

Lex generalis omnium
Un diritto del passato nel presente



a cura di
ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIANNI SANTUCCI

10

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Collana diretta da Geraldina Boni



Mucchi Editore

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Collana diretta da Geraldina Boni

10

issn 2724-4660

L'orizzonte meramente tecnicistico su cui ogni tipo di riflessione sembra oggi rischiare di appiattirsi non solo non cancella quegli interrogativi fondamentali che si confermano ineludibili per ciascuna disciplina in cui si ramifica il pensiero giuridico: ma li rivela, anzi, in tutta la loro impellenza. È dunque a tale necessità che facciamo riferimento nel cogliere e sottolineare il bisogno che si avverte di 'un'anima per il diritto', ispirandoci in modo particolare a quegli ammonimenti che Aleksandr Solženicyyn rivolgeva a studiosi e accademici dell'Università di Harvard nel 1978 e che, a distanza di decenni, mantengono intatta la loro validità. Muovendo dalla domanda «se mi chiedessero: vorrebbe proporre al suo paese, quale modello, l'Occidente così com'è oggi?, dovrei rispondere con franchezza: no, non potrei raccomandare la vostra società come ideale per la trasformazione della nostra. Data la ricchezza di crescita spirituale che in questo secolo il nostro paese ha acquistato nella sofferenza, il sistema occidentale, nel suo attuale stato di esaurimento spirituale, non presenta per noi alcuna attrattiva» – dichiarazione che si riempie di significato alla luce della vicenda personale, tanto dolorosa quanto nota, di colui che l'ha pronunciata –, l'intellettuale russo individuava infatti con profetica lucidità i sintomi e le cause di tale declino. In questo senso, ad interpellarci in modo precipuo in quanto giuristi è soprattutto l'osservazione secondo cui «in conformità ai propri obiettivi la società occidentale ha scelto la forma d'esistenza che le era più comoda e che io definirei giuridica: una 'forma d'esistenza' che tuttavia è stata assunta come fondamento esclusivo e per ciò stesso privata dell'anelito a una dimensione superiore capace di giustificarla. Con l'inevitabile, correlata conseguenza che «l'autolimitazione liberamente accettata è una cosa che non si vede quasi mai: tutti praticano per contro l'autoespansione, condotta fino all'estrema capienza delle leggi, fino a che le cornici giuridiche cominciano a scricchiolare». Sono queste le premesse da cui scaturisce quel complesso di valutazioni che trova la sua sintesi più efficace nella seguente affermazione, dalla quale intendiamo a nostra volta prendere idealmente le mosse: «No, la società non può restare in un abisso senza leggi come da noi, ma è anche derisoria la proposta di collocarsi, come qui da voi, sulla superficie tirata a specchio di un giuridismo senz'anima». Se è tale monito a costituire il principio ispiratore della presente collana di studi, quest'ultima trova nella stessa fonte anche la stella polare da seguire per cercare risposte. Essa, rinvenibile in tutti i passaggi più pregnanti del discorso, si scolpisce icasticamente nell'esortazione – che facciamo nostra – con cui si chiude: «E nessuno, sulla Terra, ha altra via d'uscita che questa: andare più in alto».

* La traduzione italiana citata è tratta da ALEKSANDR SOLŽENICYN, *Discorso alla Harvard University, Cambridge (MA) 8 giugno 1978*, in Id., *Il respiro della coscienza. Saggi e interventi sulla vera libertà 1967-1974. Con il discorso all'Università di Harvard del 1978*, a cura di SERGIO RAPETTI, Jaca Book, Milano, 2015, pp. 219-236.

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Direzione

Geraldina Boni (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Comitato scientifico

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid)

Christian Baldus (Universität Heidelberg)

Michele Belletti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

María Blanco Fernández (Universidad de Navarra)

Michele Caianiello (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Federico Casolari (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Marco Cavina (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Emmanuelle Chevreau (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Sophie Démare-Lafont (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Carlo Fantappiè (Università degli Studi Roma Tre)

Manuel Ignacio Feliú Rey (Universidad Carlos III de Madrid)

Doris Forster (Université de Genève)

Mariagiulia Giuffrè (Edge Hill University)

Esther Happacher (Universität Innsbruck)

Tanguy Le Marc'hadour (Université d'Artois)

Giovanni Luchetti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Francesco Martucci (Université Paris 2 Panthéon-Assas)

Raphäele Parizot (Université Paris Nanterre)

Antonio Pérez Miras (Universidad de Granada)

Patrice Rolland (Université Paris-Est Créteil Val de Marne)

Péter Szabó (Pázmány Péter Katolikus Egyetem)

Comitato di redazione

Manuel Ganarin (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Alessandro Perego (Università Cattolica del Sacro Cuore), Alberto Tomer (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Lex generalis omnium
Un diritto del passato nel presente

a cura di
Alessia Legnani Annichini, Gianni Santucci

Mucchi Editore

I saggi raccolti nel volume sono stati sottoposti alla procedura di revisione *double-blind peer review*, in conformità al *Codice etico e Regolamento per le pubblicazioni* della Collana consultabile all'indirizzo internet www.mucchieditore.it/animaperildiritto.

Il volume è stato co-finanziato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna nell'ambito del progetto 'Dipartimento di eccellenza MUR 2023-2027'.



In copertina: In copertina: *La Giustizia* - Palazzo Malvezzi, Bologna.

ISSN di collana 2724-4660

ISBN 978-88-7000-981-1

© Stem Mucchi Editore Srl - 2023

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena

info@mucchieditore.it www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore twitter.com/mucchieditore instagram.com/mucchi_editore



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Versione pdf open access al sito www.mucchieditore.it/animaperildiritto

Tipografia, impaginazione e pubblicazione digitale Stem Mucchi Editore (MO)

Prima edizione pubblicata in Italia, Mucchi, Modena, luglio 2023

Parte II

L'odierno uso del diritto romano nelle
corti giudicanti fra sistemi codificati e non

SABRINA DI MARIA

L'USO DEL DIRITTO ROMANO E DELLA SUA TRADIZIONE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA*

Abstract: Il contributo prende le mosse dal seguente quesito: i c.d. 'operatori del diritto' ricorrono all'interpretazione storica? Utilizzano nei tribunali il diritto romano e la tradizione giuridica successiva? Il saggio esamina così alcune sentenze, soprattutto della Corte di Cassazione, per giungere a dimostrare come ancora oggi l'argomentazione giuridica romana, se usata in modo corretto, possa costituire addirittura la *ratio decidendi* delle sentenze.

Parole chiave: argomentazione giuridica, diritto romano, giurisprudenza italiana.

The use of Roman law and its tradition in Italian jurisprudence. This paper takes as a basis the following question: Do so-called 'legal practitioners' use historical interpretation? Do they use Roman law and the subsequent legal tradition in the courts? The essay thus examines some judgments, especially by the Italian Supreme Court, to prove that judges even today Roman legal argumentation, if used correctly, can constitute the *ratio decidendi* for judgments.

Key words: Italian jurisprudence, legal argument, Roman law.

Nell'ordinamento italiano, come è noto, una chiave di ingresso dell'interpretazione storica è stabilita, seppure indirettamente, dallo stesso legislatore. La Relazione al re per l'approvazione del Codice civile con riguardo al primo capoverso dell'art. 12 delle «*Disposizioni sulla legge in generale*» (c.d. Preleggi) – ove vengono richiamati i principi generali dell'ordinamento giuridico in funzione di criterio ermeneutico – specifica: «il termine ordinamento risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statua-

* Contributo sottoposto a procedura di revisione *double-blind peer review*.

le e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.) con esso concordante»¹. Nella Relazione si legge anche che si è preferito il richiamo ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e non a quelli del «diritto vigente» poiché quest'ultima formulazione «avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete»².

Ciò premesso, il quesito che sono chiamata a porre in questa sede è il seguente: i c.d. 'operatori del diritto' ricorrono all'interpretazione storica? Utilizzano nei tribunali il diritto romano e la tradizione giuridica successiva?

Giuseppe Stolfi, professore di diritto civile e avvocato, in un suo articolo apparso in *Studia et Documenta Historiae et iuris* nel 1977, dichiarava: «nella vita forense (quando, cioè, ogni avvocato non arretra davanti a qualsiasi audacia pur di giustificare la domanda di accoglimento dell'azione o dell'eccezione proposta in concreto), ho argomentato dal diritto romano tutte le volte in cui mi pareva uti-

¹ Cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) ... per l'approvazione del 'Codice civile'*, in *Codice civile. Testo e Relazione ministeriale*, Istituto Poligrafico di Stato, Roma, 1943, n. 22.

² Cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi)*, cit., n. 22. Per un quadro d'insieme sulla genesi e sulla funzione dell'art. 12 Preleggi, v. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in *Foro it.*, 1969, V, p. 112 ss. (= *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Cedam, Padova, 1973, p. 1873 ss. [= *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 443 s.]); E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa (a proposito d'uno scritto di G. Gorla sull'art. 12 disp. prel. del codice civile)*, in *Foro it.*, 1971, V, p. 99 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 990 ss. (= *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 275 ss. [= *Scritti in onore di A. Falzea*, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 531 ss.]); S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 494 ss.; P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche (sez. civ.)*, X, Utet, Torino, 1993, p. 47 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 261 ss. Sul punto v. anche, pur senza una prospettiva storica, V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, p. 101 ss.

le invocarlo a sostegno delle mie tesi»³. Circa venti anni dopo, Giovanni Micali, consigliere della Corte di Cassazione, scriveva: «può dirsi che il diritto romano vive nella giurisprudenza della Corte di cassazione come un criterio ermeneutico *que (sic!) omne ius digessisset*, secondo la direttiva che l'imperatore Giustiniano diede a Triboniano per la compilazione di quell'enciclopedia cui egli voleva dar vita»⁴.

Nonostante siffatte prese di posizione, a quanto mi risulta, nelle sentenze italiane il richiamo al diritto romano, laddove presente, assume sovente una mera funzione esornativa senza l'apporto di alcun contributo concreto alla risoluzione del problema giuridico affrontato.

Riporto qui l'esempio di Cass. civ., sez. lav., 5 aprile 1990, n. 2831: «L'impresa individuale non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana». È evidente che con tale formulazione si volle fare subito una distinzione, da un lato, tra l'iniziativa privata, quale modo tradizionale di acquisizione dei beni della vita, sia mobili che immobili (risparmio e proprietà), e dall'altro, l'esercizio dell'impresa, quale strumento di produzione fondato sulle capacità personali dell'imprenditore (rischio ed organizzazione), secondo la nostra stessa tradizione giuridica: «noi concepiamo l'impresa come la strutturazione sinergica di uomini e di cose per l'esercizio dell'attività negoziale» («*instructam, autem, tabernam, sic accipiemus: quae, et regus et hominibus, ad negotiationem paratis constat*», Ulpiano, D. 50, 16, 185)»⁵.

Si tratta nello specifico di un caso di licenziamento irrogato a dipendenti da parte di datori di lavoro che svolgevano attività im-

³ G. STOLFI, *Il diritto romano nell'esperienza di un civilista*, in *SDHI*, 1977, p. 21.

⁴ Cfr. G. MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione*, in *Giur. ital.*, 1993, IV, p. 490, il quale riporta una rassegna di decisioni giurisprudenziali fondate sull'impiego dell'argomento storico; il contributo di Micali è stato fortemente criticato da A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione del diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 298 ss.

⁵ Cfr. *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 2, p. 183 ss.

prenditoriale di gruppo mediante compartecipazione azionaria in altre società. I giudici, soffermandosi sulla libertà di impresa nel nostro sistema economico-legislativo e sull'apparente contraddizione dell'art. 41 Cost. – che da una parte riconosce come libertà individuale l'iniziativa economica privata e dall'altro ne subordina lo svolgimento al rispetto dell'utilità sociale e di altri valori – tentano di dare una definizione di impresa «secondo la nostra stessa tradizione giuridica» e a tal fine richiamano il frammento di Ulpiano, 28 *ad edictum* conservato in D. 50.16.185, affermando, come già sottolineato ironicamente da Francesco Galgano, «che l'odierno imprenditore altri non è se non il *tabernarius* (leggi: bottegaio) romano»⁶.

Quello appena riportato è solo uno degli esempi in cui il diritto romano e la tradizione romanistica costituiscono un mero sfoggio di erudizione da parte dei giudici atteggiandosi a un inutile uso ornamentale⁷.

Non è neppure infrequente imbattersi in pronunce giurisprudenziali in cui gli estensori, al fine di conferire maggiore autorevolezza alla propria decisione, ricorrono a quelli che sono stati definiti «latinismi di ritorno»⁸ e, catturati dal fascino dell'espressione latina, la utilizzano in maniera 'impropria' creando pericolose confusioni terminologiche. A tal proposito riporto l'esempio di Cass. civ., sez. II, 21 luglio 2016, n. 15072: «... il direttore dei lavori per conto del

⁶ F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007², p. 6 s.

⁷ Per altri esempi di impieghi giurisprudenziali del diritto romano in funzione «meramente ornamentale», cfr. A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale*, cit. p. 298 ss.; nonché ID., *Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 25 ss.; sul punto v. anche F. MERCUGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index*, 2005, p. 90; v. anche G. SANTUCCI, *Il credito «personale» del socio. Un profilo della teoria dei conferimenti alla luce della tradizione romanistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 411 e ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, il Mulino editore, Bologna, 2018², p. 11 ss.

⁸ L'espressione è di U. IZZO, *La «compensatio lucri cum damno» come «latinismo di ritorno»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, p. 1746 ss.

committente presta un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultati ma, essendo chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche, deve utilizzare le proprie risorse intellettive ed operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, quanto alla stregua della 'diligentia quam in concreto'».

Il giudizio, approdato innanzi alla Corte di Cassazione, aveva per oggetto l'accertamento di un credito vantato da un professionista e in specie da un direttore dei lavori e le obbligazioni a quest'ultimo facenti capo⁹. Per quanto qui più direttamente interessa, i giudici, nel fare riferimento alla specifica capacità tecnica che il professionista deve possedere e dunque al criterio di diligenza professionale, alla stregua del quale ritengono debba essere valutata la sua responsabilità, utilizzano l'espressione «*diligentia quam in concreto*», operando così una commistione tra la *diligentia quam in suis* (*rebus adhibere solet*) delle fonti romane e il sintagma *culpa in concreto* (o *diligentia in concreto*), utilizzato nella tradizione civilistica a partire dalla scuola dei Culti¹⁰. Dette espressioni però, lungi dal riferirsi a speciali competenze professionali, indicavano invece, nelle fonti romane e nella loro elaborazione successiva, la diligenza che si è soliti avere nelle proprie cose¹¹.

⁹ Sul punto cfr., in generale, G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 2016, 6, p. 1391 ss.

¹⁰ Sul modello della *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* che ricorre nelle fonti romane per valutare il comportamento del debitore a fianco del modello astratto del *diligens et bonus pater familias*, cfr. in specie G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis e valutazione della responsabilità per colpa «con minor rigore» nel codice civile italiano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Jovene, Napoli, 2006, p. 355 ss.; ID., *Diligentia quam in suis*, Università degli Studi di Trento editore, Trento, 2008, *passim*; e ID., *Diritto romano e diritti europei*, cit., p. 111 ss.

¹¹ Vedi nt. precedente.

La perifrasi *diligentia quam in suis* è utilizzata per definire una diligenza connotata da una specifica conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione anche in Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 583 (a proposito di responsabilità medica) ove in particolare essa viene contrapposta all'espressione «*diligentia in abstracto*»¹².

Non mancano però, seppur molto più esigue di numero, sentenze in cui i giudici argomentano dal diritto romano in modo sostanziale e fondano anche su di esso le proprie *rationes decidendi*, evidenziando in maniera corretta la coerenza fra tradizione romanistica e diritto positivo.

Rimanendo ancora nell'ambito della già citata *diligentia quam in suis*, esiste un consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte dei Conti che recupera¹³ siffatto concetto a proposito della valutazione della responsabilità amministrativa per danni erariali dei pubblici operatori circoscritta al dolo o colpa grave, specificando che la colpa consiste comunque «in un comportamento avventato e di straordinaria negligenza tale da contrastare con quel senso minimo di diligenza che anche i soggetti al di sotto della media sociale sono soliti usare ed inferiore alla diligenza che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam in suis*)» (Corte dei Conti, n. 452 del 23 maggio 2003)¹⁴.

Muovendo poi verso la giurisprudenza della Corte di Cassazione e facendo riferimento solo agli ultimi anni, non si può non citare in

¹² Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 583: «... Comunemente si dice che trattasi di una *diligentia in abstracto*, ma ciò solo per escludere che trattasi di *diligentia quam in suis*, e cioè la diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore. Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilità professionale del medico, rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui lo stesso opera ...».

¹³ Il criterio della *diligentia quam in suis* venne soppresso nel Codice civile del 1942, ma tutt'oggi è una figura giuridica che continua ad essere invocata da giurisprudenza e dottrina; sul punto v., per tutti, per un quadro efficace G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 111 ss.

¹⁴ Si vedano anche Corte dei Conti, n. 1626 del 7 luglio 2003; Corte dei Conti, n. 1104 del 30 novembre 2006.

questo quadro Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442, in cui, attraverso l'analisi dei limiti alla determinazione convenzionale degli interessi in diritto romano e nella tradizione romanistica, i giudici giungono ad affermare che gli interessi moratori, al pari di quelli corrispettivi, sono soggetti al rispetto delle previsioni contenute nella legislazione antiusura¹⁵. Nello specifico la Corte dichiara di voler illustrare in modo approfondito «il fondamento, la portata e le conseguenze» del principio richiamato, attraverso il ricorso a «tutti e quattro i tradizionali criteri di ermeneutica legale: l'interpretazione letterale, l'interpretazione sistematica, l'interpretazione finalistica e quella storica», sottolineando, a più riprese, il ruolo svolto dal criterio dell'interpretazione storica per una migliore comprensione del diritto vigente: «che anche gli interessi convenzionali di mora soggiacciono alle previsioni dettate dalla legge antiusura è conclusione imposta da una millenaria evoluzione storica, dalla quale non può prescindere l'interprete che volesse degli istituti giuridici non già ritenere il vuoto nome, ma intenderne la vim ac potestatem»¹⁶.

Un altro esempio di buon uso del diritto romano da parte dei giudici è rappresentato da Cass. civ., I sez., 12 luglio 2016, n. 14188, in cui la Corte è tornata sulla *vexata quaestio* della natura della responsabilità precontrattuale, al fine di stabilire il regime della prescrizione applicabile all'azione di risarcimento del danno.

¹⁵ Per un commento completo della sentenza, v., tra gli altri, R. MARCELLI, *La mora e l'usura. La Cassazione reinterpreta le Sezioni Unite. La sentenza n. 27442 del 30 ottobre 2018*, in *Il caso.it*, 20 novembre 2018, *on line*; A. PURPURA, *Interessi moratori e usura. Considerazioni a margine di Cassazione 30 ottobre 2018, n. 27442*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2018, *on line*; v. anche le note di P.L. FAUSTI, *Luci e ombre sugli interessi moratori: tra decisioni e novità normative* e di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2019, 1, p. 1 ss. Cfr. altresì S. CERMARIA, *Tra corrispettivi e moratori la Cassazione conferma la vis attractiva dell'usura*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2018, *on line* nonché, per quanto riguarda specificatamente il richiamo nella sentenza dell'interpretazione storica, v. I. PONTORIERO, *Sull'impiego del criterio dell'interpretazione storica*, in *SDHI*, 2018, p. 437 ss.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442.

La vicenda, ridotta all'osso, che ha originato la pronuncia riguardava un caso di contrattazione tra una società privata e la Pubblica Amministrazione, nell'ambito della quale le parti avevano concluso un contratto di appalto, sospensivamente condizionato all'espressa approvazione ministeriale. A causa del mancato avveramento della condizione e della conseguente inefficacia del contratto, la società aveva agito in giudizio per ottenere il relativo risarcimento, invocando la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per violazione del canone di buona fede nell'ambito dell'*iter* di formazione contrattuale¹⁷.

Il Tribunale adito rigettava la domanda della parte attrice dichiarando l'estinzione del credito per intervenuta prescrizione quin-

¹⁷ Per un commento esteso della decisione v. la nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2565 ss.; v. anche V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno resp.*, 2016, p. 1051 ss.; C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 1504 ss.; A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, 1, p. 1451 ss.; I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi?»*, in *Dir. civ. cont.*, 2016, *on line*. Sulla portata della decisione della Suprema Corte cfr. anche l'analisi di C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura «contrattuale» della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, 2, p. 1515 ss. e ID., *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 6, p. 1950 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 35 ss. e ID., *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Persona e Mercato. Attualità*, 2017, 2, p. 104 ss.; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 233 ss. Per un commento della sentenza incentrato sull'analisi del diritto romano in essa richiamato mi permetto di rinviare a S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 2018, p. 623 ss.; v. anche, con diversità di vedute, F. PROCCHI, *«Contatto sociale qualificato», diritto romano e tradizione romanistica: brevi considerazioni a margine di Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188*, in *Agricoltura e Costituzione. Una Costituzione per l'Agricoltura. In onore di Marco Goldoni*, a cura di E. CRISTIANI, A. DI LAURO, E. SIRSI, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 355 ss. e C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016*, in *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature*, a cura di F. TUCCILLO, M. AURELIO, Jovene, Napoli, 2020, p. 121 ss.

quennale ai sensi dell'art. 2947 c.c. (il contratto era stato concluso nel 1993 e la società aveva convenuto in giudizio la Pubblica Amministrazione nel 2000, previo inquadramento della responsabilità dei convenuti come aquiliana). Tale decisione veniva condivisa dalla Corte d'Appello.

La Corte di Cassazione, invece, cassava la decisione impugnata con rinvio al giudice di secondo grado, ritenendo che la responsabilità derivante dalla violazione della buona fede debba essere qualificata come contrattuale, con conseguente applicabilità della prescrizione ordinaria.

Al fine di disancorare la responsabilità precontrattuale dal torto aquiliano, la Cassazione argomenta storicamente, recuperando la nozione di quasi-contratto che viene a costituire il fondamento dogmatico su cui porre il «riconoscimento di una responsabilità di tipo contrattuale, anche in assenza di un formale vincolo negoziale tra le parti»¹⁸.

In particolare per affermare la rilevanza della categoria del quasi-contratto, i giudici lamentano che l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che riconduce la responsabilità precontrattuale al disposto dell'art. 2043 c.c. avrebbe pretermesso, rimanendo invece ancorato alla «bipartizione fondamentale»¹⁹, la terza fonte delle ob-

¹⁸ Così i giudici premettono: «... 3.2. La tesi ha la sua genesi in concezioni ed elaborazioni risalenti al diritto romano, perpetuatesi nel corso dei secoli (si consideri che la figura del quasi-contratto, della quale si dirà, si è mantenuta, con qualche variante, nel diritto comune ed è stata recepita dal Codice Napoleone e dal nostro codice civile del 1865, per poi sparire solo nel codice del 1942), e – di poi – riprese e perfezionate dai giuristi contemporanei europei, in special modo tedeschi ed anglosassoni, oltre che dalla stessa dottrina nazionale».

¹⁹ Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188/2016, n. 4: «Tanto premesso, va osservato che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato, come dianzi detto, per lungo tempo ancorato alla tradizionale concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità di tipo aquiliano, riconducibile al disposto dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno, nonché del dolo o della colpa del danneggiante, è a carico del danneggiato e che il termine di prescrizione del diritto azionato è quinquennale, ai sensi dell'art. 2947 c.c. (cfr., *ex plurimis*, Cass. 9157/1995; 15172/2003; 15040/2004; 16735/2011). L'affermazione appare per lo più ancorata alla bipartizione fondamentale delle fonti delle obbligazioni: da un lato le obbligazioni da atto lecito, os-

bligazioni di cui all'art. 1173 c.c., impedendo così di dare il giusto rilievo «alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili né nel torto né nel contratto, e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima» e riconducibili al c.d. contatto sociale qualificato²⁰. I giudici recuperano così l'emergere e l'affermarsi della terza categoria di fonti di obbligazioni nel diritto romano e ne valorizzano l'attualità:

«Anche nella dottrina romana più antica la classificazione delle fonti delle obbligazioni si ridusse al dualismo tra obligationes ex contractu o ex maleficio (*sic!*) ed obligationes ex delicto, laddove al contractus venne attribuito l'esclusivo significato di negozio giuridico bilaterale diretto a creare un vincolo obbligatorio finalizzato ad una prestazione, consistente della dazione di denaro o di una cosa. E ciò in conformità alla tradizionale (Gaius) definizione di obbligazione come 'iuris vinculum', tutelato dall'ordinamento e diretto a costringere il debitore ('necessitate adstringimur') a dare alcunché al creditore ('alicuius solvendae rei') a titolo di prestazione nascente, dapprima solo dal contratto, poi anche dal delitto. E tuttavia, la bipartizione non incontrò il favore della giurisprudenza, in special modo del praetor peregrinus, che si sforzò di configurare un'obbligazione da atto lecito, pure in assenza di un negozio bilaterale. Tale opzione ermeneutica trovò, infine, un coronamento nel Digesto giustiniano, nel quale alle obbligazioni ex contractu ed a quelle ex delicto o ex maleficio, si affiancarono le obligationes 'ex variis causarum figuris', che divennero, poi, nelle successive Istituzioni,

sia da contratto; dall'altro, le obbligazioni da fatto illecito, ossia da delitto. Ne è risultata pretermessa la terza, importante, fonte delle obbligazioni, rappresentata – ai sensi dell'art. 1173 c.c. – da 'ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico; il che non ha consentito di dare il giusto rilievo, sul piano giuridico', alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili né nel torto né nel contratto, e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima».

²⁰ Per un esame della pronuncia nella specifica prospettiva della relazione qualificabile come «contatto sociale qualificato», v. M. RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rivista del notariato*, 2017, 4, p. 787 ss.; A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, p. 1128 ss.

obligationes 'quasi ex contractu'. Nella categoria del 'quasi contractus' il diritto romano post-classico annoverò, dunque, quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio, ma nei quali vi era comunque un contatto tra le parti che generava un'obbligazione in qualche modo assimilabile a quella contrattuale donde il nomen di 'quasi contractus' – come nel caso dell'indebito, nel quale l'obbligo della restituzione scaturiva dal mero fatto del pagamento erroneamente eseguito, o della negotiorum gestio, scaturente da un'attività intrapresa allo scopo di fare cosa utile ad altri²¹.

Il su riportato passaggio della sentenza è stato criticato da più di uno studioso di diritto romano ed è fuor di dubbio che i giudici abbiano commesso degli errori²². Le sviste ci sono e in alcuni casi sono anche gravi, almeno per un giusromanista, ma colgono nel segno i giudici allorquando affermano che «nella categoria del 'quasi contractus' il diritto romano post-classico annoverò ... quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio». Non altrettanto condivisibile appare invece l'idea della Cassazione secondo cui nel *quasi contractus* vi sarebbe stato comunque «un contatto tra le parti»; il minimo comune denominatore dei quasi contratti era infatti rappresentato dall'assenza di consenso e non da «un contatto tra le parti», che vi sarebbe potuto essere, ma non assumeva certamente carattere dirimente ai fini dell'annoverabilità del fatto nella categoria.

Nel ricollegare le nuove figure del contatto sociale qualificato e degli obblighi senza prestazione al quasi contratto però i giudici non

²¹ Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, n. 5.

²² V. quanto osservato in proposito da C. CASCIONE, *L'invadente cont(r)atto. Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016*, cit., in specie pp. 125 ss., ove l'autore parla di «Uso (e abuso!) del diritto romano», mettendo in evidenza, tra l'altro, i diversi errori 'romanistici', come per esempio il fatto che la definizione di *obligatio* richiamata dalla Suprema Corte sia tratta dalle Istituzioni di Giustiniano (I. 3.13 pr.), e non da Gaio, o anche il riferimento alla figura di «un fantomatico *praetor peregrinus*». Sul punto v. anche S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 632 ss.

omettono di tenere in debita considerazione l'andamento curvilineo che tale istituto ha avuto nella storia²³.

La Suprema Corte mostra dunque forte consapevolezza della storicità del diritto in quanto tale. L'*excursus* diacronico delineato – pur se a volte condotto con superficialità – lungi da apparire mero sfoggio di erudizione, è invece funzionale al dispositivo della sentenza assurgendo così a *ratio decidendi*.

La sentenza, al pari di Cass. civ. n. 27442/2018 e delle pronunce della Corte dei Conti in tema di responsabilità dei pubblici operatori, poco prima citate, dimostra come ancora oggi nel panorama giuridico rimane rilevante l'apporto creativo del giurista, che dovrebbe essere in grado di ragionare e dialogare oltre i confini della recinzione costruita dai Codici. E tal fatta impostazione può essere fornita solamente dall'insegnamento del diritto romano e della sua tradizione, che, per poter assolvere tale compito, non dovrebbero essere trasmessi come storia di una scienza o di una tradizione culturale, bensì, tramite *exempla*, come il diritto in grado di educare «alla logica perenne dell'argomentazione giuridica»²⁴ e ciò al fine di formare non 'giurionieri del diritto', ma 'giuristi consapevoli'.

²³ Sull'argomento, v. tra gli altri, B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Jovene, Napoli, 2013², in specie p. 34 e ivi nt. 99: «nato per esigenze di inquadramento sistematico sulla base di una prospettiva processuale, allorché è stato riempito di un contenuto sostanziale – quale atto obbligatorio il cui fondamento è da identificarsi con la volontà – si è trasformato in un istituto di difficile coordinamento con le fattispecie applicative».

²⁴ Riprendo qui le parole di E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, Padova, 1930, p. IV, che afferma appunto: «Sentire il diritto come problema; convincersi che la soluzione dipende essenzialmente dal modo di proporsi la questione; ricreare il caso e la sua decisione come attualità viva e nuova; educarsi alla logica perenne dell'argomentazione giuridica. Ecco quel che importa ... Il resto è inerte informazione, e non giova. O, se giova, non ha che una funzione strumentale e subordinata».

GLI AUTORI

GIOVANNI CANZIO, Dirigente del Tribunale della Repubblica di San Marino e Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione

LAURA DI BONA, Professoressa ordinaria di Diritto privato, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo e Giudice d'Appello del Tribunale della Repubblica di San Marino

SABRINA DI MARIA, Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Trento

ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, Professoressa ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

LORENZO MANISCALCO, College Lecturer in Law, Clare College, University of Cambridge

PAOLO PASCUCCI, Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo e Direttore dell'Istituto Giuridico Sammarinese

GIANNI SANTUCCI, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

ALVISE SCHIAVON, Professore a contratto di materie romanistiche, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna e Università degli Studi di Trento

DANIELA TARANTINO, Professoressa associata di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Genova

FERDINANDO TREGGIARI, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Perugia e Giudice dei Rimedi Straordinari in materia civile del Tribunale della Repubblica di San Marino

INDICE

| | |
|--|-----|
| Alessia Legnani Annichini, Gianni Santucci | |
| <i>Premessa</i> | VII |

Parte I. La vigenza del diritto romano-comune a San Marino

| | |
|---|---|
| Paolo Pascucci | |
| <i>L'Istituto Giuridico Sammarinese</i> | 3 |

| | |
|--|----|
| Giovanni Canzio | |
| <i>La 'stagione delle riforme' nel micro-Stato di San Marino (2020-2022)</i> | 11 |

| | |
|--|----|
| Laura di Bona | |
| <i>Un diritto senza Codice: crocevia fra rischio e opportunità. Profili di comparazione fra l'ordinamento sammarinese e l'ordinamento italiano</i> | 19 |

| | |
|--|----|
| Ferdinando Treggiari | |
| <i>Un fossile vivente? Persistenze e paradossi del diritto comune a San Marino</i> | 41 |

| | |
|--|----|
| Alessia Legnani Annichini | |
| <i>Argomentare secundum ius commune: alcuni esempi sammarinesi</i> | 63 |

Parte II. L'odierno uso del diritto romano nelle corti giudicanti fra sistemi codificati e non

| | |
|---|----|
| Gianni Santucci | |
| <i>Il valore normativo del diritto romano nei Mixed Legal Systems</i> | 81 |

| | |
|---|-----|
| Lorenzo Maniscalco | |
| <i>The rule of the civil law was followed: l'uso del diritto romano nelle corti inglesi</i> | 107 |

| | |
|---|-----|
| Daniela Tarantino | |
| <i>Tracce di diritto romano nelle cause canoniche di nullità matrimoniale in età contemporanea: il caso dell'errore. Spunti per una riflessione</i> | 133 |
| Sabrina Di Maria | |
| <i>L'uso del diritto romano e della sua tradizione nella giurisprudenza italiana</i> | 167 |
| Alvise Schiavon | |
| <i>Regulae e giurisprudenza comunitaria: brevi osservazioni sul ricorso alla massima 'impossibilium nulla obligatio'</i> | 179 |
| <i>Gli autori</i> | 209 |

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Collana diretta da Geraldina Boni

1. COSTANTINO-M. FABRIS, *Foro interno. Genesi ed evoluzione dell'istituto canonistico*, 2020.
2. GERALDINA BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, 2021.
3. *Libertà, dubbio, coscienza morale. L'eredità di un Maestro: Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)*, a cura di BEATRICE SERRA, 2022.
4. *Dante e Diritto. Un cammino tra storia e attualità*, a cura di FEDERICO CASOLARI, ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIORGIO SPEDICATO, 2022.
5. BEATRICE SERRA, *Intimum, privatum, secretum. Sul concetto di riservatezza nel diritto canonico*, 2022.
6. *Forever Young. Celebrating 50 Years of the World Heritage Convention*, 2 Voll., edited by ELISA BARONCINI, BERT DEMARSIN, ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN, RAQUEL REGUEIRO DUBRA, RUXANDRA-IULIA STOICA, 2023.
7. *La sinodalità nell'attività normativa della Chiesa. Il contributo della scienza canonistica alla formazione di proposte di legge*, a cura di ILARIA ZUANAZZI, MARIA CHIARA RUSCAZIO, VALERIO GIGLIOTTI, 2023.
8. LAURA MARIA FRANCIOSI, *La disciplina degli interessi nei contratti internazionali. Un'analisi di diritto comparato*, 2023.
9. ALBERTO TOMER, *Il nuovo assetto del Sovrano Militare Ordine di Malta. La riforma del 2022 nella fedeltà a una storia millenaria*, 2023.
10. *Lex generalis omnium. Un diritto del passato nel presente*, a cura di ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIANNI SANTUCCI, 2023.

Publicato nel mese
di luglio del 2023

Collana diretta da Geraldina Boni

issn 2724-4660