

Claudio Tranquillo

Tribunale di Milano

Il rilievo del diritto romano nell'odierna attività di un giudice

This article examines the contemporary relevance of Roman law in judicial practice and legal education. It argues that, although Roman law is rarely applied directly by modern courts, its methods of reasoning and historical perspective remain valuable for legal interpretation. The article also questions the use of Roman law as a source of general principles, while highlighting its continuing contribution to ideas of justice, equity and good faith.

1. Un'introduzione problematica – 2. Una soluzione? – 3. Ipotesi.

1. Il tema è, per certi versi, troppo ristretto e troppo vasto al tempo stesso: il rilievo odierno del diritto romano nell'attività del giudice.

L'argomento è troppo vasto. Sinteticamente però si può dire che ogni giurista italiano ha verso il diritto romano lo stesso debito che chi parla italiano ha con il latino. Nulla di meno ma nulla di più, e si può parlare un buon italiano anche senza conoscere il latino.

Una metafora. Tuttavia, in concreto?

Nel lavoro quotidiano del giudice non viene fatto uso del diritto romano. Non del diritto romano sostanziale (e si apre il problema: al di là del dato di fatto, il giudice dovrebbe fare uso del diritto romano? E in caso positivo, su quali presupposti?).

Resta il dubbio, certo, che si tratti di un pregiudizio di stampo (beccero)positivistico. E certo sarebbe facile replicare che le categorie fondamentali del diritto positivo restano quelle del diritto romano, ma si potrebbe replicare allora richiamando le innumerevoli rielaborazioni operate, a livello di metodo, nel corso dei secoli (una per tutte: l'impostazione derivante dalla pandettistica). Non ci si avventura in questo ambito, che lascio volentieri agli specialisti.

Svolgo allora qualche considerazione. Una volta il diritto romano era parte essenziale della formazione di un giurista. Tutte le monografie di diritto civile (in buona sostanza: i libri presentati al concorso per la docenza), almeno fin verso la

fine dello scorso millennio dedicavano un capitolo iniziale alla storia del problema esaminato; negli stessi, ampia parte era ovviamente riservata al diritto romano

E la preparazione romanistica era parte essenziale, in civil law, almeno fino alla metà del secolo scorso.

Tuttavia, con una certa dose di semplificazione, una simile preparazione era in fondo la prova dell'appartenenza a un ceto, quello dei giuristi colti, che formava l'élite o la classe dirigente (anche politica) di un paese.

Oggi non è più così; oggi prevale l'economia (e la teorizzazione dell'analisi economica del diritto, che appare però più agitata che praticata). Oggi i giuristi sono (e sono considerati) più come dei tecnici, come direbbe un filosofo idealista (con una certa sufficienza). E tanto più il giurista si specializza e sviluppa la sua dimensione tecnica, tanto più tende a escludere la dimensione storica, del tempo. Nomos e chronos vanno raramente a braccetto¹, ancorché non manchino significative eccezioni².

Certo, la dimensione storica del diritto è importante. Il civilista, ossia chi studia il diritto privato moderno, impara come ogni problema giuridico abbia la sua storia, nel cui contesto si colloca la norma che cerca di risolverlo. La dimensione storica serve, in definitiva, per abituare il giurista, nel valutare i fatti, ad avere una sensibilità che in Europa si chiama umanistica e che si risolve nel vedere la realtà, anziché in bianco e nero, nelle sue infinite sfumature di grigio.

Tuttavia il problema, per finire (almeno in civil law) è capire da quale norma di legge, per sua natura (tendenzialmente rigida) il grigio debba essere regolato. Dal sillogismo, in un sistema di legge scritta, non si sfugge (anche se il problema del positivismo è sempre stato quello di non cogliere che la premessa maggiore è tutt'altro che scontata, essendo essa stessa un problema di interpretazione, sia pure in senso lato).

Cercando di calare il discorso nel concreto, mi limito a svolgere alcune brevi considerazioni. L'approfondimento di un problema giuridico previo studio dello stesso nel diritto romano appare il più delle volte proibitivo già solo per motivi pratici. Non mancano eccezioni, certo, che solo minimizzando si possono definire lodevoli, perché costituiscono in realtà dei piccoli capolavori (si vedano, per es., molte delle sentenze della Cassazione a firma del consigliere Marco Rossetti). Tuttavia un primo problema è il tempo: il giudice non decide di ciò che deve approfondire

¹ Per una conferma della diffusione della chiave di lettura in esame (impregiudicatamente la correttezza), cfr. A. SCHIAVONE, *s.v. Diritto romano*, in, *ED*, 6, *Aggiornamento*, Milano, 2002, p. 1157 ss.

² Cfr. per es. la monografia di R. FERCIA, *Dovere di diligenza e "rischi funzionali"*, Napoli, 2005. L'Autore, sulla base di una lettura di vari passi del digesto, ha cercato di dimostrare come in diritto romano il concetto di *culpa*, inteso in senso funzionale, ricomprenda anche l'assunzione di determinati rischi in via oggettiva, ossia a prescindere da un giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso.

né, in ragione dell'ordinario carico del ruolo, può dedicare il tempo che vuole al problema, poiché deve svolgere un'analisi costi/benefici, se del caso rinviando un approfondimento a un secondo momento (si noti: non è solo un argomento economico, ma anche consustanziale alla natura delle cose, essendo intrinsecamente connesso al valore della giustizia la necessità di mettere la parola 'fine' a una controversia³).

Viene allora da chiedersi se per la formazione del giurista non sia il caso di dedicare maggiore spazio, più che all'aspetto storico (che però è una peculiarità italiana tutt'altro che disprezzabile, anche in altri ambiti: penso a quello filosofico, dove si tratta di canone che, se pure contestato, costituisce non di meno e in positivo una cifra stilistica propria della filosofia italiana attuale a livello internazionale, e che serve al non disprezzabile scopo di evitare singolari riproposizioni di problemi che appaiono frutto di ignoranza, per l'appunto, storica), ai modelli di ragionamento dei singoli giuristi dell'antichità. In altri termini: si potrebbero mettere da parte impostazioni filosofiche, orientamenti ideologici, momento storico, analisi stilistica, per incentrarsi sul lavoro giuridico in senso stretto. Una sorta di case law che fornisca al giurista una serie di modalità di approccio 'tecnico' a un problema che, in tesi, possa essere ancora attuale (sia consentito una divagazione: si pensi a certi passi dell'Haggadah di Pesach, ossia della lettura rituale della Pasqua ebraica, nei quali sono descritte le molteplici interpretazioni degli esegeti degli eventi biblici quali le dieci piaghe d'Egitto e il passaggio del mar Rosso. Si tratta di tecniche di lettura ancora attuali).

2. In precedenza si è affermato: il giudice non applica il diritto romano. Ma dovrebbe?

Non mancano precedenti in base ai quali il diritto romano rientra ex art. 12 disp. prel. tra i principi dell'ordinamento giuridico. Ma l'argomento, sia consentito, appare alquanto scivoloso.

Un po' di casistica:

Per es. Cass. S.U. n. 2021/1989 afferma che i principi del diritto romano sono altresì principi generali dell'ordinamento odierno. Ora, occorre però chiedersi che legittimità sostanziale abbiano principi desunti dall'ordinamento romano in un contesto costituzionale, quale quello odierno, completamente difforme e caratterizzato dalla democraticità dell'ordinamento e, pertanto, dalla necessità che sia pure indirettamente le regole del diritto siano espressione della sovranità popolare. In termini più prosaici, poi, il nostro ordinamento e anche il diritto civile è già saturo di principi: proporzionalità, adeguatezza, eguaglianza, dignità; ciò non solo in forza della costituzione, ma anche della legge ordinaria.

³ Cfr. L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, ora in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 37 (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 353 ss.).

Ancora: Cass. n. 2631/1989 richiama delle costituzioni imperiali per interpretare l'art. 91 c.p.c., che disciplina le spese del giudizio; si perviene a sancire che il giudice debba provvedere in ordine alle stesse quale che sia la forma del provvedimento adottato per chiudere il processo davanti a sé. Conclusione, sia consentito, alla quale si poteva giungere altrimenti (insomma: un obiter dictum; culto, ma obiter).

Ancora: Cass. S.U. n. 19597/2020 (molto importante nella pratica, anche giudiziaria): le sezioni unite affrontano il problema dell'ambito applicativo dell'usura, (in concreto: se si applichi anche agli interessi moratori). Un precedente di poco risalente (Cass. n. 27442/2018, est. il consigliere Marco Rossetti) aveva concluso in senso positivo, sulla base (anche) di una dotta, approfondita analisi storica. Giustamente, tuttavia, le sezioni unite enunciano un principio alquanto semplice ma solido: l'argomento storico, inteso come quello che impone di dare continuità a una tradizione storica anziché sancire una soluzione di continuità, non è positivamente fondato: l'interprete non è tenuto a dare continuità alle scelte e alle nozioni pregresse. In altri termini: non c'è una norma che sancisca la necessità di un'interpretazione storica nel senso sopra delineato.

3. Allargando la prospettiva (oltre la giurisprudenza) sulla civilistica, si osserva anzitutto un tentativo di recupero del diritto romano inteso quale *ius commune* a fronte del diritto eurounitario, per sua natura pratico, orientato al risultato, pragmatico fin dalla sua scrittura, dunque frammentario. Allo stesso manca lo sfondo che possa dare unione alle varie direttive, manca un sistema, e si è pensato di vederlo nel diritto romano⁴.

Vaste programme!

Leggere il diritto romano come sfondo teorico-culturale di un diritto odierno mi sembra un obiettivo decisamente troppo ambizioso, se non velleitario. Se si vuole vedere e capire meglio una direttiva, appare più opportuno dapprima svolgere attività di comparazione con il diritto odierno, specie quello tedesco o francese; si dirà: paesi non a caso di civil law, dunque di derivazione romanistica, ma resta l'impressione di chi voglia imparare una lingua viva sulla base della filologia e dell'etimologia: approccio un poco ristretto.

Saltiamo, per finire.

Il diritto romano e la storia del diritto in genere possono mostrare, certo, come nel corso dei secoli istituti giuridici sorti per disciplinare gli stessi problemi si siano gradualmente o improvvisamente allontanati: insomma, per evidenziare i momenti in cui si sono verificate le grandi fratture tra un sistema e l'altro. Ma in concreto?

Se il diritto romano era considerato come parte integrante della formazione

⁴ Riferimenti per es. in S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 4 ss.

della classe dirigente (i famosi ‘studi classici’), oggi il diritto romano e le humanities, si dice (un po’ semplificando) ‘non servono’ (e si veda l’enfasi, di riflesso, sulle c.d. lauree S.T.E.M.).

Cosa resta allora, in un’età in cui predomina la tecnica, in cui tutto deve essere funzionale. Forse c’è ancora spazio per un pensiero che non sia direttamente, immediatamente funzionale a un obiettivo. Oggi gran parte dei ragionamenti civilistici sono di fatto influenzati dalla logica dell’efficienza; ricorre spesso l’argomento della necessità della costruzione di un mercato efficiente: c’è sempre un obiettivo più grande, un macro-obiettivo. Nella common law, almeno quella statunitense, l’analisi economica del diritto esprime a sua volta l’esigenza di efficienza. Per es. la tutela del consumatore contro le clausole abusive: si costruisca un mercato efficiente.

Ma non si può cercare di dare vita, più semplicemente, a un contratto ‘giusto’? Se poi viene, di riflesso, anche il mercato, tanto meglio.

Forse nelle civiltà che ci hanno preceduto e plasmato, tanto più se sono durate secoli e si sono diffuse in un lungo e in largo nel continente (e stiamo parlando, evidentemente, del diritto romano), si cercano dei valori diversi da quelli attuali perché, evidentemente, hanno ‘funzionato’.

Se si dice che dove c’è società c’è diritto, il mondo romano ha goduto di strutture giuridiche esemplari; e un sistema giuridico nel corso del tempo si mantiene solo se riesce a rispondere, semplicemente, a un semplice ideale: giustizia.

Si cercano allora nell’antichità parole che abbiano un senso diverso da quelle attuali; e forse si cerca la giustizia: parola, idea grande e terribile, ma alla quale il nostro animo non rinuncia.

Forse avere a che con il diritto romano, anziché come patentino d’appartenenza alla classe dirigente, all’opposto è divenuto ormai una forma di resistenza, una risorsa ultima alla quale attingere, una possibilità di leggere un’umana vicenda in termini di maggiore equità del caso concreto, anziché come strumento per dare rilievo a un valore che trascende gli interessi delle parti in conflitto tra di loro.

Pensare che possa esistere un diritto che ha plasmato per secoli l’Europa e che sia riuscito a tramandarsi a prescindere da considerazioni di carattere economicistico dimostra che si è ancora alla ricerca di una prospettiva che può apparire più giusta, proprio perché sganciata dalle esigenze dell’economia e della tecnica proprie della modernità. Certo, nulla di ‘puro’ e ‘innocente’: ogni diritto è struttura formale, ma non anche necessariamente sovrastruttura nel senso marxiano del termine. Insomma: si deve anche mettere da parte l’efficienza se la giustizia preme.

E forse in quest’ottica, non a caso, il lascito ‘operativo’ più importante in ambito civilistico del diritto romano è la regola (clausola generale) della buona fede, di cui è indubbio l’uso, anche giurisprudenziale (uno fra mille, nel mio lavoro: l’inibitoria delle garanzie autonome a fronte dell’escussione abusiva delle stesse).