

PAOLO GALLO

ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO



G. Giappichelli Editore

PREMESSA

Questo lavoro è frutto della mia ormai lunga esperienza come docente e studioso; il problema semmai è consistito nel condensare in uno spazio ragionevole circa quarant'anni di studi giuridici. Un manuale di diritto non può ovviamente contemplare l'intero scibile giuridico; la stessa considerazione vale però anche per il codice, il quale non racchiude l'intero diritto privato; sia il manuale che il codice possono però costituire un buon punto di partenza per eventuali approfondimenti ulteriori. L'importante è conseguire buone basi sulle quali iniziare ad edificare la propria personale cultura giuridica. Si tratta ovviamente di un percorso molto lungo e complesso che conviene affrontare per gradi, ma che soprattutto è destinato a protrarsi per tutto il corso dell'esistenza, ove si opti per una professione in ambito giuridico, come per esempio l'avvocato, il magistrato, il notaio, il funzionario, il ricercatore o altro ancora. Ovviamente ogni singola professione implica una progressiva diversificazione delle competenze e come conseguenza ulteriore delle conoscenze acquisite; resta comunque il fatto che il punto di partenza è inevitabilmente uguale per tutti ed è soprattutto il diritto privato che a partire dal diritto romano, passando attraverso il diritto intermedio per sfociare nella modernità e nella post modernità ha sempre costituito il fondamento ultimo della cultura giuridica.

Il testo è pensato per essere il più possibile fruibile da parte dagli studenti al primo approccio con il diritto, ma può essere utilizzato anche per la preparazione degli esami post universitari, nonché per la consultazione professionale.

P.G.

Parte Prima

LA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE

Capitolo Primo

IL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Il problema del diritto. – 2. Alle origini del diritto. – 3. La società a potere diffuso. – 4. La vendetta, l'autotutela e la ritorsione. – 5. La nascita dello Stato e la società a potere accentrato. – 6. La scissione tra diritto e religione: il diritto romano. – 7. Il diritto germanico. – 8. Il diritto comune. – 9. L'età della codificazione. – 10. I caratteri del codice Napoleone. – 11. I caratteri del BGB. – 12. La sub tradizione di *common law*. – 13. Il nucleo comune della tradizione giuridica occidentale. – 14. Il nuovo diritto comune europeo.

1. *Il problema del diritto*

Una delle prime domande che è opportuno porsi nell'intraprendere uno studio di materie giuridiche è a cosa serve il diritto, ed in secondo luogo a cosa servono i giuristi? A questi interrogativi sembrerebbe possibile rispondere molto semplicemente che in ogni società sorgono inevitabilmente conflitti come conseguenza della sproporzione tra i bisogni ed i desideri degli uomini da un lato ed i mezzi per soddisfarli dall'altro, il che rende necessaria la presenza di un complesso di norme e di regole per dirimere tali controversie. Se per esempio due persone pretendono di essere nel contempo proprietarie dello stesso bene, l'esistenza di un complesso di regole giuridiche consente di risolvere la controversia.

In realtà ci potremmo domandare se la soluzione giuridica sia sempre la migliore in assoluto. Quello che infatti è certo è che il diritto non costituisce l'unico mezzo per la soluzione delle controversie. Alternative al diritto possono essere costituite dalla pura violenza, dall'autotutela, dalle decisioni politiche, dal giudizio di Dio, dalle ordalie, dal sorteggio, e così via. Un giorno Salomone dovendo risolvere la controversia tra due donne che pretendevano di essere entrambe la madre di un unico bambino, decise che il bambino doveva essere tagliato in due parti uguali. Ovviamente anche questo è un modo per risolvere le controversie; da allora è diventata proverbiale l'idea di giustizia salomonica! Quello che però è certo è che questo non è l'unico modo possibile per risolvere il problema. Attualmente sarebbe senza dubbio preferibile un semplice esame genetico. In realtà i modi per risolvere le controversie di qualsiasi tipo possono essere molteplici.

La storia ci ricorda che in certe epoche erano molto diffuse le ordalie, vale a dire i giudizi di Dio, caratterizzati da prove di forza o di resistenza di carattere del tutto ir-

razionale. Molti ordinamenti tradizionali si basano inoltre per la soluzione delle controversie su regole di carattere puramente religioso o morale. Ci si potrebbe infatti domandare come mai ai fini della soluzione delle controversie non dovrebbe ritenersi sufficiente il ricorso alle regole dell'etica, della religione, della morale e del costume? Come mai si è in altre parole sentita l'esigenza di creare un complesso di regole c.d. giuridiche, distinte rispetto a quelle morali e sociali, per la soluzione delle controversie? Perché il diritto, o meglio ancora un certo modo di intendere il diritto, ha avuto così successo nell'ambito della tradizione giuridica occidentale? Qual'è l'elemento che consente di distinguere le norme giuridiche da quelle morali e sociali? Si tratta di interrogativi ai quali solo con l'ausilio della storia è possibile rispondere.

2. Alle origini del diritto

Il primo problema al quale occorre cercare di dare una risposta è quando è nato il diritto così come lo concepiamo attualmente. Con l'ausilio dell'antropologia giuridica è possibile cercare di andare il più possibile indietro nel tempo. Gli studiosi si sono domandati come potesse essere regolata la società dei primi ominidi.

Molto probabilmente le società umane più primitive, quando l'uomo addirittura non parlava ancora e si limitava ad emettere suoni o a gesticolare, non erano poi così differenti rispetto ai gruppi di primati che possono ancora osservarsi ai nostri giorni. Il gruppo ruotava attorno al maschio dominante, il quale esprimeva il suo potere di fatto sul territorio e sugli altri membri del branco. I rapporti si basavano su pure relazioni di forza. Anche le offese e le trasgressioni venivano represses con la pura violenza. In queste condizioni il potere di fatto che veniva esercitato sul territorio assumeva più l'aspetto di un possesso che di una vera e propria titolarità giuridica. Il possesso del territorio, degli utensili, della capanna, e così pure il potere di fatto sugli individui durava fin tanto che altri individui o altri gruppi riuscivano ad impossessarsene.

Si può discutere se in queste condizioni sia già possibile parlare di diritto. In questa fase il comportamento degli uomini più primitivi, al pari di quello dei primati, era infatti dominato più dall'istinto che da regole comportamentali di altra natura. Se di regole comportamentali si può parlare, si trattava di comportamenti per lo più innati. In questa fase più che nel campo delle regole giuridiche vere e proprie, si era nel campo dell'etologia, ovvero della scienza che studia il comportamento. Il diritto vero e proprio è un qualche cosa che si è evoluto solo successivamente, quando i moduli comportamentali istintivi sono stati affiancati da regole che impongono comportamenti anche in contrasto rispetto a comportamenti innati o istintivi. Il diritto è infatti caratterizzato da una componente prescrittiva che non è presente nei comportamenti istintivi. Si pensi tipicamente ai dieci comandamenti, non rubare, non uccidere, e così via.

3. *La società a potere diffuso*

Le società più antiche erano prive di Stato nel senso moderno dell'espressione; nel senso che non vi era un legislatore, un apparato amministrativo stabile, un sistema di Corti, e così via. Nella società a potere diffuso non vi era necessariamente un capo vero e proprio, ma ciascuna famiglia o tribù conviveva accanto alle altre, a volte in armonia, a volte in stato di guerra. Non essendovi un ordine precostituito il diritto era eminentemente consuetudinario. Nettissime erano inoltre le connessioni tra il diritto, la religione e la magia. L'uomo primitivo viveva in un mondo magico, dominato da forze occulte. Alla base della magia vi era la convinzione che l'uomo con pratiche opportune potesse controllare ed influire sulla realtà. Il successo o l'insuccesso nella caccia dipendeva da forze e spiriti sovrannaturali che occorreva cercare di propiziarsi. Non essendovi un sistema di Corti o un giudice a cui far riferimento, ciascuno era legittimato a farsi giustizia da solo, o per il tramite del suo *clan* di appartenenza; viveva in altre parole il sistema della vendetta e dell'autotutela.

La società a potere diffuso era essenzialmente una società di raccoglitori e di pastori, tipica del paleolitico. In questo periodo, poiché non si erano ancora realizzati stanziamenti di carattere stabile sul territorio, non aveva neppure senso porsi un problema di proprietà privata del suolo. Molto semplicemente le varie bande di ominidi, composte da non più di cento individui, si spostavano in continuazione sul territorio alla costante ricerca di mezzi di sussistenza.

Molto frequente era l'infanticidio ed il senilicidio, quali strumenti per contenere al massimo il numero delle bocche da sfamare. Il numero della popolazione era strettamente dipendente da quello delle risorse presenti sul territorio. Un incremento delle risorse disponibili si traduceva in un incremento della popolazione; per converso una loro riduzione comportava una diminuzione altresì della popolazione. Trovava in altre parole ancora applicazione la legge di Malthus in base alla quale la costante tendenza all'incremento della popolazione tipica degli esseri umani, come del resto degli animali, spinge sempre la popolazione umana a vivere ai limiti della sussistenza.

In queste condizioni il problema che sorge è capire fino a che punto le regole che trovano applicazione nelle società a potere diffuso possano essere considerate regole giuridiche vere e proprie. Si tratta in altre parole di chiarire se possa esservi un diritto anche in una società senza Stato. La risposta a questo interrogativo non può che essere positiva; si pensi per esempio alla società internazionale; nessuno dubita che le regole del diritto internazionale siano regole giuridiche vere e proprie. La mancanza di un potere sovraordinato non è infatti preclusiva dell'esistenza di norme giuridiche. In assenza di un organismo in grado di mantenere l'ordine tra la comunità degli Stati opereranno i meccanismi dell'autotutela e della ritorsione.

Secondo una concezione molto diffusa delle norme giuridiche che risale a Jhering, l'elemento caratterizzante le norme giuridiche sarebbe costituito dalla sanzione. Sarebbe in altre parole la presenza della sanzione che consente di distinguere le norme giuridiche vere e proprie da tutte le altre regole sociali, come per esempio quelle di costume. Del resto l'immagine tradizionale del diritto vede associata la bilancia alla

spada. La bilancia, e cioè la giustizia, può essere effettiva solo in presenza della spada e cioè della coercizione.

Questa ricostruzione tradizionale del diritto e della norma giuridica è stata messa in dubbio da Malinowsky. Secondo Malinowsky non è infatti la sanzione o il timore della sanzione che induce gli uomini a osservare le norme giuridiche, ma piuttosto l'interesse economico. Questo autore considerava l'esempio di due villaggi, uno sulla costa ed uno all'interno, i quali si scambiavano regolarmente pesce contro verdure; e si domandava come mai gli accordi venivano sempre rispettati, e giungeva alla conclusione che le ragioni del rispetto degli impegni dovevano ravvisarsi nell'esistenza di bisogni reciproci; sarebbe dunque la reciprocità dei bisogni più che non il timore della sanzione o la ritorsione a garantire l'osservanza degli accordi e delle regole giuridiche. Più tradizionali sono invece le conclusioni di Hoebel, secondo il quale essenziale ai fini della configurabilità di una regola giuridica è la possibilità di garantirne il rispetto coattivamente, ancorché in assenza di un apparato coercitivo statale, in virtù dell'autotutela, della vendetta e della ritorsione.

Ecco quindi come la mancanza di un'organizzazione statale non sia di per sé incompatibile con l'esistenza di vere e proprie regole giuridiche. Anche in assenza di un'organizzazione statale stabile e di apparati coercitivi *ad hoc*, il rispetto delle norme giuridiche può infatti essere garantito dall'autotutela, dalla vendetta e dalla ritorsione.

4. *La vendetta, l'autotutela e la ritorsione*

La vendetta appartiene alla preistoria del diritto; come mezzo di controllo sociale, essa era tipica della società a potere diffuso. Prima dell'origine dello Stato la vendetta svolgeva un'importante funzione di mantenimento dell'ordine sociale, consentendo a chi era stato offeso di farsi personalmente giustizia; o per lo meno per il tramite del suo gruppo di appartenenza.

La vendetta è stata una delle forme più antiche di punizione. Nelle società primitive la vendetta era avvertita più che come un diritto, come un obbligo al quale occorreva sottostare, sia per non perdere l'onore e la reputazione nell'ambito della collettività di appartenenza, sia per consentire all'anima del defunto di raggiungere definitivamente la pace. Vi era quindi una strettissima connessione altresì con il culto dei morti. La vendetta era considerata giusta anche dalla Bibbia, ancorché nei limiti della legge del taglione.

Si consideri peraltro l'irrazionalità di una tale pratica. Ammettere la vendetta ancorché nei limiti della legge del taglione, significa infatti semplicemente consentire la duplicazione del danno iniziale. La vendetta non vale infatti ad eliminare la perdita subita, ma semplicemente a raddoppiarla. Sotto questo profilo non è difficile rendersi conto del carattere fondamentalmente diseconomico ed inefficiente di molte pratiche punitive tipiche delle società primitive. Si pensi ancora al taglio della mano praticato dal diritto musulmano nei confronti dei ladri, e così via.

Sarà proprio per evitare gli effetti distruttivi della vendetta che si evolveranno gra-

dualmente forme di conciliazione e composizione pecuniaria, e poi in tempi ancora più recenti di risarcimento del danno; le quali grazie al trasferimento di risorse riusciranno ad evitare un'ulteriore ed inutile distruzione di ricchezza. Sotto questo punto di vista non vi è dunque alcun dubbio circa la maggior efficienza e razionalità della composizione pecuniaria rispetto alla vendetta. Sarà però solo con il passaggio dalla società a potere diffuso alla società a potere accentrato, e quindi come conseguenza dell'affermazione di forme statali sempre più forti, che lo stato riuscirà ad avocare a sé la funzione punitiva. Ne risulterà una netta separazione della responsabilità penale nei confronti dello stato e della responsabilità civile, o meramente risarcitoria nei confronti della vittima.

Senza distinzioni le società moderne aborriscono la vendetta al pari di ogni forma di autotutela. Può anzi dirsi che l'intera storia del diritto moderno può essere vista nella prospettiva di una progressiva riduzione della rilevanza originaria della vendetta e dell'autotutela, a favore viceversa di forme di controllo sociale esercitate dallo Stato e dai suoi organi.

5. La nascita dello Stato e la società a potere accentrato

Con il passaggio dal paleolitico al neolitico avvenne la prima grande rivoluzione economica dell'umanità; iniziò infatti l'agricoltura e l'allevamento del bestiame. In particolare l'epicentro di questa rivoluzione fu il Medio Oriente. Con l'agricoltura iniziarono i primi insediamenti fissi, e con essi le prime forme stabili di governo e di organizzazione sociale. Gruppi umani sempre più numerosi iniziarono a sedentarizzarsi; con l'agricoltura e lo sfruttamento intensivo del territorio iniziarono altresì a delinearsi forme sempre più stabili di appartenenza del territorio, le quali dovevano sfociare nel riconoscimento di forme di proprietà in capo prima al villaggio, poi alla famiglia e poi ancora successivamente all'individuo.

Le sepolture ed il culto dei morti dovevano consolidare ulteriormente il rapporto tra la famiglia ed il territorio attribuendogli un carattere sacrale. Il passaggio da un'economia di pura sussistenza connessa alla caccia ed alla raccolta ad un'economia legata all'agricoltura ed all'allevamento del bestiame, comportò un notevole incremento delle risorse alimentari disponibili ed un conseguente *boom* demografico. Si trattò quindi di una vera e propria rivoluzione, paragonabile per portata e vastità soltanto alla rivoluzione industriale del XVIII e XIX secolo.

I gruppi sedentarizzati riuscirono ben presto ad avere la meglio sui precedenti gruppi dediti alla caccia ed alla raccolta. I cacciatori ed i raccoglitori vennero così eliminati fisicamente o costretti a rifugiarsi nelle zone più impervie del pianeta, come per esempio la foresta amazzonica ed il deserto del Kalahari. Ancora attualmente sparuti gruppi di raccoglitori sopravvivono in Africa nel deserto del Kalahari, nella foresta dell'Amazzonia ed in Australia.

La preminenza del diritto degli agricoltori rispetto a quello dei raccoglitori, la nascita della proprietà privata ed il conseguente divieto rivolto ai raccoglitori di racco-

gliere beni o di cacciare nei terreni coltivati non è però stato assoluto. La società degli agricoltori fece infatti concessioni a quella dei cacciatori e raccoglitori, alcune delle quali sono sopravvissute fino ai nostri giorni. In base per esempio a quanto stabilisce il codice civile italiano i cacciatori hanno diritto ad inseguire le loro prede nei terreni altrui, purché non causino danni o comunque li risarciscano (art. 842 c.c.). Parimenti vi sono regole consuetudinarie in base alle quali i funghi, i tartufi, o ancora i frutti spontanei appartengono a chi li ha trovati, in palese deroga al principio generale in virtù del quale i frutti del terreno appartengono sempre al proprietario.

In pratica in Italia ci si comporta come se fosse in vigore l'art. 699 codice civile svizzero, in base al quale ognuno ha libero accesso alle foreste ed ai pascoli altrui, e può appropriarsi di bacche, funghi, e altri piccoli frutti selvatici, in conformità agli usi locali, e salvi i divieti dell'autorità competente. Gli svizzeri chiamano poeticamente un tale diritto come diritto all'accesso alla natura. In realtà si tratta di una consuetudine antichissima, la quale affonda le sue radici nella preistoria. Queste regole costituiscono palesi concessioni della comunità degli agricoltori e degli allevatori al precedente diritto generalizzato dei raccoglitori e cacciatori di appropriarsi di qualsiasi cosa crescesse o vivesse nel territorio.

La progressiva sedentarizzazione delle popolazioni comportò altresì l'emersione di forme di governo sempre più stabili. La nascita dello Stato nel senso moderno dell'espressione è però fatta risalire dagli antropologi a circa cinquemila anni fa, nell'età del bronzo. Circa cinquemila anni fa con l'invenzione della scrittura gli uomini uscirono definitivamente dalla preistoria per entrare nella storia. In questo periodo vennero altresì elaborate le grandi teogonie e cosmogonie per spiegare il mondo e legittimare il potere, le quali grazie alla scrittura sono state tramandate fino a noi.

Il fenomeno si verificò quasi contemporaneamente in quattro aree del pianeta; in Mesopotamia lungo il corso del Tigri e dell'Eufrate, in Egitto lungo il Nilo, in Cina lungo il fiume Giallo, ed in India sulle sponde del fiume Indo. Si avviò così un lungo processo che doveva sfociare in forme di Stato e di organizzazione sociale sempre più complesse ed articolate.

Il passaggio dalla società a potere diffuso alla società a potere centralizzato comportò altresì un'avocazione della funzione giudiziaria e punitiva da parte dello Stato. Il passaggio ancora successivo fu l'avocazione anche della funzione di produzione del diritto; dalla consuetudine si passò in altre parole alla legge scritta.

6. *La scissione tra diritto e religione: il diritto romano*

Nelle società tradizionali anche dopo l'inizio della sedentarizzazione e la progressiva affermazione di forme di Stato sempre più forti ed accentrate, il diritto non appariva ancora in forma pura, ma strettamente connesso con le regole di carattere etico e religioso. Un aspetto caratterizzante le società c.d. tradizionali è infatti proprio costituito dalla tendenziale indifferenziazione delle regole giuridiche rispetto a quelle etico-religiose. Basti per esempio pensare al diritto ebraico o ancora al diritto musulmano.

Nelle società tradizionali non era percepita la differenza tra l'aspetto meramente giuridico e quello religioso. Nel Corano per esempio sono contenute indistintamente regole di comportamento sociale, regole igienico-sanitarie, regole etiche e regole giuridiche. Particolarmente significativi sono altresì i dieci comandamenti della tradizione ebraica; si tratta di un complesso di precetti di natura religiosa, la cui violazione era considerata un peccato di cui occorreva rendere conto in primo luogo di fronte a Dio, oltre che di fronte agli altri membri della comunità.

La forte commistione tra elementi magico/religiosi e giuridici era del resto presente anche agli albori della tradizione giuridica romana. Sugli aspetti magici presenti nel diritto romano arcaico aveva del resto già richiamato l'attenzione all'inizio del XX secolo Hagerstrom, caposcuola del c.d. realismo giuridico scandinavo, con grande scandalo della romanistica a lui contemporanea.

Da un punto di vista etimologico la parola *ius* deriva dal termine *juppiter pater*, e prima ancora dal sanscrito *yaus pitar*. Si consideri ancora che nelle prime fasi di evoluzione del diritto romano la sapienza giuridica era monopolio della casta dei Pontefici, al pari di ogni altra conoscenza socialmente rilevante. Come indica lo stesso nome, i Pontefici presiedevano altresì alla costruzione dei ponti. Sarà solo in seguito che i Pontefici perderanno progressivamente il monopolio della scienza giuridica, la quale passerà sotto il controllo dei giuristi laici; ne conseguirà altresì una progressiva laicizzazione del diritto, e depurazione dalle sue precedenti commistioni con la magia e la religione.

Non è ben chiaro quando si sia verificato questo passaggio; è però indubbio che la netta separazione del diritto dalla religione, con conseguente nascita di una scienza giuridica autonoma si è verificato per la prima volta nell'ambito del diritto romano. Le ragioni di questo fenomeno devono probabilmente ravvisarsi nelle crescenti aperture internazionali della società romana, come conseguenza dell'espansione dell'influenza romana in tutto il bacino del mediterraneo. I contatti con popoli diversi, caratterizzati da culture e credo religiosi differenti tra loro, rendeva indispensabile l'individuazione di un complesso di regole sulla cui base regolare i rapporti anche tra persone appartenenti a culture o religioni differenti.

Si è comunque trattato di un'innovazione di fondamentale importanza; per la prima volta nel corso della storia la soluzione delle controversie non era più rimessa al sacerdote, ma al giurista, il quale faceva applicazione di regole non necessariamente coincidenti con quelle etiche o religiose. Il diritto romano assumeva anzi l'aspetto di un diritto piuttosto individualista, incentrato sull'individuo, la sua proprietà, ed il rispetto della sua volontà anche *mortis causa*, e poteva quindi porsi in contrasto con i principi solidaristici condivisi da molte religioni.

Notevole rilievo riveste altresì l'espressione giurisprudenza, di derivazione romana, la quale combina l'espressione *ius* con *prudentia*, quasi a sottolineare l'inscindibile nesso tra diritto e prudenza!

7. Il diritto germanico

Dopo la parentesi aurea costituita dalla giurisprudenza romana, nonché dal suo frutto più maturo, vale a dire il *Digesto* di Giustiniano, la tradizione giuridica occidentale ha conosciuto un nuovo periodo di grande incertezza e di sostanziale ritorno al passato.

Dopo la decadenza dell'Impero romano d'occidente (476 d.C.), in tutta Europa si diffusero le consuetudini germaniche le quali erano espressione di una civiltà molto meno raffinata e progredita rispetto a quella romana. Si trattava del resto di popoli per lo più nomadi, dediti alla caccia ed all'allevamento del bestiame. In queste condizioni era inevitabile che il diritto germanico conservasse molti aspetti tipici delle più primitive società a potere diffuso. Mentre il diritto romano era eminentemente individualista, incentrato sull'individuo, i suoi poteri e la sua proprietà rigorosamente individuali, il diritto germanico dava più importanza al gruppo. Punto di riferimento del traffico giuridico non era così l'individuo, ma piuttosto il nucleo familiare.

Il diritto germanico non conosceva forme di possesso individuale della terra, ma piuttosto i terreni erano sfruttati collettivamente per la caccia, il pascolo del bestiame e la raccolta della legna e dei frutti spontanei della terra. È solo in prosieguo di tempo, che con la progressiva sedentarizzazione dei nomadi, si è passati gradualmente a forme di proprietà prima del villaggio e poi del nucleo familiare.

La società germanica era una società ancora piuttosto primitiva, priva di un'organizzazione centrale sufficientemente forte. Essa presentava pertanto molte caratteristiche tipiche delle c.d. società a potere diffuso. Il mantenimento dell'ordine era garantito dall'autotutela, che si esplicava nella vendetta e nella faida. La faida, in forma individuale o collettiva, era in origine l'unico strumento per il mantenimento dell'ordine. In seguito, al fine di evitare gli effetti distruttivi della vendetta, si sviluppò la prassi della composizione pecuniaria, o guidrigildo, in base alla quale ad ogni tipo di lesione personale corrispondeva l'obbligo di devolvere una somma di denaro prestabilita.

I fenomeni migratori interessarono ovviamente un po' tutte le regioni d'Europa. Se a questo si aggiunge che le consuetudini germaniche erano molto simili le une alle altre, non sembrerebbe azzardato ritenere che in Europa dopo la caduta dell'Impero romano d'occidente si raggiunse una nuova uniformità giuridica all'insegna delle consuetudini germaniche. In dottrina è stato sostenuto che proprio in virtù delle consuetudini germaniche nei secoli dal V al X si instaurò in Europa una sorta di *jus commune*, esteso anche all'Inghilterra, colonizzata dalle tribù degli angli e dei sassoni. Diritto comune che avrebbe assicurato, unitamente alla progressiva diffusione del cristianesimo, una sorta di omogeneità culturale dell'intera Europa.

In realtà sarebbe da verificare fino a che punto le consuetudini locali fossero veramente molto simili le une alle altre. In questo periodo, per lo meno nella parte occidentale dell'impero, venne comunque meno ogni interesse per il diritto romano, che venne praticamente dimenticato. In campo giuridico la razionalità connaturata al diritto romano cedette il passo all'irrazionalità probatoria tipica del diritto germanico, il

quale si affidava spesso e volentieri ai giudizi di Dio, alle ordalie, per risolvere le controversie. Le ordalie consistevano in prove di forza, o di resistenza al dolore, consistenti in duelli ritualizzati, prove fisiche, come per esempio l'immersione di una mano in una pentola di acqua bollente, l'immersione del corpo legato in uno stagno di acqua benedetta, e così via. Se la mano rimarginava rapidamente, l'imputato non era colpevole se il corpo affondava nell'acqua dello stagno l'imputato era considerato innocente perché l'acqua benedetta lo accoglieva, in caso contrario era giudicato colpevole.

È indubbio che anche le ordalie costituivano mezzi per la soluzione delle controversie; ci si può però interrogare circa l'effettivo grado di razionalità di tali pratiche. Vero è che dal V al X secolo d.C. si assistette ad una brusca caduta dell'idea di razionalità un po' in tutti i campi, ed al prevalere di metodiche del tutto irrazionali di soluzione delle controversie. Il successo del diritto romano ed il suo prevalere dopo la rinascita dell'anno mille sulle consuetudini germaniche si spiega tenendo conto altresì del suo maggior grado di razionalità intrinseca.

8. *Il diritto comune*

Gli storici sono soliti dividere il medioevo in due parti: l'alto medioevo, prima dell'anno mille, ed il basso medioevo, dopo l'anno mille. Mentre l'alto medioevo è probabilmente uno dei periodi più bui della storia europea, caratterizzato dal predominio della foresta, dalla rarefazione degli scambi commerciali, dalla crisi demografica dovuta alle carestie ed alle epidemie, dalle ricorrenti scorrerie dei saraceni provenienti da sud e dei normanni provenienti da nord, il basso medioevo è al confronto un periodo caratterizzato da una crescente prosperità economica.

In questo quadro caratterizzato da un generalizzato recupero dell'idea di razionalità, dall'incremento demografico, da innovazioni tecnologiche, da miglioramenti della vita materiale, da una rinascita dei traffici e dei commerci, si colloca altresì il fenomeno noto come rinascita degli studi del diritto romano. Il fenomeno ebbe inizio a Bologna, grazie all'opera di Irnerio, nel corso dell'XI secolo d.C. Irnerio riscoprì infatti il diritto romano ponendo il *Digesto* giustiniano al centro degli studi giuridici; in questo modo iniziò la c.d. seconda vita del diritto romano, che diventò rapidamente il fulcro della vita giuridica del tempo.

Grazie alla riscoperta del diritto romano inteso come *ratio scripta*, ed al suo prevalere rispetto alle prassi ed alle consuetudini germaniche, si ebbe ovviamente un forte recupero dell'idea di ragione. I criteri di soluzione delle controversie offerti dal diritto romano erano infatti sicuramente dotati di un grado di razionalità intrinseca superiore rispetto a quelli fondati sulle consuetudini germaniche e sulle ordalie. Tutto questo ha ovviamente avuto un'influenza fondamentale nello sviluppo della tradizione giuridica occidentale. Se infatti in occidente l'idea di diritto è strettamente connessa a quella di ragione, giustizia, oggettività, uguaglianza, e così via, gran parte del merito è dovuto alla tradizione giuridica romana ed alla sua riscoperta ad opera di Irnerio.

Irnerio ed i suoi allievi sono stati i fondatori di un nuovo metodo di intendere il di-

ritto. Il diritto, o meglio ancora il vero diritto, non veniva più ravvisato nelle consuetudini locali o nei provvedimenti legislativi delle varie autorità del tempo, ma piuttosto nelle soluzioni proposte dai giureconsulti romani e codificate dal *Digesto*. In questa prospettiva il punto di partenza per ogni ragionamento giuridico era costituito dal *Digesto*. La soluzione giuridica doveva in altre parole essere ricostruita in via interpretativa partendo dai passi del *Digesto*, ancorché con tutti gli adattamenti per renderla operativa in un contesto sociale molto differente rispetto a quello romano.

In questo modo nacque il c.d. diritto comune europeo. Per circa sette secoli il diritto comune europeo è infatti stato fondato in via interpretativa sul *Digesto*. Nelle varie università europee l'unico oggetto dell'insegnamento era costituito dal diritto romano e del diritto canonico, non certo dai diritti o dalle consuetudini locali non ritenute degne di un insegnamento universitario.

Questo fenomeno ha altresì favorito l'uniformazione giuridica e culturale dell'Europa ben prima che si giungesse a parlare o soltanto ad ipotizzare la possibilità di una unione politica europea. Il diritto romano fa infatti a pieno titolo parte della storia culturale e giuridica dell'Europa. La cultura è infatti per sua natura soprannazionale ed è sempre andata al di là delle divisioni nazionali e politiche. Già nel medioevo gli studenti non esitavano a trasferirsi a loro complete spese nei centri universitari più prestigiosi d'Europa. Nel medioevo circolavano del resto non solo gli studenti, ma anche i docenti, i quali potevano svolgere indifferentemente le loro funzioni in qualsiasi regione d'Europa, dato che la lingua ufficiale dell'insegnamento era sempre il latino; lingua in cui del resto erano altresì scritti i testi che venivano commentati, nonché le opere principali della dottrina.

Il diritto romano, filtrato attraverso le opere dei glossatori e dei commentatori, ha così costituito un fondamento non secondario della vita culturale europea nell'arco di vari secoli. Le ragioni del successo dello *ius commune* devono probabilmente ricercarsi proprio nel carattere tendenzialmente sovranazionale dell'insegnamento che veniva impartito.

9. *L'età della codificazione*

Dopo essersi ben affermato in ogni regione d'Europa, con la sola eccezione costituita dall'Inghilterra, il diritto comune europeo nel corso del Settecento entrò definitivamente in crisi. Già nel corso dei secoli precedenti non erano mancate critiche nei confronti dello *ius commune* europeo, spesso accusato di essere eccessivamente farraginoso, e scarsamente prevedibile. È però solo nel corso del XVIII secolo che queste critiche hanno condotto al definitivo tracollo del diritto comune fondato sul diritto romano. Nel Settecento riformatore, caratterizzato da una profonda fede nei poteri della ragione di riformare tutto in meglio, era inevitabile che anche il diritto comune fondato sul diritto romano fosse fatto oggetto di critiche sempre più serrate.

Lo *ius commune* europeo era infatti un estremo retaggio della cultura medioevale, e delle sue aspirazioni universalistiche. Esso era però scarsamente conforme alle nuo-

ve esigenze di certezza del diritto e di semplificazione dei rapporti sociali, così sentite nel Settecento europeo. Molto note sono per esempio le critiche effettuate da Muratori. Questo autore lamentava l'estrema farraginosità del diritto comune, fondato ormai più che sui testi originari romani sulle opinioni spesso contrastanti delle innumerevoli generazioni di commenti che si erano sovrapposte le une alle altre.

Un sistema di questo genere, che poteva operare solo grazie ad un massiccio ricorso all'equità da parte degli organi giudicanti, non poteva ormai più considerarsi rispondente alle esigenze di certezza e razionalità del diritto sempre più avvertite dalle classi borghesi. Il diritto medioevale era estremamente complicato non solo perché il diritto effettivamente applicato poteva variare da luogo a luogo, ma anche perché esso poteva variare a seconda dello *status* delle persone interessate; senza contare la proliferazione delle giurisdizioni speciali, ecclesiastiche, commerciali, e così via.

Le critiche del Settecento riformatore ebbero come oggetto non solo il sistema del diritto comune complessivamente considerato, ma altresì numerosi istituti tipici dell'*ancien régime*, come per esempio i fedecommissi, le sostituzioni, i majoraschi, le primogeniture, i beni di manomorta, i calmieri, le prelazioni, le rendite perpetue, le servitù collettive, e più in generale tutti quegli istituti che in qualche misura potessero ostacolare la libera circolazione dei beni e delle merci.

Pare che quando Colbert chiese agli uomini d'affari cosa Re Sole potesse fare per loro, questi abbiano risposto in coro: "*Laissez faire, laissez passer*". La nuova filosofia e la nuova etica mercantile non chiedevano null'altro che la più piena libertà di movimento e di iniziativa economica. In questa prospettiva era inevitabile che tutti gli istituti retaggio di un non ancora lontano mondo medioevale e feudale prima o poi cadessero sotto la scure dei riformatori.

Emblematica del passaggio dall'*ancien régime* al diritto moderno è ovviamente la Rivoluzione francese. Da un punto di vista giuridico la cesura non potrebbe essere più netta. Con la Rivoluzione francese finì infatti l'epoca del diritto comune e si aprì l'età della codificazione. I rivoluzionari manifestarono fin dall'inizio il desiderio di semplificare il diritto mediante l'emanazione di un codice unico valido per tutti i cittadini. I primi progetti non entrarono però mai in vigore. È infatti solo nel 1804 che Napoleone riuscì finalmente a promulgare il codice civile francese, che ancora ai nostri giorni è conosciuto come *code Napoléon*.

Il codice Napoleone può a buon titolo essere considerato come il capostipite di un'intera generazione di codici. Il codice Napoleone rappresentava per l'epoca quanto di più razionale e moderno fosse concepibile. Non deve pertanto stupirci se esso fu ampiamente imitato in molti Stati e regioni d'Europa, a partire dall'Italia, dove sia numerosi codici preunitari, che il codice del 1865 erano a chiaro modello francese. Il codice Napoleone non venne però recepito in tutti gli Stati europei. In Austria nel 1811 entrò in vigore un codice originale (ABGB), il quale venne poi successivamente esteso anche al lombardo-veneto, sottoposto alla dominazione austriaca.

Più difficoltoso è stato invece il processo che ha condotto alla codificazione in Germania. Nel 1814 Savigny, un famoso giurista tedesco, si espresse infatti in modo nettamente contrario all'opportunità di codificare il diritto tedesco. Secondo Savigny

il diritto era infatti espressione diretta dello spirito popolare, e come conseguenza ulteriore soggetto a continui mutamenti; in questa prospettiva era pertanto controproducente cercare di cristallizzare un qualche cosa che inevitabilmente avrebbe continuato ad evolversi ed a modificarsi nella realtà delle cose.

Grazie a questa netta presa di posizione il processo tedesco verso la codificazione subì un ritardo pari a circa novant'anni. Il codice tedesco (BGB) entrò infatti in vigore solo a partire dal 1° gennaio del 1900. Circa un secolo separa pertanto il codice francese da quello tedesco. La distanza temporale non è però sufficiente a dar conto della profonda differenza che sussiste tra questi due codici. Si tratta in effetti di codici frutto di due tradizioni giuridiche e culturali piuttosto differenti.

Mentre il codice Napoleone è espressione della tradizione giusnaturalistica e razionalistica del XVII e XVIII secolo, il BGB è l'espressione più matura della pandettistica tedesca del XIX secolo.

Il codice Napoleone ed il BGB si collocano peraltro tra i principali codici elaborati in Europa, ai quali la maggior parte degli altri codici europei si è ispirata in misura maggiore o minore. Per esempio mentre il codice civile italiano del 1865 si ispirava al modello francese, quello del 1942, pur restando fedele a molte soluzioni di fondo tipiche della tradizione francese risente altresì in parte del modello tedesco.

Ecco quindi come grazie all'emanazione dei vari codici nazionali in Europa sia venuta irrimediabilmente meno l'unità e l'uniformità giuridica tipica dell'epoca dello *ius commune*. In Europa a partire dal XIX secolo non vi era più un unico diritto fondato sul diritto romano, ma piuttosto una pluralità di sistemi giuridici nazionali codificati, e come tali piuttosto differenti gli uni dagli altri. Abissali sono per esempio le differenze tra i due principali codici europei del XIX secolo, vale a dire il codice Napoleone ed il BGB. L'età della codificazione ha quindi inferto un duro colpo alle ragioni del diritto comune europeo, favorendo l'evoluzione delle varie epifanie giuridiche locali.

Il fenomeno ovviamente si iscrive nel più generale processo della nascita dello Stato moderno, e nella conseguente aspirazione da parte dello Stato di controllare altresì la produzione giuridica. La nazionalizzazione del diritto era però ovviamente incompatibile con il permanere di un'uniformità giuridica a livello europeo, la quale è quindi venuta irrimediabilmente meno. Anche l'insegnamento ha ovviamente dovuto adeguarsi a questa nuova realtà delle cose, nazionalizzandosi sempre più e diversificandosi a seconda del diritto concretamente applicato.

L'età della codificazione è però stata soltanto una parentesi; dopo circa due secoli la tendenza ha infatti ormai nuovamente iniziato ad invertirsi. La progressiva unificazione dell'Europa e soprattutto la creazione di un unico mercato a livello europeo rende infatti sempre più pressante l'esigenza di rendere nuovamente uniforme il diritto a livello europeo.

10. *I caratteri del codice Napoleone*

Il codice Napoleone è un codice eminentemente liberale, espressione della borghesia terriera. Il codice di commercio, all'incirca coevo, è invece espressione della borghesia commerciale e mercantile. Il codice Napoleone si appoggia su due pilastri fondamentali che sono la proprietà ed il contratto. Il primo libro è dedicato alla famiglia; il secondo alla proprietà, ed il terzo ai differenti modi di acquisto della proprietà.

Finalmente le aspirazioni dei ceti borghesi sembravano appagate. Il diritto comune era ormai solo più un ricordo, con tutte le sue sottigliezze interpretative e la pluralità delle fonti. Ormai era venuta meno la pluralità di *status*; ed in sua vece vi era un unico soggetto di diritto, il cittadino. Il codice accoglie una nozione di proprietà tendenzialmente assoluta, che scavalcando tutta l'elaborazione intermedia si riallaccia direttamente al *dominium* romano. Il proprietario ha quindi il diritto di gioire e disporre dei suoi beni nel modo più assoluto, purché non ne faccia un uso proibito dalla legge o dai regolamenti (art. 544 *cod. nap.*). Il codice innova però rispetto alla tradizione romana in materia di trasferimento della proprietà accogliendo il principio consensualistico. Il contratto, vale a dire il mero scambio dei consensi, acquisisce la capacità di produrre effetti reali; a prescindere da adempimenti ulteriori, come la consegna, e così via.

Il secondo pilastro del codice è costituito dall'autonomia privata. Il codice dà largo spazio all'autonomia privata e disciplina la figura generale del contratto consensuale. Non più dunque una pluralità di figure tipiche in conformità alla tradizione romana, ma la regola generale per cui il solo consenso obbliga. Parimenti in materia di responsabilità civile vi è il completo superamento del sistema di tipicità degli illeciti del diritto romano, ed in sua vece compare il famoso art. 1382 *cod. nap.* il quale sancisce laconicamente il principio generalissimo per cui chiunque causi danno ad altri in modo colpevole è tenuto a risarcirlo. Si tratta a ben vedere della trasposizione in un testo giuridico del principio del *neminem laedere* che Grozio aveva formulato nel 1625. Il codice Napoleone può quindi considerarsi a pieno titolo il frutto più maturo del giustnaturalismo europeo. Esso dà infatti piena voce agli ideali di semplificazione e di razionalizzazione del diritto che erano emersi nel corso dei due secoli precedenti.

Il codice Napoleone non contiene invece ancora il principio generale che vieta di arricchirsi senza causa a spese di un altro, ma si limita a disciplinare i due quasi contratti tradizionali, vale a dire la ripetizione dell'indebito e la gestione d'affari altrui. La configurazione di un rimedio generale in materia di arricchimento senza causa costituirà infatti una delle innovazioni più significative dovute alla giurisprudenza francese nella seconda metà del XIX secolo.

Il codice Napoleone ha ormai oltre duecento anni. Due secoli non sono sicuramente pochi, specie se si considera che gli ultimi duecento anni sono stati caratterizzati da mutamenti economico/sociali rapidissimi come conseguenza della rivoluzione industriale. Nonostante questo il codice è riuscito a sopravvivere e ad adattarsi alla ferrovia, all'automobile, agli aeroplani, agli incidenti industriali, e così via. La sopravvivenza del codice per un periodo di tempo così lungo si spiega per lo meno in parte considerando come esso contenga numerose clausole generali, nonché principi so-

stanzialmente indefiniti, i quali lasciano un certo margine di gioco all'interprete. Nel 2016 il codice è stato infine oggetto di un importante processo di riforma che ha aggiornato l'intero settore delle obbligazioni e dei contratti, recependo molte innovazioni che si erano già manifestate a livello giurisprudenziale nel corso del XX secolo.

11. *I caratteri del BGB*

Il BGB è un codice estremamente diverso dal codice Napoleone, in quanto espressione di una cultura giuridica molto differente. Entrambi i codici sono stati preparati da una lunga elaborazione dottrinale, e confermano che solo una grande dottrina, compatta ed affiatata, può esprimere un codice originale.

Mentre il codice Napoleone è sempre molto chiaro e può in linea di principio essere compreso da chiunque, il BGB è estremamente più rigoroso e concettuale. Il linguaggio tecnico del BGB è rivolto in primo luogo a giuristi di professione. Il BGB è caratterizzato da una prima parte generale dedicata alla definizione di tutti i concetti di parte generale che compaiono nel codice; come per esempio quelli di negozio giuridico, dichiarazione di volontà, capacità di agire, rappresentanza, procura, contratto, e così via.

Il BGB si basa sul metodo pandettistico della piramide concettuale; la disciplina dei vari istituti deve pertanto essere ricercata attraverso le varie sezioni del BGB. La disciplina del contratto di vendita dovrà così essere ricostruita consultando prima la parte generale (§§ 116, 145 BGB), poi gli articoli generali in tema di obbligazioni (§ 275), quindi i principi generali in materia di obbligazioni contrattuali (§ 305 ss.), ed infine le norme specificamente dettate in materia di contratto di vendita (§ 433 ss.).

Il BGB consta complessivamente di cinque libri, dedicati il primo alla parte generale, il secondo alle obbligazioni, il terzo ai diritti reali, il quarto al diritto di famiglia, ed il quinto alle successioni. Già a livello di sistematica generale è possibile notare come il BGB si discosti dalla tradizione disciplinando prima le obbligazioni e poi i diritti reali. Si tratta di un'innovazione che ovviamente tiene conto della maggior rilevanza assunta nei tempi moderni dal credito rispetto alle situazioni di appartenenza.

Anche il BGB è un codice eminentemente borghese, espressione della borghesia liberale del XIX secolo. La nozione di proprietà che esso accoglie è tendenzialmente assoluta, ed è ricalcata sul modello romano del *dominium ex iure quiritium*. In base a quanto stabilisce il § 903 BGB, il proprietario può disporre delle cose a suo completo piacimento. Ne risulta una nozione di diritto soggettivo in cui il titolare non incontra altri limiti al di fuori della sua volontà. Il BGB diversamente dal codice Napoleone in materia di trasferimento della proprietà non accoglie il principio consensualistico. Il contratto non è in altre parole capace di effetti reali, ma fa unicamente sorgere un'obbligazione di dare, che in conformità al modello romano implica adempimenti ulteriori, come per esempio la consegna.

Il BGB dà ovviamente ampio spazio all'autonomia privata ed al contratto. Il BGB diversamente dal codice Napoleone disciplina altresì l'arricchimento senza causa (§