

Quaderno di storia del penale e della giustizia

5 / 2023



La fiducia

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena



Quaderno di storia del penale e della giustizia

5 / 2023



La fiducia

Riflessioni interdisciplinari
per un dibattito contemporaneo
su giustizia, diritto di punire e pena



Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

5 / 2023

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-944-8 (print)

© 2024 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

Comitato di Direzione

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Emilia Musumeci, Monica Stronati

Consiglio scientifico

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (Fern-Universität in Hagen, Deutschland)

Editing

Francesca Martello

Indirizzo

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: riviste.unimc.it/index.php/qspg

e-mail: luigi.lacche@unimc.it

Editore

eum edizioni università di macerata
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5,
62100 Macerata; tel. (39) 0733 258 6080
web: eum.unimc.it
e-mail: info.ceum@unimc.it

I saggi contenuti in ciascun numero del Quaderno sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

Il Quaderno di storia del penale e della giustizia è una rivista inserita dall'ANVUR nella fascia A dell'Area 12 Scienze giuridiche.

Sommario

La fiducia

Luigi Lacchè

- 7 Avere fiducia nella fiducia: quale visione del penale?

Passaggi

Giacomo Todeschini

- 23 Affidabilità civica e intelligenza economica: la competenza contabile come presupposto della fiducia (XIII-XV secolo)

Vittorio Pelligra

- 37 La Rispondenza Fiduciaria

Tommaso Greco

- 59 È possibile un diritto penale fiduciario?

Grazia Mannozi

- 75 Quadri giuridico-linguistici della fiducia: il *logos*, le norme, il sistema penale

Storie del diritto

Andrea Raffaele Amato

- 105 Due anime del *Realismo giuridico italiano*: l'ammissibilità della fiducia testamentaria in una celebre controversia tra Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali negli anni Ottanta dell'Ottocento

Monica Stronati

- 163 'Dare credito', 'dare fiducia': usura e mutuo soccorso tra Otto e Novecento

Lessico e politica del penale

Roberto Cornelli

- 193 Fidarsi, affidarsi e fare affidamento. L'ambiguità della fiducia nelle istituzioni

Roberto Bartoli

- 205 Dritti al cuore del Leviatano tra fiducia, violenza e personalismo

Domenico Pulitanò

- 225 Quale fiducia nel diritto criminale/penale?

- 233 Abstracts

- 239 Autori

Andrea Raffaele Amato

Due anime del *Realismo giuridico italiano*: l'ammissibilità della fiducia testamentaria in una celebre controversia tra Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali negli anni Ottanta dell'Ottocento

1. *Al di là della tela: Fiducia testamentaria e prospettiva realista in Les oiseaux de proie (Le Testament) di Alexandre Struys*

Camminando per gli splendidi saloni del Palazzo d'Inverno, oggi sede del prestigioso Museo statale Ermitage di San Pietroburgo, potrebbe capitare di imbattersi, del tutto casualmente, tra le oltre duecentocinquantamila opere d'arte esposte al pubblico – accanto a ben più celebri capolavori di da Vinci, Raffaello, Caravaggio, Rembrandt, Monet, Cézanne, Van Gogh, Picasso e molti altri – nel quadro scandaloso, e dalle sfumature raccapriccianti, di un anonimo pittore realista¹ fiammingo, un tale Alexander Struys², intitolato

¹ Sul realismo nell'arte dalle prime avanguardie di Gustave Courbet, nella Parigi della seconda metà dell'Ottocento, fino alla pittura socialista-sovietica della prima metà del Novecento vedi A. Negri, *Il realismo. Da Courbet agli anni Venti*, Roma-Bari, Laterza, 1989; L. Nochlin, *Il realismo nella pittura europea del XIX secolo*, Torino, Einaudi, 2003; A. De Paz, *Realismo. Situazioni e poetiche artistiche dell'Ottocento europeo fra natura, società e storia*, Napoli, Liguori, 2009; N. McWilliam, C. Méneux, J. Ramos (a cura di) *L'Art social de la Révolution à la Grande Guerre: Anthologie de textes sources*, Paris-Rennes, Publications de l'Institut national d'histoire de l'art/Presses universitaires de Rennes (PUR), 2014; B. Röhr, *Storia del Realismo nelle arti visive*, 3 vol., Roma, Carrocci, 2021, vol. I: 1830-1917. Il realismo come corrente artistica venne anticipati di qualche decennio dal realismo letterario – noto anche come naturalismo o verismo, a seconda dei contesti culturali e geografici di riferimento – che fu l'originale matrice intellettuale dell'intero movimento in Francia come nel resto d'Europa. Sul punto vedi E. Auerbach, *Mimesis: Il realismo nella letteratura occidentale*, Torino, Einaudi, 2000; E. Ghidetti, *L'ipotesi del realismo: storia e geografia del naturalismo italiano*, Milano, Sansoni, 2000; L. Mittner, *Storia della letteratura tedesca. III: Dal realismo alla sperimentazione (1820-1970)*, Torino, Einaudi, 2002; F. Bertoni, *Realismo e letteratura. Una storia possibile*, Torino, Einaudi, 2007; R. Luperini (a cura di), *Il verismo italiano fra naturalismo francese e cultura europea*, San Cesario di Lecce, Manni, 2007.

² Alexander Theodore Honoré Struys fu un pittore belga, autore di ritratti e scene di genere, considerato tra i maggiori esponenti del movimento della cd. *Peinture naturaliste sociale*, attivo tra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo, e divenuto celebre per le sue raffigurazioni, piuttosto crude, della povertà e della miseria nei contesti cittadini e delle periferie industriali. Figlio di un antiquario olandese, Struys nacque il 4 gennaio del 1852 a Berchem, un piccolo villaggio oggi parte della periferia di Anversa. Indirizzato agli studi artistici sin dall'età di sei anni, fu prima allievo del



Alexander Struys, “*Les Oiseaux de proie (Le Testament)*” o “*Birds of Prey (The Will)*”, 1876, Olio su tela, 160x135 cm, Museo statale Ermitage, San Pietroburgo, Russia <<https://www.hermitagemuseum.org/wps/portal/hermitage/digital-collection/01.+paintings/30829>>.

provocatoriamente *Les Oiseaux de proie (Le Testament)*, anche se il titolo originale dell'opera, quando fu presentata per la prima volta, era, molto più violentemente, *God is dood* (tradotto dall'olandese "Dio è morto"). Realizzato nel 1876, quando Struys era poco più che ventenne, e non vantava ancora quella fama che gli varrà il soprannome di «*peintre de la misère nationale*»³ – per le sue agghiaccianti rappresentazioni del disagio delle famiglie operaie nelle periferie industriali, della situazione di estrema povertà dei mendicanti agli angoli delle strade, delle condizioni di vita inaccettabili delle prostitute, degli emarginati, degli infermi o dei pazzi, che potevano trovarsi tra le case diroccate dei bassifondi o dei quartieri più malfamati delle città – il dipinto fu al centro di un grande scandalo, che scosse l'opinione pubblica belga, e spinse le autorità ad impedirne l'esposizione al Salone di Parigi del 1878⁴.

paesaggista Johannes Rutten, all'Accademia d'arte di Dordrecht, e poi dei pittori Polydore Beaufaux e Joseph Henri François van Lerijs, all'Accademia di belle arti di Anversa, dai quali apprese i canoni tipici della pittura storico-romantica fiamminga, di moda nella prima metà del XIX secolo tra i ricchi acquirenti borghesi. Nel 1871 fece la sua prima esposizione a Gand, in Belgio, con scarso successo, e nello stesso anno partì alla volta di Francia ed Inghilterra, con l'amico e collega Jan van Beers – figlio del più celebre poeta romantico fiammingo – per esporre i suoi quadri all'estero. Le mostre furono un fiasco, attirando sul giovane pittore lo sdegno dei critici borghesi, soprattutto a causa della scelta di soggetti miserabili, con ricavi dalla vendita delle opere a malapena sufficienti a consentirgli il rientro in Patria. Nel 1877, a seguito dello scandalo successivo all'esposizione di *Les Oiseaux de proie (Le Testament)*, Struys riuscì ad ottenere una nomina come professore all'Accademia delle belle arti di Wimar, dove ebbe come allievo l'espressionista tedesco Christian Rohlf, ma lasciò l'incarico nel 1882 per dedicarsi completamente alla pittura, trasferendosi prima all'Aia, e poi nel 1884 a Malines, nella provincia industriale di Anversa. Nella periferia cittadina Struys ritrovò finalmente nuove ispirazioni, dipingendo senza uno studio, e ritraendo i mendicanti agli angoli delle strade o le famiglie più povere di operai nelle loro case. Risalgono a questo periodo la maggior parte dei suoi quadri più struggenti, e nonostante la sua pittura fossero apertamente osteggiate dal governo cattolico, numerosi riconoscimenti internazionali non si fecero attendere: medaglia d'oro all'*Exposition universelle* di Paris del 1889, e ancora *Grand prix* all'*Exposition universelle* del 1900, sempre a Parigi. Nel 1902, Struys diventa membro della commissione amministrativa del Salone di Bruxelles, dove giovanissimo, con scarsi risultati, aveva esposto i suoi primi lavori, seguirono successivamente la nomina a vicepresidente della *Société royale des Beaux-Arts*, quella a membro dell'*Académie royale de Belgique* e, infine, quella dell'*Institut de France*, per i suoi meriti artistici, prima della morte avvenuta ad Uccle, piccolo comune fuori Bruxelles, il 25 marzo 1941. Sulla vita e l'opera di questo "sconosciuto" pittore belga, forse ingiustamente sottovalutato, non esiste una monografia di ampio respiro, ma bisogna rifarsi ai cenni a lui riservati sbrigativamente nei manuali generalisti sulla storia dell'arte realista belga. Molto più utili, per un'analisi approfondita, sono le fonti dell'epoca, tra le quali: E. Wesley, *Alexander Struys (Brussel, 17 December '93)* in «Elsevier's Geillustreerd Maandschrift», 1894, pp. 2-20; Max Rooses, *Oude en nieuwe kunst*, in «Uitgave van het willems-fonds», n. 143, 1896, pp. 205-220; F. Khnopff, *Alexandre Struys, a Belgian Painter*, in «The Studio», vol. 41, n. 174, 1907, pp. 283-287.

³ L'epiteto appartiene alla penna del giornalista, scultore e critico d'arte belga Achille Chainaye, che la utilizzò ironicamente, ma con profonda ammirazione, in un suo articolo, apparso sul quotidiano *La Réforme* del 6 agosto 1888, a proposito di *The Breadwinner* (1887), quadro sconcertante rappresentante un padre di famiglia proletario, rimasto infermo presumibilmente a causa di un grave infortunio sul lavoro, che veniva imboccato da una donna. L'opera fu presentata da Struys all'esposizione triennale di Anversa di quell'anno, scatenando un certo clamore sulla stampa dell'epoca a causa della smorfia di disgusto comparsa sul volto di re Leopoldo II, durante la sua visita di inaugurazione della mostra.

⁴ F. Khnopff, *Alexandre Struys, a Belgian Painter*, cit., p. 287.

La motivazione di tanto clamore, si spiega per il soggetto sconcertante scelto dall'artista per la sua tela, che raffigura in primo piano due preti nell'atto di costringere un vecchio moribondo – che giace disteso sul suo letto di morte – a stilare un testamento olografo, guidando la sua mano inerte su un foglio di carta bianco. Il quadro, dai colori cupi e dai toni terrificanti, era il frutto di una provocazione personale, diretta dall'artista contro i chierici gesuiti che avevano convinto il ricco zio, in punto di morte, a lasciare tutto il suo patrimonio alla loro confraternita⁵, e che, in quel delicato momento della storia politica belga, si era trasformato – probabilmente del tutto inconsapevolmente – in una tremenda arringa per denunciare l'avarizia e il malaffare del clero cattolico, spalancando gli occhi dell'opinione pubblica sulla provenienza di parte dei mezzi di finanziamento con cui si sosteneva il partito cattolico belga⁶, in rapida ascesa politica negli anni Settanta dell'Ottocento, a discapito dei liberali al Governo⁷ e delle loro timide iniziative sociali⁸.

Tralasciando in questa sede la polemica anticlericale⁹ – che fa da protagonista indiscussa – l'osservazione del controverso dipinto di Struys ci consente di riflettere da due punti di vista diversi sull'oggetto di queste pagine. Da una parte, infatti, il quadro è perfettamente evocativo della questione giuridica – le disposizioni testamentarie fiduciarie – al centro della controversia presa in considerazione, di cui ci mostra la forma di abuso più pericolosa e temuta, senza dubbio estremizzata, ma non per questo completamente surreale per l'epoca. Dall'altro, riflettendo sul movimento artistico e culturale di cui l'opera è espressione – il realismo – possiamo provare a ripensare una categoria dell'ermeneutica storico-giuridica con la quale comunemente viene affronta-

⁵ *Ibidem*.

⁶ A. Simon, *Le parti catholique belge: 1830-1945*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1958; E. Lamberts, J. Lory (a cura di), *1884 : un tournant politique en Belgique*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1986; e in particolare J.-L. Soete, *Les catholiques et la question du programme (1878-1884)*, Ivi, pp. 45-68; Id, *Structures et organisations de base du parti catholique (1863-1884)*, Leuven, Peeters, 1996; E. Lamberts, *L'influence du catholicisme politique sur la société belge (1830-1995)*, in «Chrétien et sociétés», n. 5, 1998, pp. 7-30.

⁷ M. Michaux, *Les libéraux belges dans l'opposition (1870-1878). Crise d'un parti politique et sous-champ littéraire*, in «CONTEXTES», n. 16, 2015, pp. 1-35.

⁸ Si pensi al destino dell'*Avant-projet de révision du code civil belge*, la cui redazione era stata affidata al celebre esegeta dell'Università di Gent François Laurent, ed il cui riformismo era chiaramente ispirato da una autentica cultura solidarista. Come noto, con l'arrivo dei Cattolici al governo, a seguito delle elezioni del giugno 1884, il progetto di Laurent, considerato eversivo, fu prontamente affondato, insieme alle restanti timide iniziative di legislazione sociale dei liberali. Cfr. E. Bruyère, M. van der Haegen, *De Involed van Het Burgerlijk Wetboek van 1838 Op Het Avant-Projet van François Laurent: Geschiedenis van Een Juridische Kruisbestuiving*, in «Pro Memorie», vol. 18, n. 2, 2016, pp. 193-210.

⁹ Sul sentimento anticlericale nell'opinione pubblica belga tra Otto e Novecento si vedano le riflessioni di J. Stengers, E. Gubin, *Histoire du sentiment national en Belgique des origines à 1918*, 2 voll., Tomo 2: *Le grand siècle de la nationalité belge: de 1830 à 1918*, Bruxelles, Édition Racine, 2002.

to lo studio del pensiero giuridico tra Otto e Novecento, integrandola con una che ha una valenza più squisitamente culturale¹⁰.

Ad un primo sguardo, infatti, il tema della narrazione artistica – a partire dal sottotitolo che il giovane pittore fiammingo sceglie per la sua tela – ruota intorno all'atto giuridico testamento, considerato fin dall'antichità romana¹¹ come il più «formidabile strumento di affermazione della volontà del *de cuius*, messo a disposizione del *civis* dall'ordinamento»¹². Senza il *Testament*, che gli assicurava il patrimonio del defunto, infatti, i due *Oiseaux de proie* si sarebbero trovati senza una carcassa da spolpare. Tuttavia, dopo le leggi eversive e la soppressione degli enti ecclesiastici e delle corporazioni religiose¹³ – introdotte successivamente alla Rivoluzione francese, in Italia come in

¹⁰ L'approccio cui facciamo riferimento (e adesione), è quello della *Legal Culture* promosso in territorio anglosassone da P. Legrand, *The Same and the Different*, in P. Legrand, R. Munday (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 240-311; e poi ripreso ed approfondito in prospettiva comparatistica da R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 710-733; e U. Mattei, *Comparative Law and Critical Legal Studies*, Ivi, pp. 805-825. Nella storiografia giuridica francese la definizione di un simile approccio ha trovato spazio nelle pagine introduttive di S. Dauchy, *Ouverture: Histoires des cultures juridiques*, in «Clio@Themis», 2, 2009, pp. 1-3; per poi essere teorizzato più compiutamente da J.-L. Halpérin, *L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé?* in B. Fauvarque-Cosson (a cura di), *Le droit comparé au XX^e siècle. Enjeux et idées*, Parigi, Société de législation comparée, 2015, p. 155-167; e F. Audren, *Introduction: l'histoire intellectuelle du droit ou la fin du «Grand partage»*, in «Clio@Themis», n. 9, 2015, pp. 1-6; F. Audren, J.-L. Halpérin, *De l'histoire de la culture juridique française à une approche culturelle du droit*, in A.-S. Chambost (a cura di), *Approches culturelles des savoirs juridiques*, Parigi, Lextenso, 2020, p. 15-25; e che più di recente ha rappresentato il fondamento per Id., *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)*, Parigi, CNRS Éditions, 2022. Quanto all'Italia, questo stesso approccio era autorevolmente rappresentato dall'ermeneutica storiografico-giuridica di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione*, Bologna, il Mulino, 1973, pp. 5-11. Per un raffronto dell'esperienza francese con quella italiana, vedi da ultimo G. M. Labriola, *Per una storia della cultura giuridica. Riflessioni su un canone complesso tra Francia e Italia*, in «Historia et ius», n. 10, 2016, paper 18, pp. 1-15.

¹¹ Sul testamento in diritto romano vedi C. M.A. Rinolfi, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant... aut in procintu. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino, Giappichelli, 2020; sullo stesso tema, con una proiezione sul diritto medievale e sull'Età moderna vedi F. Treggiari, *Storia del testamento fiduciario, I. Diritto romano e diritto comune*, 2^a ed. riveduta, Perugia, Margiacchi-Galeno, 2009.

¹² G. Rossi, *Alla ricerca della volontà del testatore. La moglie «domina et usufructuaria» nella interpretatio dei giuristi di diritto comune*, in M. Bassano et. al. (a cura di), *La volontà Italie-France Allers-Retours*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2023, p. 65.

¹³ Sulla vicenda italiana in Età liberale vedi A.C. Jemolo, *La questione della proprietà ecclesiastica nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia (1848-1888)*, Bologna, il Mulino, 1974; e più di recente C. Bersani, *Il pluralismo dei soggetti. Modello dell'opera pia e disciplina della personalità giuridica dai codici preunitari all'unità*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 171-182; G. L. Corradi, Z. Ciuffoletti (a cura di), *La soppressione delle corporazioni religiose e la liquidazione dell'asse ecclesiastico nell'Italia unita. Il caso toscano e le fonti archivistiche (1866-1867)*, Firenze, Mandragora, 2014; F. Campobello, *La Chiesa a processo. Il contenzioso sugli enti ecclesiastici nell'Italia liberale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2017.

molti altri paesi d'Europa per contrastare il fenomeno del cd. asse ecclesiastico – la semplice disposizione testamentaria, da sola, non era più sufficiente a garantire alle istituzioni della Chiesa l'accesso diretto ai beni del *de cuius*, stante il difetto della personalità giuridica da cui erano affette, e che rappresentava il requisito imprescindibile per poter essere nominati successori.

Per questo motivo, allo scopo di eludere i divieti normativi, e la conseguente incapacità successoria¹⁴, i rappresentanti delle istituzioni ecclesiastiche avevano ricominciato a fare ricorso a quella prassi giuridica – ritenuta di antica tradizione romana, ma riscoperta e largamente utilizzata tra il Basso Medioevo e l'Età moderna¹⁵ – che, a partire dal XVII secolo, i giuristi avevano definito come «*testamento fiduciario*», contrapponendo quanto il testatore aveva esplicitamente disposto nella scheda testamentaria con la sua vera volontà rimasta segreta, ed affidata alle cure di un'erede designato, con il compito di trasferire o gestire l'eredità o il legato ricevuto, a vantaggio di un soggetto terzo non successibile – per legge o per pudore – che il più delle volte rimaneva segreto.

Si tratta tecnicamente di un «modo di successione indiretto, che fa perno sull'affidamento e sull'aspettativa di adempimento che il disponente ripone in una persona di fiducia (sua o del beneficiario)»¹⁶. È per questa ragione che il riferimento al testamento, in termini tecnici, «non è da riferire a particolari forme tipiche dell'atto di ultima volontà, determinanti per la sua validità» – che in concreto non differiscono in nulla da quelle di una qualsiasi altra scheda testamentaria comunemente redatta – «ma è da intendere in senso generico, come manifestazione anche solo “sostanziale” dell'ultimo volere» del *de cuius*, «essendo proprio la segretezza – e dunque l'illusione delle formalità legali dell'atto – a denotare la tipologia più caratteristica del negozio fiduciario a causa di morte»¹⁷. Ed è per lo stesso motivo che «la trama della fiducia successoria emerge all'osservazione quasi sempre e solo nel momento in cui il progetto volitivo del testatore entra in crisi» ed il diritto si trova di fronte «alla scelta di dettare regole per sovvenirla, apprestando rimedi contro la sua

¹⁴ Su questo *escamotage*, con argomentazioni a favorevole agli interessi della Chiesa, F. Passani, *Le istituzioni fiduciarie nel diritto civile italiano e la capacità di succedere delle associazioni religiose*, in «Rivista internazionale di Scienze sociali e discipline ausiliarie», XVII, vol. XLIX, fasc. CXCIV, 1909, pp. 342-379.

¹⁵ Quanto all'esperienza giuridica romana si veda di recente M. Milani, *La 'fiducia' in diritto romano. Atti costitutivi, causa, oggetto*, Napoli, Jovene, 2022; e i saggi raccolti in G. Guerrieri, *et. al.* (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna, Bononia University Press, 2022, pp. 11-32; sul modello romano, ma proseguendo la trattazione anche per il diritto comune e l'Età moderna F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2002.

¹⁶ F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* cit., pp. 13-14.

¹⁷ *Ivi*, p. 14.

inesecuzione (ed è stata questa la sorte della fiducia successoria lungo l'età medievale e moderna) o per frustrarla, inibendone l'accertamento e la tutela a vantaggio di altri interessi e valori (ed è questo, in via di massima, l'orientamento prevalso nell'età della codificazione)»¹⁸.

In questi termini si pone anche la nostra controversia, che però merita un'attenzione particolare, rappresentando un vero e proprio *caso paradigmatico* del dibattito giuridico italiano di fine secolo. Non soltanto perché si colloca in quei «fertilissimi» anni Ottanta dell'Ottocento¹⁹ – crocevia del diritto civile tra moderno e post-moderno²⁰ – nei quali la «ventata, apparentemente improvvisa, non faceva che dischiudere le porte della cittadella giuridica a quell'invadente positivismo filosofico che dalle scienze mediche naturali era penetrato con facile conquista nelle scienze sociali e premeva sulla sguarnita muraglia di argilla tirata su dai poveri esegeti»²¹, ma anche perché vede contrapporsi, due giovanissimi protagonisti della scienza giuridica italiana del secolo, il lucano Emanuele Gianturco ed il siciliano Enrico Cimbali, che al nuovo metodo della filosofia positiva – sia pur declinandolo in maniera sensibilmente differente – fanno professione di fede²².

E pure, nonostante quest'assonanza metodologica e l'unità d'intenti che li contraddistingue, le loro conclusioni pratiche in tema di ammissibilità delle disposizioni fiduciarie nel diritto civile italiano si scopriranno diametralmente opposte, scontrandosi con il problema di capire se la fiducia, definita astrattamente in termini di coscienza e morale privata, possa trovare spazio nell'ordinamento codicistico, dando vita ad obbligazioni civili giuridicamente vincolanti – questa è l'opinione proposta da Gianturco – o, invece, debba

¹⁸ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., p. 2.

¹⁹ Si vedano P. Grossi, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 15-54; Id. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-37; G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, 2^a ed. ampliata, Torino, Giappichelli, pp. 38-47 e 121-139.

²⁰ P. Grossi, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno: Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 15-19.

²¹ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana* cit., 2000, p. 14.

²² Oltre alla letteratura storico-giuridica citata, si rinvia a E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni: prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881*, Roma, Fratelli Bocca, 1881; ripubb. in Id., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Lanciano, R. Carabba, 1889, p. 3-33, e anche in Id., *Opere complete di Enrico Cimbali*, 6 voll., vol. III: *Studi di Diritto Civile*, 2^a ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1900, pp. 1-29; E. Gianturco, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia: considerazioni* in «Il Filangieri», VI, Parte I, 1881, pp. 722-744; ripubb. in Id., *Scritti vari (1880-1905)*, Napoli, Stab. Tip. Lanciano e Veraldi, 1906, pp. 74-105, e anche in Id., *Opere Giuridiche*, 3 voll., Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; Per una ricostruzione più matura di questi discorsi sul metodo si vedano rispettivamente E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali: con proposte di riforma della legislazione vigente*, 4^a ed., in *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., 1907, vol. I, pp. 3-12; E. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano. Parte generale*, 3^a ed., Napoli, Luigi Pierro, 1909, pp. 7-81.

essere considerata come semplice vincolo morale, di cui il diritto tollera l'adempimento spontaneo, senza però invischiarsi nel rapporto intimo e segreto tra testatore ed onerato – e questa viceversa è l'opinione sostenuta da Cimballi.

Questo dilemma, e le sue strategie di risoluzione, che toccano il fondamento stesso della nozione di fiducia, come viene tradotta in termini giuridici, rappresenta il fondo della nostra controversia – al di là delle molte argomentazioni (giuridiche e non) sollevate dall'una e dall'altra parte, e della lettura che di questa polemica sarà data dagli spettatori contemporanei – e ci consente di provare a delineare, in maniera certo approssimativa ed embrionale, ma non per questo meno convincente, quei due grandi filoni che saranno gli autentici «caratteri originari e tratti permanenti»²³ della scienza giuridica italiana del secolo XX.

Il *Systema* di diritto civile a base codificata di ispirazione tedesca da una parte, incarnato nel metodo *storico-razionale* adoperato da Gianturco, con un'analisi normativa che tende però sempre verso un convinto Solidarismo²⁴, e che non nasconde qualche irritazione verso le derive proletarie del nascente Socialismo giuridico²⁵; ed il positivismo sociologico comtiano e il darwinismo sociale spenceriano²⁶ dall'altro – provenienti entrambi da ambienti culturali delle scienze sociali d'oltralpe – con il loro metodo rigorosamente *scientifico-sociale*²⁷, attraverso il quale Cimballi propone una riforma ed una reinterpretazione, in senso autenticamente solidarista, della legislazione civile vigente, cercando di tratteggiare quello che egli definiva un diritto *privato-sociale*²⁸.

²³ M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, pp. 591-670.

²⁴ Su questo profilo del pensiero di Gianturco cfr. A. Rocco, *Emanuele Gianturco* in «La Basilicata nel mondo», III, n. 4, 1926, pp. 248-253; e anche in «Nuova Antologia», n. 61, fasc. 1307, Settima serie, vol. 249, della raccolta vol. 327, 1926, pp. 405-414; ripubb. in Id., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, 2 voll., Roma, Società editrice del Foro italiano, 1933, vol. II, pp. 389-404.

²⁵ Su queste categorie dai contorni sfuggenti, sulla cui distinzione però è bene intendersi fin da subito vedi M. Stronati, voce «Il socialismo giuridico e il solidarismo», in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Appendice VIII: *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2012, pp. 405-412.

²⁶ R. Treves, *Sociologia del diritto: origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 30-67; e più di recente F. Ferrarotti, *Lineamenti di storia del pensiero sociologico*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 19-52, 85-128; F. Boriani, *Introduzione al positivismo sociologico: in Francia, in Inghilterra, in Italia*, Milano, LED, 2002; A. Izzo, *Storia del pensiero sociologico*, 3 voll., vol. I: *Le origini*, Bologna, il Mulino, 2005; R. Varaldi, *Sociologia: dai classici alla modernità. Lineamenti di storia del pensiero sociologico*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 13-30.

²⁷ Cfr. A.-J. Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli, Jovene, 1993, pp. 73-74.

²⁸ G. Solari, *Socialismo e diritto privato: influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), Edizione postuma a cura di P. Ungari, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 111-120.

Quest'ultimo riferimento alle grandi correnti di pensiero della scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento, ci permette, a sua volta, di cogliere, un altro suggerimento – questa volta implicita – proveniente dal quadro di Struys. E questa non riguarda più la questione giuridica oggetto di studio, ma la categoria storiografica che utilizziamo comunemente per classificare indistintamente il pensiero ribelle e visionario di giuristi come Gianturco, Cimbali, Vadalà-Papale, D'Aguanno, Chironi, Filomusi Guelfi, Gabba, Polacco, Simoncelli, Vivante, Salvioli, e più in generale di tutta la parte più fervente della scienza giuridica italiana a cavallo tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo²⁹, anche oltre gli angusti confini del civile³⁰. Il riferimento è a quell'«indicazione imperfetta di un multiforme terreno»³¹, la *civilistica neo-terrica*³² – coniata dal genio di Paolo Grossi – che ha certamente il merito di essere riuscita a dare una parvenza di unità ad una «realtà non compatta», che si sostanzialmente in «una istanza di rinnovazione nei canoni metodici e nella visione del giurista e del suo ruolo che un gruppo variegatissimo di civilisti assorbe da un clima e da un'aria dove molti germi nuovi circolano portati da correnti ampie ed ariose», ma che – come ammetteva lo stesso Grossi – «pecca di vaghezza e genericità puntando il dito sul nuovo che affiora ma senza dare contenuti a questo nuovo»³³.

Forse, rinunciando a definire questa «multivocità espressiva»³⁴, partendo dal nuovo metodo di cui questi giuristi si fanno promotori – ma che ciascuno declina poi a modo suo, e con propri riferimenti dottrinali che differiscono sensibilmente gli uni dagli altri, rendendoli di fatto difficilmente conciliabili sotto una denominazione unitaria, sia pur evanescente – possiamo, invece, tentare di recuperare, l'«indole psicologica»³⁵ condivisa da questi stessi scienziati del *iure*, o meglio ancora lo «strato profondo della cultura giuridica italiana» della seconda metà dell'Ottocento (e della prima del Novecento), iscrivendola completamente in quel *canone eclettico* teorico-pratico, teorizzato da Luigi Lacchè per la scienza giuridica italiana del secolo XIX³⁶, e che ci consente, non soltanto di comprenderla in manie-

²⁹ Per una panoramica P. Grossi, *Scienza giuridica italiana* cit., pp. 13-273.

³⁰ Di questo era consapevole M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale (1885-1912)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia* cit., pp. 819-902; Id. *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, Ivi, pp. 493-590.

³¹ P. Grossi, *La scienza del diritto privato* cit., p. 16.

³² Su questa fortunata qualificazione, e sulla sua antitesi la *paleocivilistica*, si veda P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 5-6, 1976-77, pp. 201-338; e più diffusamente Id., *Scienza giuridica italiana* cit., pp. 1-70.

³³ P. Grossi, *La scienza del diritto privato* cit., p. 15-16.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ivi, p. 17.

³⁶ L. Lacchè, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica*

ra più soddisfacente, ma anche di superare quella insoddisfacente «opera in due atti», così come viene ricostruita a partire dalle riflessioni miopi di Rocco e Carnelutti³⁷, riprodotte acriticamente dalla storiografia giuridica tradizionale.

L'idea è quella di poter far emergere, partendo dalle due posizioni, apparentemente completamente antitetiche, di Cimbali e Gianturco – stigmatizzate dalla controversia di cui sono protagonisti – un modo tutto sommato comune di guardare all'architettura giuridica sovrastante ed al problema sociale sottostante che, pur partendo da approcci metodologici e presupposti dottrinali differenti, si sostanzia in una prospettiva culturale che si può definire realista, naturalista o verista (che dir si voglia). E che discende dal modo personalissimo con il quale questi giuristi tentano di «affrontare il concetto stesso di cultura giuridica», sviluppando, ciascuno a suo modo, «l'idea della socializzazione del diritto»³⁸ ed affrancandosi, allo stesso tempo, dall'assolutismo giuridico sette-ottocentesco³⁹. Diventerà preminente, infatti, nel dibattito di queste due figure maggiori, in maniera più o meno evidente a seconda del metodo scientifico adottato, la realtà intesa come fenomeno sociale, e questa viene prima delle sue forme giuridiche positive, che possono essere adattate o addirittura messe in discussione a seconda delle necessità del contesto sociale di riferimento.

Ed ecco che, allora, questi due personaggi ci appaiono davvero come le due anime fondatrici di quello che ci sentiamo di definire, *Realismo giuri-*

italiana dell'Ottocento, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 39, 2010, 153-228; per approfondire questa nozione si veda anche Id., *La nazione dei giuristi. Il canone eclettico, tra politica e cultura giuridica: spunti per una riflessione sull'esperienza italiana della Restaurazione*, in F. Micolo et. al., *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, Parma, Monte Università Parma editore, 2011, pp. 263-307; Id. *I giuristi italiani e il Risorgimento. Una proposta per rileggere la questione della cultura giuridica nazionale e delle "scuole" a partire dal canone eclettico*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4, 2013, pp. 317-361; Id. *Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian style tra '800 e '900* in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», n. 6, nuova serie, 2015, p. 233-268; Id., *On the Italian Style: The Eclectic Canon and the Relationship of Theory to Practice as key-elements of Italian Legal Culture (19th/20th Centuries)*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 34, II, 2017, pp. 263-280; Id. *La "Società dei Giureconsulti". Per uno studio su congressi, azione collettiva e "canone eclettico" tra Restaurazione e Risorgimento*, in «Rivista di storia contemporanea», XXXIV, n. 58, I, 2020, pp. 31-52.

³⁷ L. Lacchè, *Sulla vocazione del giurista italiano* cit., pp. 236-253. Il riferimento è a A. Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», vol. IX, Parte I, fasc. 4, 1911, pp. 285-304; ripubb. in Id., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, cit. vol. I, pp. 5-33; e F. Carnelutti, *Scuola italiana del diritto*, Prolusione al corso di diritto processuale civile nell'Aula Magna della Regia Università di Milano, 22 novembre 1935, Milano, Giuffrè, 1936; Id. *Profilo del pensiero giuridico italiano* in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», IV, vol. LXXXVIII, 1950, pp. 1-20, ripubb. in Id., *Discorsi intorno di diritto*, 3 voll., Padova, Cedam, 1953, vol. II, pp. 163-184.

³⁸ M. Stronati, voce «*Il socialismo giuridico e il solidarismo*», cit., pp. 405.

³⁹ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

dico italiano della seconda metà del secolo XIX⁴⁰, mutuando questa espressione dal parallelo fenomeno culturale, artistico e letterario, di cui il nostro anonimo dipinto è un esempio brillante. Tuttavia, bisogna intendersi, poiché quando facciamo riferimento a questo concetto, non cerchiamo di coniare una nuova denominazione di scuola – perché inevitabilmente questa sarebbe insoddisfacente né più e né meno di quella grossiana, riconducendoci al punto di partenza – invece, quello che si proverà a ricostruire è, più semplicemente, un *paradigma concettuale* per la comprensione dell'antropologia culturale di una parte rilevante della scienza giuridica italiano a cavallo tra un secolo e l'altro, rinunciando contestualmente ad una forzata unitarietà sul piano più angusto del pensiero giuridico inteso unicamente come scienza.

2. Delle fiducie nel diritto civile italiano (1882) secondo Emanuele Gianturco

Quando nel 1882 il venticinquenne avvocato Emanuele Gianturco⁴¹ pubblica a Napoli la sua *Dissertazione sulla fiducia testamentaria nel diritto*

⁴⁰ Siamo ben consapevoli che quando si parla di Realismo giuridico la mente del filosofo, come quella dello storico del diritto, corre veloce a quella corrente di pensiero degli anni Trenta del Novecento che concepisce il diritto alla stregua di un fenomeno psichico collettivo, frutto dell'immaginazione giuridica del giurista e, in particolare, del giudice. Una corrente di pensiero, avversaria del giuspositivismo di matrice kelseniano, rappresentata negli Stati Uniti dal pensiero di Jerome Frank, Karl L. Llewellyn, Oliver W. Holmes, Benjamin N. Cardozo e Roscoe Pound, e nei paesi scandinavi, nelle analoghe ricostruzioni, di Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Alf Ross. Cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, aggiornato a cura di C. Faralli, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 2020, vol. III, pp. 255-273. Quello che noi definiamo *Realismo giuridico italiano*, evidentemente, non ha nulla a che vedere con queste correnti filosofiche novecentesche, peraltro concentrate sulla metafisica del linguaggio giuridico e sulla teoria dell'interpretazione giudiziale, poco avvezza ai rapporti con l'empirismo sociale, in senso proprio, e molto lontane dagli schemi culturali dell'Ottocento. E questo, non soltanto per ragioni squisitamente cronologiche – ci troviamo, infatti, in un tempo che anticipa di molto quelle teorizzazioni – ma, soprattutto, per il fondamento che giustifica l'approccio realista, nel nostro caso fortemente empirico e mai astratto, filosoficamente positivo ma ancora non giuridicamente positivista, almeno nel senso tipicamente kelseniano del termine. In maniera del tutto impropria, a nostro parere, l'espressione «*Realismo giuridico italiano*» è stata utilizzata da filosofo Domenico Coccopalmerio per definire il pensiero di Francesco Carnelutti, che di realistico ed empirico, nel senso da noi tracciato, ebbe davvero ben poco (D. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti: il realismo giuridico italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 1989). Della sua matura *Teoria generale del diritto* (1933), che strizza l'occhio alla sistematica tedesca, ci verrebbe di definirla al più *Impressionista*, soprattutto perché sospesa in quel limbo tra metafisica giuridica pura e prassi forense attuatrice, che fotografa in maniera eccellente la realtà nella sua fattualità senza, però, mai sporcassi le mani con le sue implicazioni sociali. Come avverrà per le istanze sistemiche di Chironi, Coviello e Ferrara, essa rappresenta una metamorfosi culturale del *Realismo giuridico italiano* della secolo XIX, da cui germina nel corso del secolo XX, un pò come l'impressionismo di Monet è figlio del realismo di Courbet, anche se con questo non si confonde.

⁴¹ Sulla biografia e sull'opera di Emanuele Gianturco: A. Mazzacane, voce «*Emanuele Gianturco*», in *Il Parlamento italiano*, vol. VI: 1861-1988. *Crispi e la crisi di fine secolo: da Crispi a*

*civile italiano*⁴², frutto della stesura, in forma monografica, del tema redatto per la prova scritta dell'esame alla libera docenza in diritto civile⁴³, dedicata ad uno dei suoi maestri Diego Colamarino⁴⁴ – professore di Codice civile alla Regia Università di Napoli, e patron di una fiorente scuola civilistica parte-

Zanardelli, Milano-Roma, Nuova CEI, 1989, pp. 467-469; Id. *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco* in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 8-25; F. Treggiari, *Emanuele Gianturco*, in G. Alpa e F. Macario (a cura di), *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, figure di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 297-304; Id. voce «*Gianturco, Emanuele*», in I. Birocchi et. al. (a cura di) *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 992-994; Id. *Un profilo biografico*, in F. Treggiari (a cura di), *Emanuele Gianturco: nuovi studi per i centenari*, Avigliano, Pisani Teodosio, 2013, pp. 17-28; Id. voce «*Emanuele Gianturco*» in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, cit., pp. 413-416. Di grande ausilio è poi F. Treggiari, *Bibliografia degli scritti giuridici e politici di Emanuele Gianturco*, in A. Mazzacane (a cura di) *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., pp. 365-413.

⁴² E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano: Dissertazione*, Napoli, Tipografia della Regia Università, 1882; ripubb. in Id., *Opere Giuridiche*, 3 voll., Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 20-64. Una seconda edizione riveduta ed ampliata del saggio verrà pubblicata, successivamente alla controversia con Cimbali, nel 1884 vedi *infra* paragrafo 5. Quando citata nel corpo del testo, ove non specificato, si farà riferimento sempre alla prima edizione del 1882, intorno alla quale, peraltro, si svilupperà l'intera controversia.

⁴³ Si veda la dedica in epigrafe all' edizione del 1882 intitolata *Al mio illustre Maestro Diego Colamarino* in E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., s.n. di pagina: «*Serbo tuttora una così viva memoria della benevolenza dimostratami, quando frequentavo la vostra scuola, e della cura sollecita ed amorosa, con la quale mi avete incoraggiato dipoi a proseguire gli studi di diritto civile; che io sento il dovere di darvi un pubblico attestato di riconoscenza, dedicandovi la presente dissertazione. Essa vi appartiene per due ragioni: perché l'occasione di scriverla mi è stata fornita da voi, che sceglieste la "fiducia", come argomento della mia prova scritta per ottenere la privata docenza; e perché nelle vostre lezioni ho trovato il germe e la chiave di queste mie ricerche intorno a un istituto così poco studiato sinora.*»

⁴⁴ Diego Colamarino, nato a Torre del Greco 12 gennaio 1837 da una famiglia aristocratica di ricchi proprietari terrieri, fu avviato agli studi giuridici presso la Regia Università di Napoli, dove divenne allievo dell'avvocato e professore di Diritto e legislazione civile Giuseppe Testa. Di indole liberale, e guidato da ardenti ideali patrioti, appoggiò durante il Risorgimento il disegno di Unità nazionale, e nel 1865, con l'emanazione del *Codice civile per il Regno d'Italia*, insieme al maestro Testa, fu tra i primi giuristi meridionali a pubblicarne un commentario (D. Colamarino, G. Testa *Comento al codice civile italiano*, Napoli, Stamperia governativa, 1865). Negli stessi anni si dedicò alla professione di avvocato a Napoli, patrocinando con successo, per questioni civili, anche innanzi alle Cassazioni del Regno; e alla vita politica partenopea, venendo eletto, dal 1867, consigliere al Comune di Napoli, e ricoprendo anche le funzioni di vicesindaco (1868-1870 e 1872). A partire dal 1875, e fino al 1880, fu chiamato dalla Regia Università di Napoli a sostituire, sulla cattedra di Codice civile, il suo vecchio maestro Giuseppe Testa, gravemente malato, di cui poi prese il posto come ordinario dopo la morte. È in questi anni che pubblicò il maggior numero dei suoi scritti giuridici più conosciuti, occupandosi successivamente di contratto di locazione (1876), di enfiteusi (1879), e tenendo corsi universitari sulle obbligazioni (1883), sulla legislazione e sulla giurisprudenza civile (1886-1888). Morì il 25 settembre 1888 nella dimora storica della sua famiglia a Torre del Greco, sita nella strada oggi a lui dedicata. Non esiste nessuna referenza bio-bibliografica di questo noto civilista e professore universitario meridionale della seconda metà dell'Ottocento, solo un catalogo postumo della sua biblioteca privata, oggi andata perduta, è conservato presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze (*Catalogo della Biblioteca legale, appartenente al prof. Diego Colamarino*, Napoli, Bideri, 1889).

nopea⁴⁵ – al contrario di quanto lui stesso affermava, il tema della fiducia era, già da lungo tempo, al centro di un grande dibattito, soprattutto a causa di alcune decisioni giurisprudenziali non in linea con il dettato normativo, e delle opinioni dottrinali contrastanti di più d'uno tra i migliori esponenti della dottrina *paleocivilistica* post-unitaria⁴⁶, i quali, mai come in questo caso, si ritrovarono nella scomoda e, piuttosto inedita, circostanza di non poter fare completo affidamento sulla lettura – per loro dirimente – dei commentari francesi al *Code Napoléon*⁴⁷. A questa particolarissima coincidenza si lega la grande incertezza che dominava sulla materia, e che stimolò, probabilmente, l'interesse scientifico e le capacità inventive del giovane Gianturco, spingendolo – come si vedrà – molto oltre i confini di un'esegesi letterale del testo codificato, fino a concepire quella che – non lo si può negare – è certamente una «*eccentrica dottrina*»⁴⁸ sull'obbligatorietà civile delle disposizioni fiduciarie confessate, ma che, allo stesso tempo, rappresenta un formidabile esempio di argomentazione *storico-razionale* e di esercizio critico, non comune tra i giuristi suoi contemporanei.

⁴⁵ In particolare, sulla formazione giuridica di Gianturco, vedi F. Treggiari, *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XL, 1986, pp. 1235-76; Id. *Scienza e insegnamento del diritto tra due secoli: l'opera e la fortuna di Emanuele Gianturco*, in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., pp. 45-152. Più in generale sul rapporto tra formazione giuridica universitaria e scuole private di diritto nella Napoli della prima metà dell'Ottocento si veda A. Mazzacane, *Università e scuole private di diritto a Napoli nella prima metà dell'Ottocento*, in A. Romano (a cura di), *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medioevo ai giorni nostri. Strutture, organizzazione, funzionamento*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1995, pp. 549-575; F. Treggiari, *Il ruolo degli avvocati nella formazione del giurista (secoli XVIII-XIX)* in «Rassegna forense», anno XXXII, n. 1, 1999, pp. 99-117; L. Moscati, *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000, pp. 131-161; e i saggi raccolti in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986; e in A. Mazzacane, C. Vano (a cura di), *Università e professioni giuridiche in Europa in età liberale*, Napoli, Jovene, 1994.

⁴⁶ Per una panoramica generale sulle figure maggiori della civilistica post-unitaria S. Solimano, voce «*Tendenze della civilistica postunitari*», in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Appendice VIII, cit., pp. 381-388.

⁴⁷ Quanto a questa tendenza interpretativa comune alla stragrande maggioranza dei civilisti italiani negli anni dell'esegesi (1865-1881), si può leggere tra gli altri G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 90-101; G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991; Id. *Codice civile e identità giuridica nazionale*, op. cit., pp. 97-139; N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2002, pp. 37-47; M. Nardoza, *Manualistica e cultura del codice civile tra Otto e Novecento*, Roma, Aracne, 2012, pp. 19-79; R. Ferrante, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015. Per una panoramica sull'*École de l'Exégèse* si veda, oltre al classico volume di R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 255-358; anche il più recente F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française* cit., pp. 21-83.

⁴⁸ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 61-67.

2.1. *Un metro di paragone dell'“eccentricità”: La fiducia testamentaria nel Codice albertino (1837) e nel Codice civile unitario (1865) tra dottrine e giurisprudenze contrastanti*

Per riuscire a comprendere fino in fondo la ricchezza dell'opzione interpretativa e metodologica proposta da Gianturco, e per cogliere a pieno il senso delle sue argomentazioni – anche quanto alle critiche che gli verranno poi mosse dal Cimbali – è necessario fare un passo leggermente indietro, interrogandosi sulle ragioni storico-giuridiche dell'incertezza normativa, e delle conseguenti oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali, in materia di fiducia testamentaria nel diritto civile italiano del secolo XIX. Questo, da un lato, per procurarsi il giusto metro di paragone con il quale misurare la reale “eccentricità” della sua ricostruzione – rispetto a quanto prima di lui la scienza giuridica e la giurisprudenza avevano cercato di teorizzare e statuire – e, dall'altro, per mettere in evidenza la portata davvero innovativa del suo pensiero, che fa di questi un civilista dalla autentica prospettiva realista.

Il delicato problema giuridico, in materia di disposizioni fiduciarie – come nota correttamente Ferdinando Treggiari – nasceva da quel «triangolo imperfetto disegnato dagli artt. 829 (fiducia), 830 (disposizione a favore di persona incerta) e 834 (disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo)»⁴⁹ del Codice Pisanelli che, in luogo di confermare il rigoroso divieto previsto dalla codificazione francese⁵⁰, si era accontentato di ripro-

⁴⁹ Ivi, p. 57.

⁵⁰ Analizzando il dettato del *Code Napoléon* non si troverà una norma specifica che sancisca il divieto assoluto delle disposizioni fiducie, ma questo viene fatto discendere dal combinato disposto dei divieti contenuti negli artt. 896 (sostituzioni fedecommissarie), 969-980 (testamento orale; disposizioni a favore di persona incerta; disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo), così come vennero interpretati dalla dottrina esegetica. Sopravviveva, ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, successiva all'emanazione del codice e con il benplacito della dottrina prevalente, la sola *simple fideuce*, ammessa nell'unica ipotesi in cui questa era palese dalle disposizioni del testatore – dunque, non segreta o semi-segreta, come accadeva generalmente quando l'obbiettivo era quello di frodare la legge – e che questa non costituisse un sostituzione testamentaria senza termine, integrante di fatto un fedecommissario vietato ai sensi dal citato art. 896 *cod. civ.* L'ostilità del legislatore francese verso le sostituzioni fedecommissarie prima e la fiducia poi si giustificano se si guarda all'abuso che fu fatto di questi strumenti giuridici dal Basso Medioevo fino alla fine dell'Età moderna. Le aristocrazie terriere e la Chiesa, infatti, fecero largo utilizzo di questi istituti per preservare, lungo le generazioni e all'interno delle istituzioni ecclesiastiche, i latifondi e le fortune accumulate con il passare dei secoli, sottraendole ai commerci e all'economia del Paese. Già dal tempo del cancelliere giansenista di Luigi XV, Henri François d'Aguesseau, con la sua celebre ordinanza sui testamenti del 1735 (H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les testaments et l'Ordonnance de 1735*, Parigi, Presses Universitaires de France (Puf), 1965), e poi con il *droit intermédiaire* (F. Treggiari, 'Fiduciaritas'. *Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio*, in M. Lupoi (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 45-73), si assiste ad una progressiva stretta normativa in materia successoria, ribadita, almeno di facciata, anche da Napoleone I nel suo *Code civil*. Salvo poi prevedere una serie di eccezioni a favore della aristocrazia napoleonica, che finivano per vanificare lo

durre la più mite disciplina sabauda del 1837⁵¹ che prevedeva all'art. 809 la più blanda «inammissibilità della prova che l'istituzione di erede o il legato fosse solo “*in apparenza*” destinato alla persona designata nel testamento, mentre lo era “*realmente*” a favore di altra persona, anche se le parole del testamento lo lasciassero supporre», con la sola «eccezione al divieto [...] dell'interposizione di persona a favore d'incapaci»⁵².

Ed in effetti, già in sede legislativa, nel Regno di Sardegna, la questione dell'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie, sulla base di un divieto così poco *tranchant*, si era posta all'ordine del giorno, occupando i lavori dei Senati di Piemonte e di Genova, chiamati ad argomentare in sede consultiva, e quelli del Consiglio di Stato e della Commissione legislativa, dove fu approvato il testo definitivo⁵³. Il risultato – tipico dello stile compromissorio italiano⁵⁴ – era stato quello di configurare la fiducia testamentaria alla stregua di un'obbligazione naturale⁵⁵, sfornita di un'azione per ottenerne il coattivo adempimento⁵⁶, ma non per questo vietata in radice dal dettato codicistico, che ne preservava, contemporaneamente, la validità in astratto, qualora fosse stata spontaneamente eseguita dall'onerato e, ovviamente, ove non si

stesso divieto normativo. In generale su questo itinerario storico-giuridico, con particolare riferimento alle ambiguità della politica napoleonica v. F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 10-40.

⁵¹ Ivi, pp. 44-48.

⁵² Ivi, p. 45. Il testo dell'art. 809 del Codice albertino del 1837 recitava: «Non è ammessa alcuna prova che l'istituzione o il legato fatto in favore di persona dichiarata nel testamento non lo sia, che in apparenza, ma che realmente lo sia in favore di altra persona, corpo od opera nel medesimo taciuta, e ciò non ostante qualunque espressione nel testamento, che lo indicasse o potesse farlo presumere. La disposizione di questo articolo non si applica però al caso, che l'istituzione od il legato vengano impugnati, come fatti per interposta persona a favore d'incapaci».

⁵³ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 45-48. Sul punto anche le fonti sono molto esplicite Cfr. V. Pastore, *Codice civile per gli stati di S. M. il re di Sardegna*, 12 voll., Torino, G. Favale, 1841, vol. VII, pp. 33-37; F. Pagani (a cura di), *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, 2 voll., Genova, Tipografia della Gazzetta dei Tribunali, 1856, vol. II, pp. 125-132; E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 26-33; T. Cuturi, *Dei fidecommissi e delle sostituzioni nel diritto civile italiano: studi*, Città di Castello, S. Lapi, 1889, pp. 132-136, 148-153; C. Landolfi, *Le fiducie testamentarie*, Napoli, Anacreaonte Chiurazzi, 1919, pp. 39-54.

⁵⁴ La vicenda, a nostro parere, sembra confermare quanto Stefano Solimano ha sostenuto sul Codice civile albertino come “archetipo” della codificazione unitaria del 1865, pur tenendo i redattori ben presente il modello del *Code Napoléon*, nella sua traduzione italiana ufficiale del 1806. Cfr. in proposito a S. Solimano, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 370-371. Su una posizione analoga vedi anche G. S. Pene Vidari, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 84.

⁵⁵ Sul concetto di obbligazione naturale, così com'era inteso nella civilistica ottocentesca, a partire dall'esegesi delle fonti romane fino alla disciplina nel Codice civile unitario, si vedano rispettivamente, A. Sacchi voce «*Obbligazioni – I. Diritto romano*», in *Il Digesto italiano*, XVI, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1928 (ristampa stereotipa), pp. 629-631; e G. Piola, voce «*Obbligazioni – II. Diritto civile*», in Ivi, pp. 698-699, note 7 ed 8.

⁵⁶ Sulla teoria delle obbligazioni e sulla distinzione tra obbligazioni civili, giuridicamente vincolanti, ed obbligazioni naturali, astrattamente vincolanti ma sfornita di mezzi di tutela, con particolare riguardo agli effetti civili, tra i contemporanei, si veda l'opinione rilevante di V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Verona-Padova, Drucker, 1898, in particolare pp. 41-81.

tramutasse in una sostituzione fedecommissaria vietata dai successivi artt. 873-885 del Codice civile.

Quest'opinione, che ci appare la più conforme ad un'interpretazione lineare del testo codificato, trovò larga considerazione tra i primi commentatori del testo sabardo, tanto che l'avvocato e giudice piemontese Vincenzo Pastore⁵⁷, senza negare qualche perplessità, scriveva che «la legge, nell'opporsi alle fiducie, non avesse in mira di riprovare per se stesso il vincolo di naturale obbligazione, sotto il quale siano pervenuti i beni a colui che è scritto erede o legatario, solamente per adempiere l'intenzione a pro di altra persona manifestatagli dal testatore», ma per far fronte «al pericolo che con siffatta dichiarazione potesse farsi frode alla legge sulla legittima, od a qualunque altra»⁵⁸ disposizione sui vincoli successori previsti dal codice. A questo inconveniente poteva naturalmente evitarsi, secondo il Pastore, «stabiendo che essa non avesse effetto che tra il dichiarante e la persona dichiarata, e non togliesse le azioni dei creditori verso il dichiarante, né pregiudicasse i terzi che avessero con lui, prima di tale dichiarazione, contrattato», né tanto meno avessero valenza per privare «i figliuoli relativamente alla quota di legittima ad essi dovuta»⁵⁹. Tuttavia, anche se questi «ultimi riflessi avevano certamente un peso in favore dell'efficacia della dichiarazione spontanea di accettata fiducia» il legislatore aveva dato prova di preminenti «cautele» facendo prevalere, in punto di diritto, la certezza delle disposizioni testamentarie sui desideri personali dei testatori, affidati ad incerte disposizioni fiduciarie con «il pericolo che, sotto il colore della spontanea dichiarazione discorsa, potesse talora farsi frode alla legge proibitiva delle fedecommissarie sostituzioni», e scansando «nel sistema dell'efficacia di tale dichiarazione, gli inconvenienti tutti delle fiducie»⁶⁰. Un'opinione questa, particolarmente moderata, che fu confermata anche dall'avvocato Vincenzo Cattaneo – noto autore di commentari alle leggi civili, prima del Regno di Sardegna (1845) e poi del Codice civile unitario (1865) – il quale, però, si spinse fino ad affermare una non operatività del divieto di cui all'articolo 809 del codice nel caso in cui l'esistenza del rapporto fiduciario fosse stata spontaneamente confessata dal gravato, formandosi, in questo caso specifico, un'obbligazione giuridicamente vincolante all'esecuzione della prestazione fiduciaria⁶¹, come previsto dalla tradizionale giurisprudenza piemontese di Antico regime⁶².

⁵⁷ A. Lupano, voce «Pastore, Vincenzo», in I. Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico cit.*, vol. II, pp. 1520-1521.

⁵⁸ V. Pastore, *Codice civile per gli stati di S. M. il re di Sardegna*, cit., p. 35, sub. art. 809.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ V. Cattaneo, *Tavole legali civili comparative, ossia gli articoli del codice civile di S.M. Sarda posti in confronto con quelli del codice civile di Francia, colle leggi romane*, Saluzzo, Giovanni Enrici, 1845, p. 100, nota sub. art. 809.

⁶² F. Treggiari, *L'oro e la coscienza cit.*, pp. 7-9. Ci riferiamo in particolare a Senato di Piemonte,

Su una posizione di maggior rigore normativo si attestava, invece, Enrico Precerutti⁶³ – insigne professore straordinario di Codice civile alla Reggia Università di Torino e membro autorevolissimo di tutte le commissioni che si sono succedute per la redazione del Codice civile unitario – la cui impostazione, negli *Elementi di diritto civile patrio* (1861), riprendendo i termini dell'obbligazione naturale del Pastore, sottolineava con determinazione l'insormontabilità assoluta del divieto di prova previsto dall'art. 809, che doveva estendersi necessariamente anche alla stessa validità giuridica delle disposizioni fiduciarie dedotte in testamento⁶⁴. Quest'ultima ricostruzione – che diventerà quella dominante tra gli esegeti del Codice civile del 1865 – fu presto confermata da un celebre arresto della Corte di Cassazione di Milano del 31 maggio 1861⁶⁵, ribadito poi da una pronuncia analoga della Cassazione di Torino del 4 dicembre 1867⁶⁶, che sembrò riuscire a sedare momentaneamente la discussione⁶⁷. E guardando alle date delle due richiamate pronunce, confermate da altrettante successive della stessa indole⁶⁸, non si può fare a meno di confermare integralmente quanto sostenuto da Treggiari

9 febbraio 1764, Carlo Fabre e Carlo Fabre c. Giovanni Guglielmo Rolfo, in F. A. Duboin (a cura di) *Collezione progressiva e per ordine di materie delle decisioni de' Supremi Magistrati negli Stati di Terra Ferma di S.M. il Re di Sardegna*, Tomo I, serie VI, Testamenti, Tomo I, Torino, Eredi Bianco, 1830, pp. 588-616; Senato di Nizza, 6 maggio 1773, de Foresta c. Giovanni Maria Siga, in Ivi, pp. 635-642; Senato di Nizza, 24 novembre 1790, Giuseppe Onorato Maria Ugo c. Vassallo di Castelnuovo Giuseppe e altri, Ivi, pp. 617-635; Senato di Genova, 3 dicembre 1819, Sopranis c. Quartino, in F. Magioncalda *et al.* (a cura di) *Giurisprudenza dell'Ecc.mo Senato di Genova, ossia collezione delle sentenze pronunciate dal R. Senato di Genova sovra i punti più importanti di diritto civile, commerciale, di procedura e criminale*, vol. II (1818-1819), Genova, Tipografia Archiepiscopale, 1827, pp. 439-440.

⁶³ S. Solimano, voce «Precerutti, Enrico», in I. Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico cit.*, vol. II, pp. 1623-1624.

⁶⁴ E. Precerutti, *Elementi di diritto civile patrio*, 2 voll., 2ª ed. ritoccata dall'autore, Torino, Giulio Speirani, 1861, vol. II, pp. 98-99, § 619.

⁶⁵ Cassazione di Milano, 31 maggio 1861, Figari c. Sanfront e Rempicci, in «Giurisprudenza del Regno», vol. XIII, fasc. I, 1862, cc. 596-603; e in «Gazzetta dei tribunali», Seconda serie. Collezione delle sentenze della Corte di Cassazione del Regno, 1861, pp. 74-79. Per un'analisi della decisione vedi F. Treggiari, *L'oro e la coscienza cit.*, p. 56-57.

⁶⁶ Cassazione di Torino, 4 dicembre 1867 Alleori c. Alleori, in «Annali della giurisprudenza italiana», vol. I, Part. I, 1866-1867, p. 415-418; «Giurisprudenza italiana», vol. XIX, Part. I, 1867, cc. 768-773; «Giurisprudenza degli Stati Sardi», vol. VII, Part. II, 1855, pp. 85-88; «La Legge», vol. VIII, 1868, pp. 431-434; «Gazzetta dei tribunali», vol. XIX, 1867, pp. 495-500; «La giurisprudenza», vol. V, 1868, pp. 85-88. La decisione è commentata in F. Treggiari, *L'oro e la coscienza cit.*, p. 56.

⁶⁷ T. Cuturi, *Dei fidecommessi e delle sostituzioni cit.*, pp. 139-143.

⁶⁸ Per limitarci solo alla più ricorrenti, si può citare Corte di appello di Brescia, 23 novembre 1871, Lanzeni c. Ferrari («Annali della giurisprudenza italiana», vol. IV, Part. II, 1873, p. 233); Corte di appello di Napoli, 9 dicembre 1872, Montefusco c. Pisano («La Legge», vol. XIII, 1873, p. 517); Corte di appello di Napoli, 16 maggio 1873 («Giurisprudenza italiana», vol. XXV, Part. II, 1873, c. 385); Cassazione di Napoli, 8 gennaio 1873, Losteria c. Gagliani («Annali della giurisprudenza italiana», vol. VII, Part. I, 1873, p. 194); Cassazione di Torino, 14 luglio 1875, Dasso c. Rossi («Annali della giurisprudenza italiana», vol. IX, Part. I, 1875, p. 484); Cassazione di Firenze, 23 marzo 1876, Cadilò c. Bini («Giurisprudenza italiana», vol. XXVII, Part. I, 1876, c. 370).

sulla genesi della disciplina sulla fiducia testamentaria contenuta nel Codice civile unitario.

«Messo al vaglio della giurisprudenza, l'art. 809 del codice albertino superò evidentemente la prova se, trascorsi poco meno di tre decenni, il suo testo venne riproposto senza varianti nel Codice civile del Regno d'Italia (1865), a parte solo "qualche modificazione formale allo scopo di perfezionarla"»⁶⁹. Con il risultato però, certamente indesiderato, che, riprodotto sul modello del codice sabauda, l'articolo 829⁷⁰ del Codice Pisanelli ne riproponeva anche gli stessi difetti e le stesse incertezze interpretative di fondo. E questo nonostante la più stringente, ed articolata, architettura generale del regime successorio "indiretto", strutturata su due binari paralleli di proibizioni – ammorbidite da eccezioni, fin troppo facili da piegare a scopi fraudolenti nella prassi – e condite da vani divieti – smentiti dalla stessa vacuità delle proibizioni generali di cui erano chiamati a restringere il campo di applicazione. Da una parte si prevedeva, infatti, una regolamentazione dei fedecommessi che ammetteva le sole sostituzioni volgari (art. 895) e proibiva tutte le altre forme di istituzioni fedecommissarie (art. 899), «facendo però salva, a differenza del codice napoleonico, la validità dell'istituzione d'erede o del legato a cui la sostituzione era aggiunta (art. 900)»⁷¹. Dall'altra – sulla falsariga del Codice albertino – l'articolo 829 si limitava a rendere inammissibile la sola prova delle disposizioni fiduciarie, mantenendo teoricamente valida in astratto la fiducia, e contraddicendo, quantomeno in linea applicativa, i due divieti contenuti nell'art. 830 – che dichiarava nulla «ogni disposizione fatta a favore di persona che sia incerta in modo da non poter essere determinata» – e nell'art. 834 – che considerava «parimenti nulla ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo»⁷².

Questo sistema che, considerato nel suo complesso avrebbe dovuto restringere sensibilmente il campo di applicazione della fiducia testamentaria,

⁶⁹ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., p. 53. Una conferma di questo assunto si può trovare, altresì, sfogliando i lavori preparatori del Codice civile del 1865 che poco o nulla si interessarono alla questione, neanche indirettamente. Per limitarci ad un solo esempio, la disposizione non fu oggetto di dibattito in seno alla Commissione di coordinamento, dove furono prese gran parte delle decisioni più cruciali relative al testo definitivo del codice. Cfr. S. Gianzana (a cura di) *Codice civile*, vol. III: *Verbali della Commissione di coordinamento*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1887.

⁷⁰ Il testo dell'articolo 829 cod. civ., recitava: «Non è ammessa alcuna prova che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indicasse o potesse farla presumere. Ciò non si applica al caso che l'istituzione od il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci».

⁷¹ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., p. 54.

⁷² Ivi, pp. 54-55.

fu interpretato – soprattutto a partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento⁷³ – in maniera elastica dalla giurisprudenza⁷⁴, facendo prevalere la tolleranza sul rigore, e dando man forte a quegli esponenti della dottrina che si erano rivelati poco inclini a considerare la proibizione in maniera assoluta, come era stata intesa dal Precerutti per il testo sabauda.

Particolarmente sensibile alla questione dell'ammissibilità della fiducia testamentaria – probabilmente sulla scia dell'opinione ribadita dal Cattaneo nel suo *Codice civile italiano annotato* (1873)⁷⁵ – fu la posizione autorevolissima di Emidio Pacifici-Mazzoni⁷⁶, considerato unanimemente tra i massimi civilisti ed esegeti italiani del tempo, che dapprima nelle pagine del suo *Dizionario di Legislazione e di Giurisprudenza* (1864-1873), e poi in quelle del suo più celebre *Codice civile italiano commentato*, volume III: *Delle successioni* (1875), si espresse chiaramente a favore delle disposizioni fiduciarie, qualora l'onere, erede o legatario, avesse dichiarato che la disposizione in suo favore era stata fatta a lui soltanto nominalmente, ma in realtà fosse destinata ad altra persona, indicata in forza di un segreto accordo con il testatore, spingendosi fino ad affermare che «tale dichiarazione era valida e sufficiente per conferire la qualità e i diritti o d'erede o di legatario»⁷⁷.

Una conclusione di particolare favore quest'ultima – soltanto abbozzata nel 1866 – che il civilista marchigiano non mancherà di argomentare molto puntualmente nel 1875, partendo – come aveva fatto prima di lui il Pastore – da ciò che dal dettato normativo poteva evincersi con certezza.

«Questo divieto è inteso ad impedire le disposizioni fiduciarie che l'uso aveva introdotte; ed è inteso ad impedirle, a fin di chiudere per sempre l'adito alle liti intricate e spesso anche scandalose che provocarono. Benchè la espressione testuale si riferisca alla prova, nondimeno è manifesto che dalla legge è negata ogni azione per costringere l'erede e il legatario nominali o fiduciari a dichiarare la volontà affidata loro dal testatore. Il divieto della prova, che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, è talmente assoluto, che non vien meno neppure allora che nel testamento sianvi espres-

⁷³ Corte di appello di Catania, 22 dicembre 1882, Tirendi c. Fiorini, in «Il Foro italiano», vol. VIII, Part. I, 1883, cc. 431-435; «Monitore dei tribunali», vol. XXIII, 1883, pp. 492-494; «Annali della giurisprudenza italiana», vol. XVII, Part. II, 1883, pp. 145-146; Cassazione di Palermo, 21 agosto 1886, Tirendi c. Fiorini, in «Il Foro italiano», vol. XII, Part. I, 1887, cc. 555-559; «Monitore dei tribunali», vol. XXVIII, 1887, pp. 833-834.

⁷⁴ Ivi, pp. 55-61.

⁷⁵ V. Cattaneo, C. Borda, *Il codice civile italiano annotato*, 2ª ed. riveduta e aumentata, Torino, Camilla e Bertolero, 1873, pp. 628-629, sub. art. 829. Per un giudizio storiografico, forse fin troppo rigoroso, su quest'opera nel più generale panorama dell'esegesi italiana vedi G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 105-112.

⁷⁶ G. Chiodi, voce «Pacifici-Mazzoni, Emidio», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1479-1481.

⁷⁷ E. Pacifici Mazzoni, *Dizionario di legislazione e giurisprudenza civile, commerciale, amministrativa e penale*, 6 voll., Roma, Pallotta, 1866, vol. III, p. 581.

sioni che indichino o facciano presumere la persona che, diversa da quella dichiarata nel testamento, si volle dal testatore gratificare. [...] A più forte ragione i presuntivi eredi legittimi non potranno pretendere di escludere dal beneficio della disposizione la persona dichiarata nel testamento; quand'anche da questo appaia nella maniera più certa e chiara, che quello dovrebbe realmente conseguirsi da altra persona ignota. Quegli cui in ipotesi la disposizione realmente riguardi, non può essere ammesso a far questa prova, neppure se abbia documenti scritti della promessa anco giurata, che la persona dichiarata nel testamento fece al *de cuius*, di eseguirne religiosamente gli estremi voleri a lei manifestati»⁷⁸.

Per questi motivi, sembra concludere il Pacifici-Mazzoni, «il mancamento del promittente sarà più grave, ma fuori del campo giuridico», e questo perché, in astratto «non v'ha disposizione testamentaria a favore dell'avversario di colui che è nominato nel testamento, come gratificato dal testatore», «né v'ha modo per esso di convergerla a favor suo» essendo preclusa la prova scritta e «destituita d'ogni valore è la stessa promessa» segreta dell'onerato al testatore⁷⁹.

Sulla base di questa premessa saremmo tentati di ricrederci, considerando il mancato adempimento della disposizione fiduciaria semplicemente come una condotta moralmente deprecabile, ma priva di qualsiasi rilevanza dal punto di vista strettamente giuridico. E pure, l'insoddisfazione che sembra trasudare dal registro provocatorio con cui il Pacifici-Mazzoni commenta il dettato normativo, ci viene confermata, qualche riga più sotto, da un interrogativo apparentemente del tutto pretestuoso: «Ma se l'erede o il legatario fiduciario manifesti spontaneamente la volontà affidatagli dal testatore, avrà effetto la disposizione a favore dell'erede o del legatario che verrà da lui nominato, come il vero gratificato?»⁸⁰.

Ad un primo sguardo – ammette Pacifici-Mazzoni – «non sembra neppure dubbia la soluzione negativa», e questo alla stregua dei principi contenuti negli artt. 834 e 835 del codice, secondo cui qualsiasi «disposizione testamentaria deve essere essenzialmente contenuta nel testamento; e deve esservi contenuta intera rispetto tanto ai beni che ne formano materia, quanto alle persone a cui favore sono fatte». Tuttavia, nel caso di specie, dove del vero gratificato non è fatta alcuna menzione nel testamento «dottrina e giurisprudenza certissima» considerano «la dichiarazione spontanea di fiducia [...] perfettamente valida»⁸¹.

La certezza incontestabile di questa validità – tralasciando qui l'analisi

⁷⁸ E. Pacifici Mazzoni, *Codice civile italiano commentato con la legge romana le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, vol. III: *Delle successioni*, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli, 1875, pp. 195-196.

⁷⁹ *Ivi*, p. 196.

⁸⁰ *Ivi*, p. 197.

⁸¹ *Ibidem*.

delle motivazioni del codice albertino e della giurisprudenza⁸², su cui pure l'autore si sofferma lungamente nella sua argomentazione – si può dedurre logicamente dallo stesso dettato codicistico, considerando le forme con le quali si costituisce e manifesta il rapporto fiduciario. La dichiarazione di fiducia, infatti, «può esser fatta in qualunque forma; perciocchè la legge non ne prescrive alcuna». Questo significa che la dichiarazione di fiducia, oltre che per atto pubblico e per scrittura privata, in giudizio o fuori, «potrà esser fatta anche verbalmente». «In vero, il fiduciario non riceve realmente la eredità, e perciò neppure a questa rinuncia, dichiarando la volontà confidatagli dal testatore». «Non mi dissimulo che questa maniera di dichiarare la fiducia è grandemente imperfetta e non soddisfa punto ai bisogni della pratica» – confessa Pacifici-Mazzoni – ma d'altronde «su qual fondamento potrassi esigere una forma solenne o anche solamente scritta, e dichiarar nulla la dichiarazione orale?»⁸³.

L'interrogativo è ovviamente retorico, e non ammette una risposta negativa, inducendo contemporaneamente il giurista marchigiano a dover concludere che non essendo sottoposta a vincoli formali di alcun genere, «alla fiducia è dato effetto, per rispetto alla obbligazione naturale o al dovere di coscienza assunti dal fiduciario verso il testatore»⁸⁴. Un'affermazione, quest'ultima, tutto sommato piuttosto scontata, cui era già giunta la dottrina giuridica precedente dal Pastore al Cattaneo, considerando *sic et simpliciter* la fiducia come un'obbligazione naturale. Ma è qui che il ragionamento del Pacifici-Mazzoni, sorprendentemente, finisce per ribaltare completamente il divieto normativo, dimostrando di non potersi accontentare di questa facile conclusione, e favorendo, invece, una soluzione meno rigorosa ma moralmente più accettabile.

La chiave di volta dell'argomentazione sta nel valore vincolante che l'ordinamento deve riconoscere all'obbligazione naturale, originata dal rapporto fiduciario extra-giuridico, ma che, una volta confessata, si fa vincolo giuridico rilevante. Infatti, se come Pacifici-Mazzoni ha dimostrato, il «modo, come essa [la fiducia] venga dichiarata dal fiduciario, è indifferente» – perché la legge non stabilisce una «forma sostanziale a cui la efficacia della dichiarazione sia subordinata»⁸⁵ – questo significa di conseguenza che ciò «che la legge vieta, è la chiamata del fiduciario in giudizio, per costringerlo a dichiarare la volontà confidatagli dal testatore». Non si vieta, invece, la disposizione fiduciaria, e questo è reso palese dal fatto che «quando egli [l'onerato], anziché valersi del diritto di rifiuto, dichiara in qualsiasi maniera la

⁸² Ivi, pp. 197-200.

⁸³ Ivi, p. 200.

⁸⁴ Ivi, p. 201.

⁸⁵ Ivi, pp. 201-202.

fiducia ricevuta, non deve essere ammesso a negare valore ed effetto ad una obbligazione naturale o ad un dovere di onore e coscienza, volontariamente assunto verso il testatore»⁸⁶. Ed è questa sorta di “confessione penitenziale” che rende la dichiarazione valida «a favore di qualsiasi persona, beninteso che sia capace di ricevere dal *de cuius*»⁸⁷, ancorché estranea al testamento. Senza ripercorrere il complesso itinerario casistico, che si snoda tra i molti esempi possibili di confessione, e di conflitto della stessa con i divieti previsti espressamente dal codice in materia successoria, l'autore giunge, in fine, a confermare la conclusione tratteggiata nel *Dizionario di Legislazione e di Giurisprudenza*, ribadendo nuovamente che «una volta dichiarata dal fiduciario la volontà manifestatagli dal testatore, egli, rispetto alla persona da lui designata come la vera gratificata dal testatore, deve considerarsi come se non fosse stato mai erede»⁸⁸.

Questo esito – per molti versi del tutto inaspettato da parte di un cultore servile dell'esegesi normativa come viene generalmente qualificato dalla storiografia giuridica il Pacifici-Mazzoni⁸⁹ – finisce, a sua volta, per mettere in discussione il valore della certezza delle disposizioni testamentarie, su cui si fonda l'intero sistema delle successioni contrattuali del Codice Pisanelli, e rende astrattamente la confessione dell'onerato addirittura più forte della viva voce del testatore. Il trasferimento della stessa qualità di erede dal fiduciario al vero designato avviene a seguito di un meccanismo del tutto estraneo al Codice civile, che si fonda su una sorta di metamorfosi dell'obbligazione naturale in obbligazione civile, per mezzo del fatto giuridico confessione, inteso alla stregua di una sanzione civile per l'onerato che ha confessato il legame fiduciario segretamente stretto con il testatore. Si tratta, evidentemente, di una lettura non molto ortodossa del testo normativo, che però richiede una contestualizzazione più generale nel pensiero giuridico del Pacifici-Mazzoni, rappresentando uno di quei modelli argomentativi sui quali si fonderà l'interpretazione della fiducia testamentaria sostenuta, in parte, dallo stesso Gianturco nella sua *Dissertazione*. Essa appartiene – è il caso di sottolinearlo – alla parte finale della vita e dell'opera del grande civilista marchigiano,

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ivi*, p. 206.

⁸⁹ Per questo giudizio, anche qui forse troppo rigoroso, si veda G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana* cit., p. 40; Id., *Codice civile e identità giuridica nazionale* cit., p. 173; e più diffusamente M. Nardoza, *Manualistica e cultura del codice civile tra Otto e Novecento*, cit., pp. 53-79. In senso parzialmente contrario, invece, sempre in tema di successioni, ma con riferimento alla condizione dei figli naturali, si veda G. Chiodi, *Attenuare la disuguaglianza. La questione dei diritti successorii dei figli naturali nell'Italia postunitaria: echi del dibattito da Pacifici-Mazzoni a Cimballi*, in P. Maffei, G.M. Varanini (a cura di) *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, 4 voll., Firenze, Firenze University Press, 2014, vol. IV: L'età moderna e contemporanea, pp. 162-164.

quando questi si era già in parte affrancato da quell'esegesi più servile⁹⁰, per abbracciare una legalità meno formalistica⁹¹.

L'idea chiave per comprendere quest'allontanamento, nel nostro caso, sta nel considerare la fiducia quale rapporto ibrido, in qualche maniera estraneo ad una disciplina troppo rigorosa da parte dell'ordinamento giuridico, ma del quale, allo stesso tempo, il diritto non può disinteressarsi completamente, pena la sua incoerenza quale sistema complessivo delle relazioni umane. Il riferimento all'obbligazione naturale, in particolare, ha proprio il senso di rinviare ad un fondamento estraneo al diritto, che si fa giuridico, e dunque civile, solo a seguito della confessione, fatto dal quale discende giuridicamente lo spostamento della posizione di erede dall'onerato al vero successore.

Partendo da questa ricostruzione, saremmo tentati di ritenere che la posizione del Pacifici-Mazzoni debba considerarsi come isolata nel panorama della dottrina civilistica italiana del secolo XIX – addirittura “eccentrica” un po' come verrà definita quella del Gianturco – invece, probabilmente grazie alla sua particolare autorevolezza, questa sarà seguita da più di un'interprete. Tra questi – anche se non sono tutti citati nella bibliografia del Gianturco⁹² – si possono ricordare il professore di diritto civile torinese Giuseppe Buniva⁹³, nel suo *Trattato delle successioni legittime e testamentarie* (1870)⁹⁴, l'avvocato messinese Antonio Fulci⁹⁵, nella raccolta *Delle successioni legittime e testamentarie* (1873-1875)⁹⁶, il consigliere della Cassazione di Firenze Baldassarre Paoli⁹⁷, nelle sue *Nozioni elementari di diritto civile*

⁹⁰ Sul fermento culturale dell'ultimo Pacifici-Mazzoni, e sulla sua insoddisfazione verso la dottrina giuridica a lui contemporanea ha riflettuto di recente L. Lacchè, *Storia della scienza giuridica italiana e storia della magistratura: metodo, problemi e intersezioni*, in «Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura», n. 6, 2021, pp. 29-30. Per valutare l'entità di questa tensione culturale, almeno nell'ultimo scorcio della sua vita, si può rinviare all'*Introduzione* dell'ultima edizione, pubblicata postuma, del suo celebre manuale istituzionale E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3ª ed. ordinata a sistema e corredata della Giurisprudenza posteriore alla seconda, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli, 1880, vol. I (unico pubblicato in questa edizione), pp. VII-LX.

⁹¹ Sulla questione, in generale, si può rinviare alla lettura di M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento* in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 40, 2011, pp. 721-745.

⁹² E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. VII-VIII.

⁹³ A. Abena, voce «Buniva, Giuseppe» in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 359-360.

⁹⁴ G. Buniva, *Delle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile del Regno d'Italia: Trattato*, 2ª ed., Torino, Arnaldi, 1870, pp. 235-245.

⁹⁵ A. Cappuccio, Antonio Fulci, in G. Pace Gravina (a cura di), *Avvocati a Messina. Giuristi tra foro e cattedra nell'età della codificazione*, Messina, GBM, 2007, pp. 101-114; V. Calabrò voce «Fulci, Antonio» in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 911-360.

⁹⁶ A. Fulci, *Delle successioni legittime e testamentarie*, Messina, Tipografia Popolare, 1873-1875, nota sub. art. 829.

⁹⁷ S. Ambrosio, voce «Paoli, Baldassarre», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, p. 1503.

(1875)⁹⁸. Certo non una grande folla, ma pur sempre un folto ed eterogeneo gruppo di specialisti del *iure* che vale, comunque, a segnalare una piuttosto inedita spaccatura nella *paleocivilistica* post-unitaria, i cui più noti esponenti dal maceratese Francesco Ricci⁹⁹ al ferrarese Luigi Borsari¹⁰⁰, passando per Bianchi, Vitali e Mirabelli¹⁰¹, si accontentavano, nella maggior parte dei casi, di estendere i confini del divieto della prova alla stessa disposizione fiduciaria, parafrasando acriticamente le argomentazioni dei commentari francesi più celebri dalle *Institutes de droit civil français* (1808) del Delvincourt fino a quelle più recenti del *Cours de droit civil français* (1836-1846) di Aubry e Rau, senza tralasciare le pagine di Demolombe, Duranton, Troplong, Loqué, Marcadé e Laurent, tutte più o meno sfavorevoli ad una ammissibilità della fiducia testamentaria, stante il divieto desumibile dal dettato del *Code civil*. È per questo motivo che, per quanto la si cercasse assiduamente, la risposta al quesito sull'obbligatorietà della disposizione fiduciaria confessata era del tutto estranea al dibattito degli esegeti francesi, che non si ponevano affatto la questione. Ed è probabilmente questa stessa circostanza che indusse quella parte più fervente della civilistica italiana, di cui il Pacifici-Mazzoni ed il Cattaneo sono l'esempio più eclatante, ad argomentare una soluzione autonoma, del tutto slegata dalle considerazioni dei giuristi d'oltralpe, tanto contestabile, dal punto di vista strettamente normativo, quanto indicativa di un'analisi giuridica che poteva ritenersi, per una volta, frutto dell'*Italian style*¹⁰². Fondata giuridicamente sull'applicazione pratica di quelli che lo stesso Cattaneo, già nel 1865, alla prima edizione del suo commentario, non esitava a denominare come «*principi generali del diritto*», ossia quelle «idee fondamentali del giusto tratte dal diritto naturale, che si perpetuano malgrado i più profondi cambiamenti di legislazioni, e che, sublimite in principii per mezzo dell'uso e della tradizione, hanno la stessa forza che avrebbero se fossero state distese in articoli di legge»¹⁰³.

⁹⁸ B. Paoli, *Nozioni elementari di diritto civile*, vol. II: *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Genova, Tipografia R. I. de'sordo-muti, 1875, pp. 266-268.

⁹⁹ F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. III: *Delle successioni*, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1893, pp. 267-274.

¹⁰⁰ L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, Part. 1, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1874, pp. 491 ss.

¹⁰¹ Queste posizioni sono ben riassunte e sistematizzate, con i riferimenti alla dottrina francese e alla giurisprudenza, in C. Losana, voce «*Successioni testamentarie*», in *Il Digesto italiano*, XXII, parte IV, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1896, pp. 191-2111. In queste pagine, l'autore confuta tanto le argomentazioni del Pacifici-Mazzoni quanto quelle del Gianturco, dando conto, allo stesso tempo, della controversia con il Cimballi vedi *Infra* paragrafo 5.

¹⁰² Su questa categoria, intesa quale «dimensione "antropologica" del giurista italiano» dell'Ottocento, v. L. Lacchè, *Sulla vocazione del giurista italiano cit.*, pp. 233-236.

¹⁰³ V. Cattaneo, C. Borda, *Il codice civile italiano annotato*, 1^a ed., Torino, Dell'Unione Tipografico-Editrice, 1865, p. 30, sub. art. 3. Per una contestualizzazione di questo passaggio, e per una critica rispetto alla delicata questione del diritto naturale e dei principi generali del diritto vedi G.

2.2. *L'interpretazione storico-razionale della fiducia come obbligazione civile in senso stretto.*

In questo punto esatto del dibattito – tra la compiuta teorizzazione del Pacifici-Mazzoni ed il *revirement* della giurisprudenza tardo ottocentesca – si innesta la monografia del Gianturco, che tenta di risolvere la questione della fiducia, prendendo le mosse dalle conclusioni del giureconsulto marchigiano, con un orientamento però differente, che potremmo definire più strettamente civilistico, ma non per questo rigidamente formalista. Si tratta di una metodologia argomentativa che, nel solco del *canone eclettico*, ci riporta all'applicazione, con qualche correttivo *liberal-solidarista*, di quel metodo *storico-razionale* – proprio della scuola giuridica napoletana, e più in generale meridionale dell'Ottocento – eminentemente pratico nel suo orientamento teleologico, ma fondato su una solida conoscenza delle fonti storiche – per lo più romanistiche e di diritto comune – asservita, però, ad una lettura razionalmente orientata del dettato codicistico, sempre verificato nei suoi assiomi teorici sulla base di un rigoroso riscontro casistico.

Dell'evoluzione storico-giuridica e dei fondamenti teorici e culturali di questo approccio tesserà le lodi Enrico Pessina¹⁰⁴ nel suo celebre discorso sulla scuola giuridica napoletana del 1882¹⁰⁵, pronunciato per la commemorazione dei busti degli avvocati partenopei¹⁰⁶ nel salone d'onore del Castel Capuano di Napoli, e che vedeva, tra gli altri, nel civilista Roberto Savarese¹⁰⁷

Cazzatta, *Codice civile e identità giuridica nazionale* cit., pp. 108-112; A. Sciumè, *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 41-90; Id. *Principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 19-66, 107-162. Il pensiero giuridico del Cattaneo esattamente come quello del Pacifici-Mazzoni – come si è provato a far emergere – è stato oggetto di una lettera particolarmente rigorosa da parte dalla storiografia, che forse è opportuno ridimensionare, guardando anche a questa singolare vicenda.

¹⁰⁴ D. Luongo, *Enrico Pessina*, in S. Borsacchi, G. S. Pene Vidari (a cura di), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 673-682; M. N. Miletta, voce «Pessina, Enrico», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1554-1558.

¹⁰⁵ E. Pessina, *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto: discorso*, letto il 5 marzo del 1882 nella grande aula della Corte di appello di Napoli, in L. Landolfi (a cura di), *I busti di Castelcapuano. 5 marzo 1882*, Napoli, Morano, 1882, pp. 49-80.

¹⁰⁶ Sulle vicende dell'avvocatura napoletana come corpo di specialisti del diritto, non soltanto pratici, ma impegnati anche nella speculazione dottrinale, e più in generale culturale meridionale dell'Ottocento vedi P. Beneduce, *Il corpo eloquente: identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1996; A. Cafiero, *Storia dell'avvocatura napoletana in età liberale*, Napoli, Lettere italiane, 1997; A. Lovato, *Diritto romano e avvocatura napoletana intorno alla metà dell'Ottocento*, in «Labeo», XLIII, I, 1997, pp. 75-102; S. Torre, I «Principi del Foro». *L'avvocatura napoletana dai Borboni all'unità d'Italia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane (ESI), 2013.

¹⁰⁷ A. Lovato, voce «Savarese, Roberto», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1808-1809; S. Torre, voce «Savarese, Roberto», in *Dizionario Biografico degli italiani*, vol. XC, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2017, pp. 747-750. Sulla genesi del metodo *storico-razionale* di Savarese e sulla cultura «eclettica» di cui si nutrivà il

il suo grande fondatore, ed in Giuseppe Pisanelli¹⁰⁸ il suo alfiere più autorevole, oltre che nella rivista *Il Filangieri*¹⁰⁹ il suo più elegante salotto culturale¹¹⁰. L'afferenza del giovane Gianturco a questa scuola è dimostrata, oltre che dal metodo di argomentazione utilizzato – su cui ci soffermeremo di qui a breve – e dalla collocazione dei suoi primi contributi pubblicati tutti tra le pagine de *Il Filangieri*, anche da un fattore che possiamo definire generazionale. Tanto il suo maestro civilista, Diego Colamarino, quanto il suo *patron* romanista, il pugliese Giuseppe Polignani¹¹¹, si erano formati entrambi sotto

suo pensiero giuridico, sempre orientato verso la prassi applicativa, si rinvia allo splendido affresco tracciato da E. Cenni, *Della mente e dell'animo di Roberto Savarese*, in F. Persico (a cura di), *Scritti forensi di Roberto Savarese*, Napoli, Giuseppe Margieri, 1876, pp. V-CIII.

¹⁰⁸ M. N. Miletti, *Giuseppe Pisanelli*, in S. Borsacchi, G. S. Pene Vidari (a cura di), *Avvocati che fecero l'Italia*, cit., pp. 689-724; C. VANO voce «Pisanelli, Giuseppe», in Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1600-1602. Per ricostruire il pensiero giuridico di Pisanelli, e la sua appartenenza al cenacolo partenopeo tra foro, università e scuole giuridiche private, si vedano alcuni dei saggi raccolti in C. Vano (a cura di) *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, Napoli, Jovene, 2005; ed in particolare, O. Confessore, *Giuseppe Pisanelli, un mediatore meridionale "schiettamente italiano"*, pp. 127-148; L. Lacchè, *Il discorso costituzionale nell'opera di Pisanelli*, pp. 149-173; A. De Nitto, *Intorno al problema della legislazione in Giuseppe Pisanelli*, pp. 185-208; L. Nuzzo, *L'ombra del monumento. Giuseppe Pisanelli e la cultura giuridica di una periferia*, pp. 269-312; G. Vallone, *Teoria e pratica del diritto in Giuseppe Pisanelli*, pp. 315-342.

¹⁰⁹ È forse superfluo ricordarlo ma, a partire dalla sua fondazione nel 1876, ad opera di Giuseppe Pisanelli, Federico Persico, Enrico Pessina e Giuseppe Polignani, e con redattori in capo gli avvocati Giuseppe Trono e Pasquale Grippo, *Il Filangieri. Rivista periodica mensile di scienze giuridiche e politico-amministrative*, a vocazione eminentemente pratica, raccoglieva, intorno al suo comitato di direzione, tutto il meglio della scuola giuridica e del foro napoletano (e meridionale) del tempo. Basta sfogliare il primo numero della rivista (limitandoci soltanto ai civilisti ed ai romanisti) per ritrovare molti tra i nomi dei più eminenti giureconsulti del tempo, quali Diego Colamarino, Nicola de Crescenzo, Francesco de Filippis, Giuseppe Polignani, Pasquale Stanislaw Mancini, Luigi Froio, Stefano Iannuzzi e molti altri, tutti legati a quella cerchia dove si ritrovano gli allievi e promotori della dottrina civilistica di Roberto Savarese e del suo metodo *storico-razionale*. Questa professione di fede trova una riscontro documentale nella recensione densa che il redattore Giuseppe Trono dedica, in apertura della rassegna bibliografica, alla raccolta delle allegazioni processuali del Savarese, curata dal direttore della rivista Erico Persico, con introduzione dello storico e giurista Enrico Cenni (*Della mente e dell'animo di Roberto Savarese*, cit.), e pubblicata quello stesso anno per commemorare la scomparsa del giureconsulto napoletano (G. Trono, [Recezione a] *Scritti forensi di Roberto Savarese*, in «Il Filangieri», anno I, Parte I, 1876, pp. 174-176).

¹¹⁰ Sulla dimensione culturale delle riviste giuridiche nell'Ottocento quale «medium per costruire una sfera pubblica dei giuristi», come «un laboratorio ma anche un pubblico», e ancora come spazio di confronto specialistico «che mette in collegamento i giuristi con i lettori» specializzati, stimolando confronti, v. L. Lacchè, M. Stronati, *La 'cultura' delle riviste e le scienze criminali. Introduzione*, in Id. (a cura di) *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, EUM, 2012, pp. 7-19.

¹¹¹ A. Lovato voce «Polignani, Giuseppe», in I. Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1611-1612. Sull'appartenza del Polignani alla scuola di Roberto Savarese vedi F. P. Casavola, *La Romanistica napoletana. Dalla seconda metà dell'800 alla Grande guerra*, in F. Galgano, R. Basile (a cura di), *Il Palazzo dell'Università. Casa comune della cultura giuridica*, Catalogo della Mostra-Convegno per i cento anni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, Federico II University Press, 2019, p. 25.

gli auspici di questo stesso metodo, che era il più comune tra i giuristi e gli avvocati cresciuti nell'ambiente del foro napoletano. E pur innovandolo in parte, soprattutto quanto ai riferimenti culturali stranieri, tutti e due ne trasferirono la sostanza ai loro discepoli, che, più o meno fedelmente, ne riproposero i postulati nelle loro trattazioni, come avviene per il giovane giurista lucano nella sua *Dissertazione* del 1882.

Come era prevedibile dai canoni prediletti dagli accademici italiani dell'Ottocento, «il libro di Gianturco sulla fiducia si presenta perfettamente diviso fra storia e dottrina»¹¹², con una fortissima sinergia tra lo studio delle radici storiche dell'istituto, e le sue ricadute sull'esegesi delle norme codicistiche, con il ricorso «alle fonti romane e alla dottrina del diritto comune, dalle quali era possibile trarre sussidi utili a costruire una convincente ermeneutica delle disposizioni vigenti»¹¹³. Di questa tecnica argomentativa, che rappresentava in qualche caso l'anticamera dell'esegesi più servile, il giovane Gianturco dimostra, con grande furbizia, di essere padrone e di saperla sfruttare a suo vantaggio, senza per questo però sovrapporre il piano dell'analisi storica delle fonti romane e di diritto comune con quello dell'interpretazione razionale del dettato codicistico.

Quanto alla prima parte del lavoro, quella più propriamente storiografica¹¹⁴ – che rappresenta la prima fase del metodo *storico-razionale* – l'obiettivo manifesto è quello di dimostrare che «le fiducie nel senso proprio furono ignote al diritto romano»¹¹⁵, avvalorando, con l'analisi di ulteriori fonti, una posizione che era stata già espressa dal romanista e pandettista Filippo Serafini¹¹⁶, in un suo breve scritto sulla fiducia comparso nell'*Archivio giuridico* nel 1869¹¹⁷, profondamente critico nei confronti dell'argomentazione del Buniva sull'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie¹¹⁸. La trattazione sul diritto romano – come il resto della disamina storica del Gianturco quanto al Medioevo – appare ricca e pregevole in rigore scientifico, e reca l'impronta degli studi pandettistici del Polignani¹¹⁹, con il riferimento ampio alla lette-

¹¹² F. Treggiari, *L'oro e la coscienza*, cit., p. 65.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 1-36.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 3.

¹¹⁶ E. Stolfi, voce «*Serafini, Filippo*», in I. Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1850-1851.

¹¹⁷ F. Serafini, *Nuovi studii sulle disposizioni d'ultima volontà rimesse all'arbitrio di una terza persona secondo il diritto romano e il codice civile italiano con riguardo alla recente opera di Arndts*, in «*Archivio giuridico*», IV, 1869, p. 177.

¹¹⁸ *Ivi*, pp. 184-185.

¹¹⁹ Un riferimento obbligato, sia pur non citato dal Gianturco, furono certamente tanto G. Polignani *Sinopsi delle pandette giustinianee [...] ad uso de' suoi uditori*, vol. I: *Parte generale*, Napoli, Francesco Giannini, 1874; che egli dovette ascoltare dalla viva voce del Maestro nei suoi corsi di diritto romano alla Reggia università di Napoli; quanto, ovviamente, T. Marezoll, *Trattato delle istituzioni del diritto romano*, tradotto dall'originale tedesco sull'ottava edizione di Lipsia 1866 per

ratura tedesca e, prevalentemente, alle pandette nella ricostruzione di Christian Friedrich von Glück¹²⁰, oltre che allo studio delle fonti del diritto germanico di Otto Stobbe¹²¹. L'analisi romanistica appare tanto rigorosa, e ricca di riferimenti diretti ai frammenti del *Corpus iuris civilis*, da meritare molte citazioni, al fianco di quelle di autori molto più importanti di lingua tedesca, nella ricognizione storica della voce *Fedecommesso* del *Digesto Italiano* (1895)¹²², redatta da uno dei massimi romanisti del tempo, il toscano Biagio Brugi¹²³, e finisce per sostituirsi completamente al breve contributo del Serafini, di cui Brugi non fa menzione neanche in bibliografia. Senza dilungarci sulle questioni romanistiche e sul diritto medievale, che esulerebbero dalla nostra trattazione, possiamo riassumere la conclusione cui giunge il Gianturco, riprendendo una riflessione introduttiva, che ci sembra particolarmente degna di considerazione, soprattutto per il modo in cui mette a nudo una prassi tipica, non soltanto tra i giureconsulti medievali, ma anche, tra i più dotti giuristi a lui contemporanei, e che si sostanzialmente in un utilizzo, a fini legittimanti, del diritto romano, anche quando questo significava snaturarne l'autentico contenuto storico¹²⁴, come era avvenuto nel caso della fiducia.

«A misura, che l'antico principio romano della certezza dell'eredità viene scosso e quasi abrogato dal diritto consuetudinario, le fiducie si fanno strada; e glossatori danno

Giuseppe Polignani, 2^a ed. italiana con l'aggiunta di un quadro cronologico della storia del diritto romano e di un indice di tutti i titoli de' libri di diritto civile e canonico, Napoli, Perrotti, 1866; che fu presumibilmente il manuale di diritto romano su cui si formò il giovane Gianturco. Per un'analisi strutturata dell'avvento della pandettistica in Italia, almeno quanto alla traduzione ed annotazione delle opere tedesche da parte dei romanisti italiani tra XIX e XX secolo vedi F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Giappichelli, Torino, 2016. In particolare, sulla traduzione delle pandette di Marezoll ad opera del Polignani, Ivi, pp. 177-184.

¹²⁰ In questa prospettiva la scelta di utilizzare le pandette di Glück non appare casuale, soprattutto per i loro tipico approccio pratico che si rivolge più agli avvocati per le loro allegazioni forensi che ai dotti scienziati per le loro ricostruzioni storiche. Cfr. F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica* cit., pp. 212-220.

¹²¹ Sull'opera di questo celebre germanista dell'Università di Lipsia v. B. Scholze, *Otto Stobbe (1831-1887). Ein Leben für die Rechtsgermanistik*, Berlino, Duncker & Humblot, 2002.

¹²² B. Brugi, voce «*Fedecommesso (diritto romano, intermedio, odierno)*», in *Il Digesto italiano*, XI, Parte I, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1895, p. 588-669.

¹²³ A. Masi, voce «*Brugi, Biagio*», in I. Bircocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 342-345. Sul pensiero di Brugi, e sulla sua modernità, non si può fare a meno di citare per un approfondimento monografico M. Meccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», n. 30, 2001, pp. 361-476.

¹²⁴ Lo studio del diritto romano come strumento di interpretazione per colmarne le lacune del diritto codificato o per razionalizzarlo, aveva dato origine, già dai tempi delle prime codificazioni preunitarie ad un vero e proprio genere letterario-giuridico di commento e confronto cfr. R. FERRANTE, *I codici civili confrontati al diritto romano. Un genere letterario e un'ideologia giuridica nel passaggio dal diritto comune al diritto codificato* in D. Mantovani, A. Padoa-Schioppa (a cura di), *Interpretare il Digesto: storia e metodi*, Pavia, IUSS Press, 2014, pp. 487-499.

loro una fisionomia giuridica romana, facendo tesoro di alcune leggi del Digesto e del Codice. La fiducia nacque a parer mio pel simultaneo concorso di molte e varie cause, fra cui il *ius spoli*, il *mortuarium*, e l'istituto dei *manufideles*; ma, benché fossero ignote e all'antico e all'ultimo diritto romano, pure per opera di glossatori e dei pratici posteriori trovarono in questo gli elementi giuridici, con cui furono disciplinate. Vi è negli antichi giuristi una generale tendenza, la quale nasceva dal concetto che il diritto romano contenesse tutti gli elementi per costruire una legislazione compiuta per ogni popolo e in ogni età; la tendenza cioè di ridurre a tipi romani anche gli istituti nuovi, nati da diverse cause e diretti a soddisfare diversi bisogni, quasi che la produttività giuridica si fosse del tutto esaurita in Roma»¹²⁵.

Più che al diritto romano ed alla tradizione di diritto comune, dunque, per rispondere alla questione dell'ammissibilità della fiducia nel diritto civile italiano in prospettiva storica, secondo Gianturco – ripercorrendo in questo la strada intrapresa prima di lui dal Pacifici-Mazzoni, ma senza citarlo direttamente – bisognava guardare alla genesi dell'art. 809 del Codice albertino che «rimutò un tratto l'istituto delle fiducie, respingendo tanto l'antica dottrina, che in ogni caso le dichiarava valide, quanto la francese, che li annullava»¹²⁶. Fondamentali a questo scopo appaiono i lavori preparatori del testo sabauda che «hanno importanza grandissima per la retta intelligenza del diritto vigente», tanto per «la discussione profonda che ebbe luogo su questo argomento», ed altrettanto «perché l'articolo 829 del Codice civile italiano, tranne alcuni piccoli mutamenti di pura forma, è identico al citato articolo 809»¹²⁷. Da questa lettura emergerebbe, senza alcun dubbio secondo Gianturco, che la Commissione legislativa che aveva redatto il testo dell'articolo 809, nella sua versione originale, prima della modifica in Consiglio di Stato, «non aveva in mira di togliere anche l'obbligazione naturale del fiduciario»¹²⁸ – come per altro era stato già sostenuto dal Pastore nel 1841 – tanto è vero che la prima versione della norma recitava:

«Quando l'erede o legatario adempiendo la fede data al testatore, dichiara le persone, a cui favore sia realmente fatta la disposizione, questa dichiarazione essendo fatta per atto pubblico, avrà bensì effetto tra il dichiarante la persona da lui dichiarata, ma non toglierà le azioni dei creditori e legatari verso il dichiarante, ne pregiudicherà i terzi, chi avessero prima di tal dichiarazione con lui contratto, ni i figliuoli relativamente alla quota di legittima ai medesimi dovuta»¹²⁹.

Il testo, ovviamente, è molto diverso, e certamente più esplicito, di quello dell'articolo 809 approvato successivamente, ma questo induce il Gianturco a ritenere, a maggior ragione, che dal punto di vista della ricostruzione sto-

¹²⁵ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 2-3.

¹²⁶ Ivi, p. 26.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Ivi, p. 28.

¹²⁹ Ivi, p. 29.

rica non si possa negare un certo favore, da parte dei redattori, per l'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie in caso di confessione, nonostante quella modifica dettata da ragioni di opportunità. Questo viene confermato, se si considera che «nei diversi progetti del codice civile italiano l'articolo 809 non subì che lievissimi mutamenti di forma, e non fu fatta alcuna proposta per mutare la dottrina delle fiducie»¹³⁰. E da questo si può dedurre, a sua volta, che i principi che avevano guidato i lavori della Commissione sabauda dovevano considerarsi, a tutti gli effetti, validi anche per l'art. 829 del codice vigente, ossia «che le fiducie [...] non furono né del tutto permesse, né del tutto vietate» e che «esse si debbono nettamente distinguere dall'istituzione di erede e dai legati rimessi all'arbitrio di terzo»¹³¹. Questo secondo principio, in particolare, era stato oggetto di una conferma da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione di Milano, 31 maggio 1861¹³², con la quale il supremo giudice di legittimità aveva provveduto a risolvere la pretesa antinomia tra il divieto di disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo e la fiducia, dichiarando implicitamente valide le disposizioni fiduciarie, ove queste non fossero state contrastanti con altri divieti previsti dal codice. Per questo motivo, concludendo la sua disamina storica, Gianturco sente di poter affermare, che «oggi la giurisprudenza è tutta concorde nel ritenere, che l'articolo 829 non è in antinomia con l'articolo 834» del codice, e «che quindi le istituzioni fiduciarie sono validissime e conferiscono la qualità di erede a chi è nominato nel testamento»¹³³, come avevano concluso, prima di lui, il Cattaneo ed il Pacifici-Mazzoni.

Tuttavia, l'analisi storiografica e giurisprudenziale, da sola, non rappresenta che una parte dell'argomentazione propria al metodo *storico-razionale*, ed a questa è necessario aggiungere tutte le considerazioni che si possono trarre dall'applicazione della logica-deduttiva all'intero articolato codicistico. Ed è qui che emerge tutta quella prospettiva sistemica che caratterizzerà il pensiero maturo del Gianturco, ma anche – e forse soprattutto – quella sua più sottile tendenza al realismo, che lo spingerà a mettere in discussione la stessa opportunità della scelta normativa, suggerendo al legislatore una riforma tale da adeguare il diritto vigente ai bisogni concreti della società.

Il grimaldello sul quale fondare l'ammissibilità della fiducia, a differenza di quanto aveva sostenuto il Pacifici-Mazzoni, partendo dalle forme del rapporto fiduciario extra-giuridico, è da ricercarsi, invece, per Gianturco, all'interno dello stesso Codice civile, partendo dalla definizione della natura giuridica della confessione, ed interrogandosi sull'opportunità di annoverar-

¹³⁰ Ivi, pp. 33-34.

¹³¹ Ivi, p. 34.

¹³² Vedi su questa decisione *supra* paragrafo 2.1, con la relativa bibliografia.

¹³³ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 36.

la nella categoria delle prove in senso stretto. La premessa, in maniera del tutto provocatoria, è negativa:

«Così come redatto l'articolo 829 del nostro codice civile, parrebbe, che neanche la confessione del fiduciario possa dare al vero erede o legatario il diritto di pretendere l'adempimento delle disposizioni fiduciarie contenute nel testamento. Secondo il nostro codice, la confessione trova posto nel sistema delle prove; quindi anch'essa dovrebbe essere inefficace ed inammissibile, perché compresa nel divieto generico di qualsiasi prova»¹³⁴.

Tuttavia, prosegue Gianturco, «se l'obbligazione del fiduciario non fosse stata neanche un'obbligazione naturale, egli [il testatore] avrebbe dovuto osservare la forma solenne della donazione per trasferire l'eredità al vero erede», non istaurandosi tra testatore ed onerato alcun legame giuridicamente rilevante, oltre quello della designazione ereditaria *pro tabula*. Questo, come suggerisce la giurisprudenza, non è il caso e dunque, se in prima analisi non è in discussione la natura della fiducia come obbligazione naturale, c'è da chiedersi se la confessione possa considerarsi, a pieno titolo, come una sua forma di prova, in senso stretto. A tal proposito, in effetti, «la confessione benché sia comunemente chiamata *probatio probatissima*, non è a rigore una vera prova; essa appunto dispensa dal farne qualsiasi altra, perché sarebbe del tutto inutile»¹³⁵. E questo poiché – secondo Gianturco – la confessione non è altro che «lo spontaneo riconoscimento di un diritto altrui, e del dovere, che in conseguenza passa su noi, di fare, dare o prestare qualcosa»¹³⁶.

Si tratta di una ricostruzione che è in aperto contrasto con quanto scrivevano sulla natura giuridica della confessione i commentatori del Codice di procedura civile del 1865 e tutta la civilistica in tema di ricognizione dei debiti¹³⁷, con Mancini, Pisanelli e Scialoja in testa¹³⁸, il cui celebre commentario al codice di procedura sabauda, non a caso, Gianturco si guarda bene dal richiamare. Sebbene – ed è qui che si inizia ad intravedere il modo *razional-civilistico* di analizzare gli istituti giuridici del Gianturco, ed in parte la sua

¹³⁴ Ivi, p. 40.

¹³⁵ Ivi, p. 41.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Sulla confessione come prova in materia civile, e sulla sua natura giuridica com'era intesa dalla civilistica dell'Ottocento, si può rinviare per tutti a C. Lessona, voce «*Confessione (Materia civile)*», in *Il Digesto italiano*, VIII, parte I, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1896, pp. 787-841.

¹³⁸ P. S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scialoja, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi con la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali legislazioni straniere*, 9 voll., Torino, Amministrazione della Società Editrice, 1861, vol. III, pp. 8-127; in buna parte rifluito in D. Galdi, *Commentario del Codice di procedura civile del regno d'Italia*, 8 voll., Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1890, vol. IV, pp. 285-371. Sul ruolo preminente di queste tre figure nella civilistica della prima metà dell'Ottocento si osservi il quadro genere tracciato in I. Birocchi, E. Mura, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 173-174.

prospettiva realista – la confessione, viene intesa non come prova giudiziale, con tutte le sue ritualità, ma come semplice fatto giuridico, per mezzo del quale si realizzerebbe una sorta di «novazione della preesistente obbligazione naturale» dedotta in testamento, tale da conferire «efficacia giuridicamente obbligatoria allo spontaneo riconoscimento della fiducia»¹³⁹. L'obbligatorietà della disposizione fiduciaria, una volta confessata, infatti, non discenderebbe più dall'atto testamento, ma da un'obbligazione civile, in senso stretto, fondata sulla confessione spontanea dell'onerato.

A supporto di questo bisogna, peraltro, considerare che – secondo la teoria del Gianturco – l'obbligazione del fiduciario rappresenterebbe una particolare tipologia di obbligazione naturale, caratterizzata dal fatto che «acquista un'efficacia pel solo fatto del riconoscimento»¹⁴⁰. Un esempio del tutto analogo, previsto dal codice, sarebbe quello del «debitore, che confessa con giuramento l'esistenza di un debito prescritto in un termine breve», e che «può [...] essere costretto al pagamento»¹⁴¹ ai sensi dell'art. 2142 cod. civ. «In questo caso anzi, come in quello della fiducia, si parla impropriamente di obbligazione naturale» – precisa Gianturco – «poiché mentre questa [l'obbligazione naturale] non è garantita da un'azione, ma da una semplice eccezione», viceversa «la legge [...] non nega l'azione al creditore di certi crediti prescritti o all'erede vero», ma gli «nega la prova, o la vuole solo di una determinata specie, come il giuramento o la confessione spontanea»¹⁴².

È opportuno precisare, altresì, che quando Gianturco si riferisce alla novazione non lo fa in senso proprio¹⁴³, perché nel caso di specie «non vi sono due obbligazioni, di cui l'una naturale viene innovata, e da causa all'altra civile [...] ma bensì una sola obbligazione dapprima sfornita di prova, che diviene efficace in seguito alla prova spontaneamente fornita dal fiduciario»¹⁴⁴. Quest'ultimo accorgimento, che può apparire irrilevante, ha la funzione non secondaria di preservare i diritti dei terzi e dei creditori dalla dichiarazione della fiducia improvvisa da parte dell'onerato, che, se fosse novativa in senso proprio, avrebbe finito per travolgere inesorabilmente il loro diritto, a favore del vero erede dichiarato. Una conclusione, quest'ultima, che si rivelerebbe, per il giurista lucano, logicamente inammissibile e socialmente inopportuna.

Partendo da questa soluzione – fondata su una sorta di novazione impropria della causa dell'obbligazione, e su una altrettanto impropria obbligazione naturale – Gianturco affronta una serie di casistiche, facendo sfoggio

¹³⁹ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 41.

¹⁴⁰ Ivi, p. 44.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Sul tema della novazione, nella sua ricostruzione classica tra Otto e Novecento, si veda per tutti la panoramica offerta da M. Battista, voce «Novazione», in *Il Digesto italiano*, XVI, cit., pp. 452-497.

¹⁴⁴ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 45.

delle sue abilità nella risoluzione di questioni pratiche, tratto tipico del suo magistero maturo¹⁴⁵. Tra gli altri casi considerati, possiamo ricordare quello della buona o cattiva fede dell'erede onerato¹⁴⁶, quello degli effetti delle dichiarazioni tra eredi e fiduciari¹⁴⁷ e quello della fiducia ordinata dal testatore in favore dell'incapace¹⁴⁸, che hanno la funzione, in prospettiva teorica, di restringere progressivamente il campo di applicazione della sua stessa ricostruzione, in maniera tale da non vanificare completamente il principio della libera volontà del testatore e della certezza delle disposizioni testamentarie *pro tabula*, scongiurando, allo stesso tempo, il paradosso in cui era caduto il Pacifici-Mazzoni con la sua conclusione.

«Anche eliminando il concetto della nuova causa, o almeno interpretandolo molto restrittivamente come noi abbiamo fatto, rimane fermo che il fiduciario, se non fa la dichiarazione si considera, come erede; fatta, che l'abbia, si considera come un semplice depositario anche per il tempo precedente. A questo modo si è scosso il principio *semel haeres, semper haeres*; e si è creato un istituto ibrido e per sé contraddittorio»¹⁴⁹.

Con questa presa d'atto, dopo il faticoso lavoro argomentativo per poter dimostrare l'ammissibilità della fiducia confessata nel sistema civile vigente, il Gianturco razionalista lascia – apparentemente inspiegabilmente – il posto al Gianturco solidarista, come se il secondo avesse improvvisamente preso il sopravvento sul primo. Ed appare di fronte a noi la figura di un giurista realista che alla immobile logica delle norme, ridotte a sistema di assiomi perfettamente coordinati tra loro, preferisce la mutevolezza della realtà sociale; che, invece di accontentarsi di aver risolto, a suo modo, il problema giuridico della fiducia testamentaria, si interroga sull'opportunità concreta di una siffatta costruzione, certo perfettamente in armonia con il dettato codicistico, ma non per questo necessariamente adeguata a soddisfare i bisogni della società di cui è chiamata a regolare i rapporti interpersonali.

¹⁴⁵ F. Treggiari, *Itinerari della casistica: la "Crestomazia" di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, in E. Gianturco, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, lettura di Ferdinando Treggiari, rist. anast. dell'edizione di Napoli, 1884, Sala Bolognese, Arnaldo Forni, 1989, pp. V-XLVI; Id. *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'Ottocento*, in N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, 3 voll., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2001, vol. I, pp. 431-457; G. Stolfi, *Quaestiones iuris: casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in A. Palma (a cura di) *Studi in onore di Generoso Melillo*, 3 voll., Napoli, Satura, 2009, vol. III, pp. 1239-1275; B. Inzitari, *Un modello innovativo d'insegnamento: affrontare argomenti pratici innalzandolo a profili teorici punto. La nota a sentenza in F. Treggiari (a cura di), Emanuele Gianturco: nuovi studi per i centenari*, Parte seconda, Avigliano, Pisani Teodosio, 2019, pp. 21-29.

¹⁴⁶ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 54-56.

¹⁴⁷ Ivi, pp. 56-57.

¹⁴⁸ Ivi, pp. 57-62.

¹⁴⁹ Ivi, pp. 61-62.

«A me pare che le ragioni storiche, le quali consigliano di ritenere valido un istituto così ibrido, e che nella pratica potrebbero ancora dar luogo a questioni gravissime, siano venute meno nell'uso frequente dei testamenti segreti; e con le garanzie, di cui la legge li ha circondati. Tali testamenti assicurano l'adempimento delle segrete disposizioni del testatore molto meglio, che la dichiarazione del fiduciario, il quale può appropriarsi l'eredità o il legato non facendo la propalazione, e quando anche la faccia, può di leggieri, mutarsi in arbitrio»¹⁵⁰.

In ultima analisi, dunque, una volta che non vi è più alcun dubbio sull'ammissibilità della fiducia confessata, in termini di obbligazione civile, è la stessa opportunità dell'istituto, da un punto di vista sociale (e non più giuridico) ad essere messa in discussione dal Gianturco nelle ultime battute del suo saggio, conducendo l'autore ad una conclusione che sembra vanificare l'intera trattazione, ma che, allo stesso tempo, ci mostra la vera personalità di un giurista realista, liberale ma statalista, riformatore nell'indole ma ancora profondamente conservatore nei contenuti¹⁵¹.

«A mio avviso bisognerebbe farla finita con un istituto, di cui non si sente il bisogno nella presente nostra vita giuridica, e che può essere un mezzo facile e sicuro per abusare dell'altrui in buona fede in barba al codice penale (art. 848 cod. proc. pen.). La legge dovrebbe dichiarare assolutamente nulla la fiducia, quando apparisse dal testamento stesso; così come nel caso, che la disposizione è fatta in favore di persone incerta da nominare da un terzo. Quando la fiducia non apparisse dal testamento, dovrebbe vietare non solo la prova, ma eziando lo sperimento di ogni azione diretta a dimostrarla, e privare di ogni efficacia la dichiarazione del fiduciario, che per adempiere l'incarico affidatogli, dovrebbe trasmettere l'eredità o il legato nella forma ordinaria delle donazioni. Sebbene tuttavia è lecita in ogni caso la dimostrazione di una fiducia ordinata per interposta persona in favore d'incapaci. Questo, a mio avviso, è il compito dei futuri riformatori del nostro diritto civile»¹⁵².

3. *La definizione di fiducia per Enrico Cimbali: in difesa di una legalità socialmente accettabile*

Queste considerazioni, dal sapore liberal-conservatore e solidarista, con cui si conclude la *Dissertazione* del giovane Emanuele Gianturco non sono sufficienti a salvarlo dalle critiche, e la sua teoria giuridica sull'ammissibilità

¹⁵⁰ Ivi, p. 62.

¹⁵¹ A. Cardini, *Statalismo giuridico e riformismo conservatore nel liberalismo di Emanuele Gianturco ministro giolittiano (1886-1907)* in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., pp. 221-257. Si tratta di una conclusione perfettamente a metà strada tra istanze liberali e spinte conservatrici, che suona in perfetta armonia con lo stile del Polignani, giunto alla stessa conclusione in tema di ammissibilità del contratto per persona da nominare rispetto ai terzi. Cfr. G. Polignani, *Di una riforma desiderabile del codice civile italiano per la dottrina della Cessio Nominum rispetto a terzi*, Napoli, Tipografia e Stereotipia della R. Università, 1882.

¹⁵² E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 62.

della fiducia testamentaria confessata viene immediatamente attaccata frontalmente dall'altro nostro protagonista, Enrico Cimbali¹⁵³, figlio anche lui, come il primo, di quel metodo casistico e *storico-razionale* meridionale¹⁵⁴, ma a differenza di questi decisamente più emancipato dalle logiche stringenti del diritto inteso come sistema, a favore, invece, di una più spiccata fede positivista e sociologica, molto più vivacemente solidarista¹⁵⁵.

L'affondo al libro di Gianturco arriva nel maggio del 1883, in una breve *recensione*¹⁵⁶ pubblicata dal Cimbali nelle pagine della neonata *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, diretta dallo storico del diritto Francesco Schupfer¹⁵⁷ e dal comparatista Guido Fusinato¹⁵⁸, tra i cenacoli dei positivisti italiani di fine secolo nelle scienze giuridiche¹⁵⁹. Già questa collocazione ci

¹⁵³ Sulla figura di Enrico Cimbali vedi *La vita e le opere di Enrico Cimbali nella critica italiana e straniera e nei ricordi di amici e discepoli: con appendice di scritti vari di lui*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1916; B. Busacca, voce «Cimbali, Enrico» in *Dizionario biografico degli italiani*, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1981, pp. 556-558; S. Solimano, voce «Cimbali, Enrico», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico cit.*, vol. I, pp. 540-543.

¹⁵⁴ Per un riscontro si veda E. Cimbali, *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., vol. V: *Questioni di diritto*.

¹⁵⁵ La propensione di Cimbali per un metodo di chiara ispirazione positivista e sociologica, poco gradita ai civilisti esegeti della seconda metà dell'Ottocento, è dimostrata dalle molte critiche che ricevette, al momento della sua pubblicazione, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* (1884), considerato un lavoro eversivo e per molti aspetti, addirittura, non giuridico. Un giudizio negativo che costò al Cimbali la cattedra di Diritto civile all'Università di Torino, prestigiosa anticamera di un posto a Roma, e che lo spigherà a ritornare in Sicilia, all'Università di Messina, nel gennaio del 1887. Su questo delicato passaggio si veda il ricordo personale di G. Vadalà Papale, *Commemorazione del Prof. Enrico Cimbali letta nel 2 luglio 1887 nell'Aula Magna della R. Università di Catania* in «Antologia giuridica», II, fasc. II, 1887, p. I-XXVI (documento inserita tra p. 394 e 395). «Ma il suo genio si afferma nel 1885 nella pubblicazione della *Nuova fase del Diritto Civile*, che egli pubblicò in occasione all'apertura del Concorso alla Cattedra di Diritto Civile nell'Università di Torino. Quel concorso doveva essere una gara delle più scelte intelligenze giovani d'Italia, pubblicisti ed insegnanti – Melucci, Luzzati, Vita Levi, Gianzana, Chironi, Polacco concorrevano, ciascuno con lavori più o meno originali e tutti preparati da lungo studio. [...] Egli volle scendere in campo con un libro originale per vedute scientifiche, per organamenti nuovi di materiali vecchi, per un nuovo genere di critica legislativa, per una nuova concezione di un Codice di diritto privato sociale, che tutte comprendesse il movimento della vita civile e commerciale. A quel libro che indicava le nuove linee di un organamento di legislazione Civile, non sorrisero le sorti del concorso – i professori delle Università Italiane amano troppo il passato per ammirare i tentativi originali delle giovani menti, che si buttano a capo fitto ad organare nuovi materiali in base ai nuovi studii filosofici, o in rispondenza ai nuovi ambienti sociali che vanno formandosi» (p. XVI).

¹⁵⁶ E. Cimbali, [Recensione a] E. Gianturco – *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, Napoli, tip. dell'Università, 1882; pag. VIII-64 in «Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali», I, n. 5, 1883, pp. 142-144.

¹⁵⁷ E. Conte, voce «Schupfer, Francesco», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico cit.*, vol. II, pp. 1828-1831.

¹⁵⁸ F. Verrastro, voce «Fusinato, Guido», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico cit.*, vol. II, pp. 918-919.

¹⁵⁹ Si veda in tal senso il manifesto di F. Schupfer, G. Fusinato, *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali. Programma* in «Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali», I, 1883, pp. 1-2.

fornisce qualche indizio sul taglio della lettura, particolarmente critica nei confronti del metodo esegetico tradizionale delle scienze giuridiche, ed aperta ad una valutazione del diritto come fenomeno sociale. Il breve contributo – neanche tre pagine – si apre con una lode all'autore, che ha scelto di affrontare, malgrado le difficoltà, una «questione gravissima»¹⁶⁰, e l'ha trattata, dal punto di vista storico, in maniera «accurata e diligente»¹⁶¹. Tuttavia, la perizia nell'analisi storiografica non sembra al Cimbali sufficiente per mettere in ombra i difetti della seconda parte, quella analitica, consacrata al sistema del diritto vigente, «che avrebbe dovuto costituire la parte essenziale», costituisce, invece, «la parte secondaria del lavoro [...] ed è qui che domina una grande incertezza»¹⁶².

Il giudizio non è peregrino, ma Cimbali non si trattiene dal motivarlo puntualmente, mettendo subito in luce quella che egli ritiene una mancanza essenziale nella trattazione del Gianturco.

«Tra la parte storica e la parte esegetica resta un grande vuoto derivante da ciò che l'A. non si incarica di farci conoscere in modo organico quale sia il concetto fissato dal patrio legislatore in ordine alla fiducia come risultato della lunga evoluzione storica anteriore. E la mancanza d'organismo fa sì che si proceda a sbalzi nell'esame senza che la guida di un principio fondamentale sicuro che serva a dare la misura uniforme per la retta soluzione delle questioni che si originano»¹⁶³.

La mancanza di una tale definizione di fiducia, alla stregua dei principi tratti dal codice vigente, e dalla sua analisi in prospettiva storica, avrebbe condotto il Gianturco, con la mente offuscata dalle «vecchie dottrine», a negare valore alle «novità dei codici albertino ed italiano», facendo regredire il diritto patrio «ancora più indietro delle dottrine medievali, distruggendo tutto un passato che rende incompatibile con le condizioni odierne le fiducie», e negando, allo stesso tempo, «il benefico influsso di quelle legislazioni, che le hanno completamente abolite»¹⁶⁴. Il riferimento del Cimbali è naturalmente al *Code Napoléon* in Francia e all'ABGB in Austria, e anche se non sono citati espressamente si impongono per l'autore quali modelli codificatori di riferimento, nel più generale progresso della civilizzazione giuridica europea¹⁶⁵.

Il paradosso dell'argomentazione del Gianturco sarebbe tanto più eviden-

¹⁶⁰ E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 142.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ivi*, p. 143.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Cfr. E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* cit., pp. 16-24. Per un'analisi storiografica della questione, in una prospettiva più generale si veda per tutti E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2000.

te, se si considera che «non essendo ammessa contro» il fiduciario «dall'art. 829 cod. civ. alcuna prova per determinare la persona del vero erede si avrebbe lo spettacolo ributtante di una persona notoriamente estranea alla successione (il preteso fiduciario) che pur la farebbe interamente sua»¹⁶⁶. Ciò che Gianturco sacrifica, in favore della fiducia segreta del testatore, è dunque, per Cimbali, la certezza delle disposizioni testamentarie, e questo è inammissibile guardando ai principi fondamentali che regolano il diritto successorio.

Bastano queste poche stoccate, per altro molto ben assestate, per capire che siamo di fronte ad una vera e propria levata di scudi in difesa della legalità codicistica, e pure non si tratta di una questione di puro «feticismo della legge scritta e codificata»¹⁶⁷ sul modello dell'esegesi francese, come potrebbe apparire, ma di una critica che affonda, invece, le sue radici – alla stregua dei quei principi scientifico-sociologici che regolano il metodo del diritto civile per Cimbali¹⁶⁸ – su motivazioni di natura non soltanto giuridica, ma prevalentemente di ordine sociale. Ed è qui che emerge, fin dalle sue prime battute, anche quella prospettiva autenticamente realista che caratterizzerà tutta la critica del giurista siciliano, combinando tra loro il piano dell'analisi giuridica e quello parallelo della rilevanza sociale delle norme codificate.

«Per fortuna», infatti – prosegue Cimbali – «non è questo il concetto del legislatore. Egli nega la prova contro il fiduciario appunto perché questo deve mostrarsi dinanzi a lui sotto le parvenze di vero erede una volta che le disposizioni nel testamento debbano essere fatte in suo favore (art. 829)»¹⁶⁹. Ciò si deduce sulla base del fatto che la fiducia, correttamente intesa, non è né un vincolo giuridico né tanto meno un'obbligazione naturale, ma più semplicemente «è un fatto interno della [...] coscienza, che il legislatore non conosce né si incarica di conoscere prima della dichiarazione». Per questo motivo la fiducia «non è ammessa perché la legge vieta la prova per dimostrare che la persona beneficiata nel testamento nol sia realmente ma è tollerata nel senso che quando taluno, istituisce erede o legatario o che ne abbia in qualsiasi modo la vocazione nel testamento, dichiara la persona o le persone a cui vuole realmente beneficiare il testamento, tale dichiarazione è valida all'effetto di far acquisire i diritti sopra la successione alle persone dichiarate»¹⁷⁰.

Il rapporto fiduciario, dunque, per Cimbali, va considerato come del tutto estraneo al mondo del diritto, appartenente alla morale e alla coscienza privata dell'onerato, che, ai sensi del Codice civile, è il vero ed unico erede ammesso a beneficiare della successione. E questo si può dedurre chiaramente

¹⁶⁶ E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 143.

¹⁶⁷ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 185.

¹⁶⁸ E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni* cit., pp. 23-25.

¹⁶⁹ E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 143.

¹⁷⁰ Ivi, p. 144.

se si prende in considerazione la definizione di fiducia che il Precerutti aveva fornito nei suoi *Elementi di diritto civile patrio* (1861), e che indica quelle disposizioni «con cui taluno viene istituito erede o nominato legatario col segreto accordo, ch'egli debba essere semplice amministratore e depositario dell'eredità o del legato sino al giorno indicatogli dal testatore per la restituzione da farsene al vero erede o legatario»¹⁷¹. Una definizione in cui non si fa alcun cenno ad un rapporto giuridico obbligatorio in senso proprio, e dalla quale il Gianturco è riconosciuto colpevole di aver tratto delle conclusioni che non le appartengono. «Se si toglie questo errore fondamentale sul principio della *Parte seconda*» del libro – confessa Cimbali – l'autore è, senza alcun dubbio, «meritevole di lode» quanto al «rimanente esame, che egli fa così della dichiarazione spontanea di fiducia, come degli effetti che ne derivano rispetto al vero chiamato, al fiduciario ed a terzi». «Anzi, in questa parte, procede con un esame largo e minuzioso che fa strano contrasto con la deficienza assoluta in ordine alla definizione del fiduciario nella legislazione italiana, e dà sempre prova diretto giudizio»¹⁷².

Tuttavia, il «rimanente esame» cui si riferisce il Cimbali non è, *sic et simpliciter*, l'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie testamentarie, così come viene ricostruita in prospettiva strettamente civilistica dal Gianturco, sulla cui absurdità peraltro non c'è da discutere, ma limitatamente al valore vincolante che potrebbe riconoscersi alla confessione del fiduciario, i cui effetti posson essere solamente tollerati dall'ordinamento giuridico per ragioni di opportunità sociale. Si tratta di una tolleranza che però non può assolutamente discendere dalla trasformazione in giuridico di un rapporto che per sua stessa natura rimane intimamente confidenziale tra disponente ed onerato, e che, come tale, è sfornito di qualsiasi tutela giuridica rilevante. Di fatti, pur condividendo l'inutilità sociale dell'istituto della fiducia testamentaria nel diritto vigente, il Cimbali si affretta a sottolineare che se Gianturco «avesse approfondito bene il concetto della fiducia qual trovasi consacrato, sulle tracce del codice albertino, nel nostro [...] avrebbe certamente risparmiato la censura che muove al legislatore italiano»¹⁷³. Sarebbe bastato, ancora una volta, leggere fino in fondo il Precerutti per risolvere la questione sulla base del sistema dei divieti disciplinati dal testo albertino prima e dal codice unitario poi.

Fatta questa doverosa precisazione, anche in punto di rilevanza sociale della critica mossa al Codice Pisanelli, Cimbali conclude la sua recensione cercando di ridimensionare la portata della sua stessa valutazione, certa-

¹⁷¹ E. Precerutti, *Elementi di diritto civile patrio*, cit., vol. II, p. 98, § 619. Questa definizione viene anche riportata in E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 1.

¹⁷² E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 144.

¹⁷³ *Ibidem*.

mente non poco lusinghiera, giustificando, per quanto possibile, gli errori commessi dall'autore, e riservandogli contemporaneamente qualche apprezzamento personale, più che una buona parola sull'opera nel suo complesso.

«Ad ogni modo, nonostante l'errore deplorato, e una certa deficienza che si nota nell'espone la dottrina degli antichi scrittori intorno alla fiducia, il lavoro del Gianturco è assai pregevole, perché viene a trattare un argomento o poco noto o poco apprezzato con acume e dottrina non comune. E forse la novità dell'argomento, già di per sé stesso difficile, ha dovuto essere causa di qualche lacuna e difetto che occorre talvolta incontrare in questo lavoro, del resto interessante ed accurato»¹⁷⁴.

Queste parole, per quanto denotino una certa prudenza, non bastano a nascondere l'indole risoluta di una critica non soltanto di merito ma soprattutto di metodo, che pone i nostri due protagonisti su due crinali opposti, il primo che propende per una definizione di fiducia, sia pure non espressa, ma evidentemente interna all'ordinamento civile, considerato nella sua architettura unitaria; il secondo che ritiene una tale possibilità inammissibile, e che considera la fiducia del tutto estranea al mondo del giuridico, e da questo semplicemente tollerata, in alcune specifiche circostanze, per ragioni di opportunità sociale. Si tratta di due poli opposti, che, come ci insegna la Legge di Coulomb sul magnetismo, non possono fare a meno di attrarsi l'un l'altro, fino ad annullarsi vicendevolmente. Senza anticipare nulla, è questo l'epilogo cui sono destinate, tanto l'opinione del Gianturco quanto quella del Cimbali, frutto entrambe di una forse troppo rigida polarizzazione di una vicenda che, per sua stessa natura, non può risolversi né in un'ottica troppo rigorosamente legicentrica, né in una visione troppo astrattamente fideistica.

4. *Dalla Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali a Il Filangieri (1883): la polemica si tramuta in controversia*

Una polemica che si sarebbe dovuta concludere con la recensione di Cimbali al libro del Gianturco – e forse per la rabbia e l'insoddisfazione che deve aver provato il giurista lucano dopo aver letto quanto duramente era stata valutata la sua opera, forse ancor di più, a causa dell'ardore e dell'avventatezza dovuto alla giovanissima età di entrambi i nostri due protagonisti – fomenta una vera e propria controversia, che si snoda sulle pagine della consultatissima rivista *Il Filangieri* del 1883, a suon di botta e risposta tra un fascicolo e l'altro, senza esclusione di colpi.

Con una cortesia, che suona, se non falsa quanto meno piuttosto forzata, Gianturco apre la sua articolata risposta alla recensione del Cimbali – intito-

¹⁷⁴ *Ibidem*.

lata *Di una proposta di revisione della dottrina delle fiducie*¹⁷⁵ – ringraziandolo sarcasticamente del «giudizio benevolo» riservato alla sua dissertazione, affrettandosi però subito a precisare che deve «tuttavia rispondere ad alcune sue censure non per meschino risentimento personale» ma «per chiarire una buona volta nell'interesse della dottrina e della pratica giuridica quale sia il concetto fondamentale della fiducia»¹⁷⁶.

La strategia del Gianturco per difendere la sua teorizzazione consiste nell'eludere momentaneamente il problema della definizione di fiducia, facendo leva invece sulle conseguenze assurde cui condurrebbe, da un punto di vista pratico, la critica mossagli dal Cimbali.

«Se mi è riuscito d'intendere il pensiero abbastanza oscuro del mio contraddittore, occorre fare una distinzione: la prova è inammissibile, se il fiduciario si presenta sotto le parvenze di vero erede poichè allora la fiducia ricevuta è un fatto interno della sua coscienza, che il legislatore non conosce, nè s'incarica di conoscere prima della dichiarazione: quando invece dal testamento stesso, come nel caso da me proposto, apparisce chiaro, che alcuno è chiamato nella semplice qualità di fiduciario, la legge ha trovato modo d'impedire lo spettacolo ributtante, che egli ritenga l'eredità senza avervi alcun diritto»¹⁷⁷.

Questo modo di affrontare la questione – secondo Gianturco – condurrebbe ad una sorta di circolo vizioso sulla base del quale egli non riesce a comprendere, «se per evitare lo scandalo, si debba ammettere la prova intorno alla persona del vero erede, oppure si debba far luogo alla successione legittima, quasichè mancasse la testamentaria»¹⁷⁸, contraddicendo però così l'intero sistema su cui si fondano le successioni per testamento.

A prescindere, poi, da questo primo paradosso applicativo, la censura avrebbe il fine, non dichiarato, di riesumare la distinzione tra fiducia *propria* ed *impropria*, risalente all'antica giustizia piemontese¹⁷⁹, ed oramai «rigettata da quella stessa giurisprudenza, che il Prof. Cimbali intende ritorcere»¹⁸⁰ contro di lui. Lo scopo di una tale interpretazione giurisprudenziale, introdotta «anteriormente alla pubblicazione del codice Albertino», era quello di «diminuire le liti intricate e secolari, cui davano luogo le disposizioni fiduciarie»¹⁸¹, rendendo ammissibile la prova del rapporto di fiducia solo ove

¹⁷⁵ E. Gianturco, *Di una proposta di revisione della dottrina delle fiducie (a)* in «*Il Filangieri*», VIII, Parte I, 1883, pp. 260-267; ripubb. in Id., *Scritti vari (1880-1905)*, cit., pp. 113-123, e ancora in Id., *Opere Giuridiche*, cit., vol. I, pp. 65-70. Si cita dalla versione originale pubblicata in *Il Filangieri* del 1883.

¹⁷⁶ Ivi, p. 260.

¹⁷⁷ Ivi, p. 261.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 53-54.

¹⁸⁰ E. Gianturco, *Di una proposta di revisione* cit., p. 261.

¹⁸¹ *Ibidem*.

questo risultasse espressamente dalla scheda testamentaria (*fiducia propria*), mentre veniva vietato l'accertamento della *fiducia impropria* fondata sulle dichiarazioni di testimoni e, addirittura, su presunzioni legali¹⁸². Come nota Gianturco, però, quest'interpretazione venne completamente sconfessata, tanto dai lavori preparatori della codificazione sabauda, che non la presero in considerazione nella redazione dell'articolo 809, quanto dallo stesso divieto di prova previsto dalla disciplina vigente, consacrata nell'art. 829 del Codice Pisanelli¹⁸³.

Quanto alla critica di aver riportato, con la sua teoria sull'ammissibilità della fiducia confessata, il diritto ad uno stadio della civilizzazione pari a quello medievale, e di aver sottovalutato i progressi delle grandi codificazioni ottocentesche, Gianturco risponde, con non poca irritazione:

«Per verità io non so intendere, come la mia retrograda teoria abbia potuto ricacciare il diritto italiano anche più oltre del medio-evo, quando le fiducie non esistevano; e credo d'essermi sennatamente sottratto all'influsso di legislazioni, che hanno accolti principi diametralmente opposti a quelli del nostro codice. Un influsso siffatto non poteva essere, che malefico; poichè mi avrebbe tratto in errore sulla vera indole dell'istituto, come fu ibridamente concepito e legiferato nel Piemonte. Il principio fondamentale ad es., da cui muove il codice francese è che la fiducia sia intrinsecamente nulla, che la sua reale esistenza si possa dimostrare con ogni mezzo di prova, e che in tal caso l'eredità debba devolversi agli eredi legittimi del testatore. Il nostro codice invece non ammette la prova diretta a dimostrare l'esistenza della fiducia, neanche quando appaia dal testamento medesimo, e di conseguenza l'eredità rimane al fiduciario, ove non faccia la dichiarazione in favore dei veri eredi»¹⁸⁴.

Fatti questi chiarimenti, il giurista lucano sente di poter finalmente adempiere all'onere definitorio lamentato dal Cimbali, e ribadisce il carattere «ibrido e disorganico» della fiducia che «presso di noi [...] non è interamente nulla, poichè è permesso al fiduciario il volontario adempimento dell'incarico affidatogli dal testatore», ma «non è neppure interamente valida, poichè agli eredi veri è negata la prova per pretendere giudizialmente il riconoscimento del loro diritto ereditario»¹⁸⁵.

Questo però non basta, e Gianturco si rende conto, dopo aver confutato la censura del suo avversario, di dover forse riconsiderare un punto della sua stessa teorizzazione, che nella dissertazione appare particolarmente controverso. In realtà ci sembra di notare, in questa parte, una certa contraddittorietà del suo pensiero, rispetto a quanto aveva scritto in precedenza, e

¹⁸² T. Cuturi, *Dei fidecommessi e delle sostituzioni* cit., p. 137. Su questa distinzione si veda quanto statuiva, anche dopo l'emanazione del Codice albertino, la Cassazione di Milano, 5 febbraio 1864, Bologna c. Maloira, in «La Legge», vol. IV, 1864, pp. 321-322.

¹⁸³ Cfr. E. Gianturco, *Di una proposta di revisione* cit., pp. 261-262.

¹⁸⁴ Ivi, pp. 262-263.

¹⁸⁵ Ivi, p. 263.

che avvalora ancora di più quell'idea della polarizzazione delle posizioni, che si accentua lungo il corso della controversia, conducendo i due avversari sempre più verso posizioni neanche astrattamente conciliabili. In effetti, nonostante il carattere ibrido del rapporto fiduciario, sorprendentemente, ora per il Gianturco «non è esatto, che la dichiarazione di fiducia costituisca un'obbligazione naturale del fiduciario», e questo perché, da una parte, a differenza di quanto avviene per le obbligazioni naturali «la legge non nega l'azione all'erede vero, ma gli nega solamente la prova», e dall'altro «mentre il semplice riconoscimento dell'obbligazione naturale non induce alcuna obbligazione civile, il fiduciario invece è tenuto a restituire i beni per effetto della confessione», poiché «da questo momento l'esecuzione della fiducia non è più volontaria, ma coatta»¹⁸⁶.

In buona sostanza, la specifica del Gianturco finisce per concepire l'obbligazione fiduciaria confessata come obbligazione civile in senso stretto, e questo, non più passando per il concetto sdruciolevole di obbligazione naturale, ma per il tramite del principio di novazione della causa, attivato successivamente, ed in maniera diretta, dalla mera confessione dell'onerato. Conseguentemente, la fiducia testamentaria rimasta segreta o inadempita senza confessione, venendo meno il riferimento all'obbligazione naturale, rimarrebbe priva di qualsiasi riconoscimento giuridico, non residuando neanche il più blando adempimento spontaneo, come l'aveva sostenuto il Pacifici-Mazzoni e prima di lui il Pastore.

Il contributo si chiude con una serie di inviti al Cimbali, che suonano più come una sfida, che come una cortese riverenza, lasciando aperto un dibattito giuridico al solo scopo di alimentare il fuoco di una contesa che sembra scivolare sempre più nella *bagarre* personale tra due scienziati. Tra queste una in particolare le riassume tutte, perché colpisce dritto nell'orgoglio dell'avversario, e ci fa immaginare il motivo per il quale Cimbali fu costretto, probabilmente suo malgrado, a raccogliere quella inelegante provocazione: «Aspetterò di buon grado che egli, anziché rivolgermi censure generiche, mi dia la chiave di nuove e più feconde ricerche; dal canto mio gli prometto, che se i frutti risponderanno ai fiori, ne terrò il debito conto, se mi occorrerà di ristampare la mia dissertazione»¹⁸⁷.

Dopo un tale affronto, che assumeva i tratti della piazzata, a causa del luogo in cui era stata pubblicata, è evidente che una risposta da parte del Cimbali non poteva farsi attendere, anche perché una così dura replica, soprattutto quanto alle insinuazioni sulle sue capacità come studioso e come interprete, pur se provenienti da un giovanissimo libero docente, se ignorate,

¹⁸⁶ Ivi, p. 264.

¹⁸⁷ Ivi, p. 267.

avrebbero rappresentato una grave minaccia alla sua credibilità sul piano nazionale, e un fatale segno di debolezza per le sue prospettive di carriera successive, specie quanto alle sue aspirazioni romane.

Comparirà infatti, prontamente, con il titolo *La dottrina delle fiducie nel Codice civile italiano*¹⁸⁸, nel fascicolo successivo de *Il Filangieri*, un piuttosto articolato contributo di rivalsa, che però, inaspettatamente, si caratterizza per un tono pacato, molto più mite di quello della precedente recensione. Il pretesto è, naturalmente, il guanto di sfida lanciatogli dal Gianturco, e che il nostro non si trattiene dal raccogliere immediatamente, ma lo fa con l'indole di chi non vuole gettarsi nella mischia:

«Lo tengo volentieri cotale invito, ma per debito di cortesia verso l'egregio Gianturco e per un giusto riguardo verso me stesso, sentendomi obbligato in coscienza a giustificare il mio capo di accusa una volta che l'autore, pur, secondo egli afferma, mettendo ogni sentimento di vanità e di puntiglio, mi chiama sempre cortesemente, ma pubblicamente a rendergliene conto. Non oso affermare che la scienza dovrà o potrà avvantaggiarsi della nostra discussione: tanto meglio se ciò dovesse accadere: i voti dell'egregio Gianturco sarebbero soddisfatti»¹⁸⁹.

La battuta sul profitto della scienza lascia intendere come la controversia stia davvero assumendo i tratti di una *bagarre*, e che Cimbali ne sia ben consapevole, ma non per questo egli si lascia coinvolgere nello scambio di accuse personali contro l'avversario. Partendo, invece, da quella qualificazione di «parole oscure od ambigue», con cui Gianturco ha apostrofato il suo «povero pensiero»¹⁹⁰, a lui pare, di essersi espresso con una certa chiarezza.

«Quel che parmi certo si è che nel codice Albertino prima e nel codice Italiano poi siasi profondamente mutato il concetto fondamentale della fiducia e che questa, anziché formalmente riconosciuta dal legislatore nei suoi principii non sia che semplicemente tollerata nelle sue conseguenze; non in quanto cioè il preteso fiduciario abbia l'obbligo preciso di adempiere i segreti incarichi ricevuti dal testatore, ma in quanto invece adempiendoli, per repulsa spontanea della sua coscienza egli esercita perfettamente il diritto di trasmettere in altri quei beni che il medesimo avea direttamente nella qualità di erede o di legatario acquistato dal testatore»¹⁹¹.

La legge, per dirlo in altri termini – secondo Cimbali – non si occupa di stabilire se un soggetto sia fiduciario o meno, ma si concentra unicamente sulla sua posizione giuridica di erede o legatario, poiché l'unica volontà rilevante

¹⁸⁸ E. Cimbali, *La dottrina delle fiducie nel Codice Civile Italiano (a)* in «Il Filangieri», VIII, Parte I, 1883, pp. 412-428; ripubb. in Id., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, cit., pp. 77-102, e anche in Id., *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., vol. III, pp. 71-114. Citiamo dall'edizione originali, pubblicata in *Il Filangieri* del 1883.

¹⁸⁹ E. Cimbali, *La dottrina delle fiducie* cit. p. 412.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Ivi, pp. 412-413.

del testatore è quella che emerge dalla scheda testamentaria, e nessun'altra. «Che tale persona poi abbia o no ricevuto *oretenus* dal testatore medesimo dei segreti incarichi a favore di altre persone, è un fatto puramente interno di cui il legislatore non si occupa e per cui nega recisamente ogni azione»¹⁹². Alla stregua di questo principio, «nessuno può essere autorizzato, sotto qualsiasi motivo, a fare la dichiarazione di beni, in pro di altri, se non è egli stesso autorizzato, per virtù del testamento, o come erede o come legatario, a far propri quei beni cui la dichiarazione si riferisce». È per questo motivo che il «fiduciario non è più un semplice testimone riguardo al defunto, un semplice depositario riguardo al vero beneficiario» ma «o è erede o legatario»¹⁹³.

Al di là di qualsiasi giustificazione normativa, che per Cimbali è *in re ipsa* al divieto di prova, la questione assume i caratteri di un problema di equità sociale.

«Or sarebbe veramente assurdo e, più che assurdo iniquo, che la legge, dovesse ritenere per erede o legatario il fiduciario, esigere in lui la capacità giuridica di ricevere per testamento ed escludere contro di lui qualunque prova; per dimostrare che il testatore abbia voluto realmente beneficiare una persona diversa, se il preteso fiduciario non risultasse di fatto istituito nel testamento qual erede o legatario del testatore, e non fosse come tale intitolato ad acquistare l'eredità o il legato»¹⁹⁴.

Molto lucidamente Cimbali intravede chiaramente il nocciolo della controversia in quel «principio fondamentale» – al di là delle singole questioni pratiche prese in considerazione dal suo avversario – e che si riassume in un «profondamente diverso concetto [...] intorno alle fiducie nel codice civile italiano da quello del [...] Gianturco», con la differenza «che anziché riguardare una semplice accidentalità, tocca l'essenza stessa di questo istituto, poichè trattasi di definire cosa sia erede fiduciario nel diritto patrio e quale fiduciario possa essere autorizzato o a far sua la successione non propalando la fiducia, o rimetterla al vero erede col dichiararla»¹⁹⁵. E il codice da questo punto di vista è particolarmente chiaro se si considerano, a contrario, i due divieti di cui agli artt. 830 (disposizione a favore di persona incerta) e 834 (disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo), che rappresentano i due argini insormontabili ad un'interpretazione elastica del art. 829.

«Quel che la legge vieta assolutamente [...] si è che nessuno, il quale non abbia occasione di sorta o come erede o come legatario nel testamento, possa spiegare pretese ed esercitare ingerenza qualsiasi sopra la successione di fronte alla quale egli è un terzo

¹⁹² Ivi, p. 413.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Ivi, pp. 413-414.

¹⁹⁵ Ivi, p. 417.

perfettamente estraneo. Si correrebbe allora il rischio che, lungi dal vedersi scrupolosamente osservati, sarebbero invece apertamente violati i supremi voleri del defunto, i quali non essendo consacrati nel testamento si troverebbero puramente affidati all'arbitrio del terzo, contro il quale non havvi guarentigia efficace una volta che segreto sarebbe il mandato commessogli dal testatore. Tanto vale il dire nel testamento di avere confidato al terzo in esso nominato la persona dell'erede o del legatario, quanto il commettere puramente alla volontà del medesimo la designazione dell'erede o del legatario; perchè, o che manchi la prova per conoscere quale effettivamente sia stata l'occulta volontà del testatore, o che questa egli abbia interamente abdicata in pro del terzo; si ha in entrambi i casi che la nomina dell'erede o del legatario verrebbe a dipendere sempre dall'arbitrio del terzo»¹⁹⁶.

Che piaccia o non al Gianturco – conclude Cimbali – questo è il sistema, considerato nel suo complesso, che il codice patrio adotta in tema di fiducia testamentaria, e «se non è interamente razionale, ha per lo meno, il pregio della semplicità», e «se non serve ad evitare tutti i litigi, è tale senza dubbio, da prevenirne, rendendo impossibile, il maggior numero, lo che non è piccolo vantaggio»¹⁹⁷. Il riferimento alla “razionalità” non va sottovalutato, e non è scelto a caso, rappresenta infatti una dura stoccata contro quella logica deduttiva che guida l'intera argomentazione del giovane giurista lucano, e che lo fa sentire, in qualche modo, protetto contro qualsiasi critica in punto di diritto. Per Cimbali, al contrario, il diritto non è soltanto logica razionale, lubrificata da gocce di olio solidarista, ma un «organismo vivente», «un centro dinamico di forze»¹⁹⁸, che può tollerare anche una certa dose di irrazionalità pur di rispondere al meglio ai bisogni della società che è chiamato a disciplinare. E questo, in conclusione, spiega perché egli sia, alla fine, tutto sommato favorevole alle conclusioni cui giunge la contestabile teoria del Gianturco, tanto in tema di confessione della fiducia quanto in rapporto alle disposizioni fiduciarie a favore del soggetto incapace, a patto però che queste vengano intese come eccezioni tollerate dall'ordinamento giuridico, e non obbligazioni civili in senso proprio.

«S'egli sarà d'accordo con me sul principio, come io lo sono con lui sulle conseguenze, tanto meglio e se no, conserveremo ciascuno la propria opinione». Per parte sua, e con questa consapevolezza, Cimbali ritiene così «chiusa la polemica» che sia augura «non sia riuscita addirittura inutile»¹⁹⁹, probabilmente riferendosi più al beneficio personale che ne avrebbe potuto trarre il suo giovane avversario, che a quello che avrebbe potuto ricavarne la scienza giuridica nel suo complesso. Come in apertura, i toni del giurista siciliano

¹⁹⁶ Ivi, pp. 426-427.

¹⁹⁷ Ivi, p. 428.

¹⁹⁸ Cfr. E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni* cit., pp. 30-34.

¹⁹⁹ E. Cimbali, *La dottrina delle fiducie* cit., p. 428.

sono pacatissimi, inequivocabilmente volti a chiudere una disputa che aveva oltrepassato i limiti del civile dibattito scientifico.

Questo appello al cessate il fuoco, però, invece di essere accolto dal Gianturco in maniera cortese, viene letto come l'ennesimo schiaffo, e conduce il giurista lucano ad un nuovo affronto, se possibile, ancora più aggressivo del precedente. L'arringa viene redatta in tre scarse pagine, *Di un principio fondamentale nelle disposizioni fiduciarie*²⁰⁰ che – al di là del titolo – ben poco o nulla hanno di giuridico, pubblicate di seguito al testo del Cimbali nello stesso fascicolo de *Il Filangieri* del 1883. Tutto lascia supporre che Gianturco abbia letto in anteprima la risposta dell'avversario siciliano, forse quando era ancora in bozza, e che la sua replica, così striminzita, sia stata una concessione della redazione della rivista, ad una sua pronta doglianza. Allo stesso tempo, il tenore del testo lascia pensare che sia stato scritto in fretta e furia, probabilmente in preda ai fumi della collera, quando il fascicolo della rivista doveva essere prossimo alla stampa.

Fin dalla prima battuta, il giurista lucano non si perde in convenevoli di sorta:

«L'egregio Prof. Cimbali, pur tenendo il mio invito, dispera che le nostre discettazioni riescano proficue alla scienza e ai suoi cultori; e per verità sono costretto a disperarne anche io, poichè mentre chiedevo al mio avversario quali fossero le ricerche, che non avevo fatto, e gli permettevo di tenerne conto, egli non si è curato neppure di accennarle nella lunghissima risposta, che ha dato al mio primo articolo. A me pareva, che le censure generiche non avessero alcuna serietà e consistenza; e poichè mi venivano fatte su un giornale, che ha l'unico compito di rendere conto delle nuove pubblicazioni e il darne un esatto giudizio, avevo il diritto di chiedere, che il Prof. Cimbali, lasciando le generalità vuote, mi mettesse innanzi le particolari determinazioni del suo concetto»²⁰¹.

Senza cogliere il senso intrinseco della critica mossagli dal giurista siciliano, Gianturco canzona l'avversario per aver tenuto con tanto zelo «a questo suo concetto» di fiducia, da averlo elevato a nientemeno che «una questione costituzionale di libertà di pensiero e di coscienza»²⁰², affaticandosi a dimostrare la supremazia del principio della libera e certa volontà del testatore contro l'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie. Mentre il centro del dibattito, nelle parole del giurista lucano, si sposta vertiginosamente dalla questione giuridica, oggetto della polemica, all'attacco diretto contro la persona del suo avversario siciliano.

²⁰⁰ E. Gianturco, *Di un principio fondamentale nelle disposizioni fiduciarie*, in «Il Filangieri», VIII, Parte I, 1883, pp. 429-431; ripubb. in Id., *Scritti vari (1880-1905)*, cit., pp. 124-127, e anche in Id., *Opere Giuridiche*, cit., vol. I, pp. 71-72. Citiamo dall'edizione originali, pubblicata in *Il Filangieri* del 1883.

²⁰¹ Ivi, p. 429.

²⁰² *Ibidem*.

«Non dubito punto, che il Cimbali prima di scriverne la recensione, abbia studiato amorevolmente la mia monografia; posso tuttavia affermare, che studiandola con diligenza maggiore, avrebbe risparmiato a me ed a lui la pena di questa polemica. Egli avrebbe visto, che in più luoghi ho fermato il medesimo principio da lui sostenuto, e ne ho tratte conseguenze rilevantissime»²⁰³.

Il fatto, poi che, nel caso della confessione della fiducia testamentaria, il Cimbali ammetta, in astratto, che la conseguenza del suo ragionamento possa considerarsi accettabile sembra essere per Gianturco l'ennesima prova della più totale incoerenza del suo avversario.

«Il Prof. Cimbali non mette in dubbio la verità di questo criterio d'interpretazione, e non nega, che quell' esempio possa appunto interpretarsi in tal senso. E se pure l'esempio fosse inesatto, non ne verrebbe al certo, come il Cimbali affermava nella sua recensione, che nella mia dottrina fosse sbagliato di sana pianta il principio fondamentale. Che questo non sia sbagliato, lo dimostra il fatto veramente meraviglioso, che il Cimbali che, a suo dire, si trova così lontano da me nella determinazione di questo benedetto principio, confessa poi di essere d'accordo con me in quasi tutte le sue conseguenze. Ma qui il Prof. Cimbali non ha avvertito, che nelle conseguenze io avrei dovuto essere lontano da lui le mille miglia, se davvero avessi errato nel determinare i principii fondamentali: se invece siamo d'accordo nelle conseguenze vuol dire, che io ho preso le mosse da quel medesimo punto donde muove egli stesso e che era onninamente inutile affaticarsi con gran lusso di erudizione a dimostrare ciò, che io non solo non avevo mai posto in dubbio; ma avevo invece in più luoghi affermato e ribadito»²⁰⁴.

Queste parole ci sembra che nulla aggiungano al tema del dibattito, così come la conclusione, con la quale Gianturco mette la parola fine alla controversia, rendendosi conto, a sua volta, che oramai la «discussione ha perduto pe' lettori del Filangieri ogni importanza scientifica; e a me non pare nè bello, nè conveniente intrattenerli in vane quistioni per dar sfogo a puntigli e risentimenti personali»²⁰⁵. A quest'ennesimo attacco Cimbali naturalmente non risponde, rendendosi conto probabilmente di come oramai quella polemica avesse travalicato i limiti di una sia pur accesa controversia dottrinale, per tramutarsi, al contrario, in una rissa inutile tra scienziati che nulla ha a che vedere con la nobiltà della scienza. La questione della fiducia testamentaria rimane, invece, sullo sfondo, in gran parte ancora irrisolta, perché né il primo né il secondo dei due contendenti è riuscito a trovare una soluzione davvero appagante. Come si era anticipato, il loro confrontarsi, forse troppo ardentemente e con troppa convinzione, ha finito per annullare sia l'uno che l'altro polo, ai cui antipodi si posizionavano le reciproche teorizzazioni, ste-

²⁰³ Ivi, p. 430.

²⁰⁴ Ivi, pp. 430-431.

²⁰⁵ Ivi, p. 431.

rilizzando l'intera controversia, e favorendo soltanto quella lettura esegetica del Codice civile che entrambi i contendenti disdegnavano.

5. *La controversia oltre le pagine delle riviste... e la sua lettura insoddisfacente nella civilistica di fine secolo*

Probabilmente inaspettatamente, quella che vide contrapposti Cimbali e Gianturco non è una controversia che passò inosservata agli occhi della scienza giuridica italiana²⁰⁶, in gran parte per il palcoscenico clamoroso su cui si svolse, quello de *Il Filangieri*, che fornisce ai due contendenti una straordinaria visibilità, peraltro del tutto ingiustificata considerando la loro giovanissima età e le reciproche posizioni, tutt'altro che preminenti, nel panorama della civilistica italiana di quegli anni. Ma non è solo questa fortunata coincidenza a garantire visibilità alla polemica, che invece troverà ampio spazio nelle pagine di quanti, almeno fino alla fine dell'Ottocento, si interesseranno alla vicenda dell'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie nel diritto civile italiano.

In prima analisi, bisogna considerare l'impatto che ebbe la controversia sulla produzione scientifica successiva dei suoi stessi protagonisti, e che cambia sensibilmente dall'uno all'altro. A differenza di Enrico Cimbali, che dimostrerà un completo disinteresse per la questione²⁰⁷, Emanuele Gianturco appare, invece, profondamente segnato dalla polemica, continuando a sostenere, senza arrendersi mai, la validità incontestabile della sua teorizzazione, tanto nella saggistica successiva, quanto nei suoi corsi universitari e manuali istituzionali dell'età matura. Già nel 1884, a pochi mesi dalla fine della discussione su *Il Filangieri*, il giurista lucano pubblica una seconda edizione della sua dissertazione²⁰⁸, «*interamente rifatta*», come appendice

²⁰⁶ Sono in molti a testimoniarlo, tra gli altri, possiamo ricordare G. Vadala Papale, *Commemorazione del Prof. Enrico Cimbali* cit., pp. XIV-XV; che nel suo ricordo personale ne fa il preludio della svolta compiutamente solidarista del Cimbali.

²⁰⁷ Per quello che ci è stato possibile ricostruire Cimbali non ritornò più, nei suoi scritti successivi, sulla questione della fiducia testamentaria, considerandola probabilmente un argomento che non necessitava di essere ulteriormente indagato. La vicenda non sarà neanche presa in considerazione tra quelle riforme necessarie per il suo Codice privato sociale, nel capitolo consacrato alle successioni di *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* cit., pp. 201-309. L'unico saggio nel quale l'autore torna ad affrontare il problema testamentario viene pubblicato nel fascicolo de *Il Filangieri* del giugno 1884, quello successivo alla controversia, ma questi, con molta prudenza, evita completamente l'argomento, concentrandosi invece sulla natura contrattuale dell'atto giuridico testamento in generale. E. Cimbali, *Il testamento è contratto?* in «*Il Filangieri*», IX, Parte I, 1884, pp. 265-274; ripubb. in Id., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, cit., pp. 103-118, e anche in Id., *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., vol. III, pp. 99-114.

²⁰⁸ E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* in F. Laurinet, *Principi di diritto civile*, 1ª traduzione italiana dell'avv. Giuseppe Trono, con raffronti ed appendici dei più illustri giuristi italiani concernenti la legislazione e la giurisprudenza italiana, 33 vol., Napoli, Leonardo Vallardi,

V del volume XIV dei monumentali *Principes de droit civil* (1869-1879) di François Laurent, prima traduzione italiana curata dall'avvocato Giuseppe Trono, redattore storico della rivista partenopea. Scopo delle appendici, che chiamano a raccolta i migliori giuristi meridionali del tempo, era quello di concordare i principi desunti dal celebre giurista belga, a partire dall'esegesi del *Code Napoléon*, con la codificazione italiana, inserendo, dove necessario, specifiche distinzioni. L'appendice di Gianturco, come a sottolinearne la natura di semplice opinione personale, è preceduta da un'appendice III, redatta in poche pagine dal professore Giovanni Lomonaco²⁰⁹ – noto *paleo-civilista* italiano, conosciuto per essere un vero e proprio «teorico della pratica»²¹⁰ – che aveva il compito di chiarire, a partire da Laurent, la questione delle *istituzioni fiduciarie nel Codice civile italiano*²¹¹, secondo un'esegesi rigorosa del testo codificato, concordata sapientemente con l'orientamento prevalente della giurisprudenza.

Dopo aver preso atto che «il più delle volte le pie disposizioni dettate nel testamento non sono che una delle forme in cui si manifesta l'egoismo umano», il Lomonaco dichiara che si limiterà ad «esaminare la questione, conformandosi alle prescrizioni della legge», e lasciando fuori qualsiasi riferimento all'equità²¹². Data la prossimità cronologica, e la lettura certa che il Lomonaco fece della nostra controversia, non si può far a meno di vedere in questo riferimento all'equità un rinvio, quantomeno implicito, alle considerazioni del Cimbali, che appunto su ragioni equitative fondava il suo giudizio di ammissibilità della fiducia, e che il civilista napoletano sottolinea di non volere prendere in considerazione. In linea con il dettato dell'articolo 829 cod. civ., il Lomonaco si limita semplicemente ad affermare che può «senza dubbio avverarsi il caso che il fiduciario non adempia gli obblighi assunti, non renda pago quel desiderio che il testatore gli ha manifestato sul suo letto di morte», ma che è un «onere del testatore prevedere questo caso» e «se ciò non ostante, ha confidata l'esecuzione dei suoi voti all'amico, la legge non ha

1884, vol. XIV, pp. 644-702 (Appendice V); pubblicato anche autonomamente con il titolo *Delle fiducie nel diritto civile italiano: dissertazione dell'avvocato Emmanuele Gianturco*, 2^a ed. interamente rifatta, Napoli, Leonardo Vallardi, 1884. Citiamo dall'edizione pubblicata nei *Principi di diritto civile*.

²⁰⁹ C. Vano, voce «Lomonaco, Giovanni», in I. Bircchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1192-1193.

²¹⁰ Su questa definizione, che offre un'immagine autentica del Lomonaco, vedi C. Vano, *Nota di lettura: Un teorico della pratica. Giovanni Lomonaco, il foro napoletano e la civiltà della nazione*, in G. Lomonaco, *Due scritti sul foro napoletano*, Napoli, Jovene, 2012, pp. XIX-XXXV.

²¹¹ G. Lomonaco, *Le istituzioni fiduciarie nel Codice civile italiano* in F. Lournet, *Principi di diritto civile*, cit., pp. 426-434. La stessa posizione sfavorevole sarà ribadita, più sinteticamente, anche in Id., *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2^a ed. notevolmente accresciuta, 7 voll., Napoli, Jovane, 1895, vol. IV, pp. 233-239.

²¹² G. Lomonaco, *Le istituzioni fiduciarie nel Codice civile italiano*, cit., pp. 426-427.

il diritto di turbare questa fiducia»²¹³. Dopo tutto, l'unica motivazione che potrebbe spingere il testatore ad agire segretamente è quella di «fare indirettamente ciò che direttamente gli era vietato», tanto è vero che se si toglie «la maschera all'erede fiduciario: sotto [...] si troverà il figlio adulterino, l'incestuoso, o [...] il secondo coniuge che vuole avvantaggiarsi oltre il dovere a danno della prole del primo matrimonio»²¹⁴.

Tuttavia, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che, ove l'accordo segreto non sia stipulato in frode alla legge, «il fiduciario che propala la fiducia non crea l'erede od il legatario» ma «si limita soltanto a scoprire la volontà del testatore dinanzi occulta»²¹⁵. Questo meccanismo è reso possibile – secondo il Lomonaco – dalle «chiare parole della legge»²¹⁶, in forza di quel superiore principio che preserva la libera volontà del testatore. Quest'ultima, infatti, «era coperta dall'involucro della fiducia, come il granello è chiuso nella spica», ed il fiduciario che la confessa, esattamente come «chi trebbia il grano *non novam speciem facit, sed eam quae est detegit*», non fa altro che dichiarare «la volontà del testatore»²¹⁷. «Se il testatore può disporre direttamente a favore di persone per le quali non vi è divieto per legge», a maggior ragione «lo può ancora per mezzo di interposte persone», ed ecco previsto dallo stesso legislatore, in via di principio, anche «il rimedio agli abusi reali» ed a tutti quelli «che ragionevolmente si possono prevedere»²¹⁸.

A questa professione di fede normativa fa da contraltare la riedizione della dissertazione del Gianturco che, circa duecento pagine dopo, ribalta completamente la questione della fiducia confessata a partire dalla sua teoria dell'obbligazione civile. Precisato nuovamente che debba escludersi categoricamente di trovarsi di fronte ad un'obbligazione naturale, perché questa «nonostante il riconoscimento, rimane destituita di ogni efficacia coattiva»²¹⁹, il giurista lucano ribadisce la natura strettamente civile dell'obbligazione fiduciaria oggetto di spontanea dichiarazione, che però, in questa nuova versione, non discende più da una impropria novazione della causa, che lui stesso non riesce più a definire con chiarezza, ma direttamente *ex causa testamento*²²⁰.

Un esempio tratto dagli appunti del suo *Corso universitario sulle successioni* del 1893²²¹, ci aiuta a capire meglio quale sia il meccanismo sulla

²¹³ Ivi, p. 428.

²¹⁴ Ivi, pp. 428-429.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Ivi, p. 432.

²¹⁷ Ivi, p. 429.

²¹⁸ Ivi, p. 431.

²¹⁹ E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* in F. Laurinet, cit., p. 681.

²²⁰ Cfr. Ivi, pp. 685-687.

²²¹ E. Gianturco, *Corso universitario. Del diritto delle successioni* in Id., *Opere Giuridiche*, cit., vol. II, pp. 315-453.

base del quale sia possibile ammettere una tale obbligazione giuridicamente vincolante, senza passare, allo stesso tempo, per il complesso strumento della novazione, sia pur intesa impropriamente, come l'aveva fatto il nostro durante la polemica con il Cimbali. Secondo Gianturco, infatti, l'ipotesi della fiducia va considerata come «simile a quella dell'art. 2142 cod. civ. per i debiti prescritti in un termine breve, in cui il debitore può essere tenuto a giurare circa l'esistenza o no del debito: in tal caso, la legge non nega l'azione al credito, ma nega la prova, o meglio non ammette che una sola, il giuramento»²²². Un'assimilazione concettuale, quest'ultima, che l'autore non si astiene dal riportare anche nelle pagine del suo celebre Manuale Barbèra²²³ di *Istituzioni di diritto civile* (1908)²²⁴, sottolineando che la confessione svolge per la fiducia gli stessi effetti civili che il giuramento aveva sul debito sottoposto a prescrizione breve²²⁵.

Si tratta di un equilibrismo civilistico piuttosto ardito, che finisce per mischiare indistintamente il piano delle obbligazioni civili con quello delle obbligazioni morali, continuando, in ogni caso, a sfuggire la domanda del Cimbali sul fondamento della fiducia, che rimane, anche qui, priva di una risposta appagante. Tutto ciò che si può rilevare – ancora una volta – è il sempre più contorto avvilupparsi del Gianturco ad una prospettiva sempre più strettamente civilistica, che cerca di ridurre il fenomeno della fiducia testamentaria alla più tipica delle figure fondative del sistema di diritto civile, quella dell'obbligazione, bandendo radicalmente ogni considerazione su rapporto fiduciario come fenomeno trascendente gli angusti limiti del giuridico, e dunque anche la figura ibrida dell'obbligazione naturale, che ne rappresenta il più tipico esempio. Unico salvacondotto, che ci ricorda la sua indole solidarista e realista, ma allo stesso tempo, conservatrice, è il monito ribadito al legislatore, affinché l'istituto venga del tutto abolito nel Codice civile italiano, non avendo alcuna ragione sociale che ne giustifichi la sopravvivenza, con la sola eccezione delle disposizioni fiduciarie per interposta persona in favore dell'incapace, soggetto debole meritevole di un particolare regime di tutela²²⁶.

²²² Ivi, *Lezione ventisettesima*, pp. 408-409.

²²³ Sulla storia di questi celebri manuali giuridici, destinati ad una grande fortuna tra studenti e pratici, e sulla maniera con cui venivano redatti ed aggiornati periodicamente vedi G. Mecca, *“Manuali di scienze giuridiche, politiche e didattiche”*. *Letteratura universitaria e didattica del diritto nell'Italia del XIX e XX secolo*, in G. Tortorelli (a cura di), *“Non bramo altr'esca”*. *Studi sulla casa editrice Barbèra*, Bologna, Pendragon, 2013, pp. 157-203.

²²⁴ E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 8ª ed., Firenze, Barbèra, 1893. Per una contestualizzazione storico-giuridica del Manuale Istituzionale di Gianturco, con riferimenti più generali alla storia dei manuali di diritto civile tra Otto e Novecento vedi M. Nardoza, *Manualistica e cultura del codice civile tra Otto e Novecento*, cit., pp. 81-111.

²²⁵ E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 308.

²²⁶ E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* in F. Larnet, cit., pp. 701-702.

Quest'ultima riflessione, che da sola potrebbe apparire ancora una volta in contrasto con l'intera costruzione, trova un'implicita conferma in un breve passaggio con cui il Gianturco, ricordando gli assunti del Socialismo giuridico proletario, apre il capitolo sulle successioni del suo manuale istituzionale: «Il diritto di disporre dei propri beni a causa di morte discende dal diritto di proprietà e dal diritto civile positivo: i socialisti impugnano e l'una e l'altra premessa per negare la legalità della conseguenza»²²⁷. Per garantire, invece, contro l'arbitrio di simili dottrine, la libertà di quelle stesse conseguenze, sono due le strade che Gianturco intravede in tema di fiducia testamentaria. Delle due l'una, o il legislatore sceglie di vietarla completamente, facendo opera di adeguamento del diritto civile alle necessità sociali, o è necessario interpretare il diritto vigente in termini obbligatori stringenti, per non ricadere nell'assurdo di far prevalere degli assunti puramente morali sulla logica razionale che regola il diritto civile.

Di converso, è singolare notare che, in nessuno di questi lavori successivi, nonostante ritorni più volte sulla questione, ed in momenti diversi del suo itinerario scientifico, Gianturco faccia mai riferimento alla controversia con il Cimbali, e che si guardi bene dal menzionare la risposta del suo avversario, neanche al solo fine di confutarla nuovamente, magari per stigmatizzare la sua stessa posizione. D'altra parte, e questo ci consente di allargare la nostra osservazione, ancora alla fine dell'Ottocento i termini della contesa sono ben impressi nella civilistica italiana, tanto da meritare un richiamo esplicito nella voce *Successioni testamentarie*²²⁸ del *Digesto Italiano*, redatta dall'avvocato torinese Cesare Losana²²⁹, che cita alcuni brani tanto dell'uno quanto dell'altro dei nostri protagonisti²³⁰.

Tuttavia, la vicenda viene letta in maniera sfocata, disinteressandosi completamente alla questione metodologica sul fondamento della fiducia, che – come abbiamo provato a far emergere – fu il vero nocciolo della controversia, e facendo delle censure di Enrico Cimbali, quando in linea con una lettura esegetica, delle utilissime argomentazioni a favore del divieto, e trattando, all'inverso, la teoria del Gianturco come un'eccentrica dottrina, da contestare radicalmente. Questa lettura insoddisfacente fu probabilmente il precipitato della ricostruzione della controversia fatta da Torquato Cuturi²³¹ – civilista e

²²⁷ E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 42.

²²⁸ C. Losana, voce «*Successioni testamentarie*», in *Il Digesto italiano*, XXII, parte IV, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1898, pp. 1-448.

²²⁹ F. Torillo, voce «*Losana, Cesare*», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1203-1204.

²³⁰ C. Losana, voce «*Successioni testamentarie*», cit., pp. 188-203. Si veda in particolare la lunga nota n. 4, pp. 194-195.

²³¹ F. Alunno Rossetti voce «*Cuturi, Torquato*», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 623-624.

comparatista dell'ateneo perugino – nel suo dotto volume su fedecommissi e successioni nel diritto civile italiano²³², pubblicato nel 1889, ed ampiamente utilizzato per la redazione della sua voce del *Digesto Italiano* dall'avvocato Losana nel 1898. Il Cuturi era, dal canto suo, un giurista profondamente critico, tanto degli approcci sociologici cui tendeva la lettura del Cimbali, considerati da lui fin troppo innovatori, tanto delle dottrine sistemiche di cui era interprete il Gianturco, troppo razionalmente orientata²³³. Dietro la sua parvenza di civilista moderno, si nascondeva però un sostenitore del metodo tradizionale, sia pur ammorbidito, nella sua analisi normativa, da un'attenzione per la comparazione giuridica e per le necessità della prassi forense. Nel mezzo della sua trattazione, che nel caso delle successioni appare noiosamente appiattita sul dettato normativo, Cuturi richiama a più riprese il Gianturco, contestandone, citazione per citazione, le argomentazioni, ed utilizzando, a supporto di quanto sostiene, brani ritagliati arbitrariamente dal saggio del Cimbali²³⁴, che diventa per lui il campione assoluto dell'inammissibilità della fiducia testamentaria²³⁵.

Neanche l'istanza di riforma del Codice civile, proposta da Gianturco, viene risparmiata dalle critiche, considerata dal Cuturi come un segno di negligenza imperdonabile da parte del suo autore, valevole, come tale, a confutarne ulteriormente la teorizzazione mirabolante.

«Ma gli inconvenienti che hanno condotto l'autore a questi voti, non sono nella legge, sono nella teoria che egli vi ha adattata. Il legislatore nulla disse delle fiducie come istituto giuridico, le escluse, anzi, col sistema seguito per le solennità intrinseche e per le forme del testamento; non pronunziò la nullità della fiducia perchè non volle, per tale argomento, lasciare aperta la via a processi intricati e deplorabili nelle conseguenze loro, com'era manifesto dalla giurisprudenza del cod. civ. francese, e lasciò unicamente alla coscienza dell'erede o del legatario il provvedere [...] all'adempimento di quei doveri che credeva di avere assunti, mantenendo tuttavia la qualità che gli era stata conferita dal testamento. Della invocata riforma non credo vi sia bisogno: occorre solo che l'art. 829 del cod. civ. sia considerato come un momento del sistema che è nella legge nostra»²³⁶.

²³² T. Cuturi, *Dei fidecommissi e delle sostituzioni* cit.

²³³ T. Cuturi, *Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano*, in «Archivio giuridico», XXXIX, 1887, pp. 269-309.

²³⁴ T. Cuturi, *Dei fidecommissi e delle sostituzioni* cit., pp. 156-170.

²³⁵ «Osservava benissimo il Cimbali, seguendo alcune decisioni delle nostre Corti, che la fiducia è solamente ammissibile, non inquanto l'istituto abbia l'obbligo preciso di adempiere i segreti avuti dal testatore, ma inquanto, invece, adempiendoli per impulso della coscienza, esercita il diritto di trasmettere in altri quei beni che sono ormai nel suo patrimonio» (Ivi, pp. 158-159).

²³⁶ Ivi, p. 170.

6. *Una questione di prospettiva: due anime del Realismo giuridico italiano nella seconda metà del secolo XIX*

Una lettura della controversia sulla fiducia come quella che ci restituisce Torquato Cuturi, appare grandemente insoddisfacente, e questo non soltanto perché è orientata verso il fine manifesto di preservare ad ogni costo il divieto normativo, ma anche – e forse soprattutto – perché sacrifica, sull’altare della legalità, la ben più rilevante questione di filosofia positiva che si nasconde dietro l’interrogativo pratico che sottende la polemica tra i nostri due protagonisti. Da un lato si pone, infatti, il metodo *storico-razionale*, concepito come “sistema chiuso”, fondato su una logica deduttiva stringente, nella quale il giurista deve trovare necessariamente la risposta ad ogni interrogativo posto dalla pratica forense e dai bisogni sociali, senza alcuna possibilità di oltrepassarne i limiti rigorosi o di attingere elementi dall’esterno. Dall’altro l’approccio *scientifico-sociale*, che guarda al diritto come organismo vivente, parte di un più complesso ciclo evolutivo che, prima ancora di essere giuridico, investe la società nel suo complesso, e di cui il diritto è soltanto un riflesso. In queste le reciproche posizioni di Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali – come si è cercato di dimostrare – rappresentano, in maniera del tutto inconsapevole – in gran parte a causa della giovane età e della primissima fase del loro itinerario scientifico e dottrinale – i due archetipi fondamentali di quelle che diventeranno, dopo di loro, le due tendenze, distinti ed inconciliabili, in cui si dividerà la scienza giuridica italiana tra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo.

Da una parte l’approccio dottrinale del *Systema*, di sempre più chiara ispirazione pandettistica, che si incarna nelle *Parti generali* di Chironi, Coviello, e Ferrara²³⁷, sempre più profondamente orientate verso un’interpretazione razionale del diritto civile, fondata su assiomi concettuali e nozioni generali, deducibili dal dettato codicistico ridotto a sistema ordinato di principi, che però finiscono per astrarre completamente dalla realtà sociale circostante, delegando alla giurisprudenza il compito di far progredire il diritto per mezzo di un’interpretazione evolutiva della legge²³⁸.

Dall’altra parte l’approccio sociologico, che pagherà con la perdita della sua stessa identità la prematura scomparsa di Enrico Cimbali il 25 giugno 1887, e che, nonostante gli sforzi dei suoi compatrioti siciliani Giuseppe Vadalà-Papale²³⁹ e Giuseppe D’Aguanno²⁴⁰ per preservarne l’originaria voca-

²³⁷ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 383-441.

²³⁸ Su questa tendenza della scienza giuridica non soltanto italiana ma europea vedi M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto* cit., pp. 723-734.

²³⁹ F. Mazzeola, voce «Vadalà-Papale, Giuseppe», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 2008-2009.

²⁴⁰ F. Mazzeola, voce «D’Aguanno, Giuseppe», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 627-628.

zione comtiana, darwinista e spenceriana²⁴¹, finirà per naufragare nel Socialismo giuridico più spinto, incarnato nelle critiche di stampo marxista²⁴² che lo storico-giurista Giuseppe Salvioli²⁴³ muoverà al diritto borghese del Codice civile italiano e del progetto di BGB tedesco²⁴⁴, e parallelamente nel riformismo smaccatamente proletario del filosofo del diritto Francesco Cosentini²⁴⁵, pur sociologicamente orientato nell'impostazione ma tendente verso una dottrina politica che fa del diritto un semplice strumento per l'affermazione di classe²⁴⁶, al servizio di un onnipotente Stato legislatore sociale²⁴⁷.

Tuttavia, se ci soffermiamo a riflettere sulle posizioni di Cimbali e Gianturco, considerate nella loro essenza storica – tralasciando per un momento le derive a cui saranno condotte successivamente – ci appare evidente qualcosa che, a prima vista, potrebbe sfuggire. Dobbiamo considerare, infatti – come ci suggerisce il sociologo del diritto Renato Treves – che questi due approcci, pur fondati su sensibilità e metodologie dottrinali profondamente diverse, non solo per provenienza geografica, ma anche per i postulati di partenza, sono due prodotti dell'avvento della filosofia positiva in Europa, declinati, a loro volta, in maniere diverse nel contesto italiano, ma che pur condividono, loro malgrado, uno stesso corredo genetico fondamentale²⁴⁸. Questo fondamento, che appartiene al contesto culturale nel quale sono immersi i nostri due protagonisti e dal quale sono entrambi influenzati, non si riflette però, come ci aspetteremmo, in un'unità metodologica o in un'identità di approcci dottrinali al problema giuridico, che, considerate in una pro-

²⁴¹ F. Mazzarella *Darwinismo, storicismo, socialità. La "nuova tendenza" di Giuseppe Vadalà-Papale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 41, 2012, pp. 583-626.

²⁴² Sul marxismo come dottrina politica di derivazione positivista, e sulla sua sociologia del diritto v. H. Lefebvre, *La sociologia di Marx*, Milano, il Saggiatore, 1969; R. Guastini, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano (1842-1851)*, Bologna, il Mulino, 1974; N. Bobbio, R. Treves, *Teoria del diritto e sociologia del diritto in Marx*, in «Sociologia del diritto», II, 1978, pp. 279-294; Z. Bauman, *Lineamenti di una sociologia marxista*, Roma, Editori Riuniti, 1979; G. Rebuffa, *Nel crepuscolo della democrazia. Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 1991; e più di recente F. Ferrarotti, *Lineamenti di storia del pensiero sociologico*, cit., pp. 53-60; A. Izzo, *Storia del pensiero sociologico*, cit., vol. II: *I classici*, pp. 23-106.

²⁴³ F. Mazzarella voce «Giuseppe Salvioli» in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Appendice VIII, cit., pp. 417-421; N. Vescio, voce «Salvioli, Giuseppe» in *Birocchi et al., Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1777-1780.

²⁴⁴ P. Costa, *Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvioli*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 3/4, 1974-1975, pp. 457-494; F. Mazzarella, *Ivi*, pp. 418-420.

²⁴⁵ A. Mattone, E. Mura, voce «Cosentini, Giuseppe» in *Birocchi et al., Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 590-591.

²⁴⁶ F. Cosentini, *La riforma della legislazione civile*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1911, pp. 203-245.

²⁴⁷ Si tratta di quello che verrà definito Socialismo di Stato, cfr. G. Solari, *Socialismo e diritto privato* cit., pp. 182-222.

²⁴⁸ R. Treves, *Sociologia del diritto*, cit., pp. 5-179.

spettiva squisitamente scientifica, ci appaiono del tutto inconciliabili, come avviene peraltro, nel caso concreto, con la definizione della nozione di fiducia nella nostra controversia.

Partendo da questo primo scaccomatto sul piano della scienza giuridica, però, possiamo provare a rivalutare la questione in prospettiva antropologico-culturale, cercando di fare emergere – per dirlo ancora una volta con le parole di Luigi Lacchè – lo «strato profondo della cultura giuridica» di cui sono manifestazione tanto la teorizzazione del Gianturco quanto l'opposta teoria del Cembali. Ed è su questo secondo piano di analisi che possiamo provare a focalizzarci su quell'elemento che – a nostro parere – ci consente di far convergere le loro due antitetiche ricostruzioni, in una sorprendentemente unità di vedute. Il riferimento è a quella *prospettiva realista* al problema giuridico, che i nostri protagonisti sembrano avere in comune, e che si sostanzia nella presa di coscienza della rilevanza sociale del diritto, e della necessità di una sua socializzazione²⁴⁹, oltre la muraglia eretta dagli esegeti in difesa dell'assolutismo giuridico²⁵⁰, destinato ad andare peraltro in crisi proprio a causa dei rapidi mutamenti sociali e culturali tra Otto e Novecento.

L'ammissibilità o meno della fiducia passa, infatti, in entrambi i casi – aldilà dell'arnese metodologico che i due giuristi scelgono di adoperare o dai toni accessi della controversia in cui sono coinvolti – per un rigoroso confronto del dettato codicistico con i bisogni del contesto sociale italiano della fine dell'Ottocento, ed è questo approccio, intimamente culturale ma non privo di ricadute sul piano applicativo, che ci consente di parlare di un autentico *Realismo giuridico italiano* della seconda metà del secolo XIX, inteso non come metodo giuridico-positivo ma come paradigma antropologico-culturale della scienza giuridica italiana tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento.

È per questo motivo che, in ultima analisi, questi due giuristi, ci appaiono condividere con gli artisti, i poeti, i commediografi o gli scrittori del loro tempo quello stesso approccio fondativo, ed allo stesso tempo quella medesima insoddisfazione verso i modelli del passato, che, combinate insieme, danno vita ad un sentimento che non è solo di rinnovamento metodologico, declinato in maniera ecletticamente differente a seconda delle sensibilità e dei gusti del singolo interprete, ma soprattutto di rivoluzione culturale e prospettica, quanto all'angolatura ed all'ottica con la quale guardare al fenomeno giuridico nel suo complesso. Come i realisti, pittori e letterati, fondavano la loro ribellione in una prospettiva realista, naturalista, verista, più o meno socialista, più o meno liberale, più o meno emancipata di guardare alla re-

²⁴⁹ M. Stronati, voce «*Il socialismo giuridico e il solidarismo*», cit., p. 405.

²⁵⁰ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.

altà, riproducendola esattamente come essa appariva ai loro occhi, senza la mediazione di astrazioni o fantasiose metafore, contro i canoni del neoclassicismo e del romanticismo; così i nostri giuristi realisti partono da un'analisi rigorosamente empirica della realtà circostante, per poi utilizzarla come lume interpretativo delle astratte costruzioni giuridiche desumibili dal dettato codicistico, criticando contemporaneamente l'approccio contrario dei loro predecessori *paleocivilisti*. Ma non dobbiamo lasciarci ingannare, questa *prospettiva realista*, essendo fondata su un'osservazione soggettiva della realtà, come lo è quella artistica o letteraria, può condurre – come avviene per la nostra controversia sulla fiducia – a ricostruzioni diverse, a concezioni e teorizzazioni sensibilmente differenti, a risultati del tutto opposti, ma ciò nonostante affonda pur sempre le sue radici in uno stesso rinnovamento culturale e in un identico ribaltamento del punto di osservazione, che rigetta un'insensata astrazione della realtà a favore di un più pragmatico razionalismo, anche quando questo finisce per mettere in discussione l'opportunità dell'intero impianto codicistico – come sostiene Emanuele Gianturco – o la sua razionalità stringente – come afferma all'inverso Enrico Cimbali.