipzig, 1880 (rist. Scientia Verlag, Aalen, 1957) rispettivamente p. 358 ss. e p. 374 e commentati da P. STEIN, *Regulae iuris*, cit., p. 166 e C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Böhlau-Verlag, Köln-Wien, 1970, p. 26 ss.

<sup>23</sup> Esempio di questa nuova posizione delle *regulae* come universali del diritto (o parte generale del diritto) è fornita dalla proposta di Coras, che nel caput VI del celebre *De iuris arte libellus* (1560) sostiene che lo studio dei titoli del Digesto contenenti le *regulae iuris antiqui* e le *verborum significationes* dovrebbe precedere quello delle stesse *Institutiones*, poiché i primi avrebbero contenuto i *principia et elementa* del diritto (*Ionannis Corasii, De iuris arte libellus*, Apud Antonium Vincentium, Lugduni, 1560, p. 17 ss.). Su questa opera di Coras alcune importanti riflessioni in R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 164 ss.

le di Milano sull'uso del diritto romano nei tribunali italiani<sup>24</sup> e le ricerche coordinate da Luigi Garofalo sul ricorrere di logiche 'romanistiche' nella giurisprudenza civile attuale (in particolare in tema di *exceptio doli generalis*)<sup>25</sup>; importanti sollecitazioni sono venute anche dalla Polonia, in particolare grazie all'impulso di W. Wołodkiewicz<sup>26</sup>.

Queste ricerche hanno contribuito a confermare un risultato della scienza romanistica novecentesca, ovvero che l'influsso del diritto romano – oltre che sulla configurazione degli 'istituti' o delle 'figure giuridiche' del diritto privato – si avverte anche (e forse soprattutto) sul piano della metodologia dei giuristi, che appare ancora condizionata dalle forme elaborate e praticate dalla giurisprudenza romana<sup>27</sup>.

Con il progredire del fenomeno di integrazione europea la prospettiva si è allargata. A partire da un fondamentale saggio di Rolf Knutel<sup>28</sup> la ricerca si è progressivamente estesa al tema dell'utilizzo

---

<sup>24</sup> G. NEGRI, *Un esempio di interpretazione del legato nel diritto romano e nella giurisprudenza dei tribunali italiani*, in *Nozione e formazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Jovene, Napoli, 1997, p. 605 ss.

<sup>25</sup> Penso ad esempio ai contributi contenuti in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche attuali*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2006.

<sup>26</sup> *I brocardi latini nella pratica giudiziaria polacca. A proposito delle iscrizioni latine sul nuovo Palazzo di Giustizia di Varsavia*, in *Iura*, 1996, p. 27 ss.

<sup>27</sup> Su questo tema le ricerche sono state ampie e importantissime, a partire in particolare dalle fondamentali ricerche di L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, in *Scritti*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 165 ss. (= Giappichelli, Torino, 2007) e T. VIEHWEG, *Topik und Juriprudenz*, Beck, München, 1953, trad. it. *Topica e giurisprudenza*, a cura di G. CRIFÒ, Giuffrè, Milano, 1962.

<sup>28</sup> R. KNÜTEL, *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in *Juristische Schulung*, 1996, p. 768 ss. (trad. it. *Diritto romano e ius commune davanti alle Corti dell'Unione europea*, in *Nozione e formazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, cit., p. 521 ss.). Importanti riflessioni sulla rilevanza della storia giuridica, specialmente romanistica, per la comprensione del ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione dello *ius commune europaeum* già in R. ZIMMERMANN, *A change in perspective: European Private Law and its Historical Foundations*, in *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Clarendon, Oxford, 2001, p. 107 ss.

del diritto romano nella giurisprudenza comunitaria e ha prodotto numerosi importanti contributi<sup>29</sup>.

Alcuni di questi si sono poi concentrati sul ricorso, negli atti della Corte, a *regulae* tratte dalla tradizione romanistica: mi riferisco in particolare agli importanti saggi di Andreas Wacke<sup>30</sup>, di Francisco Andres Santos<sup>31</sup>, di Rosa Mentxaca<sup>32</sup> e di Fernando Reinoso-Barbero<sup>33</sup>, che hanno affrontato da diversi punti di vista la questione dell'uso di regole e massime di ascendenza romanistica nella giurisprudenza comunitaria<sup>34</sup>.

Questi, infatti, sono strumenti topici che sono serviti – tanto nell'esperienza del diritto romano classico, quanto nel diritto comune – a ricostruire l'unità dell'ordinamento giuridico in assenza di qualsiasi tentativo di consolidamento dell'intero *corpus* normativo entro un documento di natura legislativa. Credo che utilizzare questo terreno per una comparazione diacronica tra diritto romano classico, diritto intermedio e diritto di matrice comunitaria consenta di evitare alla radice quelle riserve metodologiche che vengono talvolta mosse a qualsiasi tentativo di ricondurre il fenomeno di

<sup>29</sup> F. CUENA BOY, *El Derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción del nuevo Derecho común europeo (y extraeuropeo)*, in *Liber amicorum Juan Miquel: estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, coord. por J.L. LINARES, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, p. 265 ss.; F. REINOSO BARBERO, *El derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista general de derecho Romano*, 2008, p. 1 ss.

<sup>30</sup> Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei, in *Filia Scritti per Gennaro Franciosi*, IV, Satura, Napoli, 2007, p. 2827 ss.

<sup>31</sup> Valor epistemológico de las reglas jurídicas romanas en el Derecho comunitario Europeo, in *Liber amicorum Juan Miquel: estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, cit., p. 21 ss.

<sup>32</sup> Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, p. 519 ss.

<sup>33</sup> *Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*, in *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 2016, p. 591 ss.

<sup>34</sup> Si aggiunga anche la panoramica offerta da J. BENKE, *Das römische Recht in der Praxis der EU-Gerichte: Ein 'transmodernes' Weiterleben?*, in *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2016, p. 469 ss.

integrazione giuridica comunitaria ad esperienze del passato: innanzitutto, si evita di appiattare il diritto romano classico su un sistema coerente, valorizzandone invece la natura controversiale che emerge con particolare forza proprio nel ricorso alle *regulae*; in secondo luogo, perché integra lo studio degli usi successivi delle *regulae* – come tramandate dalla compilazione giustiniana – dando conto di un fenomeno complesso che ha influenzato profondamente il modo stesso in cui i giuristi contemporanei guardano al diritto romano; infine, perché in questo modo si mettono a confronto due esperienze effettivamente comparabili, ovvero l'ordinamento comunitario e quelli romano classico e comune medievale, in quanto accumulati dalla prevalenza del formante dottrinale e giurisprudenziale nella creazione del diritto.

La stessa esigenza che spinse i giuristi dell'età del Principato a dedicarsi all'elaborazione di *regulae* – quello di riportare ad unità un ordinamento giuridico che si faceva più complesso e integrato – sembra essere alla base pure dell'elaborazione e dell'uso nella scienza giuridica medievale di proposizione di carattere generale (*generalia*) – chiamate in momenti diversi e in diversi contesti *regulae*, brocardi o *maximae*. E una simile esigenza di integrare un quadro ordinamentale plurale e composito, dal punto di vista della disciplina sostanziale ma anche dal punto di vista delle diverse lingue utilizzate nello spazio comune europeo<sup>35</sup>, potrebbe essere anche alla base del ricorso a regole e massime tratte dal diritto romano e dalla tradizione romanistica da parte della Corte di giustizia europea.

---

<sup>35</sup> Manifestano ottimismo sulla possibilità che il latino possa fungere da lingua franca dell'integrazione giuridica europea F. STURM, *Lingua Latina fundamentum et salus Europae*, in *À l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 441 ss. e L. IEVA, *Il latino nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista italiana diritto pubblico e comunitario*, 2013, p. 1093 ss. Più cauto H. MATTILA, *European Integration and Legal Communication*, in *Paradoxes of European Legal Integration*, a cura di A.L. KJÆR, H. PETERSEN, M.R. MADSEN, Ashgate, Aldershot, 2008, p. 253 ss.

3. *La regula 'impossibilium nulla obligatio': diritto romano e tradizioni successive*

È inclusa tra le regole contenute nel già citato titolo 50.17 *De diversis regluis iuris antiqui* anche quella che formerà oggetto della mia analisi<sup>36</sup>. Essa è formulata con particolare nettezza in un passo tratto dai *Digesta* di Giuvenzio Celso:

D. 50.17.185 (Celsus 8 *digestorum*) *Impossibilium nulla obligatio est.*

Nel medesimo titolo 50.17 sono peraltro rintracciabili altri testi che sembrano riportare regole analoghe o comunque collegate a questa<sup>37</sup>: taluni tratti dagli stessi *Digesta* di Celso, che pare avere svolto un ruolo cruciale nella sua elaborazione – in particolare

<sup>36</sup> Numerosi lavori hanno affrontato direttamente il problema dell'origine e del significato di questa *regula*: oltre al risalente saggio di E. RABEL, *Origine de la règle: 'impossibilium nulla obligatio'*, in *Mélanges Gérardin*, Sirey, Paris 1907, p. 473 ss., la dottrina è di recente tornata sul tema con numerosi contributi, tra i quali si segnala in particolare M.J. SCHERMEIER, *Impossibilium nulla obligatio. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung in romischen Recht*, in *Annali del seminario giuridico di Palermo*, 2006, p. 241 ss. (l'autore riprende il tema anche in *vor § 275. Leistungsstörungen*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432 1. Teilband: vor § 241 - § 304*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 851 ss. spec. p. 863 ss.). Altri autori hanno esplicitamente ricollegato la loro analisi della *regula* ai più recenti sviluppi del diritto europeo, in una prospettiva critica simile a quella adottata in questo lavoro: M. RABELLO, *The "impossible contract": from Roman law to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract*, in *Fundamina*, 2006, 1, p. 346 ss.; W. DAJCZAK, *La generalizzazione della regola impossibilium nulla obligatio: la tradizione romanistica in Europa e sviluppi moderni del diritto privato*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 2012, p. 133 ss.; N. RAMPAZZO, *Ad impossibilia nemo tenetur. Spunti comparatistici su una presunta regula*, in *Regulae iuris*, cit., p. 80 ss.

<sup>37</sup> Occorre ricordare con C.A. Cannata che «la regola è bensì un particolare strumento operativo dei *iurisprudentes*, ma non è proprio di un giurista singolo sebbene è di tutti» (in *recensione a* B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, in *Iura*, 1971, p. 180 ss.).

50.17.186 e 188.1<sup>38</sup>; altri provenienti dai *commentarii* di Ulpiano – D.50.17.31 e 135<sup>39</sup>.

Il passo tratto dal libro ottavo dell'opera celsina si caratterizza però, rispetto alle altre attestazioni appena menzionate, per la laconicità e la apparente assolutezza del principio ivi affermato: la nullità di qualsiasi obbligazione volta ad una prestazione impossibile<sup>40</sup>.

Se, nella sua formulazione, la *regula* appare dotata di un valore molto ampio, una valutazione anche superficiale della casistica relativa all'impossibilità della prestazione rivela un quadro più complesso. Le fonti, infatti, distinguono innanzitutto tra le ipotesi di impossibilità originaria e sopravvenuta: in questo secondo caso si sarebbe infatti normalmente prodotta l'estinzione di una obbligazione valida, salvo naturalmente l'ipotesi in cui questa sia imputabile al debitore<sup>41</sup>. Anche considerando le ipotesi di prestazione oggettivamente<sup>42</sup> impossibile *ab initio*, le fonti ci tramandano un quadro

---

<sup>38</sup> D.50.17.186 (Celsus 12 *digestorum*) *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest*; D.50.17.188.1 (Celsus libro 17 *digestorum*) *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt*. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Tauchnitz, Lipsiae, 1889, coll. 145 e 150 Pal. Cels. 110 e 142). Su questi due passi relativi alla impossibilità della prestazione a causa della *natura rerum* si è soffermato P. CERAMI, *Sulla concezione celsina del ius*, in *Annali del seminario giuridico di Palermo*, 1985, p. 1 ss. spec. p. 47 ss.

<sup>39</sup> D. 50.17.31 (Ulpianus 42 *ad Sabinum*) *Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendere, ut utilem actionem aut factum efficere possit*; D.50.17.135 (Ulpianus 23 *ad edictum*) *Ea, quae dari impossibilia sunt vel quae in rerum natura non sunt, pro non adiectis habentur*. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., coll. 555 e 1170 (Pal. Ulp. 710 e 2886).

<sup>40</sup> Secondo Zimmermann – che rilegge il passo con una forte attenzione alle più recenti evoluzioni del diritto civile, su un piano comparato e internazionale pattizio – l'affermazione è «succinct and trenchant»: si veda *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon, Oxford, 1996, p. 687.

<sup>41</sup> Il tema della responsabilità contrattuale derivante da impossibilità sopravvenuta imputabile al debitore è stato sviscerato in una lunga serie di importanti contributi da Carlo Augusto Cannata: rimando per una sintesi a C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Giappichelli, Torino, 2003, p. 222 ss.

<sup>42</sup> Bisogna infatti distinguere l'ipotesi dell'impossibilità oggettiva o assoluta da quella della difficoltà o impossibilità soggettiva della prestazione: per tutti ancora C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, cit., p. 220.

casistico estremamente frastagliato: come autorevolmente notato, i romani applicarono la regola con estrema elasticità, in modo non uniforme, valutando caso per caso specialmente in ragione del tipo di contratto<sup>43</sup>. Le fonti sembrano distinguere in particolare tra *stipulatio* (contratto unilaterale tutelato da un'azione di stretto diritto) ed *emptio venditio* (contratto bilaterale e sinallagmatico tutelato da un'azione di buona fede). Con riguardo alla *stipulatio* il principio sembra applicato più coerentemente (anche se non mancano nelle fonti alcune eccezioni), mentre con riferimento al contratto di compravendita avente un oggetto impossibile, la casistica non sembra riconducibile ad un principio unitario: nell'ipotesi in cui un bene astrattamente idoneo alla vendita fosse perito prima della conclusione del contratto, la vendita era considerata nulla (per contrarietà alla *rerum natura*); nel diverso caso di compravendita avente ad oggetto un bene radicalmente sottratto alla possibilità di transazione tra privati (ad esempio un uomo libero o una *res in usu publico*), la nullità del contratto dipendeva invece essenzialmente dalla consapevolezza dell'acquirente e, nel caso in cui il solo venditore fosse a

---

<sup>43</sup> Oltre ai lavori citati nella precedente nota 34, si soffermano sulla complessa disciplina dell'impossibilità oggettiva iniziale della prestazione, tra i tanti, E. RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung: eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Festschrift Bekker*, Böhlau, Weimer, 1907, p. 171 ss. (= in *Gesammelte Aufsätze 1: Arbeiten Zum Privatrecht 1907-1930*, Mohr, Tübingen, 1965, p. 1 ss. spec. p. 18 ss.); C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Böhlau-Verlag, Köln-Wien, 1970, p. 8 ss.; F. PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von D. MEDICUS und H.H. SEILER, Beck, München, 1976, p. 285 ss.; F. CUENA BOY, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992, p. 8 ss. Approfonditi sguardi di sintesi in G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Giappichelli, Torino, 1966<sup>3</sup>, p. 40 ss.; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 1 ss. spec. 34 ss.; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, cit., p. 218 ss.

conoscenza della natura giuridica del bene, rimaneva esperibile contro di lui l'*actio empti* da parte del compratore<sup>44</sup>.

Alla luce di questa casistica complessa, non appare dunque agevole ipotizzare il campo applicativo originario della *regula* nella prospettiva celsina. Secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel, il passo apparteneva a una sequenza relativa al contratto di compravendita<sup>45</sup>. Come abbiamo appena visto, però, la *regula* celsina non si adatta – nella sua apparente assolutezza – alla variegata casistica in tema di *emptio venditio*. Perché allora esprimere la *ratio decidendi* di un caso specifico di impossibilità del contratto di compravendita con un tono tanto generale? Una tesi risalente la ricollegava alla peculiare personalità scientifica di Celso, considerato a lungo giurista intuitivo e impulsivo, ma questa ricostruzione del metodo e del carattere di Celso ha perso forza a partire dalle convincenti ricerche di Franz Wieacker<sup>46</sup>. Occorre anche menzionare l'ipotesi di Dieter Medicus il quale nota che il termine *obligatio* si confà più pun-

---

<sup>44</sup> Una messa a fuoco sulla problematica dell'esperibilità dell'*actio empti* nel caso di dolo del venditore – alla base della moderna teorica della *culpa in contrahendo* – in M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 303 ss. spec. p. 438 ss.

<sup>45</sup> O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., col. 141 Pal. Cels. 81, inserito nel *liber VIII de emptione*, mentre *de stipulationibus* è il *liber XXVI* nella ricostruzione leneliana. Bisogna però notare che la ricostruzione del contenuto del libro è abbastanza arbitraria, essendo basata fondamentalmente sul contenuto di tre fonti, una delle quali (D.12.4.16) è peraltro attribuita dalla *inscriptio* al *liber III* (le altre sono D.19.1.38 e D.18.1.59).

<sup>46</sup> Mi riferisco in particolare a F. WIEACKER, *Amoenitates iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura*, 1962, p. 1 ss. Importanti contributi per il ripensamento del ruolo di Celso sono venuti anche da Mario BRETONE, *Note minime su Celsus filius*, in *Labeo*, 1963, p. 331 ss. Una visione complessiva in H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.15, cit., p. 382 ss. Più di recente è tornato sul tema J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana: Entscheidungsbegründungen Eines Hochklassischen Juristen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, spec. p. 1 ss. per una sintesi delle diverse opinioni maturate nella dottrina precedente e p. 128 per la discussione della *regula* in esame. Da ultimo si segnala un equilibrato contributo di C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore 'malgré soi' della 'legum permutatio' giustiniana*, in *Celso teorico del diritto*, a cura di L. GAROFALO, Jovene, Napoli, 2016, p. 153 ss.

tualmente al rapporto derivante da una *stipulatio*, piuttosto che da una *emptio venditio*, e suggerisce dunque che la *regula* potrebbe essere stata enunciata in un caso di *stipulatio* di garanzia accessoria alla vendita<sup>47</sup>.

A prescindere dalla sua collocazione nell'opera di Celso, comunque, la *regula* venne isolata dal contesto argomentativo originale e inserita dai compilatori nel titolo relativo alle *regulae antiqui iuris*<sup>48</sup>.

Glossatori e commentatori<sup>49</sup> – che leggevano le fonti senza preoccupazioni di ordine palinogenetico, ma seguendo la sistematica e la logica interna del *Corpus iuris* giustiniano ed erano al contempo impegnati in una razionalizzazione e armonizzazione delle diverse parti di esso in senso 'normativo' – non lessero la *regula* celsina come riferita alla *emptio venditio* (come fa la romanistica moderna, sulla scia di Lenel), ma la ritennero applicabile esclusivamente alla *stipulatio*<sup>50</sup>. Così, ad esempio, Bulgaro nel già citato *apparatus de regulis iuris* adduce *ad exemplum* di questa regola due testi relativi alla *stipulatio* (C.8.37.8 e D.45.1.35.1)<sup>51</sup>. La vera svolta nella conside-

<sup>47</sup> D. MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, in *Zeitschrift Savigny Stiftung (Rom. Abt.)*, 1969, p. 67 ss. spec. p. 93.

<sup>48</sup> Con riferimento alla compilazione del titolo *de regulis iuris antiqui*, Biagio BRUGI (*Le "regulae iuris" dei giureconsulti romani*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, I, Soc. Tip. Modenese, Modena, 1930, p. 38 ss., spec. p. 42) sottolinea come l'aver estrapolato le *regulae* dal contesto casistico in cui esse erano state presumibilmente elaborate abbia rappresentato un'innovazione dirompente e gravida di conseguenze per gli sviluppi della scienza giuridica successiva.

<sup>49</sup> Sull'elaborazione di glossatori e commentatori relativamente al campo applicativo della *regula* in esame rimane fondamentale il ricchissimo saggio di H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1960, spec. p. 260 ss.

<sup>50</sup> Lo nota anche W. DAJCZAK, *La generalizzazione della regola impossibilium nulla obligatio*, cit., p. 139 ss.

<sup>51</sup> *Bulgari ad Digestorum titulum De diversis regulis juris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, edidit Beckhaus, Hanry&Cohen, Bonnae, 1856, p. 116. Ugualmente gli esempi addotti nella glossa *impossibilium* a D.50.17.185(145) si riferiscono tutti a ipotesi di *stipulationes*: cfr. C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, cit., p. 18 ss. Da questa prospettiva estremamente rispettosa della lettera del *Corpus iuris* nel suo complesso – che non muterà fino al XV secolo – discenderebbe anche l'avversione di glossatori

razione dell'ambito applicativo e del valore epistemologico di questa *regula* (come del resto, più in generale, di valore e posizione delle *regulae iuris* nello studio del diritto) si avrà nell'età dell'umanesimo giuridico. Questo mutamento di atteggiamento si nota con particolare evidenza in Donello, il cui *Commentarius de iure civili* fu uno dei primi tentativi di organizzare il diritto civile in un ordine logico diverso dalla sequenza dei titoli del Digesto<sup>52</sup>. Egli osserva, su un piano generale, il valore logico prima ancora che 'normativo' della *regula celsina*. Nel caput XX (rubricato *quae res obligationem recipiant vel non*) relativo alle prestazioni che possono essere dedotte in un'obbligazione Donello afferma: *et certe absurdum est, ac non tantum iniquum, exigere a quonam, ut praestet, quod praestari omnino non potest, sive de re danda agatur, quae non potest dari, sive de eo faciendo, quod fieri non potest. Hinc regula iuris ad utrumque genus pertinens, impossibilibium nulla obligatio*<sup>53</sup>.

Donello, facendo della regola dell'invalidità dell'obbligazione oggettivamente e *ab initio* impossibile un principio generale applicabile ad ogni fattispecie contrattuale, è stato considerato «il padre spirituale della dottrina dell'impossibilità della Scuola storica nel

---

e commentatori verso la teorica oggi chiamata *culpa in contrahendo*, che evidentemente poneva grossi problemi di coordinamento con altri testi: così H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen*, cit., p. 265.

<sup>52</sup> DONELLUS, *Commentarii de iure civili*, VII, Koenig-Bucher, Norimbergae 1874<sup>6</sup>, p. 187 ss. Per un inquadramento generale dell'opera di Donello nel quadro dell'umanesimo giuridico rimando ancora a I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 31 ss. e a P. STEIN, *Donellus and the Origins of the Modern Civil Law*, in *Mélanges F. Wubbe*, Editions Universitaires, Fribourg, 1993, p. 439 ss. Ricostruisce con la consueta profondità di analisi la rivoluzione metodologica di Donello C.A. CANNATA, *Systématique et dogmatique dans les Commentarii iuris civilis de Hugo Donellus*, in *Jacques Godefroy (1587–1652) et l'humanisme juridique à Genève*, édité par B. SCHMIDLIN, A. DUFOUR, Helbing&Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 217 ss.

<sup>53</sup> DONELLUS, *Commentarii de iure civili*, VII, cit., p. 188 s. Nei successivi paragrafi (in particolare 6, 8, 16 e 17) Donello trarrà le conseguenze di tale presa di posizione generale: su questi profili C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, cit., p. 28 ss.

XIX secolo»<sup>54</sup> e così della fissazione della *regula* nella codificazione tedesca del 1900<sup>55</sup>. Sarà infatti una celebre monografia di Friedrich Mommsen del 1853<sup>56</sup> a sanzionare il dogma della nullità dell'obbligazione avente ad oggetto una prestazione impossibile che verrà fatto proprio dal §306 del BGB il quale, nella sua formulazione originaria, sanciva infatti la nullità di qualsiasi contratto avente ad oggetto una prestazione impossibile («ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig»)<sup>57</sup>.

#### 4. *La regola 'impossibilium nulla obligatio' nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*

Nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia la *regula* relativa alla nullità dell'obbligazione avente ad oggetto una prestazione oggettivamente impossibile fin dal momento della sua costituzione è richiamata in quattro sentenze – tre della Corte di Giustizia e una, recentissima, del Tribunale di primo grado – nonché nelle conclusioni di alcuni avvocati generali<sup>58</sup>: tra queste, appaiono di

<sup>54</sup> 'Geistiger Vater der Systematik der historischen Schule des 19. Jahrhunderts', così è definito da C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, cit., p. 31

<sup>55</sup> Ricostruisce la genealogia che da Donello porta alla Scuola storica W. DAJCZAK, *La generalizzazione della regola impossibilium nulla obligatio*, cit., p. 141 ss.

<sup>56</sup> *Beiträge zum Obligationenrecht. I: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse* (1853). Sull'impatto decisivo di questo lavoro sugli sviluppi della dottrina dell'impossibilità iniziale C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, cit., p. 125 ss.

<sup>57</sup> Sul testo originario di questa disposizione e sull'influsso della monografia di Mommsen si può leggere M.J. SCHERMEIER, §275, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–432 1. Teilband: vor § 241 – § 304*, cit., p. 958 ss. e p. 998 ss. con ulteriori riferimenti.

<sup>58</sup> Nella sua traduzione dal latino, essa è citata già dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle osservazioni generali nella causa Spagna v. A C-278/01, su cui M.N. LÓPEZ GÁLVEZ, *El principio "impossibilium nulla est obligatio": litigio sobre el cumplimiento de la normativa de aguas de baño en la UE*, in *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, cit., p. 635 ss.

particolare interesse quelle dell'avvocato generale Verica Tristenjak nel procedimento pregiudiziale della causa C-482/09 (*Budějovický Budvar c. Anheuser-Busch, Inc.*), che nel par. 72<sup>59</sup> richiama esplicitamente la massima celsina – nonché la sua collocazione nella compilazione di Giustiniano<sup>60</sup> – con riferimento ad una controversia tra due compagnie sulla titolarità del marchio della birra Budweiser: l'avvocato generale esclude la responsabilità per utilizzo di un marchio in violazione della disciplina sulla protezione della proprietà intellettuale nel caso in cui essa sia stata perpetrata da un committente e con incolpevole ignoranza da parte del titolare, e richiama la regola per argomentare che il termine prescrizionale «inizia a decorrere dal momento in cui il titolare del marchio di impresa anteriore venga a conoscenza dell'uso di un marchio di impresa posteriore». Il principio non è però richiamato nella sentenza sulla domanda pregiudiziale, né in quella definitiva.

Questa sembra una delle prime occasioni in cui la *regula* appare in un documento ufficiale prodotto in un procedimento giurisdizionale della Corte europea e rappresenta l'inizio di un percorso che condurrà gli organi giudicanti della Corte, in un breve torno di an-

---

<sup>59</sup> «La qualificazione in termini di “tolleranza” di una situazione indotta da circostanze esteriori come, ad esempio, l'impossibilità di diritto o di fatto di adottare contromisure, non sarebbe però compatibile con la suddetta interpretazione. La nozione di “tolleranza” implica, infatti, che colui che tollera sia teoricamente nelle condizioni di agire contro una situazione indesiderata, ma ciò nonostante consapevolmente non agisce. La passività forzata non corrisponde, a mio avviso, al significato naturale di tale nozione, né al concetto di preclusione già descritto. Inoltre, va osservato che il legislatore dell'Unione ha consentito, nell'undicesimo ‘considerando’ della direttiva, la limitazione degli interessi del titolare del marchio di impresa anteriore, nell'ambito della preclusione, solo sotto riserva espressa di “adeguatezza”. In considerazione del fatto che nessuno può essere giuridicamente tenuto all'impossibile (“impossibilium nulla obligatio est”), sarebbe ingiusto escludere i diritti del titolare del marchio di impresa anteriore nell'ambito della preclusione, argomentando che questi non si è opposto allo sfruttamento illecito del proprio marchio di impresa da parte di terzi, sebbene non fosse assolutamente nelle condizioni di farlo».

<sup>60</sup> La nota 44 delle conclusioni rileva infatti che «la detta massima di diritto romano è riportata nei *Digesta* 50.17.185» (qualifica l'espressione latina come ‘maxim’ anche la versione in lingua inglese).

ni, ad estenderne il campo applicativo e la posizione argomentativa nel proprio ragionamento. Nelle sentenze emesse in questo periodo, non solo la Corte usa la *regula* in modo diverso, dandole di fatto una diversa funzione nel suo percorso argomentativo, ma finisce per riconoscerci anche esplicitamente un valore normativo ed epistemologico particolare, quello di ‘principio generale dell’ordinamento europeo’.

Occorre innanzitutto notare come la Corte utilizzi indifferentemente due diverse formulazioni della *regula*: quella ricalcata sul testo celsino – *impossibile nulla obligatio* – e la diversa *ad impossibilia nemo tenetur*. È evidente che per l’organo giurisdizionale europeo le due forme sono interscambiabili, dal momento che la Corte richiama di volta in volta le sue sentenze precedenti utilizzando indifferentemente le due formulazioni per riferirsi allo stesso principio.

La prima sentenza in esame è stata pronunciata dalla seconda sezione della Corte di Giustizia nel caso *Daimler AG c. Együd Garage*<sup>61</sup>: anche qui la *regula* è invocata dalla Corte per limitare le pretese (inibitorie e risarcitorie) del titolare del diritto di proprietà intellettuale su un marchio (Daimler) nel caso in cui, scaduto il contratto di licenza dello stesso, rimanessero *online* annunci che collegavano ancora il marchio al vecchio licenziatario, qualora ciò fosse accaduto senza il consenso e anzi all’insaputa di quest’ultimo, ma per iniziativa di terzi che, secondo una prassi commerciale ormai diffusa, ripubblicassero annunci pubblicitari scaduti da siti altrui. Secondo la Corte, la tutela offerta dall’art. 5 par. 1 della direttiva 2008/95 – che definisce i diritti del titolare del marchio – non può spingersi fino a ritenere responsabile per la violazione l’azienda il cui nome è illecitamente ricollegato al marchio, a prescindere da una verifica sulla condotta che ha determinato a tale indebito collegamento: tale interpretazione è sostenuta, tra l’altro, dal riferimento alla regola *impossibile nulla obligatio est*<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Sent. C.179/15 del 3 marzo 2016.

<sup>62</sup> Si tratta in particolare del paragrafo 42, dove si legge che «alla luce di quanto precede, si deve constatare che una interpretazione dell’articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2008/95, che consenta, in una situazione come quella di cui al pro-

A meno di un anno e mezzo da questa sentenza, la seconda sezione della Corte è tornata ad utilizzare la nostra *regula* in una pronuncia (sent. *Protect Nature* C-664/15 del 20 dicembre 2017) in tema di legittimazione di un'associazione ambientalista a intervenire nei procedimenti amministrativi e giurisdizionali in materia di tutela dei bacini idrici. Tra le questioni sollevate dal giudice del rinvio una riguardava l'ammissibilità di «una disposizione di diritto processuale nazionale (articolo 42 dell'AVG [*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*, la legge austriaca sul procedimento amministrativo, n.d.a.]) che imponga all'organizzazione per la tutela dell'ambiente... di sollevare le proprie eccezioni per la prima volta, non nel ricorso giurisdizionale dinanzi al tribunale amministrativo, bensì già tempestivamente nel procedimento dinanzi all'autorità amministrativa, a pena di perdita del proprio status di parte». Secondo la Corte tale norma si pone in contrasto con la normativa europea (in particolare l'art. 9 Convenzione di Aarhus e la direttiva 2000/60) perché essa «equivale a esigere che tali organizzazioni rispettino un obbligo che esse non possono a priori adempiere. Orbene, *impossibillum nulla obligatio est*»<sup>63</sup>.

La terza sentenza<sup>64</sup> è quella che ha avuto la eco più vasta nel dibattito pubblico specialmente italiano, in quanto incidente sull'esenzione dal pagamento dell'imposta sugli immobili (ICI) per gli enti ecclesiastici. Il procedimento, svoltosi dinnanzi alla Grande sezione, riuniva infatti due procedimenti nati dall'impugnazione della

---

cedimento principale, al titolare del marchio di impresa di vietare all'inserzionista l'uso controverso, per il solo motivo che tale uso possa eventualmente procurare un vantaggio economico all'inserzionista, violerebbe la finalità di tale disposizione nonché il principio *impossibillum nulla obligatio est*.

<sup>63</sup> Il paragrafo 96 recita infatti: «pertanto, alla luce del diritto processuale nazionale applicabile, risulta che la critica di non avere formulato in tempo utile eccezioni al fine di evitare l'applicazione della regola di preclusione prevista all'articolo 42 dell'AVG equivale a esigere che tali organizzazioni rispettino un obbligo che esse non possono a priori adempiere. Orbene, *impossibillum nulla obligatio est*».

<sup>64</sup> Sent. Montessori C-622/16 e C-624/168 del 6 novembre 2018.

decisione con cui la Commissione<sup>65</sup> aveva stabilito che l'esenzione dall'imposta comunale sugli immobili concessa dall'Italia agli enti non commerciali (come gli istituti scolastici o religiosi) che svolgevano, negli immobili in loro possesso, determinate attività (quali le attività scolastiche o alberghiere) costituiva un aiuto di Stato illegale, ma al contempo non ne aveva ordinato il recupero, ritenendolo assolutamente impossibile. La causa dunque verteva anche, in parte, proprio sulla questione dell'impossibilità per lo Stato di perseguire la restituzione degli aiuti: sul punto, la Corte fa proprie le osservazioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, che nelle nel par. 110 delle sue osservazioni aveva concluso che «il principio "impossibilium nulla obligatio est", inteso come impossibilità assoluta di recupero, corrisponde ad una disposizione non scritta fondamentale immanente al diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato. Mi sembra, quindi, che si possa qualificarlo come principio generale del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento n. 659/1999». La Grande sezione, infatti, rimandando espressamente alla precedente sentenza *Daimler*, riconosce che «il principio secondo cui "ad impossibilia nemo tenetur" fa parte dei principi generali di diritto dell'Unione» (par. 79), pur non ritenendolo del tutto applicabile al caso sottoposto al suo vaglio. Tale impostazione – secondo cui il dovere della Commissione di esigere dagli Stati membri la restituzione degli aiuti di Stato illegittimi è condizionato dalla possibilità per gli stati stessi di recuperare quanto versato – è stata poi ribadita dalla ottava sezione del Tribunale nella successiva sentenza resa il 21 settembre 2022 nella causa T-95/21 (*Portogallo c. Commissione*) relativa alla costituzione della zona franca di Madeira: la Corte, nel richiamare espressamente la sentenza Montessori, afferma che «contro una decisione della Commissione che impone il recupero di un aiuto di Stato illegale e incompatibile, lo Stato in questione può avvalersi del principio se-

---

<sup>65</sup> Decisione 2013/284/UE della Commissione, del 19 dicembre 2012, relativa all'aiuto di Stato S.A. 20829.

condo cui “ad impossibilia nemo tenetur”, che fa parte dei principi generali di diritto dell’Unione» (par. 222).

Le ragioni di interesse suscitate dalla lettura di questa costellazione di pronunce – che la stessa Corte sembra concepire unitariamente, visti i costanti richiami ai propri precedenti – sono diverse, ma rimandano tutte a una progressione nell’utilizzo della *regula* ‘impossibilium nulla obligatio’.

Innanzitutto, per quanto riguarda la posizione e la funzione del riferimento alla *regula* nell’argomentazione della Corte, si può osservare come questa risulti via via più centrale nel ragionamento dei giudici: mentre nelle prime due pronunce, essa ricopre un ruolo ancillare *ad adiuvandum*, nella sentenza *Montessori* essa diventa uno dei fulcri centrali del ragionamento e della decisione della Corte.

In secondo luogo, appare evidente la tendenza – già ravvisata nel precedente schizzo della storia della *regula* ‘*impossibilium nulla obligatio*’ – ad estenderne l’ambito applicativo. Se a partire dall’umanesimo giuridico essa è stata percepita sempre più come principio logico (così Donello) immanente ad ogni forma contrattuale – non solo a quelle tutelate da giudizi di stretto diritto, ma anche ai giudizi di buona fede – qui la Corte applica la *regula* ben oltre la materia contrattuale, e addirittura oltre i confini del diritto privato: nella sentenza *Daimler* (come già prima nelle osservazioni dell’avvocato generale nel caso *Budvar*), essa è richiamata in un caso di delimitazione del diritto di marchio (avente carattere ‘reale’, e dunque estraneo alla nozione di *obligatio* pure evocata nella massima); nel caso *Protect natur* la *regula* è utilizzata come criterio interpretativo di una disposizione di diritto processuale civile austriaco; infine, nei casi *Montessori* e *Zona franca di Madeira*, essa è invocata quale canone per definire i rapporti reciproci tra istituzioni comunitarie (la Commissione, in particolare) e Stati membri in materia di aiuti di Stato, dunque in una materia di natura spiccatamente pubblicistica.

5. *La regola ‘impossibilium nulla obligatio’ come principio dell’ordinamento comunitario?*

L’aspetto più interessante di questo *crescendo* è però a mio avviso la qualificazione della massima come ‘principio dell’ordinamento comunitario’. Una tale qualificazione della *regula* era stata già in passato suggerita nelle osservazioni degli avvocati generali<sup>66</sup>, ma non era mai stata accolta dalla Corte prima dei casi *Montessori* e *Zona franca di Madeira*. Quello del rapporto tra *regulae* e principii generali è un tema antico – che, come abbiamo visto, emerge sin dalla riflessione medievale sulla natura delle regole contenute nel titolo 50.17 *De diversis regulis antiquis*.

In questa sede, però, più che una riflessione generale sulla posizione di principi e *regulae* nel sistema delle fonti di produzione del diritto, interessa sottolineare come la qualificazione della regola ‘impossibilium nulla obligatio’ come principio generale dell’ordinamento comunitario si scontri con una serie di dati che indicano come in realtà sia gli ordinamenti nazionali sia l’ordinamento comunitario stiano adottando una disciplina dell’impossibilità delle obbligazioni più articolata, che supera l’assolutezza della *regula celsina* così come riletta a partire dall’età moderna<sup>67</sup>.

Per quanto riguarda gli ordinamenti nazionali, appare particolarmente significativo il cambio di rotta impresso all’ordinamento tedesco dalla legge di riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, dal momento che proprio il BGB era stato il Codice che aveva più profondamente subito l’influenza della dottrina dell’impossibilità così come formulata da F. Mommsen sulla scorta della scienza giuridica di età moderna, e che tale riforma è stata salutata come un possibile modello per una futura disciplina europea del diritto delle

<sup>66</sup> Cfr. M.N. LÓPEZ GÁLVEZ, *El principio “impossibilium nulla est obligatio”: litigio sobre el cumplimiento de la normativa de aguas de baño en la UE*, cit.

<sup>67</sup> Tali sviluppi nella disciplina dell’impossibilità iniziale della prestazione sembrano peraltro ispirate dalla disciplina pattizia internazionale, specialmente CISG e principi UNIDROIT i quali, come vedremo subito, dettano una disciplina che ha fortemente influenzato le proposte di uniformazione del diritto comunitario.

obbligazioni<sup>68</sup>. La *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* ha infatti abrogato il precedente §306 – che, come già ricordato, sanciva in via generale la nullità del contratto avente ad oggetto una prestazione impossibile<sup>69</sup> – sostituendolo con la disciplina dettata dal combinato disposto dei §§311a e 275, ai sensi della quale l'impossibilità originaria della prestazione esclude l'obbligo della prestazione (§275), ma non l'efficacia del contratto (§311a frase 1) e in particolare la possibilità per il creditore di pretendere il risarcimento dei danni e il rimborso delle spese se il debitore era a conoscenza (o non lo era per motivi a lui imputabili) dell'impossibilità (§311a frase 2)<sup>70</sup>.

La qualificazione della regola 'impossibilium nulla obligatio' come principio dell'ordinamento comunitario appare però ancora più sorprendente se volgiamo lo sguardo a considerare alcuni dei principali documenti tesi ad armonizzare il diritto europeo dei contratti: in essi emerge infatti con forza la tendenza – legata naturalmente alla necessità di tutelare l'affidamento delle parti – a far salva per quanto possibile la validità del contratto anche in caso di impossibilità iniziale (*initial impossibility*)<sup>71</sup>.

Innanzitutto, i due principali progetti di uniformazione del diritto europeo dei contratti contengono una disciplina sostanzialmente analoga delle ipotesi di *initial impossibility*, a sua volta for-

---

<sup>68</sup> Alcune indicazioni essenziali in G. CIAN, *Relazione introduttiva*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, p. 9 ss.

<sup>69</sup> *Supra* nota 57.

<sup>70</sup> Su tutti questi profili mi limito a rimandare a M.J. SCHERMEIER, §275 e J.D. HARKE, §311a, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–432 1. Teilband: vor § 241 – § 304*, cit., p. 941 ss. e p. 1561 ss.

<sup>71</sup> Su questi profili, in generale, risulta imprescindibile la lettura di S. LOHSE, *Validity*, in *Commentaries on European Contract Law*, a cura di N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 649 ss. Utile anche la panoramica offerta in H.C AKSOY, *Impossibility in Modern Private Law. A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*, Springer, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, spec. p. 93 ss. Osservazioni utili anche in M. RABELLO, *The "impossible contract"*, cit., p. 357 ss.; W. DAJCZAK, *La generalizzazione della regola impossibilium nulla obligatio*, cit., p. 134 s. e p. 150 s.; N. RAMPAZZO, *Ad impossibilia nemo tenetur*, cit., p. 99 ss.

temente debitrice della relativa disposizione dei *Principles of International Commercial Contracts Unidroit*, i quali all'art. 3.1.3.1 prevedono che «the mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract»<sup>72</sup>. Con una formulazione largamente sovrapponibile a questa, le equivalenti previsioni dei *Principles of European Contract Law* (art. 4:102)<sup>73</sup> e del *Draft common Frame of Reference* (Art. II. – 7:102) stabiliscono infatti che «a contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible»<sup>74</sup>.

Se tanto il *Draft common frame of refence* quanto i *Principles of European Contract Law* sono atti di *soft law*, che mirano a fornire agli operatori del diritto un quadro generale di riferimento alla luce dell'analisi comparata degli ordinamenti europei<sup>75</sup>, intende invece porsi fin dall'inizio come strumento di diritto positivo, sebbene opzionale, la *Proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita* (*Common European Sales Law, CESL*)<sup>76</sup>: anche in questo documento la disciplina dell'impossibilità oggettiva iniziale non sembra riconducibile sem-

<sup>72</sup> Sul punto si vedano E. FERRANTE, *Validity of contract terms*, in *International Sales Law. A Handbook*, a cura di L. DiMATTEO, A. JANNSEN, U. MAGNUS, R. SCHULZE, Hart-Nomos-Beck, Oxford-Baden-Baden-München, 2021<sup>2</sup>, p. 337 ss. spec. p. 349 ss. e T. SOUTHERINGTON, *Impossibility Of Performance and Other Excuses in International Trade*, in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2002-2003, p. 249 ss. spec. p. 298 ss.

<sup>73</sup> Un'utile comparazione con la disciplina italiana in P. IAMICELI, *Validity*, in *Principles of European Contract Law and Italian Law*, a cura di L. ANTONIOLLI, A. VENEZIANO, Kluwer, Dordrecht-Boston-New York, 2005, p. 187 ss. spec. p. 189 s.

<sup>74</sup> E. FERRANTE, *Validity of contract terms*, cit., p. 356.

<sup>75</sup> Il DCFR, però, è stato elaborato su iniziativa del Parlamento Europeo e nelle intenzioni della Commissione doveva rappresentare la base per un futuro atto avente carattere normativo, abortito poi a causa delle critiche ricevute che hanno spinto le istituzioni comunitarie a virare sul progetto del Regolamento sulla vendita di cui alla nota successiva. Su tutti questi aspetti in generale A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Giap-parelli, Torino, 2018, p. 45 ss.

<sup>76</sup> COM(2011) 635.

plicisticamente al principio ‘impossibilium nulla obligatio’ e appare invece ricalcare quella dettata sul piano pattizio internazionale dalla Convenzione sui contratti per la vendita internazionale di beni mobili (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG)<sup>77</sup>. Sebbene nei due documenti il caso dell’impossibilità oggettiva iniziale non sia tematizzato autonomamente, la lettura di alcune disposizioni suggerisce che la prospettiva adottata sia quella di far salva la validità del contratto avente ad oggetto una prestazione impossibile: l’art. 146.3 CESL (= 68.3 CISG), nell’allocare il rischio nel caso di beni venduti durante il trasporto, stabilisce che «se al momento della conclusione del contratto il venditore sapeva o era ragionevolmente tenuto a sapere che i beni erano stati persi o danneggiati e non ne ha informato il compratore, il rischio della perdita o del danneggiamento dei beni è a suo carico», lasciando intendere di considerare il contratto valido<sup>78</sup>; inoltre, l’art. 88.1 CESL (= 79.1 CISG) prevede che «la parte inadempiente non risponde dell’inadempimento se questo è dovuto ad un impedimento estraneo alla sua sfera di controllo e se essa non era ragionevolmente tenuta a prenderlo in considerazione al momento della conclusione del contratto», indirettamente statuendo che il debitore è responsabile in base al contratto in tutti i casi in cui l’impossibilità ad adempiere fosse da lui conosciuta o conoscibile<sup>79</sup>.

In conclusione, il ricorso a regole tratte dal diritto romano e dalla tradizione romanistica presenta innegabili vantaggi nel quadro dell’integrazione di ordinamenti e tradizioni differenti – non ultima, come ricordato, la possibilità di utilizzare il latino come lingua franca. Al contempo, come sottolineato tra gli altri da Longchamps de Brier con riferimento agli usi contemporanei della massima

---

<sup>77</sup> Così in particolare E. FERRANTE, *Validity of contract terms*, cit., p. 352.

<sup>78</sup> Lo notava già, con riferimento alla CISG, B. NICHOLAS, *Goods sold in transit*, in *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Convention Vienna Sales Convention*, a cura di C.M. BIANCA, M.J. BONELL, Giuffrè, Milano, 1987, p. 496 ss. spec. p. 499 s.

<sup>79</sup> Così in particolare E. FERRANTE, *Validity of contract terms*, cit., p. 358.

*nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet*, rimane essenziale un'opera di contestualizzazione dell'origine e dello sviluppo storico di tali regole o massime, anche per poterle poi utilizzare in modo creativo<sup>80</sup>: ricordando Cino da Pistoia, quando ammoniva che *via est brocardica et ideo semper dubia*<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> I moderni interpreti «are free to use ancient and contemporary *dicta* as useful tools in interpreting and applying the law. To be effective, however, they need to make an effort and be prepared and competent not only in dogmatic, but in historical terms as well» (F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Remarks On The Methodology Of Private Law Studies: The Use Of Latin Maxims As Exemplified By Nemo Plus Iuris*, in *Fundamina*, 2015, 1, p. 63 ss., spec. p. 83).

<sup>81</sup> CINUS DE PISTORIO, *Lectura super codicem*, Andreas Torresanus, Venetiis, 1493 IV 35 *mandati, ad comparandas* (foglio 181).



## GLI AUTORI

GIOVANNI CANZIO, Dirigente del Tribunale della Repubblica di San Marino e Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione

LAURA DI BONA, Professoressa ordinaria di Diritto privato, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo e Giudice d'Appello del Tribunale della Repubblica di San Marino

SABRINA DI MARIA, Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Trento

ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, Professoressa ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

LORENZO MANISCALCO, College Lecturer in Law, Clare College, University of Cambridge

PAOLO PASCUCCI, Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo e Direttore dell'Istituto Giuridico Sammarinese

GIANNI SANTUCCI, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

ALVISE SCHIAVON, Professore a contratto di materie romanistiche, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna e Università degli Studi di Trento

DANIELA TARANTINO, Professoressa associata di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Genova

FERDINANDO TREGGIARI, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Perugia e Giudice dei Rimedi Straordinari in materia civile del Tribunale della Repubblica di San Marino



# INDICE

Alessia Legnani Annichini, Gianni Santucci <i>Premessa</i> .....	VII
---	-----

## Parte I. La vigenza del diritto romano-comune a San Marino

Paolo Pascucci <i>L'Istituto Giuridico Sammarinese</i> .....	3
---	---

Giovanni Canzio <i>La 'stagione delle riforme' nel micro-Stato di San Marino (2020-2022)</i> .....	11
---	----

Laura di Bona <i>Un diritto senza Codice: crocevia fra rischio e opportunità. Profili di comparazione fra l'ordinamento sammarinese e l'ordinamento italiano</i> .....	19
---	----

Ferdinando Treggiari <i>Un fossile vivente? Persistenze e paradossi del diritto comune a San Marino</i> .....	41
--	----

Alessia Legnani Annichini <i>Argomentare secundum ius commune: alcuni esempi sammarinesi</i> . . . .	63
---	----

## Parte II. L'odierno uso del diritto romano nelle corti giudicanti fra sistemi codificati e non

Gianni Santucci <i>Il valore normativo del diritto romano nei Mixed Legal Systems</i> . . . . .	81
--	----

Lorenzo Maniscalco <i>The rule of the civil law was followed: l'uso del diritto romano nelle corti inglesi</i> .....	107
---	-----

Daniela Tarantino	
<i>Tracce di diritto romano nelle cause canoniche di nullità matrimoniale in età contemporanea: il caso dell'errore. Spunti per una riflessione</i> . . . . .	133
Sabrina Di Maria	
<i>L'uso del diritto romano e della sua tradizione nella giurisprudenza italiana</i> . . . . .	167
Alvise Schiavon	
<i>Regulae e giurisprudenza comunitaria: brevi osservazioni sul ricorso alla massima 'impossibilium nulla obligatio'</i> . . . . .	179
<i>Gli autori</i> . . . . .	209

## *Un'anima per il diritto: andare più in alto*

Collana diretta da Geraldina Boni

1. COSTANTINO-M. FABRIS, *Foro interno. Genesi ed evoluzione dell'istituto canonistico*, 2020.
2. GERALDINA BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, 2021.
3. *Libertà, dubbio, coscienza morale. L'eredità di un Maestro: Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)*, a cura di BEATRICE SERRA, 2022.
4. *Dante e Diritto. Un cammino tra storia e attualità*, a cura di FEDERICO CASOLARI, ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIORGIO SPEDICATO, 2022.
5. BEATRICE SERRA, *Intimum, privatum, secretum. Sul concetto di riservatezza nel diritto canonico*, 2022.
6. *Forever Young. Celebrating 50 Years of the World Heritage Convention*, 2 Voll., edited by ELISA BARONCINI, BERT DEMARSIN, ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN, RAQUEL REGUEIRO DUBRA, RUXANDRA-IULIA STOICA, 2023.
7. *La sinodalità nell'attività normativa della Chiesa. Il contributo della scienza canonistica alla formazione di proposte di legge*, a cura di ILARIA ZUANAZZI, MARIA CHIARA RUSCAZIO, VALERIO GIGLIOTTI, 2023.
8. LAURA MARIA FRANCIOSI, *La disciplina degli interessi nei contratti internazionali. Un'analisi di diritto comparato*, 2023.
9. ALBERTO TOMER, *Il nuovo assetto del Sovrano Militare Ordine di Malta. La riforma del 2022 nella fedeltà a una storia millenaria*, 2023.
10. *Lex generalis omnium. Un diritto del passato nel presente*, a cura di ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIANNI SANTUCCI, 2023.

Publicato nel mese  
di luglio del 2023

Collana diretta da Geraldina Boni

issn 2724-4660