

BARBARA PASA

# Civil law

Estratto da:

## DIGESTO

*delle Discipline Privatistiche*

*Sezione Civile*

*Aggiornamento*

\*\*\*\*\*

diretto da  
Rodolfo Sacco

**UTET**  
GIURIDICA

## INDICE

|   |           |     |
|---|-----------|-----|
| ADR di TOMASO GALLETTO . . . . .  | <i>p.</i> | 1   |
| Alienazione (divieto di) di RODOLFO SACCO . . . . .                                     | »         | 27  |
| Analyse Matricielle di ADA GERBAUDO . . . . .   | »         | 30  |
| Arbitrato (nuovi profili dell') di GUIDO ALPA e VINCENZO VIGORITI . . . . .             | »         | 38  |
| Arricchimento senza causa di PAOLO GALLO . . . . .                                      | »         | 99  |
| Banche dati di terminologia giuridica di SILVIA FERRERI . . . . .                       | »         | 114 |
| Beni culturali di GEO MAGRI . . . . .   | »         | 117 |
| Civil law di BARBARA PASA . . . . .   | »         | 136 |
| Clausola risolutiva espressa di GIANLUCA SICCHIERO . . . . .                            | »         | 155 |
| Codici di condotta di GUIDO ALPA e TOMASO GALLETTO . . . . .                            | »         | 163 |
| Common law di BARBARA PASA . . . . .  | »         | 172 |
| Compensatio lucri cum damno di GIANCARLO GIUSTI . . . . .                               | »         | 190 |
| Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea di LUISA ANTONIOLLI . . . . . | »         | 208 |
| Contratto collegato di RODOLFO SACCO . . . . .  | »         | 238 |
| Contratto complesso o misto di RODOLFO SACCO . . . . .                                  | »         | 241 |
| Contratto e operazione economica di ENRICO GABRIELLI . . . . .                          | »         | 243 |
| Contratto imposto di RODOLFO SACCO . . . . .  | »         | 257 |
| Contratto indiretto di RODOLFO SACCO . . . . .  | »         | 266 |
| Contratto plurilaterale (ossia con più di due parti) di RODOLFO SACCO . . . . .         | »         | 268 |
| Contratto sinallagmatico o con prestazioni corrispettive di RODOLFO SACCO . . . . .     | »         | 272 |
| Danno all'immagine di FRANCESCA BENATTI . . . . .                                       | »         | 275 |
| Danno da progresso tecnologico di NADIA COGGIOLA . . . . .                              | »         | 279 |
| Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale di CRISTINA AMATO . . . . .        | »         | 302 |
| Demanio (negoziato di diritto privato sul) di TOMASO GALLETTO . . . . .                 | »         | 309 |
| Demolizione di RENATO SPECIALE . . . . .  | »         | 322 |
| Diffida ad adempiere di GIANLUCA SICCHIERO . . . . .                                    | »         | 329 |
| Diritti reali (diritto internazionale privato) di ALESSIO ANCeschi . . . . .            | »         | 338 |

|  |        |
|--|--------|
| Dolo omissivo e obbligo di informazione di RODOLFO SACCO . . . . .                 | p. 356 |
| Dolus bonus di RODOLFO SACCO . . . . .   | » 362  |
| Donazione di fare di ALBERTO GIANOLA . . . . .                                     | » 364  |
| Fascicolo sanitario elettronico di PAOLO GUARDA . . . . .                          | » 373  |
| Garanzie per vizi e per evizione di SILVIA FERRERI e CRISTINA PONCIBÒ . . . . .    | » 393  |
| Gestione d'affari altrui di PAOLO GALLO . . . . .                                  | » 424  |
| Gestione d'affari altrui in diritto comparato di PAOLO GALLO . . . . .             | » 432  |
| Giappone (diritto moderno) di ANDREA ORTOLANI . . . . .                            | » 435  |
| Immigrato di PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA . . . . .                                   | » 451  |
| Ingegneria genetica di FULVIO MASTROPAOLO . . . . .                                | » 478  |
| Interruzione della prescrizione di CRISTINA COSTANTINI . . . . .                   | » 523  |
| Ipnosi e dichiarazione contrattuale di RODOLFO SACCO . . . . .                     | » 530  |
| Israele di ALFREDO MORDECHAI RABELLO . . . . .                                     | » 531  |
| Leasing di MAURO BUSSANI e MARTA INFANTINO . . . . .                               | » 588  |
| Legittimazione del diritto e del potere di RODOLFO SACCO . . . . .                 | » 604  |
| Lettera di conferma di RODOLFO SACCO . . . . .                                     | » 615  |
| Maternità surrogata di ANNA LORENZETTI . . . . .                                   | » 617  |
| Negoziio giuridico (oggetto del) di ROBERTO MARTINI . . . . .                      | » 633  |
| Norma giuridica di RICCARDO GUASTINI . . . . .                                     | » 645  |
| Ontologia applicata e diritto di PIERCARLO ROSSI . . . . .                         | » 654  |
| Pegno di ENRICO GABRIELLI . . . . .  | » 661  |
| Prescrizioni brevi di CRISTINA COSTANTINI . . . . .                                | » 677  |
| Prescrizioni presuntive di CRISTINA COSTANTINI . . . . .                           | » 680  |
| Principi di diritto di RICCARDO GUASTINI . . . . .                                 | » 686  |
| Promessa di matrimonio di ALESSIO ANCESCHI . . . . .                               | » 695  |
| Quasi-contratti di PAOLO GALLO . . . . .   | » 714  |
| Responsabilità civile della banca di PAOLO GAGGERO . . . . .                       | » 724  |
| Responsabilità del produttore nel diritto dell'Unione europea di FEDERICO FEDRIZZI | » 767  |
| Responsabilità extracontrattuale nel diritto dell'Unione europea di ELENA IORIATTI |        |
| FERRARI . . . . .  | » 779  |
| Restituzioni contrattuali di PAOLO GALLO . . . . .                                 | » 796  |
| Revisione e rinegoziazione del contratto di PAOLO GALLO . . . . .                  | » 804  |
| Rotatività della garanzia di ENRICO GABRIELLI . . . . .                            | » 821  |
| Soggetto di diritto di PAOLO GALLO . . . . .                                       | » 838  |
| Successioni in diritto comparato di PAOLO GALLO . . . . .                          | » 851  |
| Svalutazione di PAOLO GALLO . . . . .  | » 858  |
| Termine essenziale di GIANLUCA SICCHIERO . . . . .                                 | » 867  |
| Vicinato (rapporti di ) di FABRIZIO MELUCCI . . . . .                              | » 874  |
| Violenza di PAOLO GALLO . . . . .  | » 907  |



## Civil law

**Bibliografia:** oltre alle opere citate nelle note di questa voce (alle quali, per brevità, si rinvia), in lingua inglese, cfr. il noto lavoro di GUTTERIDGE, *Comparative law* (1949), la cui seconda ed. fu ripubblicata da Wildy nel 1974; altresì BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983; GLENDON ET AL., *Comparative Legal Traditions*<sup>2</sup>, Cambridge, 1994; GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2004 (1<sup>a</sup> ed. 2000); MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology*, Oxford, 1997; MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: an Introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*<sup>2</sup>, Stanford, 1985 (la prima ed. del 1969 è stata tradotta in it. da DE VITA, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973; la 3<sup>a</sup> ed. è a cura di MERRYMAN-PÉREZ PERDOMO, 2007) seguita da MERRYMAN/CLARK/HALEY, *Comparative Law. Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America and East Asia*, New Providence, CA, 2010; REIMANN-ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006; RILES, *Rethinking the masters of Comparative Law*, Hart Publishing, 2001; SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *Comparative Law*<sup>6</sup>, New York, 1998 (la prima ed. dello Schlesinger risale al 1950) ed è ora MATTEI-RUSKOLA-GIDI, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*<sup>7</sup>, N.Y., 2009; VON MEHREN, *The civil law system: cases and materials for the comparative study of law* (1957), la cui seconda ed. con GORDLEY, fu pubblicata nel 1977.

Per un'analisi critica della sistemologia cfr. ORÜCÜ-NELKEN (eds.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford and Portland, 2007; LEGRAND-MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003; HARDING-ORÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century*, Kluwer Law International, 2002.

Tra gli altri v. anche DAWSON, *The Oracles of Law*, Ann Arbor, 1968; LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Univ. of Michigan Law School (Ann Arbor), 1953; VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge Univ. Press, 1987 (tr. it. *I signori del diritto*, Milano, 1991); ID., *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, 1992 (tr. it. *Introduzione storica al diritto privato*, Bologna, 1995); WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1981; ID., *The Spirit of Roman Law*, Athens, London, Univ. of Georgia Press, 1995.

Tra gli autori tedeschi, il testo classico è quello di ZWEIFERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I, Tübingen, 1971 (tr. it. *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1992; una versione successiva è in lingua inglese, *Introduction to Comparative Law*<sup>3</sup>, Oxford, 1998; ad essa è seguita una versione in lingua spagnola, *Introducción al Derecho Comparado*, 2000); cfr. inoltre, il saggio di WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967 (tr. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, 1980); e quello di COING, *The Roman Law as Jus Commune on the Continent*, 89 L. Q. Rev. 505, 1973. Cfr. altresì ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition*, Oxford, 2001. Dello stesso

A., v. *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*, 66 *Tulane L. Rev.* 1685 (1992).

In spagnolo la manualistica di diritto comparato è spesso una mera traduzione di testi stranieri (è il caso dello Zweigert-Kötz tradotto in spagnolo nel 2000) oppure una rivisitazione ampliata e corretta di testi stranieri (circola ancora una versione del testo di Mario Sarfatti del 1933, tradotta in *Introducción al estudio del Derecho Comparado* in Messico nel 1945). Elementi di originalità rappresenta il nuovo manuale AJANI-ANDERSON-ARROYO AMAYUELAS-PASA, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, ed. UB, Madrid, 2011; oppure SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, Lima, 2006.

Negli ultimi anni sta crescendo una letteratura critica rispetto alla prospettiva "periferica" con cui sono stati sin'ora trattati in particolare i diritti latinoamericani: ad es., BAIRATI-PASA, *Verso l'uniformazione del diritto privato latinoamericano: l'esperienza del Mercosur*, RCDP, 2008, 405; BECKER LORCA, *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and political Imagination*, 47 *Harv.Int'l. L.J.* 282, 2006; ESQUIROL, *The Fiction of Latin American Law (part I)*, *Utah L. Rev.* 425, 1997 e ID., *Continuing Fictions of Latin American Law*, 55 *Fla. L. Rev.* 41, 2003; ID., *Writing the Law of Latin America*, 40 *Geo Wash. Int'l L. Rev.* 693, 2009; LOPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, 2001; si nota altresì una letteratura autoctona, prevalentemente di settore, ad es. SÁNCHEZ LORENZO (diretto da), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Madrid, 2009.

In francese l'opera fondamentale rimane quella di DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>7</sup>, Paris, 1978 (la prima ed. italiana del 1980 è a cura di SACCO, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova; una traduzione inglese della 6<sup>a</sup> ed. del 1974 è *Major legal systems in the world today*<sup>3</sup>, 1985). L'opera è stata aggiornata da DAVID-JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>11</sup>, Paris, 2002. Cfr. anche CONSTANTINESCO, *Introduction au droit comparé*, Paris, 1972, tr. it., *Introduzione al diritto comparato*, a cura di Procidia Mirabelli di Lauro-Favale, Torino, 1996.

L'impostazione tradizionale è seguita anche dalla manualistica attuale: CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 2007; FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*<sup>6</sup>, Paris, 2009; LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009; LEGEAIS, *Les Grands systèmes de droit contemporain: approche comparative*, Paris, 2008; SÉROUSI, *Introduction au droit comparé*<sup>2</sup>, Paris, 2008.

In controtendenza, invece, LEGRAND, *Le droit comparé, Que sais-je?*<sup>2</sup>, Seuil, 2006, mentre un approccio critico è coltivato in FAIRGRIEVE-MUIR WATT, *Common Law et tradition civiliste: convergence ou concurrence?*, Paris, 2006.

In italiano la letteratura è particolarmente ricca: v. GORLA, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione tra stati*, Atti del Convegno sulla Storia Giuridica Europea, Firenze, 1977, 477; ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; ID., *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» ed*

una introduzione al «dialogo civil law-common law», Milano, 1983; ID., «Diritto Comparato e straniero», in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; GORLA-MOCCIA, A «Revisiting» of the Comparison between «Continental Law» and «English Law», *The Journal of Legal History*, II, 1981, 143; MOCCIA, *Glossario per uno studio della "common law"*<sup>2</sup>, Milano, 1986; ID., «Civil Law», in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 371; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1992 [pubblicata anche in francese ed inglese, rispettivamente *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, e *Legal Formants (...)*, 39 *American Journal of Comparative Law* (I & II), 1991, 1 ss. e 343 ss.]; ID., *I codici civili dell'ultimo cinquantennio*, in *Il codice civile-Convengo del cinquantennio*, Relazione al Convegno promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei, 15/16-12-1992, *RDC*, 3, I, 1993, 311; ID., *La circolazione del modello giuridico francese*, *RDC*, 1995, 4, I, 515; ID., «Negozio giuridico, circolazione del modello», in *Digesto/civ.*, XII, Torino, 1995, 86; ID., *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007; STEIN, *I sistemi di civil law nella prospettiva del giurista di Common law*, *Rass. DC*, 1982, 821.

A seguire: AJANI, *Diritto dell'Europa orientale*, Torino, 1996; ID., *Il modello post-socialista*<sup>2</sup>, Torino, 1999; ID., *Sistemi giuridici comparati, lezioni e materiali*<sup>2</sup>, Torino, 2006; AJANI-MONATERI, *Casi e Materiali di diritto comparato*, Torino, 2001; ALPA, *Diritto privato comparato: Istituti e Problemi*, Roma, 2008; ID., *L'arte di giudicare*, Bari, 1996; BENACCHIO, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del Sud*, Padova, 1995; BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010; CANDIAN-GAMBARO, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. Le tradizioni di common law e civil law*, Torino, 2005; DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, nuova ed., Padova, 2007; GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*<sup>5</sup>, Bologna 2011; ID., *Lex mercatoria*<sup>5</sup>, Bologna, 2010; GAMBARO, «*Jura et Leges*» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, *EDP*, 1998, 993; GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. Sacco dir. comp.*<sup>3</sup>, Torino, 2008 (1<sup>a</sup> ed. 1996); GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea*, Milano, 2009; GORDLEY, «*Common law*» v. «*civil law*». Una distinzione che va scomparendo?, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, I, 559; ID., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991; GRANDE, *Development of comparative Law in Italy*, in REIMANN-ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 107; GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*<sup>4</sup>, Padova, 2010; LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari, 2000; LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994; ID., *Sistemi giuridici comparati: traccia di un corso*, Napoli, 2001; MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica*, in «*Scintillae iuris*», *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, I, 776; MATTEI-MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997; MONATERI, *Il modello di civil law*<sup>1</sup>, Torino, 1996 (3<sup>a</sup> ed., 2009 con SOMMA); ID., *Black Gaius* (2003) reperibile anche in versione italiana all'indirizzo internet <http://www.jus.unitn.it/cardoza/users/pigi/blackgaius/bgsum.html>; MONATERI-GIARO-SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo: un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005; NEGRI ET AL., *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2010; PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005; ID., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; RODOTÀ, *Un codice per l'Europa?* in *Codici, Una riflessione di fine millennio*, a cura di Cappellini-Sordi, Milano, 2002, 541; ROZO ACUÑA, *Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale. Evoluzione politico costituzionale e carte costituzionali*, Torino, 2008; SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005; SIMONI-VALGUARNERA, *La tradizione giuridica dei Paesi nordici*, Torino, 2008; SOMMA (oltre al testo citato supra con Monateri), *Temi e problemi di diritto comparato, IV (Diritto comunitario vs. diritto comune europeo)*, Torino, 2003; ID., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007 (tr. spagnola: *Introducción crítica al derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2008); TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, *FI*, 2001, V, 345; VARANO, *Civil law e Common law: tentativi di riflessione su compa-*

razione giuridica e cultura, *RTPC*, 2009, suppl. n. 4, 39; VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*<sup>4</sup>, I, Torino, 2010.

Di interesse storico-comparativo: CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*<sup>4</sup>, Torino, 1989; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979; GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Bari-Roma, 1995; ID., *Un diritto senza Stato, Quad. fiorentini*, XXV, 1996, 267; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; ID., *L'Europa del diritto*<sup>4</sup>, Roma, 2009; PADOA SCHIOPPA, *Il diritto nella storia d'Europa. Il Medioevo*, Padova, 1995; PIANO MORTARI, «Codice (storia)», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 228; ID., «Commentatori», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 794; ID., «Glossatori», in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 625; STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987; TARELLO, *Le idee della codificazione*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di Rodotà, Bologna, 1971, 31; ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998; VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*<sup>4</sup>, Paris, 1975.

**Sommario:** 1. Significati di Civil law. – 2. Civil law e Tradizione giuridica occidentale. – 3. Trattati comuni dei sistemi giuridici di Civil law. – 4. Significato della rivoluzione universitaria. – 5. Apporto del diritto della Chiesa. – 6. Jus commune e jura propria. – 7. Dimensione fattuale del diritto in Civil law. – 8. Codici che non costituiscono modelli notevoli. – 9. Code civil e «modello francese». – 10. BGB e «modello tedesco». – 11. Circolazione e recezione del Code civil. – 12. Recezione indiretta del BGB. – 13. Tentativi di codificazione antidogmatici. – 14. Civil law e patrimonio costituzionale europeo.

### 1. Significati di Civil law.

L'espressione inglese Civil law ricorre in varie accezioni.

Nel suo uso più noto e di gran lunga prevalente anche tra i giuristi non di lingua inglese, essa sta ad indicare il diritto diffusosi sul Continente, dalla fine dell'XI sec., a sud dell'attuale Danimarca ed entro il confine orientale del Sacro Romano Impero, cosiddetto diritto continentale europeo (continental law) (1). In questa accezione, l'espressione civil law veniva tradizionalmente impiegata con lo stesso significato della locuzione «famiglia romano-germanica», mutuata dalla fortunata opera di un autore francese che tratta, appunto, della famille romano-germanique (2). Secondo questa nota classificazione sistemologica, proposta in riferimento a due fattori principali, quello ideologico e quello tecnico-giuridico delle fonti di produzione, i moderni diritti si ridurrebbero a sole quattro famiglie (oltre a quella romano-germanica, detta appunto di Civil law, quella di Common law, quella di tipo socialista ed i sistemi filosofici o religiosi) (3). Tale schema espositivo s'intratteneva principalmente sulla famiglia di civil law ed in particolare su quei sistemi giuridici che hanno fornito modelli notevoli nell'area romano-germanica (cioè il francese ed il tedesco) e che hanno esportato istituzioni, regole e concetti nei sistemi giuridici cosiddetti «derivati» (dell'America latina, di gran parte dei paesi africani, di alcuni paesi del Medio Oriente, del Giappone, dell'Indonesia). In questo senso, l'espressione Civil law veniva tradizionalmente utilizzata in contrapposizione a Common law (rinvio alla voce), evocando il contributo

fondamentale del diritto romano-canonico recato alla formazione della prima famiglia a differenza della seconda.

Il comparatista odierno raccoglie l'idea di una macro-categoria, quella di Civil law intesa come una delle "famiglie giuridiche" (legal families, famille de droits, Rechtskreis), per rappresentare i sistemi giuridici con caratteristiche "genetiche" comuni, stabilendo "relazioni di parentela" fra gli ordinamenti (statali, regionali e sovranazionali) esistenti (4). Così, l'espressione viene ancora utilizzata per il suo valore tassonomico; tuttavia è in corso un acceso dibattito (5) sulle potenzialità insite in nuove classificazioni (6).

Per sottolineare il cambio di prospettiva, vi è chi utilizza l'espressione "tradizioni giuridiche" (legal traditions) e propone che questa espressione diventi la nuova macro-categoria da cui muovere nell'analisi comparata (7). Ciò al fine di escludere definitivamente l'utilizzo di concetti come quello di "sistemi giuridici" (legal system), la cui storia è chiaramente associata al pensiero giuridico occidentale e di certe nozioni come quella di cultura giuridica (legal culture) prodotta anch'essa dall'illuminismo di stampo occidentale (8).

Attualmente, dunque, vi è chi preferisce utilizzare la locuzione Civil Law Tradition, perché la classificazione secondo "famiglie" ha prodotto uno studio eurocentrico, eccessivamente attento all'osservazione del diritto civile rispetto al diritto costituzionale, amministrativo e penale, sbilanciato sui sistemi giuridici europei e degli Stati Uniti d'America, teso ad accentuare le divergenze fra Common law e Civil law.

Nonostante questa nuova prospettiva d'analisi sia assolutamente condivisibile, gran parte della dottrina (non solo italiana) continua ad affidarsi alla tassonomia classica, che pare più chiara ai fini espositivi e didattici, riservando l'espressione "tradizione" per indicare un'area più ampia, quella della Western Legal Tradition (Tradizione giuridica occidentale) (9), la quale al suo interno continua ad essere convenzionalmente ripartita in "famiglie" o, più spesso, in gruppi di "sistemi giuridici" (10).

All'interno di questa grande area che ricomprende, pertanto, tutti i diritti occidentali che si riconoscono nella tecnica della soluzione ermeneutica, ossia del torto e della ragione, del vinto e del vincitore e che affermano l'autonomia del diritto come autonomia del giurista in quanto ermeneuta dotto di un testo (11), autorevole dottrina preferisce oggi valorizzare le caratteristiche proprie di ciascun sistema giuridico che gravita nell'orbita di Civil law (12): così, ad es., per l'esperienza francese, tedesca, italiana, svizzera, austriaca, del Belgio e dell'Olanda, della penisola iberica, sino al diritto dei paesi nordici (13)

e a quello dei sistemi dell'Europa centrale dopo l'abbandono dell'opzione socialista (14). L'intento è quello di misurare, fra il resto, l'originalità di ciascun sistema rispetto ai fenomeni di circolazione, recezione o imitazione di modelli giuridici non autoctoni, dovuti ad influenze esterne. A quest'ultimo proposito si aggiunga che più di un autore ha segnalato la natura "mista" di tutti i sistemi giuridici esistenti, dato che sono stati tutti costruiti con materiali non completamente indigeni (15). Senza con ciò voler negare il fatto che taluni sistemi giuridici rappresentino dei "modelli notevoli" (16), va almeno riconosciuto il carattere "misto" ai sistemi giuridici dell'America centrale e latina (che parte della dottrina, guardando al solo diritto privato, tratta ancora come un'estensione periferica dei modelli europei a seguito delle conquiste portoghesi e spagnole) (17) — nei quali idee ed istituti del Common law statunitense hanno lasciato ampia traccia (si pensi alla nozione di due process e all'habeas corpus incorporati nelle Costituzioni di molti paesi dell'America Latina) — e ad altri sistemi della tradizione occidentale, come Porto Rico, Luisiana e Quebec (18).

In termini generali, dunque, è possibile riconoscere una duplice valenza all'espressione Civil law.

La prima è di tipo teorico-conoscitivo: con l'aiuto della classificazione per "famiglie" dei "sistemi giuridici" (oppure, se si preferisce, per "tradizioni giuridiche") le diversità fra "sistemi" (19) (nozione che si continua a prediligere) vengono semplificate. Le differenze e le somiglianze vengono descritte e rese accessibili come punto di partenza per una prima indagine comparativa di respiro generale. La possibilità di conoscere i tratti peculiari dei sistemi giuridici e degli attuali ordinamenti (oltre 200, considerando solo quelli statali) attraverso il raggruppamento in "famiglie" (o "tradizioni") si fonda principalmente sull'idea di una relazione storica fra i sistemi giuridici (20). Ed è proprio nella storia (21) e nel contesto delle relazioni fra sistemi che si comprendono i tratti peculiari di Civil law.

La seconda accezione ha una valenza pratica: sulla base della classificazione per "famiglie" (o, se si preferisce appunto per "tradizioni") vengono così raccolte informazioni sui vari sistemi giuridici, che costituiranno il punto di partenza per un'analisi di dettaglio (c.d. micro-comparazione) degli istituti e delle regole giuridiche. Ordinare la conoscenza del dato giuridico per "famiglie" (o "tradizioni") significa accedere ad una pre-comprensione (22) dei sistemi e degli ordinamenti giuridici, cioè approntare uno strumento euristico fondamentale che guida le ricerche di diritto comparato.

L'espressione Civil law ricorre, infine, in altre accezioni più limitate. Nella letteratura giuridica inglese

ed americana, essa descrive il settore del diritto privato (non anche di altri ambiti del diritto) dei sistemi giuridici dell'Europa continentale e dell'America Latina, sulla base della caratteristica comune che il diritto privato è contenuto nei codici civili (23). Si può menzionare anche un altro significato di Civil law, relativo al diritto positivo di ogni nazione, comunità o collettività politica; lo stesso che è comunemente chiamato diritto interno o patrio (c.d. municipal law) (24). In un'altra e più ristretta accezione, Civil law designa il settore del sistema inglese (come di altri che ne hanno recepito o seguito il modello) comprendente sia i rapporti tra privati, sia quelli dei pari disciplinati dalla normativa privatistica (o comune) tra pubblica amministrazione e cittadini, contrapponendosi in tal senso a criminal law (25).

(1) Così GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel mondo occidentale, ed una introduzione al «dialogo Civil law-Common law»*, Milano, 1983, 510; cfr. anche altri autori italiani e la manualistica che descrive il c.d. "modello di Civil law": MONATERI-SOMMA, *Il modello di Civil law*<sup>3</sup>, Torino, 2009; GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*<sup>4</sup>, Padova, 2010, oppure AJANI, *Sistemi giuridici comparati, lezioni e materiali*<sup>2</sup>, Torino, 2006; GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. Sacco dir. comp.*, Torino, 1996 (3<sup>a</sup> ed. 2008).

(2) Cfr. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>7</sup>, Paris, 1978, tr. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*<sup>3</sup>, a cura di Sacco, Padova, 1980.

(3) Altri autori distinguono un maggior numero di famiglie giuridiche: romanistica, germanica, scandinava, anglo-americana, riferendosi per il resto al Diritto dell'Estremo Oriente (cinese e giapponese) ed ai Sistemi giuridici religiosi (islamico e indu): cfr. ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I (Grundlagen), Tübingen, 1971, tr. it. *Introduzione al diritto comparato*, I, a cura di Di Majo-Gambaro, tr. di Pozzo, Milano, 1992. Qui si fa riferimento alla versione più recente, in inglese, *Introduction to Comparative Law*<sup>3</sup>, tr. di Weir, Oxford, 1998, 73 ss. I criteri sui quali si fonda tale classificazione, che determinano lo "stile" originale di ciascuna "famiglia" o "sistema" giuridico (a seconda del concetto che si preferisce adottare), sono almeno cinque: eventi storici che determinano cesure o mutamenti di lunga durata, modi e strategie del ragionamento giuridico, istituzioni giuridiche tipiche, scelta delle fonti giuridiche e metodi di interpretazione, ideologia, intesa come dottrina politico-economica o come credenza religiosa incidente sul dominio giuridico. Ben presto l'evidente disinteresse per il diritto islamico, indiano, cinese, il diritto tradizionale africano ed altri diritti è stato criticato, assumendo che il carattere eurocentrico sia senz'altro da rigettare. Le «altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto» che sono state marginalizzate nel passato, quando l'attenzione era concentrata sulla dicotomia fra Common law e Civil law, sono attualmente oggetto di approfonditi studi di diritto comparato.

(4) Cfr. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre I*, 1961, 133; DAVID, *op. cit.*, 23-33; MALMSTRÖM, *The System of Legal Systems: Notes on a Problem of Classification in Comparative Law*, 13 *Scan. Stud. in Law*, 129, 1969; BOGDAN, *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation, 1994, 82-91; DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*<sup>2</sup>, Cavendish, 1999, 31-40; ZWEIGERT-KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, cit., 63-73.

(5) Esso non è confinato alla dottrina italiana, ma coinvolge in generale gli studiosi di diritto comparato: si vedano in particolare le opere collettanee di ORÜCÜ-NELKEN (eds.), *Comparative*

*Law. A Handbook*, Oxford and Portland, 2007 e LEGRAND-MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003.

(6) La mappatura di stampo geografico non soddisfa la dottrina: MATTEI (*Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Scintillae Juris, Studi in onore di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 775 ss.) ha proposto (success. MATTEI-MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997) una classificazione fondata sui cc.dd. fattori di controllo sociale (diritto, politica e tradizione) per superare i difetti dell'eurocentrismo ed un'eccessiva staticità della descrizione. Il diagramma di rappresentazione di questa teoria è un triangolo ove i tre poli corrispondono ai tre fattori di controllo sociale — diritto, politica e tradizione — in cui i sistemi giuridici possono spostarsi verso l'uno o l'altro polo, a seconda dei grandi mutamenti che li coinvolgono (più o meno traumatici, ad es. v. il "modello socialista dei paesi dell'Est europeo" venuto meno con gli avvenimenti degli anni 1989/1990 che si muove dal polo dell'egemonia della politica verso il polo dell'egemonia professionale del diritto).

(7) Cfr. GLENN, *Legal Tradition of the World*, Oxford Univ. Press, 2000 (2<sup>a</sup> ed. 2004), e la discussione di ÖRÜCÜ, Twining, Glenn in ÖRÜCÜ-NELKEN (eds.), *op. cit.*

(8) Cfr. la prefazione di GLENN, *op. cit.* Esse sono *Talmudic legal tradition, Civil law tradition, Islamic legal tradition, Common law tradition, Hindu legal tradition, Asian legal tradition*.

(9) Sulla quale v. quanto detto nella voce → COMMON LAW (rinvio).

(10) GAMBARO-SACCO, *op. cit.*; GUARNERI, *op. cit.*; VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*<sup>4</sup>, I, Torino, 2010; MONATERI-SOMMA, *op. cit.*; AJANI, *Sistemi giuridici*, cit.

(11) MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 45.

(12) Cfr. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*

(13) La scelta di far confluire il diritto dei paesi nordici (Svezia, Finlandia, Danimarca, i due territori autonomi di Groenlandia e Isole Færøer, Norvegia ed Islanda) entro la famiglia (o tradizione) di Civil law è motivata dal fatto che anch'essi identificano la legge come essenziale fonte di produzione del diritto (con un accentuato valore dato ai lavori preparatori), escludendo la giurisprudenza e la dottrina; inoltre, la loro organizzazione giudiziaria è ispirata ad un modello burocratico simile a quello degli altri sistemi continentali in cui il giudice è funzionario dello Stato; d'altro canto, vi sono peculiarità tali da caratterizzare, nello specifico, quest'area giuridica: ad es., tali sistemi non sono dotati di codificazioni come quelle continentali e le materie sono sistemate secondo criteri differenti rispetto alla tradizionale ripartizione di Civil law. Sulla necessità di distinguere in maniera netta una tradizione giuridica dei paesi nordici cfr. SIMONI, in VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*<sup>4</sup>, cit., 463 ss., e SIMONI-VALGUARNERA, *La tradizione giuridica dei Paesi nordici*, Torino, 2008.

(14) Sui quali v. diffusamente AJANI, *Il modello post-socialista*<sup>2</sup>, Torino, 1999; ID., *Diritto dell'Europa orientale*, Torino, 1996. Il recupero del substrato romanista (su cui SACCO, *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, RDC, 1969, I, 115) è evidente in gran parte dell'area, sia laddove esso ha prodotto un'influenza diretta (soprattutto nell'Europa centrale), sia laddove si è sovrapposto agli usi autoctoni (ad es. in Albania, Bosnia, Serbia e Montenegro).

(15) Già in ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, Paris, 1950, 42-53; PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge, 2001 (una nuova ed. a cura di Palmer-Christie è del 2010); v. attualmente MATTEI-RUSKOLAGIDI, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*<sup>7</sup>, N.Y., 2009, 190 ss. e 240 ss.

(16) Con il termine "modello" si fa riferimento ad un'astrazione rispetto al sistema storicamente realizzatosi, ad es. il modello francese o quello tedesco, cfr. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 209 ss.



(17) A partire da EDER, *The Impact of the Common law on Latin America*, 4 *Miami L. Q.* 435, 1950; ESQUIROL, *The Fiction of Latin American Law (part I)*, *Utah L. Rev.* 425, 1997; ID., *Continuing Fictions of Latin American Law*, 55 *Fla.L.Rev.* 41 (2003); ID., *Writing the Law of Latin America*, 40 *Geo Wash.Int'l L. Rev.* 693, 2009; LOPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, 2001; BECKER LORCA, *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and political Imagination*, 47 *Harv. Int'l. L.J.* 282, 2006; KLEINHEISTERKAMP, *Development of Comparative Law in Latin America*, in *Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di Reimann-Zimmermann, Oxford, 2006; BAIRATI-PASA, *Verso l'unificazione del diritto privato latinoamericano: l'esperienza del Mercosur*, RCDP, 2008, 405 ss.

(18) In sintesi sul punto cfr. MATTEI-RUSKOLA-GIDI, *op. cit.*, 191 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata.

(19) L'espressione "sistemi giuridici" è più flessibile rispetto a quella di "ordinamento giuridico" (che fa riferimento ai confini dello stato-nazione) perché consente di far riferimento, ad es., ai sistemi dei popoli senza scrittura e all'etnodiritto, prendendo atto che la "statualità" del diritto dipende dal modo in cui la dottrina ha sistematizzato la realtà europea nei secoli XIX e XX. Cfr. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*, Torino, 1992, 20 ss.; ID., *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007. Nozione che riceve una connotazione pregnante ed autorevole con von Savigny, e continua da essere utilizzata per indicare i caratteri non transeunti di una determinata comunità (statuale, sovranazionale, regionale) come ricorda GUARNERI, *op. cit.*, 37 ss.

(20) WATSON, *Legal Transplants and European Private Law*, 4 *Elect. J. Comp. L.*, 2000, chap. II; SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *Am.J.Comp.Law* 343, 1991.

(21) La seconda delle cc.dd. "Tesi di Trento" (manifesto della scienza comparatistica italiana) afferma che la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche, rivolgendosi sia ai dati reali storicamente accaduti e verificabili, sia a quanto si tramanda essere accaduto (ciò che viene detto sui fatti diventa un fatto). Sulle Tesi di Trento cfr. AJANI, *Sistemi giuridici*, cit., 5.

(22) Cfr. HUSA, *Legal Families and Research in Comparative Law*, in *Global Jurist Advances*, I, No. 3, Article 4, 2001, [bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art4](http://bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art4). L'A. precisa che pre-understanding è la traduzione dal tedesco di *Vorverständnis* che trova origine nell'ermeneutica filosofica: v. RICOEUR, *Hermeneutics & Human Sciences*, 1995, 54-59. Con "pre-comprensione" Husa intende far riferimento ad un concetto omologo all'"Idealische Typus" weberiano, locuzione con la quale Weber si riferisce «to the construction of certain elements of reality into a logically precise conception» (WEBER, *Economy and Society I*, 1978, 18-22). Sul punto KÄSLER, *Max Weber: An Introduction to his Life and Work*, 1988, 180-184, tr. it. Max Weber, collana "Le vie della civiltà", Bologna, 2004.

(23) Così riferisce nella sua recente indagine BAUDENBACHER, *Some Remarks on the Method of Civil Law*, 34 *Tex. Int'l L. J.*, 1999, 333 ss.

(24) Cfr. il classico *Black's Law Dictionary*<sup>6</sup> (*definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern*), Campbell Black (ed.), contributing authors Nolan-Connolly, St. Paul, Minn., 1990, 246; oppure, fra le versioni on-line a pagamento, *A Dictionary of Law*, a cura di Oxford Reference Online (<http://www.oed.com/>) e *Dean's Law Dictionary*, a cura di Cambridge Dictionaries Online (<http://deanslawdictionary.com>).

(25) Cfr. MOCCIA, *Glossario per uno studio della "Common law"*<sup>2</sup>, rist., Milano, 1986.

## 2. Civil law e Tradizione giuridica occidentale.

La sistemologia classica, fondata sulla rigida contrapposizione fra Civil law e Common law, è stata criticata da più parti e sembra attualmente superata. Essa si fondava sull'osservazione "ingenua" degli eventi storici (26), li estrapolava dal contesto facendone esempi di differenze profonde fra le due famiglie giuridiche, servendosi del loro carattere esplicativo per descrivere origini e cause della diversità. Ad una percezione antagonistica ingenua di quel tipo, si è sostituito un approccio consapevole delle contingenze storiche che hanno contribuito alla formazione delle differenze fra Civil law e Common law, alcune delle quali, pur se in misura ridotta, si riscontrano ancor oggi. Di conseguenza, da un lato sono stati isolati quei dati profondi ed essenziali di ciascuna famiglia giuridica, che contraddistinguono mentalità, stili e morfemi giuridici consolidatisi in un arco di tempo plurisecolare (27), dall'altro lato sono stati evidenziati i punti di contatto fra le varie famiglie o gruppi di sistemi che compongono la Tradizione giuridica occidentale.

Secondo un'accreditata ricostruzione storica (28), una vasta area di diritto comune si sviluppa in Europa nell'Alto Medioevo, ovvero fra i secc. V ed XI per il dinamismo del mondo giuridico europeo, capace di evolversi in forme più sofisticate e complesse (29). Il carattere dinamico del mondo giuridico europeo alto-medioevale è riconducibile innanzitutto alla fusione fra vari elementi, tardo-romani, germanici ed ecclesiastici: procedure, legislazioni, linguaggi e formule sono largamente riconducibili a modelli comuni all'interno di una vasta area geografica che, in quell'epoca, comprendeva le Isole britanniche, l'Islanda, la Scandinavia, le regioni centrali del Continente e quelle a sud, sino al confine con la Civiltà bizantino-ortodossa.

In secondo luogo, il carattere dinamico è derivato dalla natura "aperta" delle esperienze giuridiche europee continentali di quel tempo, frutto della concorrenza tra fonti diverse: laiche ed ecclesiastiche, regie e consuetudinarie. Il dinamismo è inoltre insito nell'oralità prevalente di queste società a potere diffuso, descritte come società policentriche, acefale, espressione di un "diritto senza Stato" (30), essenzialmente feudali. Il feudalesimo, tuttavia, con il tipico sistema piramidale di concessioni a cascata di terre da parte di un signore sovraordinato ad un soggetto (quest'ultimo a sua volta sovraordinato ad un altro, e così via, dal Re agli ultimi valvassini) in cambio di servizi militari e/o di altra natura, nasconde una società tutt'altro che statica ma conflittuale, sempre sull'orlo della disgregazione, nella quale il pactum fidelitatis diretto tra Signore e vassallo dovrebbe tenere unite forze perennemente in contrasto. Una società pluralistica e conflittuale nella qua-

le si porrà esplicitamente addirittura la questione dell'appartenenza dei vescovi alla struttura della fidelitas feudale (c.d. Lotta per le investiture) (31). È da questo fertile terreno in cui convivono ordini giuridici differenti, quello feudale, consuetudinario, dei mercanti, della Chiesa, delle regole volgarizzate romane, della comunità stessa [attraverso la forma di giustizia comunitaria nota come placitum o mal-lus (32)] che affondano le proprie radici le famiglie di Civil law e Common law. È dalla frammentazione giuridica, dalla congerie di norme disomogenee, delle quali pochissime scritte, di creazione non statutale, fatte valere in forma "epistolare" per mezzo di un cosiddetto "brevis" (in Inghilterra noto come writ) che Civil law e Common law si sviluppano secondo percorsi storici autonomi. Il ceppo comune alto-medioevale spiega la consonanza dei valori di fondo, a fronte di una dissonanza delle forme tecniche di espressione di quei valori. I cammini si dipartono sul finire dell'XI sec., a causa, per un verso, della rivoluzione papale che, attraverso la Chiesa, fornirà il prototipo per lo sviluppo dei sistemi giuridici romano-germanici (33), per l'altro, della rinascita cittadina, opera dei mercanti e dei Vescovi (ed estranea alla giurisdizione feudale), per un altro verso, infine, a causa dell'affermarsi della scientia juris, come principale formante giuridico di quell'epoca. Essa elabora categorie ordinanti e tecniche ermeneutiche che forgiarono il modo di pensare il diritto nella famiglia di Civil law. Così si può dire che il diritto inglese è la prosecuzione, in forme organizzative sempre più complesse, attraverso un sistema accentrato di amministrazione della giustizia, di istituti tipici del diritto comune alto-medioevale, e che il diritto continentale, anch'esso dominato da fonti, regole e procedure tipiche del diritto comune alto-medioevale, assume una peculiare configurazione grazie al modo in cui viene studiato ed insegnato il Corpus Juris Civilis giustiniano nelle Università, ad iniziare da quella di Bologna, fondata nel 1147 col conferimento della Bolla papale (Eugenio III) alla corporazione degli studenti.

Non si deve credere, tuttavia, che il passaggio dalle radici comuni dell'Alto Medioevo al Basso Medioevo (34), quando le due famiglie iniziano a distinguersi, segni una cesura nella mentalità giuridica. La continuità marca i caratteri profondi della mentalità giuridica della Tradizione giuridica occidentale. Il primo elemento di continuità è costituito dalla dimensione sapienziale dell'esperienza giuridica anche in Common law, ove il giudice, pur non essendo uno dei doctores, è ritenuto custode di un sapere iniziatico; il secondo elemento di continuità è dato dall'interpretato come tratto qualificante della scienza giuridica ed anche del giudice inglese, il quale è interprete "scopritore" (non creatore) delle regole

di Common law; il terzo elemento di continuità va ravvisato nella concezione della politica come spazio interno al diritto, che informa di sé l'ordine generale della società in entrambe le famiglie giuridiche; il quarto elemento risiede nella razionalità che deve ammantare la legge, infatti la pura volontà del sovrano (intesa come arbitrarietà del comando incorporato dalla legge) non è sufficiente a fondare regole di diritto ed in entrambe le famiglie vi sono apposite procedure affinché la regola trovi legittima espressione (35). Le divergenze fra il diritto anglo-americano e quello europeo continentale riguardano piuttosto l'apparato didattico ed espositivo predisposto per studiare e conoscere il diritto, non tanto i valori che le norme intendono garantire. E semmai riguardano determinati aspetti istituzionali dell'elaborazione del diritto (ad es. nelle sedi universitarie oppure negli Inns per quel che concerne la formazione del giurista), oltre che alcuni istituti tipici (la giuria ed il trust nell'una famiglia oppure l'abuso del diritto nell'altra, ecc.) che avranno ripercussioni sostanziali sull'evolversi delle due famiglie giuridiche.

L'antagonismo fra Common law e Civil law va pertanto ridimensionato. Esso si riduce a ciò che verosimilmente è stato (36): un fenomeno interno al diritto inglese, il riflesso della presenza, fino alla seconda metà del XIX sec., di due distinti ordini di giurisdizioni e dei relativi corpi professionali dei Common lawyers e dei civilians. Al di là delle note polemiche a livello storiografico di questo presunto antagonismo, il diritto inglese nel suo insieme, comprensivo delle giurisdizioni di Common law ed Equity e della sua matrice civilian mantiene, per tutto l'arco della sua evoluzione, una posizione comunicante con la cultura giuridica dell'Europa continentale. I fattori principali di collegamento del diritto inglese con la tradizione di Civil law sono molteplici, come quello della prassi giurisprudenziale del ricorso alle continental authorities nei casi omessi o dubbi, e quello della presenza di cospicue raccolte di testi giuridici continentali in molte biblioteche (di università, di privati o delle associazioni professionali) inglesi (37). Piuttosto, per ciò che concerne il diritto statunitense, l'antagonismo rispetto ai sistemi di Civil law è il prodotto recente di un'egemonia culturale, politica ed economica che impregna anche il diritto, come ad es. stanno ad indicare sintomatici casi di extraterritorialità della giurisdizione statunitense apparentemente inspiegabili (38) (sul punto rinvio alla voce → COMMON LAW).

(26) Cfr. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*

(27) GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 41 ss.

(28) LUPOL, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994. Tesi seguita ad es., da MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, ma sulla quale cfr. criticamente GROSSI, *cit.*, (*infra* questo paragrafo).

(29) Secondo David, nell'Alto Medioevo esistono già istituzioni atte alla risoluzione delle controversie che accomunano le popolazioni occidentali: i rachimburg franchi, i lachman scandinavi, gli eðsagari islandesi, i brehon irlandesi, i withan anglosassoni. Le leggi barbariche di quell'epoca confermano che l'istituto più diffuso è l'arbitrato, che mira a salvaguardare la solidarietà del gruppo e a far regnare la pace, ma non ad accordare a ciascuno ciò che gli spetta secondo giustizia. Cfr. DAVID, *op. cit.*, 8 ss.

(30) GROSSI, *Un diritto senza Stato*, in *Quad. fiorentini*, XXV, 1996, 267 ss.

(31) Si noti che sul Continente (a differenza che in Inghilterra) non si realizza una feodalizzazione completa della terra e che quella non infeudata rimane terra allodiale, retta da regole simili a quelle romane originarie.

(32) L'assemblea degli uomini liberi è la cornice entro cui si compie il processo; in questa assemblea la coralità assume un ruolo fondamentale, ad essa si ancora la forza vincolante del processo, e dalla pubblicità del processo discende il rispetto degli impegni presi dinanzi al princeps-iudex. Così MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 18 ss.

(33) Nell'opinione di Berman, la riforma gregoriana costituirebbe la svolta fondamentale, a partire dalla quale il diritto viene concepito come autonomo dalla religione e dalla politica; come conseguenza, lo spazio giuridico viene amministrato da un ceto di professionisti che svolgono la loro attività sulla base di una cultura specialistica, usando un linguaggio settoriale, ed un patrimonio di conoscenze che diviene formante organizzativo del sistema stesso. BERMAN, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, 1983. Contro una ricostruzione che attribuisca la rinascita del sentimento di legalità ed in definitiva il sorgere della tradizione giuridica occidentale all'opera della Chiesa vd. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 193.

(34) Sulla discutibile divisione in due tronconi del Medioevo cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma, Bari, 1995, 127 ss.. V. anche MATTEI, *Il modello di Common law*<sup>3</sup>, Torino, 2010, 3.

(35) Cfr. MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 42 ss.; GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 41-42.

(36) MOCCIA, «Civil law», in *Digesto/civ.*, Torino, II, 1988, 371.

(37) Cfr. GORLA-MOCCIA, *A «Revisiting» of the Comparison between «Continental Law» and «English Law»*, 2 *The Journal of Legal History* 143, 1981.

(38) Casi di convenuti che spendono milioni per difendersi negli Stati Uniti, oppure di attori che fanno causa in una giurisdizione, quella statunitense, che non dà loro accesso alle risorse dei convenuti in caso di vittoria: cfr. MATTEI-NADER, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell, 2009 (*Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010); MATTEI, *Il modello di Common law*, cit., 180.

### 3. Tratti comuni dei sistemi giuridici di Civil law.

La nascita della famiglia (o tradizione, a seconda della categoria cui si accede) di Civil law, diversamente da quanto accade nel Common law (39), non è dovuta all'affermazione di un potere politico o alle sue strutture di governo, bensì alle lacune di queste strutture e alla mancanza di un potere centrale esercitato da un'autorità sovrana. Infatti, i sistemi giuridici continentali si fondano su una comunità di cultura e si affermano indipendentemente dagli sforzi del Papato e dell'Impero di ricostituire, sul piano politico, l'unità del Sacro Romano Impero.

Secondo una delle tesi maggiormente accreditate, le radici comuni dei sistemi giuridici continentali, così

come quelle dell'intera Tradizione giuridica occidentale, vanno rinvenute nell'Alto Medioevo (40), quando l'ordine giuridico è basato su strutture decentrate ad oralità prevalente (*ut supra* par. 2). L'ordine giuridico Alto-Medioevale fondato sul "pluralismo di ordinamenti" (41) (norme romane volgarizzate, consuetudini germaniche, statuti cittadini, editti imperiali, decretali ecclesiastiche, regole elaborate dai mercanti) trova successivamente nel feudalesimo la propria forma tipica di costituzione sociale. A partire dall'XI sec., lo sviluppo dei diritti continentali europei si coglie nella «metamorfosi di un insegnamento accademico che diviene ordinamento» (42): è a partire da questo momento che i sistemi di Civil law differenziano il proprio percorso da quello del diritto inglese. Mentre, infatti, in Inghilterra il bisogno di disciplinare i rapporti umani su basi certe e prestabilite, escludendo i rapporti di forza, viene soddisfatto dalla Corona e dalle sue prerogative, e più tardi dal ceto di giuristi formatosi attorno alle corti regie istituite sul territorio inglese, nell'Europa continentale il medesimo bisogno viene soddisfatto da personaggi privati, i professori delle Università (a volte riconosciute dal potere imperiale, altre volte direttamente fondate da questo).

(39) Il Common law, come è noto, si sviluppa col rafforzarsi del potere regio e con l'espandersi delle corti reali centralizzate. Si rinvia alla voce → COMMON LAW in questo Aggiornamento.

(40) Come si è detto al par. 2 di questa voce in questo contesto storico affonda le proprie radici non solo la tradizione di Civil law, bensì anche quella di Common law: MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 17 ss.

(41) La discussione sulle radici comuni si trova in MONATERI-SOMMA, *op. cit.* nota precedente, e in GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 181 ss.; DAVID-JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*<sup>4</sup>, Padova, 1994, 32 ss. A suffragio di queste tesi, v. l'opera dedicata alla storia giuridica medioevale di PADOA SCHIOPPA, *Il diritto nella storia d'Europa. Il Medioevo*, Padova, 1995.

(42) È questa la suggestiva immagine usata da GAMBARO, in GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 182.

### 4. Significato della rivoluzione universitaria.

I doctores che insegnano diritto nelle Università (Bologna, Modena, Padova, Siena, Napoli, Roma e Perugia e poi Praga, Vienna, Heidelberg, Colonia, ecc.) (43) sono privi di ogni legittimazione a jus dicere, cioè a proclamare il diritto che i consociati debbono osservare in mancanza di un'autorità che istituisca tribunali e ne faccia rispettare le sentenze. Peraltro tale mancanza di legittimazione viene superata ricorrendo all'autorità della scientia juris. In un ordinamento segnato dal pluralismo delle fonti di produzione del diritto, l'autorevolezza acquisita da alcuni interpreti nel persuadere gli altri di poter illuminare una materia oscura costituisce il vero fattore di demarcazione. Il giurista è l'interprete dotto di un testo antico, il Corpus Juris Civilis giustiniano;

il giurista è il protagonista della renovatio. Il suo compito non è trovare le regole secondo esperienza e saggezza, bensì estrapolarle partendo dal testo (che, come vedremo, gode di un'autorità sua propria) attraverso la tecnica dell'interpretatio, mutuata dalla cultura filosofica medioevale, precisamente dalla Scolastica. Quel testo non si legittima per il fatto di porsi come diritto imperiale e, pertanto, come naturale candidato a divenire il diritto scritto del rinnovato Impero romano-germanico. Anzi, in quell'epoca, il potere imperiale è in declino e sarebbe inutile cercare la legittimazione del testo nel potere temporale. L'abilità degli interpreti medioevali sta nell'aver colto il desiderio di renovatio tipico del loro tempo, cioè il desiderio di recuperare l'esperienza romana per farne tesoro e dirigersi verso nuovi orizzonti. A tal fine, e perfettamente consapevoli della finzione che si apprestano ad utilizzare, essi affermano che il diritto contenuto nel Corpus juris è d'ispirazione divina; pertanto, in quanto interpreti di quel testo, assumono un ruolo quasi sacerdotale, legittimando per questa via la loro autorità di jus dicere. Questa finzione viene fondata su alcune caratteristiche del Corpus juris. Innanzitutto l'antichità del testo insegnato (che era stato compilato seicento anni prima e non era mai stato diritto vigente nella parte occidentale dell'Impero Romano) è l'elemento che conferisce valore al diritto in esso esposto. Senza contare che, agli occhi dei giuristi medioevali, il testo partecipa di una valenza quasi sacrale sia per la rarità che, a quel tempo, caratterizza ogni documento scritto, sia perché l'imperatore Giustiniano aveva concepito il testo in esecuzione di un mandato divino (44). Nell'area giuridica continentale europea, dunque, l'autonomia del diritto si forma come autonomia del giurista in quanto ermeneuta dotto di un testo sacralizzato.

L'idea dell'universalità della giustizia e quella, ancor più risalente nel tempo, di un'intima connessione fra diritto e giustizia favoriscono definitivamente l'inserimento del diritto colto insegnato nelle Università fra le fonti del diritto medioevali. La scienza del diritto viene intesa come l'insieme dei modi di pensare, interpretare, applicare le regole di diritto ai problemi della vita quotidiana, come scienza teoretica volta alla conoscenza del diritto.

Per concludere, il vero significato della rivoluzione universitaria sta nell'aver fondato la dottrina come formante autonomo del diritto. La legittimazione di tipo sapienziale allontana il diritto continentale dagli schemi dell'agire politico, mentre invece in quello stesso periodo storico il giudice di Common law viene legittimato a "scoprire" il diritto (di fatto, crearlo) mediante l'atto del giudicare.

Paradossalmente il formante dottrinale perderà centralità proprio quando la famiglia di Civil law acqui-

sterà i suoi connotati moderni, cioè con le grandi codificazioni del XIX sec., per riguadagnare un ruolo essenziale nel XXI sec., quando il giurista sarà di nuovo chiamato a partecipare alla costruzione di un jus commune europeo fondato su una cultura giuridica condivisa (45) (par. 12 di questa voce).

(43) Cfr. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 186.

(44) Così l'*incipit* del testo ricordato da MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 30 ss.

(45) Rinvio al par. 12 di questa voce.

### 5. Apporto del diritto della Chiesa.

La Chiesa, nel lasso di tempo che intercorre fra il tramonto dell'Evo Antico ed il sorgere della nuova cultura medioevale, elabora la propria scienza giuridica utilizzando il lascito culturale del diritto romano (46).

Le istituzioni ecclesiastiche ed il diritto canonico, cioè il diritto ufficiale della Chiesa di Roma espresso in lingua latina, grazie al carattere universale e sovranazionale dell'organizzazione ecclesiale stessa, garantiscono la capillare diffusione dello jus civile di derivazione romanistica e danno il loro apporto alla formazione dello jus commune (47).

Lo sviluppo dell'ordine giuridico della Chiesa ed i mutamenti principali della sua organizzazione avvengono intorno all'XI sec., con la riforma gregoriana della Chiesa cattolica. Viene riformata la struttura del processo, a partire dal rifiuto delle ordalie e dalla lotta contro i residui della mentalità magica. Inoltre viene introdotto uno schema rigido di giudizio, secondo passaggi precostituiti per dirimere ogni questione "preliminare", "pregiudiziale", "probatoria". Il processo viene fondato su atti scritti, ed il giudizio verte solo ed esclusivamente su ciò che risulta dagli atti del processo, assoggettabili a controlli successivi, in sede d'appello.

Nel periodo durante il quale si afferma il sistema feudale, la Chiesa è l'unica depositaria della tradizione culturale del mondo antico, dello studio delle artes liberales (grammatica, dialettica e retorica), che applica sia alle Sacre Scritture come agli Scritti dei Padri della Chiesa, alle decisioni dei concili e dei sinodi, ai canoni e alle decretali dei Papi, testi che vengono raccolti in modo sistematico e secondo un ordine gerarchico da Graziano nella sua compilazione più famosa (Concordia discordantium canonum, ossia la riconciliazione dei canoni in conflitto) composta attorno al 1140 e nota come Decretum Gratiani. Così la Chiesa elabora apparati normativi fondamentali per la scuola di Bologna e per le università francesi, sia nel settore del diritto canonico che in quello del diritto civile. A partire dal XII sec., col pontificato di Alessandro III, si assiste anche ad un'intensa attività legislativa, essenzialmente costi-

tuita dalle decretali pontificie. Iniziano contemporaneamente le collezioni delle decretali che culminano nel 1230, quando il canonista spagnolo Ramon de Peñafort cura la raccolta definitiva delle costituzioni e delle decretali promulgate dopo la compilazione di Graziano. Nel 1234 la raccolta, nota come Liber Extra, viene promulgata da Gregorio IX. Ogni testo non incluso in tale raccolta viene considerato abrogato. La raccolta viene utilizzata anche per l'insegnamento ed è oggetto di studio dei decretalisti (48). Il Decretum di Graziano e le raccolte ufficiali di decretali formano il Corpus juris canonici, espressione latina che si utilizza per analogia con il Corpus juris civilis a partire dal xv sec.

Importanti teorie vengono sviluppate dai canonisti medioevali, come ad es., la dottrina dei nuda pacta, ispirata dall'idea per cui i patti devono essere rispettati e il solo consenso obbliga; nel diritto penale, la teoria della colpevolezza che fonda la moderna concezione del diritto penale. Infine, è proprio attraverso l'applicazione del diritto canonico che si afferma un nuovo concetto di ordinamento giuridico, i cui principi cardine sono il valore autoritativo della prescrizione legale ed il dovere di obbedienza (49).

(46) MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 47 ss.; GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 193 ss.

(47) Cfr. ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, 254. Sull'apporto del diritto canonico alla formazione dello jus commune continentale v. altresì COING, *The Roman Law as Jus Commune on the Continent*, 89 *L.Q.Rev.* 505, 1973.

(48) Nuove decretali vengono promulgate dopo il Liber Extra: principalmente si tratta del Liber Sextus di Bonifacio VIII (1298) e le Constitutiones Clementinae di Clemente V (1314) promulgate dal suo successore Giovanni XXII nel 1317.

(49) Cfr. MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 53.

## 6. *Jus commune e jura propria.*

La famiglia di Civil law assume una sua ben nota configurazione con le prime due grandi scuole giuridiche medioevali (50). Durante l'epoca dei Glossatori, iniziata a Bologna da Irnerio, il testo giustiniano viene interpretato ed annotato a margine, con parafrasi e spiegazioni del suo significato (le glosse, per l'appunto). Convenzionalmente si ritiene che questa scuola raggiunga il suo apice nel XIII sec., per chiudersi con la Magna Glossa di Accursio (detta poi "glossa ordinaria", una raccolta di circa 10.000 glosse). La scuola dei Commentatori, a partire dal XIV sec., si caratterizza per lo specifico sviluppo dell'applicazione del diritto romano alle vicende pratiche contemporanee. Una distinzione, all'interno della scuola dei Commentatori, viene tracciata fra Post-Glossatori, in prevalenza studiosi italiani (è il c.d. mos italicus juris docendi, fra i più noti Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Paolo di Castro) (51) ed Ultramontani, studiosi francesi che si distaccano più liberamente dal testo, adattando il diritto colto alle esi-

genze del tempo, provenienti soprattutto della scuola di diritto civile di Orléans (52).

È in quest'epoca che viene creata la distinzione tra jus commune e jura propria. Il primo è il diritto romano-canonico dotto, insegnato attraverso le lectiones (lezioni e corsi insegnati nelle Università) e forgiato sui consilia (opinioni giuridiche dettagliate che i giuristi dotti danno agli avvocati su casi reali, o a richiesta di un individuo o di un ente). Lo jus proprium è il diritto particolare di ciascuna regione, città o corporazione. Esso viene studiato secondo il metodo del diritto dotto e le sue lacune vengono colmate dal diritto romano-canonico, che trova pertanto applicazione meramente sussidiaria.

In effetti ciò che conta mettere in luce è la relazione fra jus commune e jura propria, in che modo il primo contribuisca ad una sintesi unitaria del materiale giuridico formatosi nelle varie zone del Continente europeo. Le consuetudini locali, i diritti territoriali o delle corporazioni vengono, infatti, trasformati dalla lingua latina, mediante una rete di concetti classificatori che sovrappongono il loro significato a quel diritto a base consuetudinaria che, per questa via, smarrisce compattezza di significato. Il trasferimento di senso che avviene, ad es., con la traduzione dei termini di origine germanica (Gewere e saisine con possesso) è indicativo della metamorfosi indiretta dei diritti locali (53). Il diritto comune promosso dalla scientia juris crea così categorie universali all'interno dello spazio giuridico comune europeo.

La Scuola dei Commentatori si conclude sul finire del XV sec. con l'affermarsi degli Umanisti, il movimento intellettuale volto a rifiutare ogni mediazione offerta dalle auctoritas medioevali, per comprendere autenticamente il mondo antico. Gli Umanisti (fra i più noti esponenti della giurisprudenza elegante francese Jacobus Cuiacius, Doynsius Gothofredus, e fra i giuristi di altra provenienza Andrea Alciato, Ulrich Zasius), mossi da interessi filologici ed interessati alla ricerca del senso originario della fonte, rifiutano la giustificazione delle regole sulla base del testo, il cui "vero" significato filologicamente ricostruito non offre alcun appiglio. La giustificazione va ricercata mediante il ricorso alla ragione umana, la quale si presenta dapprima come consustanziale alla "Natura umana", e successivamente si manifesta in modo più oggettivo con la "Ragione" nel Razionalismo giuridico (54). Sarà proprio durante i XVII-XVIII secc. che vasti movimenti culturali di stampo diverso trasformeranno profondamente l'esperienza giuridica di Civil law: in particolare il Giusnaturalismo ed il Razionalismo giuridico. Il primo, che fa riferimento principalmente al pensiero di Grozio e di Pufendorf, declinato secondo filoni più prettamente filosofici o politici, tipicamente francesi (Domat e Pothier), tedeschi (Leibniz e Wolff) ed inglesi (Hobbes, Locke);

il secondo frutto del pensiero illuministico, fondato sull'idea dell'uomo come animale razionale, che costituisce il substrato del movimento per la codificazione. Nel XIX sec. sarà infine il dogmatismo pandettista ad edificare il sistema concettuale del diritto nazionale tedesco sulla base delle fonti romane. In estrema sintesi, si tratta di movimenti di pensiero che forniscono modelli dotti, che influiscono in maniera determinante sul modo di pensare il diritto non solo in Civil law ma in tutta la Tradizione giuridica occidentale (55) e che, sul Continente europeo, conducono alla frattura epocale determinatasi con l'epoca delle codificazioni. Al di là della frammentazione degli itinerari intellettuali, vale la pena sottolineare che il giusnaturalismo ed il giusrazionalismo «elevanto il diritto soggettivo da componente dello spirito signorile a centro della costruzione dogmatica della scientia juris, nonché a centro della scala dei valori in cui si riconosce la civiltà giuridica europea» (56).

(50) Naturalmente non può essere questa la sede per dar conto in maniera approfondita delle scuole giuridiche e dei movimenti di pensiero che dal Medioevo si alternano plasmando il pensiero giuridico europeo (nonché l'intera Tradizione giuridica occidentale): si vedano le voci di PIANO MORTARI, «Codice», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 228; ID., «Commentatori», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 794; ID., «Glossatori», in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 625; fra gli altri, v. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967 (tr. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, 1980); VILEY, *La formation de la pensée juridique moderne*<sup>4</sup>, Paris, 1975; COING, *op. cit. supra*; PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*; CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*<sup>4</sup>, Torino, 1989; VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, 1992, tr. it. di MUSUMARRA, *Introduzione storica al diritto privato*, a cura di Ascheri, Bologna, 1995; LUPOI, *op. cit.*; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998; GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, cit. e, dello stesso autore, *L'Europa del diritto*<sup>4</sup>, Roma, 2009; MONATERI-SOMMA-GIARO, *Le radici comuni del diritto europeo: un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005.

(51) L'autorità dei commentatori era nota anche in Spagna e Portogallo e l'opinione di Bartolo era fonte del diritto nel silenzio della legge. Cfr. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, nella 2<sup>a</sup> ed., 2002, 256 ss.

(52) Sulla sintesi fra mos gallicus e mos italicus tentata dai giuristi olandesi del XVII sec. ZIMMERMANN, *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*, 66 *Tulane L. Rev.* 1685, 1992.

(53) Sul punto v. CANDIAN, *Propriété*, in CANDIAN-GAMBARO-POZZO, *Property, propriété, Eigentum*, Padova, 1992, 220 ss., nonché le considerazioni generali in GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 196.

(54) MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 64.

(55) La configurazione di molti istituti centrali del diritto civile come il contratto o la responsabilità civile, viene alterata dagli insegnamenti a partire dal giusnaturalismo: ad es., nel caso di illecito, l'obbligazione risarcitoria poteva essere imputata al responsabile solo se il danno era causalmente collegato ad una sua personale condotta riprovevole, serviva cioè a dimostrare la sua colpevolezza.

(56) GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 202.

### 7. Dimensione fattuale del diritto in Civil law.

L'elaborazione del diritto ad opera dei dottori rimane un tratto distintivo dei sistemi appartenenti alla famiglia di Civil law, nonostante che l'evoluzione della Scuola dei Commentatori sia eminentemente pratica ed allontani progressivamente la dottrina dal polo della scienza per avvicinarla a quello della pratica forense (i giudici dei tribunali locali ricorrono ai consilia dei dotti).

I sistemi di Civil law, tuttavia, si compongono anche di una dimensione fattuale, che tradizionalmente si assume come tipica dei sistemi di Common law. Essa si manifesta nell'epoca dei cosiddetti "Grandi Tribunali" e nell'elaborazione della cosiddetta lex mercatoria (57).

Il fenomeno dell'accentramento delle giurisdizioni, volto all'eliminazione del particolarismo giuridico, è parallelo a quello della formazione degli Stati moderni. È il momento in cui alla communis opinio doctorum si sostituisce la consuetudo judicandi del foro (58). I giudici dei tribunali nascondono il sorgere del nuovo diritto dietro citazioni copiose dei doctores, al fine di giustificare profondi mutamenti necessari per rendere soluzioni adatte ai tempi; tuttavia di fronte alla consuetudo judicandi dei tribunali supremi, la fonte autoritativa dei dottori deve cedere il passo. Così, le decisioni valgono anche se contrarie alla communis opinio doctorum. L'epoca dei "Grandi Tribunali" nella penisola italiana va dal XVI al XVIII sec.; le raccolte dei tribunali supremi, celeberrimi in tutta Europa, si trovano tutt'oggi nelle biblioteche italiane ed estere, ad es. in Francia, Germania e Paesi Bassi. I tribunali supremi come il Sacro Real Consiglio del Regno di Napoli, il Senato piemontese-savoiano, la Rota romana (nella veste di Tribunale supremo dello Stato pontificio, da non confondersi con il ruolo di tribunale ultrastatale di diritto comune nell'ambito della Chiesa) e quella fiorentina sono considerati fattori unificanti del diritto, in quanto creano una nuova interpretazione comune delle norme privatistiche.

L'interpretazione creativa della giurisprudenza (e non solo di quella italiana, anche se le decisioni più citate dai tribunali spagnoli e francesi rimangono quelle sabaude e piemontesi) è più evidente nel corso del XVIII sec. Il valore vincolante del precedente si afferma ovunque, salva la possibilità di discostarsene per ragioni importantissime (e all'unanimità dei giudici membri della corte) oppure per le mutate condizioni sociali ed economiche; i mutamenti giurisprudenziali dei tribunali supremi non sono retroattivi, non si applicano cioè ai rapporti già costituiti, evidenziando così il valore di legge generale che viene attribuito a tali decisioni (59).

I tribunali supremi sono organi uniformatori del diritto non solo entro i confini dei singoli Stati, per l'opera interpretativa ed applicativa del diritto locale, ma anche fra i vari Stati (60). Molte volte le decisioni sono ricche di citazioni di giurisprudenza di altri tribunali, ma non sono citazioni di concetti generali o di strutture romanistiche, bensì di soluzioni puntuali di precise fattispecie, supportate dal fatto che corrispondono all'usus fori totius orbis.

L'epoca dei "Grandi Tribunali" termina, in Italia, con l'emanazione di leggi che regionalizzano il diritto, chiudendo le porte alla recezione giurisprudenziale di interpretazioni frutto di esperienze straniere (61): le RR Costituzioni Piemontesi 1729, i Dispacci Napoletani 1774, il Codice Estense 1771, ed il tentativo di codificazione toscana alla fine del sec. XVIII.

La dimensione fattuale del diritto nei sistemi di Civil law emerge anche dal cosiddetto diritto dei mercanti. Di origine consuetudinaria, esso si sviluppa spontaneamente nell'humus costituito dal pluralismo medioevale; le sue fonti sono gli statuti delle corporazioni mercantili, elaborati dagli stessi mercanti, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle curiae mercatorum in cui sedevano mercanti (62). Il tratto peculiare di questo diritto è la comunanza di istituti piuttosto che di regole, non essendoci un legislatore centrale o una corte centrale ad assicurare uniformità giuridica (63). Altri tratti caratteristici sono la disposizione ad accettare i modelli sviluppati sia nel diritto romano (l'actio institoria data a favore del gestore di un'impresa nei confronti del proprietario dei locali, delle merci o degli impianti), come nel mondo ellenistico greco (è il caso della lex Rhodia, utilizzata per dividere le perdite derivanti dal trasporto marittimo fra tutti i partecipanti all'affare e non solo fra i possessori della nave) e la tendenza ad adottare procedure rapide ed informali. Già a partire dal sec. XIII diventano prassi consolidata le lettere di credito, gli assegni, le cambiali ed altri documenti contenenti gli impegni a pagare una certa somma, senza esplicitare la ragione dell'impegno sottostante. Tali impegni si trasferiscono mediante la mera consegna del documento, talvolta mediante girata.

Il commercio marittimo, che inizialmente prevale su quello terrestre (64) perché meno rischioso e meno costoso, genera una prassi autonoma. Le costruzioni giuridiche dei mercanti di Napoli, Amalfi, Genova (65), Pisa e Venezia si sviluppano in stretto contatto con i modelli del diritto romano orientale ancora in auge a Bisanzio, ove si dirigono principalmente i commerci delle Repubbliche marinare. Ciò spiega anche la forte influenza dei modelli italiani, almeno fino alla redazione della compilazione più usata nel commercio marittimo, la Coutumes de la mer, redatta a Barcellona nel XIV sec. e tradotta dall'originale cata-

lano in latino, italiano e francese. La versione italiana del 1519 si diffonde poi in tutta Europa e funge da modello per altre compilazioni, compreso il Black Book dell'Ammiragliato inglese (66).

(57) MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, rispettivamente, 68 ss. e 54 ss.

(58) Cfr. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 543 ss.

(59) Cfr. GORLA, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione tra stati*, Atti del Convegno sulla Storia Giuridica Europea, Firenze, 1977, 477 ss.; MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 73.

(60) Cfr. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 543.

(61) MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 74.

(62) Sulla storia del diritto dei mercanti cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*<sup>5</sup>, Bologna, 2010; ID., *La categoria storica del diritto commerciale*, in *Dottrine storiche del diritto privato. Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Tarello, VI, Bologna, 1976, 11-89; COTTINO, *Il diritto che cambia: dalle compagnie coloniali alla grande società per azioni* (Prolusione letta in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 1988-1989 dell'Univ. di Torino, Torino, 1989), *RTPC*, 1989, 493. In particolare, sul ruolo di Venezia nello sviluppo di questo diritto cfr. AA.VV., *Diritto comune, diritto commerciale, diritto veneziano*, Colloquio tenuto al Centro tedesco di studi veneziani dal 20 al 21-10-1984, a cura di Nehlsen von Stryk & Nörr, Venezia, 1985.

(63) Cfr. MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 59.

(64) Il commercio terrestre si evolve grazie alle gilde e corporazioni di mercanti, le quali hanno un ruolo fondamentale nel riorganizzare la vita delle città intorno al XI secolo: esse regolano l'organizzazione interna degli iscritti, allo scopo di restringere la concorrenza, esercitando un patronato sui rapporti di lavoro ed un controllo sulla qualità del prodotto.

(65) Le prime forme di titoli azionari emergono a Genova nel sec. XV.

(66) Sull'evoluzione del commercio marittimo cfr. *James Kent's Commentaries of the History of Maritime Law*, al sito <http://www.lonang.com/exlibris/kent/kent-42.htm>; oppure TETLEY, *Maritime Law as a Mixed Legal System*, 23 *Tul. Mar. L.J.* 317, 1999, disponibile al sito <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/comparative/marlawmix/>.

#### 8. Codici che non costituiscono modelli notevoli.

Tra la fine del XVIII e il principio del XIX sec., hanno inizio le codificazioni del diritto. I presupposti culturali e politici che segnano questa nuova fase per i sistemi giuridici di Civil law vanno ricondotti, da un lato, alla razionalità illuminista e, dall'altro, all'accentramento dei poteri, in particolare di quello di legiferare, in mano ad un sovrano illuminato.

Il XVIII sec. è l'epoca della crisi del diritto comune, certamente dovuta a più fattori (a partire dalla riforma luterana che spezza il principio dell'unità cristiana alle guerre per il dominio europeo di Francia e Spagna, al disegno accentratore dei sovrani nazionali e alla conseguente riorganizzazione dei tribunali centrali), non da ultimo alla laicizzazione del pensiero filosofico e scientifico e alle elaborazioni della Scuola del diritto naturale.

Il giusnaturalismo, che si suole tradizionalmente ricondurre, fra gli altri, al pensiero di Ugo Grozio, si

sviluppa nel contesto storico delle lotte di religione che si accavallano durante tutto l'arco del XVII sec. Esso si interessa essenzialmente del fondamento etico del diritto. Così, il clima intellettuale europeo in questa fase si contraddistingue per il passaggio da un'etica fondata sulla religione rivelata ad un'etica fondata sulla razionalità intrinseca degli esseri umani. Il diritto fondato sulla Ragione è laico, slegato dalla teologia. Il problema di fondo è quello del rapporto fra diritto naturale e diritto positivo. La condotta dell'uomo è razionalmente conoscibile e valutabile, ed anche le regole contenute nelle leggi e nei decreti del sovrano sono controllabili razionalmente. Di qui l'idea di un corpo unico di norme, organizzato in modo razionale, sistematico, e di principi assiologici collocati sul terreno della filosofia morale, anziché su quello della teologia, dal quale discendono logicamente corollari razionali. Il movimento intellettuale per la codificazione è, dunque, il frutto della saldatura fra pensiero giusnaturalista e razionalismo. Peraltro, i primi codici promulgati, il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), oltre a quello in materia penale (1751) e di procedura (1753), e quello degli Stati prussiani (ALR, 1794) non costituiscono modelli notevoli di codificazione, tant'è che, per varie ragioni, non vengono "esportati" o spontaneamente recepiti in vasti ambiti territoriali.

Il primo dei due codici, progettato dal cancelliere bavarese Kreittmayr, presenta un impianto sistematico di chiara impronta giusnaturalistica, ma la disciplina dei singoli istituti ricalca quella dell'*Usus modernus pandectarum*, oltre a prevedere alcune varianti bavaresi. Status e privilegi rimangono di natura feudale. Quanto al codice prussiano (ALR), esso viene promulgato per i vecchi territori prussiani della Germania e rimane in vigore fino a quando non viene soppiantato dall'entrata in vigore del codice civile tedesco nel 1900. Voluto da un sovrano illuminato, Federico Guglielmo II, l'ALR è un codice onnicomprensivo, molto lungo (oltre 19.000 paragrafi) che disciplina tutto il diritto, privato e pubblico, costituzionale e penale, materie ecclesiastiche e feudali. Il suo scopo è semplificare l'amministrazione dei territori, unificandola attraverso un diritto uniforme, fondato sulla Ragione (67). Ciò nonostante, non è un codice rivoluzionario, non è utilizzato come strumento per cambiare la società; al contrario, esso ritrae la società prussiana fedelmente: l'immobilismo che esso rappresenta lo renderà un modello di codice poco attraente.

Il codice austriaco (ABGB, 1811), pur provenendo dalla medesima area culturale e linguistica dalla quale provengono i due appena citati e pur essendo un codice tipico dell'assolutismo illuminato, è profondamente diverso nella struttura, nello stile e nelle soluzioni giuridiche.

L'ABGB austriaco, di poco successivo alla codificazione francese e che con essa rivela più di un punto di contatto, è fondato sull'eguaglianza dei cittadini, sull'autonomia delle relazioni private dal controllo dello Stato, sulla libertà dell'attività economica (68). Tuttavia, il contrasto con le condizioni della società austriaca e del resto del Continente durante la Restaurazione è stridente: i numerosi privilegi di cui godono alcune classi sociali privano di contenuto gli assunti su cui esso si fonda. È un codice breve (circa 1500 paragrafi) scritto in modo semplice e conciso. La sua struttura è tripartita, prendendo a modello le *Institutiones* di Gaio: il libro I, sui diritti delle persone, il libro II, sul diritto di proprietà e il libro III, sulle regole comuni ai diritti delle persone e al diritto di proprietà. I tre libri sono preceduti da una Introduzione, secondo lo schema tipico del Diritto naturale. L'influenza di quest'ultimo è evidente in molte soluzioni adottate dal codice. Il § 7 dell'ABGB, ad es., è innovativo nell'attribuire al giudice la funzione di colmare le lacune attraverso il ricorso all'analogia legis e juris, ed indicando come fonte sussidiaria proprio i principi del diritto naturale (anche se di questo potere i giudici austriaci non faranno largo uso). Dopo la metà del XIX sec., la dottrina austriaca, ed in particolare Unger, professore a Vienna dal 1855, entra in contatto con la scuola storica e la Pandettistica tedesca: da allora, i manuali di diritto privato austriaco contengono una parte generale di stampo tedesco e l'ABGB viene ammodernato in tutti i suoi principali settori (persone, famiglia, beni e diritto delle obbligazioni). Dotato di scarso prestigio perché considerato il codice della Restaurazione, la sua circolazione è modesta, andando a coincidere con la mappa delle regioni dell'ex-Impero Austro-Ungarico: in Trentino, Croazia, Slovenia, Dalmazia, alcune regioni che andranno a far parte rispettivamente dell'odierna Ungheria, Romania, Repubblica ceca, Slovacchia e Polonia. Anche il *Lichtestein*, pur non avendo fatto parte dell'ex-Impero, durante il XIX sec. recepisce e mantiene alcune soluzioni austriache, segnatamente nel diritto di famiglia e nelle successioni; il Regno Lombardo-Veneto segue il modello austriaco fino al Risorgimento.

Questa breve ricognizione storico-comparativa si deve, invece, soffermare sulle codificazioni di Civil law considerate originali e pertanto prestigiose, capaci di circolare in altri sistemi giuridici, anche extraeuropei, innescando un processo di imitazione talvolta spontaneo, talaltra imposto con la forza. Si allude, al modello di codificazione francese e a quello tedesco.

(67) ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, 137.

(68) ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, 158.



### 9. *Code civil e "modello francese"*.

Il "Codice civile dei francesi" viene promulgato nel 1804 ed entra in vigore nel 1806 (69). In sintesi, il Code civil è il risultato di più eventi (70): *a*) la presenza sul territorio francese del Parlement de Paris, la Corte formalmente istituita nel 1212 da Filippo Augusto con la contestuale abolizione dell'ordalia e del processo mediante duello giudiziario, e poi di altri Parlement (Toulouse, Bordeaux, Provence, ecc.) a seguito della riorganizzazione dell'apparato amministrativo regio; *b*) l'elaborazione delle consuetudini francesi come diritto nazionale, coltivata sin dal XVI sec. (Doumoulin, Coquille e Loysel) e proseguita con metodo razionalista da Bourjon e Pothier, quest'ultimo già professore di diritto francese; *c*) il giusnaturalismo ed il razionalismo illuminista, che portano all'elaborazione di una metodologia applicata al codice (Domat); *d*) la volontà politica di codificare, testimoniata dal fatto che, delle 102 sedute di discussione del progetto dinanzi al Consiglio di Stato, 57 sono presiedute dallo stesso Napoleone Bonaparte.

Il momento storico-politico che precede la codificazione è quello della rivoluzione francese e della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e del Cittadino (1789): la borghesia rivoluzionaria elimina le istituzioni dell'Ancien régime, comprese le facoltà giuridiche; pone fine agli Stati Generali, costituendosi in autonoma Assemblée Nazionale, e fonda sui principi di libertà ed eguaglianza un nuovo Stato, dotandosi di una prima Costituzione (1791). Viene introdotto anche un nuovo diritto, il cosiddetto Diritto intermedio (in vigore dalla prima riunione dell'Assemblée nazionale, 1789, sino alla presa di potere di Napoleone, 1799): vengono soppressi i privilegi della primogenitura come ogni differenza derivante dall'età o dal sesso; viene abolito il fedecomesso (ma pure la libertà di fare testamento e di donare ai propri parenti); viene affievolita la patria potestà; il matrimonio, considerato un contratto civile, come ogni contratto può essere sciolto dalle parti; i beni ecclesiastici nazionalizzati, ecc. Nonostante l'accento posto sulla frattura fra nuovo e vecchio diritto, il processo di riorganizzazione del diritto francese non sfocia in un diritto realmente rivoluzionario e molte delle novità introdotte nella fase del Diritto intermedio vengono ridimensionate da Napoleone.

La struttura del Codice è tripartita: il Libro I si occupa delle persone (capacità, stato civile, famiglia); il Libro II dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà (e contiene la disciplina dei diritti reali); il Libro III dei diversi modi di acquisto della proprietà (contiene la disciplina delle obbligazioni, dei contratti, della responsabilità civile e delle garanzie). Quanto al diritto sostanziale in esso contenuto, si può in sintesi ricordare la scelta ideologica di porre

al centro del codice la proprietà (71), di ridurre (in contrasto con la precedenza esperienza pre-rivoluzionaria e feudale) i diritti reali minori, eliminando l'enfiteusi. Il diritto dei contratti viene redatto confidando nelle opere di Pothier, giudice ereditario al Parlamento di Orléans e professore di diritto francese, il quale interpreta il diritto romano penetrato nelle regioni francesi di droit écrit, a sud della Loira (72) secondo i principi del giusnaturalismo. Il diritto di famiglia e le successioni vengono, invece, modellate sul diritto consuetudinario, in particolare sul commento di Dumoulin alla raccolta nota come Coutume de Paris (1539), mentre la prescrizione acquisitiva secondo buona fede è in linea con le regole germaniche.

Nell'intenzione dei suoi redattori si tratta di elaborare un codice dal linguaggio semplice e comprensibile anche da un non giurista ed, al tempo, elegante e completo. Per soddisfare il requisito della completezza, i nuovi rapporti fra giudice e legislatore vengono regolati nel Code medesimo, trovando il loro fondamento nella divisione dei poteri teorizzata da Montesquieu (73).

La condanna dell'attività creatrice dell'interprete insieme al nuovo assetto delle fonti e all'enfasi sulla completezza del codice danno vita alla Scuola dell'Esegesi, il cui tratto caratterizzante è il commento articolo per articolo del Code, raccolto nel genere letterario dei "Commentari". Tale Scuola si fonda sull'assunto che per interpretare il diritto è necessario riconoscere la volontà del legislatore: la legge rappresenta l'intero diritto, le altre fonti (consuetudine, dottrina, giurisprudenza, diritto naturale) sono secondarie. Un metodo interpretativo che sarà predominante per tutto il XIX sec., ma che abbandonerà il cosiddetto «feticismo per la legge scritta» (74) mano a mano che il tempo allontanerà i redattori dei Commentari dalla data di promulgazione del Codice. Sul finire del XIX sec., la critica alla concezione positivista del diritto trova voce in Génny, considerato il fondatore della Scuola della libera ricerca scientifica (75): egli rompe definitivamente il mito della completezza della legge (e del Codice), riapre vasti spazi alla dottrina e legittima la creazione del diritto ad opera dei giudici che colmano i vuoti del Codice secondo le esigenze della realtà contemporanea, assecondando un'interpretazione evolutiva della legge. Insieme ai movimenti realisti d'oltreoceano, egli condurrà la scienza giuridica ad investigare il dato sociale.

Negli ultimi vent'anni il Code civil è protagonista di inconsuete riforme sistematiche, precisamente con l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription [c.d. Progetto Catala, dal nome del professore incaricato di elaborare il progetto nel 2005 (76)]; inoltre diverse misure legislati-

ve hanno inciso su altre aree del diritto civile, ad es. sul diritto di famiglia con i PACS (patti di solidarietà civile) e su quello di successione (comprese le donazioni) adattandole alle nuove realtà sociali (77).

(69) Nel 1807 viene promulgato un separato codice di commercio, profondamente modificato con la nuova promulgazione del 2002. Questa struttura bipartita, che divide il diritto civile da quello commerciale, viene appunto mantenuta nella Francia attuale (si parla di modello dualistico di codificazione), che in tempi recenti si dota anche di altre codificazioni settoriali (ad es. code rural, 1955, code de l'urbanisme, 1973, code de assurance, 1976, code de la consommation, 1993, ecc.).

(70) Per un'analisi approfondita si rinvia a GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 209 ss., oppure a VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*, 128 ss.

(71) E ciò si evince dalla stessa scelta dei titoli dei tre libri del codice: persino il terzo libro è intitolato ai diversi modi di acquisto della proprietà e contiene tutti i contratti, fra questi, ad es. il contratto di locazione che la proprietà non trasferisce affatto, oltre agli atti illeciti. V. AJANI, *Sistemi giuridici*, cit., 242.

(72) Già a partire dal XIII sec. il diritto romano penetra nella parte meridionale della Francia, ma è per lo più considerato fonte sussidiaria, mentre le consuetudini sono fonti principali. Nella regione situata a nord della Loira si applica il *droit coutumier*.

(73) V. gli artt. 4 e 5 c.c. francese ed un commento in AJANI, *Sistemi giuridici*, cit., 225.

(74) Cfr. MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 103.

(75) Cfr. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 2ª ed., 2002, 315 ss.

(76) Esso è disponibile all'indirizzo internet [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf).

Un secondo progetto è stato presentato nel 2008, a cura del prof. Terré. In sintesi cfr. PICOD, *Les projets français sur la réforme du droit des obligations*, in *Indret* 4, 2009, disponibile all'indirizzo [http://www.indret.com/pdf/677\\_fr.pdf](http://www.indret.com/pdf/677_fr.pdf).

(77) In sintesi su queste riforme v. NEGRI ET AL., *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2010, 12 ss.

## 10. BGB e "modello tedesco".

La Germania codifica il diritto privato quasi un secolo dopo la Francia, ossia al termine del XIX sec., dopo che, nel 1871, Guglielmo I viene proclamato Imperatore di Germania, muovendo il primo passo verso l'unificazione tedesca. Il Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) viene promulgato nel 1896 ed entra in vigore nel 1900 (78). Le premesse storico-politiche sulle quali poggia questa codificazione sono molto diverse rispetto a quelle francesi.

È necessario premettere che, durante il XV sec., nell'area tedesca si verifica un'ampia recezione del diritto romano, che culmina con la sua accettazione come vera e propria fonte del diritto tedesco. Ciò accade principalmente per un duplice ordine di ragioni: l'attivismo delle Università, sorte nell'area tedesca a partire dal XIV sec., e la mancanza sia di una corte centralizzata, posta sotto l'autorità dell'Imperatore che di un corpo di funzionari regi. Inoltre, manca anche il corrispondente ceto di giudici e giuristi coinvolti nel funzionamento di un'eventuale corte e nella creazione di un diritto privato comune all'Impero tedesco. L'unica corte centrale allora esistente è il Reichshofgericht, composta da giudici non

togati e priva di una sede fissa, che (solo sulla carta) può avocare a sé ogni questione decisa dei tribunali territoriali in modo contrario alle norme vigenti (fungendo così da Corte d'Appello), ma che non gode di una vera indipendenza dal sovrano. Solo nel 1495 viene creata la Corte Camerale Imperiale (Reichskammergericht) con funzioni d'appello. La Corte prende atto che il diritto romano insegnato nelle Università è diventato fonte del diritto tedesco e lo applica in tutto l'Impero, fatte salve le ampie deroghe costituite dai diritti locali, che devono essere specificatamente illustrate alla Corte quando, in punto di diritto, essi dispongano altrimenti.

In sostanza, sono i professori di diritto, in Germania, ad assolvere alla funzione creativa del diritto, risolvendo le dispute che quotidianamente vengono presentate alle corti locali attraverso i loro pareri in forma di decisioni giudiziarie. Peraltro, il potere di far applicare tali decisioni continua a risiedere formalmente nelle corti. Si crea anche la consuetudine che i professori consultino colleghi di altre Università per risolvere le questioni più complesse, e che poi queste decisioni vengano raccolte e pubblicate: con ciò si inizia a collezionare il diritto comune ai territori tedeschi, cosiddetto *Usus modernus pandectarum* (79).

Con la Guerra dei Trent'anni, l'ideale imperiale viene definitivamente travolto e con esso anche l'ipotesi di una coscienza giuridica universale. Gli autori tedeschi si dedicano allora ad un'autonoma produzione giuridica nazionale, al fine di emanciparsi dallo studio universitario del diritto romano, in particolare dedicandosi all'esposizione pratica e formativa delle istituzioni giuridiche (80). Esempi di elaborazioni di questo tempo sono la proprietà comune, la comunione dei beni fra i coniugi, le società commerciali, la dottrina del trasferimento della proprietà (poi rimaneggiata da von Savigny), il concetto di diritto soggettivo, di capacità giuridica e d'agire, di negozio giuridico, il principio della tipicità dei contratti, la teoria della persona giuridica, la teoria della rappresentanza negoziale, del contratto a favore di terzi (tutte successivamente riviste dalla Scuola Storica).

Anche il contesto intellettuale tedesco è molto diverso da quello che dà vita alla codificazione francese. Mentre il Code civil entra in vigore e si nutre del mito della sua completezza, amplificato da un'esegesi fedele a cura dell'Ecole dell'Exégèse, l'area tedesca si caratterizza per lo scetticismo nutrito verso la codificazione da von Savigny, considerato il padre spirituale della Scuola storica (81). Egli sostiene che il diritto sia un ordine spontaneo e decentrato, in continua evoluzione, emanazione dello Spirito popolare (Volksgeist): quest'ultimo si esprime ad opera dello Juristenrecht, il diritto elaborato su basi scientifiche dai professori universitari, sulla base del diritto

to romano attuale, quello dell'usus modernus pandectarum. Secondo von Savigny, la sintesi compiuta dai giuristi dello spirito popolare sedimentatosi nell'usus modernus pandectarum costituisce il fattore unificante di quel mosaico di trentanove Stati che è la Germania dopo il Congresso di Vienna, non certo una codificazione "alla francese" che cristallizza il diritto (82).

Il metodo promosso dalla Scuola storica congiuntamente all'ideologia liberale dell'autonomia della volontà offrono il terreno ideale per lo sviluppo della Scuola pandettistica (83). Il giurista intende scoprire i concetti che si nascondono dietro alle categorie della tradizione romanista: ad es., dietro ad ogni contratto, testamento, donazione, sta una dichiarazione privata di volontà diretta a produrre effetti giuridici, ovvero il Rechtsgeschäft, concetto tradotto e recepito dai giuristi italiani come "negozio giuridico". La costruzione giuridica che procede attraverso l'elaborazione di concetti astratti diviene l'arte del giurista tedesco (Begriffsjurisprudenz); egli è geometrico e dogmatico, mediante le definizioni concettuali, fondate sul principio di non contraddizione, può inquadrare la realtà e costruire qualsiasi norma che regola qualsiasi rapporto.

Quando la giurisprudenza degli interessi, rappresentata dalla personalità eclettica di von Jhering (84), si oppone alla dogmatica pandettistica, affermando che il diritto è regolazione di interessi concreti, e che questi (non i concetti) vanno posti al centro della riflessione giuridica, la dogmatica è già nel frattempo divenuta lo strumento per giungere ad una codificazione nazionale tedesca unitaria (85). Le scuole di pensiero successive tenteranno di reperire i criteri di giustizia all'esterno del sistema giuridico, avvallando il reciproco perdersi fra diritto e sociologia e ponendo l'accento sui dati della vita reale in contrasto con l'eccessiva astrattezza della lettera del Codice. Alla luce delle elaborazioni dottrinali che lo precedono, dunque, il BGB si caratterizza per lo stile astratto e professorale (forte è l'influenza di Windscheid, il più importante pandettista dell'epoca), per il linguaggio complesso, per la tecnica dei rinvii (al fine di evitare le ripetizioni), che rendono il testo sofisticato ed incomprensibile ai non giuristi.

Il BGB è diviso in cinque libri: il primo è la cosiddetta Allgemeiner Teil, la parte generale, nella quale vengono definiti i concetti mutuati direttamente dall'insegnamento pandettista (ad es. negozio giuridico, persona fisica e giuridica, prescrizione e decadenza, definizione di cosa, ecc.); il secondo si occupa delle obbligazioni, ove è chiara l'impronta individualistica nel principio cardine della libertà del contraente, limitata da clausole di portata generale come quella di buona fede (§ 242 BGB); il terzo libro si occupa delle cose; il quarto della famiglia; il quinto delle

successioni. La riforma più rilevante intervenuta nel XXI sec. è quella relativa al diritto delle obbligazioni (86), la quale inserisce nel BGB la disciplina del consumatore e la legge sulle condizioni generali di contratto (87), modifica le regole giuridiche nei contratti di mutuo, vendita e d'opera, accoglie istituti elaborati dalla giurisprudenza come la culpa in contrahendo e la presupposizione, e riformula la disciplina della prescrizione; introduce, fra il resto, la figura unitaria della "violazione dell'obbligo" (Pflichtverletzung), ad imitazione di quanto contenuto nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, 1980, per sanzionare le varie ipotesi di mancato o inesatto adempimento contrattuale.

(78) Anche la Germania promulga un separato codice commerciale con taglio pratico ed ispirato al diritto consuetudinario: il primo (ADHGB) è del 1861, quello nuovo (HGB) è del 1897 ed entra in vigore insieme al BGB, il 1° gennaio 1900.

(79) Con il titolo dell'opera di Stryk, *Usus modernus pandectarum*, apparsa sul finire del XVII sec., si designa il modo in cui gli autori tedeschi trattano i testi di diritto romano contenuti del Corpus juris civilis. Le costruzioni teoriche dei contratti consensuali, del possesso e dell'indebito arricchimento vengono più tardi recepiti dalla pandettistica direttamente sulla base delle elaborazioni dottrinali di diritto comune.

(80) Cfr. MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 74.

(81) Sul punto v. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 36.

(82) Sulla polemica contro la codificazione come strumento di unificazione del diritto tedesco v. un frammento tratto dalla VON SAVIGNY, *Circa la necessità di un codice civile comune a tutta la Germania*, contro von Thibaut (1814), in AJANI, *Sistemi giuridici*, cit., 296 ss.

(83) Sul punto v. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 2ª ed., 2002, 339.

(84) Cfr. LOSANO, *Il centenario della morte di Rudolf von Jhering: 1818-1892; Una costellazione del frammento giuridico viennese: Jhering, Glaser e Ungher; Un'edizione delle lettere; La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife, Milano, 1992*, estr. da *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXI, 1992.

(85) Cfr. MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 120.

(86) In vigore dall'1-1-2002, legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts), sulla quale si rinvia ex multis a CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Padova, 2003.

(87) Riflessioni generali sul modello "monista" accolto dal legislatore tedesco a proposito della scelta di codificare la disciplina del consumatore entro il medesimo BGB, contrariamente a quanto non facciano i legislatori francese ed italiano, e successivamente spagnolo, che adottano separati "codici" in materia di consumo, v. WEITENBERG, *La trasposizione delle direttive sul diritto contrattuale europeo e la recezione di nozioni e definizioni comunitarie: il "consumatore" nel BGB*, in *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, a cura di Pasa-Rossi-Weitenberg, Torino, 2007, 120 ss.

## 11. Circolazione e recezione del Code civil.

Le qualità del Code civil, il linguaggio comprensibile al popolo, la flessibilità delle espressioni utilizzate, la stessa narrativa connessa al suo essere il frutto della Rivoluzione francese, lo rendono uno strumento di più facile accesso rispetto al BGB. Nel primo decen-

nio del XIX sec., il prestigio intellettuale e culturale del testo s'accompagna alla forza di penetrazione dovuta all'espansione militare della Francia di Napoleone.

Il Code francese viene imitato innanzitutto da Belgio, Lussemburgo ed Olanda. Nei primi due ordinamenti l'impianto codicistico ricalca fedelmente il modello francese, nonostante che nel 1830, raggiunta l'indipendenza dalla Francia, la nuova Costituzione di quei paesi avesse previsto che le codificazioni ereditate dal regime napoleonico sarebbero state sostanzialmente riviste entro il più breve tempo possibile (88). L'influenza del modello francese rimane intensa, penetrando nel ragionamento della dottrina e nello stile della giurisprudenza belga e lussemburghese, anche se, a partire dal XX sec., varie leggi speciali ammodernano determinati settori del diritto e la giurisprudenza interna interpreta in modo originale molte regole mutuata dal codice francese.

In Olanda, il Code civil viene adottato nel 1809, con alcune modifiche introdotte per adattarlo alle prassi autoctone; il primo codice olandese entra in vigore nel 1838 e si sostanzia ancora in una traduzione del codice francese, ad eccezione del diritto di famiglia. Il modello francese viene abbandonato solo nel corso del XX sec., quando entra in vigore il *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (89). Esso, privilegiando soluzioni eclettiche, ha attinto al *Common law* (ad es., con l'improper exploitation of circumstances), alla Convenzione di Vienna (in relazione alla responsabilità per inadempimento del contratto), al BGB (con la clausola generale sulla buona fede che ricorda la formulazione del § 242) e al modello svizzero (abbandonando la rigida distinzione fra diritto civile e commerciale).

Il codice francese circola anche in varie parti della Germania e della Svizzera: entra automaticamente in vigore nei territori ad ovest del Reno che, in virtù del trattato di Lunéville, fanno parte del territorio francese. Dopo la campagna di Prussia del 1806-1807, si spinge più ad est, nel regno di Vestfalia, nei Granducati del Baden e Francoforte, a Danzica, fino ad Amburgo e Brema, città del Dipartimento Anseatico.

Il vettore dell'ampia circolazione del modello francese nell'area tedesca è Zachariä von Lingenthal, professore ad Heidelberg. Egli viene dalla Renania, a quel tempo sotto il governo francese, e pubblica il primo vero Commentario al Code Civil, l'*Handbuch des französischen Civilrechts* (1808), sovrapponendo al diritto francese i metodi sistematici e concettuali sviluppati dalla scienza giuridica tedesca coeva all'entrata in vigore del Code civil. Attraverso la sua opera, che viene tradotta in francese da Aubry e Rau, professori a Strasburgo, la dottrina tedesca ha

un'ampia risonanza in Francia, influenzando finalmente anche la giurisprudenza francese.

In Svizzera, il codice francese entra in vigore nel 1804 nei cantoni di Ginevra e Berna, in quanto, allora, entrambi appartengono alla Francia. Durante il XIX sec., i cantoni svizzeri producono propri codici (Waadt, Friburgo, Ticino, Vallese, ecc.) a modello francese, con l'eccezione del diritto di famiglia e di successione, ove le consuetudini locali sopravvivono. Nel 1912 i codici cantonali sono abrogati dall'entrata in vigore del *Zivilgesetzbuch* (ZGB), nel quale le regole e le istituzioni francesi giocano un ruolo meno significativo rispetto agli elementi nativi germanici (90).

Anche in Italia e Spagna viene recepito il modello del Code civil; tuttavia, con l'entrata in vigore del BGB e successivamente del ZGB svizzero, ne diminuisce l'influenza (91): per quel che concerne il sistema italiano, mentre il primo codice del Regno d'Italia del 1865 è di stampo francese (con esso s'instaura in Italia l'unità giuridica), il codice civile del 1942 mescola all'influenza francese quella più marcata della pandettistica tedesca. Il sistema spagnolo, fondato sui *fueros* (diritti locali particolari) sviluppati in epoca medioevale, e su leggi ed ordinanze raccolte in compilazioni che tendono ad esprimere i diritti territoriali propri di molte delle *Comunidades Autonomas*, giunge alla promulgazione di un Codice civile francesizzante nel 1889. La differenza fondamentale con quest'ultimo è di principio, e sta nel fatto il código non è il "codice degli spagnoli", non rappresenta affatto l'unità dello Stato spagnolo.

Il codice, novellato in più occasioni (92), è ancora in vigore.

Al di fuori dell'Europa, l'influenza del codice francese segue le vicende della colonizzazione francese: tutta l'area a sud del Sahara ed il Centro-Africa, Madagascar, Algeria, Marocco e Tunisia. La Turchia cerca di modernizzare il proprio diritto ripudiando la tradizione islamica dopo la guerra del 1914 e rivolgendosi al modello francese. Gli stati arabi che si sono formati nel vicino oriente per effetto dello sfaldamento dell'Impero Ottomano accentuano i loro legami con la Francia ereditati da questo Impero, ma non secolarizzano completamente il loro diritto e conservano (almeno per i cittadini musulmani) il diritto islamico. Il codice egiziano del 1949 ricalca quello francese ed ispira i codici di Libia, Iraq, Siria, Giordania, Qatar, Somalia, Yemen del Nord, Kuwait, con una maggiore o minore presenza di istituti derivati dal diritto islamico.

Gli Stati del Centro e Sud America, al momento della loro indipendenza dalla Spagna, trovano nel modello francese un'alternativa attraente, frutto di una grande rivoluzione: Bolivia, Repubblica Domi-

nicana e Messico traducono letteralmente il Code civil; più originali le versioni dovute all'opera di Andreas Bello, giurista venezuelano, il codice cileno, argentino, brasiliano.

La Luisiana e il Québec costituiscono due esempi di recezione del modello francese presenti nel Nord America. Entrambi soggetti alla dominazione coloniale francese, nonostante la successiva adesione alla Confederazione americana (1812) decidono di dotarsi di un codice d'ispirazione francesizzante, conservando così l'indipendenza culturale del maggior numero dei coloni appartenenti alla comunità francofona.

(88) ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, 101.

(89) Il nuovo codice olandese entra in vigore per tranches successive: il primo libro sul diritto di famiglia nel 1970, il libro relativo alle persone giuridiche nel 1976; infine il terzo, quinto, sesto e settimo libro, su contratti, responsabilità e proprietà nel 1992. Cfr. IORIATTI, *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, RDC, 1992, I, 117.

(90) Sull'originalità di questo codice v. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 287; AJANI, *Sistemi giuridici*, cit., 314; VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*, 158. E esso, ad es., è stato recepito in Turchia nel 1926, eccettuate le parti relative al diritto di famiglia e delle successioni.

(91) ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, 105. Sul codice civile italiano, cfr. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., su quello spagnolo, GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, oltreché AJANI-ANDERSON-ARROYO AMAYUELAS-PASA, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, ed. UB, Madrid, 2011.

(92) Il Título Preliminar del codice civile spagnolo, che disciplina il rapporto fra le fonti del diritto, il diritto internazionale privato, e detta i criteri fondamentali in tema d'interpretazione, è stato novellato nel 1974: cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código Civil*, *Documentación Jurídica*, 4, 1974, 1137 ss.

## 12. Recezione indiretta del BGB.

La circolazione del modello tedesco non avviene attraverso il codice civile (BGB); diversamente da quanto avviene per il modello francese, essa è dovuta principalmente al prestigio della dottrina pandettistica. Metodologia e concetti della pandettistica influenzano tutti i sistemi giuridici europei ed alcuni extra-europei. In Francia, al principio del xx sec., Saleilles, il pioniere della comparazione, introduce un approccio al Code civil di tipo sistematico (93); John Austin, che fonda in Inghilterra la giurisprudenza (teoria generale del diritto), introduce alcuni principi cardini della pandettistica per tentare di promuovere (peraltro senza successo) la riforma del diritto inglese ispirata alla codificazione tedesca; simile tentativo viene intrapreso da Jeremy Bentham. L'influsso della pandettistica è palese nelle opere di Maitland e Pollock, ed è ancor più evidente nello statunitense Langdell (94) (rinvio alla voce → COMMON LAW).

Anche i giuristi russi del XIX sec. studiano la pandettistica tedesca; per il tramite di quest'ultima, le codificazioni dei paesi dell'Est europeo imitano con-

cetti e regole contenuti nel BGB. Di fatto i paesi dell'Europa centro-orientale codificano ripetutamente ex novo in epoca socialista, perché hanno aderito agli ideali della rivoluzione bolscevica e ritengono che i vecchi codici vadano sostituiti (95). Ma nella filigrana di ogni codice rimane ben visibile il modello pre-socialista che lo ha condizionato: nell'allora Unione sovietica, dietro alle basi di legislazione civilistica del 1961 e ai codici delle Repubbliche sovietiche del 1964, si scorge la codificazione leniniana del 1923, che si è ispirata al progetto del 1908, modellato a sua volta su una traduzione dell'ultimo Entwurf zum BGB. È il caso del diritto civile ungherese, che assorbe il modello fornito dal BGB ma senza il negozio giuridico, perché la scienza giuridica ungherese, nel momento in cui entra in contatto con la pandettistica tedesca, è contraria alla recezione di categorie troppo astratte (96). Il codice polacco del 1964 media fra modello francese e quello tedesco, dal quale invece mutua il concetto di negozio giuridico. Le leggi bulgare (una "specie di codice uscito a puntate", secondo Sacco) rimangono fedeli alle precedenti leggi della fine del XIX sec., ispirate al modello italiano del 1865 e perciò a modello francese (97). In Austria, Italia e Spagna la recezione della dottrina pandettistica è forte e la traduzione di molti autori tedeschi in spagnolo ed italiano ne sono concreta testimonianza. Anche il Portogallo ed il Brasile premettono ai loro codici una parte generale molto simile alla Allgemeiner Teil; il codice civile della Grecia (1946) ha il medesimo impianto del BGB. Il Giappone, nel codice civile del 1898, recepisce integralmente il BGB, ad esclusione del libro della famiglia e delle successioni. Il codice giapponese viene studiato dai cinesi che poi decidono di non adottarlo.

In Svizzera, nonostante la circolazione delle dottrine tedesche, il codice civile adottato dal Parlamento nel 1907 (ZGB) ed entrato in vigore nel 1912, rappresenta un modello originale e prestigioso. Progettato interamente da Huber, il codice svizzero si fonda su di un peculiare stile di ragionamento giuridico, di linguaggio e di soluzioni (come la deliberata scelta di incompletezza delle definizioni, o il favore per la creazione del diritto ad opera dei giudici), tanto che persino in Germania si pensa di sostituire il BGB con il ZGB svizzero (98).

(93) Cfr. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*<sup>12</sup>, Paris, 1901; ID., *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904.

(94) Cfr. MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., 271 ss.

(95) In realtà, a seguito di rivoluzioni politiche si potrebbero mutare pochi articoli del codice: il contratto, dopo la rivoluzione socialista, rimane un istituto del diritto civile, affiancato dal piano (ma questo può ben essere previsto da una legge specia-

le); la proprietà dopo la rivoluzione diventa la proprietà socialista dello stato, quella delle organizzazioni sociali, socialista cooperativa e proprietà personale (ma anche queste si prestano ad essere regolate in un certo numero di articoli contenuti in leggi speciali). Cfr. SACCO, *I codici civili dell'ultimo cinquantennio*, in *Il codice civile-Convegno del cinquantennio*, Relazione al Convegno promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei, 15/16-12-1992, *RDC*, 1993, I, 311.

(96) Cfr. SACCO, *op. ult. cit.* nota precedente; AJANI, *Il modello post-socialista*, cit. e, Id., *Diritto dell'Europa orientale*, cit.

(97) SACCO, «Negozio giuridico, circolazione del modello», in *Digesto/civ.*, XII, Torino, 1995, 86.

(98) Cfr. DE BIASIO-FOGLIA, *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*, Torino, 1999; ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, 167 ss.

### 13. Tentativi di codificazione antidogmatici.

Sono due i codici antidogmatici (non più in vigore) che vanno menzionati (99). Il primo è il *Zivilgesetzbuch* della DDR (1975), il quale rappresenta un modello di codificazione che si allontana dal tipo di codificazione sistematico-concettuale. Si tratta di un codice corto, nel quale le categorie troppo generali o troppo tecniche ed il linguaggio dei professori, che caratterizzano soprattutto il BGB, sono bandite: non si parla di “terzi in buona fede”, ma degli “altri”; non di “servitù” ma di “utilità”; e non si usa naturalmente il “negozio giuridico”. Il secondo è il codice civile della Cecoslovacchia (1964). Esso presenta elementi di originalità: la categoria del contratto viene sostituita dal concetto di “servizio” e di “mutuo aiuto”: il primo si riferisce ai contratti economici fra imprese di Stato ed altre organizzazioni socialiste; il secondo all'unica forma possibile di contratto fra privati cittadini (ossia quello non pianificato), che riveste una funzione sociale.

Si tratta, in entrambi i casi, dei primi codici dell'Est europeo che sono entrati in crisi: il primo è scomparso con la riunificazione della DDR alla Germania Ovest, nel 1990; il secondo è stato drasticamente novellato e quindi sostituito dai rispettivi codici delle due autonome Repubbliche sorte l'1-1-1993, quella Ceca e quella Slovacca.

L'unico precedente di codice extraformale ed antidogmatico rispetto ai due codici appena citati risale al XIX sec. ed è rappresentato dal codice civile del Montenegro (1888), redatto da Bogišić, seguace delle scuole minoritarie tedesche che raccomandavano il metodo sociologico, teleologico e degli interessi (100).

(99) Cfr. SACCO, *I codici civili dell'ultimo cinquantennio*, cit.

(100) BENACCHIO, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del Sud*, Padova, 1995.

### 14. Civil law e patrimonio costituzionale europeo.

Nella visione tradizionale, la presenza di un diritto civile codificato è stata ritenuta l'asse portante dei sistemi di Civil law; il sistema delle fonti, anch'esso incentrato sull'idea di codice, rifletteva la classica tri-

partizione dei poteri, secondo lo schema dello Stato moderno, e riconosceva in capo al legislatore il potere formale di produrre regole giuridiche collocate al vertice della gerarchia delle fonti stesse. Peraltro, la valenza “prescrittiva” di questa prospettiva d'analisi, che promuoveva i valori incarnati dall'ideologia illuminista, occultando il reale funzionamento dei sistemi giuridici, è stata messa in luce da più parti, sino a dimostrare che, invece, dal punto di vista “descrittivo”, sono da considerare fonti del diritto autoritative (anche se non in senso formale) dottrina e giurisprudenza (101).

Va altresì sottolineato che i valori cui si ispiravano le codificazioni sono stati rilette alla luce di politiche fondate sulla cultura dei cosiddetti diritti sociali, soprattutto grazie all'intervento delle Corti atte a sindacare la costituzionalità delle leggi, previste dalle Costituzioni rigide (che richiedono cioè procedure aggravate per la loro modifica). Nonostante le differenze tra i vari sistemi di Civil law [in particolare tra l'esperienza francese con il Conseil constitutionnel, e quella tedesca, con il Bundesverfassungsgericht, che ben esemplificano i modelli di controllo di costituzionalità continentali (102)], ciò che ora accomuna l'area è la rilettura del diritto (compreso quello civile) alla luce dell'erigendo “patrimonio costituzionale europeo”. Il Trattato di Lisbona all'art. 6 attribuisce finalmente la medesima forza vincolante a tutti i Trattati, comprendendo così i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea sui diritti umani del 1950 (incentrata sui diritti civili e politici) e quelli sociali tutelati con la Carta di Nizza (103).

Il giurista d'oggi deve, pertanto, abituarsi ad una sorta di “a-sistematismo di necessità” in tutta l'area di Civil law (104). Vi è il diritto creato dal cosiddetto Welfare State, che ha provveduto allo sviluppo di un esteso corpus di leggi speciali, accanto ai codici [spesso riformati (105)], dove colloca discipline a tutela di nuovi soggetti, individuati sulla base della loro forza o debolezza strutturale (ad es., consumatori e imprese). Vi è poi il diritto elaborato in sede sovranazionale ed internazionale (106), che è sempre più rilevante, sia per la quantità che per la qualità delle regole, ed è talvolta concorrente rispetto alle codificazioni e alle leggi speciali interne. Sia che si tratti di norme convenzionali uniformi promosse dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ad es., tramite l'Uncitral, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci), oppure dal Consiglio d'Europa, sia che si tratti di diritto prodotto da istituzioni sopranazionali (ad es. quello comunitario), in Civil law il problema dell'armonizzazione dei vari “strati o livelli giuridici” si presenta con caratteristiche assolutamente peculiari, che derivano dai particolari obiettivi e dalla peculiare ispirazione della Comunità Europea. Quanto agli obiettivi, bisogna ri-

cordare che la realizzazione di molti di essi è legata ad un'accentuazione del processo di armonizzazione al fine di far funzionare il mercato interno. Quanto all'ispirazione, è chiaramente desumibile da alcune espressioni usate negli ultimi Trattati, ad es. la volontà di rafforzare in misura sempre maggiore la comunanza culturale europea. In questo senso va interpretata anche l'attività del Parlamento europeo (107), il quale con una sorta di nuova legittimazione democratica, dà ragione a tutti coloro che, da tempo, sostenevano la necessità — o, quanto meno, l'opportunità — di procedere ad un'uniformazione del diritto privato europeo. Il Parlamento, infatti, ha invitato la Commissione ad iniziare i lavori per verificare la fattibilità di un codice europeo di diritto privato (108). Il processo è iniziato formalmente con la "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo" dell'11-7-2001 (109) ed è tutt'oggi in itinere, con la redazione del progetto di Quadro Comune di Riferimento (c.d. DCFR, dall'acronimo inglese che sta per Draft Common Frame of Reference) (110). A questo proposito, attualmente la letteratura giuridica parla di "europeizzazione" dei sistemi giuridici (anche del Common law inglese, dato che la Gran Bretagna fa parte dell'UE). Con ciò non si riferisce al processo di formazione di un substrato comune di principi giuridici, perché questo già esiste da secoli; si riferisce piuttosto al processo di costruzione di un nuovo sistema giuridico sovranazionale, in parte fondato su di un comune case law, grazie alla funzione armonizzatrice svolta sia dalla Corte di Giustizia europea, sia dalla Corte di Strasburgo a tutela dei diritti dell'uomo, in parte su di un Restatement di definizioni, principi e regole comuni europee. Vari sono i progetti coinvolti nella costruzione di questo nuovo jus commune europeo (111) e convulsa appare la discussione circa il significato e l'opportunità di perseguire un tale obiettivo (112). Sembra comunque ormai da escludere la possibilità che il DCFR diventi un codice europeo di diritto privato (113), sia che venga presentato come un'alternativa ulteriore rispetto alle normative nazionali, sia che serva a rimpiazzare in toto le codificazioni nazionali.

BARBARA PASA

(101) Ex multis, ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996; MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 157 ss.

(102) Sui quali si rinvia alle opere di diritto pubblico comparato, ex multis DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, nuova ed., Padova, 2007; CARROZZA-DI GIOVINE-FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009; in sintesi v. Anche MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 164 ss.

(103) Anche se molti autori nutrono seri dubbi sulla capacità di garantire concretamente i diritti sociali, giacché, a livello comunitario, occupano una posizione di rango inferiore rispetto ai diritti civili, ed il sistema europeo affronta il tema prevalentemente in termini di "sviluppo economico sostenibile" tale da

promuovere le quattro libertà fondamentali tradizionali (circolazione di persone, servizi, merci e capitali). Il che si risolve in una semplice "aspettativa" di un'assistenza sociale dei pubblici poteri. Cfr. MONATERI-SOMMA, *op. cit.*, 196-197.

(104) Cfr. SACCO, *I codici civili dell'ultimo cinquantennio*, cit.

(105) Si pensi, ad es., alla riforma del libro secondo del BGB oppure al progetto di riforma francese del diritto delle obbligazioni sopra citati.

(106) Sull'impatto delle regole sovranazionali nell'area ex-socialista, ad es., v. PASA, *L'azione delle istituzioni finanziarie internazionali nell'offerta di modelli giuridici agli ordinamenti post-socialisti*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, a cura di Porro, Torino, 1999, 115 ss.; l'articolo è stato pubblicato successivamente nel *Cardozo Electronic Law Bulletin*, all'indirizzo <http://www.jus.unim.it/cardozo/home.html>, maggio 2002.

(107) Risoluzione del Parlamento del 26-5-1989, concernente un'azione «volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri e all'elaborazione di un codice europeo del diritto privato» (in *GUCE*, 1989, n. C 158/400); Risoluzione del Parlamento del 6-5-1994, concernente «l'armonizzazione di taluni settori del diritto privato negli Stati membri» (in *GUCE*, 1994, n. C 205/518).

(108) V. la posizione espressa dalla "commissione giuridica e mercato interno" del Parlamento il 6-11-2000, nella quale è stata formulata, per la prima volta, una proposta sul contenuto del nuovo *codice civile europeo* e sul metodo per realizzarlo: lavoro basato sul documento preparato da Klaus-Heiner Lehne. Cfr. in Internet <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20001121-hearing/juri20001121-hearing.htm>.

Il documento suggerisce un processo di codificazione graduale che dovrebbe passare attraverso due tappe fondamentali: la prima si sostanzierebbe in una semplice opera di sistematizzazione delle regole contenute nelle ormai numerose direttive che incidono in materia contrattuale e di responsabilità civile; la seconda fase dovrebbe riguardare anche altre aree del diritto civile connesse con il funzionamento del mercato interno come, ad esempio, il diritto delle assicurazioni, le garanzie del credito, i contratti di servizio.

(109) COM (2001) 398 def.

(110) Sul quale la bibliografia è ormai molto estesa: si rinvia all'opera fondamentale a cura di von BAR-CLIVE-SCHULTE NÖLKE-BEALE-HERRE-HUET-SCHLECHTRIEM-STORME-SWANN-VARUL-VENEZIANO-ZOLL, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, Monaco di Baviera<sup>2</sup>, 2009. A commento v., fra gli altri, DANNEMANN, *Consolidating EC Contract Law: an Introduction to the work of the Acquis Group*, in *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. *Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Monaco di Baviera<sup>2</sup>, 2009, XXXVI ss.; HOWELLS-SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Monaco di Baviera, 2009; PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; ID., *The DCFR, the ACQP and the reactions of Italian Legal Scholars*, *European Review of Private Law*, 2010, 227 ss.; SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Monaco di Baviera, 2008; TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge-Cavendish, 2008. (111) A partire da SMITS, *The making of European private law: toward a jus commune Europaeum as a mixed legal system*, Intersentia, 2002.

(112) Progetti che, in questa sede si possono solamente citare, a partire da quello del Gruppo pavese dell'Accademia dei giurprivatisti europei guidata da Gandolfi, i *Principles of European Contract Law* incoraggiati da Lando e Beale, lo *Study Group on European Civil Code* guidato da von Bar, il *Common Core Project* ideato da Bussani e Mattei, sino a quelli di più recente

costituzione come il *gruppo Acquis*. Per seguire i lavori di questi progetti e consultare bibliografie di riferimento si rinvia ai siti internet di ciascun progetto.

(113) Cfr. il *Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*, Bruxelles, 1-7-2010, COM(2010) 348 def. È già al lavoro un c.d. "gruppo di esperti", docenti universitari di diritto civile, rappresentativi dei sistemi giuridici europei, che agiscono in piena indipendenza e nell'interesse generale, al fine di redigere uno strumento opzionale semplificato rispetto al DCFR, rivedendo e integrandone le disposizioni, tenendo anche conto di altre fonti pertinenti e dei contributi della consultazione lanciata con il Libro Verde medesimo. Il gruppo di esperti è stato creato con la Decisione della Commissione, del 26-4-2010, che istituisce il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti (*G.U. L. 105 del 27-4-2010, 109*).