

ARGOMENTO STORICO E DIRITTO CIVILE. CON UNO  
SGUARDO ALLA FORMA E AI RIMEDI

*HISTORICAL METHOD AND CIVIL LAW. LOOKING AT  
FORMALISM AND REMEDIES*

*Actualidad Juridica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 388-411*



Alberto  
MATTIA  
SERAFIN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

**RESUMEN:** Il contributo aspira a delineare alcuni indirizzi di metodo minimi sull'uso dell'argomento storico nel diritto civile, portando due esempi tra loro eterogenei: il formalismo testamentario e l'equilibrio contrattuale.

**PALABRAS CLAVE:** Argomento storico; Forma del testamento; Presupposizione; Equilibrio contrattuale.

**ABSTRACT:** *The essay aims at outlining some minimal methodological guidelines on the use of the historical argument in civil law, looking at two heterogeneous examples: testamentary formalism and contractual balance.*

**KEY WORDS:** *Historical argument; Testamentary formalism; Voraussetzung; Contractual equilibrium.*

**SUMARIO.- I. PREMESA: IL DIRITTO COME “FORMA DELLA REALTÀ SOCIALE”.- II. SPUNTI DI METODO.- III. DUE ESEMPI.- 1. La forma del testamento.- 2. La presupposizione.- IV. CONCLUSIONI.**

---

## **I. PREMESA: IL DIRITTO COME “FORMA DELLA REALTÀ SOCIALE”.**

Chi scorra, anche solo sommariamente, la produzione civilistica degli ultimi decenni, ritrarrebbe la netta sensazione – contraddetta solo da alcune, tanto sporadiche, quanto meritorie, eccezioni – che il messaggio heideggeriano della *Verfallenheit* sia stato esasperato e frainteso, al punto da far coincidere la nostra esperienza terrena individuale, con quella dell'uomo in generale; un po' – verrebbe da dire piú prosaicamente – come se, nel *video-game* dell'esistenza umana, si rinunziasse costantemente a “caricare” la partita dei nostri predecessori, per avviarne ogni volta una “nuova”, obliterando, per tal via, tutto ciò che, di pur significativo, possa essere occorso nelle ere anteriori.

Ne è emerso, insomma, un accentuato disinteresse verso l'argomento “storico”, giacché – se si volesse tracciare un quadro d'insieme, ordinato secondo rarefazione progressiva – talvolta le esposizioni riguardanti il passato si riducono a meri “cenni”, locuzione, questa, già di per sé indicativa d'una tendenza schiettamente e consapevolmente contenitrice. Talaltra ancora, esse si diffondono in considerazioni piú ampie, ma comunque non tali da poter ricavare ispirazioni per l'oggi, sicché meramente quantitativa si dà la differenza con la prima evenienza. Talaltra, e infine, esse registrano – questi ci appaiono i casi meno frequenti, e perciò piú degni di menzione – un collegamento piú marcato, esplicito e maturo con la quotidianità<sup>2</sup>.

- 1 Una veduta complessiva, eppure riduttiva, è in TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 367 ss. Per un'utile tassonomia, cfr. IBBETSON, A.: “Historical Research in Law”, in *The Oxford Handbook of Legal Studies* (a cura di M. TUSHNET e P. CANE), Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 863 ss. Significativi spunti si trovano ora anche in DILIBERTO, O.: “Fra storia e diritto”, in AA.VV.: *Nel mondo del diritto romano* (a cura di L. VACCA), Jovene, Napoli, 2017, pp. 75 ss.
- 2 Lungo quest'ultima linea si colloca l'autorevole posizione di SCOZZAFAVA, O.T.: *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014, ove sono raccolti i saggi, che s'inscrivono nella tendenza già tracciata da Id.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, a breve oggetto di riedizione da parte della Casa editrice ESI, nella collana “Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino”, diretta da Pietro Perlingieri e Giovanni Perlingieri. In ambito successorio, si segnalano BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, ESI, Napoli, 2018, *passim*, spec. pp. 25 ss., opera vincitrice del Premio “Eccellenza Scientifica”, ed. 2019, bandito dalla SISDI; Id., *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015; DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme*, ESI, Napoli, 2013. Per un recente sguardo piú ampio, ALPA, G.: *Diritto civile italiano. Due secoli di*

• **Alberto Mattia Serafin**

Avvocato e Dottorando di Ricerca in Diritto Privato  
Università degli Studi di Cassino  
E-mail: albertomattiaserafin@icloud.com

Ragioni di economia, e forse anche di eleganza, suggerirebbero di astenersi dal tracciare una possibile eziologia d'una tale omissione<sup>3</sup>, e quindi d'attingere direttamente all'evocato metodo, soprassedendo alla ricerca delle cause del suo declino, per vero già tempo addietro oggetto di stigmatizzazione da parte d'un illustre esponente della nostra scienza, il quale invitava a non dismettere la "tradizione"<sup>4</sup>, in difetto della quale sarebbe inconcepibile qualsivoglia "innovazione"<sup>5</sup>, e a perseguire altresí ogni possibile forma di "contaminazione"<sup>6</sup>.

Senonché, un'indagine, quantunque sommaria, in ordine alle circostanze, che possano aver occasionato siffatta attitudine dismissiva<sup>7</sup>, in ovvia assenza d'ogni contro-indicazione strutturale<sup>8</sup>, potrebbe tornare d'utilità per corroborare gl'intrinseci pregi, che avocherebbe a sé un'opposta propensione riacquisitiva.

Orbene, a noi pare, almeno sotto un profilo strettamente giuridico – e, dunque, a voler tener fuori, almeno per ora, la spiegazione, per cosí dire psicologica, secondo cui la Rete ci avrebbe sospinti in una dimensione ontologicamente avulsa da riferimenti crono-topici<sup>9</sup> – che l'atteggiamento surriferito trovi con-causa in un dato oramai acquisito, ma ancóra gravido di conseguenze inesplorate e notevolissime.

---

storia, Il Mulino, Bologna, 2018; A. del quale si segnala anche la Prolusione all'edizione 2019/2020 del "Corso di Alta Formazione in Diritto Romano", impartito presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", dal titolo "Metodo storico nello studio del diritto privato".

- 3 Così giustificata, ad es., da MELTON JR., B.F.: "Clio at the Bar: A Guide to Historical Method for Legists and Jurists", 83 *Minnesota Law Review*, 1998, pp. 377 ss., 384: "historical thinking is very different from legal thinking, and the tools of historical research are certainly much more diverse and often considerably harder to use than sources of legal authority", cosicché "this disparity in the state of research tools and sources of the two disciplines is a principal reason why accomplished attorneys, judges, and law professors often turn out to be poor amateur historians". D'altronde, non è un caso che al "metodo storico" si approdi, almeno di regola, nelle fasi, per così dire, piú "mature" della ricerca scientifica: aspetto, questo, sottolineato, ad esempio, da ROSE, J.: "Learning to Be a Legal Historian: Reflections of a Nontraditional Student", in 51 *Journal of Legal Education* 2, 2001, pp. 294 ss., 295.
- 4 PERLINGIERI, P.: "Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo", *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 124 ss., ora in Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, pp. 323 ss., sulla scia di ORESTANO, R.: "Idea di progresso, esperienza giuridica romana e «paleoromanistica»", in *Soc. dir.*, 1982, pp. 15 ss.; Id.: *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1963), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2021, rist., pp. 261 ss. Da ultimo, *vid.* anche PENNASILICO, M.: "Il diritto civile tra storia e metodo", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 337 ss.
- 5 Per alcuni risvolti "didattici", *vid.* CARRABBA, A.A.: "Insegnamento tra tradizione e modernità: ritorno al futuro?", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 632 ss.; per altri (anche) "professionali", Id.: "Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in ispecie del notaio", *Contr. impr.*, 2021, pp. 66 ss.
- 6 PERLINGIERI, P.: "Filosofi del diritto e civilisti a confronto", in Id. (a cura di): *Soggetti e norma individuo e società*, ESI, Napoli, 1987, pp. 172 ss., poi in Id.: *Scuole*, cit., pp. 313 ss., cui *adde* – eventualmente – MATTIA SERAFIN, A. e MATTIA SERAFIN, C.: "L'avvocato del futuro tra «alterità» e «ulteriorità»", in *Prev. for.*, 2021, p. 231 ss.
- 7 Stigmatizzata anche da GRAZIADEI, M.: "Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures", in 7 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 553, 1999, pp. 531 ss., 532.
- 8 E, anzi, trascurando ogni altro, possibile "beneficio": per la correlazione con la "europeizzazione" del diritto privato, *vid.* il classico lavoro di ZIMMERMANN, R.: *Roman Law, Contemporary Law, European Law: the Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- 9 Il dato è ormai talmente acquisito, da dover essere – probabilmente – esso stesso storicizzato; e *vid.* infatti, per la società "tecnologica", in generale, il pionieristico lavoro del futurista americano TOFFLER, A.: *Future Shock*, Random House, New York, 1970.

Alludiamo, anzitutto, al tramonto – su cui va insistendo, fra gli altri, Paolo Grossi<sup>10</sup> – di quella (cieca) tendenza iper-positivistica, che vede le norme auto-justificarsi in relazione al loro mero “porsi”, come se la circostanza risultasse bastevole a motivare non solo l’esistenza, ma anche la persistenza, della loro naturale capacità ordinante.

Nell’abbandonare – del tutto rettamente – una tale prospettiva, vale a dire quella del “rifugio in un disincantato «neo-positivismo»”<sup>11</sup>, si ha la sensazione che si sia sovrabbondati nella critica, tacciando di “formalismo”, nell’accezione ovviamente piú deteriorata del termine, la posizione di chi pure aveva intuito, del diritto, la funzione sua piú alta. E, cioè, quella d’essere – sono parole di Rosario Nicolò<sup>12</sup> – “la forma di una realtà sociale”<sup>13</sup>; o – come recentemente, in linea di continuità, e piú distesamente, s’è scritto – “la veste delle trasformazioni, che si realizzano nella società, con cui la politica dà veste formale alle trasformazioni della realtà”<sup>14</sup>.

## II. SPUNTI DI METODO.

Quella straordinaria capacità del “diritto”, d’assecondare la “realtà sociale”, sagomandole intorno le diverse costruzioni concettuali, è stata trasfigurata – quasi per paradosso – nel demerito d’averne soffocate le potenzialità di svolgimento: comprimendole ottundendole atrofizzandole.

È intuibile, d’altronde, come questo non sia stato un difetto imputabile al diritto in quanto tale, giacché la riferita attitudine gli è “formalmente” – qui nel senso piú alto – co-essenziale, bensí a quegli’interpreti, che non hanno saputo ipostatizzarla a pieno. Cosí trascurando l’assunto, sempre facente capo a Nicolò, per cui “[...] altro è lo studio delle forme giuridiche del passato, come componente della storia della

10 In *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998; nelle *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2008; in *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015; in *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020; da ultimo, specialmente ne *Il diritto civile fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2021.

11 WIEACKER, F.: “Il progresso degli studi storici nel diritto privato moderno”, in *Quaderni storici delle Marche*, 1966, pp. 184 ss., 206.

12 Che così si esprimeva in *Attuale evoluzione del diritto civile. Temi rom.*, 1965, ora in *Id.: Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 9 ss., da cui si cita, 16. È convinzione, questa, ad ogni modo, che si mantiene inalterata lungo tutta la (pur non cospicua) produzione “general-teoretica” dell’A. appena citato, come emerge nella traiettoria tracciata in *Id.: voce “Codice civile”, Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, pp. 240 ss., ora in *Id.: Raccolta*, cit., II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1439 ss., poi proseguita in *Id.: voce “Diritto civile”, in Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 904 ss., ora in *Id.: Raccolta*, II, cit., pp. 1497 ss., da cui si citerà, seguito, un anno dopo, da *Id.: “Attuale evoluzione”, cit.*, e infine culminata nella Relazione taorminese dal titolo “L’esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquanta anni”, in *AA.VV.: Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1982, ora in *Id.: Raccolta*, III, cit., pp. 43 ss.

13 In tema – ovviamente – CAMMARATA, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano, 1963. *Vid.* anche due diverse impostazioni in ORESTANO, R.: voce “Formalismo giuridico”, *Enc. it.*, App., III, Roma, 1961, pp. 658 ss., ora in *Id.: Scritti*, III, Napoli, 1998, pp. 1531 ss. e in TARELLO, G.: voce “Formalismo”, *Noviss dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 571 ss.

14 SCOZZAFAVA, O.T.: “Della proprietà nelle fonti comunitarie”, *Dir. proc.*, 2019, pp. 7 ss., 7.

civiltà umana, altro è la pretesa di ritenere vivi e operanti, come dato della nostra esperienza di giuristi moderni, schemi e forme ormai definitivamente superati”<sup>15</sup>.

Ma v'è forse di piú, in quanto, se è vero – come ipotizzato nel § precedente – che l'argomento “storico” sta vivendo una fase di vistosa decadenza, ancóra meno si giustifica, allora, quella riproposizione, quella pretesa, che a questo punto diviene quasi inconsapevole, di presentare come attuali le soluzioni di quel “passato”, cui pure non si era rivolta la dovuta attenzione. Là dove è del tutto probabile che, se quest'ultimo studio fosse stato invece svolto, non sarebbe stato neppure cosí difficile avvedersi dell'anacronismo, talvolta davvero lampante, delle diverse ipotesi di composizione degl'interessi in concorso, che nel diritto “di ieri” erano per converso giudicate congrue e adeguate<sup>16</sup>.

Sviluppando il discorso in una chiave “fisiologica”, il tema merita – seppure con le limitazioni imposte dalla natura di questo scritto – d'essere meglio indagato e sezionato, potendosi delineare un procedimento metodologico di carattere “bifasico”, in cui: i) dapprima s'individuano le esigenze, germogliate dalla realtà sociale; ii) successivamente, si escogitano le categorie giuridiche, intese nella loro valenza piú relativa possibile – nella loro veste, cioè, di “strumenti di conoscenza di una realtà sociale alla quale si devono adeguare e intimamente aderire”<sup>17</sup> – mercé le quali il diritto, a quelle stesse esigenze, intende far fronte.

È chiaro, d'altra parte, come questo ideale itinerario non debba essere esasperato, dacché, ove rigorosamente od ottusamente inteso, esso rischierebbe di trascurare o frustrare quella funzione “promozionale”<sup>18</sup> del diritto, che, talvolta, e seppure non proprio frequentemente, fa sí che sia la stessa categoria giuridica, ad esercitare una forza deontico-propulsiva sulla realtà sociale. Si pensi – per anticipare una direttrice, che avremo modo di richiamare – al principio di proporzionalità<sup>19</sup>, rispetto al quale si ha netta la sensazione, che esso non sia intervenuto (solamente) a prendere atto, in pura chiave certificativa, dell'esigenza

15 NICOLÒ, R.: “Attuale evoluzione”, *loc. cit.*

16 Lo rimarcano anche SIRENA, P.: “Considerazioni civilistiche sul diritto comune medievale e moderno”, *Studi senesi*, 2007, pp. 172 ss., 177, ora in *Scritti in onore di Marco Comperti* (a cura di S. PAGLIANTINI, E. QUADRI e D. SINESIO), I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2517 ss. e BRUTTI, M.: “Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica”, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (a cura di M. BRUTTI e A. SOMMA), Max Planck Institute for European Legal History, Francoforte, 2018, pp. 49 ss., 57.

17 NICOLÒ, R.: voce “Diritto civile”, *cit.*, p. 1506.

18 Resta classico lo studio di BOBBIO, N.: “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Riv. trim.*, 1969, pp. 1313 ss., ove si supera la tradizionale dicotomia tra funzione “protettiva” e “repressiva” del diritto.

19 Cfr. PERLINGIERI, P.: “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 335 ss., ora in *Id.*: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 441 ss., da cui si cita, *spec. pp. 448 e 454*. L'intuizione – per la verità – era stata già affacciata in *Id.*: “Nuovi profili del contratto”, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 545 ss., ora in *Id.*: *Il diritto*, *cit.*, pp. 415 ss., *spec. § 4*.

di un'armonia tra le prestazioni delle parti; bensí anche ad attuare, o quanto meno ad additare come preferibile, una tale simmetria<sup>20</sup>.

Eppure, quella "pregiudizialità" mantiene intatta la propria carica educativa, lì dove dovrebbe rappresentare un costante monito a non anteporre il passaggio *sub ii)* a quello *sub i)*, e quindi a disapplicare gl'impianti categoriali del passato, qualora essi si mostrino obsolescenti rispetto ad una "realità sociale" – ancóra una volta – frattempo mutata. Né deve sorprendere che questo rischio si presenti piú di sovente rispetto a quei formanti normativi – le regole, ma, in certo senso, anche le clausole generali – cui è invero propria l'attitudine a consolidare evoluzioni, piucché a creare quel "gassoso" clima, che ne propizi di nuove<sup>21</sup>.

Ma dove la riferita dualità si mostra vieppiú utile è nella costante relativizzazione non solo degli strumenti epistemologici, ma anche delle stesse istanze, con le quali essi provano a misurarsi; ed è ancóra a notarsi come i due profili debbano essere – pur nella loro sicura inter-relazione – concettualmente autonomizzati; e, infine, come questa sia indicazione di metodo "universale", ossia valevole per partizioni, anche tra loro diversissime, del sapere giuridico.

### III. DUE ESEMPÍ.

#### I. La forma del testamento.

Si prendano due temi, tra loro vistosamente eterogenei, dei quali chi scrive ha avuto finora occasione d'occuparsi: la presupposizione<sup>22</sup> e la forma del testamento<sup>23</sup>.

Orbene, mentre è intuibile come il primo istituto non trovi la propria giustificazione in sé, ma sia sorto per soddisfare esigenze pre-maturate, e sintetizzabili, almeno per ora, nella formula d'uno "equilibrio negli scambi", la circostanza non è altrettanto evidente per il secondo, giacché è opinione non poco diffusa che all'atto *mortis causa* sia per cosí dire ontologicamente connaturata l'esigenza – ai fini di validità – d'essere circondato d'un certo *vestmentum*.

20 Sul delicato problema, una visione equilibrata, e in modo particolare attenta a non esasperare la distinzione tra le diverse Scuole, bensí a farle proficuamente dialogare, è in ADDIS, F.: "Il valore «normativo» dei principi", in AA.VV.: *Liber Amicorum per Bruno Troisi* (a cura di C. CICERO e G. PERLINGIERI), I, ESI, Napoli, 2017, pp. 1 ss.; Id.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 1019 ss.; Id.: "Sulla contrapposizione tra norme e principi", in AA.VV.: *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 219 ss.

21 FEMIA, P.: *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, ESI, Napoli, 2021, pp. 17 ss.

22 Ci permettiamo di rinviare a MATTIA SERAFIN, A.: *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, ESI, Napoli, 2021.

23 Id.: "Comparative aspects of testamentary formalism", in AA.VV.: *Rijeka Doctoral Conference 2020. Book of Abstracts*, Rijeka, 2020, pp. 27 ss., ma spec. Id.: *Profili evolutivi del formalismo testamentario. Dalla tradizione romanistica al particolarismo medievale*, Giappichelli, Torino, 2022, in corso di stampa.

In verità, questa posizione sconta un certo grado di grossolanità, e più precisamente rappresenta una chiara inversione delle due direttrici poc'anzi identificate. E così, risalendo al diritto romano, si comprende, ad esempio, come i *tria genera testamentorum*<sup>24</sup>, diffusi in particolare nel periodo arcaico e pre-classico, rispondessero non già ad una sola, ma a diverse esigenze: il primo modello – quello *calatis comitiis* – era svolto, come si desume dalla stessa denominazione, innanzi ai *comitia calata*, ossia a solenni assemblee del popolo romano, le quali si tenevano, due volte l'anno, presso il Collegio dei pontefici; il secondo schema – quello *in procinctu* – era riservato ai soldati in battaglia, e cioè a coloro per i quali la riferita periodicità biennale avrebbe precluso di formulare in ogni momento le ultime volontà, le quali erano espresse, pertanto, avanti l'esercito; infine, il terzo prototipo – quello *per aes et libram* – era dapprima circoscritto ai casi di morte improvvisa, ma ben presto (arg. ex Gai 2, 102) surrogò i primi due, i quali, come sempre ci rammenta il giurista antoniniano, “*in desuetudinem abierunt*”<sup>25</sup>.

Fermiamo un'attenzione selettiva su uno dei *vetera testamenta*: quello “comiziale”. Le fonti ce ne attestano la presenza, ma – com'è ovvio – non forniscono *verbatim* la reale giustificazione d'una solennizzazione così accentuata; eppure, questa è facilmente spiegabile slargando lo spettro dell'indagine – profilo c.d. “esterno” del formalismo testamentario – rispetto ad altri atti (come la *adrogatio*, la *confarreatio*, la *manumissio*, il *nexum*, la *solutio*, la *mancipatio* o la *in iure cessio*) rispetto ai quali, come per il *testamentum*, si richiede una rigida adesione non solo a “moduli verbali” (il che è invece sufficiente, ad esempio, per la *stipulatio* e per la *traditio*), ma anche al “rigore gestuale”, che a quelli deve accompagnarsi<sup>26</sup>.

Rigore, questo, che – ancora una volta – non era certo immotivato, o giustificato (almeno esclusivamente) dallo stadio primitivo di quella civiltà, bensì (anche, e soprattutto) dalla rilevanza “meta-individuale” dell'atto, e cioè dalla capacità, a questo propria, di trascendere la sfera individuale di chi lo poneva in essere, e quindi d'inserirsi in quella dimensione *lato sensu* collettiva, che appunto giustificava, per tornare più direttamente al *testamentum*, la compartecipazione delle assemblee gentilizie.

La congettura, d'altronde, trova conferma nell'analizzare – profilo c.d. “interno” del formalismo testamentario – il contenuto dell'atto a causa di morte: esso, come comprovato dalla centralità della *heredis institutio*, che era *caput et fundamentum totius testamenti* (Gai 2, 229), s'appalesava funzionale (anche) ad indicare un

24 Un quadro generale in Voci, P.: *Diritto ereditario romano*, II, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 65 ss.

25 Per i dovuti riferimenti rinviamo a MATTIA SERAFIN, A.: *Profili*, cit., cap. I, § 1.

26 Sul problema, CORBINO, A.: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2006, pp. 2 ss.

successore nella *familia*<sup>27</sup>, e non è difficile scorgere, in piena aderenza all'additato profilo esterno, la valenza (anche) sociale d'una tale designazione<sup>28</sup>.

Ora, in punto di stretta eziologia, è chiaro come fosse la valenza "politica" – o, come anche s'è detto, "sacramentale"<sup>29</sup> – del testamento, a giustificare le rigorose formalità da osservare per la sua confezione; ma è anche evidente, e lo si è anticipato, come il giurista che s'interroghi su tale remoto passato s'imbatta anzitutto nelle fonti, testimonianti l'osservanza di quelle *solennità*, piucché – almeno direttamente – con le esigenze, alle quali un formalismo così accentuato intendeva far fronte. Eppure, il suo compito, per poco che si rifletta, è proprio quello d'amalgamare le une (*solennità*) con le altre (*esigenze*), tenendo a mente l'insegnamento innanzi richiamato, e cioè – lo ribadiamo – l'atteggiarsi del diritto a "forma della realtà sociale".

Emerge qui un punto decisivo. Chi rifletta oggi sulle forme del testamento, avvertirebbe come sicuramente anacronistica l'esigenza d'una "spettacularizzazione" dell'atto, e giudicherebbe indi del tutto eccentrico che le ultime volontà siano (*recte*, debbano, *ad validitatem*, essere) manifestate, per così dire, *coram populo*; tanto più che l'esigenza odierna sembra essere, da più parti, e all'opposto, quella d'affievolire snellire rammodernare una disciplina (artt. 601 ss. c.c.), che ricalca fedelmente quella della previgente codificazione del 1865 (artt. 774 ss. c.c. abr.), a propria volta rimontante al Code Napoléon (artt. 967 ss.), e che quindi sente sulle sue spalle oltre due secoli di storia.

Storia, fatta – com'è intuibile – di profondi rivolgimenti sociali economici politici religiosi tecnologici<sup>30</sup>, e tanti e tali da far avvertire come particolarmente insidiosi due pericoli, tra loro connessi: quello che si conservino forme vetuste, a fronte d'una realtà sociale mutata; e quello, non meno temibile, che il diritto s'astenga dal proprio compito di giuridificazione, lasciando la realtà sociale all'arbitrio del suo natural fluire.

27 Per la tesi, secondo cui il testamento "comiziale" sarebbe perciò equiparabile ad una *adoptio mortis causa per populum*, ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 14<sup>a</sup> ed., 1994, pp. 516 ss. *Contra*, BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*, VI, rist., Giuffrè, Milano, 1974, pp. 79 ss.

28 Questa idea fa capo a Pietro Bonfante, che l'ha sviluppata particolarmente ne *L'origine dell'«hereditas»* e dei «legata» nel diritto successorio romano. A proposito della regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Estratto dal *Boll. ist. dir. rom.*, Roma, 1891.

29 Così VISMARA, G.: "Appunti intorno alla 'heredis institutio'", in AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, III, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 301 ss., ora in Id.: *Scritti di storia giuridica*, VI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 37 ss., da cui si cita, 42.

30 Tali, almeno talvolta, da propiziare forme di "anticipazione" degli effetti successori, rispetto al momento nel quale essi sarebbero naturalmente portati ad esplicarsi. In tema, anche con osservazioni sociologiche, ZOPPINI, A.: "Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul Patto di famiglia)", *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 273 ss., le cui considerazioni sono state più di recente riprese in Id.: "La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 223 ss.

Ma anche qui occorre procedere con la massima prudenza, e identificare con precisione esigenze e strumenti. E così, l'attenuazione di forme rigorose non è – come talvolta pare percepirsi – un'istanza *an sich*, rappresentando piuttosto il portato di più specifiche sollecitazioni reali, come quelle poc'anzi enucleate. La riprova d'un tale assunto – ancora una volta – ha da essere rintracciata nell'esperienza storica: si potrebbe infatti ritenere, almeno intuitivamente, che nel corso delle diverse esperienze giuridiche le forme del testamento, per restare al nostro esempio, altro non abbiano fatto, che progressivamente incrementarsi; quando, al contrario, basta rivolgere attenzione al diritto medievale, per constatare come esso fece registrare loro una recisa mitigazione<sup>31</sup>. Il che avvenne, in particolare, una volta superata quella fase iniziale, in cui le finalità "para-successorie" erano perseguite a mezzo delle *donationes post obitum*, dacché quella germanistica, almeno probabilmente, era, all'epoca, civiltà giuridica non così avanzata, da conoscere gli atti unilaterali e, quindi, il *testamentum* di diritto romano.

Anche la riferita attenuazione, tuttavia, non fu casuale, bensì motivata dall'interesse delle istituzioni ecclesiastiche – ligie (anche qui, contrariamente a quanto si possa pensare) ad un certo anti-formalismo – d'evitare che i testamenti potessero viziarsi di nullità, in ragione dell'inosservanza delle relative formalità. In tal caso, la finalità, dunque, non era tanto quella di tutelare la volontà del disponente, ma d'evitare che i lasciti pii – ai quali la Chiesa era ovviamente (e patrimonialmente) interessata – non andassero ad esito: si pensi, in tale direzione, ad alcune inequivoche Decretali, con cui i pontefici Alessandro III<sup>32</sup> e Innocenzo III<sup>33</sup> – in nome della *aequitas canonica*<sup>34</sup> – alleviarono in modo decisivo le formalità, rispettivamente interne ed esterne, retaggio del diritto previgente.

Com'è chiaro, dunque, la riduzione di solennità avvertite come troppo rigorose, in sé, è circostanza "neutrale", potendo rispondere a esigenze tra loro diversissime, tra le quali, "oggi", ed essenzialmente, quella d'evitare che un *atto*, che è anzitutto manifestazione della *persona* (art. 2 Cost.)<sup>35</sup>, possa essere invalidato

31 L'invito a non rivolgere lo sguardo al solo diritto romano, ma anche a quello medievale – anche, e soprattutto, per il giurista "positivo" – ha dalla sua l'autorevolezza del SALVIOLI, G.: *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Stabilimento Tipografico Virzi, Palermo, 1885, p. 8.

32 Corpus Juris Canonici, X 3, 26, 10: "Cum esses in nostra praesentia constitutus proposuisti, talem in tuo episcopus consuetudinem obtinere quod testamenta, quae sunt in ultima voluntate, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum patrum institutis et a generali ecclesiae consuetudine, id esse noscitur alienum cum scriptum sit: in ore duorum vel trium testium stet omne verbum: praescriptam consuetudinem improbamus: et testamenta quae parochiani coram presbytero suo et tribul vel duabus aliis personis indoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta".

33 Corpus Juris Canonici X 3, 26, 13: "Cum tibi de benignitate: et infra. In secunda quaestione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus".

34 Una veduta complessiva in P. FEDELE, voce "Equità canonica", *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 147 ss.

35 Alcuni spunti in PERLINGIERI, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 1 ss.; Id.: "La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi", *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 341 ss.; Id.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie nel

malgrado la sicura imputazione di *quello a questa*; “ieri”, invece, quella – come visto – di sottrarre alla sanzione di nullità tutte le disposizioni, delle quali si sarebbe potuta giovare l’anima (si noti come in questo periodo, invertendo la proposizione gaiana, si reputò *caput et fundamentum totius testamenti* non già l’istituzione ereditaria, ma la disposizione *pro anima*<sup>36</sup>) e quindi quella Chiesa, che alla relativa *salus* sovrintendeva.

Ne emerge, dunque, che la forma del testamento altro non è che il “macrotema”, entro il quale vengono diacronicamente a svolgersi le relazioni tra quelle “istanze” e quegli “strumenti”, che si sono sopra menzionati; e che pertanto non paiono del tutto persuasive quelle impostazioni che, pur avendo il merito d’aver fatto trascendere lo studio dei requisiti formali da sterili analisi geometriche o strutturalistiche<sup>37</sup>, s’interrogano ora con pertinacia – nell’ambito del c.d. “neoformalismo”<sup>38</sup> – sulla “funzione”, che la forma stessa sia chiamata a svolgere in un certo contesto, anche concreto<sup>39</sup>.

Invero, il quesito non sembra tanto ruotare attorno a quali compiti la forma, assunta, per così dire, a “presupposto”, sia chiamata a svolgere (di protezione, di conservazione e custodia, etc.), ma, più in generale, a come il diritto debba in-formare la realtà sociale, facendo così interagire le diverse pulsioni che questa animano in riferimento non già alla forma in quanto tale, ma al contenuto dell’atto di volta in volta considerato. Il discorso – come vedremo nel § seguente – è a porsi in termini parzialmente diversi per la “presupposizione”.

## 2. La presupposizione.

La *Voraussetzung* – com’è intuibile – non rappresenta un “valore” in sé, bensì uno strumento per far fronte ad un’istanza, che poco sopra definivamo come perseguimento d’un tendenziale “equilibrio negli scambi”.

Chi volesse ripercorrerne gli esiti evolutivi, non avrebbe certo da spingersi, come per la forma del testamento, sino ad un’esperienza – certo foriera di sviluppi attuali, ma pure cronologicamente lontanissima – come fu quella romanistica,

---

pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva”, *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 739 ss. e in AA.VV.: *Scritti in onore di Giancarlo Laurini* (a cura di D. FALCONIO, F. FIMMANÒ e P. GUIDA), II, ESI, Napoli, 2015, pp. 1405 ss.

36 VISMARA, G.: “La norma e lo spirito nella storia del diritto successorio”, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXI, 1965, pp. 61 ss., ora in *Id.*: *Scritti*, cit., pp. I ss., da cui si cita, 24.

37 Una critica in IRTI, N.: “Formalismo e attività giuridica”, *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. I ss., ora in *Id.*: *Studi sul formalismo negoziale*, CEDAM, Padova, 1997, pp. I ss.

38 Una prospettiva d’insieme è in AA.VV.: *Profili del neoformalismo negoziale* (a cura di R. ALESSI e V. MANNINO), Jovene, Napoli, 2013.

39 È un esito che dobbiamo a PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, *passim*, spec. pp. 22 ss., 38 ss.

dacché l'aspirazione ad una "equità" dei rapporti contrattuali, almeno ove modernamente intesa, rimonta a non più di centocinquant'anni fa.

Nel tardo Ottocento, ad esempio, venivano ancora perpetuandosi gli influssi filosofici, che avevano animato le codificazioni d'inizio secolo<sup>40</sup>, come noto impennate sulla centralità dell'individuo: primazía, questa, che si esprimeva "staticamente" nella proprietà, e poi "dinamicamente" nel contratto<sup>41</sup>. Quest'ultimo, in particolare, risultava impennato e fossilizzato su quel *Willensdogma*, che fece scrivere a Bernardo Windscheid che il "negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico della volontà privata"<sup>42</sup>.

Nonostante fosse intuibile che l'innestamento dell'individualismo in una struttura (almeno) bilaterale, qual è ovviamente quella contrattuale, potesse ingenerare difficoltà di tipo sistematico, di queste non ci si poté avvedere subito, ma lungo una linea temporale e concettuale connotata da continue frizioni e da criticità costruttive.

Ora, non si può certo negare che l'idea di fondo fosse priva di coerenza: se ciascuna delle parti "sa" e "fa" quel che "vuole", è facile desumere che esse contempereranno i loro interessi fino a raggiungere l'accordo; né si vede perché mai questo debba essere reputato da alcuno "ingiusto", quando la sua "giustizia" risulta irrefutabilmente attestata dal fatto che i contraenti in condizioni di parità (*Vertragsparität*) hanno negoziato, e nelle medesime condizioni il contratto hanno concluso.

Codesta veduta fu presto attraversata da alcune più o meno profonde incrinature. Una prima forzatura fu quella di considerare il contratto come "voluto" non solo al momento della sua conclusione, ma – in relazione ai rapporti, che ora per semplicità diremo "di durata"<sup>43</sup> – anche nel suo svolgersi nel tempo. Per tal via – usando daccapo una distinzione moderna – si arrivò all'estremo di considerare che le parti "volessero" non solo il "contratto-atto", ma anche il "contratto-rapporto"<sup>44</sup>, per come questo fosse venuto svolgendosi.

Ma a questo punto occorreva – e la locuzione non è qui proverbiale – "scendere a patti con la realtà", giacché quest'ultima poteva evidentemente non

40 Un quadro d'insieme in SCHLOSSER, H.: *Tratti fondamentali della nuova storia del diritto privato. Evoluzioni giuridiche nel contesto europeo*, ESI, Napoli, 2014, pp. 171 ss., 205 ss.

41 Restano classiche le pagine di SOLARI, G.: *Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1939. Per ulteriori riferimenti, SCOZZAFAVA, O.T.: "Delle risorse, dell'attività, del profitto", *Pers. merc.*, 2020, pp. 199 ss., spec. 203 ss., che ora può leggersi anche in AA.VV.: *I nuovi confini del diritto di proprietà* (a cura di G. ALPA, A. FUSARO e G. DONZELLI), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 335 ss.

42 Così in *Diritto delle Pandette*, I, 1887, nella trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Utet, Torino, 1902, p. 265.

43 Cfr. le recenti precisazioni di LUMINOSO, A.: "Il rapporto di durata", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 501 ss., spec. 523 s.

44 Per questa distinzione, chiaramente, ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica* e Zatti, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 21 ss.

venire materializzandosi secondo quanto le parti, che non si fossero prefigurate il *superveniens*, si auguravano.

“Volontà” e “realtà”, in tal contesto, si sarebbero certo potuto presentare come nettamente distinte: l’una, d’altronde, aveva ormai fallito, dacché non era riuscita a “pre-vedere” l’evento tale da perturbare l’economia dell’affare; l’altra, viceversa, s’era fatta innanzi in tutta la sua irruenza, ed era ormai “dato”, con il quale quella volontà si sarebbe potuta forse (ri)misurare, ma certo non in quel senso puro, immacolato e astratto, con cui s’immaginava che il contratto fosse stato originariamente concluso.

Ma la “realtà” prevalse nuovamente, in quanto essa non sembrava dar riprova, almeno cospicua, di patti replicativi<sup>45</sup>; circostanza, questa, d’altra parte non difficile da pronosticare, se si considera che, non di rado, la sopravvenienza finiva per ridondare i propri effetti alterativi a danno d’una parte, anziché distribuirli equamente tra l’una e l’altra.

L’insuccesso della nervatura individualistica, con la quale il *Pandektenrecht* era venuto foggiano il *Rechtsfeschäft*, avrebbe senz’altro potuto giustificare – certo, solo astrattamente – talune forme d’intervento esterno, in quella chiave che oggi diremmo “correttiva”. Né la soluzione, alla quale in ogni caso quell’epoca non appariva pronta, avrebbe potuto dirsi “asimmetrica”: esterno all’affare, l’evento che ne aveva sbilanciato l’equilibrio; altrettanto esterno, quell’intervento – da affidare allo Stato e, quindi, al giudice – in funzione “(ri)parificatrice”.

Ad una soluzione siffatta avrebbero tuttavia ostato due circostanze. La prima: i formanti normativi dell’epoca attestavano: - una chiara predilezione per le “regole”, e queste non affrontavano specificamente tali ipotesi; - una qualche (sempre meno) diffidente apertura per le “clausole generali”, e infatti un ruolo non trascurabile ebbe a giocare la *bona fides*; - una recisa chiusura verso i “principi”, quanto meno ove direttamente applicati. La seconda contingenza, sistematicamente ancora più rilevante: la “volontà” – e, quindi, l’individualismo che l’alimentava – era ancora troppo vigorosa per subire lo smacco dell’etero-integrazione; malgrado la “realtà” l’avesse palesemente contraddetta, essa non rinunciava ancora, cioè, a dir la sua.

Codesta interazione tra “volontà” e “realtà” fu dunque mediata dal diritto dell’epoca mercé alcune formule compromissorie, che tentavano d’incorniciare soluzioni di chiara matrice equitativa entro le geometriche costruzioni della Pandettistica, ma che – ad un occhio anche solo poco più attento – denunciavano chiaramente l’assestamento d’impulsi ideali tutt’affatto diversi, rispetto a quelli

45 Intesi ovviamente in senso lato. Per una chiara tassonomia, GENTILI, A.: “La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto”, *Contr. impr.*, 2003, pp. 667 ss.

che, tradizionalmente, avevano sorretto quelle categorie, che ora dunque si piegavano ad altre, ed opposte finalità: ben piú vicini, apparivano, cioè, quegli impulsi, ad una *Vertragsgerechtigkeit*, che non, invece, al purissimo dogma della volontà, proprio delle origini.

Si pensi, ad esempio, alla clausola *rebus sic stantibus*, in virtù della quale si finiva, di fatto, per “fingere” che le parti avrebbero “voluto” il contratto, solo ove le circostanze che ne avevano accompagnata la conclusione non mutassero; e che, viceversa – il che è però lo stesso – non lo avrebbero “voluto” piú, qualora quelle fossero invece venute ad alterarsi.

Ma era evidente che si trattava d'un mero ingiungimento, se non d'una contraddizione, non solo perché quella “clausola” non era “espressamente” voluta (né si poteva dire che la sua inclusione “tacita” fosse in qualche modo desumibile dal contegno delle parti, quando al contrario era ricavata in via esclusiva dalla natura dell'affare, tant'è vero non si dava caso in cui non la si includesse come “voluta”), ma soprattutto perché essa continuava a travestire, nei termini della “volontà”, quel diverso ideale, che ora, per abbondante semplicità, diremo di “giustizia”.

E non diversamente è a dirsi, d'altronde, per quella presupposizione – rimontante al geniale intuito del già citato Windscheid<sup>46</sup> – mercé la quale si “presupponeva”, per l'appunto, che il contratto fosse stato concluso in ragione d'un certo “presupposto” – solo esemplificativamente accostato ad una condizione, peraltro “non isvolta” – la cui mancata verifica ne avrebbe distorta l'economia<sup>47</sup>.

La soggettivizzazione, in tal contesto, era cosí esasperata, che anche il rimedio eventualmente accordato – dubitativamente declinato da W. nel senso ora d'una “nullità”, ora d'una “inefficacia”<sup>48</sup> – non si presentava come portato dell'ordinamento, bensí come estrinsecazione, ancóra una volta, della volontà: le parti, cioè, avrebbero (presuntivamente) “voluto”, che, in favore di quella svantaggiata dalla sopravvenienza, s'attivasse un rimedio, ove quella si fosse materializzata.

46 Il quale sviluppò l'idea ne *La teoria della presupposizione nel diritto romano* (die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung), Düsseldorf, 1850; Id.: *Sulla teoria dell'invalidità de' negozi giuridici secondo il codice Napoleone* (Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte), Düsseldorf, 1850, spec. p. 270 ss., 286 ss.]; Id.: *Diritto*, cit., p. 394 ss.]; Id.: *La presupposizione* (Die Voraussetzung), in *Archiv für die civilistische Praxis*, 78, 1892, pp. 161 ss.

47 Sul punto, rinviamo a MATTIA SERAFIN, A.: *La presupposizione*, cit., cap. I.

48 Così in *Diritto*, cit., p. 397, nt. 5.

Questa costruzione tenne anche quando la realtà moltiplicò le occasioni d'un tale squilibrio; il che avvenne – non molto tempo dopo – con l'esplosione del primo conflitto mondiale<sup>49</sup>.

La ripresa delle attività economiche nel periodo post-bellico rappresentò una fase di assestamento, che comunque non fece registrare al nostro tema significativi avanzamenti; si dovette invece attendere l'appuntamento della codificazione, perché si addivenisse ad una più perspicua sistemazione della materia.

La norma di riferimento, come noto, è l'art. 1467 c.c., il cui primo comma, che qui integralmente riproduciamo, recita: “nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita: se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458”.

La norma – non v'è chi non se ne avveda – trasuda sospetto: il contratto resta fermo, salvo che non occorran i rigorosi presupposti ivi stabiliti. Essa pare tingersi, in altri termini, d'una venatura di “eccezionalità”, rispetto ad un “principio” – non espressamente codificato, se non in norme generalissime (artt. 1321 e 1372 c.c.) – che, italianizzando il noto broccardo, vorrebbe i “patti rispettati”.

Possiamo ancora dire che questa norma è “eccezionale”, e che – come sentenziava Rosario Nicolò – “la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell'ordinamento”<sup>50</sup>? Certamente no, perché in caso contrario smentiremmo l'assunto – ancora una volta – d'un “diritto” concepito in guisa di forma della “realtà sociale”. La quale, invero, pare reclamare, se non la costante presenza d'armonia, quanto meno l'assenza d'eccessivi squilibri: anche, e probabilmente, di là di quei predicati di “straordinarietà” e “imprevedibilità”, con cui il codice civile connota l'evento sopravveniente.

In tal scenario, gli strumenti della logica hanno messo a disposizione la loro capacità di rendersi permeabili ai rivolgimenti del tempo, trasfigurandoli peraltro entro quella formidabile logica binaria, tale da far sí che una disposizione, dacché “eccezionale” o “generale” che era, potesse rispettivamente “generalizzarsi” o

49 Da rileggere – allora – LENEL, O.: “La letteratura civilistica tedesca degli ultimi anni”, *Riv. dir. comm.*, 1924, pp. 467 ss., 470, il quale, discorrendo del principio nominalistico, scriveva: “quando la crudele realtà delle cose provò in modo spaventoso l'illusorietà di quella finzione, divenne pel giudice moralmente impossibile continuare ad applicare ciecamente norme riposanti su questo erroneo presupposto, e così ci si aiutò alla meglio, finché fu possibile, nella dottrina e nella giurisprudenza”. Espresso collegamento con la presupposizione, in GIORGIANNI, M.: “Negozzi giuridici collegati”, *Riv. it. sc. giur.*, 1937, pp. 275 ss., 338.

50 Così nella voce “Alea”, *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 1024 ss., ora in Id.: *Raccolta*, II, cit., pp. 1421 ss., da cui si cita, 1428.

“singolarizzarsi»” a seconda di come s’invertisse la sua relazione con i principi identificativi del sistema<sup>51</sup>.

Ciò tuttavia non basta, in quanto occorre configurare strumenti concettuali ed epistemologici coerenti al “nuovo” diritto. E così, ad esempio, sarebbe velleitario – a fronte del chiaro dettato dell’art. 1467 c.c.- invocare una “lacuna”, e quindi propiziare un’interpretazione *a contrario*<sup>52</sup>, oppure *per analogiam*<sup>53</sup>, di quella disposizione; piú proficuo apparendo, piuttosto, far interagire “ragionevolezza” e “proporzionalità”<sup>54</sup>, sicché una violazione di quest’ultima potrebbe far apparire nondimeno “irragionevole”, perché magari eccessiva, la soluzione eliminativa della risoluzione, e viceversa piú adeguata – prescindendo dalla natura dell’evento alterativo – la via manutentiva della *reductio ad aequitatem*<sup>55</sup>.

#### IV. CONCLUSIONI.

Abbiamo rapidamente esaminato due temi tra loro profondamente diversi – il formalismo testamentario e la presupposizione – nella medesima prospettiva storica: ne abbiamo ricavato che lo sguardo al diritto “di ieri” non si traduce in una chiave metodologica costante, e che la retrospezione dev’essere tarata in base all’argomento sottoposto ad esame.

È chiaro che chi volga l’attenzione alle soluzioni giuridiche del passato potrebbe rinvenirvi – pur nell’ambito del medesimo argomento – istanze non piú attuali, talvolta risultando bastevole, peraltro, una mera loro “descrizione”<sup>56</sup>, per evidenziarne la relativizzante inattualità; e che dunque non occorre, in tal caso, sforzarsi d’escogitare strumenti, che mirino a realizzarle. Ciò, verosimilmente, potrà accadere quanto piú lo sguardo s’estenda oltre, perché sarà tanto piú probabile che ci s’imbatta in esigenze avvertite come distanti dalla quotidianità: lo si è visto, in modo particolare, per la forma dell’atto *mortis causa*.

Il discorso è a porsi in termini diversi per il secondo nucleo tematico cennato, ossia la presupposizione. S’è detto che la pressione verso uno “equilibrio degli scambi” risale a non piú di due secoli fa, e che essa persiste ancóra oggi; anzi, si

51 L’ha osservato ASCARELLI, T.: “Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell’interpretazione”, ora in Id.: *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 83 ss., 100-101.

52 La quale porterebbe a ritenere privi di qualsivoglia effetto gli avvenimenti “ordinari” e “prevedibili”.

53 La quale, invece, condurrebbe ad estendere la soluzione risolutiva ad accadimenti “straordinari” e “imprevedibili”.

54 Per i dovuti riferimenti bibliografici, rinviamo a MATTIA SERAFIN, A.: “Divagazioni su ragionevolezza e proporzionalità”, *Dir. proc.*, 2021, in corso di stampa.

55 Per piú ampi svolgimenti, rinviamo a MATTIA SERAFIN, A.: “La «rinegoziazione». Un trilogico fra gius-formalisti, general-clausolisti e principialisti”, *Foro nap.*, 2021, pp. 395 ss.

56 Lo sottolinea LEE HOWE, L.: “Historical Method and Legal Education”, in *36 Bulletin of the American Association of University Professors* 2, 1950, pp. 346 ss., 348, rievocando Erodoto e Tucide.

può dire che essa sia fiorita al punto da costituire, se non un “fine primario” – invertendo così la proposizione di Nicolò – dell’ordinamento contrattuale, quanto meno una delle sue pretese identificative.

All’accrescersi di quest’aspirazione ha fatto da contraltare l’affinamento degli strumenti rimediali: dalla clausola *rebus sic stantibus* alla presupposizione, dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta alla rinegoziazione, sino alle più moderne soluzioni, con le quali si rialloca convenzionalmente, e anticipatamente, il rischio contrattuale e d’impresa<sup>57</sup>.

In questo contesto, occorre allora sottolineare l’ulteriore opportunità d’una lettura evolutiva degli espedienti, con i quali si è fatto fronte, nel passato, alla medesima esigenza, considerando che, non di rado, e perdendo di vista la reale finalità per il loro tramite perseguita, essi sono rimasti vittime di quello spirito dommatico, che tende non solo ad incasellare la realtà entro schemi pre-costituiti, ma addirittura a farlo con quelle stesse strategie, messe a punto al fine di liberarsi delle ristrettezze e delle angustie, che, purtroppo, e talvolta, la “categoria” reca con sé<sup>58</sup>.

E così la presupposizione, ad esempio, è stata accostata alla (per non dire appiattita sulla) condizione, l’errore, la causa, il motivo, la risoluzione, la buona fede ed altri istituti, non avvedendosi, per tal via, che essa sembrava invece prestarsi a una lettura più composita, tale da integrare segmenti disciplinari diversi, per una più “giusta” soluzione del caso concreto<sup>59</sup>.

57 ALPA, G.: voce “Rischio (dir. vig.)”, *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1144 ss.

58 Sul problema, LIPARI, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*, spec. pp. 11 ss., 141 ss., ma anche – recentemente – GENTILI, A.: “Crisi delle categorie e crisi degli interpreti”, *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 633 ss.

59 Rinviamo a MATTIA SERAFIN A.: *La presupposizione*, cit., cap. III.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Profili del neoformalismo negoziale* (a cura di R. ALESSI e V. MANNINO), Jovene, Napoli, 2013.

ADDIS F.: "Sulla contrapposizione tra norme e principi", in AA.VV.: *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 219 ss.

ADDIS F.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 1019 ss.

ADDIS, F.: "Il valore «normativo» dei principi", in AA.VV.: *Liber Amicorum per Bruno Troisi* (a cura di C. CICERO e G. PERLINGIERI), I, ESI, Napoli, 2017, pp. I ss.

ALPA, G.: voce "Rischio (dir. vig.)", *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1144 ss.

ALPA, G.: *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Il Mulino, Bologna, 2018.

ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 14<sup>a</sup> ed., 1994.

ASCARELLI, T.: "Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione", ora in Id.: *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 83 ss.

BARBA, V.: *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015.

BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, ESI, Napoli, 2018.

BOBBIO, N.: "Sulla funzione promozionale del diritto", *Riv. trim.*, 1969, pp. 1313 ss.

BONFANTE P.: *L'origine dell'«hereditas» e dei «legata» nel diritto successorio romano. A proposito della regola nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Estratto dal *Boll. ist. dir. rom.*, Roma, 1891.

BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*, VI, rist., Giuffrè, Milano, 1974.

BRUTTI, M.: "Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica", in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (a cura di M. BRUTTI e A. SOMMA), Max Planck Institute for European Legal History, Francoforte, 2018.

CAMMARATA, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano, 1963.

CARRABBA, A.A.: "Insegnamento tra tradizione e modernità: ritorno al futuro?", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 632 ss.

CARRABBA, A.A.: "Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in specie del notaio", *Contr. impr.*, 2021, pp. 66 ss.

CORBINO, A.: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2006.

DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme*, ESI, Napoli, 2013.

DILIBERTO, O.: "Fra storia e diritto", in AA.VV.: *Nel mondo del diritto romano* (a cura di L. VACCA), Jovene, Napoli, 2017, pp. 75 ss.

P. FEDELE, voce "Equità canonica", *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 147 ss.

FEMIA, P.: *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, ESI, Napoli, 2021.

GENTILI, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. impr.*, 2003, pp. 667 ss.

GENTILI, A.: "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 633 ss.

GIORGIANNI, M.: "Negozi giuridici collegati", *Riv. it. sc. giur.*, 1937, pp. 275 ss.

GRAZIADEI, M.: "Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures", in 7 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 553, 1999, pp. 531 ss.

P. GROSSI.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

P. GROSSI.: *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2008.

P. GROSSI.: *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

P. GROSSI.: *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

P. GROSSI.: *Il diritto civile fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2021.

IBBETSON, A.: "Historical Research in Law", in *The Oxford Handbook of Legal Studies* (a cura di M. TUSHNET e P. CANE), Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 863 ss.

IRTI, N.: "Formalismo e attività giuridica", *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 1 ss., ora in ID.: *Studi sul formalismo negoziale*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 1 ss.

LENEL, O.: "La letteratura civilistica tedesca degli ultimi anni", *Riv. dir. comm.*, 1924, pp. 467 ss.

LIPARI, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

LUMINOSO, A.: "Il rapporto di durata", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 501 ss.

MATTIA SERAFIN, A.: "Comparative aspects of testamentary formalism", in AA.VV.: *Rijeka Doctoral Conference 2020. Book of Abstracts*, Rijeka, 2020, pp. 27 ss.

MATTIA SERAFIN, A.: *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, ESI, Napoli, 2021.

MATTIA SERAFIN, A.: *Profili evolutivi del formalismo testamentario. Dalla tradizione romanistica al particolarismo medievale*, Giappichelli, Torino, 2022.

MATTIA SERAFIN, A. e MATTIA SERAFIN, C.: "L'avvocato del futuro tra «alterità» e «ulteriorità»", in *Prev. for.*, 2021, p. 231 ss.

MELTON JR., B.F.: "Clio at the Bar: A Guide to Historical Method for Legists and Jurists", 83 *Minnesota Law Review*, 1998, pp. 377 ss.

R. NICOLÒ.: voce "Alea", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 1024 ss., ora in ID.: *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1421 ss.

R. NICOLÒ.: voce "Codice civile", in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, pp. 240 ss., ora in ID.: *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1439 ss.

R. NICOLÒ.: voce "Diritto civile", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 904 ss., ora in ID.: *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1497 ss.

R. NICOLÒ.: *Attuale evoluzione del diritto civile*, in *Temi rom.*, 1965, ora in ID.: *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 9 ss.

R. NICOLÒ.: "L'esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquanta anni", in AA.VV.: *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1982, ora in ID.: *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 43 ss.

ORESTANO, R.: voce "Formalismo giuridico", *Enc. it.*, App., III, Roma, 1961, pp. 658 ss., ora in ID.: *Scritti*, III, Napoli, 1998, pp. 1531 ss.

ORESTANO, R.: "Idea di progresso, esperienza giuridica romana e «paleoromanistica»", in *Soc. dir.*, 1982, pp. 15 ss.

ORESTANO, R.: *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1963), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2021, rist., pp. 261 ss.

PENNASILICO, M.: "Il diritto civile tra storia e metodo", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 337 ss.

PERLINGIERI, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 1 ss.

PERLINGIERI G.: "La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi", *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 341 ss.

PERLINGIERI G.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie nel pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva", *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 739 ss. e in AA.VV.: *Scritti in onore di Giancarlo Laurini* (a cura di D. FALCONIO, F. FIMMANÒ e P. GUIDA), II, ESI, Napoli, 2015, pp. 1405 ss.

PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987.

PERLINGIERI, P.: "Filosofi del diritto e civilisti a confronto", in ID. (a cura di): *Soggetti e norma individuo e società*, ESI, Napoli, 1987, pp. 172 ss., poi in ID.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, pp. 313 ss.

PERLINGIERI, P.: "Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo", *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 124 ss., ora in ID.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, pp. 323 ss.

PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 335 ss., ora in ID.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 441 ss.

PERLINGIERI P.: "Nuovi profili del contratto", in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 545 ss., ora in ID.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 415 ss.

ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica e Zatti*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.

ROSE, J.: "Learning to Be a Legal Historian: Reflections of a Nontraditional Student", in *51 Journal of Legal Education* 2, 2001, pp. 294 ss.

SALVIOLI, G.: *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Stabilimento Tipografico Virzì, Palermo, 1885.

SCHLOSSER, H.: *Tratti fondamentali della nuova storia del diritto privato. Evoluzioni giuridiche nel contesto europeo*, ESI, Napoli, 2014.

SCOZZAFAVA, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982.

SCOZZAFAVA, O.T.: *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014.

SCOZZAFAVA, O.T.: "Della proprietà nelle fonti comunitarie", *Dir. proc.*, 2019, pp. 7 ss.

SCOZZAFAVA, O.T.: "Delle risorse, dell'attività, del profitto", *Pers. merc.*, 2020, pp. 199 ss., spec. 203 ss., anche in AA.VV.: *I nuovi confini del diritto di proprietà* (a cura di G. ALPA, A. FUSARO e G. DONZELLI), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 335 ss.

SIRENA, P.: "Considerazioni civilistiche sul diritto comune medievale e moderno", *Studi senesi*, 2007, pp. 172 ss., ora anche in *Scritti in onore di Marco Comporti* (a cura di S. PAGLIANTINI, E. QUADRI e D. SINESIO), I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2517 ss.

SOLARI, G.: *Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1939.

TARELLO, G.: voce "Formalismo", *Noviss dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 571 ss

TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

TOFFLER, A.: *Future Shock*, Random House, New York, 1970.

VISMARA, G.: "Appunti intorno alla 'heredis institutio'", in AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, III, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 301 ss., ora in Id.: *Scritti di storia giuridica*, VI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 37 ss.

VISMARA, G.: "La norma e lo spirito nella storia del diritto successorio", in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXI, 1965, pp. 61 ss., ora in Id.: *Scritti di storia giuridica*, VI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1 ss.

VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*, II, Giuffrè, Milano, 1956.

WIEACKER, F.: "Il progresso degli studi storici nel diritto privato moderno", in *Quaderni storici delle Marche*, 1966, pp. 184 ss.

WINDSCHEID B.: *La teoria della presupposizione nel diritto romano* (die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung), Düsseldorf, 1850.

WINDSCHEID B.: *Sulla teoria dell'invalidità de' negozi giuridici secondo il codice Napoleone* (Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte), Düsseldorf, 1850.

WINDSCHEID B.: *La presupposizione* (Die Voraussetzung), in *Archiv für die civilistische Praxis*, 78, 1892, pp. 161 ss.

WINDSCHEID B.: *Diritto delle Pandette*, I, 1887, nella trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Utet, Torino, 1902.

ZIMMERMANN, R.: *Roman Law, Contemporary Law, European Law: the Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

ZOPPINI, A.: "Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul Patto di famiglia)", *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 273 ss.

ZOPPINI A.: "La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 223 ss.

