

Felice Mercogliano

Sulle tracce romanistiche del Codice civile

On the romanist tracks of the Civil Code

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il problema della derivazione dal diritto romano di soluzioni codicistiche in materia di obbligazioni – 3. Conclusioni.

The essay includes at the beginning some brief considerations about the concepts of ‘*diligentia of pater familias*’ coming from the Roman law, and incorporated in the art. 1176, first clause, of the Italian Civil Code of 1942; after, it mentions the concept of juristic act (that was not included in the Code) with particular respect to the elements of will and cause, in light of the vision dating back to Emilio Betti.

KEYWORDS: Roman law, Italian Civil Code, *diligentia of pater familias*

1. Premessa

In collocazioni cruciali e con rilievo strategico sono presenti categorie concettuali romanistiche sin dal Codice civile del Regno d’Italia, allorché l’unificazione nazionale ormai politicamente compiuta nel 1861 sfociò, sul piano giuridico, nell’entrata in vigore di esso nel 1866, ma ancor più nel Codice civile del 1942. Nella *Relazione di Dino Grandi al re imperatore*, in primo luogo alla denominazione del codice stesso, nel senso derivato dalla comunità civile romana antica, viene addirittura attribuito valore ideologico supremo, di contro alla valenza borghese-illuministica del ‘Code civil’ francese, così¹:

«Allorché noi diciamo codice civile, il nostro pensiero ci riporta alla nozione romana del *civis*, membro attivo della comunità politica di Roma, con la sua posizione ben definita rispetto alla famiglia e alla *civitas*. Questa nozione del *civis* non ha nulla di comune con quella del *citoyen* della rivoluzione francese. La denominazione del nostro codice non vuole quindi significare che esso è il codice che disciplina i diritti innati del cittadino, quasi in contrapposto ai diritti dello Stato, e tantomeno vuol significare codice della borghesia, cioè dei cittadini delle classi medie (concetto anche questo derivante dalla

¹ *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*, in *Gazzetta Ufficiale*, edizione straordinaria, 4 aprile 1942, p. 13 (nr. 11).

rivoluzione stessa) come talvolta si disse del codice francese. Per noi codice civile significa soltanto codice che comprende il diritto civile, nel significato che esso ebbe originariamente in Roma, secondo la definizione data da Gaio nelle sue Istituzioni (I,1): *ius proprium civitatis*. È il diritto proprio della *civitas*, come le mura e gli dei, nati con essa o ad essa pervenuti dai popoli che le hanno dato origine, diritto non confondibile con quello di ogni altra *civitas*».

Nella cornice dell'influenza più generale del diritto romano, poi, nella vicenda codificatoria degli anni '40 del secolo scorso², i criteri d'imputazione dell'inadempimento è sintomatico che vengano individuati nel dolo, nella colpa e nella diligenza, sulla falsariga pienamente romanistica. In verità, per rendersene conto però basta già uno sguardo al caposaldo dell'impalcatura del Codice civile di ottanta anni fa, l'art. 1176, concernente la diligenza richiesta nell'eseguire la prestazione dovuta, che recita: «*Diligenza nell'adempimento. – Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia ...*». Lo squarcio relativo all'art. 1176 della *Relazione* di Dino Grandi³ si rivela una fonte importante per l'ammissione, in ossequio al rispetto di un'idea esibita per la storicità del diritto civile italiano basato sui fondamenti romanistici, di una sorta di stratigrafia della scelta compiuta, pur piegata agli indirizzi del regime; rileggiamo il suo lapidario *incipit*: «Quale caposaldo della disciplina dell'adempimento delle obbligazioni rimane la misura di diligenza riferita al tipo classico del buon padre di famiglia (art. 1176), primo comma»; immediatamente dopo, però, si manifesta in controtela il fraintendimento dei raffinati ragionamenti dei giuristi romani a partire da Celso (in D. 16.3.32), che aveva condotto alla soppressione del criterio della diligenza *quam in suis*⁴:

«nell'articolo 1176, primo comma, è stato abbandonato il criterio della diligenza *quam in suis*, applicata nel deposito dall'art. 1843 cod. civ. del 1865, perché esso non dava alla responsabilità del debitore una base certa, come la dà la diligenza in astratto, e poteva anche spingere senza ragione verso una responsabilità più rigorosa».

Ma, dopo questo palese infortunio concettuale, il secondo capoverso riprende a illustrare, con un'ispirazione quasi riconducibile alla storicità del diritto, che:

² Sul ruolo importante della romanistica nel processo di formazione del Codice civile italiano del 1942, per tutti, si v. la panoramica ben articolata di L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni*, II ed., Torino, 2010, pp. 232 ss.

³ *Relazione*, cit., p. 115 (nr. 559).

⁴ Su cui mi sia consentito rinviare a quanto più ampiamente ho scritto in F. MERCOGLIANO, *Criterio della 'diligentia quam in suis' e codici moderni*, in *La codificazione nell'Italia postunitaria 1865-2015*, in R. FAVALE E C. LATINI (curr.), *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino. Quaderni*, 2, 2016, p. 73 ss. (= G. VALDITARA, F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*, Torino, 2020, pp. 85 ss.).

«La diligenza del buon padre di famiglia, come è noto, è una di quelle formule elaborate dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, che desumono il loro contenuto dalle concezioni dominanti nella coscienza sociale, e che, per la loro adattabilità alle situazioni di fatto, rispondono in modo eccellente ai bisogni vari della vita di relazione»; quindi: «la figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di ‘uomo medio’, ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale ...».

2. Il problema della derivazione dal diritto romano di soluzioni codicistiche in materia di obbligazioni

La matrice romanistica appare chiaramente nella regola principe sulla diligenza, dunque, ma l'art. 1176 c.c. recepiva una definizione già allora piuttosto anacronistica, ancor più oggi. Nel Codice civile del 1942, infatti, si inserì una soluzione superata, quella confacente a quel mondo romano dipinto dalle fonti classiche che poneva come soggetto di riferimento giuridico unico per l'intero gruppo familiare l'uomo, padre di famiglia senza altri ascendenti in vita, destinato a manifestare esteriormente la sua buona fede nei contatti e traffici con altri, di cui era il solo responsabile⁵ e a dominare i rapporti con figli e moglie nell'antico diritto di famiglia patriarcale romano: il *bonus paterfamilias*⁶.

Ma la storia ha profondamente scalfito questa figura di riferimento, sino alla recentissima sentenza della Corte costituzionale che ha, davvero poco tempo fa, decretato l'illegittimità della supremazia del cognome del padre nell'assoluta totalità delle situazioni di scelta del cognome dei figli⁷. Il diritto di famiglia ora è finalmente plasmato in conformità della Costituzione repubblicana, vigente dal 1948, ispirata all'eguaglianza assoluta tra i coniugi e all'abolizione delle discriminazioni di genere. Ma in nome del potere patriarcale, i rapporti familiari fino al Codice civile stesso del '42 e oltre gravitavano intorno alla figura centrale del padre e marito, dotato di potestà e

⁵ Su responsabilità per inadempimento e impossibilità della prestazione, dalle fonti romane sino al cod. civ. italiano del 1942 e nei diritti europei, v., per tutti, la panoramica recente di R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, pp. 477 ss.

⁶ Recente panoramica sulla tematica specifica in G. SANTUCCI, *La colpa nel diritto romano. Minime note introduttive*, in *Studi Urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, LXXXVII, nuova serie A – nr. 71, 3-4, 2020, pp. 730 ss. con bibliografia, ivi, p. 730 s. nt. 23; sulla struttura dei rapporti di famiglia sotto i poteri del *paterfamilias*, cfr. F. GALLO, *Idee vecchie e nuove sui poteri del paterfamilias* e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del paterfamilias*, in *Poteri, negotia, actiones nella esperienza di Roma arcaica*, Napoli, 1984, pp. 29 ss. e pp. 53 ss.

⁷ Va rilevato come di recente, in maniera singolare, C. CASCIONE, *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature*, Napoli, 2020, pp. 101 ss., sostenga, invece, che non si possa far derivare da una tradizione romanistica maschilista e patriarcale l'imposizione ai figli del solo cognome del padre.

non, come ora, di una funzione genitoriale connotata da responsabilità e parità. L'esperienza giuridica romana era caratterizzata dall'essere intessuta da relazioni tra padri 'diligenti', che configuravano gli unici attori rilevanti sul piano del mero diritto⁸. Ha scritto in maniera esemplare il Presidente emerito della Consulta, Francesco Paolo Casavola⁹, mi piace ricordarlo a tale proposito:

«è nella costanza del suo tratto maggiore un diritto, quello romano, di padri, non di individui o cittadini o comunità, ma di padri. Poi di giuristi aristocratici, poi di imperatori. E che si occuperà marginalmente dello Stato, restando fondamentalmente diritto privato. Gli Stati della modernità europea lo riceveranno nei loro codici per ordinare le proprie società, persone, famiglia, matrimonio, eredità, proprietà. Obbligazioni, commercio ...».

Dalla matrice romana di incapacità discriminanti le donne, per la verità, ci si distacca in profondità molto di recente, in un quadro più generale di 'costituzionalizzazione' del diritto privato¹⁰. La sudditanza al modello patriarcale viene, infatti, recisa decisamente appena dopo le innovative trasformazioni sociali degli anni Settanta e Ottanta. In Italia, soltanto nel 1975 con la riforma epocale del diritto di famiglia fu abolita espressamente la «potestà maritale», che ancora all'art. 144 consacrava il marito come 'capo della famiglia'; del 1919 d'altronde è la legge che elimina l'autorizzazione maritale (*auctoritas maritalis*) che impediva la pienezza della capacità d'agire delle donne, con l'ipocrita motivazione di tutelarle; solo nell'atmosfera della Liberazione, connotata dal diffuso desiderio del suffragio davvero universale, nel 1945, fu esteso anche ad esse il diritto di voto; solamente con la Costituzione repubblicana grazie agli articoli 3 e 5, fu stabilita l'eguaglianza giuridica tra uomo e donna e il pari diritto di accesso ai pubblici uffici; ma in realtà ci volle una legge specifica nel 1963 per ammetterle espressamente anche alla magistratura e solo dal 1981 entrarono in polizia; fino ad una sentenza costituzionale del 1969 venivano punite penalmente le sole donne per adulterio, mentre gli uomini esclusivamente per concubinato; soltanto nel 1981 viene soppresso l'omicidio cosiddetto per causa d'onore, nonché il matrimonio 'riparatore' quale causa di estinzione dell'accusa di violenza sessuale; sul piano della tutela rivolta alla maternità, nel 1971 furono istituiti gli asili nido comunali per i neonati fino a tre anni; l'anno prima lo statuto dei lavoratori aveva equiparato lavoratrici e lavoratori con una tutela specifica per le lavoratrici madri; nella stessa cornice storica si possono peraltro inquadrare le due leggi epocali del maggio 1978 sull'introduzione della interruzione volontaria della gravidanza, non abrogata dal referendum del

⁸ Anche se nello scenario sociale i rapporti con i padri erano naturalmente pure conflittuali e variegati: si veda, per tutti, per i risalenti conflitti generazionali, E. CANTARELLA, *Non sei più mio padre. Il conflitto tra genitori e figli nel mondo antico*, Milano, 2015.

⁹ F.P. CASAVOLA, *Postfazione*, in A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, 2020, p. 126 s.

¹⁰ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, cit., pp. 245 ss.

1981, e la cosiddetta ‘legge Basaglia’ che mise fine all’internamento nei manicomi dei malati psichici; non casualmente appartiene alla stessa atmosfera legislativa, nel luglio del 1978, la cd. Legge sull’equo canone.

Perché i retaggi della disciplina in tutti i casi su elencati, risalenti alla disparità romana, si fossero così a lungo conservati, dunque, lo si capisce pure alla luce di terminologie come quella della ‘diligenza del buon padre di famiglia’, ancora enunciata dal Codice civile in vigore. Difatti, elaborazioni alternative a quelle prodotte dalla tradizione secolare sul piano giuridico hanno sempre bisogno di un altrettanto approfondito lavoro, che talvolta per incompetenza sul piano scientifico giuridico e pigrizia intellettuale è in fondo mancato ai giorni nostri.

Per esempio, ancora in materia di obbligazioni, per l’esattezza per quanto concerne le fonti di esse, l’impostazione tripartita risalente alle *Res cottidianae* (molto probabilmente non pseudepigrafe bensì di autentica paternità gaiana), che include pure altri atti produttivi di obbligazioni (*aliae causarum figurae*, D. 44.7.1 pr.), oltre i contratti e i delitti, è seguita seppure con espressioni diverse dall’art. 1173 del c.c., ove si legge, infatti, che «le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico». Peraltro, vale forse la pena di osservare che anche il codice civile del 1865, a sua volta, aveva fatto propria una quadripartizione (invece inclusiva dei quasi contratti e dei quasi delitti), risalente al diritto romano, per la precisione alle Istituzioni di Giustiniano (I. 3.13.1)¹¹.

3. Conclusioni

Infine, il caso dell’elaborazione e recezione tuttavia ‘mancata’ nel Codice civile del 1942, del negozio giuridico pure appare interessante per mostrare la stratigrafia che dall’esperienza giuridica romana percorre la tradizione civilistica moderna. Va ricordato che v’era stata la rielaborazione armonica e fondamentale dello schema del negozio giuridico da parte del maestro della scuola storica, Savigny, nel suo *Sistema del diritto romano attuale*, pubblicato dal 1840. Si esaltò allora, nella nuova società civile borghese ottocentesca, l’elemento individualistico della volontà negoziale. Nella pandettistica, una ventina d’anni dopo, Windscheid scolpiva la definizione di negozio giuridico come una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre effetti giuridici. All’interno della parte generale del BGB¹², poi, viene attribuita particolare rilevanza alla nozione di *Rechtsgeschäft*: il negozio giuridico riceve così il suo battesimo codicistico, costituendo il perno di una teoria che è il cuore del libro primo del BGB stesso.

¹¹ Sul punto, spec. su intenzioni codicistiche e fraintendimenti delle fonti romane, cfr. recentemente C. CASCIONE, *Diritto romano e giurisprudenza odierna*, cit., pp. 123 ss.

¹² Su ciò, v. spec. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, cit., pp. 206 ss.

In uno scenario giuridico, dunque, tutt'altro che impoverito dall'apporto dottrinario, Emilio Betti s'allontana dalla matrice volontaristica nel negozio giuridico, ridimensionando l'accertamento dell'aspetto volitivo interno a favore di una sorta di rivalutazione del significato oggettivo da attribuire ai comportamenti esteriori. Il giurista camerte si schiera contro quel cosiddetto 'dogma della volontà' appena innalzato quasi ad emblema del negozio dalla scuola storica di Savigny e dalla pandettistica.

Il Codice civile del '42 s'intreccia quindi con la celebre teoria bettiana generale in materia, formulata sin dal manuale di *Diritto romano*, pubblicato nel '35¹³. La lettura delle fonti romane porta Betti a delineare il negozio, invece, non come atto di privata volontà autonoma, bensì di (auto)regolamentazione proveniente sì dall'individuo, ma che l'ordinamento preveda e tuteli non solo perché rispondente alla volontà dell'individuo stesso. Nella sua *Teoria generale del negozio giuridico* del 1943, egli poi specificherà come l'atto di autonomia negoziale sia oggettivato dalla causa, intesa come la vera funzione economico-sociale, che ne motiva la tutela da parte dell'ordinamento giuridico. L'impostazione bettiana era quindi intesa ad inquadrare il negozio come l'atto con cui il singolo regola da sé i propri interessi nei rapporti con altri (atto di autonomia privata), atto al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo. Oggi si sono affacciate altre configurazioni della causa del negozio giuridico, talvolta rivolte verso una concezione economico-individuale, altre volte come «sintesi» degli effetti giuridici essenziali. Ma la disputa storiografica giuridica, sia nella romanistica¹⁴ che nella civilistica¹⁵, comunque, è ben lungi dall'aver trovato un approdo dottrinario univoco.

Il giurista camerte aveva, però, giustamente intuito che non si sarebbe dimostrata antiquata la figura giuridica del negozio giuridico, ma soltanto l'interpretazione dell'elemento della volontà. Però, perse la guerra – per così dire – perché nel Codice del 1942 il negozio giuridico non fu nemmeno menzionato: si vedano, infatti, gli articoli 1321, 1322 secondo comma, 1325 n. 2 e 1343. In fondo, Betti vinse la battaglia del cammino delle idee che prosegue intorno a interpretazioni nate dal patrimonio concettuale storico della conoscenza giuridica, mai ingabbiata definitivamente nei codici.

Chiudo questo mio piccolo intervento richiamando a tale proposito le parole stesse di Betti, di recente ripubblicate nelle sue *Notazioni autobiografiche*¹⁶. Queste furono scritte nel 1944 allorché era stato catturato dai partigiani (peraltro comandati in quel lembo delle Marche da Giambattista Ferri, che

13 E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, pp. 197 ss.

14 Per esempio, cfr. ultimamente L. MAGANZANI, *Concetti e linguaggio*, in P. GIUNTI, F. LAMBERTI, P. LAMBRINI, L. MAGANZANI, C. MASI DORIA, I. PIRO, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per una introduzione alla scienza giuridica*, Torino, 2021, pp. 126 ss.

15 A titolo esemplificativo, si veda di recente P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, in P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, VIII ed., Napoli, 2022, pp. 364 ss.; nonché, *amplius*, in ID., *Manuale di diritto civile*, IX ed., Napoli, 2018, pp. 496 ss.

16 E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, a cura di Eloisa Mura, Padova, 2014, p. 39.

non lo fece fucilare) e poi edite nel 1953. Qui egli parla di sé in terza persona, ricordando l'immediato anteguerra, al ritorno da un'esperienza didattica prolungata in Germania, di cui altrettanto di recente abbiamo avuto la preziosa disponibilità di un'edizione a stampa, a testimoniare l'interesse risvegliatosi da alcuni anni per il giurista camerte¹⁷. Betti ricorda che nell'ottobre del 1939 fu chiamato dal ministro Guardasigilli Dino Grandi a partecipare all'elaborazione del quarto libro del Codice civile, destinato alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti, ma precisa subito:

«materia, questa, cui si riferivano le sue precedenti critiche del progetto italo-francese. Mise volentieri le sue forze al servizio di questo compito ... animato dalla convinzione che si dovesse respingere l'orientamento individualistico del vecchio codice e assoggettare l'autonomia privata a limiti ed oneri rispondenti a fondamentali esigenze d'interesse sociale, come quelle della chiarezza e della buona fede, senza tuttavia menomare l'iniziativa individuale»;

ma «tale convinzione era ben lontana dall'esser condivisa dai partecipanti alla commissione» è l'amara e sconsolata conclusione tratta da Betti. Appena un accenno nella *Relazione* di Dino Grandi¹⁸ a questo spaccato di '*ius controversum*' che si verificò evidentemente nella commissione sembra rievocare come pure le concezioni bettiane furono sul punto piegate alle esigenze di regime, in conclusione:

«Non ostante gli equivoci e le critiche a cui il requisito della causa ha dato luogo, si è stimato necessario conservarlo e anzi conferirgli massima efficienza, non solo e non tanto in omaggio alla secolare tradizione del nostro diritto comune (che ha pure il suo peso), quanto, e soprattutto, perché un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto ...».

¹⁷ E. BETTI, *Probleme der römischen Volks- und Staatsverfassung / Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell'antica Roma*, edizione del testo originale tedesco e traduzione italiana a fronte a cura di Sandro-Angelo Fusco, Roma, 2017.

¹⁸ *Relazione*, cit., p. 130 (nr. 613).