

## *Halbwachs, Betti e Superga*

### I. Premessa

Maurice Halbwachs morì in campo di concentramento prima di vedere anche la prima edizione del suo *La mémoire collective*, saggio fondamentale per la sociologia del '900 e solo da un quarto di secolo disponibile in una edizione critica curata da Gérard Namer<sup>1</sup>.

La tesi di Halbwachs intorno al rapporto fra società, memoria e storia è giustamente celebre per la sua radicalità: storia e memoria collettiva sono talmente agli antipodi che l'espressione 'memoria storica' per il sociologo francese non è affatto felice quanto la sua diffusione nell'uso comune potrebbe far pensare<sup>2</sup>. Mentre la memoria è parte integrante della società, influenzando direttamente tanto la sua identità, quanto la sua evoluzione, la storiografia, per quanto accurata e approfondita, rimane sulla superficie del fenomeno sociale, solo raramente riuscendo a indirizzarlo. Tuttavia, esiste una connessione o se si preferisce un punto di convergenza tra storiografia (che è il segno più appropriato, a nostro giudizio, per tradurre il suo 'histoire') e memoria collettiva: entrambe operano delle scelte, anche se la storiografia lo fa in maniera artificiale, o per lo meno dipendente dalla volontà individuale degli autori, mentre la memoria collettiva lo fa inconsciamente e in modo incrementale: essa infatti è «un courant de pensée continu, d'une continuité qui n'a rien d'artificiel, puisqu'elle ne retient du passé que ce qui en est encore vivant ou capable de vivre dans la conscience du groupe qui l'entretient. Par définition, elle ne dépasse pas les limites de ce groupe. Lorsqu'une période cesse d'intéresser la période qui suit, ce n'est pas, un même groupe qui oublie une partie de son passé; il y a, en réalité, deux groupes qui se succèdent»<sup>3</sup>.

In entrambi i casi, dunque, abbiamo una scelta di cosa tenere e di cosa lasciare, di cosa accogliere nel patrimonio del sapere/sentire e di cosa respingere fuori di esso, operata dalla storiografia e (quindi) dalla memoria collettiva. Ciò pone Halbwachs di fronte alla necessità di spiegare come in tale visione rientri quella storiografia che (invece) si propone una ricostruzione minuziosa dei contesti e dei

\* Questo studio è stato messo a punto per essere destinato agli Studi in Onore di Letizia Vacca.

<sup>1</sup> M. Halbwachs, *La mémoire collective*, edizione critica di G. Namer, Paris 1997.

<sup>2</sup> Halbwachs, *La mémoire* cit. 130: «De tout ce qui précède il résulte bien que la mémoire collective ne se confond pas avec l'histoire, et que l'expression: mémoire historique, n'est pas très heureusement choisie, puisqu'elle associe deux termes qui s'opposent sur plus d'un point».

<sup>3</sup> Halbwachs, *La mémoire* cit. 131 s.

dettagli. In proposito, l'autore, icasticamente, afferma: «l'histoire qui veut serrer de près le détail des faits devient érudite et l'érudition n'est le fait que d'une toute petite minorité. Si elle s'en tient, au contraire, à conserver l'image du passé qui peut encore avoir sa place dans la mémoire collective d'aujourd'hui, elle n'en retient que ce qui intéresse encore nos sociétés, c'est-à-dire en somme bien peu de chose»<sup>4</sup>.

Dunque, c'è una storiografia generale (forse, oggi diremmo *mainstream*) che serve quale supporto alla memoria collettiva: al prezzo di molto materiale buttato e poco salvato, abbiamo la trasformazione di episodi storici e la loro interpretazione trasformati in *communis opinio*, sottratta a ogni discussione; e c'è la storiografia erudita, che è minuziosa, precisa e attenta, accurata se non addirittura aneddótica, ma sostanzialmente ininfluenza, tanto sulla storiografia *mainstream* quanto, conseguentemente, sulla coscienza di un popolo, che di quest'ultimo rappresenta il DNA sociale.

La nostra ipotesi di ricerca è che la visione di Halbwachs possa ben adattarsi, *mutatis mutandis*, ad essere utilizzata per un'allegoria: la tradizione giuridica potrebbe essere rappresentata come la storiografia *mainstream*. Viceversa, le scoperte e le messe a punto della ricerca giuridica (nel nostro caso, romanistica), come le novità legislative o le sentenze innovative, potrebbero interpretare il ruolo, inane, dell'erudizione storiografica: formalmente degne di ammirazione e di pubblici riconoscimenti, addirittura dotate di un ruolo nella gerarchia delle fonti, ma nella pratica prive di conseguenze, che pure sembrerebbe lecito attendersi, sulla tradizione giuridica. Si tratta, non lo nascondiamo, di una visione che risente delle amare pagine di Koschaker sull'evoluzione interpolazionistica della scienza romanistica privata del suo rapporto con il presente giuridico, ma ci sembra altresì possibile trovare, nel parallelismo proposto, delle convergenze con le riflessioni in tema di metodo storico-comparatistico avanzate, fra gli altri, da parte di Tommaso dalla Massara<sup>5</sup> e anche sulle sue conclusioni in tema di sopravvivenza di archetipi giuridici, pur in assenza di riferimenti nel vigente diritto positivo.

<sup>4</sup> Halbwachs, *La mémoire* cit. 131 s. Le modalità di formazione della memoria collettiva hanno naturalmente molto in comune con la formazione di ogni identità: cfr. in proposito i diversi lavori antropologici, fra cui spiccano, nel nostro Paese, quelli di Remotti. Un compendio della principale dottrina sociologica, economica, filosofica e antropologica intorno al tema si trova, con una chiara connotazione critica, si trova in F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari 2010, 1 ss., che tuttavia non risulta prendere in considerazione direttamente il lavoro di Halbwachs di cui ci occupiamo.

<sup>5</sup> *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e una esemplificazione*, in M. Brutti, A. Somma (a c. di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main 2018, 111 e ss. e nt. 1 in particolare. L'autore è tornato su questi temi in *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria (a c. di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, Trieste 2019, 91 ss. (in particolare 94 ss.).

Per provare a verificare l'ipotesi affacciata, abbiamo pensato di misurarci con il primo grado del caso Superga<sup>6</sup> e soprattutto con il celebre commento, vergato da Emilio Betti<sup>7</sup>, come uno dei quattro pareri *pro veritate* in favore del convenuto, la compagnia aerea A.L.I.<sup>8</sup>: questo sarà l'oggetto delle pagine seguenti che, pur nei limiti di uno studio puntuale, si propongono, se possibile, una riflessione di più ampia portata, riguardo ai formanti del diritto<sup>9</sup> ma, soprat-

<sup>6</sup> Tra le diverse disponibili, una vivida ancorché agile ricostruzione della temperie culturale e segnatamente del dibattito giuridico in cui si inserì il caso Superga si trova in B. Gardella Tedeschi, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica*, Milano 2008, 288 ss. L'autrice ripercorre in maniera cursoria l'evolvere della dottrina all'indomani della promulgazione del nuovo codice civile, anche se forse senza un utile, a nostro avviso, più penetrante confronto con la giurisprudenza coeva.

<sup>7</sup> Il testo della sentenza analizzato è quello pubblicato in *Giurisprudenza completa della corte suprema di cassazione*, 1951, II.XXX (I quadr.), 772 e ss., e ad esso ci si riferirà nel prosieguo del testo e delle note come *Sentenza*, senza ulteriore specificazione. Il commento di E. Betti (*Limiti giuridici della responsabilità aquiliana*) segue nella stessa rivista, dalla p. 772: da questa sede di pubblicazione sono tratte le citazioni e i riferimenti presenti in questo studio. Lo stesso testo, a quanto è stato possibile determinare con il raffronto, si trova pubblicato con titolo lievemente modificato nello stesso anno, nella *Nuova rivista di diritto commerciale*: E. Betti, *Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, IV.1, 143 ss. Nelle pagine di questo nostro studio, ci riferiamo al parere *pro veritate* di Betti semplicemente come *Commento*, senza ulteriore specificazione. Delle riflessioni bettiane a cui facciamo riferimento si è occupato di recente, nel quadro di una penetrante analisi circa l'attitudine casistica a lungo sottostimata per quanto riguarda Betti, E. Stolfi, *Betti maestro di casistica*, in M. Brutti, A. Banfi, E. Stolfi (a c. di), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma 2020, 145 s. e nt. 38.

<sup>8</sup> I pareri *pro veritate*, ospitati su riviste prestigiose, sono tradizionalmente classificati in base al loro favore per l'A.C. Torino (Andrioli, Barbero, Bigiavi, Greco, Nicolò, Pugliatti, Redenti, Trabucchi) e rispettivamente per la società A.L.I. (Ambrosini, Betti, Riccobono, Vassalli). I pareri apparvero nel corso di alcuni anni, principalmente tra l'emanazione della sentenza di primo grado e quelle dei gradi successivi: nel caso di Betti, è considerato come il suo parere *pro veritate* il commento alla sentenza di primo grado oggetto di queste pagine, pubblicato nelle modalità richiamate alla nota precedente. Nel caso di altri illustri autori, la pubblicazione avvenne come articolo a sé stante.

<sup>9</sup> A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Milano 2018<sup>4</sup>, 3 ss. Queste pagine di Gambaro e Sacco sono giustamente celebri come lo è l'idea geniale di usare i segni 'formante' e 'crittotipo' per riferirsi a ciò che compone un sistema giuridico senza essere parte del sistema delle fonti del diritto propriamente inteso. Ai nostri fini, è particolarmente prezioso un passaggio degli AA., di carattere introduttivo: «chi si muove all'interno di un ordinamento è indotto a pensare che le proposizioni giuridiche situate nei diversi formanti non possano contraddirsi l'una con l'altra. La comparazione aiuta a liberarsi di questa illusione ottica» (p. 4). Aggiungeremmo che analogo aiuto viene dalla storia degli istituti giuridici, a patto di praticarla con il necessario sguardo critico e soprattutto con la acribia necessaria a scorgere la genesi delle linee di pensiero dietro il concretizzarsi degli istituti, quindi senza trarre questi ultimi dal loro fluire storico con un discutibile processo di 'cherry picking', perché ciò implica il confrontarli senza la possibilità di trarre il meglio dalla comparazione, anche diacronica.

tutto, al meta-crittotipo<sup>10</sup> della tradizione giuridica, con particolare riguardo per la sua capacità di prevalere sulla lettera della legge, sulla *voluntas legislatoris*<sup>11</sup>, sulle più avanzate interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali. Cercheremo di scoprire se, in definitiva, il modo in cui la tradizione giuridica è venuta costituendosi non abbia strutturalmente impedito un possibile, rinnovato rapporto tra studio del diritto romano e ordinamento giuridico e quale ruolo abbia giocato Emilio Betti in questa vicenda.

## 2. La Sentenza

Il tribunale di Torino prende le mosse dalla richiesta di parte attrice di vedere risarcito il danno per la società A.C. Torino derivato dal disastro aereo occorso il 4 maggio 1949 alle ore 17:04, quando l'aeromobile su cui viaggiava la squadra intera si schiantò sui contrafforti della basilica di Superga, che sovrasta la collina torinese, per una manovra del pilota che, in condizioni di scarsa visibilità, non interpretò correttamente i dati strumentali e le istruzioni per l'atterraggio.

<sup>10</sup> Gambaro, Sacco, *Sistemi* cit. 6.

<sup>11</sup> In un suo lavoro successivo, Betti avrebbe anche esplicitato il proprio disinteresse per la *voluntas legislatoris*, definendola come il mero scopo materiale della legislazione, al più l'*ocasio legis*, inidonea ad influenzare correttamente il lavoro dell'interprete: E. Betti, *Interpretazione della legge e dell'atto giuridico. Teoria generale e dogmatica*, a c. di G. Crifò, Milano 1971<sup>2</sup>, 265: «nessun argomento a favore del dogma della 'volontà legislativa' può ricavarsi dalla formula dell'art.12 disp. prel.». L'idea di Betti è che la norma giuridica, una volta introdotta nell'ordinamento, non possa più risentire della volontà politica che ne aveva determinato in concreto l'inserimento: il dettato normativo deve essere interpretato con il solo fine di armonizzarlo, rendendolo coerente, al sistema giuridico complessivo. Va da sé che, implicitamente, questo conserva nelle mani degli interpreti un potere di definizione di cosa sia il sistema giuridico, anche insensibilmente a ogni principio democratico che caratterizzi tanto la forma di governo quanto, soprattutto, la fonte legislativa del diritto. Un recente contributo sull'influenza di Betti in tema di interpretazione del diritto, in A.A. Cervati, *Emilio Betti interpretazione del diritto e impegno del giurista contemporaneo*, in *Critical Hermeneutics. Biannual International Journal of Philosophy*, V.1, 2021, 5 ss. e nt. 4 (dell'estratto), <http://ojs.unica.it/index.php/ecch/index>, consultato on line nel novembre 2022. Concordiamo con Cervati (p. 4) allorché scrive: «Il risultato di tale impostazione è quello di ridurre gli spazi della volontà politica e persino di quelli del potere economico, a tutto vantaggio di una riflessione sull'oggettività e concretezza dei fenomeni giuridici, che tenga conto di uno studio attento alla storia della società, e all'esigenza di un continuo adeguamento alla realtà dei fenomeni giuridici, con la conseguenza ulteriore di ridurre gli spazi della volontà politica e quelli del potere economico, a tutto vantaggio di una riflessione sulla concretezza dei fenomeni giuridici e di una loro valutazione alla stregua di parametri storici oltre che giuridici», anche se nel prosieguo ci sforziamo di offrire qualche spunto riguardo al fatto che la posizione di Betti, anche nel caso Superga, risenta di una ben precisa ispirazione politica.

I difensori dell'A.C. Torino affermano l'opportunità di risarcire il pregiudizio economico senza connetterlo alla lesione di uno specifico diritto ma assumendo che «ogni perturbamento di una data situazione patrimoniale, ogni svanire di una legittima aspettativa, insomma ogni lesione di un interesse che possa ricollegarsi, con nesso causale, ad un fatto doloso o colposo, fa sorgere il diritto al risarcimento del danno subito»<sup>12</sup>. La richiesta di parte attrice, dunque, si basa sull'idea che esista, nel caso, una responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 cod. civ., da sommarsi alla responsabilità del vettore per l'incolumità dei passeggeri<sup>13</sup>, e il presupposto materiale di tale responsabilità sarebbe stato la lesione del patrimonio della società A.C. Torino, irrimediabilmente compromesso in conseguenza della scomparsa della squadra, pressoché nella sua interezza.

Un dato che ci sembra molto interessante è che la corte riconosca, già in apertura di motivazione (quasi a voler subito affrontare una questione cruciale), come siano emersi in dottrina pareri favorevoli a questa tesi e che ci sia già persino un precedente di Cassazione<sup>14</sup> (significativamente, costituito da una sentenza pronunciata nell'imminenza della promulgazione del nuovo codice civile), per chiudere, però, immediatamente alla possibile innovazione affermando come sia «nettamente prevalente la tesi contraria, che si appoggia a ben più convincenti, ragioni. Basti qui ricordare che alla *s e c o l a r e* configurazione della colpa aquiliana è stata, *s e m p r e* connaturata la violazione di un diritto, il concetto cioè del *damnum iniuria datum*. E la ragione giustificatrice di questo *t r a d i z i o n a l e* requisito è che, *o v e s e n e p r e s c i n d e s s e*, sarebbe aperto il varco alle più impensate, inique e insostenibili conseguenze, e l'estensione del risarcimento sarebbe addirittura sconfinata. Chiunque potesse accampare il pregiudizio

<sup>12</sup> *Sentenza*, 773.

<sup>13</sup> La questione della responsabilità del vettore professionale A.L.I., riguardo alla incolumità dei passeggeri, e il conseguente dovere di risarcire i familiari delle vittime della sciagura di Superga saranno sempre indiscussi, durante il processo, dal momento che i contratti di trasporto erano stati stipulati individualmente, tra i singoli giocatori, dirigenti e giornalisti, da un lato, e la società stessa, dall'altro. Scriverà in proposito la Corte d'Appello di Torino, nella sentenza di II grado del 23 gennaio 1952, che «tutti i viaggiatori, quale che sia stato l'interessamento e la cura spiegata a questo proposito dall'A.C. Torino, avevano stipulato un contratto di trasporto individuale» (in *Foro it.*, 1952, LXXV.1, giur. civ., 220). In conseguenza di ciò, la questione morale rappresentata dalla «concorrenza» tra la società calcistica (con la sua pretesa di risarcimento *ex art.* 2043 cod. civ.) e famiglie, rispetto alle materiali, effettive capacità risarcitorie della A.L.I. S.p.A., aleggiò sul processo, emergendo anche dalle parole dei giudici: cfr. B. Gardella Tedeschi, *L'interferenza* cit. 289.

<sup>14</sup> «Non sono mancate e non mancano, nelle ricorrenti affermazioni della dottrina e della giurisprudenza, ripetute ed anche autorevoli affermazioni in tale senso, sia pure talvolta commiste ad altre affermazioni contraddicenti e viziate, da una certa perplessità di motivazione (come ad es. nella sentenza 29 luglio 1942 della Cassazione, *Massim. Giur. Corpor.* 1943, pag. 38)»: così in *Sentenza*, 773.

sofferto per un fatto colposo altrui, anche remoto, sarebbe legittimato a pretendere il risarcimento, sol che potesse dimostrare che, senza quel fatto, il suo pregiudizio non si sarebbe verificato»<sup>15</sup>. (Spaziature nostre)

Questo passaggio appare davvero cruciale e, in qualche modo, declaratorio oltre che adesivo a un ben preciso indirizzo interpretativo, fra quelli emersi riguardo al danno aquilano all'indomani della promulgazione del nuovo codice civile<sup>16</sup>.

L'art. 2043, volutamente redatto nel codice civile senza alcuna scelta linguistica tale da implicarne l'applicazione ristretta a un determinato insieme di diritti violati per poter chiamare in causa il concetto di danno ingiusto, non solo non viene considerato, ma è implicitamente trattato come un incidente di percorso, mentre si riafferma, contro la sua lettera, la secolare tradizione o se si preferisce la dogmatica che opera per sezioni trasversali<sup>17</sup>. Ma non basta ed eccoci al punto in cui l'attenzione del romanista risulta particolarmente stimolata. La corte scrive che «alla configurazione della colpa aquiliana è stata sempre connaturata la violazione di un diritto, il concetto cioè del *damnum iniuria datum*»<sup>18</sup>, ma mentre parla di 'diritto' genericamente, essa offre più di un indizio circa il fatto di riferirsi ai diritti assoluti e al diritto di proprietà *in primis*. Questo, nonostante che, dalla scoperta del Gaio Veronese su cui torneremo, fosse ben noto come la *lex Aquilia* tutelasse, in origine, un bene giuridico di portata ampia e di definizione ancora incompiuta, verosimilmente precedente all'individuazione compiuta di diritti autonomamente considerati, e perfino autonomo rispetto alle situazioni di signoria articolate e complesse che facevano capo al *pater familias/dominus/patronus/erus*<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> *Sentenza*, 773.

<sup>16</sup> Riecheggiano qui, ci sembra con notevole chiarezza, gli argomenti a suo tempo elaborati da A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1946, 288, che espressamente riconnetteva allo sviluppo storico del diritto romano l'impossibilità di riconoscere ai diritti di credito la tutela *ex lege Aquilia*: un esito da «considerarsi acquisito al diritto moderno». Cfr. B. Gardella Tedeschi, *L'interferenza* cit. 287. Torneremo nell'ultimo paragrafo ad occuparci di questo sviluppo storico del diritto romano e della sua vita, apparentemente autonoma rispetto agli esiti della ricerca romanistica post BGB, ma l'importanza di De Cupis nella vicenda di cui ci occupiamo merita una sottolineatura anche in considerazione del fatto che, insieme a Carnelutti, l'autore ora ricordato è fra i pochissimi citati senza fini demolitori da Betti (*Commento*, 779).

<sup>17</sup> In ciò, l'analogia è addirittura perfetta con quanto a suo tempo ponemmo in luce riguardo all'art. 2044 del *Code Napoléon*: una tradizione talmente solida e consistente da procedere, da oltre due secoli, come se il testo dell'art. 2044 non esistesse o fosse diverso da come lo si legge. cfr. M.A. Fino, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo, oltre la tradizione romanistica*, Napoli 2012, 115 ss. (specialmente 121 ss.).

<sup>18</sup> *Sentenza*, 773.

<sup>19</sup> Lo prova, in maniera esemplare, il II *caput* del plebiscito aquilano, dedicato al danno cagionato allo *stipulator* dalla fraudolenta remissione del debito da parte dell'*adstipulator*. Una lesione

La corte, dunque, scrive diritto ma intende ‘diritto assoluto’ ovvero, nel caso di specie, diritto di proprietà e fonda il suo ragionare su una secolare, per i giudici ininterrotta tradizione. Dunque, poiché i giocatori non sono proprietà dell’A.C. Torino, come viceversa sarebbe stato un antico schiavo, non può sussistere il danno ingiusto. Certo, poi i giudici esprimono preoccupazione per un sistema che aprisse alla risarcibilità di ogni comportamento che dolosamente o colposamente determinasse lesioni alle prerogative diverse da quelle che ancora nella manualistica del tempo connotano i c.d. ‘diritti assoluti’, ma questo non appare conferente riguardo alla qualificazione giuridica della pretesa dell’A.C. Torino e in una certa misura sembra aggiungere confusione, come accade talora con le argomentazioni *ad abundantiam*<sup>20</sup>.

Perché la corte torinese non dica semplicemente che, mancando un diritto reale, non si può dar luogo alla tutela aquiliana per la lesione patrimoniale indiscutibilmente subita dall’A.C. Torino, ovviamente, dipende dal fatto che nel dettato dell’art. 2043, come noto, il danno ingiusto non è connotato sotto questo profilo e ormai da decenni, rispetto al 1950, almeno in giurisprudenza oltre che in parte della dottrina<sup>21</sup>, era riconosciuto il risarcimento al creditore alimentare che l’uccisione del debitore, da parte di un terzo, avesse privato del proprio introito.

Proprio la questione del diritto agli alimenti pone in luce una certa debolezza argomentativa del tribunale (e non solo di quest’ultimo)<sup>22</sup> e induce a pensare ad una giustificazione *ex post* della decisione adottata: la disamina dei casi di dirit-

che in termini attualizzanti potrebbe anche assimilarsi alla lesione del diritto di credito da parte di un soggetto diverso dal debitore, più che alla lesione di un diritto reale, sebbene per la migliore comprensione, forse, l’attualizzazione rappresenti un ostacolo, più che un’opportunità: cfr. M.A. Fino, *L’antigiuridicità nella ‘Lex Aquilia’*, in B. Santalucia, L. Garofalo (a c. di), *Trattato di Diritto Penale Romano*, Napoli 2022, 643 ss. Torneremo su questi aspetti nell’ultimo paragrafo.

<sup>20</sup> Anche la tirata, riguardo alla perdita di guadagni per i venditori di giornali sportivi e di bibite, in cui la Corte indugia, evidenzia una volontà pedagogica fuori luogo e anche poco attenta alla logica. Non vi sono infatti dubbi circa un ben diverso nesso di causalità tra la sciagura, il danno dell’A.C. Torino e quello delle edicole intorno allo stadio Filadelfia. Curiosamente la corte, che ha affermato un’interpretazione dell’art. 2043 nel solco della tradizione per un dettato che, viceversa e dichiaratamente con la tradizione rompeva, attua una elencazione di ragioni, evidentemente ritenute *ad adiuvandum*, che ineriscono alle proprie motivazioni più che all’ermeneutica giuridica. E che, invece di rafforzare la posizione dei giudici, risultano indebolirle.

<sup>21</sup> Cfr. B. Gardella Tedeschi, *L’interferenza* cit. 287.

<sup>22</sup> Il saldissimo principio del risarcimento del danno aquiliano solo per lesioni a diritti assoluti subiva una serie di eccezioni anche nella trattazione di De Cupis, ricordata sopra alla nt. 16, che, come ricorda B. Gardella Tedeschi, *L’interferenza* cit. 287, dopo avere esposto il granitico principio derivato dall’evoluzione storica del diritto romano, ammetteva tutta una serie di casi nei quali, nonostante la natura di diritto di credito della prerogativa violata, in particolar modo la dottrina tedesca aveva via via inteso tutelare: si va da casi di concorrenza sleale alla tutela di particolari categorie di conduttori, oltre che, come nel caso di cui ci occupiamo, dei crediti alimentari.

to al risarcimento, connesso alle pretese alimentari lese dal fatto del terzo, mostra come la saldissima posizione della corte, esposta in abbrivio della sentenza, presenti un grado di solidità decrescente, al procedere della motivazione. Se infatti si può convenire sul fatto che i titolari di un diritto agli alimenti di natura parentale lo maturino (e ne possano esigere soddisfazione) per il solo fatto che il debitore alimentare sia vivente, ciò appare meno scontato per i titolari di un diritto agli alimenti sorto per via contrattuale, che pure il Tribunale, in ragione della giurisprudenza consolidata, equipara ai primi:

«Sembra al tribunale, che, se ci si vuole appigliare ad un sicuro criterio discriminativo, si dovrebbe distinguere tra i casi in cui taluno ha, per legge o per contratto, un diritto alla somministrazione di determinate utilità economiche (anche realizzabili esecutivamente), diritto collegato all'esistenza di una certa persona, e derivante dal fatto stesso della sua permanenza in vita, e tutti gli altri svariati casi che non rientrano nella prima categoria»<sup>23</sup>.

Ma se, come scriverà Betti nel suo commento<sup>24</sup>, il diritto agli alimenti fondato sulla parentela è una estrinsecazione del rapporto di parentela stesso, come si fa a considerare ugualmente fondato – e soprattutto completamente distinto da qualsiasi altro tipo di rapporto obbligatorio come quello tra giocatori e società sportiva – il credito alimentare sorto da un contratto, magari tra il fidanzato e la madre della sua promessa sposa? Che differenza c'è tra chi assume contrattualmente l'obbligo di versare alimenti a una persona, a cui non lo lega un rapporto di parentela, per un tempo determinato o addirittura indeterminato, rispetto a chi contrattualmente assuma l'obbligo di prestare le proprie attività sportive per una società calcistica? Solo la natura della prestazione (rispettivamente *dare* e *facere*) sembra costituire un saldo criterio distintivo, in virtù della ben diversa possibilità di procedere a una esecuzione forzata. Tuttavia, al di là delle forme che può assumere la tutela del creditore deluso, tanto il versamento di alimenti quanto giocare le partite dipendono dalla volontà del debitore di tali prestazioni. L'oggetto della prestazione differenzia le fattispecie, ma solo con un procedimento a ritroso, partendo dalla patologia dell'inadempimento: la mancata dazione si può efficacemente surrogare mediante esecuzione forzata. Non così un qualsivoglia *facere*.

Ciononostante, scoprendo il proprio intento che non discende direttamente (questo davvero) dall'interpretazione sistematica della corte, quest'ultima asserisce che nel caso del diritto alimentare di origine contrattuale l'esecuzione della prestazione da parte del debitore è conseguenza automatica del contratto,

<sup>23</sup> *Sentenza*, 774.

<sup>24</sup> Si veda il prossimo paragrafo a riguardo.



affermando invece che «il rispetto dell'impegno dei calciatori di prestare l'opera loro a favore esclusivo dell'associazione calcistica non discendeva automaticamente dal contratto, cosicché la sua violazione non potesse derivare che da un fatto lesivo di un terzo, ma era pur sempre condizionato al permanere della volontà dei calciatori di mantenere in vita il rapporto, anche se l'inadempienza potesse dar luogo a conseguenze a carico degli inadempienti»<sup>25</sup>.

Ci sembra opportuno anticipare, sebbene ci dedichiamo al commento di Betti nei prossimi paragrafi, che a quest'ultimo non sfuggì il problema sistematico rappresentato all'equiparazione operata dal Tribunale tra crediti alimentari derivanti dal vincolo di parentela e crediti alimentari costituiti per via contrattuale: non a caso, Betti, su questa equiparazione da parte della Corte non solo non si esprime, ma sembra anzi scrivere come se tale equiparazione non fosse stata svolta nella sentenza.

L'inconsistenza di questa operazione di 'distinguishing' fece, viceversa, una certa impressione e si rivelò quindi molto influente sulla decisione di Paolo Greco<sup>26</sup>, in un altro dei famosi pareri *pro veritate* pubblicati in quegli anni, di sostenere che no, il calciatore non è diverso da un debitore alimentare e che l'azienda, di cui il calciatore fa parte in virtù del suo contratto, è certamente, per riconoscimento normativo, un bene su cui si esercita la sovranità della società sportiva. Un concetto, questo, rafforzato da Walter Bigiavi<sup>27</sup>, che arriva a

<sup>25</sup> *Sentenza*, 775.

<sup>26</sup> *Se un'associazione calcistica ha diritto a risarcimento del danno aquiliano per la perdita della sua squadra avvenuta durante un trasporto aereo*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, XLIX.1, 428 s., richiamando a supporto della propria impostazione gli studi di Venezian. In maniera assai pregnante, Greco metteva in luce come la corte torinese avesse trattato come una eccezione i crediti alimentari quando essi non potevano, nel nostro come nell'ordinamento francese, trovare una speciale considerazione. In questi, infatti, mancava una norma analoga a quella che riconosceva una specificità alla lesione del credito alimentare in Germania e in Svizzera. Dunque, solo in questi ultimi Paesi, legittimamente, si poteva dare una distinzione netta fra dritti di credito in genere e crediti alimentari. Il problema della corte torinese era l'emersione nella tradizione giuridica italiana di una ininterrotta, generalmente accettata interpretazione dell'art. 1151 del codice civile 1865, prima, e dell'art. 2043 cod. civ., poi, utile a riconoscere una tutela per la lesione del credito alimentare, pur in assenza di alcuna specifica previsione normativa. L'osservazione di Greco secondo cui tale credito non presenta alcuna autentica specificità rispetto agli altri dritti di credito, fatta salva certamente una speciale considerazione che però, presso il nostro legislatore, era mancata, appare tanto piana quanto brutale nell'indicare una contraddizione patente nella sentenza: «se i rapporti obbligatori non sono tutelati dall'art. 2043 contro il danno aquiliano, non possono esserlo allora nemmeno i crediti alimentari e tanto meno le semplici aspettative di mantenimento fondate dai superstiti sulla vita dell'ucciso. Non c'è dubbio che quei crediti (e quanto alle semplici aspettative non è nemmeno il caso di parlarne) sono, al pari di tutti i dritti di credito, dritti relativi e non assoluti» (p. 433).

<sup>27</sup> *L'associazione calcio Torino e il disastro di Superga*, in *Giur. it.*, 1951 (6.IV), 5 ss. (in parti-

intravedere un parallelismo implicito fra l'antico schiavo (della cui uccisione si occupava il I *caput* del plebiscito aquiliano) e il calciatore moderno, con la sua soggezione personale specialissima, determinata dall'ordinamento sportivo (almeno dell'epoca)<sup>28</sup> e dalla condizione di non poter giocare se non in quanto la società detentrica del cartellino lo volesse e solo per essa: caratteristiche uniche, rispetto a un generico prestatore d'opera. Quest'ultimo infatti può certo rendersi inadempiente verso un committente, pagandone le conseguenze, ma restando libero di accettare commesse da altri. Lo stesso non può dirsi per il calciatore, che senza essere «svincolato» dalla società sportiva di appartenenza non poteva effettuare la sua prestazione in favore di altri club<sup>29</sup>.

Questa unicità della condizione di calciatore e la speciale rilevanza delle qualità di una compagine insostituibile, già quattro volte consecutivamente Campione d'Italia, ben avrebbero permesso di applicare la logica della sentenza 17.7.40 della Suprema Corte, n. 2411<sup>30</sup> che aveva riconosciuto come, stante che normalmente l'uccisione di un socio o di un collaboratore è per il socio superstite o il datore di lavoro un danno indiretto, non risarcibile, esso si trasforma in diretto (e risarcibile) quando il socio o il collaboratore sono invece concretamente insostituibili ed essenziali alla continuità profittabile dell'impresa. La corte torinese espressamente rigetta questa considerazione per l'eccezionalità del rapporto, determinata dalle caratteristiche del debitore ucciso da un terzo: essa rifiuta di applicare la *ratio* della Suprema Corte appena ricordata perché ri-

colar modo, 8 ss.). La tesi di Bigiavi, trattata con sufficienza da Betti nel suo commento, volendo sostenere l'assimilabilità del rapporto di subordinazione del calciatore a una forma di diritto assoluto esercitata su di lui dalla società, offrì il destro a tutti i difensori (interessati) dell'uguaglianza e della libertà individuale, che ebbero buon gioco nel respingere una tesi che poggiava, a loro dire, su una riproposizione di un inaccettabile vincolo di subordinazione personale. Su questa posizione si assestò anche la Cassazione, nel 1953, sancendo la fine delle speranze dell'A.C. Torino di vedere risarcito il danno subito in conseguenza del disastro.

<sup>28</sup> Una interessante e articolata disamina dell'evoluzione del diritto sportivo in conseguenza (anche) del caso Superga si trova in A. Cappuccio, *La rivista di diritto sportivo nella temperie culturale dell'Italia repubblicana*, in A.M. Gambino (a c. di), *1949-2019 Settant'anni della Rivista di Diritto Sportivo*, Torino, 2019, 15 ss. ([https://www.rivistadirittosportivo.it/Article/Archive/index\\_html?ida=74&idn=7&idi=-1&idu=-1](https://www.rivistadirittosportivo.it/Article/Archive/index_html?ida=74&idn=7&idi=-1&idu=-1), consultato nell'ottobre 2022). Sulla qualificazione patrimoniale del 'cartellino' dei giocatori di calcio professionisti, cfr. C. Sottoriva, *La qualificazione del c.d. 'titolo sportivo' nel trasferimento d'azienda nell'ambito di procedure concorsuali*, in *Società*, 2011, luglio, 769 ss. (<http://hdl.handle.net/10807/36527>, consultato a ottobre 2022).

<sup>29</sup> Vale la pena qui rammentare come la sussistenza di un ordinamento sportivo rappresentasse per Betti una di quelle segmentazioni del giuridico che egli sempre aborrisce (ribadendolo anche espressamente nel proprio commento alla sentenza Superga): cfr. G. Crifò, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quaderni fiorentini* 7, 1978, 202 ss. Cfr. anche le riflessioni di I. Birocchi, *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione*, in *Dall'esegesi* cit. 14 ss.

<sup>30</sup> *Mass. giur. it.*, XL, 1940, 603.

fiuta di far dipendere l'interferenza o meno nella sfera giuridica del creditore dalle caratteristiche personali e professionali del debitore ucciso da un terzo (essa afferma che il valore dell'ucciso può incidere sul *quantum*, non sull'*an debetur*)<sup>31</sup>. E lo fa aggiungendo *ad abundantiam* una riflessione sulla iniquità di risarcire un danno considerato speciale in virtù della natura unica dei campioni sportivi, mentre si rifiuta di riconoscere analogo danno nel caso venga ucciso da un terzo un modesto fattorino, considerato facilmente sostituibile. Ritroveremo nel commento di Betti diversi accenni a questa visione livellante, apparentemente egalitaria nonostante l'indiscutibile carattere di eccezionalità dei debitori di prestazioni sportive formanti la squadra dell'A.C. Torino perita il 4 maggio 1949: un atteggiamento che sembra riproporre il contrasto fra lo Stato (fascista) e il miope individualismo borghese. Quest'ultimo, così attento ai caratteri individuali, era delineato e respinto da Betti nella celebre prolusione milanese del 1927<sup>32</sup>.

Una corte livellatrice dunque. Peccato che sia una livella, come abbiamo visto, che, innanzitutto, pratica una distinzione tra contratti che determinano automaticamente le proprie conseguenze e contratti le cui conseguenze dipendono comunque dalla volontà del debitore. E facendolo derubrica il pagamento (ma anche il complesso di atti volti a mantenere la capacità patrimoniale necessaria a pagare) ad automatismo, in virtù del fatto che esso sia comunque surrogabile con una esecuzione forzata: un incedere logico che non sembra inappuntabile. In secondo luogo, considera determinante, per non applicare l'art. 2043 nel caso *de quo*, il rischio di allargare troppo l'applicazione pratica della norma. Al tempo stesso, in modo contraddittorio, rifiuta l'ampliamento della applicazione della stessa nei casi eccezionali definiti dalla Cassazione, in cui rientra perfettamente

<sup>31</sup> *Sentenza*, 777.

<sup>32</sup> E. Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG*. XCIX, 1928, 129 ss. ora in Id., *Diritto Metodo Ermeneutica. Saggi scelti*, a c. di G. Crifò, Milano 1991, 60 ss. (da cui sono tratte le citazioni seguenti). Sul carattere programmatico della prolusione milanese, cfr. I. Birocchi, *Emilio Betti: il percorso* cit. 21 ss.; P. Grossi, *Pagina introduttiva*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini* 7, 1978, 1 s.; P. Costa, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Emilio Betti e la scienza* cit. 313 ss. Sui prodromi dell'atteggiamento di Betti, manifestato nella prolusione, preziose le considerazioni di C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012, 165, ripreso da I. Birocchi, *Emilio Betti: il percorso* cit. 11. La testimonianza della risalente impostazione ermeneutica bettiana si trova in una lettera del 1916 a Benedetto Croce, pubblicata da Nitsch (in appendice, 309 ss.) e ricordata oltre che da Birocchi anche da Stolfi, *Betti maestro* cit. 136, nt. 5. Una ulteriore pubblicazione della lettera è stata successivamente accolta, a cura di M. Brutti, in *BIDR*. 106, 2012, 395. La relazione epistolare tra Betti e Croce, anche specificamente in relazione alla prolusione milanese, risulta attestata da un'altra missiva, del 18 luglio 1930, cfr. a riguardo le osservazioni di C. Nitsch, *Dogmatica, poetica, storia. Ancora sul rapporto tra Betti e Croce*, in *Dall'esegesi giuridica* cit. 194 s., nt. 7.

la sciagura del Grande Torino, mentre accorda l'applicazione della norma, in maniera generalizzata, ai rapporti alimentari di origine contrattuale.

Così, il succo del rifiuto della corte torinese di accordare all'A.C. Torino un risarcimento *ex art. 2043* ci pare affiorare in un passaggio quasi in conclusione della sentenza:

«Se è vero che il cospicuo, altissimo valore patrimoniale (oltre che sportivo) delle prestazioni di un Maroso o di un Mazzola, e di tutti i loro indimenticabili compagni costituiva la preziosa e quasi esclusiva ricchezza dell'associazione, se è notorio che, per assicurarsi la disponibilità esclusiva dell'opera di questi giocatori, le associazioni calcistiche che dispongono di maggiori risorse finanziarie avviano e concludono ogni anno, con le altre società, e con i giocatori, trattative laboriosissime a suon di milioni e di molte decine di milioni; se il giocatore, una volta assunto, si impegna a fornire alla squadra di cui fa parte ogni sua energia fisica e nervosa, e si assoggetta (o dovrebbe assoggettarsi) alla più rigorosa disciplina di vita, addirittura limitatrice dei più elementari atti della vita quotidiana; non per questo il giocatore diventa una *res* della associazione, né, giuridicamente, la sua posizione si diversifica da quella di ogni altro prestatore di opera»<sup>33</sup>.

La *ratio* della corte ci sembra sintetizzabile come segue: il danno ingiusto si può riscontrare indiscutibilmente quando sussista la lesione di un diritto reale: l'unico ampliamento della categoria delle posizioni tutelate è verso i crediti alimentari.

«La nozione del risarcimento dei danni di rimbalzo, *par ricochet*, estesi cioè alle più remote e indirette ripercussioni, è estranea al nostro ordinamento giuridico, tuttora saldamente ancorato al tradizionale concetto della colpa aquiliana»<sup>34</sup>: un concetto che, in nome della tradizione giuridica non si poteva, per la corte torinese, considerare modificato dal dettato dell'art. 2043, né dalla sentenza Cassazione 2411 del 1940.

### III. *Il commento di Betti*

Il commento di Emilio Betti inizia in un modo dichiaratamente rigoroso, ma che offre subito un parallelismo e una digressione che, considerati i soli sei anni dalla II guerra mondiale, destano oggi la sorpresa che sempre accompagna un *déjà vu*<sup>35</sup>. Per comprenderlo, giova ricordare che il rapporto stretto fra l'impo-

<sup>33</sup> *Sentenza*, 778.

<sup>34</sup> *Sentenza*, 778.

<sup>35</sup> «Posto un evento dannoso qualunque, se rispetto ad esso si trattasse puramente di identificare i molteplici nessi di causalità fisica, sociologica e psicologica operanti nella complessa

stazione bettiana del rapporto tra violenza e Stato e l'affermarsi della dittatura fascista non può certo dirsi ipotetico<sup>36</sup> né si può dubitare del convinto supporto di Betti al regime, perfino dopo il 25 luglio 1943.

Porre una dichiarazione apparentemente pedagogica quanto profondamente ideologica (come rivela il riferimento al teatro di U. Betti), in apertura della propria trattazione che si asserisce puramente giuridica, dedicata ai presupposti su cui la corte di Torino si è espressa contro il risarcimento richiesta dalla società A.C. Torino, illumina *d'emblée* la posizione di Betti. Quando egli parla di ordinamenti giuridici che «quando hanno raggiunto un certo grado di maturità civile»<sup>37</sup> impongono requisiti oggettivi e soggettivi per limitare l'entità dei risarcimenti ai soli interessi meritevoli di tutela lesi dall'azione dannosa, è difficile non immaginare che fra i modelli di Stato da lui costantemente avversati per decenni si trovassero quelli che tale maturità non avevano raggiunta: guarda caso Stati in cui l'estensione del diritto al risarcimento per illecito extracontrattuale era da tempo in corso<sup>38</sup>.

fenomenologia del mondo sociale, l'indagine scrupolosa del fisico, del sociologo, dello psicologo, porterebbe ad accertare una concatenazione indefinita di fatti e situazioni antecedenti, tutti concorrenti in misura maggiore o minore a determinare il prodursi di quell'evento. Ora una indagine siffatta incombe certamente allo storico, allorché è chiamato a rendersi conto – scevro da prevenzioni politiche – della colpa e della responsabilità di certe catastrofi mondiali, quali ad esempio le ultime guerre: qui la conclusione semplicistica e farisaica dei diplomatici, nel senso di attribuirne la «colpa» esclusivamente ai popoli vinti e di escluderne i vincitori, non può certo trarre in inganno lo storico che segua con occhio implacabile l'intrecciarsi delle colpe e degli errori, e ne accerti l'indissolubile solidarietà»: così *Sentenza*, 779.

<sup>36</sup> Rinviamo alle dense pagine di M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a c. di), *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, Roma 2015, 63 ss. (specialmente 71 ss.), che condivisibilmente individuano in Betti un «apologeta del totalitarismo» per il quale l'idea di libertà non ha significato al di fuori dell'obbedienza verso lo Stato (p. 98). Il severo giudizio di Brutti appare condiviso anche da E. Stolfi, *Attorno al concetto di 'azione' in Betti. Processo romano e cultura giuridica europea*, in A. Carratta, L. Loschiavo, U. Sperandio (a c. di), *Emilio Betti e il processo civile*, Roma 2022, 131, nt. 38 con ulteriori approfondimenti. Quanto alla «conclusione farisaica dei diplomatici» richiamata nella nt. precedente, impossibile non tracciare un parallelismo tra questa e l'antica accusa di ipocrisia rivolta al mondo giuridico anglosassone nell'ambito dei lavori di preparazione del nuovo cod. civ. italiano (p. 100, nt. 103).

<sup>37</sup> *Commento*, 779.

<sup>38</sup> Nei paesi di *Common Law*, e segnatamente negli Stati Uniti d'America, come noto, il c.d. '*Tort law*' è di formazione consuetudinaria, con una tradizione cumulativa che inizia nella Gran Bretagna medievale; una competenza, per quanto attiene gli interventi di diritto positivo, a livello dei singoli stati e una triplice attitudine, che solo per due terzi trova una vera e propria corrispondenza con la tradizione di *Civil Law*: risarcire il danneggiato; deterrenere dal tenere i comportamenti potenzialmente dannosi e punire l'autore del danno. Proprio questa terza estrinsecazione è sempre di più osservata con attenzione anche nel nostro Paese, rappresentata com'è dai c.d. «punitve damages», passati con successo al vaglio di costituzionalità, negli Stati Uniti, addirittura oltre già

Un consistente supporto, per Betti, si trova nel pensiero di Carnelutti<sup>39</sup>: questi affermava che il danno risarcibile consiste nella lesione di quello o quegli interessi, a cui corrisponde la violazione di un obbligo, «secondo il criterio di ‘correlatività’ che sta alla base di ogni disciplina giuridica»<sup>40</sup>, perché ciò permette di discernere fra i vari interessi quello o quelli in confronto dei quali il comportamento lesivo assume la qualificazione di illecito ed è a questo titolo imputabile. Dunque, per Betti, l’elemento cruciale è quello che, viceversa, nelle motivazioni della sentenza sembrava rimanere un po’ sotto traccia, affiorando solo in apertura e in conclusione, come abbiamo cercato di porre in evidenza nelle pagine precedenti: il diritto del Torino sulle prestazioni dei propri calciatori non importa un obbligo a carico dei consociati e quindi anche la sua lesione, pur eziologicamente dipendente da un comportamento individuato con precisione e connotato da colpa, non consente di attribuire al danno il determinante carattere di ingiusto.

In questo Betti sembra rettificare significativamente la corte, dedita per gran parte della sentenza a dimostrare l’interruzione del nesso causale (affermando che tra la sciagura e il danno dell’A.C. Torino stava comunque la volontà dei calciatori di giocare e giocare bene e giocare per il Torino: da questa volontà dipendeva esclusivamente il lucro dell’azienda e conseguentemente poteva dipendere il danno). Betti precisa: il nesso causale richiede attenzione nella misura in cui la lesione violi un diritto e questo, nel caso di specie, per il maestro camerte, non può dirsi.

È questo un punto che ci sembra opportuno sottolineare in modo particolare: la corte torinese – forse in virtù del testo dell’art. 2043 e della *voluntas legi-*

due secoli or sono (c. *Alexander Murray v. The Charming Betsy*, 1804) e più recentemente riconosciuti come conformi alla Costituzione nel caso di una sentenza che ne aveva stabilito l’entità in oltre duecento volte il risarcimento del danno riconosciuto (c. *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991): cfr. a riguardo la ricostruzione di E. Chemerinsky, *The Constitution and Punishment*, in *Stanford Law Review*, 2004, LVI.5, April, 1054 ss. Per una disamina che evidenzia l’originario inquadramento come quasi delitto del danno aquiliano, alla base del riconoscimento, non privo di notevoli criticità e di diverse prospettive in proposito, dei «punitive damages» cfr. C.M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *The Yale Law J.*, 2003, CXIII.2, November, 349 ss. Una interessante riflessione sulla prospettiva correttiva, non meramente risarcitoria del «tort law», che ne riduce la distanza rispetto ad altre branche del diritto, che però attengono al diritto pubblico e non al diritto privato, si trova in H. Sheinman, *Tort Law and Corrective Justice*, in *Law and Philosophy*, 2003, XXII.1, 21 ss.

<sup>39</sup> Sebbene lo stesso Betti ricordi come fossero diverse dalle proprie le conclusioni di F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova 1926, 78 ss. (che «contesta la reciprocità fra l’uno, e l’altro criterio»). Cfr. *Sentenza*, 779.

<sup>40</sup> *Sentenza*, 779: questa notazione (e il relativo corsivo) illuminano l’elaborazione bettiana rispetto a quella cameluttiana.

*slatoris*, ma soprattutto, crediamo, della giurisprudenza della Cassazione che considera e dell'orientamento già consolidatosi riguardo alla lesione dei crediti alimentari – esclude apertamente, in apertura di sentenza, che il diritto vantato dal Torino sussista, ma poi si affatica (molto) nello spiegare l'interruzione del nesso di causalità tra sciagura e danno per la società sportiva, dipendente dalla sussistenza e dalla rilevanza della volontà dei giocatori di prestare la propria opera per l'A.C. Torino. Betti è più coerente: non si occupa di nesso di causalità perché non riconosce la sussistenza di una lesione del diritto; la corte torinese sembra muovere dallo steso presupposto teorico, ma poi costruisce la propria argomentazione in modo meno rigoroso, anche se paradossalmente appare più attenta alle novità intervenute in giurisprudenza e codice civile del 1942.

L'argomentazione di Betti si presenta come tetragona. In ogni rapporto giuridico di origine contrattuale, solo il debitore deve la prestazione e la collaborazione necessaria:

«nessun altro, all'infuori del debitore, è tenuto a prestare al creditore la propria cooperazione per appagarne l'aspettativa, sia essa diretta ad un contegno (diligenza), sia essa diretta ad un risultato (*opus*, in largo senso). Sotto questo profilo può dirsi che il rapporto di obbligazione sia separato dalla sfera giuridica dei terzi per mezzo di un 'diaframma di irrilevanza', nel senso che i terzi non sono tenuti, in virtù di esso, a collaborare col creditore per adempierne l'aspettativa»<sup>41</sup>.

Sembra che l'autore non consideri che una cosa è l'aspettativa che un terzo non causi la morte del debitore, un'altra la pretesa che un terzo collabori all'esecuzione di una obbligazione altrui. Tuttavia, dobbiamo rilevare che lo stesso Betti, con un incedere logico che non ci appare lineare, riconosce che la pretesa del creditore alla collaborazione del terzo possa eccezionalmente assumere rilevanza giuridica, se l'uccisione del debitore da parte di quest'ultimo sia stata dolosa, in quanto consapevolmente diretta ad impedirne l'adempimento. Per Betti, solo la dolosa interferenza da parte del terzo nell'esecuzione di una prestazione dovuta ha un autentico carattere aquiliano, «extracontrattuale»<sup>42</sup>. Dunque, osserviamo, a suo avviso i diritti di credito non danno diritto a pretendere un comportamento da parte di terzi, perché tale non è il loro portato, ma tuttavia, la presenza di dolo, nel terzo che impedisca l'inadempimento, rileva per riconoscere una responsabilità aquiliana in capo a quest'ultimo. Sorge quindi un ulteriore quesito: è l'esistenza del diritto violato a determinare l'ingiustizia del danno o l'elemento soggettivo dell'autore della lesione? E se è quest'ultimo il dato determinante, come lo si concilia con il dettato con l'art. 2043 cod. civ.?

<sup>41</sup> *Commento*, 781.

<sup>42</sup> *Commento*, 781.

Una questione a cui abbiamo dedicato attenzione, per i profili più strettamente romanistici, in un lavoro recente che ripropone l'annosa, e tutt'altro che puramente teorica, questione dell'antigiuridicità nella *lex Aquilia*<sup>43</sup>: un problema che sembra riaffiorare nel parere bettiano.

Proseguiamo nella lettura del commento per imbatterci nell'ammissione di quanto sia difficile riconoscere la correlatività (prescritta come necessaria per qualificare il danno come ingiusto) laddove la lesione sia conseguenza di una violazione del «generico dovere di correttezza e insieme un onere di cautela, imposto da una imprescindibile esigenza della convivenza sociale: dovere e onere, il quale, di volta in volta, secondo le situazioni date, si specifica e individua in un obbligo di rispetto (*Schulzpflicht*) del diritto altrui»<sup>44</sup>: una difficoltà che dipende dal fatto che il generico dovere ora richiamato, per Betti, non costituisca sempre un obbligo di rispetto, ma solo in determinate circostanze. Per individuare quali siano tali circostanze, «può dirsi che tale individuazione del dovere in obbligo è tanto più prossima a verificarsi, quanto più vasta è la rilevanza e ripercussione sociale dell'interesse protetto dal diritto, che si assume lesa dall'altrui comportamento»<sup>45</sup>: una considerazione che sembra stridere con quell'affermazione di voler perseguire con le proprie riflessioni, esclusivamente l'«esatto giuridico» (valore a cui Betti dichiara espressamente di tendere, con una oggettivizzazione ostentata che spesso ricorre, e non solo in queste pagine)<sup>46</sup>, dal momento che apre a valutazioni meno giuridiche di quanto ci si aspetterebbe.

Ebbene, per Betti, mancano indizi che nell'ordinamento il generico dovere di correttezza e l'onere di cautela si possano dire alla base di un obbligo positivo di collaborazione<sup>47</sup>: per la seconda volta, retoricamente, viene proposta la sovrapposizione tra il dovere di collaborazione (che certo non era la pretesa di parte attrice nel processo) e il dovere di astenersi dall'interferire.

L'impressione è che Betti mescoli le carte, concedendo in apparenza che

<sup>43</sup> Cfr. M.A. Fino, *La questione* cit. 657 s.

<sup>44</sup> *Commento*, 781 s.

<sup>45</sup> *Commento*, 782.

<sup>46</sup> Impossibile non ricordare qui le penetranti riflessioni di A. Guarino, *Una teoria generale dell'interpretazione*, in *Labeo* 1, 1955, 181, a proposito dell'affermazione di Betti (nella sua opera più famosa, pubblicata pochi anni dopo il commento che qui ci interessa, al termine di un ultra trentennale lavoro) di ricercare una oggettività assoluta e pertanto di rifiutare di ascrivere a nessun sistema filosofico, salvo poi *aliud dicere aliud volere*, come testimonia il passaggio che Guarino considera una tra le molte smentite «autentiche»: «ogni orientamento metodologico, ogni giudizio di valore e la stessa terminologia di contributi ad una scienza dello spirito sono riconducibili, in ultima analisi, ad una *prospettiva*, che rivela una certa visione o concezione del mondo» (così E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* I, Milano 1955, 439).

<sup>47</sup> *Commento*, 782.



l'illecito *ex art. 2043* non si fonda sulla violazione di un obbligo giuridicamente definito, ma poi ammettendolo nella pratica, quantunque eccezionalmente. Per questo, egli afferma essere necessario contrarre con i terzi specifiche obbligazioni, se si vuole che essi si impegnino contro il rischio di interferire in un rapporto contrattuale in essere o mettano in campo «energetiche misure di prevenzione»<sup>48</sup>: è l'argomento che utilizzerà contro Redenti (e contro la relazione del Guardasigilli Grandi al titolo del codice civile che si apre con l'art. 2043) e su cui torneremo. A questo punto, Betti è pronto per introdurre la distinzione fra torto aquiliano (che dà diritto al risarcimento) e rischio (non risarcibile, perché il danno in questo caso non è imputabile a un torto)<sup>49</sup>. Nel momento in cui, non senza incertezze, si stabilisce che solo eccezionalmente il dovere di correttezza e di non interferenza nelle sfere giuridiche altrui assume natura di obbligo, si tratta semplicemente di ricondurre la sciagura di Superga a un rischio, assunto volontariamente dalla società A.C. Torino, rispetto al quale il verificarsi del pericolo non può determinare un danno aquiliano perché per Betti, oltre all'assenza di un dovere giuridicamente sancito (che non può derivare dal solo generico presupposto della convivenza civile) e quindi violato, manca anche il requisito del dolo che, a suo dire, solo può dare origine a interferenze nel rapporto contrattuale fra terzi in una forma riconducibile al danno ingiusto *ex art. 2043*.

Per Betti, l'unica ipotesi di responsabilità aquilana per la compagnia aerea sembra astrattamente possibile nel caso in cui questa o i suoi dipendenti, animati da una volontà omicida, avessero scientemente voluto l'interruzione del rapporto tra giocatori e società, come diretta conseguenza dell'uccisione dei primi. Tutto questo, in virtù di ragionamenti che apparentemente non prendono mai le mosse del dettato dell'art. 2043, nel quale dolo e colpa sono chiaramente equiparati. Forse perché il dettato codicistico, agli occhi del commentatore, non rientrava nella tradizione di un «ordinamento giunto a maturità»<sup>50</sup> o, come siamo portati a ritenere, perché le forme scritte scelte dal legislatore non avevano effetto sull'ordinamento: quest'ultimo rimaneva plastica argilla nelle mani dei giuristi e dei giudici. Certo, fa un po' impressione desumerlo da pagine di chi, in polemica con Croce, sostenne che non v'è libertà (e nemmeno vita) al di fuori dell'obbedienza allo Stato<sup>51</sup>, ma, d'altra parte, non si può dire che que-

<sup>48</sup> *Commento*, 782.

<sup>49</sup> *Commento*, 783: «Tenendo presente quanto ora si è detto, si può intanto ricavare dalle esposte riflessioni un criterio formale di sopportazione del rischio e di delimitazione fra la zona del torto aquiliano (risarcibile, come danno ingiusto) e la zona del 'rischio' (non risarcibile, come danno non imputabile a un torto)».

<sup>50</sup> Cfr. sopra nel testo e nt. 39.

<sup>51</sup> Cfr. Brutti, *Emilio Betti* cit. 65, 98, 102.

sto atteggiamento abbia rappresentato un *unicum*, in dottrina e segnatamente nella dottrina italiana: ci siamo già occupati di dimostrarlo, prendendo spunto dall'emblematica vicenda dell'art. 2044 del *Code Napoléon*, della sua costante interpretazione contraria sia alla lettera, sia al suo antecedente dogmatico rinvenibile in Domat, sia allo spirito del legislatore francese. Già in quell'occasione avevamo potuto evidenziare l'effettivo rapporto fra tradizione giuridica e diritto positivo<sup>52</sup>, nonché il ruolo determinante di un singolo giurista come Carl Salmon Zachariae von Lingenthal e dei suoi traduttori francesi<sup>53</sup>.

Tornando al commento di Betti, un'ultima questione che egli affronta è se il danno aquiliano possa aggiungersi a quello determinato dall'inadempimento contrattuale specifico del contratto di trasporto, che sempre imputa al vettore la responsabilità per i sinistri occorsi al trasportato durante il viaggio.

La responsabilità del vettore riguarderebbe i singoli trasportati (come riconoscerà anche la Corte di Cassazione, nel caso di cui ci occupiamo, avendo il contratto di trasporto visto, quali parti, i singoli giocatori e la società A.L.I.)<sup>54</sup>, mentre l'eventuale responsabilità aquiliana scaturirebbe dal loro rapporto con la società di calcio per cui militavano.

Betti si occupa innanzitutto di respingere l'idea che l'insieme dei calciatori costituisca l'«asset» aziendale: con un tono di indignazione affettata rifiuta di degradare gli umani a livello di «capitali personali» e rivendica (senza che sia immediatamente chiaro perché) un'etica della povertà dei comuni mortali che lo renderebbe diffidente verso «questi ritrovati dell'era capitalistica»<sup>55</sup>: un perfetto parallelismo con l'atteggiamento livellante già evidenziato nella sentenza, tutto teso (dietro le forme di un'indifferenza alla specificità dei debitori scomparsi

<sup>52</sup> Betti menziona la sanzione della *fraus creditoris* (che si ritrova nel secondo capo della *lex Aquilia*, pure non menzionato nel commento alla sentenza) come origine della propria speciale considerazione per il dolo dell'autore del danno aquiliano. Ma ci pare che questo suo punto di vista trascuri il fatto che la fraudolenta *acceptilatio* del *II caput* non poteva non essere un atto volontario, ma compiuto da parte dell'*adstipulator*, senza l'incarico di farlo da parte del creditore principale. Presupporre, che *fraus* oltre a mancanza di un incarico a svolgere un atto che pure era legittimo e nelle possibilità dell'*adstipulator*, significhi anche che quest'ultimo volesse una conseguenza negativa per il creditore principale, implica forse una retrodatazione di un elemento soggettivo che molto difficilmente nella *lex Aquilia* originaria poteva trovare attenzione.

<sup>53</sup> Cfr. sopra nt. 18.

<sup>54</sup> Cfr. sopra nt. 14.

<sup>55</sup> *Commento*, 784. Betti con la verve che ne ha sempre caratterizzato le posizioni, si scaglia ripetutamente contro le derive capitalistiche, che è facile immaginare abbiano per lui una origine comune alla scarsa maturità civile e al fariseismo: «ci si potrebbe rispondere che certe vedute del mondo sportivo, lungi dal segnare un regresso, preannunziano una evoluzione dell'incivilimento materiale verso un'era più risolutamente m e c c a n i s t i c a e s u p e r c a p i t a l i s t i c a» (spaziature nostre).

nella sciagura) a negare l'applicabilità della tutela aquiliana al caso *de quo*. La tecnica retorica è piuttosto scoperta, anche se manca qui un esplicito riferimento al «fariseismo anglosassone»<sup>56</sup>. Betti si accoda perfettamente al ragionamento proposto dalla corte torinese per distinguere nettamente il rapporto tra creditore e debitore di alimenti, da un lato, e il vettore, cui la società sportiva affida la propria squadra di calcio per una trasferta a Lisbona, dall'altro.

E troviamo quindi ripetuta la tesi secondo cui l'essere in vita sarebbe presupposto giuridico del rapporto alimentare, mentre sarebbe mero presupposto di fatto nel contratto di prestazione d'opera tra società calcistica e calciatore: un rapporto «non dedotto e non deducibile nel contratto»<sup>57</sup> di trasporto. Come già ricordato, Betti non si sofferma sul fatto che la corte torinese aveva già dovuto riconoscere questa natura di credito protetto contro le interferenze di terzi anche a quei rapporti alimentari non sorti dal vincolo di parentela, ma da contratti: vincoli senz'altro modificabili dalla volontà delle parti, non diversamente dal vincolo fra committente e prestatore d'opera. Glissare sulla circostanza, dopo avere plaudito all'esattissimo raffronto operato dalla corte, lascia più di qualche perplessità. Una perplessità che si rafforza quando si esamina l'obiezione di Betti al parere *pro veritate* di Nicolò, il quale aveva considerato, a differenza dell'autore di cui qui ci occupiamo, molto maggiori le analogie, tra debitore alimentare e calciatore, rispetto alle differenze. Betti, con un atteggiamento scopertamente irridente (manifestato da un abuso del segno *sic*) prima bolla come male impostati i pareri di Nicolò e Bigiavi<sup>58</sup>; poi chiude affermando che il

<sup>56</sup> Espressione che si rinviene viceversa in E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1942, 233 ss., nt. 33. Cfr. a riguardo, Birocchi, *Emilio Betti: il percorso* cit. 20. Di 'fariseismo legalitario', con riferimento al sistema del diritto internazionale, il maestro camerata aveva già parlato in E. Betti, *Diritto processuale civile italiano* 2, Padova 1936, XIX, come ricorda Stolfi, *Attorno al concetto* cit. 182 e nt. 43.

<sup>57</sup> *Commento*, 784. Questo linguaggio usato da Betti riecheggia in modo singolare quello della corte torinese, allorché affermava che «la permanenza in vita dei giuocatori così come la loro integrità personale, non era stata dedotta in contratto, ma era soltanto un presupposto fisico dell'esercizio di quella particolare attività sportiva su cui la società faceva assegnamento»: così *Sentenza*, 775.

<sup>58</sup> A Bigiavi, Betti dedica la chiusa al vetriolo del proprio saggio. Dinanzi all'opinione contenuta nel *parere pro veritate*, che sostiene l'appartenenza del calciatore alla società in termini tali da esorbitare largamente il semplice diritto all'utilizzo per arrivare a implicare un diritto alla vita del calciatore, Betti (*Commento*, 786) ribatte: «la fantasia del parerista ha qui escogitato quella che si dice una costruzione di comodo, per superare l'obbiezione del Tribunale che distingueva fra 'volontà' e 'vita'. Concede egli bensì che codesta specie di 'appartenenza' sarebbe un bene, la cui 'disponibilità vale meno del normale' (p. 101); ma intanto afferma che 'finché dura, è un bene'. In verità, basta leggere l'art. 50, specie al n. 3, del regolamento della FIGC, per convincersi di quanto sia precario codesto bene. E il soggiungere che 'i dirigenti avevano creato un altro bene che era frutto esclusivo della loro competenza calcistica' (p. 102) denuncia il Sofisma che

diritto agli alimenti è incomparabile con un diritto di credito, perché rappresenta una sfaccettatura dello *status familiae*, costituendone parte integrante. Peccato che il tribunale, di cui egli commenta positivamente la decisione, avesse invece posto in evidenza come meritassero una tutela analoga, contro le interferenze, oltre ai crediti alimentari derivati dalla parentela, anche gli alimenti di natura contrattuale. E questi ultimi, giova ribadirlo, possono ritenersi diversi da un diritto di credito, qual è quello di una società di calcio verso i propri tesserati solo al prezzo di non chiamare le cose con il loro nome. Non vale infatti a distinguere la natura dei due diritti una differenza, come osservato in precedenza, rappresentata semplicemente dall'esperibilità, o meno, dell'esecuzione forzata.

#### IV. *Un tentativo di sintesi*

La sentenza di primo grado nel caso Superga e il commento di Emilio Betti ci pongono di fronte a una circostanza difficilmente discutibile. Entrambe le convergenti argomentazioni contro la pretesa dell'A.C. Torino hanno per fondamento l'affermazione anodina dell'impossibilità di tutelare un diritto di credito contro la sua lesione da parte di un terzo. Questa impossibilità discende, nella mente dei giudici come di Betti, dal fatto che non sarebbe sostenibile una simile estensione della tutela aquiliana, fuori discussione per i diritti reali o i rapporti alimentari tra congiunti, ai diritti di credito in generale, e, rispettivamente, non esisterebbe uno specifico diritto che consenta di pretendere dai consociati che si astengano dall'interferire nell'esecuzione di una prestazione dovuta, per cui mancherebbe l'antigiuridicità del danno patito dalla società.

Un'impostazione apparentemente granitica, che subisce un'eccezione graduata in modo diverso da parte dei giudici e da parte di Betti, come già peraltro riconosciuto in giurisprudenza e in dottrina<sup>59</sup>. Per la corte, debbono godere della stessa tutela propria del diritto di proprietà (infrangendo il diaframma diritti reali/diritti di credito) anche i crediti alimentari anche di origine contrattuale; per Betti, la tutela spettante al diritto reale leso va accordata anche al credito alimentare di natura parentale ovvero al diritto di credito, in genere, purché leso da una interferenza di natura dolosa.

consiste nello scambiare l'aspetto 'economicotecnico' del fenomeno con l'aspetto 'giuridico', quale si configura secondo l'ordinamento positivo, che non è quello ... calcistico degli odierni managers». Può certamente far riflettere questa attenzione all'ordinamento sportivo in un autore, come Betti, fortemente contrario a ogni segmentazione del fenomeno giuridico, come abbiamo ricordato sopra nt. 30.

<sup>59</sup> Cfr. sopra alla nt. 16, per le conclusioni riguardo a A. De Cupis.

Tutto ciò non può non colpire se si pone mente a come il ministro guardasigli presentava il titolo *Dei fatti illeciti* nel nuovo codice civile, meno di dieci anni prima: «Sotto questa rubrica si comprendono quei fatti produttivi di danno che il codice del 1865 denominava delitti o quasi delitti; ossia quei comportamenti e quelle situazioni dell'uomo, rispetto ad altre persone o a cose, contrastanti col principio generale che impone ai singoli, nello svolgimento delle loro attività, di non cagionare danni agli altri»<sup>60</sup>. Il generico dovere di correttezza e cautela – che per Betti, esplicitamente, non determina un obbligo di astenersi dall'interferire e quindi non può servire a connotare come illecito il danno che deriva dalla sua inosservanza – per il ministro che firmò il codice era nientemeno che il fondamento stesso del titolo che si apre proprio con l'art. 2043, se, come a noi sembra, individuiamo nel principio generale citato da Grandi proprio una estrinsecazione di quel dovere: forse la principale e più significativa<sup>61</sup>.

Per carità, nulla di stupefacente: analogo atteggiamento troviamo in Betti, rispetto alla *voluntas legislatoris*, a proposito del commento di Redenti alla sentenza di cui ci occupiamo. Quegli aveva sottolineato come i rischi connessi al trasporto aereo e il rischio di un danno irreparabile all'A.C. Torino fossero perfettamente noti alla compagnia di navigazione, e pertanto quest'ultima dovesse accollarsi le conseguenze del disastro. In un simile incedere logico c'era sicuramente attenzione per la relazione Grandi laddove vi si legge che «nell'esercizio dell'attività pericolosa, la prevedibilità del danno è *in re ipsa* e il soggetto deve agire tenendo conto del pericolo per i terzi. Gli obblighi inerenti alla normale diligenza sarebbero in tal caso insufficienti perché, dove la pericolosità è insita nell'azione, vi è il dovere di operare tenendo conto del pericolo; il dovere di evitare il danno ... diviene più rigoroso, quando si opera con la netta previsione della sua possibilità. Il soggetto dunque deve adottare, anche a prezzo di sacrifici, tutte le misure atte ad evitare il danno». Ebbene, quando Betti irride Redenti e con tono sarcastico afferma che se la compagnia aerea avesse avuto contezza di poter essere chiamata a rispondere del danno a terzi di cui ora si discute, avrebbe predisposto una migliore aeromobile, previsto più piloti ma anche, naturalmente, chiesto un compenso dieci volte maggiore<sup>62</sup>, non dimostra alcuna considerazione per quanto il legislatore aveva voluto disporre riguardo all'allocazione del rischio e segnatamente al dan-

<sup>60</sup> *Codice Civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma 1943, 179.

<sup>61</sup> Ci colpisce in modo particolare il modo in cui, nelle parole di Grandi, ci sembrano riecheggiare quelle di François-Marie Arouet: «Le droit humain ne peut être fondé en aucun cas que sur ce droit de nature; et le grand principe, le principe universel de l'un et de l'autre, est dans toute la terre, *Ne fais pas ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit*» (Voltaire, *Traité sur la Tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*, Paris 1763, 48).

<sup>62</sup> *Commento*, 785.

no cagionato nello svolgimento di un'attività intrinsecamente pericolosa, come il trasporto aereo. Il legislatore aveva inteso spostare l'onere di una maggiore cautela su chi svolge attività rischiose, poiché nell'evoluzione della società tra le due guerre queste erano senz'altro aumentate, rendendo necessari nuovi bilanciamenti. Betti non concorda (perché non possiamo pensare ignori) e sembra schernire chi abbia fatto (troppo?) affidamento sulla volontà del legislatore. Inoltre, ci dà l'impressione di trascurare il vantaggio economico rappresentato dalla pubblicità, per la compagnia aerea che potesse vantare il fatto di trasportare la squadra che il 4 maggio 1949 era ormai prossima a conquistare il quinto scudetto consecutivo. Un vantaggio che in una logica capitalistica ben poteva (come può tutt'oggi) indurre il titolare di un servizio di trasporto a praticare tariffe convenienti per l'illustre trasportato: altro che decuplicare il prezzo dei biglietti!

L'irridente commento sul compenso che per Betti avrebbe dovuto essere dieci volte maggiore, se il vettore avesse voluto assumere un rischio straordinario (incurante Betti del fatto che tale rischio era dal codice già collocato sulle sue spalle dal legislatore e non più lasciato alla libera determinazione delle parti)<sup>63</sup>, non appare nemmeno fondato sul cosiddetto 'buon senso', se appena si pone mente al vantaggio, in termini di notorietà e reputazione, costituito per la compagnia aerea dall'essere il vettore dell'A.C. Torino.

Insomma, l'intera costruzione logico-argomentativa della corte torinese e di Betti, con le evidenti differenze tra le due (che a nostro avviso ne evidenziano i fondamenti preconcepiuti), appare elaborata a posteriori, come un poco organico (e non privo di irrazionalità) corredo di ragioni a supporto della decisione, presa dalla corte, e difesa da Betti, di dichiarare il danno subito dall'A.C. Torino come non risarcibile, aprioristicamente. Che ciò accada per il timore di conseguenze dirompenti sull'impianto del danno aquiliano o per odio nei confronti degli ordinamenti poco maturi, ritenuti la culla di simili aberranti evoluzioni, poco importa.

A questo punto, forse, tornare sulle motivazioni economico-giuridiche, alla base della sentenza *Superga* di primo grado, e sul commento «più realista del re» di Betti, non sarebbe di grande utilità, se non per una ricostruzione erudita di un articolato orizzonte di pensiero giuridico postbellico.

Nondimeno, ed è la riflessione che vorremmo proporre al lettore per la sua portata generale e sistematica, non scevra di significativi problemi e spunti anche per l'oggi, occorre constatare come tanto la corte di Torino quanto Emilio

<sup>63</sup> Paradossalmente, stante la natura di attività pericolosa del trasporto aereo sarebbe potuta essere la società A.L.I. a dimostrare di avere ottenuto una rinuncia alle proprie prerogative da parte dei trasportati, magari a fronte di uno sconto, non viceversa, come Betti afferma, senza fondamento normativo o per meglio dire con sereno disinteresse per il contenuto del codice civile e la volontà normativa ad esso sottostante.

Betti considerino la vicenda partendo da un punto di vista nel quale i confini della responsabilità civile *ex art. 2043* e quelli della responsabilità aquiliana ricostruita e insegnata dal *mainstream* giusromanistico del primo '900 vengono fatti sovrapporre perfettamente e verosimilmente si confondono. Dobbiamo chiederci: ineluttabilmente? Tenteremo una risposta nel prossimo conclusivo paragrafo.

Nulla possono le norme del codice civile nuove di zecca, o le *Disposizioni sulla legge in generale*, o la *Relazione* del guardasigilli: la responsabilità aquiliana per i giudici è quella scolpita nella trattazione pandettistica, su cui si sono verosimilmente affaticati da studenti. Ciò che appare ancora più notevole: nemmeno le critiche intorno alla *summa divisio* diritti assoluti/diritti relativi proposte da Betti (proprio avverso il dogma pandettistico della pretesa *erga omnes*) portano quest'ultimo a mettere in discussione i contorni dell'istituto nel sistema. Egli getta sì un «ponte sulle rovine della Pandettistica»<sup>64</sup>, ma senza che questo semplicemente approdi al diritto positivo del suo tempo. E pazienza se oltre al legislatore, già la Cassazione aveva superato i confini del danno aquiliano emerso nel sistema: alcune eccezioni al principio devono essere ammesse, non senza qualche antinomia, ed esistono sentenze della Corte di Cassazione che offrono interpretazioni più avanzate, ma, come si legge nella sentenza di Torino, «è nettamente prevalente la tesi contraria»<sup>65</sup>.

Agli occhi di chi non ha mai conosciuto altra forma di governo che la repubblica democratica, quando a essere trascurato, a non essere tenuto immediatamente in conto, è l'elemento positivo del diritto, addirittura contenuto in un codice civile nuovo di zecca, ci si trova, in qualche modo, di fronte all'estremo paradosso di una disciplina (il diritto) nella quale la stratificazione sapienziale si conferma in grado di porre nel nulla anche una (certamente si dirà: velleitaria) volontà normativa dello Stato improntata a un cambiamento radicale<sup>66</sup>: non siamo semplicemente di fronte al riemergere in giurisprudenza di una figura come l'abuso del diritto o l'eccezione di dolo presente, nonostante la sua mancata enunciazione nel diritto positivo vigente<sup>67</sup>. Siamo di fronte a una interpretazione dei giudici e di Betti che semplicemente prescinde da ogni considerazione del dettato dell'art. 2043 cod. civ., come importante una novità e dotato di caratteri di prescrittività.

<sup>64</sup> L'espressione è mutuata da A. Schiavone, *'Il nome' e 'la cosa'*, in *Emilio Betti e la scienza*, cit., 305. Si vedano a riguardo, nello stesso volume dei *Quaderni Fiorentini*, le riflessioni di Costa, *Emilio Betti* cit. 341 ss. e nt. 65.

<sup>65</sup> *Sentenza*, 773.

<sup>66</sup> In un certo senso, tutto il contrario di quel «realtà nuova, dogmatica nuova» predicato meno di vent'anni prima da P. De Francisci, *Per la formazione della dottrina giuridica italiana*, in *Riv. dir. pub.*, 1932, 24, 587.

<sup>67</sup> Cfr. dalla Massara, *Sulla comparazione* cit. 119 ss.

Il dato che merita una particolare sottolineatura, a nostro avviso, è che tanto la corte torinese quanto Betti condividono questo approccio sostanzialmente disinteressato alla novità normativa. E se la sensazione che porre (scientemente) nel nulla la volontà del legislatore, ovvero il non considerarlo *tout court*, sia qualcosa che l'ermeneutica bettiana in qualche modo legittima e spiega<sup>68</sup>, come giustificare la corte di Torino?

Non sappiamo rispondere ma ci sembra utile tornare all'allegoria iniziale. Se la storiografia *mainstream* rimane sostanzialmente immodificata, quand'anche l'erudizione dovesse finalmente mettere a punto una ricostruzione puntuale che la contraddica, la tradizione giuridica può rimanere insensibile persino all'intervento del legislatore, nonostante l'ovvia rilevanza costituzionale della fonte del diritto (non a caso d'abitudine indicata come primaria, anche oggi che vigono Costituzione e trattati europei). Nemmeno la legge, di per sé, importa una innovazione nell'impianto giuridico se non nei modi e nei tempi in cui la tradizione giuridica ovvero chi ne custodisce i destini (la *scientia iuris* e la giurisprudenza) glielo consentiranno<sup>69</sup>: il sistema (qualunque cosa questo nome indichi) prevale sulla diacronia e il primato della logica annienta la storia<sup>70</sup>.

Una piccola verità, certamente, che le vicende dei pareri *pro veritate* e delle sentenze ulteriori (di secondo grado e di Cassazione soprattutto) sulla sciagura di Superga illustrano assai efficacemente, ma che soprattutto il caso Meroni, appena diciotto anni dopo, avrebbe ulteriormente illuminato, giungendo ad un esito opposto – per un caso analogo ma certamente meno eclatante nella dimensione della lesione, stante un quadro normativo immutato – almeno da un punto di vista teorico.

<sup>68</sup> Pensiamo al canone della «coerenza con l'intero sistema normativo»: cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 266, ma rileviamo, ancora una volta, la criticità di un'interpretazione che con il testo dell'art. 2043 cod. civ. non sembra fare i conti mai, sebbene a Betti si debba una delle più note difese del valore superiore della lettera della legge, ben oltre ogni rilevanza che si possa attribuire alla caduca, passeggera *volutas legislatoris*: «solo la lettera della legge (non già la *mens* originaria) è pervasa e afferrata dalla potenza normativa della legislazione: perché essa sola resta formalmente immutata, ma s'integra e si riempie di uno spirito diverso conforme allo spirito del tempo e della società per cui la norma è destinata a valere»: così E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. corretta e ampliata da G. Crifò, II, Milano 1990, 826.

<sup>69</sup> Un'impostazione che *in nuce* già si trovava all'inizio della parabola umana e scientifica di Betti, secondo quanto scrive Birocchi, *Emilio Betti: il percorso* cit. 13: «mentalmente fuori dalle scuole e dalla politica parlamentare, convintissimo che il diritto fosse un aspetto della cultura, fu portato a non sopravvalutare il ruolo della legge, nemmeno come strumento di certezza, e a guardare piuttosto all'interpretazione, strumento sociale per eccellenza poiché imprescindibile per intendere nella vita quotidiana le forme espressive del pensiero».

<sup>70</sup> Ancora espressioni assai efficaci di Schiavone, *Il nome* cit. 307.



## V. La rimozione<sup>71</sup> del II 'caput' della 'lex Aquilia'

Alla luce della disamina condotta, ci sembra di poter suffragare l'ipotesi con cui abbiamo aperto questo piccolo studio. La tradizione sembra trovarsi nello stesso rapporto, con l'ordinamento giuridico, che si rinviene tra la storiografia *mainstream* e la memoria collettiva: tanto per una corte civile come quella di Torino, quanto per un gigante della scienza giuridica del '900, la tradizione risulta essere un elemento dotato di tale forza da prevalere su qualsiasi elemento apparentemente (o dichiaratamente) capace di creare per sé nuovo diritto.

Naturalmente, questo presenta qualche notevole problema di legittimazione del giurista. È evidente, infatti, come nella tradizione giuridica e nella storiografia *mainstream* giochi un ruolo determinante chi assume per se stesso il ruolo di cosa sia da lasciare o rispettivamente da tenere. Che siano gli storici a fare la storiografia non crea problemi di accettazione, essendo qualcosa che consideriamo imprescindibile, connaturato alla disciplina; che siano i giuristi, nelle corti o in dottrina, a fare il diritto, per di più nell'Italia repubblicana, qualche problema in più lo determina. Si tratta del sottile senso di disagio che emerge dalla lettura già delle prime righe della sentenza, laddove la decisione della Suprema Corte, pronunciata meno di dieci anni prima<sup>72</sup>, con un'argomentazione che avrebbe potuto risultare favorevole al A.C. Torino, non viene trascurato a valle di un'opera (legittima e coerente) di «distinguishing» fra i casi, ma viene respinta in quanto «è nettamente prevalente la tesi contraria». Ma si tratta altresì del disagio (crescente) allorché dietro l'asserita oggettività tesa all'esatto giuridico, l'incedere argomentativo di Betti si rivela molto più soggettivo di quanto la sua storia scientifica lascerebbe immaginare<sup>73</sup>.

Guardando al commento di Betti, si consolida l'impressione di una tradizione a-cronica, che nemmeno uno specialista del diritto romano, con tutte le frecce immaginabili nella propria faretra, sembra interessato a far evolvere tenendo in considerazione i progressi della propria disciplina tra XIX e XX secolo, in parti-

<sup>71</sup> Il segno è qui utilizzato, con inevitabile licenza, attribuendogli il significato che ha nella psicanalisi: cfr. U. Galimberti, voce *Rimozione*, in *Dizionario di Psicologia*, Torino 1992, 816, senza qui addentrarci freudianamente nella distinzione fra 'rimozione originaria' e 'rimozione secondaria', sebbene quest'ultima ci appaia essere una categoria utile a descrivere l'atteggiamento di Betti riguardo alle osservazioni di Bigiavi e Redenti, soprattutto con riguardo per le antinomie che i due autori pongono in luce.

<sup>72</sup> Cfr. sopra nt. 15.

<sup>73</sup> Cfr. le interessanti (e per noi corroboranti) note riguardo al dibattito «positive-neutral law» fra Hart e Dworkin, ma senza trascurare il ruolo in questa vicenda filosofico-giuridica giocato da Kelsen, Gadamer e, appunto, Betti, in J. Donato, *Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation*, in *Stanford Law Review*, 1988, XL.6, July, 1517 ss.

colare giovandosi delle ricerche condotte sulle *Institutiones* di Gaio, entrate nel *corpus* delle fonti romanistiche solo nel pieno del XIX secolo, grazie al ritrovamento del celeberrimo testo nella Biblioteca Capitolare di Verona.

Vale la pena approfondirlo cursoriamente: dal palinsesto veronese, emerse per la prima volta traccia del II *caput* della *lex Aquilia*, con la sua previsione originaria, volta a reprimere il pregiudizio arrecato a un diritto di credito, abusando del proprio diritto, dell'*adstipulator* che avesse liberato fraudolentemente il debitore dalla propria obbligazione verso lo *stipulator*. Un contenuto completamente sconosciuto nei secoli in cui la tradizione interpretativa medievale e rinascimentale aveva costruito la tradizione occidentale basata sul *corpus iuris civilis* in tema di danno aquiliano, e nemmeno lontanamente immaginata, persino dai massimi innovatori di quella tradizione, come Cuiacio<sup>74</sup>. Un contenuto che ancora in anni ben più prossimi a quelli di Betti, Windscheid semplicemente non poteva considerare nel proprio, influentissimo *Diritto delle Pandette*<sup>75</sup>, allorché definiva l'oggetto della *lex Aquilia*<sup>76</sup>, ma che non prendevano in considerazione, pur potendolo fare, nemmeno i suoi illustri traduttori italiani, Fadda e Bensa, impegnati (e prodighi di note) quando il testo gaiano era ormai ben noto alla comunità degli studiosi. Nelle pagine di Betti sul caso Superga, nulla lascia intendere che vi sia stata da parte dell'autore una qualche riflessione intorno alla lesione del diritto di credito dello *stipulator*, non fosse altro che per escludere l'analogia tra quel caso e quello della tragedia di Superga, in cui la lesione del diritto di credito non dipese da una fraudolenta remissione del debito ma dalla morte degli obbligati.

Se questo, in qualche modo, invera quanto Betti sosteneva nella prolusione milanese allorché, come scrive Bircocchi, nella visione storicistica (apprezzata da Croce), traduceva «un portato della tradizione in cui confluiscono ideologie, mentalità e senso comune, che precipitano comunque nelle categorie dogmatiche (a loro volta «frutto di un lavoro imponente di generazioni, in gran parte anonimo, di una tradizione, cioè, più che millenaria, che ha le sue radici nello

<sup>74</sup> In proposito, richiamiamo la preziosa e accurata ricostruzione di M. Miglietta, *Il terzo capo della 'lex Aquilia'*, in *AUPA*. 55, 2012, 421 ss.

<sup>75</sup> «La legge Aquilia e i suoi ampliamenti si riferiscono al danneggiamento di cose corporali»: così inizia, assertivamente, il § 455 dedicato al danneggiamento (*Beschädigung*) in B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. it., II.2, Torino 1904, 355, che giova ricordare era edizione arricchita dai traduttori non solo di note ma anche di riferimenti al diritto italiano vigente.

<sup>76</sup> D'altra parte, la prima edizione tedesca del *Lehrbuch des Pandektenrechts* vide la luce a Düsseldorf nel 1865, appena prima della pubblicazione dell'apografo gaiano di Böking (1866) e quasi un decennio prima di quello, ormai classico, di Studemund (le cui fondamentali appendici sarebbero poi state pubblicate a metà degli anni '80 del secolo): cfr. F.A. Santulli, *Ricerche sul testo del Codice Veronese delle 'Institutiones' di Gaio: gli Apografi di Wilhelm Studemund e Eduard Böcking a confronto e gli interventi editoriali di Theodor Mommsen*, in *LR*. 5, 2016, 319 ss.

studio del diritto romano») come chiave interpretativa»<sup>77</sup>, comunque non si vede come ciò possa conciliarsi con la situazione del diritto romano successivamente all'imporsi del metodo della Scuola Storica tedesca, stando alle parole di Salvatore Riccobono pubblicate pochissimi anni prima<sup>78</sup>, ma anche con le autorevoli opinioni persistenti in dottrina che ascrivono comunque Betti allo storicismo<sup>79</sup>.

Perché ciò non avvenne? Forse perché introdurre una riflessione sulla lesione al diritto di credito, basata sul contenuto del II *caput* della *lex Aquilia*, avrebbe significato mescolare erudizione e *mainstream*, se ci è consentito adattare in questo modo le categorie di Halbwachs per applicarle al pensiero di Betti<sup>80</sup>? Forse perché ciò avrebbe costituito qualcosa di impensabile, e pertanto escluso a priori dalla dogmatica odierna, nonostante, come abbiamo visto, Betti abbia espresso, nel proprio commento, il rifiuto di riconoscere, come presupposto e dirimente, il binomio diritti assoluti/diritti relativi, riguardo alla *lex Aquilia* (e a riprova di ciò si possono considerare le sue conclusioni riguardo alla lesione del credito derivante dall'omicidio volontario di un debitore, che avrebbe legittimato il ricorso alla tutela aquiliana)? A noi pare sicuro che nel suo incedere si inveri quanto osservato da Massimo Brutti: per Betti, «la ricostruzione del passato consiste in un procedimento di selezione, attraverso il quale viene formato l'oggetto medesimo dello studio. In questa opera le categorie proposte dal

<sup>77</sup> Birocchi, *Emilio Betti: il percorso* cit. 22. La citazione all'interno della parentesi è attribuita da Birocchi a Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit. 74, nt. 40.

<sup>78</sup> S. Riccobono, *Gli studi di diritto romano in Italia. Sintesi*, in *Il pensiero giuridico italiano I. Bibliografie*, Roma 1941, 58 (consultato nell'edizione curata da D. Di Cecca, G. Ferri e M. Mercatili, in *Historia et ius* 13, 2018): «Il diritto romano è ormai considerato come un prodotto storico, indipendente dalle sue finalità pratiche: onde quest'intima fusione tra diritto romano e diritto vigente, che era essenziale nella tradizione italiana d'ogni tempo si dissolve via via col progresso degli studi, e poi fatalmente si spezza. I nuovi metodi avevano aperta la via alla prevalenza assoluta dell'elemento storico; i problemi che avevano agitato per secoli i campi del diritto romano ed alimentato discussioni e controversie infinite, sono abbandonati; quel che ora interessa è lo studio diretto dei testi, per scoprire nuove verità; quel che conta è l'indagine storica: ricercare le origini degli istituti, seguirne gli sviluppi nelle varie epoche, indicarne le cause, e soprattutto ricostruire il diritto romano come era esposto nelle varie opere dei giureconsulti classici».

<sup>79</sup> Cfr. G. Crifò, *Emilio Betti. Note per la ricerca*, in *Emilio Betti e la scienza* cit. 182, nt. 75: «La critica bettiana si dirige essenzialmente verso tutte le esagerazioni del relativismo storico, ma anche B. è storicista ... naturalmente, se ciò significa – come ha ben illustrato p. es. P. Rossi – cogliere le dimensioni categoriali del mondo storico e determinare gli strumenti della sua comprensione; una metodologia, con chiara ascendenza vichiana, per la quale ogni fatto storico va interpretato in base alle condizioni della sua genesi e del suo sviluppo storico, tenendo ben fermo il punto che il risultato interpretativo si presenta come 'coerenza dell'ipotesico'».

<sup>80</sup> Ci ricorda infatti Birocchi, *Emilio Betti: il percorso* cit. 32, come «Betti additava innanzi tutto le responsabilità del metodo storico-filologico, che aveva allontanato i romanisti dal mondo del diritto e dall'attualità chiudendoli in un recinto di erudizione senza sbocchi».

soggetto, non incontrando i limiti di una verifica, svolgono un ruolo dominante»<sup>81</sup> e d'altra parte l'idea tralatizia che la dogmatica sia immutabile è tanto poco accurata quanto ingannevole.

Inutile arrovellarsi dunque in sterili quesiti (anche se riteniamo giusto por-seli), ma a noi pare – e la suggestione di una simile ipotesi è particolarmente forte – che se un campione come Betti avesse voluto argomentare diversamente, pur giungendo al medesimo esito finale (ovvero l'approvazione della decisione della corte torinese), si sarebbe potuto aprire un nuovo capitolo per il diritto romano. Ripartendo dalle fonti, evidentemente anche a scapito della tradizione iniziata a Bologna, il giusromanista avrebbe forse potuto tentare di recuperare un ruolo centrale nella formazione della tradizione giuridica vivente<sup>82</sup>, inverando gli auspici impliciti nelle enfatiche parole di Riccobono sul diritto romano all'alba degli anni '40 del XX secolo. Questo naturalmente, se non concordiamo con quanto scriveva Koschaker, solo pochi anni prima i fatti di cui ci occupiamo, e cioè che quella possibilità era ormai definitivamente tramontata<sup>83</sup>. E allora, forse, le scelte ermeneutiche di Betti, nel caso Superga, certificano un esito tanto ineluttabile quanto irreversibile.

Il grande giurista riconobbe la risarcibilità del danno al diritto di credito conseguente all'uccisione del debitore alimentare per legame di parentela o del debitore vittima di un omicidio compiuto da un terzo e diretto a estinguere la possibilità di esigere il credito, ma (solo) introducendo altrettante eccezioni al principio, che diversamente tratta come indiscutibile, ovvero la riserva di tutela in favore dei diritti da cui origina la pretesa di un comportamento da parte dei consociati (vale a dire dei soli diritti reali), reso catafratto ricorrendo al concetto di irrilevanza messo a punto da Carnelutti.

<sup>81</sup> V. M. Brutti, voce *Betti, Emilio*, in *DBI*, 34, Roma 1988, 246.

<sup>82</sup> Un tema che è stato al centro di una felice riflessione di A. Schiavone, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in Id. (a c. di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, 276 ss. e che proprio con riferimento alla crescita e allo sviluppo dell'ermeneutica bettiana ha posto in evidenza Birocchi, *Emilio Betti: il percorso* cit. 12 s. e nt. 9.

<sup>83</sup> P. Koschaker, *La crisi del diritto romano*, in *L'Europa e il Diritto Romano*, trad. it., Firenze 1962, 572 ss. Il rammarico dell'autore per il ripiegamento dei giusromanisti su uno studio incapace di un dialogo fecondo con la realtà, a partire dall'instaurazione dell'impero prussiano e poi dalla promulgazione del BGB, è ben riassunto dall'affermazione «il diritto romano, come anche quello tedesco nonché i diritti germanici, rientrano fra le discipline giuridiche. Ma queste, data la grande importanza del diritto nei rapporti sociali devono essere necessariamente orientate in senso pratico» (p. 577). Le riflessioni ripubblicate in Germania proprio nel 1953, due anni dopo la morte dell'autore, avevano visto la luce nel 1938, quando infuriava in Germania la lotta per eliminare il diritto romano dall'insegnamento e dalla cultura giuridica nazionali, in quanto asservito all'ordinamento materialistico del mondo (come sanciva il § 19 del programma del partito nazionalsocialista del 24 febbraio 1920).

Così, quello che si delinea leggendo la sentenza torinese e il commento di Betti, ci appare come un notevole affresco quadripartito: a) il trionfo della tradizione giuridica a-cronica, attraverso l'affermazione di un'idea tralatizia di responsabilità aquiliana legata a doppio filo con la tutela delle (sole) cose corporali, quindi *a priori* inservibile nel caso di un diritto di credito; b) la perfetta impermeabilità dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, rappresentate nel caso di specie dalla Corte di Torino e da Betti, alle dottrine più innovative, alle stesse parole e volontà del legislatore, cui si doveva l'art. 2043 nel codice civile del 1942 (teoricamente, la fonte del diritto che avrebbe dovuto disciplinare *ex novo* la questione *de quo*) e alle sentenze di Cassazione con orientamenti diversi; c) la perpetuazione di una idea di riserva della responsabilità aquiliana alla protezione di diritti assoluti, nonostante dalla scoperta del Gaio Veronese, qualsiasi romanista, e a maggior ragione un maestro come Betti, sapesse che il plebiscito di età repubblicana conteneva, nel secondo *caput*, una prescrizione volta a proteggere una prerogativa sostanzialmente diversa dalla signoria su una cosa; d) la previsione di un protezione speciale – accordata, da Betti, al creditore di alimenti verso un parente tenuto dalla legge e, dalla corte di Torino, a qualsiasi creditore alimentare (anche in virtù di un contratto) per l'uccisione del debitore – che appare distillata, da una interpretazione del legame di parentela e, rispettivamente, da una giurisprudenza costante, non senza incorrere nelle contraddizioni sottolineate da Greco<sup>84</sup>, e comunque in assenza di una norma positiva analoga a quelle esistente, al tempo, negli ordinamenti di Germania e Svizzera<sup>85</sup>.

Tutto ciò, in definitiva, ci sembra corroborare la scelta di ricorrere all'allegoria della memoria collettiva di Halbwachs per rappresentare la tradizione giuridica con riguardo al danno extracontrattuale nel caso Superga: abbiamo individuato un grumo di coscienza, conoscenza ma soprattutto volontà incrementale che nessuna novità puntuale, per quanto ingente, poteva scalfire. E l'efficacia di questa rappresentazione sembra a noi costituire un'ulteriore manifestazione della crisi della scienza romanistica novecentesca: nonostante il BGB promulgato ormai quasi mezzo secolo prima (con la conseguente fine di ogni pretesa o necessità di vigenza di un *heutiges Römisches Recht*) e gli strumenti a disposizione senza precedenti – raffinati dalla conoscenza palinogenetica del pensiero giuridico antico, anche allenati (fino allo sfinimento) dalla critica interpolazionistica e innovati da un punto di vista a lungo impensabile, come quello delle fonti, grazie al Gaio Veronese – nemmeno un gigante come Betti si pone con sguardo

<sup>84</sup> Cfr. sopra § 2 e nt. 27.

<sup>85</sup> Cfr. sopra nt. 27.

critico e soprattutto distaccato, rispetto alla tradizione civilistica fin lì accumulate. Si tratta di una manifestazione di consapevolezza della celebre «illusione vana»<sup>86</sup> contro cui l'autore si schierava nella prolusione milanese o è la trasformazione di quest'ultima in una giustificazione del *non possumus* impersonato dal giurista, per non riconoscere né l'opera né la volontà del legislatore? Non possono essere queste poche pagine a rispondere.

Idealmente, ci rimane il rimpianto per un mancato approccio nuovo, che avrebbe potuto portare il romanista a riconoscere nel recentissimo art. 2043 cod. civ. e nel dettato originario della *lex Aquilia* una volontà di tutela oltre le classificazioni dei diritti, molto più concentrato sul soggetto leso che sulla forma delle prerogative lese: sarebbe stato un approccio fortemente originale anche rispetto ai vari Greco, Bigiavi, Redenti, viceversa fortemente debitori della ricostruzione della *lex Aquilia* tralatizia, pandettistica oltre che accettata completamente da De Cupis. Certo, sarebbe stato necessario riconoscere che l'archetipo del danno aquiliano, formatosi attraverso i secoli, era anche il frutto dello smarrimento di una prospettiva originale e (divenuta) inimmaginabile, come quella del II *caput* della *Lex Aquilia*. Pertanto, riconoscerlo, abbracciare la novità e intraprendere un nuovo dialogo tra diritto positivo e diritto romano avrebbe comportato la rinuncia ai privilegi connessi alla condizione di *Ursprung* della tradizione giuridica atemporale. Forse non sembrò un buon affare a Betti<sup>87</sup> come, d'altra parte, non è sembrato un buon affare ai più, prima e dopo di lui.

Michele Antonio Fino  
Università di Pollenzo  
m.fino@unisg.it

<sup>86</sup> Betti, *Diritto romano* cit. 133: «illusione vana è quella di poter conoscere un diritto storico tanto più esattamente, quanto più ci svestiamo della nostra mentalità moderna, per prestare ascolto unicamente alla voce dei giuristi contemporanei senza metterci nulla di nostro. Illusione vana e, in pari tempo, antistorica: il che è tanto più notevole, in quanto essa viene affacciata con la pretesa di fondare la storicità delle formazioni giuridiche».

<sup>87</sup> L'esplicita scelta di campo, da parte di Betti, ci sembra si possa desumere da un passaggio emblematico in *Commento*, 782: «per quanto possa essere augurabile, ai fini di una ordinata convivenza civile, che l'esigenza della solidarietà sociale trovi nell'ordine giuridico un più esteso ed energico riconoscimento, pure, allo stato attuale del diritto vigente, norme come quella dell'art. 593 c.p. (che pone sotto sanzione penale casi flagranti di omissione di soccorso) sono ancora troppo sporadiche per giustificare l'illazione di un orientamento nel senso di ricavarne un principio che al solo fatto della convivenza sociale ricollegghi obblighi positivi di collaborazione». Solo una decisione aprioristica poteva animare un simile apparente fraintendimento della norma penale e un costante, come abbiamo illustrato, fraintendimento di ciò che è tutela contro le interferenze lesive di un diritto e, rispettivamente, obbligo di collaborare.