
APPUNTI SUL DIRITTO GIUDIZIARIO (*)

ERNESTO ZITELMANN, iniziando il suo celebrato studio su *il diritto consuetudinario e l'errore* (1), che doveva esercitare tanta influenza sovra la teoria della consuetudine, prendeva le mosse, ampiamente illustrandoli, da una serie di casi pratici, nei quali particolarmente acuto appariva il problema, che egli si accingeva a risolvere. Non parrà dunque strano se anche noi, iniziando il presente studio, che in parte si fonda sul lavoro del famoso giureconsulto tedesco, in parte tenta di esserne un complemento, prendiamo le mosse da un caso pratico, che sottoporremo a minuta analisi. Questo tanto più ove si pensi che l'ipotesi, sulla quale richiameremo da principio l'attenzione del lettore, è proprio - strana coincidenza! - la riproduzione italiana, *mutatis mutandis*, di una fra quelle controversie, che fornirono allo ZITELMANN lo spunto per il suo fondamentale lavoro; che, inoltre, detta ipotesi, stante la relativa frequenza con cui viene sottoposta all'esame dell'autorità giudiziaria, pare bisognosa, se non altro, di una più accurata indagine.

(*) L'espressione "diritto giudiziario", per indicare il diritto creato in giudizio è usata dallo SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano*, Le fonti, 4^a ed., Città di Castello, 1908, p. 191 [del resto anche gl'Inglesi parlano, a questo proposito, di *judiciary law*]. Poichè, come lo SCHUPFER stesso riconosce, il diritto giudiziario ha forti addentellati con il diritto consuetudinario, non ci sembra inopportuno ricomprendere sotto quella espressione anche l'uso giudiziario, salve le maggiori precisazioni volta per volta.

(1) *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 66, 1882, p. 323 e ss.

I.

1) Una recente sentenza della corte di cassazione del regno (sez. II^a, civ.; pres. AZZARITI; est. BUTERA; p. m. CONFORTI, conf.; in data 30 novembre 1931, *Foro it.*, 1932, 1, 87) ebbe a decidere che “ nelle provincie ex-pontificie, per il regolamento gregoriano in vigore sino al 1871, la servitù di passaggio si acquistava in virtù del suo esercizio per dieci o venti anni „.

Tale sentenza affronta e decide ancora una volta una questione, che non può dirsi definita, sebbene molti anni siano trascorsi dalla pubblicazione del codice civile nostro: se, cioè, fosse ammessa nei vari Stati, che esistevano in Italia prima dell'unificazione, la prescrizione acquisitiva delle servitù discontinue [e occorre appena aggiungere che, anche per quel che riguarda tale controversia, altro è prescrizione acquisitiva, altro è acquisto per virtù di possesso memorabile]. Siamo, dunque, in presenza di una questione di diritto transitorio, che però minaccia di trasformarsi in... permanente! Nè si può con sicura coscienza affermare che gli argomenti addotti nella sentenza citata siano tali, da consentire un progresso, anzichè un regresso, nella composizione della disputa. “ È altresì certo e non si controverte che anteriormente al 1° febbraio 1871 vigeva nel Lazio il regolamento gregoriano 10 novembre 1834 „ - scrive l'estensore della sentenza, il cons. BUTERA - “ che, richiamandosi al diritto romano, autorizzava che la servitù di passaggio si acquistasse per dieci anni fra presenti e venti fra assenti in base ai frammenti ecc. „.

Non pare dubbio a noi che colui, il quale legga le parole sovra riportate, sia necessariamente indotto a ritenere che il regolamento gregoriano affronti di petto la vessata questione e la risolva nel modo più sicuro; nella quale ipotesi egli non mancherebbe di stupirsi - ci sembra - che una disputa annosa si sia perpetuata attorno ad un testo legislativo semplice e piano. La verità, invece, è ben diversa: il regolamento gregoriano non richiama affatto il diritto romano, ma al § 1 testualmente stabilisce che “ le leggi del *diritto comune*, moderate secondo il diritto canonico e le costituzioni apostoliche, continueranno ad essere la norma dei giudizî civili in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo regolamento „; il che, come appare evidente, è ben diverso.

2) Ciò premesso, il lettore attento rintraccerà facilmente l'origine della controversia affrontata dalla sentenza del supremo collegio. Essa

risiede nella genesi di quella famosa distinzione fra servitù continue e servitù discontinue, che, ignota al diritto romano, come la critica, anche non moderna, ha dimostrato, sorse e fiorì per opera di giuristi dell'epoca intermedia (che credettero di rintracciarla nelle fonti romane), affermandosi soprattutto attraverso l'opera chiarificatrice di BARTOLO. Questi, infatti, proponendo la celeberrima *infallibilis regula*, con la quale lo scriminare le servitù continue dalle discontinue diveniva relativamente facile, fece sì che una distinzione, ignota alle fonti, trionfasse nella pratica, anche perché non le mancava un contenuto sociale, che, più di ogni altro motivo storico, ne spiegava l'accoglimento nella curia e, più tardi, nel nostro codice (2).

Sarebbe del tutto inutile riferire qui per esteso le vicende della tanto discussa distinzione; compito, questo, già magistralmente svolto in una classica monografia di LEONARDO COVIELLO (3). Basti osservare che il fondamento logico posto a sostegno della medesima non era per nulla atto a sorreggerla. Come si poteva, infatti, sostenere che soltanto nelle servitù continue la "causa", era continua? Sarebbe stato sufficiente pensare che *possessio retinetur solo animo* (4) per convincersi che tale argomento era destituito di ogni base e che perciò, ai fini dell'usucapione, doveva adottarsi una soluzione unitaria; mentre invece, secondo la dottrina dei glossatori e di BARTOLO, le sole servitù continue erano soggette alla prescrizione acquisitiva di dieci

(2) Così, e a noi sembra con ragione, il BERLIRI, nel suo ottimo lavoro *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue*, nell'*Arch. giur.*, voll. 106-7, 1931, p. 38 e ss. dell'estratto.

(3) *Della usucapione delle servitù prediali nel diritto civile italiano*, nella *Riv. it. per le sc. giur.*, vol. 10, 1890, pp. 161-174. Cfr. anche BERLIRI, *op. cit.*, pp. 1-40 dell'estr.; MARRACINO, *L'acquisto delle servitù per prescrizione*, Firenze, 1911, pp. 43-7; MORITTU, *Sul possesso senza titolo delle servitù discontinue in relazione all'azione di turbativa*, Cagliari, 1925, p. 44 e ss. Nessun cenno in proposito, invece, nell'opera del DE LA VILLE, *Trattato sintetico delle servitù prediali nei loro rapporti con gli altri istituti giuridici e con richiami agli aboliti codici civili d'Italia*, Napoli, 1907. Il lavoro dell'olandese HERMESDORF, *Voortduenheid bij erfdiensbaarheden* [La continuità nelle servitù], nel *Rechtsgeleerd Magazin*, 1930, stando al cenno di recensione apparso nell'*Ann. di dir. comp. ecc.*, anno 7, 1932, fasc. II, parte bibliogr., p. 48, conterrebbe enunciato il fondamento teorico di una distinzione tra servitù continue e discontinue, con un'analisi di tale distinzione presso i glossatori e nell'antico diritto francese.

(4) Cfr., per richiami storici, BERLIRI, *op. cit.*, p. 16.

o venti anni (fra presenti o fra assenti), potendosi invece le discontinue acquistare soltanto con il possesso immemorabile, il quale, com'è noto, presenta dei caratteri che, secondo la maggioranza, lo distinguono nettamente dall'usucapione (5). Appunto la mancanza di ogni base logica fece sì che la teoria di BARTOLO non trionfasse a lungo nella dottrina e trovasse l'opposizione recisa, fra gli altri, del LONGOVALLO, del DONELLO, del WESEMBECK, del DUARENO, i quali tutti, pur riconoscendo in linea di fatto la distinzione fra servitù continue e discontinue, ne sostennero l'irrilevanza ai fini della prescrittibilità, mettendo in piena luce l'erroneità del presupposto basilare, che non potesse conservarsi *solo animo* il possesso delle servitù prediali. "E la dottrina di AZONE e di BARTOLO, colpita nelle sue basi dommatiche ed esegetiche, e soprattutto spogliata di quella che era - almeno apparentemente - la sua unica ragione d'essere.... crollò fragorosamente, come ha efficacemente mostrato il COVIELLO nel suo menzionato studio sulla usucapione delle servitù prediali e fu dai dotti universalmente e spesso con dispregio abbandonata. Dal DUARENO al POTHIER..... tutta la dottrina continua per secoli a riconoscere la prescrittibilità *anche senza titolo* di tutte indistintamente le servitù, suscettibili o non suscettibili di continuo e ininterrotto esercizio di fatto (6)."

3) Senonchè, se nella dottrina la concezione di AZONE e di BARTOLO perdettero rapidamente terreno, fino ad essere considerata quasi con dispregio da alcuni scrittori, che la riguardavano come illogica e come contrastante con le fonti romane; nella pratica, invece, essa mantenne per lunghi secoli un predominio presso che incontrastato. Probabilmente, come si accennava dianzi, se pure la distinzione non era fondata sovra argomenti logici ed esegetici di sufficiente solidità, essa aveva in sè, pur tuttavia, un contenuto d'ordine sociale (per così dire), che giustificava un diverso trattamento delle servitù discontinue in rispetto alle servitù continue, sovra tutto per quel che attiene all'acquisto a titolo di prescrizione. Come attestano il PECCHIO, il CAEPOLLA, il DE

(5) Cfr. in senso leggermente diverso FADDA e BENSA, *Note alle Pandette del Windscheid*, note 55, 77 al libro secondo, p. 681 e ss. del vol. IV, ristampa, Torino, 1926, cui rinviamo per la letteratura sull'argomento.

(6) Così riassume il BERLIRI, *op. cit.*, pp. 24-5.

LUCA, il RICHERI (7), la distinzione era universalmente accolta nella curia. Espone fedelmente la situazione di quei tempi il BERLIRI (8) allorchè nota che quest'ostinata resistenza della curia ad accogliere le nuove dottrine, proposte in base ad una più esatta interpretazione delle fonti, prova che si radicava sempre più nella coscienza sociale quella persuasione di precarietà del possesso delle servitù discontinue, che costituiva la vera ragione, per cui glossatori e commentatori chiudevano gli occhi di fronte all'evidente insostenibilità della loro tesi.

Per concludere: mentre la dottrina di quei tempi rimaneva ferma nella esatta interpretazione delle fonti romane, sostenendo che tutte le servitù potessero acquistarsi per prescrizione *longi temporis*; la giurisprudenza pratica, invece, decideva nel senso che le servitù discontinue, in mancanza di giusto titolo (9), potessero acquistarsi soltanto per effetto di possesso immemorabile, o, almeno, di prescrizione *longissimi temporis*.

4) Dopo questa indispensabile premessa chiaro apparirà il problema sorto, posteriormente all'introduzione del codice civile nostro, per virtù dell'art. 21 delle disposizioni transitorie. Dovendo giudicarsi se una servitù discontinua potesse reputarsi acquistata con il possesso, “ secondo le leggi anteriori „, al giorno dell'attuazione del nuovo codice, si trattava, in primo luogo, di *determinare* questa legge anteriore; di decidere, cioè, se dovesse considerarsi tale la corrente teorica capeggiata dal DONELLO, in virtù della quale risultava ristabilita l'esatta interpretazione delle fonti; o, non piuttosto, l'altra corrente,

(7) Cfr. COVIELLO, *op. cit.*, p. 164 e ss.; BERLIRI, *op. cit.*, p. 30.

(8) *Op. cit.*, p. 31.

(9) Questa pratica penetrò anche nella legislazione statutaria italiana; ma gli statuti contengono, nelle diverse città, disposizioni assai diverse sul tema (cfr. MARRACINO, *op. cit.*, p. 46). Essa sorse e si diffuse anche all'estero: in Baviera era consacrata da uno speciale statuto; in Prussia se ne tenne conto in una legge del 1685; la Spagna l'accorse nella *Ley de las siete partidas* (citiamo sulle orme del BERLIRI, *op. cit.*, p. 30). Circa la complessa situazione in Francia v. MARRACINO, *op. cit.*, pp. 47-8; BERLIRI, *op. cit.*, pp. 33-7; SCUTO, *Delle servitù prediali*, lezz. dell'anno acc. 1928-9, Catania, 1929, pp. 358-9. Un cenno anche in L. COVIELLO, *Le servitù prediali*, lezz., lit. Napoli, anno acc. 1925-6, p. 281. Per il caso di titolo vero a non domino e per il caso di prescrizione addotta non come per sè stante ma come *coniectura* di un titolo, che s'invocava soltanto, ma di cui non si forniva la prova, v. L. COVIELLO, *L'usucapione*, ecc., cit., pp. 170-1.

che, pur *tenendo in non cale* la soluzione unitaria romana dominava incontrastata nella curia.

La recente sentenza della cassazione, citata al principio di questo studio, non si prospetta nemmeno il dubbio qui affacciato, e si ricollega alle norme delle fonti romane (secondo la retta interpretazione ristabilita dalla dottrina), senza nemmeno curarsi di passare la spugna sovra una prassi giudiziaria, durata centinaia d'anni ed accolta, infine, nel nostro codice. Essa si accontenta, quindi, anche per le servitù discontinue, della sola prescrizione acquisitiva, decennale o ventennale.

Moltissime sentenze, invece, hanno accolto l'opposto punto di vista, decidendo, cioè, che, in tanto una servitù discontinua poteva considerarsi acquistata con il possesso sotto il regime delle leggi anteriori, in quanto risultasse avverato, sotto tale regime, il possesso immemorabile, e non la semplice *longi temporis praescriptio* (10).

Ad esempio, per il Piemonte, si vedano in questo senso: App. Torino, 6 marzo 1930, *Il Foro subalpino*, 1930, 1176, *Giur. tor.*, 1930, 1401 (che però non affronta recisamente la questione); App. Torino, 28 giugno 1929, *Giur. tor.*, 1044; App. Torino, 14 settembre 1888, *Giur. tor.*, 679; App. Torino, 22 luglio 1887, *Giur. tor.*, 603 (più recisa delle altre nel senso sovra prospettato); App. Torino, 4 febbraio 1887, *Giur. tor.*, 240; Cass. Torino, 31 dicembre 1884, *Giur. tor.*, 1885, 173 (recisissima anche questa); Trib. Aosta, 14 giugno 1876, *Giur. tor.*, 505 (11). Per il ducato di Modena cfr. Trib. Massa *Giur. it.*, 28 luglio 1899,

(10) Cfr. cass., 15 luglio 1929, *La corte di cass.*, 1929, 1391.

(11) Per quanto attiene al Piemonte, si discute assai circa il momento in cui deve ritenersi avverato il possesso immemorabile, in rapporto con la interpretazione dell'art. 649 cod. alb. Alcuni pongono tale momento al 1° gennaio 1866 (giorno in cui entrò in vigore l'attuale cod. civ.); altri al 1° gennaio 1838 (giorno in cui entrò in vigore il cod. alb.); altri, ancora, al 1804, allorchè venne attuato anche nelle provincie piemontesi il cod. Napoleone. Per un esauriente esame della controversia si veda la nota contrassegnata dalla sigla A. A. P. in *Giur. tor.* 1887, 240-I. In questo scritto si propende per la prima soluzione. Soltanto per quanto concerne la Liguria (e qualora si tratti di passaggio abusivo) l'a. ritiene che la prova dell'immemorabile debba riportarsi al 1804, e ciò perchè in quella regione il codice francese fu in vigore senza interruzione dal 1804 al 1838. Per la Liguria cfr. app. Genova, 5 luglio 1886, *Eco genovese*, 375.

Per quel che concerne la Lombardia e il Veneto, si ricordi che il § 1470 del c.c. austr., introdotto il 1° gennaio 1816, ammetteva l'usucapione [trenten-

1, 2, 29; Trib. Modena, 11 gennaio 1886, *R. leg.*, 18; Cass. Torino, 6 aprile 1893, *Giur. tor.*, 276 (12). Per il granducato di Toscana cfr. App. Firenze, 18 marzo 1916, *Foro it.*, 1, 685; App. Lucca, 28 maggio 1908, *La cass. di Firenze*, 1909, 76; App. Firenze, 27 maggio 1903, *Annali*, 346; Cass. Firenze, 7 dicembre 1891, *Annali*, 1892, 23. Per l'Italia meridionale v. App. Catanzaro, 30 aprile 1918, *Giur. calabrese*, 127 (l'immemorabile doveva essere compiuto prima del 1809, data della pubblicazione del codice francese nell'Italia meridionale); Trib. Avellino, 11 marzo 1910, *Gazz. processuale*, 37, 30; App. Napoli, 12 giugno 1889, *Gazz. processuale*, 30, 70 (per l'immemorabile, invocato come titolo d'acquisto delle servitù discontinue, secondo gli artt. 612 delle abolite leggi civili e 21 disp. trans. c. c., occorrerebbe provare un possesso rimontante sino al 1176. Quindi la prova testimoniale è esclusa); Trib. Avellino, 28 febbraio 1883, *Gazz. processuale*, 28, 106; Trib. Spoleto, 12 dicembre 1881, *Gazz. processuale*, 17, 94. Contra, però, Cass. Napoli, 13 luglio 1876, *Foro it.*, 1, 1041. Per la Sicilia v. App. Palermo, 13 dicembre 1883, *Circ. giur.*, 1884, 112 (prescrizione trentennale compiuta anteriormente alle leggi del 1819); App. Catania, *Foro civile*, 1923, 349 (immemorabile compiuto anteriormente al 1819); App. Catania, 26 Luglio 1918, *Giur. cat.*, 1918, 145. Contrarie però, almeno stando a quanto risulta dalle massime, App. Palermo, 16 dicembre 1881, *Circ. giur.*, 1882, 169; Trib. Palermo, 31 gennaio 1881, *Circ. giur.*, 207.

Prescindendo per ora dal regolamento giuridico negli Stati ex-pontifici, si può dunque, per quel che riguarda gli altri Stati italiani, affermare quanto segue: salvo pochissime voci contrarie, la nostra

nale] di tutte le servitù, anche discontinue [ma, a differenza del c. c. it., che per l'usucapione richiede il solo possesso legittimo, il cod. austr., invece, seguendo i principi del diritto romano, esigeva che il possesso, oltre ad avere i requisiti stabiliti dall'art. 686 del nostro cod. per il possesso legittimo, fosse giusto e di buona fede]. Cfr. cass., 16 luglio 1929, *Sett. cass.*, 1167; app. Venezia, 18 luglio 1929, *Foro veneto*, 411; trib. Como, 8 ottobre 1928, *Temi lomb.*, 1929, 32.

(12) Si noti che nel ducato di Modena le servitù di passaggio già acquistate col possesso immemorabile erano state conservate dall'art. 441 del c. c. estense del 1° febbraio 1852. Per le costituzioni estensi del 26 aprile 1771, le servitù discontinue potevano, in difetto di titolo, essere acquistate con l'uso pacifico, non clandestino e non precario per il corso di trent'anni [e quindi non mai con la sola *l. t. praescriptio*]. Cfr. app. Bologna, 12 luglio 1929, *Temi emil.*, 1, 2, p. 34, n. 757.

giurisprudenza è concorde nel ritenere che, sotto l'impero delle leggi vigenti in tali Stati, le servitù discontinue non potessero acquistarsi per mezzo della *longi temporis praescriptio*, ma per mezzo del possesso immemorabile, o, quanto meno, per mezzo della *longissimi temporis praescriptio*. I dissensi, che qui non è il caso di approfondire tanto è nota la questione, vertono solamente sul tempo necessario perchè si possa parlare di possesso immemorabile e sul momento in cui deve risultare compiuto tale possesso.

5) Giunti a questo punto, è tempo ormai di accertare quale regolamento legale avesse negli Stati ex-pontifici la questione che presentemente c'interessa; nonchè di precisare la posizione assunta dalla giurisprudenza nostra per quel che riguarda tale accertamento. Orbene, si può senz'ombra di dubbio affermare che esso atteggiamento è radicalmente contrario a quello dianzi esposto, concernente gli Stati italiani (diversi da quello ex-pontificio) anteriori all'unificazione. Ed, infatti, numerosissime sono le sentenze che, dovendo risolvere la vessata questione circa il tempo necessario per usucapire le servitù discontinue negli Stati ex-pontifici, decisero che per tale prescrizione bastassero (come per le continue) dieci anni fra presenti e venti fra assenti e che non fosse, quindi, affatto necessario il possesso immemorabile. Si confrontino in tal senso, oltre alla sentenza in principio ricordata (che però è priva di ogni argomento, valido od invalido che sia), Cass., 6 marzo 1929, *Foro it.*, 1, 381 (anche questa stesa dal BUTERA); Cass. Roma, 19 dicembre 1907, *Foro it.*, 1908, I, 146; Cass. Roma, 22 dicembre 1896, *Foro it.*, 1897, 1, 322; Cass. Roma, 29 aprile 1889, *Foro it.*, 1, 609; App. Bologna, 4 agosto 1911, *La giur. bol.*, 1912, 75. Contra, però, App. Bologna, 3 maggio 1880, *Riv. giur.*, 266; App. Bologna, 5 maggio 1883, *ivi*, 150; Trib. Bologna, 10 marzo 1885, *ivi*, 155 (di cui non si è potuto prendere diretta visione: citiamo sulla fede della massima); Trib. Bologna, 3 novembre 1902, *Foro bolognese*, 1903, 13 (che tutte richiedono l'immemorabile).

Orbene, si prescinda per un po' dalle ultime sentenze citate e si porti la nostra attenzione sulle altre: si vedrà che la cassazione di Roma prima, la cassazione del regno poi, sono state sempre fermissime nel ritenere che, anche agli effetti dell'usucapione, servitù continue e discontinue fossero del tutto equiparate sotto l'impero del diritto comune vigente negli Stati ex-pontifici. Senonchè, accolta tale

premessa, è lecito domandarsi: come si spiega lo stridente contrasto fra le pronunce della cassazione romana, da una parte, e quelle delle altre cassazioni e delle corti di merito del regno, dall'altra? come si accordano, soprattutto, le sentenze della cassazione di Roma con un fatto incontrovertibilmente accertato, e cioè con il fatto che la distinzione fra servitù continue e servitù discontinue, nonostante gli attacchi della dottrina, era rimasta saldissima nella pratica della curia romana? Se fosse vero quanto autorevolmente si afferma (13), e cioè che tale pratica "fu mantenuta sino al tempo dei codici", non vi sarebbe alcun modo di risolvere il contrasto, che rimarrebbe, così, inspiegabile.

In realtà, invece, la spiegazione che si offre è ben semplice (anche se insoddisfacente, come vedremo), ed è possibile ricavarla da quasi tutte le sentenze della cassazione romana dianzi citate; anzi, ancor meglio, da una nota dello SCHUPFER, in calce ad una di esse (14); nota che quasi mai è presente agli scrittori, che si sono occupati del presente tema.

Scrivo molto bene lo SCHUPFER che lasciare libera al magistrato di merito la scelta tra diverse opinioni, che abbiano tenuto il campo sotto l'impero di un diritto solo transitoriamente conservato, ha dato sempre luogo ad inconvenienti non lievi, che si sono risolti in una tale difformità di dottrine, tutte consacrate dalla patria giurisprudenza, da far quasi dubitare se i nostri predecessori fossero retti da norme di diritto. "Sarà vero", - soggiunge l'illustre storico - "che una data teoria, abbia ricevuto il battesimo della dottrina e della giurisprudenza; ma, quanto a ricercare in qual tempo sia stata in onore e se fino agli ultimi anni altre teorie non l'abbiano trionfalmente sostituita, è questa un'indagine che generalmente si omette. Così è che, sedotti dall'autorità dei nomi ed anche un po' dalla simpatia verso determinati scrittori, trascinati dalla fama di quel ciclo glorioso delle decisioni della Rota romana, che prendono il nome di recenziori, molti non cercano altro vangelo, non pensando neppure alla *evoluzione di un diritto, di per sé instabile e progressivo*. E si respingono le opinioni più recentemente accettate come dottrine nuove, come

(13) L. COVIELLO, *Dell'usucapione*, ecc., cit., p. 170; MARRACINO, *op. cit.*, p. 47

(14) *Scienza e pazienza del domino nell'usucapione delle servitù secondo il diritto romano e comune*, nel *Foro it.*, 1897, 1, 322.

portati della moderna scuola di studi romanistici, senza por mente alla benefica influenza che la scuola storica ha pur esercitato a pro' di una limitata trasformazione del diritto comune, avvenuta segnatamente nell'ultimo decennio di vita di quel sapiente tribunale, che ne era il custode. Appunto la materia delle servitù ne somministra una prova „

E tal prova consisterebbe nel fatto (15) che, mentre per lunghissimi anni si era richiesto l'immemorabile per l'acquisto (attraverso il possesso) delle servitù discontinue; mentre, più tardi, alcuni si contentavano della prescrizione *longissimi temporis*; la giurisprudenza della Rota romana nell'ultimo decennio (1860 - 70) “ si era avvicinata al diritto giustiniano puro e con l'aiuto della scuola storica aveva saputo sceverare nei testi le varie fasi per cui le servitù erano passate nel diritto romano, così da ritenere sufficiente per *tutte le servitù*, continue o discontinue che fossero, la prescrizione *longi temporis* (16) „

Come emerge dalla sentenza della cassazione romana in data 22 dicembre 1896 e dalla citata nota adesiva dello SCHUPFER, il ripudio dell'antica pratica da parte della Rota romana si sarebbe prodotto con la *Centumcellarum transitus* del 1° ottobre 1865, *coram Cajani*. Tale mutamento giurisprudenziale sarebbe avvenuto in modo assai reciso e con un certo senso di compatimento, quasi, per chi ancora osava tirare in campo la combattuta dottrina; talchè - ne inferisce sempre il citato scrittore (17) - se il ripudio ufficiale dell'antica pratica avvenne soltanto nel 1865 (e fu confermato più tardi con la decisione 10 giugno 1870, *Romana transitus coram Sibilia*), “ tutto il contesto della decisione dimostra come la nuova convinzione dei magistrati non datasse da allora, ed anzi risalisse assai tempo addietro, frutto di studi più profondi e più scientifici „.

6) Giunti a questo punto, noi non possiamo tacere il nostro reciso dissenso dall'ultimo apprezzamento dello SCHUPFER. Sta

(15) Col. 323.

(16) Soggiunge lo SCHUPFER che i nostri magistrati dapprima si ribellarono alla nuova dottrina, ma poi, sulle orme della cassazione romana, finirono con l'accoglierla. Tale constatazione è esatta (ed in parte soltanto) per quanto riguarda gli Stati ex-pontifici; inesatta, come emerge dalle pagine precedenti, per gli altri Stati.

(17) Coll. 333-4.

bene che la distinzione fra servitù continue e discontinue, così come era stata formulata da AZONE e da BARTOLO, si rivelasse priva di una solida base logica, come abbiamo ricordato dianzi; ma ciò non toglie che tale distinzione continuasse a prosperare nella pratica, molto probabilmente per quelle considerazioni d'ordine sociale, che il BERLIRI ha di recente messo sagacemente in luce. Ora, anche ammesso che colga nel segno lo SCHUPFER quando afferma, come si è visto, "che tutto il contesto della *Centumcellarum transitus* dimostra come la nuova convinzione dei magistrati non datasse da allora ed anzi risalisse assai tempo addietro"; sta di fatto, però (almeno a quanto ci risulta), che tale convinzione di privati studiosi non ebbe che raramente ad estrinsecarsi in pronunce ufficiali.

Per la verità, potrebbero sembrare contrarie alla nostra affermazione due sentenze che abbiamo potuto rintracciare e che, se non prendiamo abbaglio, non figurano menzionate nei precedenti studi su l'argomento. Alludiamo, così scrivendo, alla *Foroliv. transitus* del 24 aprile 1820, n. 175, ed alla *Veliterna transitus* del 28 gennaio 1828, n. 33 (cui si potrebbe fors'anche aggiungere la *Romana manutentionis et emend. damnorum* del 5 giugno 1833). Particolare peso dovrebbe conferirsi alla *Veliterna transitus*, in quanto essa dichiara espressamente infondata la distinzione fra servitù continue e discontinue. Senonchè, viene a togliere molta della loro importanza alle sentenze sovra ricordate la considerazione che in tutte era provata la necessità del transito o l'esistenza di un titolo, in forza dei quali si ritenne applicabile l'ordinaria *longi temporis praescriptio*. Orbene, quando soccorreva l'uno o l'altro di tali requisiti, già la vecchia giurisprudenza non esigeva l'immemorabile, ma si accontentava della prescrizione ordinaria. Ci si deve accontentare "*etiam decennali inter praesentes et viginti inter absentes, CUM TITULO TAMEN et scientia ac patientia fundi servientis*", proclamò la sacra Rota romana in varie sue decisioni (Dec. 398, nn. 6-7; Dec. 416, n. 11, § 14; Dec. 132, n. 5, § 17; cfr. *Sacrae Rotae Romanae decisiones recentiores in compendium redactae*, Venetiis, 1754). E la stessa Rota decise (anno 1753:): "*Sed haec servitus [itineris] ita constituta tamquam causam habens discontinuam non probatur fundo alieno nisi ope immemorabilis*. - Dec. 321, § 5: *Intellige de servitute itineris ex solo lapsu temporis inducenda. SECUS SI DE JURE ILLA DEBEATUR et solum sit in quaestione pars fundi unde illa debeat* (ibid). *Tunc vel exuberat quadragenario, vel sufficit usus aut*

possessio certae viae per decem annos inter praesentes aut viginti inter absentes (18). „

Come si vede, nè la *Veliterna transitus*, nè la *Foroliv. transitus* possono considerarsi innovatrici nella decisione [se pur non si nega che la motivazione della *Veliterna* contenga un elemento di decisa reazione contro la vecchia pratica]; talchè non può dirsi, come par di leggere fra le righe dello SCHUPFER, che accanto al “ripudio ufficiale,, del 1865 esistesse, anzi, preesistesse un “ripudio ufficioso,,. Chè, anzi, possiamo dimostrare il contrario. Ed, infatti, abbiamo potuto rintracciare una sentenza del tribunale civile di Roma per le cause ecclesiastiche, in data 13 marzo 1854 (19), la quale ribadisce ancora una volta l'antica pratica (con le limitazioni dianzi lumeggiate), decidendo che, per acquistare attraverso la prescrizione un diritto di transito su terreno altrui, è necessario l'immemorabile, se non concorra un giusto titolo o la necessità: “Alla supposta giurisprudenza,, - osserva il tribunale civile di Roma - “si trova conforme la pratica dei tribunali ed in specie della Sacra Rota, siccome fin dal 1619 fa fede la dec. 101, n. 5, § 4, tom. 2 recenz., e, nello scorso secolo, omesse le molte altre, la *Civitatis Castellanae*, 27 aprilis 1738, n. 8, la *Romana juris transit.*, 22 giugno 1787, n. 4. - NEL NOSTRO SECOLO trovasi poi la stessa massima stabilita nella *Nepesina juris transitus*, 4 luglio 1817, n. 2; *Perusina manutentionis super bono jure*, 16 maggio 1828; *Narniensis servitus*, 4 dic. 1820, e nelle magistrali *Romana manutentionis super bono jure*, 22 aprilis, n. 6, e la confermatória 23 giugno 1837, n. 9, av. l'e.mo Corsi, nelle quali, FORMITER DISCUSO ARTICOLO, si decise: *Certum est quod melioris notae doctores defendunt non aliter posse itineris vel viae servitus praescribi, nisi concurrente tempore immemorabili, et Rota, tam vetustioribus quam NOVISSIMIS TEMPORIBUS, TENUIT* „.

Sembra dunque a noi accertato, contrariamente al pensiero dello SCHUPFER, che la *Centumcellarum transitus* del 1865 costituisce ed

(18) Superfluo approfondire la disputa che regna nel nostro diritto positivo circa la possibilità dell'acquisto per usucapione della servitù di passaggio necessario. Cfr. per tutti, a tale proposito, G. SCADUTO, *La servitù di passaggio necessario*, Palermo, 1931, n. 29, pp. 54-8 dell'estratto da *Il circolo giuridico*, n. s., anno 1, fasc. 4, e anno 2, fasc. 1-2. Ivi anche ricche indicazioni di dottrina e di giurisprudenza.

(19) *Giornale del foro*, del Belli, 1854, 2, 211.

inizia il mutamento giurisprudenziale. Quali le considerazioni che si possono trarre da tale accertamento? Le seguenti, a nostro parere:

a) si spiega come mai il tribunale e la corte di Bologna abbiano quasi costantemente deciso che, sotto l'impero del regolamento gregoriano, non bastasse, nelle provincie sottoposte alla loro giurisdizione, la *longi temporis praescriptio* per l'acquisto delle servitù discontinue. Ed, infatti, essendo il mutamento giurisprudenziale avvenuto dopo il distacco di tali provincie dalla sovranità pontificia, esso - nel pensiero del tribunale e della corte di Bologna - non poteva riguardarle.

b) L'argomento principale, sul quale la giurisprudenza dominante, o, almeno, una parte di essa, si fonda per affermare che negli antichi Stati pontifici (escluse, secondo molti, le provincie annesse prima del 1870) fosse sufficiente la *l. t. pr.* per l'acquisto delle servitù discontinue, sta proprio nel mutamento giurisprudenziale, ravvisabile attraverso le ultime decisioni della Rota romana.

7) Fissate tali premesse, sarà bene ricordare quanto abbiamo accennato al principio di questo scritto: che, cioè, in Germania era sorta - come attesta lo ZITELMANN (20) - la stessa questione che ancor oggi si agita dinanzi ai nostri tribunali.

Nella Nuova Pomerania Occidentale (*Neu-Vorpommern*) esisteva un'antichissima consuetudine giudiziaria, in forza della quale, per l'acquisto di una servitù discontinua, non era sufficiente la prescrizione decennale o ventennale, ma si richiedeva invece l'immemorabile. Il *Reichsgericht* (II *Hilfsenat*), con sentenza in data 28 ottobre 1880 (*Entsch.*, III, n. 59, p. 210 e ss.), dichiarava priva di ogni valore tale consuetudine giudiziaria, come quella che si fondava esclusivamente su l'errata interpretazione di alcuni passi delle fonti. Ristabilendo, perciò, l'impero di queste ultime, dichiarava sufficiente la *l. t. praescriptio*.

Orbene, come lo ZITELMANN si è domandato se il *Reichsgericht* avesse la potestà di tenere in non cale una consuetudine giudiziaria ormai inveterata; così noi ci domanderemo - e la domanda non parrà strana, come si vedrà fra breve - se la Rota romana avesse la potestà di mutare la sua giurisprudenza; domanda, questa, che con la sua sola formulazione rivela la debolezza dell'argomento addotto dallo

(20) *Op. cit.*, pp. 324-5.

SCHUPFER e dalla giurisprudenza a lui immediatamente successiva, la quale appunto si fondò su l'avvenuto mutamento, senza nemmeno sospettare la sua possibile illegittimità.

Invero, il semplicissimo ragionamento della giurisprudenza dominante, anzi, quasi unanime, si può riassumere nei seguenti termini: la Rota romana, ed, in genere, i tribunali di tutti i paesi in cui era risorto a novella vita o in cui era stato ricevuto il diritto romano, giudicavano *applicando* il diritto comune, e cioè, come appare scritto a chiare note nella sentenza da cui abbiamo preso le mosse, applicando il diritto romano. Stando così le cose, poco importava che essa Rota od essi tribunali avessero per lungo tempo persistito in un'errata interpretazione delle fonti. Essi avevano la potestà di correggere quando che fosse il loro errore, di ristabilire l'impero del diritto scritto nel suo retto senso, di mutare, in poche parole, la propria giurisprudenza. Naturalmente, tale mutamento giurisprudenziale portava con sè degli inconvenienti non lievi, in quanto, applicandosi esso anche a fatti anteriori, veniva a deludere legittime aspettative, autorizzate, talora, da una pratica lunghissima. Tale obbiezione, però - si rispondeva giustamente - deve considerarsi destituita di ogni valore giuridico, posto che l'inconveniente messo in luce è il portato naturale della funzione meramente interpretativa delle sentenze, là dove esse applicano diritto obbiettivo preesistente; fatto per cui si può scrivere (sia pure, in detta ipotesi, con scarsa proprietà giuridica) che i mutamenti giurisprudenziali hanno efficacia retroattiva (21).

Ciò premesso, non v'ha dubbio che, quando le leggi (ad es. il § 1 del regolamento gregoriano) richiamano il diritto comune, esse intendono alludere al diritto romano. Così, quando nell'anno 1495 al tribunale camerale dell'impero allora costituito venne prescritto di giudicare "secondo i diritti dell'impero e comuni", nelle parole "diritti comuni", è compreso senza dubbio, se non esclusivamente, il diritto romano (22). Corrisponde certamente a verità l'affermare che durante l'epoca di mezzo il diritto romano risorse a nuova vita nella forma ri-

(21) Così GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 430 e ss.; LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif*, vol. I, *Les conceptions étroites ou unilatérales*, p. 20; ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, vol. I, Paris, 1929, p. 25, testo e nota 2.

(22) Così, letteralmente, WINDSCHEID, *Pandette*, trad. di Fadda e di Bensa, vol. I, ristampa, Torino, 1925, pp. 3-4, testo e nota 7.

cevuta nella compilazione giustiniana (23), chè questa soltanto era stata presa in esame dallo studio bolognese; ma incapperebbe, evidentemente, in un grossolano errore chi da tale esatta premessa volesse inferire, contro la realtà dei fatti, che per lunghi e lunghi secoli il diritto giustiniano puro imperasse in Italia ed in gran parte dell'Europa. Va da sè che, così scrivendo, non intendiamo alludere a tutto quel complesso di diritto statuario e di diritto consuetudinario *stricto sensu*, che nei varî

(23) Non va frainteso il significato della massima *quidquid non agnoscit glossa nec forum agnoscit*. Non bisogna, cioè, affermare che il diritto romano rifiorì o venne ricevuto secondo l'interpretazione attribuitagli dai glossatori e dai postglossatori. Non v'ha dubbio che in pratica la glossa ed i commentari acquistaronο assai spesso forza di legge (cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, 4^a ed., I, 1, Bologna, 1882, p. 42, nota 7); ma ciò non deve esimerci dall'affermare che a tale valore pratico non si accompagnava, di per sè, un valore teorico. Con altre parole, la massima *quidquid non agnoscit glossa nec forum agnoscit* vuole soltanto indicare, esattamente, che i passi del *corpus iuris* non glossati non avevano autorità; vuole soltanto delimitare, per così dire *quantitativamente*, l'estensione del risorgimento o della recezione del diritto romano. In pratica, invece, il suo significato fu assai spesso stravolto: essa venne intesa, cioè, anche nel senso che nei casi controversi dovesse prevalere l'opinione della glossa o, addirittura, che quest'ultima dovesse preferirsi al testo [a questo proposito cfr., ma in senso giustamente contrario, SCHUPFER, *Fonti*, cit., p. 294]. Il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoja, vol. 1^o, Torino, 1886, nella nota e alla p. 91, critica giustamente l'opinione che in Germania non fosse stato adottato il *corpus iuris* nei limiti segnati dai glossatori, ma piuttosto la pratica giuridica italiana [L'autore criticato dal S. è il SEIDENSTICKER, *Juristische Fragmente*, 1802, II, p. 188; ma l'opinione del SEIDENSTICKER venne più tardi ripresa da altri scrittori, quali DELBRÜCK, SOHM, KARSTEN, GIERKE, citt. dal REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 11, nota 23]. Egli fa osservare (pp. 90-1) che non si deve estendere l'immediata influenza della scuola bolognese al di là della delimitazione delle fonti; che, in particolare, non la si deve estendere alle opinioni dottrinali e, molto meno, alla critica del testo. Nello stesso senso cfr. WÄCHTER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1880, pp. 57 e 60; REGELSBERGER, *op. cit.*, pag. 11, il quale nega che in Germania si fosse ricevuto l'*usus modernus* dei giuristi italiani ed afferma nettamente che "ciò che si credeva di applicare era il diritto giustiniano (cfr. anche p. 22, dove nega l'autorità alla glossa sia per la lettera del testo, sia per la sua interpretazione)."; DERNBURG, *Pandekten*, 5^a ed., vol. 1^o, Berlin, 1896, p. 11; SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, vol. 1^o, Leipzig, 1868, p. 14; GIERKE, (O. v.), *Deutsches Privatrecht*, vol. 1^o, Leipzig, 1895, p. 37. Va da sè però (come si accennava dianzi) che, se ciò era vero in teoria, in pratica le cose andavano ben diversamente; ma di ciò più oltre, nel testo. Basti per ora osservare che ad es. il WÄCHTER, *op. cit.*, p. 57, ammetteva l'autorità delle opinioni difese dagli scrittori italiani ogni qualvolta esse fossero assurte al valore di una *totius mundi consuetudo*.

paesi si contrappose o si affiancò, come diritto nazionale o locale, al diritto comune o generale (24), riducendo quest'ultimo a funzione di fonte meramente sussidiaria (25). Vogliamo, invece, proprio alludere al diritto comune considerato come un corpo di diritto positivo ricevuto *in complexu* (26), ma che, ciononostante, non rappresentò mai un concetto unitario, bensì un concetto mutevole da luogo a luogo; un concetto, inoltre, sottoposto a continua evoluzione con l'andar dei tempi (27). Insomma, in sostanza il diritto comune è il diritto romano ammodernato, è quello che, appunto perciò, si chiama *usus modernus pandectarum*; uso moderno, che varia nei diversi paesi, talchè, accanto all'*usus modernus iuris Romani in foro germanico* (28), abbiamo il

(24) Cfr. BRUGI, *Il trionfo del diritto comune in Italia*, nei *Nuovi saggi per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane*, Torino, 1921 (saggio 2°), p. 60. La distinzione (e la corrispondente terminologia) fra diritto comune e consuetudini è ricevuta, com'è noto, anche in Inghilterra, dove si distingue (come vedremo meglio più avanti) la *common law* dalla *customary law*. Questa nomenclatura è passata nel diritto inglese per il tramite del diritto canonico, che, si può dire, è stato sostanzialmente ricevuto in Inghilterra per quanto riguarda il regolamento della consuetudine. Cfr. SALMOND, *Jurisprudence*, 8ª ed., London, 1930, p. 223.

(25) Cfr. BRUGI, *op. cit.*, pp. 76-7; GIERKE, *op. cit.*, pp. 17 e 39; WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 5; CALASSO, prolusione cit. *infra*, in fine.

(26) È questa l'opinione dominante, cui aderisce anche il WINDSCHEID, *op. cit.*, pp. 5-6, dove anche numerosi richiami di letteratura. Fra gli autori contrari, posteriori al WINDSCHEID, cfr. soprattutto GIERKE, *op. cit.*, pp. 37-9. Il GERBER, ben noto per suoi tentativi di precisazione del concetto di diritto comune, nel suo *System des deutschen Privatrechts*, 16ª ed., Jena, 1901, scrive (p. 2, nota 3), riferendosi ai suoi precedenti lavori (qui per implicito richiamati) che non possiamo con molta facilità privarci dell'espressione "*recezione in complexu* „, sebbene essa conduca necessariamente ad un malinteso. Ed infatti, essa induce a ritenere che il diritto romano sia stato ricevuto in Germania così come sarebbe ricevuto oggi un corpo di leggi, p. es. un codice straniero. Quando si parla di *recezione in complexu* si mira, più che altro, a mettere in luce un aspetto negativo del fenomeno, e cioè il fatto che il diritto romano non venne adottato frammentariamente, ma come un tutto, un tutto organico, *ma vivo*, che portava in sè la possibilità di *mutamenti interni*. Dopo di che il GERBER può, nonostante la sua premessa, legittimamente concludere che in realtà il diritto romano applicato nell'epoca intermedia era qualche cosa di ben diverso dal diritto giustiniano.

(27) Ciò è stato messo di recente in luce anche dal CALASSO, nella sua prolusione *Il concetto di diritto comune*, letta nell'Università di Catania il 16 gennaio 1933. Grazie alla cortesia dell'a., chi scrive ha potuto (essendo già allestita questa parte del presente studio) consultarne una prima stesura, provvisoria e senza note.

(28) Cfr. GIERKE, *op. cit.*, p. 16.

mos italicus, abbiamo il *mos gallicus* (29) e così via (30). Riassume esattamente la situazione il CASAREGIS quando scrive (31): “*Sub appellatione iuris communis non solum venit ius Romanorum, sed omnes limitationes, ampliaciones, declarationes quas recipit ius commune in eadem materia Et haec conclusio vera est; nam vulgariter loquendo per ius commune semper intelligitur quoque omnis Doctorum interpretatio. Nam vulgaris eloquutio et communis usus loquendi solum attenditur.*”

8) Orbene, è facile affermare che tale processo di ammodernamento fu messo in atto, almeno in parte, *intenzionalmente*. Specie nei tempi immediatamente successivi al risorgimento del diritto romano, allorchè quest'ultimo era non soltanto di nome, ma anche di fatto il diritto comune; allorquando, cioè, la validità di leggi o consuetudini ad esso contrarie era posta in dubbio e, talvolta, addirittura negata; allorquando, insomma, il diritto comune era fonte principale e non soltanto sussidiaria; gl'interpreti, dovendo regolare istituti sorti nella pratica e pur non potendo in teoria ricorrere al diritto romano, sia

(29) Sulla portata dei termini *mos italicus* e *mos gallicus* cfr. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, nell'*Arch. giur.*, vol. 90, 1923, pp. 172-5.

(30) Cfr. BRUGI, *op. cit.*, p. 77, e *Come conoscere facilmente il diritto comune per il suo uso odierno* (13° dei Nuovi Saggi citt.), pp. 180-1; CALASSO, *prolusione cit.*, *passim*, e specialmente verso la fine, dove l'oratore dice che, declinato l'impero, per diritto comune non s'intendeva più il puro e semplice testo del diritto romano giustiniano, ma l'interpretazione che di esso dava la scienza. Insomma, il diritto comune era un diritto romano piegato dalla scienza. Molto esplicito in questo senso lo STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3^a ed., vol. 1°, Berlin, 1893, p. 28, il quale ricorda che lo stesso SAVIGNY capitanò un movimento diretto contro una tendenza della scuola storica, volta a far considerare come regole vigenti le regole del diritto giustiniano puro. Sintomatiche altresì le parole dell'UNGER (cit. dallo STOBBE alla nota 21), che richiamano quelle del GERBER, riferite retro alla nota 26. V. anche CHIOVENDA, *Romanesimo e Germanesimo nel processo civile*, nella *Riv. it. per le scienze giur.*, 1902, ed ora nei *Saggi di diritto processuale civile*, vol. 1°, Roma, 1930, pp. 182-3, e specie alla p. 198, dove (nota 75) il processo comune è definito “processo romano corrotto”.

(31) *Ad statutum de successionibus ab intestato*, tomo terzo della ed. delle opere, Venezia, 1740, *Summarium* al § VIII, p. 80, n. 3. Il passo del CASAREGIS è ricordato nella citata prolusione del CALASSO, donde lo citiamo. Su quanto esposto nel testo v. qualche cenno anche del BUSSI, *Riv. di dir. priv.*, 1933, 2, pp. 11-14.

perchè questo mancava di norme in proposito, sia perchè le sue norme apparivano inadatte ai bisogni dell'epoca; gli interpreti - si diceva - ricorsero più volte all'espedito di trovare a tutti i costi nelle fonti giustiniane il fondamento giuridico della soluzione, che essi adottavano. Poco importava se tale risultato veniva raggiunto attraverso un'evidente stortura dei testi, ai quali spesso si faceva dire l'opposto di quanto statuivano. L'essenziale si era che tale soluzione apparisse non come il prodotto di una pura attività intellettuale degli interpreti, ma come una regola già sancita nei testi ricevuti di legge (32). Perciò, di fronte ad evidenti, inesatte applicazioni od interpretazioni di passi romani non dobbiamo senz'altro accusare gli interpreti di ignoranza e, peggio ancora (come diremo più oltre), ristabilire, in questioni di diritto transitorio, l'impero del diritto giustiniano puro. " I giuristi „ - scrive lo SCHUPFER (33) - " non erano soltanto degli interpreti, ma, simili ai *prudentes* dell'antica Roma, anch'essi, pur interpretando la legge, facevano ben altro che chiarirne il senso recondito: cercavano di adattare e di coordinare alla legge il diritto nuovo, quale si andava svolgendo nella vita. Che se talvolta violentavano il senso della disposizione legislativa, non per questo conviene tacciarli d'ignoranza, come taluno afferma: anzi, lo facevano con deliberato consiglio, appunto per servire alle esigenze della vita pratica, che era qualcosa di più e di meglio che non la sapienza civile di un mondo, che in parte era morto (34) „. Ciò non toglie, come è ovvio, che molti fraintendimenti di passi romani siano dovuti a veri e propri errori degli interpreti; errori che, talvolta, hanno originato addirittura nuovi istituti e nuove dottrine (35).

(32) Cfr. DERNBURG, *op. e vol. cit.*, p. 10, nota 8: " Nei primi secoli si sono con molta disinvoltura fondati su passi del diritto romano istituti giuridici in netto contrasto con il diritto romano... Il frammento romano serviva soltanto a colorire il risultato „. V. anche STOBBE, *op. e vol. cit.*, p. 37; CHIOVENDA, *op. e loc. cit.*, il quale riconosce la consapevolezza degli interpreti per qualche forzato adattamento delle fonti in tema di processo comune, pur osservando subito dopo esser difficile distinguere questi dai fraintendimenti dovuti ad equivoci.

(33) *Op. cit.*, pp. 294-5.

(34) Già prima si era espresso nello stesso senso il JHERING, *Geist des römischen Rechts*, 5^a ed., Leipzig, 1883, vol. II^o, 2, pp. 465-6.

(35) Per quanto riguarda il processo comune, v. a tal proposito CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 198 e 207, nonchè la nota 83 alle pp. 199-200; ancora CHIOVENDA, nella *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 1, p. 7; CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando*

Va da sè che il più potente fattore di diffusione di questi fraintendimenti, voluti od inconsci, venne rappresentato dalla giurisprudenza pratica, la quale dunque - come è intuitivo e come è da tutti riconosciuto - svolse, nei varî paesi, una parte di prim'ordine quanto alla formazione del diritto comune. Se si guarda, insomma, alla sostanza delle cose, prescindendo dalla questione strettamente giuridica; se, cioè, per esprimerci in termini tecnici, si considera il fenomeno dal punto di vista storico-filosofico, anzichè - come faremo tra breve - dal punto di vista dommatico (36); si può senz'altro affermare che anche dopo il risorgimento del diritto romano l'interpretazione giudiziale (anzi, l'interpretazione in genere) ebbe un'eminente funzione creativa.

Ove si esamini lo stesso problema in rapporto al diritto odierno, dal primo punto di vista non si può nemmeno mettere in dubbio che anche oggidi l'interpretazione abbia un'efficacia creativa, inevitabile, se non altro, a causa dell'applicazione di regole astratte a casi concreti (37). Ma, prescindendo da considerazioni storiche o filosofiche, e considerando il mero aspetto dommatico del fenomeno, si ritiene dalla dottrina tradizionale [la quale, tutto sommato, può ancora considerarsi la prevalente (38)] che, almeno entro l'ambito di ordinamenti giuridici simili al nostro attuale, l'interpretazione abbia natura meramente dichiarativa. Ciò perchè, dovendosi considerare compiuto l'ordinamento giuridico [*rectius*: l'ordinamento

nel diritto italiano intermedio, ora ripubblicata negli *Studi sul processo civile*, vol. 1°, Padova, 1930, p. 69.

(36) È merito dell'ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel dir. priv.*, nell'*Arch. giur.*, vol. 94, 1925, p. 235 e ss. (v. specialmente alle pp. 250 e ss.) l'aver posto il problema nei suoi veri termini, adottati nel testo.

(37) V. ancora ASCARELLI, *op. cit.*, p. 244. È questo l'argomento ripetutamente addotto dai "creativisti", dal BÜLOW, anzi dal KIERULFF in poi. Sostanzialmente è nello stesso ordine di idee anche la scuola viennese della *dottrina pura del diritto* (KELSEN, MERKL), che concepisce l'incompiutezza dell'ordinamento giuridico come un riflesso dell'astrattezza delle norme legali. V. *infra* la nota 40.

(38) V. un'ampia rassegna critica (in difesa della teoria tradizionale) nella prolusione di FRANCESCO FERRARA, *Poteri del legislatore e funzioni del giudice*, nella *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 490 e ss. Sulla *deutsche Lehre vom Richterrecht* v. altra ampia rassegna in MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts (Problementwicklung und System)*, Wien, 1932, pp. 107-119. Per indicazioni, abbastanza particolareggiate, degli autori francesi che si sono occupati della questione cfr. LEBRUN, *La Coutume*,

legislativo (39)] per virtù di una norma di chiusura simile al nostro art. 3 delle disp. prel. al c. c., il giudice è *reputato* accertare, dichiarare (*finden*, non *schöpfen*) il diritto esistente, ma non formulato, ogniqualevolta egli faccia ricorso all'analogia, *legis* o *iuris* (40), così *sostanzialmente* creando nuovo diritto (41). E alla stessa conclusione si giunge dalla dottrina dominante anche là dove viene espressamente concesso al giudice un più o meno ampio potere discrezionale nella decisione delle controversie a lui sottoposte. Infatti, anche in detta ipotesi, con un procedimento analogo a quello che fa dell'art. 3 una norma di chiusura dell'ordinamento giuridico, si considera, in virtù di tale concezione, come un'attività meramente dichiarativa del giudice quella che è senza alcun dubbio attività creativa. Con altre parole, si presume, *si finge* che l'ordi-

ses sources, son autorité en droit privé (Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne), Paris, 1932, nota 4 alle pp. 260-1. Adde ora RADULESCU, *La giurisprudenza quale fonte di diritto*, nella *Riv. int. di fil. del dir.* 1933, p. 469 e ss.

(39) Che non si debba parlare di compiutezza o di lacunosità dell'ordinamento giuridico, ma soltanto dell'ordinamento legislativo è stato dimostrato, in vari scritti, da G. BRUNETTI. Vedili citati nel suo ultimo lavoro in tema, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, negli *Scritti giuridici vari*, vol. 4°, Torino, 1925, p. 164, testo e nota 2. Contro l'identificazione dei termini ordinamento legislativo e ordinamento giuridico effettuata da D. DONATI, cit. *infra*, pp. 30-1, v. l'efficace critica dell'ASCARELLI, *op. cit.*, p. 238.

(40) Si ricorre, dunque, all'espedito di una *finzione*, per mezzo della quale si pone come attività dichiarativa quella che è, senza dubbio alcuno, attività creativa. Il ricorso alla finzione viene effettuato più nettamente che dagli altri dall'ASCARELLI, *op. cit.*, *passim*. Il MIGLIORI, *Il concetto di funzione giurisdizionale*, ne *Il circolo giuridico*, 1932, I, pp. 278 e ss. [dove anche un'ampia e diligente rassegna delle varie dottrine e delle loro sfumature] ritiene (p. 299) che erri la dottrina tradizionale quando, sostenendo la dichiaratività della decisione giudiziaria, si fonda sull'art. 3 delle preleggi, in quanto essa dottrina non enuncia il fondamento su cui riposa l'obbligatorietà dell'art. 3. Il MIGLIORI affronta anche questo problema e lo risolve sostanzialmente ricollegandosi alla *Rechtsdynamik* del MERKL, che instaura, per così dire, un rapporto gerarchico fra le norme giuridiche. Cfr. la nota seguente.

(41) Tale orientamento è nettamente seguito dalla scuola viennese, che, non di meno, inquadra il principio della creatività della giurisprudenza entro limiti legali (così nettamente scostandosi dalla scuola del diritto libero). Non vi è e non vi può essere una compiutezza sostanziale dell'ordinamento legislativo, chè (MIGLIORI, *op. cit.*, p. 342) nessun legislatore può sfuggire alla necessità pratica di utilizzare, in una certa misura, libere concrete valutazioni del giudice [si pensi ai concetti di colpa, dolo, scusabilità ecc.]. Vi è, invece, una compiutezza formale dell'ordinamento

namento giuridico sia, anche in questa ipotesi, compiuto, per il fatto che il diritto non formulato viene espressamente richiamato dal legislatore, per il fatto che l'attività del giudice si svolge entro limiti legali, sia pure latissimi (42).

9) Orbene, se la questione dommatica può sembrare esattamente risolta in tal senso ove la si riferisca all'ordinamento nostro, e, in genere, ad ordinamenti provvisti di una "norma di chiusura", tale questione, invece, può lasciare incerti ove la si ponga nell'ambito di ordinamenti, in cui è per lo meno dubbia l'esistenza di tale norma. Questo perchè, a nostro parere, coglie nel segno quella corrente dottrinale, la quale non ritiene obbligatorio il ricorso all'analogia allorchè manchi una norma di legge che lo imponga. Per ritornare al nostro argomento, si abbia riguardo al processo italiano comune(43). Ivi era certamente nulla la sentenza emanata *contra literam legis*, cioè la sentenza che affermava una massima letteralmente contraria al testo della legge costituita; ivi era dubbia, per ragioni contingenti (44), la nullità della sentenza *contra rationem legis* [e doveva considerarsi tale (45) quella che si basava sopra una massima contraria ad una legge vigente, la quale non regolava in modo specifico il rapporto controverso, ma, in modo generico, diverse specie di rapporti, tra cui entrava anche quello dedotto in lite]; ivi, invece, era riconosciuta come pienamente valida la sentenza *contra simile* (o *contra similitudinem*) *legis*, ossia la sentenza, nella quale il giu-

legislativo, dato che il potere d'integrazione della legge deriva al giudice dalla legge stessa. Sulla dottrina pura del diritto v. ora lo scritto del Kelsen, *Arch. giur.*, 1933, vol. II, p. 121 e ss., apparso quando il presente lavoro era già da tempo composto. V. anche BETTI, *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pp. 209-10, nota 5.

(42) Cfr. la nota monografia di DONATO DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, specie alla p. 212. Tutto ciò vale anche per le c. d. giurisdizioni d'equità [e per i casi in genere, in cui al giudice appare concesso un potere discrezionale quanto ai criteri da adottare nella decisione]; ma di ciò più oltre.

(43) Quanto segue è attinto al bel lavoro del CALAMANDREI, *La teoria dell' "error in iudicando"*, ecc., cit., pp. 86-90.

(44) L'errore di diritto, per rendere nulla la sentenza, doveva essere espresso (cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 119 e ss.). L'errore contro lo spirito della legge non era, evidentemente, espresso. Quindi esso non poteva, secondo alcuni, produrre nullità.

(45) V. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 88.

dice non aveva pronunciato la sua decisione secondo l'analogia (46), salve, s'intende, le eccezioni al principio (47). Per la verità il PINELLO (48) ritiene che il giudice avesse l'obbligo di sentenziare secondo l'analogia (49); ma, ciononostante egli sostiene la validità della sentenza data *contra simile legis* per il fatto che era rimesso al criterio del giudice il determinare volta per volta se in una legge non appropriata al caso singolo esistesse, o meno, una ragione di analogia; espediente, questo che riduceva a ben poca cosa l'obbligo di cui sopra, anzi praticamente lo distruggeva (50). Comunque, prescindendo da tale questione, è certo che, dopo la recezione, le sentenze applicanti norme di diritto romano avevano, da un punto di vista dommatico, indubbio carattere dichiarativo (51). Ed è appunto questo il carattere che maggiormente distingue la sentenza posteriore alla recezione dall'antica sentenza germanica. Quest'ultima, in cui gli scabini talvolta accertavano il diritto, scritto o consuetudinario, ma sovente fornivano essi al giudice il contenuto giuridico (*Rechtsinhalt*) (52) della sentenza, traendolo, in ultima analisi, dalla

(46) Per un esempio che prospetta nettamente la distinzione fra sentenza *contra rationem legis* e sentenza *contra simile legis*, cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 89.

(47) Fra questi casi eccezionali si abbia presente quello addotto dal PINELLO, ricordato dal CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 90.

(48) Menzionato dal CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 89-90.

(49) Contrariamente all'opinione del PINELLO, si può dubitare che si trattasse, di un vero e proprio obbligo legale quando si pensi che, almeno secondo alcuni, era ammesso il c. d. *punto dell'amico*, cioè la facoltà del giudice di sentenziare a favore degli amici, allorchè non trovava un'opinione comune o altra da poter seguire letteralmente. Cfr. BRUGI, *Sentenze di giudici antichi e opinioni comuni di dottori*, nei *Nuovi Saggi*, cit., p. 95.

(50) Tale espediente si accosta assai a quello usato ancor oggi dai giudici anglo-americani, che riescono ad evitare l'applicazione di un precedente obbligatorio attraverso quelle distinzioni di fatto, che hanno meritatamente reso celebre la finezza di quei giuristi. Molto spesso tali distinzioni sono prive di reale contenuto giuridico e hanno valore puramente formale; ma anche in tali ipotesi esse rivestono importanza, in quanto servono a sottrarre un caso pratico all'impero di una regola, che non gli si adatterebbe.

(51) Ciò è messo magistralmente in luce dallo SCHULTZE, nel suo sempre bellissimo libro *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, parte 1^a, Freiburg und Tübingen, 1883, pp. 124-5.

(52) L'applicazione all'antica sentenza germanica della distinzione [proposta dal LABAND, ma ad altri scopi] fra *contenuto giuridico* e *comando giuridico* (*Rechtsinhalt* e *Rechtsbefehl*) sta alla base della concezione dello SCHULTZE, *op. cit.*,

loro coscienza subbiettiva (53), era senza dubbio produttiva di diritto almeno in quest'ultima ipotesi (54) e poteva bene assimilarsi, sostanzialmente, alla legge (55), per questo e per altri caratteri accessorî (56),

pp. 56 e ss.; 97 e ss., su questo, come su altri punti, vivacemente criticato. Ma, ove alla distinzione non si faccia dire più di quanto essa pretende, pare a noi che la posizione dello SCHULTZE sia da approvarsi. Gli scabini, da soli, non creavano diritto. Fonte di diritto era la sentenza considerata come un tutto, cioè con l'accessione del comando giuridico (v. SCHULTZE, p. 47). Bisogna dunque intendere *cum grano salis* frasi simili a quella usata dallo SCHUPFER, *Fonti*, citt., p. 191, per cui lo scabinato sarebbe (quando manca una norma di diritto scritto o consuetudinario) "un vero e proprio organo della formazione del diritto".

(53) V. SCHUPFER, *op. cit.*, pp. 191-2, il quale, dopo aver avvertito che, in mancanza di una norma giuridica, gli scabini giudicavano secondo un libero, ma coscienziioso arbitrio, "secondo la loro coscienza giuridica", aggiunge che "certo non è a ritenere che [gli scabini] sentissero il bisogno di riferire od adattare la regola che avevano rinvenuto [*rectius*, in questa ipotesi: dettato] a quelle già conosciute, o che cercassero di derivarla dai principi generali". Ciò conferma quanto abbiamo scritto sopra, sia pure relativamente ad un diverso periodo storico, quanto all'inesistenza di un obbligo legale ingiungente l'adozione del procedimento analogico. V. tuttavia le particolari norme della legislazione imperiale franca ricordate dallo SCHUPFER, *loc. cit.*, che però, a detta di quest'ultimo (p. 193), non fecero dovunque breccia; sicuramente non nei territori bizantini. Quanto all'arbitrio degli scabini, cfr. PERTILE, *Storia del dir. it.*, 2ª ed., vol. 1º, Torino, 1896, pp. 390-2.

(54) Lo SCHULTZE, invece (pp. 101-3), afferma che, in ultima analisi, sempre gli scabini trovavano nella loro coscienza subbiettiva il contenuto della sentenza, e ciò anche nell'ipotesi, in cui la fattispecie fosse prevista da una legge o da una consuetudine. Secondo il cit. autore, infatti, legge e consuetudine non vincolano gli scabini, ma costituiscono semplicemente fonti materiali, da cui essi possono anche allontanarsi (v. pp. 102 e 104-5). Vedremo più oltre che lo SCHULTZE assumerà la stessa posizione per quanto riguarda i rapporti fra pretore romano e *ius civile*; ma - prescindendo da ciò - si può affermare che la sovraesposta enunciazione dello scrittore cit. è contraddetta dalla realtà storica.

Come ricorda lo SCHUPFER (p. 191), le fonti longobarde distinguono nettamente le decisioni prese dai giudici quando sulla base degli editti, quando sulla base della consuetudine, quando sulla base di un libero, ma coscienziioso arbitrio. V. a tale proposito fonti ed autori citt. dal CALAMANDREI, *op. cit.*, nota 11 alle pp. 67-8.

(55) V. SCHULTZE, pp. 149, 415, dove l'antica sentenza germanica viene equiparata anche alla *formula* del pretore romano. Circa tale equiparazione, sulla quale torneremo più oltre, cfr. anche gli autori citt. dal CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 65, testo e nota 4.

(56) Ad es. perchè, come la legge, la sentenza è "immutabile e non impugnabile" (come scrive lo SCHULTZE, p. 149), „ Secondo questo autore, infatti, la *Urtheilsschelte* (o disapprovazione della sentenza), almeno originariamente va ben distinta dall'appello (p. 147), cui, pure, evolvendosi p. (154), andò ravvicinandosi. La *Urtheilsschelte*

anche se il diritto da lei creato era semplicemente diritto per il caso concreto (57).

10) Premesso, quindi, com'è ovvio, che dopo il risorgimento del diritto romano le sentenze emanate in applicazione di esso erano (da un punto di vista dommatico) sfornite di efficacia creativa, è lecito domandare come poterono introdursi ed acquistare giuridica rilevanza quelle modificazioni del testo giustiniano, che debbono certamente considerarsi parte inscindibile dell'ordinamento legale di quei tempi. Dato, poi, che queste modificazioni acquistarono, in ultima analisi, giuridica rilevanza per il tramite del foro, si potrebbe rispondere che, se non ogni singola sentenza, quanto meno una lunghissima serie di sentenze conformi, un *uso giudiziario*, poteva giustificare, almeno a *posteriori*, i mutamenti scientemente o inconsciamente apportati al testo giustiniano.

Giunti a questo punto, sorge però una grave questione, che ancor oggi si agita: ci si può domandare, infatti, se l'uso giudiziario vero e proprio, la giurisprudenza in sè e per sè considerata, indipendentemente dalle ripercussioni da lei prodotte, possa considerarsi come una valida fonte di diritto, e, più precisamente, di diritto consuetudinario.

È chiaro che la risposta a tale domanda varierà a seconda della posizione che si assuma in ordine all'essenza ed ai requisiti della consuetudine: ove si parta dalla concezione del LAMBERT (58), (concezione che poggia su di una non trascurabile base storica (59), secondo cui non può esistere consuetudine in senso tecnico-giuridico

non costituisce secondo l'aut. cit. un mezzo d'impugnativa, ma un mezzo volto alla determinazione dell'esatto contenuto giuridico di una sentenza futura. Su ciò v. anche CALAMANDREI, *La cassazione civile*, vol. 1°, Roma, 1920, p. 89 e ss., dove ampia letteratura.

(57) SCHULTZE, pp. 97-8; GIERKE, *op. cit.*, p. 177.

(58) *Etudes de droit commun législatif*, ecc., cit.

(59) Che, in origine, l'autorità dei capi giudicanti, non già la spontanea intuizione o convinzione popolare sia quella che, ispirando il senso dell'obbligatorietà, radicando l'osservanza di certi principi, imprima a questi il valore giuridico, è insegnato dal diritto comparato e confermato dall'osservazione psicologica (testuali parole del BETTI, cit. *infra*, p. 12). Ciò è stato messo in luce particolarmente dal SUMNER MAINE. *Contra*, tuttavia, PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*, 2ª ed., vol. 1°, Roma, 1928, p. 49.

prima della sentenza che la sanzioni; secondo cui la giurisprudenza è “ l'agente *necessario* per la tramutazione del *sentimento* giuridico in norma di diritto (60) „; secondo cui, anteriormente alla sentenza del giudice, esistono soltanto degli usi, delle abitudini commerciali, delle pratiche, che la sola giurisprudenza potrà convertire in consuetudini giuridiche, aggiungendovi “ un ordine permanente di esecuzione (61) „; si dovrà ammettere, per definizione, che l'uso giudiziario sia fonte di diritto (62). Altrettanto dicasi ove si adotti la tesi dell'AUSTIN (63), che, a questo proposito, sembra a noi coincidere con la precedente. Questo ormai vecchio autore inglese, as-surto a meritata fama solo in tempi relativamente recenti (64), par-tendo dal presupposto che non v'è diritto senza la sanzione del volere sovrano (65); che questo volere può manifestarsi anche in via indiretta attraverso le sentenze dei giudici, cui tale potere sarebbe

(60) *Op. cit.*, p. 802.

(61) *Loc. cit.*

(62) La tesi, troppo assoluta, del LAMBERT non ha avuto séguito. Essa è stata integralmente adottata soltanto dal PLANIOL (et RIPERT), *Traité élémentaire de droit civil*, II^a ed., Paris, 1928, vol. I^o, pp. 6 e 7, nota 3.

(63) *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 5^a ed. a cura di CAMPBELL, vol. 2^o, London, 1885.

(64) Come attesta ora anche il MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, Wien, 1932, p. 119, il quale asserisce che le idee dell'AUSTIN penetrarono nella teoria generale del diritto tedesco solo attraverso l'opera dell'ungherese SOMLÒ.

(65) Come abbiamo ricordato dianzi e come vedremo meglio *infra*, la teoria inglese della consuetudine è basata sul diritto canonico. Orbene, per la Chiesa, già fin dall'epoca longobarda (così BRANDILEONE, *Lezioni di storia del diritto italiano*, lit., Roma, Sampaolesi, anno acc. 1928-9, parte I^a, p. 332) “ non è il *populus fidelium*, ma la sola autorità gerarchica investita del potere di legiferare; però, se il popolo dà vita a nuove norme e crea una *consuetudo facti*, questa può diventare legge ed essere osservata come tale solo se ottenga, espressamente o anche tacitamente, l'approvazione dell'autorità gerarchica, la quale la dà oppure no, a seconda che le nuove norme posseggano certi determinati requisiti oppur no „. Sul consenso del legislatore (*consensus legalis*) nell'antico e nel nuovo diritto della Chiesa cfr. il più recente lavoro in tema di consuetudine canonica: TRUMMER, *Die Gewohnheit als kirchliche Rechtsquelle*, Wien, 1932, p. 10 e ss., al quale rimandiamo per la letteratura. Il principio dell'*adprobatio* fu trasferito dal campo ecclesiastico al campo laico (cfr. PATETTA, *Storia delle fonti*, lezioni litografate, Torino, Giappichelli, 1932, p. 40), ma praticamente con scarsa efficacia (cfr. BRUGI, *Il trionfo del diritto comune in Italia*, nei *Nuovi saggi ecc.*, citt., p. 74, testo e note 51-2).

delegato (66); giunge alla conclusione (67) che il c. d. diritto consuetudinario “ independently of the position or establishment which it may receive from the sovereign ... is merely a rule morally sanctioned, or a rule of positive (or actual) morality. It is, properly, *ius moribus constitutum*. It properly obtains as a rule through the *consensus utentium*; its only source or its only authors are those who observe it spontaneously, or without compulsion by the state „. In due modi questa “ merely customary rule „, acquisterebbe rilevanza giuridica: o essa viene assorbita in una legge, o viene sanzionata da una sentenza, in modo da trasformarsi in un precedente obbligatorio: “ In whichever of these ways it becomes a legal rule, the law into which it is turned emanates from the sovereign or subordinate legislature or judge, who transmutes the moral or imperfect rule into a legal or perfect one (68) „.

11) Sempre alla stessa conclusione dovrà giungersi ove si adotti una di quelle dottrine, che i Tedeschi chiamano *Faktizitätstheorien*; che, cioè astraggono da ogni e qualsiasi elemento subbiettivo a proposito della consuetudine; che, cioè, ritengono giuridicamente efficace quest'ultima prescindendo e dall'assenso sovrano (*Gestattungstheorie*), e dal consenso tacito dei consociati (*Willenstheorie*) e dalla coscienza collettiva di questi ultimi, dalla loro convinzione (*Ueberzeugungstheorien*). Lo spunto per il rinnovarsi (69) di queste teorie venne

(66) L'AUSTIN giunge alla stessa conclusione a proposito della *iurisdictio* del pretore romano, commettendo un evidente errore, com'è stato da tempo e da molti dimostrato. Nello stesso senso W. JETHRO BROWN, cit. *infra*, p. 306.

(67) *Op. cit.*, p. 536.

(68) W. JETHRO BROWN, nel suo libro *The Austinian Theory of Law* (ristampa del 1926) scrive testualmente (p. 312) che “ the precise rule which the judge applies is not necessarily law before such application „. Egli ammette che il giudice si senta vincolato dalla consuetudine, ma soggiunge che tale vincolo non è di natura giuridica. La tendenza del giudice a rispettare la consuetudine è “ quite consistent with the view that custom is a persuasive, rather than an absolutely binding source of a legal rule „.

(69) Scriviamo “ rinnovarsi „, perchè il FLUMENE, *Il valore della consuetudine quale fonte normativa nella patristica latina e greca*, Appunti, Sassari, 1922 (citiamo sulla base della recensione del JEMOLO, *Arch. giur.*, vol. 90, 1923, p. 126], afferma che alla domanda “ perchè la consuetudine deve obbligare „, la patristica diede risposte sommarie e slegate tra loro: per evitare lo scandalo dei fratelli; perchè essa ha dietro

fornito in Germania, nel secolo scorso, dal LÜDERS (70); ma chi per primo diede loro formulazione precisa, traendone altresì pratiche applicazioni, fu lo ZITELMANN, nel suo articolo più volte citato, il quale concluse (71) che, in ultima analisi, la rilevanza giuridica della consuetudine deriva dalla forza d'inerzia, dalla potenza dei fatti, che da tempo durano (*die Macht der dauernden Tatsachen*). La coscienza collettiva è irrilevante; è necessario soltanto che una regola sia stata effettivamente applicata come norma giuridica là dove poteva trovare applicazione. Conclusione, quest'ultima, confortata più tardi dagli studi di GEORG JELLINEK, il quale, per illustrare la trasformazione del fatto in diritto, coniò la frase "*die normative Kraft des Faktischen*" (72) „, senza per altro nulla aggiungere, nella sostanza, al pensiero del suo predecessore. Infatti anch'egli, come lo ZITELMANN, conferisce esclusivo rilievo alla forza di inerzia, concludendo logicamente che "la fonte dell'efficacia vincolante del diritto consuetudinario è identica a quella del cerimoniale o della moda (73) „. Affermazione, questa, alla quale si accosta anche il LEBRUN, là dove scrive (74) che "l'autorité du droit coutumier se trouve fondée d'une façon générale sur cette considération très simple en même temps que rigoureusement exacte: le besoin, la nécessité du droit pour l'homme vivant en société, nécessité qui lui fait un devoir, une obligation juridique et morale d'observer les règles du droit „.

Chiaro appare che, partendo da questi concetti, non si potrà negare alla giurisprudenza il carattere di fonte di *vero e proprio* diritto consuetudinario; non si potrà negare, cioè, che l'*usus fori* in senso stretto (75) sia esso stesso una sottospecie del diritto consuetudinario. Ed invero, dato che la ripetizione del fatto ingenera di per sè di-

di sè il tacito consenso del legislatore, sarebbero state le due risposte più salienti. Ma molti padri si sarebbero limitati ad affermare che si deve rispettare quanto è prescritto dall'*usus antiquitatis*, senza dare, neppure implicita, una base al precetto.

(70) *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, Kiel, 1863, specie alla p. 52. Su quanto segue cfr. MOKRE, op. cit., *passim*, e specialmente, p. 54 e ss.

(71) *Op. cit.*, p. 464. Si noti, tuttavia, che più tardi lo ZITELMANN si ravvicinò leggermente alla *Gestattungstheorie* (cfr. *Internationales Privatrecht*, vol. 1°, Leipzig, 1897, p. 55).

(72) *Allgemeine Staatslehre*, 4^a ristampa, 1922, p. 338.

(73) *Op. cit.*, p. 339.

(74) *Op. cit.*, p. 221.

(75) Chiariremo più oltre il senso della precisazione.

ritto, poco importa che non sia ancora sorta nei consociati la “ coscienza collettiva „; poco importa che non vi sia stato nemmeno il diuturno uso da parte dei consociati medesimi: *di per sè*, indipendentemente dall’accessione dei requisiti voluti dalla dottrina romano-canonica della consuetudine, l’*usus fori* costituisce diritto consuetudinario (76).

12) Lo strano si è, invece, che alla stessa conclusione siano giunti alcuni scrittori, che partono da una premessa radicalmente opposta. Si consideri, ad es., la posizione del GIERKE (77), di uno fra i pochi scrittori, cioè, che abbiano dedicato un’apposita trattazione all’uso giudiziario; tema, questo, invero troppo trascurato nella dottrina nostra ed in quella straniera. Il GIERKE aderisce all’*Ueberzeugungstheorie*, ma, ciononostante, afferma (78) che un uso giudiziario, consistente nella lunga ripetizione di sentenze uniformi, effettuata nella persuasione [dei giudici] della sua rilevanza giuridica, presenta tutti i requisiti del diritto consuetudinario, del quale esso *usus fori* può considerarsi una sottospecie. Pur tuttavia - secondo il citato autore - l’*usus fori* in ciò differirebbe dalla consuetudine: quest’ultima si fonda sulla convinzione del popolo, quello, invece, sulla convinzione dei giudici. La sua forza vincolante generale si spiegherebbe tenendo presente la particolare posizione dei giudici in rispetto al diritto; fatto per cui, mentre gli altri organi collegiali (amministrativi, costituzionali ecc.) possono, con la ripetizione di atti costanti, dar vita ad una pratica (*Herkommen*) (79), avente efficacia soltanto nell’ambito dei collegi stessi (e a contenuto, quindi, essenzialmente processuale); i collegi giudicanti, invece, possono dar vita a un diritto consuetudinario sostanziale, che ha valore per tutto il territorio sottoposto alla loro giurisdizione. “ Ne consegue „ - conclude a chiare lettere il GIERKE - “ che l’uso giudiziario è una fonte di diritto nettamente distinta da tutte le altre „. Il che significa, per esprimere più chiaramente il pensiero del grande scrittore, che l’uso giudiziario ingenera *di per sè* diritto consuetudinario, anche quando esso

(76) Questo afferma recisamente il LEBRUN, *op. cit.*, p. 260.

(77) *Op. cit.*, pp. 177-80. Indicazioni di letteratura alla p. 177, nota 2.

(78) P. 179.

(79) Cfr. GIROLA, *Le consuetudini costituzionali*, negli *Studi Urbinati*, anno V, 1931, nn. 3-4, cui rimandiamo per la letteratura sul tema.

non sia ancora penetrato nella coscienza collettiva, trasformandosi in consuetudine fornita dei requisiti voluti dalla dottrina tradizionale. Attraverso l'*usus fori* il ceto giuridico prende *formalmente* parte alla creazione del diritto; l'*usus fori* è il diritto dei giuristi (*Juristenrecht*), intesa quest'espressione non già figuratamente, ma *in senso tecnico*; per modo che, separando diritto dei giuristi da diritto consuetudinario, spicca netta l'antitesi fra *Juristenrecht* e *Volksrecht*, fra diritto dei giuristi e diritto del popolo. Nè si creda che il GIERKE sia a tale proposito isolato: alle sue stesse conclusioni giunge, infatti, anche il DERNBURG (80), il quale come lui afferma che l'*usus fori* ha rilevanza giuridica al pari della consuetudine (81); il quale come lui soggiunge, tuttavia, che il puro *usus fori* non è consuetudine in senso stretto; che questa sorge soltanto attraverso le azioni o le omissioni degli interessati (82); il quale come lui distingue, adunque, *in senso tecnico*, *Juristenrecht* da *Volksrecht* (83).

(Continua)

WALTER BIGIAVI

(80) *Op. cit.*, p. 64 e ss.

(81) *Loc. cit.*

(82) *Op. cit.*, p. 65, testo. Per quanto le sue espressioni siano incerte, sembra ritenere l'*usus fori* fonte di diritto anche il GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Tomo VIII, Paris, 1903, p. 216.

(83) Del resto, stando a quanto scrive il GENY, *op. cit.*, pp. 445-6, la stessa scuola storica considerava il *Juristenrecht* come una sorta di surrogato del diritto popolare. " Ses résultats apparaissaient comme une variété nécessaire du droit coutumier, ayant, à ce titre, force obligatoire.... Par là, non seulement on justifiait d'emblée la réception du droit romain non moins que celle du droit canonique par les juridictions séculières; mais encore on conservait, dans le moderne droit des juristes, une source, toujours vive et précieuse, de règles juridiques „