

# Fabrizio Piraino

## *Della tutela dei diritti\**

SOMMARIO: 1. Il Libro VI parte del tutto – 2. Il giudizio di Vassalli sul nuovo codice civile – 3. Il nodo storiografico relativo all'incidenza dell'ideologia fascista – 4. La gestazione del Libro VI - 5. Nelle pieghe delle “filze” di Filippo Vassalli: la prova testimoniale – 6. La tutela giurisdizionale – 7. A mo' di chiusa

### 1. *Il Libro VI parte del tutto*

Qualche anno addietro Guido Alpa, senza mezzi termini, affermava che «i conti dei giuristi, in particolare dei civilisti, con il fascismo sono ancora aperti»<sup>1</sup>. Il giudizio va condiviso e ovviamente non si limita al processo, ricco e complesso, della codificazione nuova, ma si estende alla copiosa legislazione speciale del regime e alla legittimazione culturale e alla giustificazione tecnica di alcune aree della dottrina civilistica nei confronti degli interventi normativi in materia di cittadinanza, di stato civile, di famiglia, di attività economiche, di lavoro etc. Una valutazione ad ampio spettro esigerebbe uno studio ben più ampio del presente e forze intellettuali di cui non dispongo<sup>2</sup>. La riflessione che si andrà sviluppando si concentrerà allora sul Libro VI del codice civile<sup>3</sup>, il quale, sinora, ha ricevuto

---

\* Rivolgo un sentito ringraziamento per la lettura in anteprima e per i rilievi e i consigli formulati a Fabio Addis, Francesca Benatti, Carlo Castronovo, Giovanni Chiodi, Giovanni D'Amico, Raffaele Di Raimo, Enrico Gabrielli, Aurelio Gentili, Mauro Grondona, Leysser León Hilario, Marcello Maggiolo, Luca Nivarra, Salvatore Patti, Armando Plaia, Pietro Sirena, Giuseppe Vettori. Eventuali errori e imprecisioni vanno attribuiti esclusivamente all'autore.

<sup>1</sup> G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, il Mulino, Bologna 2018, p. 423 ss.

<sup>2</sup> Si veda tuttavia lo studio pregevole di S. PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, in «Rivista del diritto commerciale», 1998, p. 543 ss., citazioni dall'estratto.

<sup>3</sup> Nel 1993 Antonio Padoa Schioppa sollecitava soprattutto gli storici del diritto ad approfondire la conoscenza del codice civile del 1942, tanto nelle sue singole parti quanto nel suo insieme, prospettando addirittura un'analisi minuta e filologica in grado di svelare sia le fonti formali sia quelle sostanziali dei singoli articoli: A. PADOA SCHIOPPA, *Dal Code*

minori attenzioni in chiave storica rispetto agli altri Libri. L'approfondimento dei caratteri del Libro VI e delle ragioni ispiratrici, desumibili dal materiale storiografico, consente di formulare ipotesi anche sull'intero *opus* che giunse a compimento nel 1942<sup>4</sup>.

Il Libro VI "Della tutela dei diritti" ha avuto la sua gestazione tra il maggio del 1940 e gli albori del 1941<sup>5</sup>: formalmente il 5 febbraio 1941, effettivamente nel maggio del medesimo anno<sup>6</sup>. Concepito in via originaria come libro V, ha assunto l'attuale numerazione dopo la scelta di unificare il codice civile e il codice di commercio, introducendo nell'intelaiatura del codice civile il Libro V infine intitolato "Del lavoro"<sup>7</sup>. Il Libro "Della tutela" è il frutto della convergenza di più fattori<sup>8</sup>. In primo luogo, gli obiettivi politici del regime: quello di contrastare la cultura liberale, di cui il codice civile del 1865 era una dei più significativi prodotti, facendo segnare una netta differenziazione rispetto al codice Pisanelli; e quello di

---

Napoléon *al Codice civile del 1941*, in «Rivista di diritto civile», 1993, I, p. 531 ss. nonché in *Il codice civile*. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli, (Roma, 15-16 dicembre 1992), Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1994, pp. 43 ss., da cui le successive citazioni.

<sup>4</sup> In questa chiave v. lo studio monografico di A. SANDONÀ, *Della tutela dei diritti. Storia del VI Libro del codice civile italiano*, Giappichelli, Torino 2020, *passim* e p. 3 ss.

<sup>5</sup> La genesi del Libro VI è ricostruita da N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 238 ss., 251 ss., 269 ss., 327 ss., 362 ss., 404 ss., 438 ss., 483 ss., 490 ss. e, più di recente, da SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 57 ss.

<sup>6</sup> La ricostruzione della pubblicazione del Libro VI è offerta da SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 92 ss., il quale segnala che il 5 febbraio 1941 venne pubblicato in Gazzetta ufficiale il decreto legge 30 gennaio 1941, n. 18 che approvava il testo del Libro del codice civile "Della tutela dei diritti". Il testo dell'articolato non venne però pubblicato giacché si continuò a rimaneggiarlo da Vassalli, Nicolò e Petrella sino ai primi di aprile del 1941, dando luogo così alla quarta bozza, quella definitiva, che venne approvata e vistata da Mussolini il 4 maggio, firmata dal Re Vittorio Emanuele III il 19 maggio e controfirmata da Mussolini il 28 maggio 1941. Seguì immediatamente la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, retrodatata al 5 febbraio 1941, con il numero 31-ter.

<sup>7</sup> Sulla scelta unificatrice cfr. R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Giuffrè, Milano 1990, *passim*, in part. p. 153 ss. Per un'analisi meno incentrata sul dato storico e più focalizzata sui principali caratteri contenutistici del Libro V cfr. R. SACCHI, *Sul libro V: del lavoro*, in *Del permanente e del transeunte. Per gli ottant'anni del Codice civile*, a cura di M. Maggiolo-M. Miele, Giappichelli, Torino 2024, p. 113 ss.

<sup>8</sup> Una lettura anche in chiave storica del Libro VI è offerta ora da P. SIRENA, *Sul libro VI: della tutela dei diritti*, in *Del permanente e del transeunte*, cit. nt. 7, p. 141 ss.

esaltare il valore della Carta del Lavoro<sup>9</sup>, come d'altro canto emerge dall'*Appunto al Duce*<sup>10</sup> che Dino Grandi inviò il 10 gennaio 1940, unitamente alla *Relazione sulla riforma dei codici*. L'esigenza di differenziare il nuovo codice dal precedente si iscrive nella più ampia urgenza all'innovazione del quadro normativo esistente, come inevitabile riflesso del carattere rivoluzionario che il regime si attribuiva: un'urgenza che si estendeva ben al di là della legislazione civilistica abbracciando l'intero ordinamento che, come segnalato da Guido Melis<sup>11</sup>, ancora nel 1932 appariva agli osservatori tecnici, anche a quelli provenienti dalla cultura liberale ma ben presto convertitisi ai nuovi dogmi<sup>12</sup>, ancora troppo poco permeato di valori fascisti. Si avvertiva nell'ambiente giuridico in rapporti di più stretta collaborazione con il regime il bisogno di revisione, di ordine, di metodo, di sistematicità e di una maggiore centralità della legislazione fascista<sup>13</sup>. Quanto alla valorizzazione della Carta del lavoro, è noto che con legge 30 gennaio 1941, n. 14 le viene conferito valore giuridico e, successivamente, matura il proposito di anteporla al nuovo codice civile come sua premessa<sup>14</sup>, in tal modo – come chiarisce nel dopoguerra Filippo Vassalli – rivelando la direzione impressa all'ultima fase di lavoro: quella cruciale che va dagli ultimi mesi del '39 sino ai primi giorni del '41<sup>15</sup>.

Di queste esigenze e di tale insoddisfazione sull'orientamento complessivo della legislazione si è fatto interprete, nel processo che ha condotto all'approvazione del nuovo codice, specialmente Filippo Vassalli<sup>16</sup>. Vicenda,

<sup>9</sup> Cfr. M. BRUTTI, *Il paradigma autoritario. Appunti sulla scrittura del Codice*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2022, p. 208.

<sup>10</sup> Archivio Centrale dello Stato, SPD. CO. fasc. 500012-II.

<sup>11</sup> G. MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, il Mulino, Bologna 2018, p. 253 ss.

<sup>12</sup> S. GATTI, *Il nuovo testo unico della legge comunale e provinciale*, in «Rivista di diritto pubblico», 1932, 249.

<sup>13</sup> MELIS, *La macchina imperfetta*, cit. nt. 11, p. 256.

<sup>14</sup> Cfr. sul punto TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit. nt. 7, p. 162 ss.

<sup>15</sup> F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1947, pp. 84-85, il quale individua i criteri direttivi per l'elaborazione dei Libri V e VI nelle dichiarazioni della Carta che fissano «le regole della collaborazione tra le forze della società nazionale entro lo Stato, della iniziativa privata e della responsabilità dell'impresa, il dovere del lavoro e le nuove fonti dell'ordinamento corporativo».

<sup>16</sup> Sulla figura eccezionale di Filippo Vassalli cfr. G. CHIODI, *Filippo Vassalli*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII, Appendice,

la sua, emblematica del concorso, non di rado alimentato non da condivisione ideologica ma da nicodemismo<sup>17</sup>, del ceto dei giuristi alla costruzione e all'attuazione dell'ordinamento fascista<sup>18</sup>.

La prima fase del processo di codificazione aveva condotto alla sola significativa novità della quadripartizione del codice rispetto al modello tripartito del codice del 1865<sup>19</sup>, frutto della trasposizione dell'archetipo napoleonico: una quadripartizione realizzata mediante l'introduzione di un libro IV dedicato alle obbligazioni. E tuttavia l'impianto e i contenuti parvero troppo tributari del codice anteriore e «a questo punto si rese evidente non potersi procedere oltre sugli schemi così predisposti. Il problema di ordine fu avvertito, può dirsi, insieme col problema politico del codice. L'affermarsi di certe direttive d'ordine politico venne di pari passo con l'affermarsi della esigenza tecnica di un piano organico dell'opera»<sup>20</sup>. Vassalli sembra voler accreditare l'idea di un certo opportunismo soprattutto da parte di lui stesso: la dittatura voleva una cesura più netta e l'introduzione di taluni principi e si colse allora l'occasione per un complessivo miglioramento tecnico del codice, recependo idee e assetti che erano venuti maturando nella letteratura scientifica nei decenni precedenti e concedendo alla dittatura la consacrazione soltanto di quelle istanze e quei mutati equilibri sociali che venivano emergendo in tutti i principali ordinamenti della tradizione occidentale. Per Vassalli quelli recepiti nel codice civile sono principi e criteri regolativi comuni a tutti i Paesi del

---

Treccani, Roma 2012, p. 563 ss. nonché ID., *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, a cura di I. Birocchi-G. Chioldi-M. Grondona, RomaTrE-Press, Roma 2020, p. 216 ss., ID., *Filippo Vassalli e il codice civile: itinerari di un giurista legislatore*, in *Nell'ottantesimo del Codice Civile. Giurisprudenza a dottrina a confronto*. Atti del Convegno di (Roma, 20-21 giugno, 2022), Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, Roma 2023, p. 57 ss.; nonché V. ARANGIO-RUIZ, *Filippo Vassalli*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, UTET, Torino 1960, p. 5.

<sup>17</sup> Proprio in quest'ottica ALPA, *Diritto civile italiano*, cit. nt 1, 431 ammonisce che «bisogna sempre, con prudenza e avvedutezza, distinguere tra ciò che si dice e ciò che si fa; tra ciò che si dice con convinzione e ciò che si dice per mera convenienza o per mera apparenza».

<sup>18</sup> Per questa tesi cfr. I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi-L. Loschiavo, RomaTrE-Press, Roma 2015, p. 9 ss., in part. p. 47 ss.

<sup>19</sup> Com'è sino troppo noto il codice Pisanelli si articolava in tre libri: il primo "Delle persone", il secondo "Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni" e il terzo "Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose".

<sup>20</sup> VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit. nt. 15, p. 83.

mondo occidentale, e ciò sarebbe frutto di un reciproco condizionamento tra ordinamenti, che Egli teorizza come condizione strutturale di tutte le strutture sociali<sup>21</sup>. Nella prospettiva di Vassalli il regime, specie con il proprio ordinamento corporativo, ha elaborato dunque, sebbene spesso in maniera imprecisa ed enfatica<sup>22</sup>, sviluppi epocali delle principali istituzioni sociali ed economiche, tra cui egli segnala: la funzionalizzazione della proprietà dei beni produttivi e di prevalente interesse pubblico anche alla realizzazione di interessi sovraindividuali; nei rapporti obbligatori, il costante adeguamento dei diritti individuali alle esigenze dell'economia nazionale tramite il rispetto dei criteri della tutela della produzione, della tutela del credito, del dovere di correttezza e buona fede, del dovere di solidarietà corporativa, la cui funzione – come chiarito anche dalla Relazione al codice civile del Guardasigilli – è quella di «porre i diritti dei singoli in nesso organico con la vita economica ed etica della nazione»<sup>23</sup>; la conquista del proscenio dei rapporti privati da parte dell'impresa, la quale pone «a fianco del vecchio fenomeno associativo della persona giuridica, il fenomeno della collaborazione delle energie economiche, non semplicemente parificate, ma organicamente coordinate»<sup>24</sup>; l'ingresso del lavoro come «fondamento dello stato delle persone nella società politica» e come base giustificativa sia della proprietà sia del contratto<sup>25</sup>.

## 2. *Il giudizio di Vassalli sul nuovo codice civile*

Vassalli offre del codice un'immagine di complessità contenutistica, di adeguamento all'evoluzione sociale ed economica e di affinamento tecnico-giuridico delle norme. Il codice civile del '42 mira, infatti, ad abbracciare l'intero spettro della vita umana in larga parte rimasto fuori dai battenti del codice civile del 1865: sia i profili individuali sia quelli collettivi, tanto la

<sup>21</sup> Ivi, p. 85: «e così, più in generale, che si condizionano reciprocamente gli ordinamenti economici tra i quali i rapporti sono necessari o sono destinati a durare; cosicché, almeno entro certi limiti, i procedimenti della politica economica di ogni paese civile, in un dato ciclo storico, non divergono essenzialmente».

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Ivi, p. 86.

<sup>24</sup> Ivi, p. 87.

<sup>25</sup> *Ibid.* Vassalli quale prosegue enfatizzando che «col lavoro e con l'impresa è tutto un mondo nuovo che penetra nel codice: è la disciplina stessa della vita, in tutti i suoi aspetti e le sue vicende, che prima batteva ancora fuori delle porte»

dimensione personale e familiare quanto quella economica, in chiave lavorativa, professionale ed imprenditoriale<sup>26</sup>. La maggiore ampiezza di orizzonti del nuovo codice fa segnare anche la più marcata differenza dal codice precedente, il quale si era imposto come la codificazione dei diritti di carattere meramente privato e della ragione individuale; mentre il codice del '42 «prospettando nella famiglia, nel lavoro, nell'impresa le forze motrici della vita civile, nella proprietà, nelle obbligazioni, nelle successioni i momenti della vita economica, mira a dare della vita stessa una disciplina integrale, nella quale i diritti subiettivi s'inseriscono come un elemento del quadro più complesso e assumono quella figura che meglio ne rivela la riduzione a funzione»<sup>27</sup>.

Si abbandonava, dunque, il paradigma individualistico e liberale, che, pur con qualche esagerazione, parve a Vassalli idoneo a conferire forma giuridica alla società dello Stato liberale, ma incongruo rispetto alla maggior parte degli ordinamenti politici più recenti che, dalla prima guerra mondiale in poi, si contraddistinguono «col subordinare tutta la vita economica alle finalità dei complessi politici, con l'assoggettare tutte le iniziative individuali alla direzione dello Stato, non escluse quelle di ordine demografico e spirituale»<sup>28</sup>. Nulla dunque di congiunturale. Nulla di inestricabilmente legato all'ideologia fascista. L'esigenza dello Stato di regolare l'economia e la necessità di rendere i diritti patrimoniali dei privati complementari alla politica economica, allineandoli alle finalità e alle attività dei complessi politici, vengono presentate come motivi dell'epoca, addirittura necessari nel passaggio dalla regolazione ottocentesca dell'individuo e della sua libertà al «governo di grandi masse, quali presentano gli stati moderni, e alle necessità connesse con le tragiche competizioni degli stati stessi, nel campo dell'economia e della guerra armata»<sup>29</sup>. E da ciò l'esplicita censura nei confronti di Emilio Betti per i suoi frequenti riferimenti ai dogmi del

---

<sup>26</sup> Ivi, pp. 88-89

<sup>27</sup> Ivi, p. 93.

<sup>28</sup> Ivi, pp. 93-94.

<sup>29</sup> Ivi, p. 95. Nel corso di lezioni sul Libro VI, proprio all'indomani della liberazione, Vassalli (ID., *Della tutela dei diritti*, Edizioni Italiane, Roma s.d., ma 1946, p. 9) preciserà, con particolare riguardo a molti dei concetti nuovi introdotti nel Libro IV delle obbligazioni, che «tutti, in realtà, non la peculiarità o la scoperta di questo o quel sistema politico, ma piuttosto sono l'espressione di sviluppi storici e tecnici da tempo acquisiti e neppure propri esclusivamente di un dato paese, anche se nella Relazione avvenga di ritrovarli spesso collegati alla carta del lavoro (la legge che attribuiva valore giuridico alla Carta del Lavoro è ora abrogata)».

fascismo nell'illustrazione delle esigenze di politica del diritto alla base dell'allora ancora non completata riforma del diritto patrimoniale<sup>30</sup>: dello scritto bettiano, apprezzabile per la «rappresentazione efficace e d'ampio respiro» Vassalli «rimpiange il frequente riferimento di codeste esigenze alla dottrina del fascismo, davvero inesplicabile in un uomo sì dotto, a cui non poteva sfuggire come si trattasse di motivi diffusi nella coscienza del tempo e discussi o attuati in tutti i paesi di corrispondente cultura»<sup>31</sup>. La lettura proposta da Vassalli sembra voler accreditare un continuismo che, tuttavia, in altri ambiti e in aree culturali diverse non si è registrato, a dire il vero neppure in differenti comparti dell'ordinamento e in altri settori della c.d. comunità giuridica italiana sotto il regime. Il che dovrebbe minare l'attendibilità di questa interpretazione.

Il tentativo di Vassalli di ridimensionare l'influenza del fascismo sul codice civile, particolarmente significativo perché proveniente dal protagonista assoluto della fase decisiva dei lavori che hanno condotto alla codificazione<sup>32</sup>, eufemisticamente autodefinitosi “capocantiere”, si rivela, dunque, più rilevante sul piano storico rispetto ai successivi tentativi della prevalente dottrina civilistica di avvalorare – magari aggrappandosi alla lettura crociana

<sup>30</sup> E. BETTI, *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale* (fasi di elaborazione e mete da raggiungere), Adunanza del 29 maggio 1941, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Milano 1940-41, p. 302 ss. Su tale scritto cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 85-190, 124-136; ID., *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, cit. nt. 18, pp. 63-102, 95-96.

<sup>31</sup> VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit. nt. 15, p. 95 nt. 14.

<sup>32</sup> Osserva CHIODI, *Filippo Vassalli*, cit. nt. 16, pp. 565-566 che il contributo di Vassalli alla codificazione «è talmente esteso che non si lascia racchiudere in una specifica realizzazione. Tra le parti del codice che recano la sua paternità, nella prima fase, si possono indicare il titolo del matrimonio e quello delle successioni legittime. [...] Presidente dei sottocomitati dei libri della proprietà e della tutela dei diritti, egli lavorò senza risparmio di forze anche alla revisione dei progetti degli altri libri, al libro IV, Delle obbligazioni (tutela della buona fede e della sicurezza dei traffici erano criteri in cui credeva, non meno di Emilio Betti) e, dopo la capitale decisione di unificare il diritto delle obbligazioni civili e commerciali, in cui la sua parola fu determinante, si può dire che tutta la complessa orditura dei libri IV e V, Del lavoro, nel corso del vorticoso anno 1941, sia uscita dalla sua penna, tra progetti vari, rifiniture, ripensamenti, direttive dell'ultima ora. Accanto a questo sforzo di concezione, volto anche a sistemare l'eredità del soppresso codice di commercio, è da menzionare la stesura del libro VI, Della tutela dei diritti, di cui difese l'opportunità e al quale diede un'impronta originale, recuperando anche suoi precedenti interventi in tema di trascrizione».

del fascismo come parentesi<sup>33</sup> – la neutralità del codice civile rispetto all'ideologia dominante all'epoca della sua elaborazione<sup>34</sup>, se non la sua

<sup>33</sup> L'influenza di questa autorevole cornice storiografica è evidenziata sia da TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit. nt. 7, pp. 18-19; sia da C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari 1990, p. 264 ss.; sia da A. SOMMA, *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, p. 597 ss., in part. p. 647 ss., sia ancora da RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit. nt. 5, p. 703.

<sup>34</sup> Il giudizio di Vassalli è sostanzialmente condiviso da un altro protagonista della codificazione, R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, 245, il quale, tuttavia, in una successiva occasione (ID., *Diritto civile*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano 1982, p. 64) ha riconosciuto che il codice del '42 non può essere considerato un'opera esclusivamente tecnica. In termini analoghi si è espresso P. RESCIGNO, *Codice civile, due voci per un'enciclopedia*, in *Enciclopedia di scienze, lettere ed arti*, 1961-1978, Treccani, Roma 1978, p. 475 ss. ora in *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 10 ss., nonché ID., *Il codice civile del 1942: visto dalla scienza giuridica*, in «Rivista di diritto civile», 1994, I, p. 1 ss. e in *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, cit. nt. 3, p. 111 ss., da cui le successive citazioni, ora in *Codici*, cit., p. 17 ss., in part. 32-33 e, in termini ancora più approfonditi e articolati, ID., *Per una rilettura del codice civile*, in «Giurisprudenza italiana», 1968, IV, c. 209 ss., ora in *Codici*, cit., p. 34 ss. in part. 40 ss. Addirittura M. ROTONDI, *La riforma della legislazione privatistica e del codice civile*, in *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione*, Cedam, Padova 1964, p. 253 ss. ha sostenuto che il codice civile promani da un'elaborazione indipendente da qualsivoglia preoccupazione politica in quanto in tutte le codificazioni l'elemento tecnico e l'influenza delle condizioni economiche e sociali operanti in un determinato periodo storico finiscono per prevalere sulle ideologie politiche. Nota è la formula adottata da S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1950, p. 48 ss. secondo cui la maggior parte dei giuristi italiani oppose «una barriera formale» alle influenze del regime grazie alla predominanza del metodo formalistico e sistematico. Sulla medesima posizione si attesta S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista del diritto commerciale», 1967, I, 84: secondo cui le preoccupazioni dei codificatori si concentrarono «nell'«opera di formica» di chi si sforzava di porre argini formali all'invasione di un'ideologia detestata, che non in una consapevole riflessione sulle possibilità di un generale rinnovamento». Di diverso avviso è invece L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in «Jus», 1975, p. 11, per il quale il metodo del formalismo concettuale, piuttosto che fungere da baluardo contro l'ideologia, fu favorito dal nazionalismo fascista, tanto per il prestigio che a esso derivava dal legame con la tradizione del diritto romano, quanto per il rigoroso positivismo legislativo che ad esso soggiace, espressione dell'esaltazione del concetto idealistico di Stato, caratteristico del fascismo.

diretta ascendenza liberale<sup>35</sup> o addirittura dal diritto romano classico<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Questa posizione è sostenuta con passione, ma con dovizia di argomenti, soprattutto da G.B. FERRI, *Introduzione a Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, Giuffrè, Milano 2021, p. VIII, il quale riconosce a Filippo Vassalli «il merito di essere, a mio giudizio, riuscito a mantenere il nuovo codice, nonostante l'ideologia del tempo imperante nel clima politico del momento, nel solco [...] di un sostanziale *liberismo* giuridico», nonché ID., *Vita e opere di Filippo Vassalli*, in *Dizionario bibliografico dei giuristi italiani (sec. XII-XX)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, il Mulino, Bologna 2013, ora *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, cit. nt. 35, p. 41 ss., in part. p. 45, dove, in maniera più articolata e sfumata, si aggiunge che «se il progetto politico fascista non si è, nei fatti, mai realizzato nelle sue forme più estreme, all'interno del tessuto normativo del codice civile del 1942, ciò si deve all'opera di Filippo Vassalli e dei Suoi collaboratori, che hanno svolto un ruolo decisivo nello stemperarne gli eccessi e bel far sì che il superamento del sistema del codice del 1865 non costituisse uno strappo definitivo e, dunque, insanabile, con taluni aspetti delle stesse ideologie liberali e liberiste, di cui il precedente codice era permeato».

<sup>36</sup> Ci si riferisce alla nota posizione espressa da F. DE MARTINO, *Elementi classici e principii romani nella riforma*, in *I codici mussoliniani*, I.R.C.E., V, Spoleto 1943, ripubblicato in appendice a F.E. D'IPPOLITO, *L'illusione di un codice per il fascismo. Francesco De Martino, Elementi classici e principii romani nella riforma*, Satura, Napoli 2012, p. 81 ss., secondo cui il nuovo codice riproporrebbe il vero spirito del diritto romano classico, manifestando una continuità che rende il nuovo codice «una felice prosecuzione della tradizione romana», di cui, peraltro, De Martino contesta la presunta impronta individualistica, frutto di un equivoco della modernità prodotto dalla cultura liberista del secolo XIX, la quale ha interpretato il diritto romano come un diritto, per l'appunto, individualistico. Sulla posizione di De Martino v. le osservazioni di N. RONDINONE, *Impresa e commercialità attraverso il "lato oscuro" dell'unificazione dei codici*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 615-616. A dire il vero, il richiamo all'ascendenza romana della nuova codificazione presenta in quell'epoca una certa strumentalità. Si pensi a Pietro DE FRANCISCI che in *Civiltà romana*, Istituto Nazionale di Cultura Fascista, Roma 1939, p. 9 ss. addita la civiltà romana come fonte della civiltà europea, ma ne depreca il tradimento ad opera delle organizzazioni politiche moderne. De Francisci argomenta la continuità tra la civiltà romana e l'Italia fascista, di cui gli antichi valori costituiscono il principale fondamento. Sulla figura di De Francisci sotto il regime, v. C. LANZA, *La «realtà» di Pietro de Francisci*, in *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, cit. nt. 18, p. 215 ss. Una posizione analoga è assunta da Salvatore RICCOBONO (*Il pensiero giuridico di Roma ed il rinnovamento del diritto dell'Italia fascista*, in DE FRANCISCI, *Civiltà romana*, cit., p. 120 ss.), il quale ha sostenuto che la tradizione giuridica romana riviva nell'Italia fascista, la quale, al pari della prima, nasce da una rivoluzione e in una rivoluzione legale permanente vive, elabora valori che si vanno affermando nel corso del tempo, senza la necessità di proclamazioni formali, si sorregge sul principio di autorità e gerarchia e privilegia l'elemento sociale e gli interessi collettivi sull'individualismo. Il rapporto tra il

Ancora nel 1999 Paolo Cappellini constatava la «strategia discorsiva di per sé apparentemente (e sottolineo apparentemente) ben nota con la quale la quasi totalità della comunità civilistica italiana ha proceduto, nell'immediato dopoguerra, ma con effetti duraturi, e a tutt'oggi largamente recepiti, a considerare sostanzialmente irricevibile qualsiasi analisi volta anche soltanto ad accennare alla possibilità di un legame non superficiale, ma purchessia strutturale tra codice civile e regime fascista»<sup>37</sup>.

### 3. *Il nodo storiografico relativo all'incidenza dell'ideologia fascista*

L'analisi di molte delle scelte normative di carattere innovativo compiute dai *conditores* sembrano confermare l'interpretazione storiografica secondo cui il codice civile del '42 reca anche un'impronta autoritaria. Più in particolare, il paradigma autoritario si afferma già dalla fine degli anni '30, ma si inserisce in un processo complesso e non privo di contraddizioni, scontrandosi sovente con la dimensione redazionale, ossia con i problemi, per lo più tecnici, posti dalla minuta redazione delle norme. Si è osservato che il paradigma autoritario «si sovrappone agli schemi liberali e si allontana da essi, in un processo molecolare di aggregazione e metamorfosi delle regole di diritto privato verso principi più rispondenti alla spinta totalitaria dello Stato»<sup>38</sup>. All'impronta autoritaria si affianca un indubbio miglioramento nel confezionamento delle norme e una loro sistemazione più matu-

---

diritto romano e i totalitarismi europei è un campo d'indagine che alimenta grande interesse: v., *ex multis*, gli atti del convegno trentino AA.Vv., *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*. Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006), a cura di M. Miglietta-G. Santucci, Università degli Studi di Trento, Trento 2009, *passim*. Sulla figura e sul ruolo di Riccobono sotto il regime, specie in qualità di membro dell'Accademia d'Italia, v. il bel saggio di M. VARVARO, *Salvatore Riccobono tra il "genio di Roma" e il fascismo*, Parte I, in «Bull. dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"», 2019, p. 93 ss. Parte II, *ivi*, 2020, p. 1 ss. L'istituzione di una linea di continuità tra la civiltà romana e quella fascista viene considerata da ALPA, *Diritto civile italiano*, cit. nt. 1, p. 427 un argomento volto a nobilitare il diritto fascista che «assorbito nella "naturale" evoluzione del diritto europeo non degenerato, riveste i panni della tradizione e dalla romanità trae lustro e potenza».

<sup>37</sup> P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini», 1999, p. 176. In una prospettiva ancora più ampia, ma con un'analogia insoddisfazione per lo stato delle ricerche sul punto, v. anche il saggio, assai ricco, di SOMMA, *Fascismo e diritto. Una ricerca sul nulla?*, cit. nt. 33, p. 597 ss.

<sup>38</sup> BRUTTI, *Il paradigma autoritario*, cit. nt. 9, p. 206.

ra e sofisticata<sup>39</sup>. La piega autoritaria e il maggiore pregio della regolazione, ma anche della tessitura delle regole, non possono essere disgiunti, perché i due caratteri si tengono a vicenda. E non nel senso che l'una è implicata nell'altro, ma nel diverso senso per cui la realizzazione dell'accentramento statalistico in chiave autoritaria ha creato le condizioni per riuscire a perseguire anche il perfezionamento del codice civile. Resta il nodo se quest'impronta autoritaria costituisca un lascito peculiare del fascismo oppure, come lo stesso Vassalli ha sostenuto<sup>40</sup>, non corrisponda a un movimento più ampio<sup>41</sup> di ridefinizione del diritto in senso più marcatamente formalistico e statalistico, nell'ambito di un orientamento generale del

<sup>39</sup> E tuttavia NICOLÒ, *Codice civile*, cit. nt. 34, p. 247 non manca di evidenziare anche i limiti formali del codice nuovo: «difetti, lacune, scarso coordinamento, diseguaglianze di stile e di impostazione delle singole norme, sono visibili anche ora, dato che il lavoro di coordinamento, che avrebbe potuto essere utilissimo, tra i vari libri del codice diede risultati alquanto modesti per la frenetica celerità con la quale fu dovuto espletare dall'apposito comitato, per permettere che il codice, nel testo coordinato, entrasse in vigore, secondo i programmi prestabiliti, il 21 aprile 1942». Anche se conclusivamente Nicolò osserva che «malgrado la fretta che avrebbe giustificato risultati peggiori, del codice, sul piano tecnico, non si può non dare, nel suo complesso, un giudizio positivo. Basterebbe a questo proposito ricordare, sempre a titolo meramente esemplificativo, la coerenza e la efficacia con le quali si è voluto realizzare quel complesso di esigenze che si esprimono nella formula riassuntiva «tutela dell'affidamento», lo sforzo di porre in essere strumenti idonei ad assicurare la tutela del contraente più debole nei confronti di quello più forte, la tendenza, spesso attuata assai bene, ad assicurare, nello svolgimento del rapporto contrattuale, l'equo contemperamento degli interessi, attraverso il richiamo alla buona fede come norma di comportamento, alla correttezza, all'equità (e sarebbe auspicabile che i giudici sapessero servirsi, in modo più penetrante di quanto di solito facciano, di questi principi del codice aperti ad esigenze morali e suscettibili di contribuire alla educazione civile anche nei rapporti giuridici), la cura, talvolta persino eccessiva, di risolvere in modo chiaro e preciso vecchie questioni, ancora dibattute».

<sup>40</sup> VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit. nt. 15, p. 85.

<sup>41</sup> In tal senso anche PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al codice civile del 1942*, cit. nt. 3, p. 68, il quale conclude il proprio studio osservando che «le innovazioni del Codice non sono tanto una manifestazione della linea politica e ideologica del fascismo – anche se questa componente non ha mancato di farsi sentire proprio nella fase finale dei lavori, con un'accentuazione ideologica crescente, cui non mancarono contributi specificamente giuridici: da parte di Costamagna e di Panunzio [...] nonché di altri – quanto piuttosto la traduzione normativa di tendenze assai più profonde e generali emergenti dall'evoluzione della società, della politica, dell'economia non solo italiana ma anche occidentale negli anni precedenti alla seconda guerra mondiale».

positivismo giuridico alla semplificazione del sistema delle fonti perseguita tramite l'accentramento statalistico, alimentato dalla concezione etica dello Stato<sup>42</sup>. Il codice civile del 1942 assegna, infatti, allo Stato il ruolo di fonte dell'autonomia patrimoniale degli enti (alla luce del regime concessorio della personalità giuridica), di protagonista dell'attività economica, anche con il diretto impegno nell'impresa, di regolatore dei conflitti tra i privati, di garante dell'equilibrio degli interessi tra le parti, di promotore della tutela dei deboli<sup>43</sup>.

E inoltre andrebbero tenuti distinti i piani della critica dell'individualismo borghese e liberale e del relativo modello economico<sup>44</sup>, sottesa a talune delle scelte più significative compiute con il nuovo codice<sup>45</sup>, prima tra tutte dell'accentramento statalistico di ispirazione autoritaria<sup>46</sup>. Quest'ul-

<sup>42</sup> G. GENTILE, *La filosofia del Fascismo*, in *Italia oggi*, edizioni de "Il libro italiano nel mondo", Roma 1941, p. 21 ss., per il quale lo Stato va concepito come «una coscienza e una volontà in atto nella quale sbocca e si attua in pieno la coscienza e la volontà dell'individuo, nella sua essenza morale e religiosa» (ivi, p. 31).

<sup>43</sup> PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al codice civile del 1942*, cit. nt. 3, p. 68.

<sup>44</sup> Lo sottolinea ALPA, *Diritto civile italiano*, cit. nt. 1, p. 429, precisando che «ben prima dello scoppio della Grande guerra si era avvertita l'esigenza di apportare riforme di struttura al codice civile: alla fine dell'Ottocento, sotto la spinta degli esponenti del socialismo giuridico e dei loro fiancheggiatori, erano stati suggeriti e poi varati alcuni tentativi di studio per la progettazione di un nuovo assetto dei rapporti privatistici unitariamente considerati. E ben prima dello scoppio della Grande guerra si era avvertita in sede politica, anche da parte dell'ala moderata dei conservatori, la necessità di fare qualche concessione all'anelito delle classi più umili inteso a migliorare la propria posizione economica e sociale, e ciò al solo scopo di conservare la pace sociale».

<sup>45</sup> Una diversa e interessante chiave di lettura è offerta da A. SOMMA, *La codificazione del diritto civile e la collaborazione italo tedesca in epoca fascista*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2022, p. 57 ss., il quale non ravvisa una soluzione di continuità tra le politiche neo-liberali e la dottrina economica fascista, mettendo dunque in discussione che la vocazione anti-individualistica del fascismo sia stata effettiva e non invece una delle tante strategie retoriche. In particolare, Somma reputa che l'ispirazione politico normativa di fondo del codice civile nuovo sia l'esito di solidi collegamenti con il fascismo giuridico e a monte con il neoliberalismo, il che sconfessa il nicodemismo di matrice crociana come modello comportamentale collettivo (ivi, pp. 61-62).

<sup>46</sup> Indubbiamente individualismo e giusnaturalismo furono bersagli polemici del fascismo, come emerge dalle pagine di Sergio PANUNZIO (*Motivi e metodo della codificazione fascista*, Giuffrè, Milano 1943, *passim*, in part. pp. 17 ss., 21 ss., 27 ss., 106 ss., 133 ss.), ma lo furono di tutte le dottrine politiche di impostazione statalistica.

timo non va sottaciuto o disconosciuto, ma neppure sovrastimato, assumendolo a chiave unica e principale di valutazione dell'ispirazione di fondo della codificazione. Alla codificazione hanno concorso infatti molti altri fattori e stimoli: continuità nella tradizione risalente al diritto romano<sup>47</sup>; affinamento degli istituti alla luce del diritto applicato; recezione di influenze tratte dall'esperienza tedesca e rielaborate in forma autonoma<sup>48</sup>; affinamento tecnico delle norme alla luce delle acquisizioni del dibattito scientifico<sup>49</sup> come consacrazione delle conquiste dottrinali<sup>50</sup> e del metodo sistematico e concettuale<sup>51</sup>; concezione unitaria del diritto privato, con l'abbandono dei due codici, quello civile e quello di commercio<sup>52</sup>; perfezionamento

<sup>47</sup> Oltre al già ricordato saggio di De Martino, v. G.G. ARCHI, *I codici civili moderni e la tradizione romanistica*, in *Il codice civile*, cit. nt. 34, p. 25 ss.

<sup>48</sup> A tal riguardo, PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al codice civile del 1942*, cit. nt. 3, pp. 64-65, sottolinea che «dal prolungato bagno di acculturazione compiuto sui testi e nelle aule dei professori universitari di Germania tra Otto e Novecento, il codice del 1942 ha tratto non pochi elementi della terminologia tecnica, e dal BGB non poche soluzioni legislative (per esempio, le clausole generali) anche se va riconosciuto che una parte maggiore delle scelte propriamente normative deriva pur sempre dal modello francese attraverso il tramite del Codice Pisanelli».

<sup>49</sup> Sull'impianto dottrinale del codice civile del 1942, tratto in comune con i grandi codici privatistici europei, v. R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in «Rivista di diritto civile», 1983, I, p. 117 as. e A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna 2007, p. 607: «Il Codice del 1942 è in gran parte il risultato dell'opera di giuristi di matrice universitaria. L'impianto dottrinale è visibile nell'architettura complessiva, ben più armoniosa e razionale rispetto a quella del Codice Pisanelli e degli stessi BGB e codice svizzero (basti por mente alla felice ideazione del Libro V del lavoro e del Libro VI sulla tutela dei diritti). In altri casi le soluzioni adottate sono il frutto della recezione legislativa di determinate elaborazioni della dottrina degli anni e dei decenni precedenti: come avvenne quanto all'apporto di Giuseppe Osti per la disciplina dell'art. 1218 sui limiti della responsabilità del debitore e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, di Cesare Grassetti per la redazione degli articoli sull'interpretazione del contratto, di Francesco Ferrara per le persone giuridiche, di Antonio Scialoja, Alfredo De Gregorio e Alberto Asquini per le società, di Mario Rotondi per il diritto industriale e per l'unificazione del diritto delle obbligazioni».

<sup>50</sup> A GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, I, *Le fonti del diritto*, UTET, Torino 1998, p. 421 sottolinea l'«anelito della classe dei giuristi di disporre di un codice che facesse da specchio alle sue conquiste scientifiche».

<sup>51</sup> Così SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, cit. nt. 33, p. 241.

<sup>52</sup> In luogo di molti, v. l'acuto e documentatissimo saggio di RONDINONE, *Impresa e commer-*

linguistico; desiderio di innovazione<sup>53</sup>, se non addirittura di mutamento del paradigma<sup>54</sup>. In chiave complessiva, risuona il giudizio di Rosario Nicolò secondo cui il codice civile del 1942 si distacca da un mondo ormai al crepuscolo ma non riesce ad anticipare il nuovo, ancora in via di maturazione: «il vero si è che, al tempo della formazione di questo codice, le vecchie idee forza erano sì logore, ma non erano ancora mature le nuove, quelle che potranno costituire il fondamento del diritto di domani»<sup>55</sup>.

Né si immagini che la gestazione del nuovo codice abbia generato un ampio e approfondito dibattito in sede scientifica, dal quale possano ricavarsi utili indicazioni sul tentativo di innestare nei ragionamenti squisitamente giuridici anche valutazioni di ordine ideologico. Uno studio di Pietro Rescigno ha verificato la sostanziale estraneità, se non addirittura l'indifferenza, della letteratura civilistica nelle riviste dell'epoca, dove «sarebbe naturale attendersi una presa di posizione sull'intera codificazione, ed invece il tema è marginale o assente»<sup>56</sup>. [...] Nelle riviste, si diceva, mancano contributi di carattere generale sulla codificazione, se si eccettuano taluni discorsi ufficiali (in forma di relazioni) e le rassegne di autori di minore qualificazione ma egualmente inseriti negli "apparati" ufficiali. Un panorama del codice civile "fascista" curato da Putzolu appare in più di una rivista: il testo è sostanzialmente identico ed è una sintesi elementare dei

---

*cialità attraverso il "lato oscuro" dell'unificazione dei codici*, cit. nt. 36, *passim*, in part. p. 253 ss.

<sup>53</sup> Basti il richiamo del pensiero di Arrigo SOLMI, *L'idea fascista nel nuovo codice civile*, Il Foro italiano, Roma 1940, p. 9: «la nuova codificazione fascista, felicemente iniziata coi testi delle leggi penali, risponde ad una esigenza indeclinabile della vita sociale italiana, rinnovata dal Fascismo. La rivoluzione della Camicie Nere ha portato, nella vita politica e sociale del popolo italiano (e non soltanto di questo), un profondo mutamento, e questo mutamento ha avuto le sue ripercussioni non lievi anche nelle materie che formano il contenuto del Codice civile». Per poi aggiungere che «nei principi della comunità nazionale e del bene comune, creati dal Fascismo; nell'indirizzo che muove verso il popolo; negli ordini della gerarchia e della disciplina, diretti a garantire equilibrio e giustizia, sono contenute direttive che apportano profonde modificazioni anche nelle regole di diritto privato».

<sup>54</sup> Severo il giudizio di ALPA, *Diritto civile italiano*, cit. nt. 1, pp. 429-430, secondo il quale il nuovo codice è stato sollecitato anche «dalla foga (tutta provinciale) di aprire le porte alla modernità tagliando i legami con il passato che restituisce l'immagine dell'Italietta povera, politicamente debole sul piano internazionale e divisa sul piano interno».

<sup>55</sup> NICOLÒ, *Codice civile*, cit. nt. 34, p. 248. Il medesimo giudizio è condiviso dall'allievo RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit. nt. 34, p. 84.

<sup>56</sup> RESCIGNO, *Il codice civile del 1942 oggi: visto dalla scienza giuridica*, cit. nt. 34, p. 115.

motivi della codificazione»<sup>57</sup>.

Ciò che si può sostenere con ragionevole convinzione è che la difesa del codice civile del 1942 dall'accusa di essere stato permeato dall'ideologia fascista non va affidata a posizioni oggettivamente insostenibili, se non addirittura mitologiche, come quella della codificazione come pura operazione tecnica, per definizione refrattaria alle influenze politiche o ideologiche. Una conclusione, questa, che presuppone, sul piano più generale, l'adesione all'idea di una separazione tra diritto civile e società<sup>58</sup>. Nella sua formulazione originaria il codice civile recava taluni segni evidenti del regime e ne aveva addirittura introiettato taluni principi<sup>59</sup>. E il dato è incontestato. Basti pensare alle disposizioni vergognose del Libro I sui non ariani<sup>60</sup>, ma anche

<sup>57</sup> Ivi, p. 117, il quale aggiunge che «mancano generali prese di posizione ed il codice civile viene seguito, nel cammino che si dipana a partire dalla pubblicazione dei libri separati e sino al momento dell'emanazione dell'intero testo, attraverso la segnalazione di istituti connotati da originalità e che perciò suscitano la curiosità degli interpreti. Studiare il patrimonio familiare, le indennità ai superstiti del lavoratore, l'eccessiva onerosità, il regime dell'incapacità naturale, o sollecitare il legislatore a soluzione tecniche di problemi pratici come la cessione del contratto si traduce in una sommatoria, spesso acritica, ricognizione di dati che appaiono decisamente o notevolmente innovativi nel regime dei rapporti di diritto privato; la presenza del giurista si esaurisce in un commento estremamente sobrio, raramente affidato a voci altamente rappresentative della dottrina».

<sup>58</sup> Emblematica di tale atteggiamento sono le posizioni di PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit. nt. 34, p. 49 ss. e G. FERRI, *Del codice, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in «Foro italiano», 1944-1946, IV, p. 34 ss.

<sup>59</sup> Per un riepilogo del dibattito sull'abolizione o meno del codice civile v. P. CAPPELLINI, *La forma-codice: metamorfosi e polemiche novecentesche*, in *Enciclopedia italiana*, VIII App., *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Treccani, Roma 2012, p. 550 ss.

<sup>60</sup> L'atteggiamento dei civilisti rispetto alle norme sulla razza e alle limitazioni di capacità che esse imponevano oscilla tra l'omessa menzione, la menzione laconica (in tal senso v. G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Giuffrè, Milano 1939, p. 67 ss.; e L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano 1944, p. 34 ss.) o l'asettica e minuziosa illustrazione (F. MESSINEO, *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè, Milano 1944, p. 189). Una menzione a parte merita Francesco DEgni (*Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, UTET, Torino 1939, p. 55 ss.) il quale non si è limitato a giustificare sul piano storico le discriminazioni, volgendo lo sguardo al diritto romano – come, d'altro canto, ha fatto anche Calogero GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano 1948 – ma è giunto sino a esaltare la legislazione razziale in nome della difesa della “razza pura”, così da «evitare un'eccessiva influenza della razza ebraica nel patrimonio morale ed economico della Nazione», oltretché nei principi religiosi.

a quelle del libro V<sup>61</sup>, alla «trista formulazione originaria»<sup>62</sup> dell'art. 147, che obbligava i genitori a educare i figli «ai principî della morale e al sentimento nazionale fascista»<sup>63</sup> e ai riferimenti alle norme corporative, nonché alla solidarietà corporativa, giusto per limitarsi ai casi più eclatanti. L'exeresi delle disposizioni più chiaramente espressive di orientamenti politici del fascismo è stata affidata, com'è noto, al Regio Decreto-legge 20 gennaio 1944, n. 25, *Disposizioni per la reintegrazione nei diritti civili e politici dei cittadini italiani e stranieri già dichiarati di razza ebraica o considerati di razza ebraica* e al Decreto legislativo luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 287, *Provvedimenti relativi alla riforma della legislazione civile*.

La sfida per lo storico e per il cultore del diritto civile consiste nel verificare se, nonostante siano rimaste immuni all'estirpazione attuata con i suddetti provvedimenti di defascistizzazione del codice civile, altre disposizioni, o intere scelte sistematiche, rechino purtuttavia il segno delle priorità politiche del regime, sebbene esse siano apparse nel 1944, e risultate effettivamente negli ottant'anni successivi suscettibili di interpretazioni comunque compatibili con il nuovo clima democratico e con i principi repubblicani<sup>64</sup>. Le ragioni di questa capacità adattiva del codice civile del 1942 al contesto post-totalitario sono da tempo molto discusse. A chi attribuisce questo carattere della codificazione al fatto che il regime non disponeva di un personale tecnico in grado di scrivere un “codice fascista”, in quanto larga parte dei giuristi rimase tiepida dinanzi alla “rivoluzione fascista”, se non addirittura ostile<sup>65</sup>, replica chi ritiene che il fascismo non era in condizione di rifondare radicalmente il diritto privato, perché per un tale esito sarebbe stata necessaria una rivoluzione sociale, mentre il fascismo attuò soltanto una rivoluzione politica<sup>66</sup>. Quale che sia la chiave di lettura storiografi-

<sup>61</sup> Si pensi all'art. 2196 c.c., n. 1, che stabiliva che per l'iscrizione nel registro delle imprese si dovesse indicare anche la razza; e all'art. 2295, n. 1 c.c., dettato in tema di società in nome collettivo, che prescriveva l'inclusione nell'atto costitutivo della società dell'indicazione anche la razza: ne dà conto G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in «Diritto privato», 1996, p. 622, nt. 79.

<sup>62</sup> PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al codice civile del 1942*, cit. nt. 3, p. 67.

<sup>63</sup> PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, cit. nt. 2, p. 4.

<sup>64</sup> Interessante è l'analisi della storiografia giuridica italiana sul tema della codificazione condotta da M. NARDOZZA, *Codificazione civile e cultura giuridica in Italia. Linee di una storia della storiografia*, Cedam, Padova 2013, *passim*.

<sup>65</sup> PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit. nt. 34, p. 48 ss.

<sup>66</sup> È la posizione di D. Corradini sostenuta in una conferenza su “codice civile e fascismo” e riferita da TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit. nt. 7, p. 14 ss.

camente più fondata rimane immutata l'esigenza di non rifiutare con ostinazione ideologica o di negare con intenti auto-assolutori del ceto dei giuristi il dato secondo cui una sterzata in senso autoritario il codice civile del 1942 l'abbia fatto segnare rispetto al codice Pisanelli. E, tuttavia, anche la virata in senso più marcatamente statalista non va letta come un esclusivo precipitato dell'influenza del regime, presentandosi piuttosto come un orientamento più generale della concezione del diritto nella prima metà del '900, nato dalla saldatura tra diritto e Stato. Come è accaduto con il corporativismo<sup>67</sup>, che ha avuto incarnazioni ulteriori e diverse da quella messa in opera dal fascismo<sup>68</sup>, anche per lo statalismo bisogna prendere atto che il regime ha fatto proprio e rielaborato un tratto dell'epoca, che in questo caso è quell'esigenza di semplificazione e di accentramento del fenomeno giuridico che travalica gli obiettivi del fascismo. E, pertanto, il giudizio retrospettivo di Vassalli sull'ispirazione di certe scelte normative pare fondato e sincero.

Com'è sin troppo noto, nei decenni successivi, la perdurante vitalità del codice civile è dipesa, in primo luogo, dalla sapiente opera di esegesi delle nuove norme e di loro sublimazione dogmatica, che, grazie alla perfezione formale del discorso tecnico, ha posto un'adeguata distanza tra il codice civile e le ragioni politiche e ideologiche che poterono fare per lo meno da sfondo ai lavori della codificazione<sup>69</sup>. In secondo luogo,

<sup>67</sup> Nella letteratura civilistica spicca lo studio del corporativismo fascista di G.B. FERRI, *Il codice civile italiano del 1942 e l'ideologia corporativista fascista*, in «Europa e diritto privato», 2012, p. 319 ss., ora in FERRI, *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, cit. nt. 35, 415 ss., ma v. anche il bel saggio di A. JANNARELLI, *Ascarelli e l'ordinamento corporativo*, in *La costruzione della "legalità" fascista*, cit. nt. 16, p. 261 ss. Nella letteratura storica v. I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzativi e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano 2007, *passim*.

<sup>68</sup> Si pensi al corporativismo cattolico, consacrato nel codice sociale di Malines e suscitato dalle encicliche di Leone XIII *Quod apostolici muneris* (1878) e *Rerum novarum* (1891): cfr. W. CESARINI SFORZA, *Corporativismo*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 666.

<sup>69</sup> Di questo indefesso lavoro tecnico-formale sulle norme codicistiche è emblema – e sintesi sublime – l'opera di sistemazione senza dubbio più significativa dei primi decenni di vigenza del codice civile: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli 1954, *passim*. Un lavoro che però non è assiologicamente neutrale, perché è alimentato dall'aspirazione a esaltare il valore della libertà. Come ricorda G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Olschki, Firenze 2024, p. 78, nelle *Dottrine generali* Santoro Passarelli non cita la Costituzione neppure una volta e, nella sua ultima lezione a Roma (il 24 maggio 1972), ne spiega la ragione: «Resto fedele ad un ideale di libertà. Sono stato un civilista convinto perché convinto che la libertà

il codice si è giovato della forza vivificatrice e rinnovatrice delle norme costituzionali, le quali, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, hanno insufflato nella trama del codice l'aria fresca delle novità assiologiche consacrate nella Costituzione<sup>70</sup>, a partire dagli *status* personali e dai rapporti familiari<sup>71</sup>. Il codice è stato così scalzato come legge fondativa della comunità nazionale<sup>72</sup> e, in pari tempo, letteralmente rigenerato grazie al canone dell'interpretazione conforme<sup>73</sup> e all'individuazione di

---

vale la pena di essere difesa e mantenuta, anche se ha il suo prezzo».

<sup>70</sup> PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, cit. nt. 2, p. 11 non manca di rilevare che «mentre alcuni riflettono sulla necessità di riscrivere il codice, si pensa invece che, più che riformare il codice, compito irrealizzabile anche in base alle caratteristiche dei governi di quel periodo, inidonei a garantire le basi politiche per procedere ad una opera di codificazione, è opportuno impegnarsi nella rilettura del codice civile. Inizia così una fase proficua degli studi di diritto civile. Bisogna peraltro aggiungere che se da un lato la Costituzione ha rappresentato un punto di riferimento per il codice civile e per il diritto civile italiano, nello stesso tempo, per quanto concerne i rapporti privatistici, essa si era, a sua volta, nutrita del diritto privato. I concetti di diritto privato che troviamo nella Costituzione sono – e non potrebbe essere diversamente – quegli stessi concetti che si erano sviluppati in una lunga tradizione del diritto privato. Quindi, la Costituzione ha tratto linfa dal tronco del diritto privato e nello stesso tempo, a partire dagli anni sessanta, ha iniziato ad illuminare l'opera di interpretazione del codice».

<sup>71</sup> La rilettura delle norme del codice civile alla luce della Costituzione è prospettata già da NICOLÒ, *Codice civile*, cit. nt. 34, pp. 244-245, 249. Sul punto v., di recente, A. ZOPPINI, *Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2022, p. 315 ss.

<sup>72</sup> RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit. nt. 34, p. 86 segnala la fine del valore costituzionale dei codici di diritto privato, la quale si traduce «nella mera constatazione del trasferimento dei principi di base dell'ordine civilistico nel testo costituzionale». Osserva R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, V, Torino 2010, p. 319 ss., che «l'autorità del codice è oramai largamente superata dall'autorità della costituzione. Rientra nei compiti della costituzione, e non del codice, enunciare i nuovi principi generali del diritto civile e garantire quel tanto di uniformità, che la legge ordinaria non ha il diritto di rimettere in gioco».

<sup>73</sup> Sottolinea G. VETTORI, *Contratto e Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, I, *Tematici – Contratto*, a cura di G. D'Amico, Giuffrè, Milano 2020, pp. 266 ss. che l'interpretazione conforme rende effettive le regole e le tutele e decreta l'affermarsi di una legalità, diversa per storia e tradizione dalla *common law* di oltremarica, ma che esprime, al pari di quella, non la primazia della legge, ma il primato del diritto.

interessi rilevanti ulteriori rispetto a quelli selezionati dal codice civile<sup>74</sup>.

#### 4. *La gestazione del Libro VI*

L'elaborazione di un Libro V, poi divenuto VI, dedicato agli istituti di conservazione e di salvaguardia dei diritti è frutto di un'idea di Vassalli<sup>75</sup>. Il libro VI nella sua interezza offre già di per sé, prima ancora di scendere nel dettaglio dei singoli istituti, la compiuta incarnazione tanto dell'accenramento statalistico e di una sterzata autoritaria quanto della sofisticatezza contenutistica e sistematica<sup>76</sup>. Non manca tra gli osservatori chi accredita l'idea che il Libro VI sia stato ispirato soltanto da esigenze di ordine tecnico e non anche politico<sup>77</sup>.

Quanto al primo profilo, la scelta di dedicare un intero libro alla dimensione del conflitto dei diritti e degli strumenti per prevenirla o per comporla è espressivo, in primo luogo, della presa di coscienza dell'insufficienza dell'attribuzione dei diritti e delle altre posizioni attive, la cui attuazione non può essere rimessa allo spontaneismo sociale, e della necessità che l'ordinamento, oltre che conferirli o riconoscerli, i diritti debba anche presidiarli: sia creando regole di prevalenza, come accade con la trascrizione immobiliare e l'iscrizione o con la regolazione delle prove legali, intese come strumenti di attestazione stragiudiziale dei titoli di preferenza, sia predisponendo un adeguato sistema di tutele di accertamento, di condanna, costitutive, cautelari ed esecutive. Il Libro VI costituisce, pertanto, un vessillo dell'imprescindibile funzione strumentale e di salvaguardia dell'ordinamento statutale rispetto alle posizioni giuridiche attive<sup>78</sup> e, dunque, reca

<sup>74</sup> PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, cit. nt. 2, p. 12.

<sup>75</sup> La paternità a Vassalli è riconosciuta da Dino Grandi (D. GRANDI, *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, a cura di Renzo De Felice, il Mulino, Bologna 1985, p. 478 ss.) e rivendicata dallo stesso Vassalli (VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit. nt. 15, p. 78 nt. 1).

<sup>76</sup> PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, cit. nt. 2, pp. 3-4 sottolinea che nel Libro VI «vengono accorpati istituti diversi, tra cui la responsabilità del debitore, la prescrizione e la decadenza, nonché la materia delle prove. A tale riguardo fu fatta una scelta ben precisa, nel senso di disciplinare nel codice di diritto sostanziale il valore dei mezzi di prova e (per la prima volta) la regola generale dell'onere della prova, al quale non è invece dedicata una norma autonoma né nell'ordinamento francese né in quello tedesco».

<sup>77</sup> R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*<sup>3</sup>, Patron, Bologna 1996, p. 168.

<sup>78</sup> Osserva NICOLÒ, *Codice civile*, cit. nt. 34, p. 247 che gli eterogeni istituti regolati nel Libro

in sé i segni dell'enfasi sulla componente coattiva del diritto: innanzitutto, del diritto soggettivo e, di riflesso, del diritto oggettivo la cui violazione coincide, in sede civile, con la lesione o l'inattuazione delle situazioni soggettive attive.

L'accento sul carattere coercitivo del diritto oggettivo e sul rafforzamento delle posizioni sostantive tramite dispositivi strumentali o rimediali non è di per sé indice esclusivo di una pulsione autoritaria. L'enfasi sul momento della "sanzione" è piuttosto espressione di una concezione matura del giuridico, che non si può limitare a riconoscere la rilevanza degli interessi e a conferire strumenti per la loro realizzazione o preservazione affidati alla libertà individuale del titolare, ma deve anche presidiare il riconoscimento di poteri e di facoltà con adeguate forme di tutela (i rimedi) e con adeguate tecniche di tutela (i dispositivi processuali di erogazione delle forme di tutela)<sup>79</sup>. E tuttavia il Libro VI ha affidato pressoché integralmente le tutele, specie quelle esecutive, allo Stato. Né si può trascurare che all'enfasi sulla coercizione delle posizioni sostanziali soggiace anche la convinzione che queste ultime siano, in pari tempo, espressione della libertà di perseguire l'interesse individuale e dell'obiettivo di realizzare l'interesse della nazione, che trascende il primo<sup>80</sup>.

Sotto questo profilo si possono fondatamente riconoscere nel Libro VI i segni di una decisa stretta in senso statalistico, ma sarebbe eccessivo leggere questo orientamento e la rilevanza assegnata ai congegni di prevenzione o di composizione dei conflitti soltanto nella prospettiva dell'autoritarismo fascista. Il giudizio deve necessariamente essere più complesso e tenere conto che la ridefinizione del sistema codicistico in senso statalistico può forse essere parso all'epoca dei lavori della codificazione conforme agli obiettivi del regime, come sembra emergere dalle "Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti" conservate nel Polo

---

VI sono «apparentemente diversi, nella loro struttura e nella loro funzione, ma in realtà idealmente collegati tra loro da un saldo legame teleologico, avendo tutti una funzione strumentale per assicurare, in via preventiva o in via successiva, l'attuazione del diritto soggettivo».

<sup>79</sup> La diade "forme e tecniche di tutela" richiama alla mente il convegno palermitano del 22-24 ottobre 1987 i cui atti sono raccolti in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I e II, a cura di S. Mazzamuto, Jovene, Napoli 1989, *passim*.

<sup>80</sup> In tal senso v. F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice*. Vol. I (Libro I del codice) - *Parte generale. Persone. Matrimonio e filiazione. Altri istituti del diritto delle persone*, Morano-Cedam, Napoli-Padova 1940, p. 5 ss.; e anche L. BARASSI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano 1939, pp. 3 e 31.

di Archivio Storico dell'Università di Milano-Bicocca, Archivio Filippo Vassalli, dove non manca l'esaltazione della pervasività dello Stato fascista che trasparirebbe dall'inedito libro sulla tutela dei diritti<sup>81</sup>. È difficile, infatti, negare un ruolo a quest'ultimo fattore, che tanto bene si amalgama con gli obiettivi di imposizione di un ordine di priorità tra gli interessi in conflitto e di ripristino della legalità o di realizzazione coattiva delle finalità ordinali iscritti nella regolazione organica della tutela dei diritti. La formula "tutela dei diritti"<sup>82</sup> presenta una carica evocativa fortissima, tanto da indurre il Ministro Grandi a bocciare la proposta di estensione dell'intestazione del Libro V (poi VI) anche alla "conservazione dei diritti"<sup>83</sup>. Non si possono però trascurare ulteriori fattori ispiratori del nuovo Libro, quali: l'ansia di rinnovamento; l'aspirazione a una maggiore sistematicità del quadro delle regole; la rottura con la tradizione liberale; e, sul piano delle prevalenti ispirazioni degli accademici e, più in generale, della comunità dei giuristi, l'affinamento degli istituti; la traduzione in regole delle più accreditate acquisizioni della scienza giuridica<sup>84</sup>, non ultima la teoria della

<sup>81</sup> Basti pensare all'esordio delle osservazioni rassegnate dal Primo Presidente di Corte d'Appello Carboni, il quale plaudiva «al disegno che ha determinato la formazione di questo libro speciale che raccoglie unitariamente tutte le norme relative ad uno dei monumenti più essenziali della funzione dello Stato Fascista e per rilevare la originalità a cui si ispira il contenuto del libro, che completa felicemente la sistemazione del nuovo Codice civile e si inquadra in modo armonico nel pensiero giuridico fascista» (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, I, in Polo di Archivio Storico dell'Università di Milano-Bicocca, Archivio Filippo Vassalli, d'ora innanzi PAST, AFV, D.4, b. 128, f. 1).

<sup>82</sup> RESCIGNO, *Il codice civile del 1942 oggi: visto dalla scienza giuridica*, cit. nt. 34, pp. 121-122, osserva che «dei libri del codice il sesto, anche per l'appartenenza di talune materie ad altre competenze disciplinari, non è tra i più presenti alla elaborazione del privatista, ma la sua importanza risiede innanzitutto nell'intitolarsi alla tutela dei diritti. Già nella formulazione letterale si vuole dire riconoscimento e garanzia dei diritti soggettivi, in un'epoca in cui la stessa nozione del diritto soggettivo inteso come potere dei singoli e dei gruppi verso lo Stato è messa in discussione per fare posto alla sfuggente nozione di situazione giuridica soggettiva elaborata in Germania».

<sup>83</sup> Proposta ricorrente ed espressamente formulata Gino Gorla (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, II, in PAST, AFV, D.95, b. 128, f. 1).

<sup>84</sup> La sofisticatezza scientifica del Libro VI era percepita da molti, ma non apprezzata da tutti. Basti pensare all'*incipit* delle osservazioni rese dal Procuratore generale di Corte d'Appello Ferroni: «la distribuzione e l'ordine della trattazione delle materie di questo libro indubbiamente risponderanno ad un indirizzo scientifico, ma nella pratica risulteranno sconcertanti» (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, I, D.7).

*Rechtsschutzanspruch* importata dalla Germania<sup>85</sup>; l'introduzione di figure nuove e la consacrazione del collegamento tra diritto sostanziale e diritto processuale.

A tali ragioni specifiche va aggiunto un rilievo forse decisivo nella formulazione di un giudizio sull'influenza dell'ideologia fascista sulla trama del codice civile. Le disposizioni normative più marcatamente compromesse sul piano delle ispirazioni ideali (quelle sui soggetti o quelle che incorporano i rinvii alle norme corporative), l'accentramento statalistico e l'introduzione di maggiori margini di apprezzamento per il giudice, inteso come parte di quello Stato che emergeva come protagonista della produzione e della garanzia di effettività delle norme, non sono stati sufficienti ad adulterare gli istituti tradizionali del diritto civile e quelli nuovi, o profondamente rinnovati, introdotti dalla codificazione. Né ciò può stupire, considerato che il codice non è soltanto, e neppure prevalentemente, un prodotto politico, ma una realizzazione complessa: frutto di tradizione, di soluzioni applicative consolidate, di recezione di equilibri sociali, di elaborazione tecnico-scientifica, di affinamento linguistico<sup>86</sup>. E, soprattutto,

---

<sup>85</sup> Lo segnala C. CONSOLO, *Principii-capisaldi processuali (specie) nel titolo IV del nuovo Libro VI (dalla genesi all'avvenire)*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2022, p. 299 s. Il riferimento è al diritto concreto di azione, da intendersi come diritto nei confronti dello Stato ad avere ragione e a vedersela riconoscere in quanto sussistano tutti i presupposti processuali e le condizioni sostanziali di titolarità del diritto fatto valere. Su tali premesse, il rapporto tra azione e giurisdizione finiva per strutturarsi come una relazione organica tra il privato che ha la legge dalla sua parte (ossia che è già astrattamente tutelato dalla legge) e la funzione di rendere concreta la legge (mentre la controparte viene rappresentata come oggetto dell'applicazione della legge, in quanto già nel torto). Il punto di convergenza tra l'interesse statale e quello privato si concentrava nell'attuazione della legge. Come sottolineato correttamente da SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 185: «il concetto di “*Rechtsschutz*” era stato così incluso nelle ricostruzioni dogmatiche della “*parte generale*” del diritto civile italiano, ed era stato utilizzato per ricomprendervi quegli istituti che condividevano una funzione di “*difesa dei diritti*”, fosse essa preventiva, siccome tendente a prevenire future violazioni, o repressiva, in quanto volta alla tutela – giudiziale – dalle violazioni già in atto».

<sup>86</sup> La complessità del codice del 1942 è resa da ALPA, *Diritto civile italiano*, cit. nt. 1, p. 474 per via di metafora: «il codice è come il tessuto urbanistico e architettonico di una città millenaria, con le sue vestigia romane, i suoi broletti medievali, la sua cattedrale romanica o gotica, i palazzi nobiliari cinquecenteschi, le chiese barocche o rococò, i quartieri borghesi ottocenteschi con i lunghi viali, i grandi edifici littori, l'architettura novecentesca *Coppedè* o razionalista, le nuove costruzioni e i miracoli dell'ingegneria dei grattacieli». Scendendo sul piano più prosaico dei blocchi distinti di contenuti del codice civile del

l'ideologia fascista non è riuscita a influenzare la sensibilità e la cultura civilistiche che alle disposizioni del codice nuovo sono state chiamate sin da subito a conferire un senso e a comporle in sistema. Il che dimostra che le "rivoluzioni" non si realizzano sul piano della formulazione delle norme. E allora, a una considerazione complessiva, sembra potersi affermare che non vi sia stata né impermeabilità né condizionamento. Questa, in ultima analisi, pare la formula che meglio descrive la tensione tra l'ideologia che ha fatto da sfondo alla codificazione e le scelte compiute con il nuovo codice. Scelte che, peraltro, sono state ispirate – come si è già chiarito – da una pluralità di ragioni, molte delle quali, di ordine squisitamente tecnico, si sono rilevate più radicate, più corrispondenti alla reale sostanza dei rapporti sociali e economici e più durature dell'ideologia<sup>87</sup>. E ciò ha potuto garantire la perdurante capacità del codice civile di porsi, dapprima, come il perno della disciplina privatistica nei primi decenni della Repubblica e, poi, come il luogo normativo delle strutture fondamentali della disciplina dei rapporti di diritto privato<sup>88</sup>. Quanto alle idealità alte e di tipo comunitario/istituzionale, ulteriori rispetto a quelle tradizionali del diritto civile, si è detto che il codice civile del 1942 ne pare sprovvisto: «era, d'altronde, molto difficile in quel momento individuare idee-forza diverse dal semplice richiamo alla naturale evoluzione della tecnica giuridica: non si poteva ricorrere all'idea di nazione, svilita dalla retorica del nazionalismo e dello

---

1942 Alpa individua cinque grandi corpi: 1) le norme ereditate dal codice Pisanelli del 1865, sottoposte tuttavia a modifiche e miglioramenti; 2) le norme acquisite dal codice di commercio del 1882; 3) le disposizioni che provengono dalla razionalizzazione e generalizzazione della legislazione speciale; 4) le norme ricavate dagli orientamenti giurisprudenziali consolidati; 5) le norme incaricate di introdurre istituti nuovi o di colmare le lacune del codice previgente (ivi, p. 477).

<sup>87</sup> Si tenga peraltro conto che i giuristi del regime ideologicamente di punta quali Sergio PANUNZIO (*Motivi e metodo della codificazione fascista*, cit. nt. 46, *passim*) e Carlo Costamagna avrebbero voluto addirittura abolire il codice civile, in nome dei principi corporativi: cfr. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, cit. nt. 33, p. 233 ss.

<sup>88</sup> Per questa valutazione del codice civile all'interno di un sistema privatistico fondato su una pluralità di fonti, che hanno spodestato il codice come il luogo dell'intera disciplina dei rapporti privati, cfr. C. CASTRONOVO, *Il codice civile italiano: significato storico e ideale*, in «Europa e diritto privato», 2019, p. 1186, il quale aggiunge che il codice permane «con un significato forte rispetto alle altre fonti con cui oramai convive, *locus maioris resistentiae* al post-moderno: come prova da un lato il fatto che ogni disciplina che pretenda spiccata dignità e durevolezza aspira a esservi innestata, dall'altro le riforme di parti più o meno consistenti che hanno precisamente il compito e l'effetto di tenerlo in vita».

Stato-nazione fascista aggressivo ed espansivo; né all'idea di legalità e di diritto comune uguale (impossibile da esaltare dopo l'aberrazione delle leggi razziali), né all'individualismo ottocentesco, né alla solidarietà corporativa»<sup>89</sup>.

A una prima osservazione, il tratto più vistoso esibito dal Libro VI è quello della novità, rimarcata nel comunicato ufficiale dell'avvenuta pubblicazione<sup>90</sup>, apprezzata da molti ma non da tutti, come da alcuni processualisti, tra cui spicca Enrico Tullio Liebman<sup>91</sup>, ma anche da taluni civilisti<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Giappichelli, Torino 2018, p. 68, il quale aggiunge che «il codice salvato come espressione della tecnica si presentava “vuoto”, senza politica, senza nazione, incapace di porsi come simbolo di identità giuridica nazionale negli anni della democrazia. Sarà compito della civilistica degli anni cinquanta e sessanta “riempire” gradualmente il codice dopo la “scoperta” della Costituzione, ridefinendo il diritto comune dei privati alla luce dei principi di libertà, uguaglianza, dignità fissati Costituzione repubblicana».

<sup>90</sup> Lo schema di comunicato recita: «La Gazzetta Ufficiale ha pubblicato il testo legislativo del libro del Codice Civile “Della tutela dei diritti” [...] Questo libro non trova riscontro nel codice precedente e costituisce una originale innovazione della legislazione fascista. Esso raggruppa, secondo una fondamentale idea unitaria, cinque titoli [...] Il Libro completa così, con un'armonica sistemazione, il nuovo codice, il quale, dopo aver disciplinato in altrettanti libri gli istituti fondamentali della vita civile, ossia la *Famiglia*, le *Successioni*, la *Proprietà*, le *Obbligazioni*, ai quali aggiunge il libro dell'*Impresa e del Lavoro*, che rispecchia le caratteristiche proprie della civiltà del nostro secolo, ossia la civiltà del lavoro, passa a disciplinare nell'ultimo libro alcuni istituti di carattere generale che l'ordinamento giuridico predispone per la difesa e la realizzazione dei diritti. Così una serie di istituti tradizionali, che il vecchio codice regolava frammentariamente, acquista una nuova fisionomia coerente ai postulati della dottrina giuridica fascista. Questo Libro viene anche ad integrare, sul piano del diritto sostanziale, la riforma del processo civile recentemente compiuta» (carte del Gabinetto del Ministero della Giustizia, 1939/43, b. 29, f. 137).

<sup>91</sup> E.T. LIEBMAN, *Norme processuali nel Codice civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1948, I, p. 154 ss. Al riguardo, SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit., 161 nt. 307 ventila la possibilità che sul giudizio severo di Liebman in ordine all'inserimento nel codice civile di norme processuali abbiano influito anche l'ostilità del Regime e l'esperienza dell'esilio in America Latina, a seguito della promulgazione delle leggi razziali del '38. Tutto sommato meno aspre del solito sono invece le critiche formulate da F. CARNELUTTI, *Tutela dei diritti*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1943, p. 4 ss., come opportunamente segnala SIRENA, Sul libro VI: della tutela dei diritti, cit. nt. 8, p. 142. Alla critica di Carnelutti, VASSALLI replicò in *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit. nt. 15, pp. 99-100 nt. 18, il quale riconobbe a Carnelutti di aver formulato una “critica costruttiva”.

<sup>92</sup> Si dichiara contrario all'inserimento nel codice civile delle norme sulla tutela giurisdizio-

Vassalli concepì il nuovo Libro come luogo di organizzazione sistematica di istituti che nei progetti delle sottocommissioni in cui era suddivisa la Commissione Reale per la riforma dei codici risultavano sparpagliati, in parte come retaggio della topografia del codice civile del 1865<sup>93</sup>. Più nel particolare, la trascrizione era originariamente inserita nel progetto del Libro sui diritti reali e per il Titolo “Della trascrizione” il sottocomitato per il Libro del codice “Della tutela dei diritti”, presieduto da Vassalli<sup>94</sup>, attinse tanto al progetto predisposto, per l'appunto, dal sottocomitato dei diritti reali nella primavera del 1940 quanto a un progetto sulla trascrizione mobiliare predisposto da Vassalli e sottoposto alla Commissione delle Assemblee legislative alla fine di luglio del 1940. La disciplina delle prove era invece originariamente destinata al Libro IV delle obbligazioni e il sottocomitato sulla tutela dei diritti utilizzò non soltanto le bozze approntate da Pellegrini in seno al sottocomitato delle obbligazioni, sottoposte alla Commissione parlamentare alla fine di luglio del 1940, ma anche un più ampio e articolato progetto redatto da Andrioli, inclusivo anche di norme di carattere processuale. Nell'originario impianto anche la disciplina della responsabilità patrimoniale, dei privilegi e delle ipoteche era destinata al Libro sui diritti reali e infatti si ripartì dai progetti di Gini, Gaetano e Vassalli realizzati in seno al sottocomitato per il Libro dei beni. Il pegno era stato, invece, dapprima inserito nel progetto del Libro IV e venne estrapolato, ponendo a base della nuova collocazione l'articolato predisposto dal sottocomitato delle obbligazioni, sottoposto all'esame della Commissione parlamentare a fine maggio 1940 e rielaborato per l'inserimento nel Libro sulla tutela da Vassalli con l'aiuto di Albertario e Nicolò. Un'analogia parabola ha interessato le norme sulla garanzia patrimoniale e sui mezzi di conservazione, per le quali si prese le mosse dai progetti del

---

nale del Titolo IV del progetto ministeriale Luigi Cariota Ferrara, il quale tra le osservazioni al progetto inserisce quella per cui «Se questo titolo [il IV per l'appunto: n.d.a.] trovi posto opportuno in un Codice di diritto privato è discutibile. A nostro avviso, esso va trasportato nel Codice di procedura» (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.39).

<sup>93</sup> Cfr. SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 57 ss.

<sup>94</sup> Il sottocomitato era composto da Virgilio Andrioli, Gaetano Azzariti, Pietro Calamandrei, Tito Carnacini, Francesco Cernelutti, Antonio Cicu, Leopoldo Conforti, Francesco Ferrara, Giuseppe Paolo Gaetano, Ciro Gini, Giuseppe Lampis, Antonio Manca, Dino Mandrioli, Rosario Nicolò, Francesco Pellegrini, Enrico Redenti, Giuseppe Flore e Gianbattista Petrella: Camera dei Deputati, Servizio Biblioteca, *Dossier di documentazione Storica*. 3. *I lavori preparatori del Codice civile*, I, (s. l.), p. 159.

sottocomitato delle obbligazioni. Le norme sulla tutela giurisdizionale sono il frutto della feconda collaborazione con i processualisti, a loro volta impegnati nel confezionamento del codice di procedura<sup>95</sup> e in special modo con Enrico Redenti<sup>96</sup>, e con il suo allievo Tito Carnacini, e con Piero Calamandrei. Come non si è mancato di sottolineare in dottrina, questa pagina della storia giuridica italiana è scritta in caratteri unici, perché contrassegnata da un ecumenismo non più registrato in stagioni successive: l’inserimento di norme considerate processuali che fissano i capisaldi e le linee funzionali della tutela giurisdizionale dei diritti ricevette, infatti, il consenso dei principali protagonisti della scienza processualistica dell’epoca<sup>97</sup>, senza cedere alle gelose rivendicazioni di ambito disciplinare<sup>98</sup>. Per quanto concerne, più in particolare, la materia dell’esecuzione forzata, il sotto-comitato per il Libro della tutela attinse ai materiali predisposti da Virgilio Andrioli sulla base degli articoli del Titolo XXVI del codice civile del 1865 dedicato alla “Spropriazione forzata”. Infine, il Titolo “Della prescrizione e della decadenza” venne anch’esso estrapolato dall’originario ordito del Libro sulle obbligazioni, dove era già stato incastonato il Titolo della “Prescrizione estintiva” predisposto a suo tempo dal sottocomitato delle obbligazioni sulla base di un avaprogetto di Francesco Pellegrini e sottoposto

<sup>95</sup> A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in «Quaderni fiorentini», 1999, p. 713 ss.

<sup>96</sup> Una collaborazione proficua, anche se non priva di tentennamenti da parte di Redenti, più che altro frutto della preoccupazione che altri processualisti (v. Carnelutti) possano avere l’ultima parola sul lavoro da lui predisposto con i civilisti, e di qualche malumore, legato alla mancata ricezione delle ultime bozze del Libro (le Bozze IV). Di tutto ciò dà conto RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit. nt. 5, p. 438 ss. e 490 ss. Per vincere la ritrosia di Redenti si resero necessarie due lettere autografe del Ministro Grandi, una del 20 dicembre 1940 e l’altra del 29 dicembre del medesimo anno (copia nella corrispondenza di Vassalli relativa alla codificazione civile), nella seconda delle quali il Ministro manifesta la sua preoccupazione per le sorti del Libro sulla tutela: «non Ti nascondo che questo Libro mi dà una notevole preoccupazione. All’entusiasmo che ha presieduto alla sua nascita non è seguito altrettanto entusiasmo nel renderlo vitale, ossia definitivo». La lettera prosegue con la rassicurazione finale: «Ho detto avantieri a Vassalli e dirò stamane a Nicolò che: *per quanto riguarda il Libro sulla Tutela dei Diritti io accetterò come definitivo il testo che uscirà dal Comitato Redenti, Vassalli e Nicolò*».

<sup>97</sup> CONSOLO, *Principii-capisaldi processuali (specie) nel titolo IV del nuovo Libro VI*, cit. nt. 85, p. 303.

<sup>98</sup> Cfr. SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 81 ss.

alla fine di luglio del 1940 alla Commissione interparlamentare. Tale progetto fu poi rivisto sulla base delle osservazioni formulate dall'avv. Giuseppe Pugliese, autore della monografia sul tema più apprezzata dell'epoca<sup>99</sup>. Per quanto concerne, infine, la decadenza venne predisposto un progettinio apposito, composto da quattro articoli, che Vassalli rielaborò alla luce delle osservazioni di Pugliese.

All'accusa di composizione eteroclita<sup>100</sup> del Libro VI per il fatto di accomunare istituti disparati, non tutti riconducibili peraltro alla funzione di tutela in senso stretto<sup>101</sup>, Vassalli replica che l'ispirazione del Libro VI è per lo meno duplice e rende il quadro coerente e omogeneo: raccogliere in

<sup>99</sup> G. PUGLIESE, *La prescrizione nel diritto civile*, I, *La prescrizione acquisitiva*, II, *La prescrizione estintiva*, UTET, Torino 1911.

<sup>100</sup> Un'accusa, quella di disomogeneità, che, a dire il vero, ancora perdura. Basti pensare al giudizio di ALPA, *Diritto civile italiano*, cit. nt. 1, p. 490, il quale rimprovera l'assenza nel Libro VI di una disciplina organica dei rimedi, lasciati sparsi negli altri libri del codice, al punto da reputare l'intitolazione del Libro infedele rispetto al suo contenuto: «il libro sesto annuncia con il suo titolo una materia che non ha un contenuto ad esso corrispondente. La sua eterogeneità e frammentarietà lo rendono piuttosto un libro residuale, in cui si sono ammassati istituti e regole che non potevano trovare collocazione altrove».

<sup>101</sup> Basti pensare all'osservazione del Primo Presidente Macedoni, secondo cui «tenuta presente la natura di alcuni tra gli istituti giuridici trattati in questo libro, non pare si attagli perfettamente il titolo col quale esso viene designato. La materia delle prove, invero, più che alla tutela riguarda l'accertamento del diritto e troverebbe posto più adatto nel libro delle obbligazioni. Il pegno e l'ipoteca non sembrano neppure rientrare nel concetto di tutela, ma piuttosto in quello di rafforzamento delle obbligazioni mediante garanzie sussidiarie che, nel maggior numero dei casi, derivano da convenzioni stipulate tra le parti, come accade nella fideiussione, Né l'istituto della prescrizione estintiva può considerarsi come una tutela dei diritti che da essa vengono, invece, colpiti ed annullati per non turbare posizioni di mero fatto in perfetta antitesi con lo stretto diritto e che vengono rispettate solo perché consolidate nel tempo. Pertanto, anziché tenere raggruppati tutti questi istituti tra loro alquanto eterogenei, sarebbe preferibile trasportare ciascuno di essi in quello dei precedenti libri del progetto col quale ha maggiore attinenza. Così, ad esempio, tanto le prove, che la prescrizione ed i privilegi, potrebbero trovare posto più adatto nel libro delle obbligazioni, mentre del pegno, delle ipoteche e della trascrizione si dovrebbero trattare nel libro dei diritti reali, con i quali hanno maggiore attinenza». In senso analogo si esprime Vincenzo Pagani, con riguardo per lo meno alle prove, segnalando che «l'istituto delle prove non è un istituto tecnicamente destinato alla tutela dei diritti, ma bensì un istituto che mira ad affiancare con la verità relativa (come relativa è ogni cosa umana) la sussistenza o la negata sussistenza di un diritto» (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.45).

un'unica parte del codice civile istituti di portata assai generale, che sarebbe stato troppo teorico e inopportuno premettere al codice come sua parte generale, come si è soliti fare nelle opere di dottrina<sup>102</sup>; e poi accomunare istituti uniti dalla funzione strumentale e protettiva dei diritti: «una protezione, che sarà più o meno intensa, più o meno affidata o condizionata all'iniziativa delle parti interessate, ma senza della quale la loro efficacia o il loro vigor pratico si dissolverebbe o rimarrebbe esposto ad offese senza rimedio»<sup>103</sup>.

##### 5. *Nelle pieghe delle "filze" di Filippo Vassalli: la prova testimoniale*

Alcuni carotaggi del testo del Libro VI, alla luce delle opinioni del ceto dei giuristi intorno al progetto ministeriale del 1940, offrono indicazioni assai interessanti sulle linee di politica del diritto che ne hanno animato la gestazione. L'elemento che sembra accomunare ciascuno degli istituti analizzati è l'ambivalenza delle ragioni ispiratrici: certi tratti delle discipline paiono, in pari tempo, ispirati dall'obiettivo di una stretta statualistica e dall'enfasi sul momento coercitivo, ma insieme animati da finalità altre, sovente meno implicate ideologicamente ed espressione di un oggettivo affinamento e ammodernamento del quadro delle regole.

L'esame delle *Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti* svela la diffusa contrarietà nei confronti della disciplina dell'ammissibilità della prova testimoniale contenuta nell'art. 90 del Progetto ministeriale del Libro V "Della tutela dei diritti"<sup>104</sup>. La proposta si caratterizzava per l'eliminazione del limite di valore all'ammissibilità della prova testimoniale in materia contrattuale fissato dall'art. 1341 c.c. 1865 in lire 500. L'art. 90 del progetto, rubricato «ammissibilità della prova testimoniale» generalizza la soluzione già varata per le obbligazioni commerciali dall'art. 44 cod.

---

<sup>102</sup> VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 29, p. 13, il quale indica come modello il *Manuale di diritto civile* di Nicola Coviello: «per una simile disposizione della materia della tutela dei diritti a chiusura della trattazione del diritto civile vedi per es. in dottrina già i pandettisti e da noi il "Manuale di diritto civile" di Nicola Coviello: il quali però vi facevano rientrare anche la teoria dell'azione la cui natura invece è oggi dai più ritenuta puramente processuale».

<sup>103</sup> Ivi, p. 12.

<sup>104</sup> Ministero di Grazia e Giustizia. *Codice Civile. Della tutela dei diritti. Progetto ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1940.

comm. 1882<sup>105</sup>, stabilendo che «per far luogo all'ammissione della prova per testimoni del contratto, l'autorità giudiziaria deve tener conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza». La scelta di ammettere il ricorso alla prova per testimoni anche in controversie relative a rapporti negoziali di valore non esiguo incontra forti resistenze<sup>106</sup> per lo più legate alla diffidenza che avvolgeva tale mezzo di prova per la sua inattendibilità e, soprattutto, all'espansione dei poteri giudiziari, reputata non auspicabile, anche perché foriera di possibili arbitrii<sup>107</sup> e incompatibile con l'obiettivo della certezza del diritto<sup>108</sup>. Non mancano certo anche giudizi favorevoli<sup>109</sup> per lo più incentrati sulla profonda semplificazione connessa

<sup>105</sup> L'art. 44 cod. comm. 1882 stabiliva che «le obbligazioni commerciali e le liberazioni si provano [...] con testimoni, e, sempreché l'autorità giudiziaria lo consente, anche nei casi preveduti nell'art. 1341 del codice civile».

<sup>106</sup> Particolarmente articolate sono le critiche di Vittorio Angeloni (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.80-81); del Procuratore generale di Corte d'Appello Pittoni (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. II, D.107-108).

<sup>107</sup> Si pensi al rilievo del Procuratore Generale di Corte d'Appello Ferroni secondo cui «una certa relatività dei criteri di ammissione della prova testimoniale dei contratti può opportunamente venir rimessa alla discrezionalità del giudice; ma conviene schivare che possa ingenerarsi il sospetto di favore o di arbitri nel concedere o nel negare la prova stessa in considerazione della "qualità delle parti"» (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.8).

<sup>108</sup> Emblematica è la posizione assunta dall'avv. Giuseppe Pugliese, il grande esperto della prescrizione, molto ascoltato nella predisposizione delle relative norme, il quale osserva con riguardo alla prova testimoniale: «non si sono chiusi gli occhi ai pericoli insiti nella prova per testi, sempre mal fida perché i testi, se anche non ingannino per deliberato proposito, s'ingannano, e si è pensato di aver superato le difficoltà ingiungendo al giudice di tener conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza. A una simile transazione io non posso aderire. I Codici si fanno, e come quello in gestazione con tanta e tanta sapiente ponderazione, allo scopo di fornire alle umane genti un diritto certo e sottratto all'arbitrio del giudice. Qui invece, quantunque la materia sia della massima e quotidiana importanza, viene a mancare la certezza, nel cui luogo sottentra l'arbitrio del giudice» (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.58).

<sup>109</sup> Meno impressionati dalla più ampia ammissione della prova per testimoni sono gli studiosi del diritto commerciale, alla luce delle ben minori preclusioni previste nel codice del commercio. Emblematica è la posizione di Vittorio Salandra, che non si scompone sull'eliminazione del limite di valore ma suggerisce interventi di un più organico raccordo con altre disposizioni:

alla rimessione al giudice della valutazione in ordine all'ammissibilità del mezzo di prova che, per quanto circondato da diffidenze sull'attendibilità, risulta costantemente e insistentemente invocato da tutte le categorie di litiganti e per qualsiasi genere di cause<sup>110</sup>.

È assai significativo che la Relazione al codice civile non insista più di tanto sulla necessità di estendere la regola del codice di commercio per la sua maggiore conformità ai mutati assetti sociali ed economici, specie sotto il profilo della celerità delle negoziazioni, inconciliabile in molti casi con il ricorso alla scrittura e dunque alla prova preconstituita, enfatizzando invece l'obiettivo di tutelare l'affidamento della parte che agisce per il riconoscimento o per l'attuazione dei propri diritti, certo da bilanciare con il diffuso sospetto sull'attendibilità della prova per testimoni in materia contrattuale. Al riguardo la Relazione chiarisce che «restava [...] assai delicato il problema di temperare in un regime generale quelle legittime diffidenze che ha sempre suscitato e suscita in materia contrattuale questo mezzo di prova con la necessità di non offendere d'altro canto le esigenze della buona fede, in quei casi in cui, anche fuori dalle ipotesi dell'art. 2724, usi, necessità tecniche, condizioni di ambiente, relazioni personali tra contraenti od altre circostanze anche meramente contingenti possano spiegare o giustificare perché le parti non abbiano provveduto a procurarsi un documento scritto. Questo delicato temperamento ritengo possa considerarsi attuato in modo, per quanto possibile, soddisfacente con le disposizioni degli articoli 2721 e seguenti»<sup>111</sup>. Non un accenno al problema dell'eccessiva espansione dei poteri del giudice, che tanto allarmava alcuni giuristi formati nell'ambiente liberale e, dunque, favorevoli ad affidare l'ammissione della prova testimoniale al presupposto oggettivo di un limite di valore, al di sotto del quale ammettere tale mezzo di prova alla luce della plausibilità che il valore contenuto dell'operazione economica abbia indotto

---

*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.62-63.

<sup>110</sup> Cfr. l'osservazione del Primo Presidente Macedoni, il quale conclude le proprie notazioni enfatizzando che «certamente arduo è il compito affidato all'autorità giudiziaria di dovere decidere caso per caso se la prova per testi debba essere concessa o negata. La Magistratura italiana è ben degna di questo compito e lo assolverà con saggio discernimento ed intemerata coscienza, come gli altri non meno gravosi e delicati che col nuovo Codice di procedura civile le vengono affidati» (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.17-18).

<sup>111</sup> *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli* presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice Civile", Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1943, n. 1114.

le parti a non ricorrere alla forma. Nella versione finale, il punto di equilibrio si è ritenuto di fissarlo nel mantenimento del limite di valore, innalzato a lire 5.000<sup>112</sup>, sebbene molte delle osservazioni formulate suggerivano di elevarlo a lire 10.000, ma, in pari tempo, nel riconoscimento al giudice del potere di ammettere la prova per testimoni anche oltre tale limite, «tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza». Il compromesso è con tutta evidenza sbilanciato verso l'espansione del ricorso alla prova testimoniale in materia contrattuale, giacché un limite di valore ha senso soltanto se perentorio. È di estremo interesse che Filippo Vassalli, nel commentare la nuova disciplina nelle sue lezioni sul Libro VI, tenute nella Regia Università di Roma tra l'anno accademico 1942-43 e l'anno accademico 1945-46, organizzate da Carlo Alberto Funaioli e pubblicate con il titolo «Della tutela dei diritti»<sup>113</sup>, senta la necessità di invocare l'autorità di Giuseppe Chiovenda: «in tempi recenti c'è stato un forte movimento nel campo della dottrina processualistica, il quale ha avuto per strenuo rappresentante a favore della prova testimoniale il Chiovenda (il sostenitore dell'oralità e dell'immediatezza del processo); mentre ci sono stati altrettanto strenui oppositori di questa prova»<sup>114</sup>. Vassalli prosegue poi sottolineando che il ricorso alla prova testimoniale è

<sup>112</sup> La somma di lire 5000 nel 1942 corrisponde, al valore attualizzato, a euro 2791,14.

<sup>113</sup> VASSALLI, *Della tutela dei diritti* cit., *passim* sul quale v. l'acuto saggio di A. JANNARELLI, *A proposito di un corso di lezioni sulla «Tutela dei diritti» di Filippo Vassalli: prime notazioni su un lavoro sconosciuto*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, EGEA, Milano 2014, p. 749 ss., il quale data il corso di lezioni tra il 1944 e il 1945. Il corso sulla tutela dei diritti è stato riedito dal Consiglio Nazionale Forense nel 2014 nella versione di 158 pagine e 28 paragrafi. Il prof. Jannarelli ha a disposizione una diversa edizione più ampia, che consta di 279 pagine, suddivise in 35 paragrafi, ancora più rara di quella riedita, tanto da figurare nel sistema bibliotecario italiano soltanto nella Biblioteca Antonio Cicu dell'Università di Bologna. L'ipotesi di Jannarelli è che il testo più breve e quello più lungo raccolgano entrambi il corso di lezioni dell'anno accademico 1944/1945. Il primo è apparso, con tutta probabilità, nella tarda primavera del 1945, frettolosamente, al fine di pubblicare con tempestività il testo delle lezioni, ancorché i materiali del corso non fossero ancora stati tutti approntati, avvalendosi di un editore (Edizioni italiane). Il secondo testo è stato verosimilmente messo a disposizione degli studenti nei mesi successivi, una volta completata la stesura dell'intero corso, senza tuttavia farne una seconda edizione nell'interesse degli studenti, così da procurare loro la stesura definitiva del corso, «senza però coinvolgere questa volta un editore, e, al tempo stesso, fare torto alla casa editrice cui aveva affidato il “testo A”» (JANNARELLI, *A proposito di un corso di lezioni sulla «Tutela dei diritti» di Filippo Vassalli*, cit., p. 755).

<sup>114</sup> VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 29, p. 76.

divenuta una necessità, «se pur non sempre felice», poiché in molti rapporti negoziali «non si ha modo di fare capo ad altro strumento di prova»<sup>115</sup> e riconosce che «praticamente il limite di valore oggi è rimesso al libero apprezzamento del magistrato, che vede e giudica», il che dà luogo a «un regime elastico in rapporto alle necessità della vita»<sup>116</sup>. Anche nel commento di Vassalli serpeggia la preminenza del valore dell'effettività della tutela anche rispetto alla salvaguardia della posizione della parte che rischia di subire un provvedimento giudiziario sfavorevole sorretto dal convincimento del giudice formato sulla base di elementi di conoscenza non sempre attendibili.

L'ampliamento dei poteri del giudice è un dato particolarmente significativo perché fa segnare una soluzione di continuità con l'atteggiamento di diffidenza della dottrina civilistica primo novecentesca nei confronti dell'affidamento alla giurisprudenza del compito di adattare il sistema giuridico al cambiamento sociale<sup>117</sup>, nella convinzione che la delega ai giudici dell'adeguamento della risposta normativa alle nuove e incalzanti domande di giustizia che si levavano dalla società avrebbe determinato soluzioni variegatae, se non addirittura una qual certa anarchia<sup>118</sup>, e, per lo più, soluzioni rimesse all'intuito<sup>119</sup>. Tale ampliamento dei poteri giudiziali ha determinato un oggettivo rafforzamento del controllo statale sui rapporti di diritto privato, che, in chiave storica, non può essere disgiunto dalla presa d'atto che, proprio durante il regime, si sono registrati i tenui prodromi del fenomeno, sviluppatosi poi nella seconda metà del '900 e tutt'ora in corso, della rottura del monopolio della legge nella produzione del diritto («Il duce come fonte del diritto» scrive Orazio Abbamonte), della complessificazione del quadro delle fonti<sup>120</sup> e della delega alla giurisprudenza di atti autenticamente creativi di nuove regole, ossia del c.d. diritto giurisprudenziale.

E tuttavia, a conferma che la connotazione statale della formula-

---

<sup>115</sup> Ivi, p. 77.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Sul punto CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit. nt. 89, pp. 132-133.

<sup>118</sup> V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale* (1908), in *Opere minori*, I, *Problemi di legislazione*, Università degli Studi, Modena 1928, p. 62.

<sup>119</sup> P. BONFANTE, *Criterio fondamentale nei rapporti di vicinato* (1911), in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, UTET, Torino 1918, p. 798 ss.

<sup>120</sup> O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Giuffrè, Milano 2003, p. 8; nonché ID., *Tra tradizione e autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, in «Quaderni fiorentini», 2011, p. 869 ss.

zione delle norme non ha intaccato una certa cultura radicata e risalente di prudenza nell'esercizio del potere di apprezzamento giudiziale, l'analisi storica condotta sulla produzione giurisprudenziale del ventennio<sup>121</sup> ha rivelato che, nonostante le premesse, non si registrò l'espansione della dimensione interpretativa del diritto, anche a dispetto a talune percezioni del regime sulla fedeltà al regime della giurisprudenza<sup>122</sup>. Tutt'al contrario, si affermò una concezione della giurisdizione, improntata a un rigido formalismo, a un rigorosissimo rispetto del precedente, all'adozione di un linguaggio austero, che evitò di riprodurre il linguaggio, anche istituzionale, introdotto dal fascismo nel discorso pubblico<sup>123</sup>. La magistratura, specie la Corte di Cassazione, si autorappresentava come un'articolazione dello Stato, intenta ad attuarne il monopolio, riservandosi un ruolo di riequilibrio tra innovazione e tradizione, la cui dialettica è stato uno dei *leitmotiv* della "rivoluzione fascista" in campo istituzionale<sup>124</sup>. Ciò si associa alla legislazione fascista sulla magistratura che, sia con il Ministro Aldo Oviglio sia con il Ministro Alfredo Rocco, impresse un assetto gerarchico alla magistratura (la carriera dipendeva in larga misura dei giudizi dei superiori) e accentuò il controllo ministeriale<sup>125</sup> rispetto alla tenue autonomia e

<sup>121</sup> Nella civilistica la principale riflessione sul ruolo della magistratura è svolta da PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, cit. nt. 2, p. 5 ss., il quale sostiene che «una certa subordinazione dei giudici alle scelte politiche, c'è stata prima, c'è stata durante il fascismo e c'è stata, almeno per un certo periodo, dopo la caduta del fascismo».

<sup>122</sup> Nel discorso tenuto alla Camera nella tornata del 16 maggio 1929, riportato da A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, rist., Einaudi, Torino 1995, p. 242 e richiamato da ALPA, *Diritto civile italiano*, cit. nt. 1, p. 430 nt. 20, il ministro Alfredo Rocco esaltava la fedeltà al regime della magistratura: «Più mi convinco [...] anche e specialmente del suo patriottismo, perché lo spirito del Fascismo [...] è penetrato nella magistratura più rapidamente che in ogni altra categoria di funzionari e professionisti. Posta di fronte alla nuova legislazione fascista, la magistratura italiana, piena di dottrina, di senso pratico, ne ha penetrato completamente lo spirito, l'interpreta e l'applica con piena fedeltà. E a questo proposito è pur doveroso tributare un alto elogio alla Corte di cassazione, la quale, proprio in questo campo della comprensione dello spirito del regime e della sua legislazione, ha dato esempi luminosi». L'elogio alla Cassazione si riferiva, in particolare, alla sentenza a sezioni unite del 28 luglio 1928, nella quale la Carta del lavoro veniva considerata un insieme di principi generali superiori alla legge e, in quanto tale, dotata di valenza interpretativa di quest'ultima.

<sup>123</sup> MELIS, *La macchina imperfetta*, cit. nt. 11, p. 346.

<sup>124</sup> Ivi, p. 347.

<sup>125</sup> Il riferimento è al R.d. 30 gennaio 1941 n. 12, sull'ordinamento giudiziario, la cui

indipendenza garantita alla magistratura in epoca liberale<sup>126</sup>. Osserva Guido Neppi Modona che il connubio tra la dipendenza dall'esecutivo e l'organizzazione gerarchica interna «tra i poteri del ministro e quelli dei vertici dell'ordine giudiziario e dei capi degli uffici sui magistrati dipendenti, costituisce la chiave per comprendere il ruolo assegnato alla magistratura durante il fascismo»<sup>127</sup>.

Una parte della dottrina suggerisce, però, di non adottare la prospettiva univoca dell'assoggettamento della magistratura, giacché la forza della tradizione giuridica e la costanza della prassi impedi che l'assoggettamento si traducesse in addomesticamento<sup>128</sup>, mostrando una volta di più lo iato tra aspirazioni del regime ed effettive realizzazioni. Resta, tuttavia, il dato storico per cui la scelta dei *conditores* di accentuare, qui come in molti altri

---

*Relazione al Re*, n. 29 precisava che «non si può garantire una buona amministrazione della giustizia se non si lascia indipendente la giurisdizione nei suoi giudizi», ma subito dopo soggiungeva che ciò «non importa già che la giurisdizione costituisca un potere autonomo dello Stato, dovendo anch'esso informare la sua attività alle direttive generali decise dal governo per l'esercizio di ogni pubblica funzione». Svolge riflessioni interessanti sul punto SOMMA, *La codificazione del diritto civile e la collaborazione italo tedesca in epoca fascista*, cit. nt. 45, pp. 88-89.

<sup>126</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in «Quaderni fiorentini», 2007, p. 983 ss., in part. p. 1001 ss.

<sup>127</sup> Ivi, p. 1002.

<sup>128</sup> A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, Bologna 2012, p. 202 ss., la quale osserva che quello tra ideologia fascista e fedeltà alla tradizione e all'indipendenza della giurisdizione è stato «un equilibrio mutevole»: «poté accadere che negli anni Trenta si facesse strada una fascistizzazione più accentuata, come avvenne nella pagina nera delle sentenze della Cassazione sulle leggi razziali; ma nel complesso il modello diffuso di un magistrato “sacerdote”, apolitico, asindacale, membro di un corpo separato, resistette a lungo alle stesse spinte della politicizzazione. In uno scambio non infruttuoso per entrambi i soggetti (alti magistrati e regime)». Condivide tale giudizio MELIS, *La macchina imperfetta* cit. nt. 11, p. 364, il quale aggiunge che «in un solo campo, forse, l'idea “forte” della “giustizia fascista” si realizzò compiutamente, manifestandosi senza compromessi in tutta la sua eloquenza. E fu quello – certo non secondario o irrilevante – della gestione quotidiana del sistema, della distribuzione delle risorse finanziarie tra le varie circoscrizioni ed anche delle “note segrete”, destinate a restare a imperitura minaccia nei fascicoli personali; e della sorveglianza esterna e interna sui tribunali, del clima che si creò intorno all'amministrazione della giustizia nel suo esercizio quotidiano». Né si può dimenticare la celebrazione dell'indipendenza della magistratura offerta proprio sotto la dittatura da Piero CALAMANDREI nel suo *Elogio dei giudici*, scritto da un avvocato, apparso nella sua prima edizione nel 1935.

snodi regolativi – e se ne ha conferma nell’espansione del ruolo delle clausole generali specie di quella di buona fede/correttezza in ossequio al modello tedesco<sup>129</sup>, ma anche nel più incisivo ruolo affidato al giudice nella giurisdizione volontaria e contenziosa nel diritto di famiglia e nei rapporti d’impresa, lavoro e società<sup>130</sup> – i poteri giudiziali rispetto all’equilibrio istaurato dal codice civile del 1865 va letta anche alla luce del quadro ordinamentale dell’epoca e, in particolare, di una magistratura che non dava garanzia di contenere gli eccessi autoritari e la compressione eccessiva delle prerogative individuali.

È, questo, un elemento di cui dovrebbe tenere conto chi ancora oggi sostiene la linea interpretativa, presto diffusasi tra i giuristi, specie i civilisti<sup>131</sup>, dopo la rinascita repubblicana, della impermeabilità del codice civile alle istanze del fascismo: per un verso, grazie all’opposizione silenziosa dei *conditores*, alimentata sia dalla loro formazione liberale sia dalla loro maestria nello schermarsi dietro l’argine della tecnica giuridica, e, per altro verso, grazie all’oggettiva e sostanziale derivazione del codice civile del 1942 dalla tradizione precedente all’avvento del fascismo. Opinioni assai autorevoli già nel 1945<sup>132</sup> segnalavano la marginalità dei tributi all’ideologia fascista nei codici, eliminabili con una revisione tutto sommato modesta<sup>133</sup>, addirittura

<sup>129</sup> Non può stupire allora il giudizio di J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr Siebeck, Tübingen 1933, che addita le clausole generali a dispositivi potenzialmente disgregativi dei valori dello Stato di diritto, ma soprattutto, come sottolineato da Luca Nivarra, a congegni espressivi di una fase storica ambigua in cui lo Stato e il diritto hanno subito una metamorfosi e ciononostante, pur in una forma nuova, continuano ad essere protagonisti della storia (L. NIVARRA, *Introduzione a La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pacini Giuridica, Pisa 2022, pp. 44-45).

<sup>130</sup> Lo sottolinea PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al codice civile del 1942*, cit. nt. 3, p. 67.

<sup>131</sup> Cfr. per tutti G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Giuffrè, Milano 1998, p. 391 ss., in part. 418 ss.

<sup>132</sup> P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei Codici* (1945), ora in *Scritti e discorsi politici. I. Storia di dodici anni*, La nuova Italia, Firenze 1966, p. 87; G. FERRI, *La riforma dei Codici* (1945), ora in *Scritti giuridici*, I, E.S.I., Napoli 1990, p. 20.

<sup>133</sup> Il giudizio è condiviso da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, il quale considera i codici promulgati sotto il fascismo «prodotti di elevata riflessione scientifica che, almeno per quanto atteneva al loro valore essenziale, era riuscita a non comprometterli con le scorie transeunti della bassa quotidianità; in secondo luogo – ed è quanto a noi ora preme –, come interpretazione ed espressione né

tura rimovibili «come bestioline parassite che si estirpano colle pinzette e si buttano nella spazzatura»<sup>134</sup>.

A riprova che la seduzione autoritaria non può però essere l'unica chiave di valutazione di talune innovazioni della nuova codificazione, le quali sembrano piuttosto animate da obiettivi ambivalenti, bisogna tenere conto che la liberazione della prova testimoniale dal limite stringente pregresso persegue anche la finalità di rafforzare la tutela dei diritti patrimoniali che trovano titolo in contratti e atti informali, sempre più diffusi in un contesto più dinamico qual è l'economia italiana già a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX. Inoltre, la disciplina nuova, poi confluita nell'attuale art. 2721 c.c. tiene conto della necessità di differenziare l'ammissione della prova per testimoni alla luce delle diverse classi di rapporti, riflesso, forse sbiadito, dell'impostazione corporativa ma soprattutto esigenza fortemente avvertita con l'unificazione dei codici privatistici, tenuto conto del più ampio ricorso alla prova per testimoni sancito per i rapporti di commercio dall'art. 44 cod. comm. 1882.

L'evoluzione successiva della riflessione ha, com'è ovvio, rimarcato la *ratio* del rafforzamento della tutela delle posizioni sostanziali, accentuato la dimensione attiva dell'acquisizione probatoria, concependo tale attività non soltanto come un onere ma anche come un diritto, il c.d. "diritto alla prova"<sup>135</sup>, che si è coniugato con l'orientamento che tende ad ampliare l'ambito del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.). L'effetto è stato l'ulteriore restringimento dei limiti normativi all'acquisizione e alla valutazione delle prove.

## 6. *La tutela giurisdizionale*

Un rilievo preminente nel quadro complessivo del Libro VI assume il Titolo IV "*Della tutela giurisdizionale dei diritti*" che – come è stato argutamente scritto – è «un titolo che vale un libro»<sup>136</sup>. Il valore simbolico di un Libro del codice civile intestato alla "tutela" e di un Titolo dedicato speci-

---

della volontà del Duce né delle chimere di scienziati bensì del proprio tempo storico, d'una coscienza collettiva radicata nel profondo della civiltà giuridica italiana».

<sup>134</sup> CALAMANDREI, *Sulla riforma dei Codici*, cit. nt. 132, p. 87.

<sup>135</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1984, p. 82 ss.; S. PATTI, *Delle prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1987, p. 38 ss.

<sup>136</sup> SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 178 ss.

ficamente alla “tutela giurisdizionale” è enorme per l’enfasi che, con intuito e con grande modernità, viene posta sul momento della reazione dell’ordinamento alla violazione o alla mancata attuazione delle posizioni sostanziali<sup>137</sup>. La rilevanza della dimensione del rafforzamento di efficacia dei diritti e delle altre situazioni attive garantito dagli strumenti di tutela è andata via via ampliandosi nel corso del ’900 e nei primi anni del millennio nuovo<sup>138</sup>, dando la stura a quella sensibilità per i rimedi che, con il processo di armonizzazione europea, si è trasformata addirittura in una piegatura ordinamentale, tesa a privilegiare la regolazione proprio a partire dai mezzi di tutela, forse anche per la maggiore facilità di armonizzare i diritti nazionali muovendo dai bisogni di tutela piuttosto che dalle forme conferite agli interessi rilevanti<sup>139</sup>. Il tratto unificante del Libro VI è costituito dalla disciplina degli istituti e dei dispositivi tecnici che prima, fuori e dentro il processo assicurano la salvaguardia degli interessi protetti, il che rende meno eterogenea la materia apparentemente variegata del Libro VI, che – com’è noto – abbraccia dalla pubblicità dichiarativa, la quale presuppone un conflitto di diritti, ai mezzi di prova; dalla responsabilità patrimoniale, mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale e garanzie reali, sino alla prescrizione e alla decadenza. Oltre alla vocazione *lato sensu* protettiva dei diritti e delle posizioni sostanziali, il comune denominatore di tali plessi normativi è la promanazione dall’alto di tali strumenti di salvaguardia, approntati dall’ordinamento statale più che dall’autonomia privata o dalla prassi e rispetto ai quali i cittadini sono unicamente chiamati a disporre secondo la loro libera iniziativa. Tale garanzia di coattività delle norme,

<sup>137</sup> Per una ricca trattazione di ampio respiro della tutela giurisdizionale v., di recente, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, in *Il Codice civile. Comm.* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2018, *passim*.

<sup>138</sup> Un aspetto opportunamente rimarcato da SIRENA, *Sul libro VI: della tutela dei diritti*, cit. nt. 8, p. 147.

<sup>139</sup> Sul senso e sulla portata della categoria del “rimedio” e della c.d. stagione rimediale cfr., per tutti, A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, I. Jovene, Napoli 1989, p. 25; nonché ID., *La tutela civile dei diritti*<sup>A</sup>, Giuffrè, Milano 2003, p. 49 ss. e 54 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in «Europa e diritto privato», 2005, p. 341 ss.; ID., *Diritti e rimedi*, Giappichelli, Torino 2023, *passim*; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, *ivi*, 2007, p. 585 ss.; ID., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in «Contratto e impresa», 2019, p. 831 ss.; nonché S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino 2012, p. 1 ss. e E. PESCE, *I rimedi dell’autonomia. Tipi, limiti e interessi dei contraenti*, Pacini Giuridica, Pisa 2022, *passim*, in part. p. 32 ss.

statuali o pattizie, attributive di diritti è affidata a tali strumenti, destinati a operare in sede ora stragiudiziale ora giudiziale, senza dei quali «la loro efficacia o il vigore pratico si dissolverebbe o rimarrebbe esposto ad offese senza rimedio»<sup>140</sup>.

Dei molti profili di grande interesse posti dalla “novità” determinata dall’inclusione nel codice civile delle disposizioni generali sulla tutela giurisdizionale va segnalata, soprattutto, la funzione di completamento della legislazione civile riconosciuta agli istituti deputati alla somministrazione della tutela: tanto alle disposizioni sui mezzi di prova quanto alle norme sulle diverse tipologie di provvedimenti che definiscono sia il giudizio di cognizione sia quello di esecuzione. Si è molto discusso sulla natura bicipite di tali norme generali sulla tutela confluite nel codice civile, ma il tratto più significativo è forse un altro: l’esigenza di completare l’ordinamento dei rapporti privati con la previsione e la disciplina degli strumenti predisposti dallo Stato per garantire l’effettività delle norme di diritto privato. E la prospettiva adottata, alla luce sia della formulazione delle disposizioni del Titolo IV sia delle idee prevalenti all’epoca, non è tanto quella della messa a disposizione dei privati di mezzi di tutela per salvaguardare le proprie posizioni attive violate o per attuare quelle rimaste non realizzate, quanto piuttosto quella dell’imposizione per via coercitiva delle norme sostanziali civili non spontaneamente rispettate, così da realizzare quella che in quel torno di anni poteva essere considerata una delle funzioni essenziali dello Stato: assicurare la coattività delle norme e, in tal modo, l’attuazione delle legge civile. Anche perché le norme venivano concepite dal positivismo legalistico non soltanto come precetti indirizzati ai destinatari per orientare le condotte, ma pure come criteri di giudizio assegnati al giudice per rendere effettivo il diritto oggettivo. E tale vocazione a sanare le lacerazioni dell’ordine costituito veniva percepita soprattutto nelle norme sull’attività giurisdizionale, specie sull’esecuzione<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Relazione alla Maestà del Re Imperatore del ministro Guardasigilli cit., n. 1065, nonché, in termini pressoché identici, VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 29, p. 12.

<sup>141</sup> Osserva al riguardo VASSALLI, *ivi*, p. 149, che «nel processo di accertamento l’ostacolo è costituito da ciò, che la situazione di diritto è controversa dalla parte avversaria; invece il processo di esecuzione [...] è quello rivolto ad attuare il diritto oggettivo, vincendo l’ostacolo consistente non semplicemente nel negare la pretesa alla maniera che avviene nel processo chiamato di accertamento o cognizione, ma consistente nell’opporre ad essa pretesa (o non togliere di mezzo, se già esiste) una resistenza materiale o di fatto. Vale a dire nel processo di esecuzione si compie forzatamente contro l’avversario, ossia superando qualsiasi resistenza di lui anche colla forza pubblica, l’attuazione concreta del diritto».

Tale concezione in senso pubblicistico della giurisdizione, come corredo del carattere prescrittivo del diritto oggettivo, ricalcava l'ispirazione di fondo della scuola processualistica prevalente nei primi decenni del '900, vale a dire la scuola sistematica di Giuseppe Chiovenda<sup>142</sup>. Nella sistematica chiovendiana l'interesse sostanziale del privato e l'iniziativa tesa a preservarlo o realizzarlo nel processo, mediante il ricorso all'azione, perseguono la funzione pubblica di rendere concreta ed effettiva la legge civile e la ricaduta sul piano sistematico consiste nel rifiuto di una netta distinzione tra il diritto sostanziale e quello processuale all'insegna della complementarità in vista dell'attuazione della legge<sup>143</sup>. Per di più, in tale orizzonte concettuale vengono identificate una serie di norme, etichettate come diritto processuale sostanziale<sup>144</sup>, caratterizzate dalla duplice natura di regole, in pari tempo, rivolte allo svolgimento dell'attività giurisdizionale e destinate a incidere sui rapporti giuridici controversi. In tale categoria rientrano le norme sull'ammissibilità e l'efficacia dei mezzi di prova, sull'autorità di cosa giudicata e sulla tipologia e gli effetti dei provvedimenti giudiziari. Norme che il processo codificatorio e la determinazione di Filippo Vassalli hanno infine introdotto nel tessuto del nuovo codice civile, con il determinante ausilio di Redenti, Carnacini, Andrioli e Calamandrei, anche alla luce del fatto che esse o regolano istituti che stanno prima del processo (le prove) o sono destinate a esplicare effetti anche dopo di esso (il giudicato)<sup>145</sup>. La sistemazione chiovendiana e la categoria delle norme di

<sup>142</sup> Sottolinea l'influenza esercitata dal magistero di Chiovenda anche sulla formulazione delle norme della codificazione civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti SANDONA, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 182 ss., il quale rimarca che l'adesione alla concezione della giurisdizionale chiovendiana è addirittura esplicitata nella *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del ministro guardasigilli (Grandi)*, presentata nell'udienza 28 ottobre 1940-XVIII per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1940, n. 2 dove si dà atto di avere accolto «quella radicale revisione teorica di tutti gli istituti processuali, che rivendicò al diritto pubblico il processo civile e ne rinnovò la dottrina, studiandolo non più come espressione di una lotta di interessi privati, ma come strumento della più augusta tra le funzioni dello Stato».

<sup>143</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Foro italiano, Roma 1930, p. 391; nonché M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano 1938, p. 82; E. REDENTI, *Trattato della giustizia civile*, II, Giuffrè, Milano 1941, p. 3.

<sup>144</sup> Secondo la prospettiva concettuale dischiusa da Goldschmidt e da Chiovenda. Sul punto v. P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Cedam, Padova 1941, pp. 15, 37, 191 ss.

<sup>145</sup> Così CARNELUTTI, *Tutela dei diritti*, cit. nt. 91, p. 4, in un noto passo del suo commento

diritto processuale sostanziale<sup>146</sup> stanno, dunque, alla base della scelta di introdurre nel codice civile talune norme processuali – o per lo meno oggetto già all’epoca di prevalente studio da parte dei processualisti – e soprattutto della selezione di quali norme sulla tutela giurisdizionale distribuire tra codice civile e codice di rito<sup>147</sup>. Nello stesso senso ha militato, secondo una lettura<sup>148</sup>, anche la parallela elaborazione da parte dei civilisti, sulla scia della dottrina tedesca, del concetto di “tutela dei diritti”, volta a indicare la direzione funzionale degli istituti preordinati alla difesa dei diritti<sup>149</sup>.

Una scelta in cui campeggia la riformulazione in chiave statalista della tutela dei diritti riguarda l’attuazione coattiva. Gli artt. 2930 e ss. c.c. fanno segnare la piena giurisdizionalizzazione dell’attuazione coattiva, in ossequio al principio per cui il rafforzamento di efficacia dei diritti a seguito di violazione o inattuazione è questione di pertinenza esclusiva dello Stato<sup>150</sup>.

---

alle norme processuali contenuto nel nuovo codice civile, nel quale, secondo SIRENA, *Sul libro VI: della tutela dei diritti*, cit. nt. 8, p. 151, egli, rovesciando il tavolo e con la consueta spregiudicatezza, rivendica a sé la preparazione del terreno per l’introduzione della disciplina dei mezzi di prova e della cosa giudica nel codice civile, rimarcando che tale posizione ricevette poi l’adesione di Redenti e Calamandrei.

<sup>146</sup> VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 29, p. 145 qualifica le norme processuali che hanno trovato posto nel codice civile nuovo non soltanto come norme generali «da cui prende le mosse tutto l’istituto del diritto processuale», ma anche come «i punti di riannodo del diritto processuale con il diritto sostanziale».

<sup>147</sup> In tal senso si orienta convintamente SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, pp. 184-185 e sul punto concorda SIRENA, *Sul libro VI: della tutela dei diritti*, cit. nt. 8, pp. 152-153.

<sup>148</sup> SANDONÀ, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 4, p. 185, per il quale «fu dunque proprio nel Titolo “della tutela giurisdizionale dei diritti” che la concezione pubblicistica del processo, le istanze sostanziali di tutela fatte proprie dalla politica e l’adesione alle più avanzate concezioni dottrinali dell’epoca trovarono dunque il loro più autentico punto di convergenza e di equilibrio».

<sup>149</sup> Significativo dell’attenzione che iniziava a essere dedicata alla reazione ordinamentale dalla violazione o alla mancata realizzazione dei diritti sono i manuali di N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Società Editrice Libreria, Milano 1915, § 158 ss., dove una sezione è dedicata all’“esercizio e difesa dei diritti”, includendovi le norme generali sull’azione, sull’eccezione, sulle prove, sulla sentenza e sulla cosa giudicata; e di E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura del Sen. Giulio Venzi, II, UTET, Torino 1928, la cui parte II si chiude con la trattazione dell’“esercizio e tutela dei diritti”.

<sup>150</sup> Il principio di esclusività dello Stato nell’esercizio della tutela esecutiva è stato affermato con convinzione prima della codificazione da E. BETTI, *Sugli oneri ed i limiti dell’autonomia*

E non si può certo dire che tale giurisdizionalizzazione abbia giovato all'affermazione della tutela satisfattiva delle obbligazioni. Il monopolio statale della tutela forzata dei diritti, attuato con il codice civile del 1942 affidando la potestà esecutiva all'esclusivo intervento sostitutivo dell'ufficio giudiziario, ha favorito la sovrapposizione del piano della tutela di condanna, che attiene alla fase di cognizione, al piano della realizzazione coattiva, affidata interamente alla fase dell'esecuzione. Sotto il codice civile e il codice di procedura civile del 1865, al creditore era infatti riconosciuto il potere, sotto controllo dell'autorità giudiziaria, di effettuare egli stesso, a spese del debitore, la prestazione di fare inadempita, o di farla eseguire a terzi, sempre a carico del debitore (art. 1220 c.c. 1865) e di distruggere quanto era stato effettuato in violazione di un'obbligazione di non fare, anche in questo caso a spese del debitore (art. 1222 c.c. 1865)<sup>151</sup>.

Tali poteri di auto-soddisfacimento sotto controllo giudiziario erano proiezione del diritto di credito rimasto inadempito, si abbinavano alla tutela di condanna all'adempimento ed erano collocati, quindi, sul terreno della tutela erogata in sede di cognizione, piuttosto che, come è accaduto

---

*privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione*, in «Rivista del diritto commerciale», 1931, II, 689 ss., 699 ss.; e, a seguito della codificazione, ha ribadito la vitalità di tale principio M. FRAGALI, *Del mutuo. Artt. 1813-1822*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1966, 252 ss. La letteratura sul contributo di Emilio Betti alla predisposizione del codice civile è molto ampia e, per limitarsi agli studi più recenti, cfr. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, cit. nt. 30, p. 63 ss.; ID., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit. nt. 30, p. 85 ss.; I. BIROCCHI, *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi-M. Brutti-E. Stolfi, RomaTrE-Press, Roma, 2020, 11 ss.; G. CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della "legalità" fascista*, cit. nt. 16, p. 201 ss. Sull'influenza bettiana sul diritto processuale civile v. il volume collettivo AA.VV., *Emilio Betti e il processo civile*, a cura di A. Carratta-L. Loschiavo-M.U. Sperandio, RomaTrE-Press, Roma 2022, p. 237 ss.

<sup>151</sup> L'art. 1220 c.c. 1865 prevedeva che «non essendo adempita l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore». L'art. 1222 c.c. 1865 estendeva la medesima misura alle obbligazioni negative: «Il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento de' danni». Entrambe le disposizioni, ma soprattutto la seconda, sono esaminate nell'insuperato studio di L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa (contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Napoli 1931, rist. anast., E.S.I., Napoli 1978, parte II, p. 190 ss.

con l'introduzione degli art. 2930-2933 c.c.<sup>152</sup>, sul terreno delle modalità di attuazione dell'obbligo scaturito dalla violazione del diritto primario, ossia dell'esecuzione forzata<sup>153</sup>. Tanto è vero che uno dei primi civilisti italiani apertamente favorevoli al riconoscimento della tutela in natura del creditore, vale a dire Vittorio Polacco, valorizzava in tal senso proprio gli art. 1220 e 1222 c.c. 1865 giungendo a riconoscere la naturale vocazione dell'obbligazione a far conseguire al creditore l'utilità finale attesa<sup>154</sup>. E a tale

<sup>152</sup> Un discorso a parte va riservato alla tutela costitutiva offerta dall'art. 2932 c.c., inclusa tra le tecniche di esecuzione forzata in forma specifica, ma, in realtà, forma di tutela sostantiva di natura satisfattiva, erogata in sede di cognizione e non di esecuzione. L'efficacia costitutiva della sentenza *ex art. 2932 c.c.* rappresenta il mezzo tecnico per realizzare la tutela in natura e, in pari tempo, per coniugarla con l'obiettivo di esecuzione coattiva realizzato secondo la tecnica peculiare del provvedimento costitutivo che attua coattivamente senza forzare. Sotto questo profilo, l'inserimento della tutela *ex art. 2932 c.c.* tra i procedimenti di esecuzione in forma specifica acquista una sua plausibilità tecnica in quanto tutela in natura attuata con una tecnica – la sentenza costitutiva – per sua natura auto-esecutiva. L'intervento del legislatore del '42 ha fornito così una soluzione positiva al vecchio dilemma dell'ammissibilità di una tutela sostitutiva del consenso che la dottrina e la giurisprudenza avevano lungamente discusso (con esiti alterni) nel silenzio del codice civile del 1865: per la tesi negativa cfr. soprattutto L. COVIELLO SR., *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, III, 3, 2, Vallardi, Milano 1902, p. 68 ss. e P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Principato, Messina 1930, p. 219 ss.; per la tesi positiva G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 1912, p. 19 ss. L'orientamento prevalente della giurisprudenza, che riconosce soltanto un'azione di danni per inadempimento del contratto preliminare e si richiama al principio *nemo ad factum cogi potest*: v. Cass., 17 gennaio 1925, in «*Foro italiano*», 1925, I, 147. Tra le osservazioni e le proposte al progetto di Libro sulla tutela non mancano posizioni contrarie alla tutela costitutiva dell'obbligo a contrarre e favorevoli alla tesi classica della sola tutela risarcitoria: cfr. le osservazioni del Primo Presidente di Corte d'Appello Ronga, («*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*», vol. II, D. 131): «reputerei che non sia opportuno modificare quella che è oramai una massima pacifica della giurisprudenza, accolta dalla migliore dottrina, cioè che la promessa *de ineundo contracto* non equivale al contratto perfetto. Poiché la prestazione consiste in un *facere*, l'inadempimento dovrebbe dar luogo solo al risarcimento dei danni».

<sup>153</sup> Cfr. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 24-25.

<sup>154</sup> V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Roma 1915, rist. anast., E.S.I., Napoli 2022, p. 559 ss.: «basta riandare le cose esposte nella prima parte del presente volume

conclusione Polacco giungeva a dispetto di un quadro normativo piuttosto lacunoso e disomogeneo, in cui la tutela esecutiva in senso proprio veniva a sovrapporsi all'autotutela conseguibile in sede di cognizione: gli artt. 741-749 c.p.c. 1865 disciplinavano l'esecuzione forzata per consegna di beni mobili e per rilascio di beni immobili, l'art. 68 cod. comm. 1882 contemplava la forma di auto-esecuzione in forma specifica della vendita e compera in danno, applicabile alle sole vendite commerciali<sup>155</sup>; e, infine, i già ricordati artt. 1220 e 1222 c.c. 1865 estendevano l'esecuzione specifica in autotutela alle obbligazioni di fare e di non fare. Ancora in sede di progetto ministeriale al Libro delle obbligazioni la via privilegiata era quella del riconoscimento al creditore di poteri di auto-soddisfacimento a corredo della tutela di condanna all'adempimento: l'art. 113 prevedeva che nelle obbligazioni di dare una cosa determinata, mobile o immobile, il creditore avrebbe potuto reagire all'inadempimento chiedendo il rilascio coattivo della cosa dovuta; l'art. 114 generalizzava quanto previsto dall'art. 68 cod. comm. 1882, prevedendo che, in caso di inadempimento di un'obbligazione di consegnare cose fungibili aventi un prezzo di mercato, il creditore

---

perché s'abbia a dire che *a rigore di termini* non si ha più adempimento in natura tutte le volte che il debitore persista a non effettuare la prestazione, ancorché la risultanza economica finale la si ottenga *in executivis* proprio tal quale si sarebbe avuta dal fatto [od omissione] di lui debitore e non già trasformata in equivalente. Questo come corollario della *obligationum substantia* quale ci è presentata nella notissima l. 3 pr., D. *de obl. et act.* 44. 7 di Paolo e dell'incoercibilità della prestazione come atto di volontà personale. Senonché dalla pura teoria scendendo alla realtà pratica, giustamente si considera che anche allora sia il caso di parlare di adempimento ottenuto *in forma specifica*, per contrapposto a tutti quegli altri casi nei quali viene *in executivis* a trasformarsi quello che altra volta abbiamo qualificato il *contenuto della prestazione* o in altri termini l'*oggetto mediatore*. Sul contributo notevolissimo di Polacco al diritto delle obbligazioni contemporaneo v. il volume di S. MAZZAMUTO-A. NICOLUSSI-F. PIRAINO, *Vittorio Polacco*, E.S.I., Napoli 2023, *passim*.

<sup>155</sup> L'art. 68 cod. comm. stabiliva che «se il compratore di cosa mobile non adempie la sua obbligazione, il venditore ha facoltà di depositare la cosa venduta in un luogo di pubblico deposito, o, in mancanza, presso un'accreditata casa di commercio per conto e a spese del compratore, ovvero di farla vendere. La vendita è fatta al pubblico incanto, o anche al prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di borsa o di mercato, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, salvo al venditore il diritto al pagamento della differenza tra il prezzo ricavato e il prezzo convenuto, e al risarcimento dei danni. Se l'inadempimento ha luogo da parte del venditore, il compratore ha diritto di far comprare la cosa, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, per conto e a spese del venditore e di essere risarcito dei danni. Il contraente che usa delle facoltà suddette deve in ogni caso darne notizia all'altro contraente».

avrebbe potuto comprare a spese del debitore i beni dovuti per il tramite di un pubblico ufficiale autorizzato; l'art. 115 riconosceva al creditore insoddisfatto di un'obbligazione di fare la possibilità di chiedere al giudice l'autorizzazione a eseguire egli stesso l'opera, o a farla eseguire da un terzo, a spese del debitore, mentre l'art. 116 il potere di farsi autorizzare a distruggere ciò che era stato realizzazione in violazione di un'obbligazione di non fare. Si osserva al riguardo in dottrina che «nel passaggio da un libro all'altro [ossia dal Libro delle obbligazioni a quello della tutela: *n.d.a.*] quelle norme trasformano la previsione di un potere di parte in capo al creditore, sotto controllo dell'autorità giudiziaria, nella previsione di un intervento surrogatorio dell'ufficio esecutivo».

Il modello di questa soluzione era ovviamente il *Code civil*, la cui originaria formulazione, modificata soltanto nel 2016<sup>156</sup>, prevedeva all'art. 1142 la celeberrima regola generale di trasformazione dell'obbligazione inadempita nella prestazione sussidiaria di risarcimento del danno. La regola della traduzione in obbligazione di risarcimento era però subito ridimensionata nella sua apparente portata pervasiva dagli artt. 1143 e 1144 *Code civil*, i quali regolavano l'esecuzione coattiva dell'obbligazione da parte del creditore a seguito di autorizzazione da parte del giudice. L'art. 1143 *Code civil* prevedeva la realizzazione forzata delle obbligazioni di non fare riconoscendo al creditore «le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu». L'art. 1144 c.c. riguardava, invece, le obbligazioni di fare e consentiva al creditore in caso di inadempimento di «être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution». Deve essere chiaro che non si trattava di disposizioni *stricto sensu* sull'adempimento in natura, ma di istituti di esecuzione coattiva in c.d. autotutela, detta anche di autotutela esecutiva, indicati nel dibattito italiano come mezzi di auto-soddisfacimento *invito debitore*, i quali congegnano una realizzazione coattiva privata del diritto di credito, perseguita, dunque, senza ricorrere all'ufficio del giudice dell'esecuzione. Una soluzione che parve alla sensibilità liberale

<sup>156</sup> G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris 2016, *passim*; O. DESHAYES-TH. GENICON-M. LAITIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, Paris 2016, *passim*; AA.VV., *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, a cura di J. Cartwright-S. Whittaker, Bloomsbury, Portland Oregon 2017, *passim*.

ottocentesca idonea a conciliare la fedeltà al principio *nemo ad factum praecise cogi postest*<sup>157</sup>, relativo alle prestazioni di *facere* e di *non facere*, con l'effettiva realizzazione dell'interesse del creditore senza compressioni della libertà del debitore.

La trasmutazione da potere di parte in ufficio del giudice ha determinato quella sovrapposizione del piano della tutela di condanna all'adempimento e dell'esecuzione forzata che ha caratterizzato la riflessione scientifica fino alla fine degli anni '70 e i primi anni '80 del secolo scorso, quando gli studi di alcuni civilisti<sup>158</sup> e processualcivilisti<sup>159</sup> all'avanguardia distinsero nuovamente i piani e sottoposero l'adempimento in natura a strutturazione dogmatica. Al di là di questa ripercussione tecnica, la trasmutazione dell'attuazione coattiva da potere di parte sotto controllo giudiziale in ufficio del giudice esprime una carica simbolica notevole: lo Stato sottrae la realizzazione coattiva dei diritti al potere di auto-esecuzione dei privati e se ne fa

<sup>157</sup> L'origine del principio è incerta. Una lettura ne fa risalire la formulazione ad Antoine Favre de Pérouges sul finire del XVI secolo: v. N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Il nuovo diritto, Roma 1948, p. 5; A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1974, p. 557.

<sup>158</sup> S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978, 119 ss.; ID., *L'esecuzione forzata*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 20, *Tutela dei diritti*, t. 2, UTET, Torino 1998, p. 303 ss.; ID., *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino 2002, p. 513 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit. nt. 139, p. 279 ss., ma il nucleo di questo fondamentale studio è il testo 1982 che raccoglie un corso universitario; ID., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Art. 1173-1176, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 1988, pp. 103-104 e nt. 4; ID., *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino 2009, p. 123 ss.; ID., *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in «Europa e diritto privato», 2012, pp. 1151-1152; L. MENGONI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, a cura di S. Mazzamuto, Jovene, Napoli 1989, p. 151 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, ivi, p. 492 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2018, p. 925 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, I, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Art. 1453-1454, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 1990, pp. 10, 32 ss.; ID., *La vendita*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto civile Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni-P. Schlesinger, continuato da V. Roppo-F. Anelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2022, p. 547 ss.

<sup>159</sup> A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in «Foro italiano», 1983, V, c. 127 ss., ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Jovene, Napoli 2003, p. 157 ss.

carico, assumendo in via principale<sup>160</sup> il compito di imporre il rispetto del diritto oggettivo e di assicurare ai cittadini la realizzazione degli interessi riconosciuti e attribuiti con l'acquisto del relativo diritto.

Quest'ultimo aspetto ricorre nelle osservazioni e proposte al Progetto di Libro della tutela dei diritti<sup>161</sup>, unitamente all'ulteriore profilo dell'originalità di impianto e contenuti del Libro<sup>162</sup>, sebbene non manchi chi sottolineava la derivazione di alcune delle novità più significative, come l'esecuzione specifica degli obblighi di fare e di non fare, dalle prassi già invalse nel costume giudiziario, di cui le nuove norme costituiscono consacrazione<sup>163</sup> e chi auspicava un ampliamento dei contenuti del Libro VI<sup>164</sup>. All'impostazione tradizionale, che correla la tutela dei diritti soggettivi al mero riconoscimento con l'imposizione ai controinteressati di obblighi correlativi, di cui si avvertono echi nelle osservazioni al progetto del Libro sulla tutela<sup>165</sup>, la versione finale del Libro VI contrappone la ben più moderna visione dell'autonoma rilevanza giuridica dei mezzi di tutela e delle norme strumentali, di ordine processuale, destinate a offrire la concreta esplicazione dei rimedi preposti ad assicurare l'effettività delle norme attributive dei

<sup>160</sup> Non si può dire in via esclusiva, in quanto permangono nel sistema forme di auto-esecuzione: basti pensare alla vendita e compera in danno nella disciplina della vendita di beni mobili (artt. 1515 e 1516 c.c.) o la disciplina dell'eliminazione dei difetti di conformità nell'appalto (art. 1668 c.c.). V. sul punto A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano 2021, p. 175 ss.

<sup>161</sup> V. le osservazioni del Primo Presidente di Corte d'Appello Carboni (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.4).

<sup>162</sup> Cfr. le osservazioni del Procuratore generale di Corte d'Appello Vaccari (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. II, D.88), il quale sottolinea che «con originalità di innovazioni e di tecnica, vi sono unificate tutte le disposizioni che riguardano la disciplina giuridica della difesa e della realizzazione dei diritti»; e anche le osservazioni della Corte d'Appello di Bari (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. II, D.123).

<sup>163</sup> Cfr. le osservazioni del Primo Presidente Macedoni (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.30).

<sup>164</sup> È il caso di Gino Gorla, nelle cui osservazioni è inclusa la proposta di inserire nel Libro anche l'anticresi, in quanto istituto di tutela del credito (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. II, D.98).

<sup>165</sup> Osservazioni del prof. Salvatore Piras (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. I, D.84), il quale, inoltre, reputava più corretta l'inserimento delle norme processuali, incluse quelle sull'esecuzione forzata, nel codice di rito piuttosto che nel codice civile.

diritti e la loro precettività. In alcune osservazioni la torsione autoritaria della tutela civile viene addirittura indicata come una coordinata generale alla cui stregua valutare le disposizioni nuove sulla tutela e sull'onere della prova. Si pensi alle obiezioni sulla coerenza delle norme sui patti che modificano o invertono la distribuzione dei temi di prova rispetto ai principi che informano la riforma del processo civile: «la mutata valutazione degli interessi tutelati dal diritto, la maggiore ingerenza del giudice nei rapporti privati, l'ampliamento dei suoi poteri istruttori, ed infine la natura spiccatamente pubblicistica del processo»<sup>166</sup>.

### 7. *A mo' di chiusa*

La codificazione è una realizzazione complessa, nella quale confluiscono tradizioni, incluse quelle risalenti ai principi del diritto romano<sup>167</sup>, certe soluzioni sperimentate dal diritto applicato, la riproduzione di assetti sociali ed economici consolidati, scelte eminentemente tecniche, innovazioni e preferenze ideologiche. E una conferma eloquente di questa convergenza di fattori eterogenei si ricava dall'esame delle osservazioni e delle proposte formulate sul Libro sulla tutela, dove le notazioni prevalentemente di ordine tecnico si coniugano, non di rado, con giudizi di valore legati all'ideologia o allo spirito del tempo. Certo, nel confronto con l'antecedente del 1865, il codice civile del 1942 è parso una realizzazione priva delle tensioni ideali che ispirarono il codice Pisanelli quale simbolo dell'identità giuridica nazionale e di incivilimento: un codice senza nazione<sup>168</sup>.

Probabilmente la chiave di lettura più realistica del rapporto tra fascismo e codice civile è ventilata indirettamente proprio da Filippo Vassalli. Al netto di alcune edulcorazioni, come il tentativo di presentare il codice come un'opera squisitamente scolastica<sup>169</sup>, Vassalli riconosce che ogni ordinamento giuridico reca l'impronta dei tempi nei quali esso è maturato: tanto dei principi politici quanto di quelli economici e tecnico giuridici; ma

<sup>166</sup> Osservazioni del Consigliere di Cassazione Di Blasi (*Osservazioni e Proposte sul progetto del Libro della tutela dei diritti*, vol. II, D.100).

<sup>167</sup> Sul punto v., in particolare, lo studio di DE MARTINO, *Elementi classici e Principii romani nella riforma*, cit. nt. 36, p. 81 ss.

<sup>168</sup> CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit. nt. 89, pp. 67-68, il quale sottolinea anche il carattere del codice civile del 1865 quale «“costituzione” posta a tutela valori capaci di imporsi allo stesso legislatore e alle transeunti leggi special».

<sup>169</sup> VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 29, p. 3.

soprattutto Egli offre una spiegazione del perdurante valore del codice civile al di là delle contingenze in cui fu concepito. Il pregio, la portata pratica e l'utilità di un codice civile si concentrano nella stabilizzazione del diritto che il codice determina, nel disegno complessivo, nella regolazione organica dei rapporti civili, nella semplificazione e nella certezza della disciplina piuttosto che nelle singole scelte normative di ispirazione più marcatamente ideologica o sociale. Il tutto offre l'orizzonte di senso del codice più ancora delle norme che manifestano l'orientamento politico del legislatore<sup>170</sup>. Vassalli osserva, infatti, che, anche laddove la volontà legislativa dovesse essere così ferrea e determinata da tradursi in una formula imperativa, essa è destinata a inserirsi in un complesso reticolo di disposizioni frutto di un'evoluzione che, nel tempo, può certo conoscere scarti ma non un improvviso e immediato capovolgimento. Tradizione, complessità, omogeneità e intelaiatura sistematica sono vieppiù presenti ed evidenti in una codificazione, sicché «la legge civile, e ciò può parere strano, finisce per forza di cose coll'esprimersi, più che per comandi, per ragionamenti»<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Nel testo si è precisato che questa chiave di lettura è offerta da Vassalli in maniera indiretta, in quanto il suo ragionamento è in via diretta preoccupato di confutare la massima per cui i politici danno la materia, quando il codice nuovo deve anche innovare nelle fondamentali strutture, mentre i giureconsulti danno la forma. Vassalli bolla questa distinzione come meramente astratta, rivendicando che, specie in sede di codificazione, «il legislatore non può non essere un giureconsulto egli stesso».

<sup>171</sup> VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit. nt. 29, pp. 2-3.