

FELICE MERCOGLIANO

Italia «legibus fundata».

Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità

1. *Del diritto positivo e dell'equità*¹ è il celebre titolo della prolusione² tenuta a Camerino nel 1879 da Vittorio Scialoja³. Se si pone uno sguardo al luogo e alla sede, può dirsi che la prolusione camerte di Scialoja inauguri un decennio, quello degli anni Ottanta dell'Ottocento, che caratterizza la Facoltà giuridica dell'Ateneo di Camerino per il suo vigore culturale, in cui le prolusioni stesse⁴: «ben al di là delle liturgie formali, costituiscono contributi personalissimi e frammenti di progetti culturali destinati ad essere meditati e discussi anche dalle future generazioni», di relatori che affrontano con temi specifici tutto un dibattito metodologico e di merito con sforzi ricostruttivi d'immensa portata e di dichiarato intento innovativo. In effetti, nell'analisi della dialettica tra diritto positivo ed equità Scialoja dispone temi e strategie già con tale energia critica da far intravedere l'incredibile ascesa che

¹ Ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici* III (Roma 1932) 1 ss.

² Per la precisione, del «Discorso inaugurale letto nella Grande Aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimiento degli Studi nell'Università di Camerino dall'avvocato Vittorio Scialoja, Professore di diritto romano e di codice civile», come recita l'estratto d'epoca pubblicato a Camerino dalla tipografia Savini nel 1880. Collocazione dell'opuscolo: Biblioteca Facoltà Giuridica Univ. Camerino MISC. XXI 80. Lo scritto apparve anche in apertura dell'*Annuario della Università degli Studi di Camerino 1879-80* (gennaio 1880).

³ Mi pare impervio qualsiasi tentativo di un itinerario bibliografico su Vittorio Scialoja (Torino 1856 – Roma 1933), per l'enorme mole e la complessità degli studi accumulatisi. Mi limito dunque a segnalare un paio di saggi molto recenti, da cui reperire ben altra selezionata letteratura: M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento* (Torino 2007) 51 ss.; E. STOLFI, *Quaestiones iuris. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *Scritti in onore di G. Melillo* III (Napoli 2009) 1244 ss., spec. 1273 ss.

⁴ Come ha affermato P. GROSSI, *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in *Quaderni fiorentini* 18 (1989) 194 [= *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1988* (Camerino 1991) 127]. Riflessioni analoghe si ritrovano in G. CIANFEROTTI, *Germanesimo e università in Italia alla fine dell'800. Il caso di Camerino*, in *Studi senesi* 100 (1988) 339 ss. [= *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener* (Napoli 1989) 358 ss.].

in un decennio riesce a realizzare e che lo porterà nella romanistica a levarsi su tutti, «soprattutto per l'influsso personale dovuto ad un ingegno che ... dava allo studioso un fascino personale»⁵: nel 1888, difatti, ha già 'creato' il suo allievo *princeps*, Pietro Bonfante⁶; sin dal 1881 ha chiarito quale sia la sua idea di romanistica nell'arcinota lettera a Filippo Serafini⁷ e nella famosa vertenza presso l'Ateneo di Siena⁸ ha fatto valere un carattere pressoché indomabile; ma soprattutto nel 1888 esce la rivista da lui fondata e diretta: il *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*⁹.

2. Siamo in anni proiettati, per quanto concerne il giovane Stato italiano, alla ricerca di un'identità culturale nazionale, da rinnovare in ambito giuridico. La prolusione camerte di Scialoja di recente è stata giudicata da Dario Mantovani, infatti, il simbolo del rinnovamento della scienza giuridica italiana (protesa verso modelli della pandettistica tedesca, ormai, e non più verso quello esegetico francese), insieme con quelle dello stesso anno di Enrico Ferri, fondatore della sociologia criminale, e di Enrico Cimbali¹⁰. Scialoja mostra effettivamente un'evidente e innovativa propensione per la letteratura tedesca, in particolare ri-

⁵ Così M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index* 23 (1995) 170: v. *ibid.* 165 ss., su quella generazione, degli anni Cinquanta dell'Ottocento, di fondatori della romanistica contemporanea (Brugi, Fadda, Perozzi, Ferrini e, appunto, Scialoja).

⁶ Di quest'anno è, com'è noto, la prima uscita di *Res mancipi e nec mancipi*: cfr., di recente, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco* (Bologna 2008) 251 s. Su Pietro Bonfante «primo allievo e corifeo della scuola di Scialoja» v. pure di recente C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso. Una disputa romanistica di primo Novecento su collegialità e condominio*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli 2003) 52 s., 60 ss. e 74 ss.

⁷ La lettera pubblica di V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, in *AG.* 26 (1881) 486 ss., è stata riedita con alcune brevi considerazioni introduttive da F. AMARELLI, *L'insegnamento scientifico del diritto» nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index* 18 (1990) 59 ss.: circa la fortemente programmatica affermazione memorabile, in essa contenuta, che «il diritto romano puro è morto e i diritti moderni possono essere suoi discendenti, non esso medesimo», v., per tutti, la lode di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna 1987) 506 s.: «L'espressione 'diritto morto' può ancora riuscire ostica a molti. E a molti, abituati a considerare il diritto romano come una fiaccola da cui si debba irradiare perennemente luce e vita, può apparire inaccettabile e blasfema, dettata da dispregio della tradizione e peggio ancora da un modernistico amore di novità. Ma l'espressione ... la usò ... colui che è stato (ripeto parole già da me dette) Maestro dei Maestri della nostra disciplina, Vittorio Scialoja ... e la usò in una frase non equivoca, che conferma le doti di quell'ingegno altissimo e il perfetto equilibrio, in lui, dello 'storico del diritto' e del cultore del diritto moderno (nel quale fu altrettanto grande), in una parola sola, del giurista».

⁸ Su cui v. G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la «vertenza Scialoja». Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi senesi* 100, suppl. II (1988) 736 ss. [= *Studi in memoria di G. Cassandro* (Roma 1991) 212 ss.].

⁹ V. sulla storia della rivista, che si compenetra con quella del suo fondatore sino alla morte nel 1933, M. TALAMANCA, *Un secolo di «Bullettino»*, in *BIDR.* 91 (1988, pubbl. 1992) ix ss.

¹⁰ D. MANTOVANI, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo* (Milano 2003) 134 s.

serva un posto d'onore a M. Voigt, *Das ius naturale, aequum bonum et ius gentium* I (Lipsiae 1856), considerata «l'opera capitale su questa materia, secondo il diritto romano»¹¹, seguen-
dome poi sostanzialmente la suddivisione dell'*aequitas* nelle cinque categorie romane¹²: ri-
spetto ai vincoli di sangue; rispetto alle obbligazioni assunte in buona fede; principio della
giusta ripartizione del vantaggio e della perdita; libertà nelle forme e prevalenza della vera
volontà sulla dichiarazione; riguardo all'individualità dei singoli rapporti concreti.

Più in generale, il problema di quale diritto si proietti all'orizzonte prossimo futuro di
un Paese, qual è l'Italia, in fondo da non molto unita, in quel torno di tempo sotto
l'alternanza fulminea di governi Cairoli e Depretis e con Roma capitale da neppure un paio
di lustri, viene immediatamente colto con lungimiranza scientifica e limpidezza di ragiona-
mento da Scialoja.

Nell'ambito dell'impostazione ben più complessa del discorso, quindi, un bersaglio
immediato, emblema della distorcente disapplicazione giurisprudenziale, persino in sede di
giudizi di legittimità ad opera della Cassazione, del diritto positivo, si può individuare in un
consigliere della Suprema Corte, Carlo Lozzi. E in due suoi scritti civilistici coevi¹³. Scialoja
colpisce con determinazione, così¹⁴: «Il cons. Lozzi è strenuo difensore della equità, del di-
ritto naturale ed anche della moralità, come fondamento dei giudizi dei magistrati»¹⁵ e «vor-
rebbe che gli avvocati fondassero le loro ragioni specialmente sull'equità (v. op. cit. *Della*
Interpretr. ecc. Temi Veneta 1878 pag. 448). Non saprei davvero dividere la sua opinione. Mi
spaventa il vedere dato lo stesso consiglio, con uno scopo del tutto diverso certamente, da
Quintiliano per le cause disperate ... (*Inst. Or.* VII.1.63)». La critica a Lozzi conduce Scialoja
all'affermazione¹⁶ «che per aver forza, e meritare così il nome di diritto, la legge naturale
deve tradursi in legge positiva», movendo dalla confutazione di un significato di equità e
legge naturale che Scialoja stesso reputa inaccettabile, con un affondo esemplare¹⁷: «...
l'equità s'intende in varii modi e le si attribuisce vario potere, sia che la si consideri come

¹¹ P. 30 nt. 2.

¹² P. 37 ss. nt. 9.

¹³ C. LOZZI, *Della integrazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in *Temi Veneta* (1878) 445 ss. e ID., *Introduzione al codice civile. Saggio teoretico e pratico*, in *Temi Veneta* (1879) 17 ss. e 41 ss.

¹⁴ P. 27 s. nt. 2.

¹⁵ P. 41 s. nt. 21.

¹⁶ P. 19.

¹⁷ P. 16 ss.

qualche cosa di superiore alla legge, sia che la si prenda come regola d'interpretazione e di correzione della legge stessa. È opinione volgare che ogni uomo porti scritto nella propria coscienza un codice eterno, il quale è sufficiente a risolvere ogni controversia, al quale la legge positiva deve uniformarsi se vuole aver qualche valore, lontana dal quale essa non è che capriccio e non merita di essere attesa: questo codice si suol chiamare equità ... Chi è che con tale equità non giustifica le maggiori contraddizioni? Poiché essa sta scritta nella coscienza, anche in buona fede si può da ogni uomo appoggiarvi la giustificazione dei suoi atti, che alla sua coscienza corrispondono; ed ecco il diritto soggettivo, unilaterale; ecco per meglio dire, il maggior nemico del diritto ... non lontano da questo volgare concetto ve n'ha uno che appartiene agli scienziati e che portato alle sue pratiche conseguenze non è meno pericoloso. Al disopra delle leggi positive si ammette una legge naturale ed universale, di che le prime non sono se non accidentali ed imperfette espressioni ... La legge positiva che non sia conforme alla naturale si può, anzi si deve porre in disparte. Non è meraviglia che questa seconda conclusione sia stata sostenuta dalla scuola teologica ... Ma ciò che deve farci maggior meraviglia, è il trovar ripetuta quella idea anche da giureconsulti come il Blackstone, e da noi, per tacere d'altri, recentemente il Lozzi».

3. Scialoja, dunque, subito riesce a vedere il problema¹⁸, scorgendo nel contesto dell'immensa questione in discussione un profilo destinato a fungere da spartiacque tra la giovane nazione, l'Italia *legibus fundata*¹⁹, e il vecchio regime preunitario: la 'guerra' tra equità e diritto²⁰. L'immagine scialojana celebre della 'guerra' è espressa così²¹: «Nella maggior par-

¹⁸ Intorno alla capacità di 'riuscire a vedere i problemi', come qualità del vero studioso di diritto romano, s'è soffermato di recente, nel ricordare gli iniziali dubbi vissuti da Capogrossi al momento d'intraprendere la carriera universitaria, L. LABRUNA, *Dai «Candida sertae» agli «Scritti scelti»: Capogrossi, quasi un'autobiografia*, in *Index* 39 (2011) 7: «...»Dopo averci ben pensato, feci questa singolare scommessa al buio, ossessionato non tanto dalla paura di non riuscire a divenire un buon ricercatore, ma di non 'riuscire a vedere i problemi' ". Era una critica devastante, questa, che aveva sentito fare da Talamanca nei riguardi di un giovane ricercatore. "Una preoccupazione – confida – che, oggi, mi rendo conto, mi ha portato sempre a vedere più i problemi che a cercare di risolverli».

¹⁹ Il richiamo romanistico è, naturalmente, alla *civitas legibus fundata* di Pomp. *lib. sing. ench. D. 1.2.2.4*, cit. da Scialoja stesso (p. 10).

²⁰ Cfr. a tale proposito, con un fraintendimento, a mio avviso, tra diritto positivo e normativismo codicistico, F. CALASSO, s.v. «*Equità (premessa storica)*», in *ED.* 15 (Milano 1966) 68: «... il primato della scuola e della scienza passa oltr'Alpe, e là si compie dopo lungo travaglio, favorito da situazioni politiche, sociali, economiche diametralmente opposte a quelle di un'Italia asservita, quel grande evento della codificazione, che era destinato ad aggravare, o, per essere più esatti, a porre in termini nuovi, l'immanente disagio della giurisprudenza».

te delle sentenze dei magistrati, negli scritti dei giuristi della cattedra e del foro noi troviamo l'uno contro l'altro questi due principii: l'equità e il diritto. La guerra è antica quanto la scienza giuridica, e non accenna punto a finire».

L'approccio di Scialoja non è affatto indulgente verso l'equità, invece appare improntato al rispetto sommo verso la funzione invulnerabile quasi del diritto positivo e il dover essere questo ricondotto in maniera rettilinea alla vigente legislazione nazionale, stabilendo un legame concettuale inscindibile, una connessione per così dire primigenia, tra unità nazionale, Stato italiano e diritto positivo. La prima conclusione tratta nella prolusione s'incentra su tale doverosa concatenazione ed è inequivocabile²²: «... il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato, nella cui unità si armonizzano le forze individuali. Lo Stato è superiore a tutti gl'individui, i quali ad esso devono ricorrere per la tutela delle loro pretensioni. Ciò necessariamente porta a determinare certe regole generali come condizioni per la concessione di quella tutela, e queste regole costituiscono il contenuto del diritto positivo, ossia di quello che per essere unito ad un'effettiva coazione veramente merita il nome di diritto».

Ma Scialoja amplia il discorso, incentrandolo seppur velocemente sulla dialettica tra diritto e morale²³ e fra forma e volontà²⁴, per approdare ad un *excursus* sulla storia dei fattori di formazione dell'esperienza giuridica romana. Ecco che finalmente balza fuori il vero romanista e, soprattutto, la storia del diritto romano, quando dichiara²⁵: «Peraltro questo diritto così scritto, così sancito, così ordinato è ... senza difetti? O signori, per quanto io possa essere fautore del diritto positivo non cadrò al certo in tale esagerazione. La storia sarebbe

za di fronte al problema dell'applicazione della norma astratta al caso concreto. Quella norma era ormai inchiodata nei loculi della ipotesi legislativa, inserita a sua volta in un corpo di norme definito 'unica e sovrana fonte di diritto': il 'codice' ... Fu qui la svolta storica. La scienza giuridica italiana visse e recepì questo processo storico con ritardo e di riflesso, ma forse più drammaticamente. Quel disagio, il giovanissimo Vittorio Scialoja, inaugurando nel 1879 una cattedra di diritto romano, non esitò a chiamare 'guerra' tra il diritto positivo e l'equità. La drasticità di questo giudizio del giureconsulto esordiente era sintomatica di tutta una temperie mentale che dominò la scienza giuridica italiana *fin de siècle* e oltre; e non s'indugia molto a scoprirne le due componenti massicce: da un lato, le difficoltà di adattamento alla presenza di un giovanissimo codice nazionale entrato in vigore pochissimi anni dopo la proclamazione del Regno d'Italia; dall'altro, l'educazione pandettistica, potentemente plasmatrice di una scienza privatistica in fasce ...».

²¹ P. 6.

²² P. 6.

²³ P. 4 s.

²⁴ P. 6 ss.

²⁵ P. 10.

pronta a smentirmi! Ma si tratta di vedere quali siano questi difetti, e sarà utile il chiederlo alla storia medesima».

Da vero storico del diritto e giurista a un tempo, Scialoja dunque chiarisce²⁶ che «col mutarsi de' tempi si mutano le condizioni della società: alcune forze diminuiscono o cessano, altre si accrescono o nascono ... Mutando ciò che si deve ordinare convien che l'ordine stesso si muti ...». Anche il diritto positivo, secondo Scialoja²⁷ nella storia è attestato che sia diventato talvolta odioso formalismo senza sostanza; infatti: «le forme sono le prime a far sentire i loro difetti; eppure il formalismo è così irradiato nell'animo umano che spesso esse continuano ancora per lungo tempo a sussistere come forme prive di contenuto. Quando incomincia a manifestarsi questo stato di cose, il popolo, che sente un certo disagio nel vivere sotto l'imperio di un diritto positivo, che più non gli si addice, e vede un continuo disaccordo tra la soluzione giuridica delle questioni e quella che gli pare più conveniente, concepisce un vero timore del diritto». Ma grazie all'idea degli istituti giuridici, l'interpretazione ad opera dei giuristi soccorre e incide sull'attività legislativa. Difatti, al giurista, «al suo occhio esperto si rivela l'interno collegamento degli elementi di ogni istituto e dei vari istituti tra di loro; ed egli può analizzare i motivi pei quali il diritto positivo fu costituito a quel dato modo. Egli quindi più d'ogni altro è in grado di giudicare qual peso debbono avere sul diritto le nuove condizioni sociali e di agevolare l'opera legislatrice ... Ma in quest'operazione scientifica egli può facilmente discernere qual sia la parte del diritto destinata a durare e quale la transitoria»²⁸.

L'equità può fungere da temperamento del diritto positivo, ma soltanto quando viene operato un richiamo esplicito all'equità stessa nel codice o nelle leggi²⁹: pare a Scialoja³⁰ «perentorio l'osservare che siffatta equità può in tali casi servir di criterio al giudice appunto e solamente perché il diritto positivo glielo permette»³¹. Gli esempi della consuetudine, del

²⁶ P. 19.

²⁷ P. 19 s.

²⁸ P. 20.

²⁹ P. 21 ss.

³⁰ P. 25.

³¹ Appena quattro anni dopo, in linea con tale prospettiva, come pone ben in rilievo di recente R. CARDILLI, *Eccezione di dolo generale e 'variae causarum figurae'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cur. L. GAROFALO (Padova 2006) 344: «è degna di nota la critica che Vittorio Scialoja muove sulle pagine della *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali* nel 1883, alle conclusioni che Filippo Milone trae dal suo lavoro sulla *exceptio doli generalis*. In tale critica emerge chiara la tendenza ad avallare la monopolizzazione statale delle

giudizio della Corte di Cassazione e dell'arbitrato concorrono, infine, a rafforzare le conclusioni di Scialoja³². Questi termina, quindi, sfoderando il patriottismo di famiglia³³: «... dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali ... l'inchinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente così si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata. Dell'amore della patria vogliamo che non si faccia pompa solo nelle grandi occasioni, ma che lo si eserciti in ogni momento ...». E probabilmente fu proprio quest'ultima considerazione, rimembrata amaramente dopo mezzo secolo, sotto il fascismo che la libertà aveva negata, ad ispirargli³⁴ appena un davvero laconico commiato, addirittura dalla vita stessa forse, allorché nel 1933, in un pomposo Congresso, riceveva una cittadinanza onoraria e un dottorato *h.c.*: «Permettetemi di dirvi soltanto nella mia qualità di cittadino romano: Viva Roma!».

Prima di estraniarsi da 'tecnico', aveva però fatto in tempo Scialoja ad essere protagonista di un mezzo secolo che Ferrajoli, pur in un saggio per altri versi discutibile³⁵, ha descritto efficacemente, così: «I cinquant'anni che vanno dall'Unità d'Italia all'avvento del fascismo sono gli anni in cui si sviluppa, parallelamente alla costruzione dello Stato unitario sul modello liberale e parlamentare, la grande cultura giuridica e accademica: la storiografia romanistica e italianistica, la dogmatica civilistica, le diverse scuole penalistiche, la nuova scienza del diritto pubblico. Accanto a questa cultura e alle sue grandi trattazioni dottrinarie, si sviluppa inoltre una cultura della pratica forense e amministrativa, che viene dotandosi, tra la fine dell'Ottocento e il primo Novecento, di uno strumentario enorme, formato da

fonti di produzione anche per il diritto privato, nella condivisione del primato della legge». Scialoja, dunque, appare «sostanzialmente proiettato a riconoscere rilevanza alla sola equità che si era fissata una volta per tutte nella legge dello stato, prodromo di quella che viene nella odierna civilistica qualificata come 'equità positiva'» (*ibid.* nt. 11).

³² P. 25 s.

³³ P. 26.

³⁴ Lo rileva di recente C. CASCIONE, *Romanisti e fascismo*, in *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*. Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006), cur. M. MIGLIETTA e G. SANTUCCI (Trento 2009) 37.

³⁵ L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in *La cultura italiana del Novecento*, cur. C. STAJANO (Roma-Bari 1996) 564 s. [= ID., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (Roma-Bari 1999) 15]. Su una critica – peraltro poi con onestà intellettuale pregevole, dall'a. accolta – da me mossa specificamente all'impostazione di Ferrajoli, angusta e ingenerosa, circa la romanistica di quel tempo ed oltre, mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, *Breve appunto romanistico a proposito di Ferrajoli*, «*Scienze giuridiche*», in *Index* 25 (1997) 581 ss. [= ID., *Fundamenta* (Napoli 2007) 11 ss.].

una miriade di riviste disciplinari e professionali, a livello nazionale e locale: riviste di dottrina e di giurisprudenza ...». Pure nella Camerino della prolusione di Scialoja una rivista vedrà la luce. Ed è ancora un'altra storia, di quasi mezzo secolo dopo, dell'uscita di un periodico che mi piace pensare Scialoja avrà salutato con l'animo benevolente del vecchio professore dai fondamentali esordi camerti, come tanta parte eccellente della romanistica contemporanea: gli *Annali della Facoltà Giuridica*, nei quali ripubblichiamo adesso la sua prolusione camerte.

Abstract

Il contributo introduce ad una rilettura della prolusione *Del diritto positivo e dell'equità*, tenuta nel 1879 da Vittorio Scialoja a Camerino. Dopo brevi cenni biografici su Scialoja, commenta l'intreccio della questione dell'unità nazionale recente italiana con il problema storico-giuridico dell'equità, utilizzata al tempo come base per disapplicazioni giurisprudenziali del diritto positivo. Scialoja, invece, riafferma con forte determinazione come nella 'guerra' tra equità e diritto positivo sia quest'ultimo, fondato sulla giovane legislazione statale, a dover essere l'unico a dover essere applicato nei tribunali e ad essere in grado di temperare e modificare inattuali formalismi.

The paper introduces a new reading of the opening lecture on positive law and equity, held in 1879 by Vittorio Scialoja at Camerino. After brief biographical notes on Scialoja, it comments the plot of the question of the national unity with the historical-legal problem of judicial fairness, used at the time as a basis to not apply positive law in jurisprudential cases. Scialoja, however, reaffirms with strong determination that in the 'war' between equity and positive law the latter, based on the young State legislation, must prevail and must be the only one to be observed in the courts, since it was able to temper and modify old fashioned formalisms.