



**APPUNTI LUISS**

# Diritto Privato Comparato

---

RIASSUNTO DEL VARANO-BARSOTTI

MR

APPUNTI LUISS | APPUNTI LUISS@GMAIL.COM



# SOMMARIO

---

1	La Tradizione Giuridica Di Civil Law .....	4
1.1	Antefatto .....	4
1.2	L'epoca Delle Codificazioni .....	7
1.2.1	L'esperienza Francese .....	7
1.2.2	L'esperienza Prussiana – L'alr.....	10
1.2.3	L'esperienza Austriaca – L'abgb.....	12
1.2.4	L'esperienza Tedesca – Il Bgb Del 900.....	13
1.2.5	L'esperienza Svizzera – Lo Zgb Di Huber.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
1.2.6	L'esperienza Italiana – Il Codice Civile Del 1942.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
1.3	Le Fonti Del Diritto.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
1.3.1	La Nozione Di Norma Giuridica.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
1.3.2	La Gerarchia Delle Fonti .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
1.3.3	L'organizzazione Giudiziaria E Il Ruolo Della Giurisprudenza.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
1.3.4	Il Ruolo Della Giurisprudenza Nel Sistema Delle Fonti.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
1.3.5	Il Ruolo Della Dottrina.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2	La Tradizione Di Common Law .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.1	Le Radici Della Tradizione Di Common Law.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.2	L'amministrazione Della Giustizia.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.3	Il Ceto Dei Giuristi E La Magistratura Laica.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.4	Il Processo Adversary E Le Riforme.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.5	Le Fonti Del Diritto.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.6	L'equity .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.7	Sistema Delle Corti Inglesi.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.8	Le Professioni Legali .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
2.9	Rapporto Tra Statute Law E Case Law.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
3	La Common Law Negli Stati Uniti .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
3.1	Gli Articoli Originari Della Costituzione .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
3.2	Fattori Unificanti Del Diritto Americano.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
3.3	Altre Osservazioni.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
4	Il Sistema Giuridico Nordico.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
4.1	Peculiarità Della Legislazione Nordica .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
4.2	Costituzione.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
4.3	Tutela Dei Diritti Fondamentali .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
4.4	Corti, Giudici E Processi.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
5	Sistemi Dell'america Latina .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
6	Sistemi Orientali.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
6.1	Sistema Cinese .....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
6.2	Sistema Giapponese.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>
6.3	Sistema Indiano.....	<b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>



# 1 LA TRADIZIONE GIURIDICA DI CIVIL LAW

---

## 1.1 ANTEFATTO

Il modello di diritto di *civil law* è quello più diffuso al mondo. In questo compendio, nostro compito sarà anzitutto quello di tracciare di questo un profilo storico e, una volta concluso lo studio del *background*, analizzare le diverse sfumature e forme che detta tradizione ha assunto nei diversi paesi. Sin dalle origini, il centro di diffusione della famiglia di *civil law* è stata l'**Europa Continentale**, ed è infatti qui che comincia la nostra ricostruzione storica. Affinché si possa parlare di *civil law* in senso stretto, bisogna risalire al periodo storico a cavallo del secolo XI e XII, quando furono istituiti per la prima volta i c.d. *studi universitari*; prima dell'istituzione delle università, infatti, era la consuetudine a disciplinare i rapporti sociali, e vigeva la regola della *personalità del diritto* (a seconda del soggetto che operava si applicava un diverso diritto): su queste premesse, i rapporti e gli scambi commerciali non potevano che essere particolarmente complessi. Il diritto romano, con la nascita delle università, veniva studiato, tuttavia, non era applicato, o meglio non lo era ancora: abbiamo dapprima, infatti, l'applicazione di un diritto *volgare*. Questa forte discrasia tra il mondo accademico e il mondo reale rischia di compromettere l'importanza del diritto romano, e a rendere ancora più problematico il quadro generale, vi è anche una forte presenza, ed influenza, degli ideali cristiani, visti dai più come *antitetici* al diritto romano. Il sistema di *civil law* nasce proprio in questo contesto arretrato e disorganico. Le scienze giuridiche, come anche molti altri campi in quel periodo, rinascono all'alba dell'anno mille. Il diritto viene finalmente colto come l'unico strumento in grado di assicurare l'ordine e la sicurezza in una società in continuo progredire, mentre la religione sembrava non essere più in grado di assicurare un tale risultato. Il diritto che viene studiato in questo periodo è la magna opera realizzata da *Giustiniano* ossia il **Corpus Iuris Civilis (CJC)**. L'opera di Giustiniano, quasi una vera codificazione ottocentesca, si poneva l'obiettivo di cancellare tutto il diritto precedente e dare una disciplina completa e priva di lacune, riorganizzando in maniera compiuta l'intera materia. Il CJC si compone di quattro volumi ognuno con una funzione differente (*Istitutiones, Codex, Digesta, Novellae*). Il *civil law* nasce proprio attorno al CJC, il testo autorevole per eccellenza: il *civil law*, infatti, non nasce come risoluzione di conflitti ma come studio del CJC, opera accademica e sistemazione di quanto offerto da quel testo autoritario. Sin dalle origini, la matrice formante prima del *civil law* è la **dottrina**.

In realtà, anche il panorama socio-politico dell'epoca ha contribuito particolarmente all'affermazione del *civil law*. Per superare i diversi diritti locali e soddisfare i bisogni di una società in continua evoluzione era necessario, infatti, rivolgersi a un diritto solido: era fortissimo l'interesse a trovare la *regola*, da intendersi come la regola *giusta* tra le tante. L'interesse a risolvere le diverse controversie era secondario, addirittura si trascuravano le procedure e l'istruttoria per dedicarsi alla ricerca di un precetto che potesse imporsi in ragione della sua forza. La soluzione all'enigma era il diritto romano:

un diritto di grande prestigio, ricco, raffinato, e custodito nella lingua della chiesta (*e quindi largamente accessibile*); inoltre, Tommaso D'Aquino dimostrò che il diritto romano poteva benissimo convivere con i principi cristiani, scardinando quella tesi che voleva il CJC figlio di un'ideologia pagana.

Il diritto romano, inoltre, è strettamente legato all'ideologia imperiale, e quindi anche a quello stesso sistema politico che era adoperato durante l'impero *germanico*. Si può affermare con una certa probabilità che i primi glossatori non intesero approcciarsi al CJC con l'intenzione di fare archeologia giuridica, questi avevano interesse a cogliere l'essenza dell'opera giustiniana al fine di poter applicare quel diritto autorevole nei loro giorni. Gli studenti, quindi, si riuniscono presso Bologna e ingaggiano un'insegnante; il fenomeno ha inizio anzitutto grazie a *Irnerio*, docente attorno al quale si raccolsero studenti da ogni parte di Europa. Federico barbarossa, consapevole del potere e dell'autorità del CJC si preoccupò di incentivare lo studio del diritto romano, in quanto diritto che avvalorava la sua posizione di imperatore, e quindi assicurò agli studenti tutta una serie di garanzie.

Durante questo periodo abbiamo la formazione di *diverse scuole di giuristi*, che si differenziano a seconda della metodologia e l'approccio al CJC:

- **I Glossatori** – Da *la glossa*, ossia lo strumento che gli permetteva di interfacciarsi al CJC. La glossa è l'annotazione, attraverso questo è possibile un'opera di chiarificazione del testo ma anche e soprattutto *la sintesi*. Attraverso un'operazione di riordino delle glosse era possibile ottenere le c.d. *summae*, testi che presto sostituirono lo stesso CJC. Si tratta, ad ogni modo, di una metodologia e un approccio piuttosto antico, assolutamente slegato dal contesto in cui si opera, e che antepone a qualsiasi altro diritto, in particolar modo quello locale, il diritto romano. Nel XIII secolo Accursio darò vita alla *Magna Glossa*, testo che rappresenterà il punto di massimo sviluppo della scuola della glossa, la sintesi di tutti gli sforzi dei glossatori, ma anche il momento in cui ha inizio la crisi;
- **I Canonisti** – La chiesa, in questo periodo storico, assume il ruolo di *custode* della lingua e del diritto. La struttura gerarchica su cui era costruita la chiesa era perfettamente coerente con il quadro giuridico offertoci dall'opera giustiniana. Parallelamente alla glossa, abbiamo lo studio del *canone*, ossia la disposizione del diritto ecclesiastico; avremo la formazione del *Decretum Gratianii* e successivamente del *Corpus Iuris Canonici*. Il diritto canonico, certamente debitore del diritto romano, ruota attorno a nuovi parametri, del tutto originali e inediti, di caratura anche morale, come la *volontà psicologica*, *l'errore innocente* e *la buona fede*.
- **I commentatori** – Questa scuola si sviluppa maggiormente in *Francia*, paese meno legato storicamente ai rigidi formalismi, e sicuramente meno schiavo dell'influenza di Roma e della chiesa. Si tratta di una scuola che dà maggiore attenzione alla pratica, e che quindi dimostra una maggiore indipendenza dal testo. I commentatori snocciolano i principi del CJC così da applicarli alla realtà delle cose.

- **Gli Umanisti** – L’obiettivo primo di questa scuola è la restaurazione del diritto romano come era in origine, e quindi depurato dalle decisioni di *Giustiniano*, necessarie a vincere le controversie dottrinali e quindi proporre nel CJC un diritto unico per tutti. Fra le opere più importanti di questa scuola, *Francois Hotman* produsse l’*Anti-Triboniano*, un testo che condanna l’opera di Triboniano, capo della commissione del CJC istituita da Giustiniano.

Se per quanto concerne il diritto sostanziale abbiamo recuperato quanto di buono ci è stato offerto dalla tradizione romana, sul fronte del diritto processuale non si può dire lo stesso. Il nostro diritto processuale, infatti, è il prodotto delle procedure canoniche, in quanto i processi erano tenuti dai chierici, che rappresentavano una larghissima fetta della popolazione alfabetizzata. Il diritto canonico, d’altronde, era anche l’unica scelta possibile dato che il concilio Laterano aveva posto il divieto agli uomini di chiesa di fare utilizzo di qualsiasi strumento di ordalia.

Il diritto romano di questi anni deve essere inteso come un’*idea*, come il diritto perfetto e migliore, dal quale trarre categorie e distinzione al fine affrontare tutte le controversie possibili; le consuetudini, da fonte primaria, divengono fonte complementare.

Durante il periodo medioevale, la produzione legislativa è assai misera, e ancor più misera era la sua importanza e incidenza, allo stesso modo era il diritto prodotto dalla giurisprudenza, sempre più incapace di imporre la sua visione del diritto tra i consociati. E’ così che la dottrina diviene il formante principale. Esempio di questa ricostruzione è la forte diffusione del diritto romano in Germania, soprattutto a causa della grande frammentazione del territorio tedesco; ma la diffusione del diritto romano è enorme in tutti i paesi dell’area latina. L’unico paese che fa in parte eccezione è la Francia, forse lo stato più moderno, in grado di temperare il rigore della legislazione romana con i suoi *parlements* (corti sovrane), che spesso fanno ricorso a criteri di equità. Tuttavia, nonostante la grande diffusione a macchia d’olio del diritto romano, questo non si sostituirà mai del tutto ai tanti diritto locali, e l’Europa rimarrà sempre caratterizzata da un grande particolarismo. Per vincere i particolarismi, soprattutto sul piano *personale*, sarà necessario il passaggio allo stato assoluto. Con il passaggio allo stato assoluto, il sistema diviene accentrato e livellatore di tutti gli autonomismi: lo stato è l’unico in grado di poter disporre in materia legislativa, e i giuristi vengono privati della possibilità di distillare le regole di convivenza dal CJC. Abbiamo il trionfo della legislazione sulla dottrina in nome della certezza del diritto. La gerarchia e la coordinazione tra le norme diviene più semplice. I pionieri di questa evoluzione furono ancora una volta i francesi: la Francia è, infatti, il primo stato in cui emerge la tendenza a limitare le autonomie e il potere dei nobili, e una forte volontà a costituire uno stato centralizzato e quindi dare vita a un corpo di leggi unico per tutto il territorio nazionale. Attraverso l’incontro di diverse correnti di pensiero quali il *giusnaturalismo*, *la dottrina della separazione dei poteri*, *il razionalismo*, *il liberismo* e *il nazionalismo*, abbiamo finalmente le condizioni favorevoli per la nascita del primo codice e quindi il trionfo del diritto positivo. Si passa dal formante dottrinario a quello legislativo.

## 1.2 L'EPOCA DELLE CODIFICAZIONI

### 1.2.1 L'ESPERIENZA FRANCESE.

Il codice civile del 1804 non è solo il *fulcro* del diritto civile francese ma rappresenta anche e soprattutto il modello di *codificazione privatistica* di tutti i sistemi formati sulla tradizione romanistica. Il *code civil* francese è quindi il primo vero codice civile moderno e rappresenta il trionfo della classe borghese, e quindi del dogma della *proprietà, della libertà economica e della volontà*. Il codice napoleonico è una svolta, in quanto riformula gli interi rapporti civili ma soprattutto perché è la più forte garanzia di un modello di diritto sistematico e coerente. Il codice civile francese, infatti, è molto più di una semplice raccolta di disposizioni: è un concetto, un'idea; il *code civil* è totale rottura con il passato ma anche e soprattutto uno sguardo al futuro. Abbiamo per la prima volta il rifiuto del diritto *non scritto* e il trionfo del diritto positivo ma senza negare in toto le idee giusnaturaliste anzi queste vengono assorbite. Le disposizioni del codice civile francese, infatti, assumono i connotati di *dogmi autorevoli*, emananti un'aura d'intrinseca razionalità. Il codice rappresenta l'ultima tappa del passaggio dal *diritto alla legge*: il codice è l'unica fonte, autorevole, *esclusiva e completa*.

Da un punto di vista puramente storico, il codice civile francese è *il risultato della rivoluzione francese* ma anche e soprattutto il frutto della volontà di Napoleone, che comprese a fondo l'importanza di una tale opera. La Francia, come già anticipato, era divisa in due fronti: la parte settentrionale che era disciplinata dal diritto *consuetudinario germanico* e la parte meridionale dove invece regnava il diritto romano scritto; si avvertiva il bisogno di un diritto privato unico e il codice si poneva come l'unica soluzione. Un primo passo verso la nascita del *code civil* si ha con la rivoluzione francese, che dà origine a un diritto rivoluzione *intermedio*, un primo taglio con *l'ancien regime*: al centro della società rivoluzionaria vi è l'individuo e la sua libertà, che lo stato non può tangere e men che meno deve limitare con obsolete divisioni in classi. Il nuovo stato francese si fonda sulla società borghese e quindi sui concetti di *proprietà e di libertà economica*: solo l'operato dell'*homo oeconomicus* può distinguere i consociati e non il diritto di sangue o quanto prescritto dalla chiesa.

I primi tentativi di codificazione sono ad opera *Cambaceres*, iniziative che non ebbero buona riuscita e che furono interrotte da Napoleone che preferì occuparsi personalmente di presiedere la commissione dedicata. La commissione era composta di quattro membri, e presieduta da Napoleone, e riuscirà a completare l'intera opera in soli quattro mesi. Il primo gennaio 1806 il codice civile entrerà in vigore. Napoleone parteciperà in maniera attiva all'opera di stesura, dando anche una forte impronta al risultato finale. Il codice, infatti, è di stile molto semplice, tale che anche l'uomo medio francese potesse comprenderlo, quantomeno in linea teorica; viene così rifiutata quell'impostazione più tecnica dedicata ai giuristi che invece viene preferita in Germania. Il codice napoleonico è composto di un titolo introduttivo e di tre libri. Il titolo introduttivo conta di soli sei articoli, pochi ma essenziali alla comprensione di come il giurista deve approcciarsi al testo. L'articolo 5 dispone *espressamente* il principio della *divisione dei poteri e il divieto per il giudice di disporre in maniera generale o*



*regolamentare*, oltre che l'impossibilità di rifarsi a precedenti giurisprudenziali. L'articolo 4 impone l'obbligo per il giudice di risolvere le controversie, e quindi in caso di lacune normative di applicare lo strumento interpretativo.

Il primo libro è il titolo dedicato alle *famiglie*. Dipinge la tipica famiglia patriarcale che ruota attorno alla figura dell'uomo-padre. Il libro si occupa anche di definire i destinatari dei *diritti civili*, ossia i cittadini francesi, sottolineando il carattere fortemente nazionale dell'opera. Il centro di questo ordinamento viene individuato nell'individuo, vengono spazzati via dall'orizzonte normativo gli organismi intermedi.

Il secondo libro è il titolo dedicato alla proprietà, tema molto caro alla classe borghese. Si ha l'affermazione, a detto proposito, della regola del *numero chiuso dei diritti reali*, in maniera tale che al legislatore fosse impedito di ledere oltre il diritto di proprietà, diritto reale per antonomasia.

Il terzo e ultimo libro è quello dedicato ai *modi di acquisto della proprietà*, ma che a dispetto del titolo ha, in realtà, competenza residuale. In questo libro, infatti, viene codificato il secondo pilastro dell'ideologia rivoluzionaria ossia la *libertà contrattuale ed economica*. E' curioso notare come in detto libro non si rinviene, diversamente da altre codificazioni nazionali, alcuna distinzione tra il concetto di *annullabilità e nullità*.

Come è stata possibile la sopravvivenza del *code civil* fino ad oggi? Il codice civile, in realtà, non è che la *summa dei principi della disciplina privata*: nel codice troviamo la disciplina più generale, mentre la legislazione speciale contiene la disciplina circa la casistica più specifica. Non si può assumere che il codice sia arrivato sino ai giorni d'oggi immutato; diversi sono state le correzioni e le integrazioni materiali, ma soprattutto *interpretative*. Il legislatore ha, infatti, completamente *rivoluzionato* il libro primo, donando un nuovo assetto alla famiglia anche e soprattutto in virtù del ruolo sempre più centrale della donna e ha introdotto una tutela dei consumatori più garantista. E' stato inoltre elaborato un quarto libro interamente dedicato alle garanzie. Anche la *giurisprudenza* si è mossa per l'attualizzazione del codice, un esempio è il caso della *responsabilità extracontrattuale*: in passato, infatti, era possibile l'addebito del risarcimento solo nel caso in cui vi era stato dolo o colpa, attraverso l'opera interpretativa dei giudici si sono introdotti surrettiziamente anche casi di *responsabilità oggettiva o aggravata*. Infine, per quanto concerne la dottrina, è bene sottolineare che in Francia, a seguito del codice napoleonico abbiamo la nascita della scuola dell'*esegesi*. L'*esegesi* va intesa come riordino del testo legislativo e coordinazione delle diverse disposizioni, per interpretare le disposizioni, infatti, si riteneva non servisse altro; si tratta di una dottrina ampiamente superata, anche perché le lacune non possono che essere numerosissime. La dottrina ha potuto evolvere solo con l'abbandono della scuola dell'*esegesi* e il passaggio alla *scuola della libera ricerca scientifica*, molto più attenta alle esigenze di una società in continua trasformazione.

Il ruolo del codice francese è stato assolutamente centrale, essendo da sempre l'archetipo di codice. Il modello francese, e spesso lo stesso *code civil* nella sua interezza, ha avuto larghissima diffusione, grazie alle armate napoleoniche, ma soprattutto al suo

valore intrinseco. In Belgio, stato indipendente dal 1830, si utilizza ancora il *code civil* francese; in Olanda, prima dell'adozione di un codice proprio, era anche utilizzato il *code civil*; in Italia ci si è fortemente ispirati al modello francese, e lo stesso si è fatto in Spagna; in Portogallo, il modello adoperato era quello francese prima di passare a quello tedesco; e, infine, sono numerosi i casi di *influenza* relativamente ai codici in America Latina, ma anche in Africa e Asia.

---

*Code  
Civil*  
Francese

## **Caratteristiche**

Chiarezza, semplicità stilistica.

---

Unicità, esclusività e completezza.

---

## **Valori Fondanti**

Proprietà.

---

Libertà economica individuale.

---

### 1.2.2 L'ESPERIENZA PRUSSIANA – L'ALR.

Nei paesi germanici la storia è ben diversa da quanto visto nell'esperienza francese. Abbiamo, anzitutto, una situazione geografica e politica ben diversa: il territorio è assai più frammentato, e la codificazione ha quale *background* il pensiero politico giusnaturalista di Federico II e Maria Teresa. L'ALR o *Allgemeines Landrecht* (ordinamento territoriale generale) nasce nel 1794; questa codificazione è ben differente dalle altre; anzitutto perché non raccoglie unicamente le disposizioni di diritto privato ma tutto il diritto prussiano, dal diritto costituzionale a quello ecclesiastico; in secondo luogo ha alle spalle *l'ideologia giusnaturalista* e non quella positivista, e quindi si presenta come il prodotto più puro della ragione.

Il codice prussiano si **fa carico del problema del benessere e della felicità dei suoi consociati** e, quindi, si pone una serie di obiettivi, sia formali quali la razionalità e la chiarezza delle disposizioni, sia *materiali* ossia che le norme siano pura espressione della ragione.

Il codice prussiano si compone di due parti, una dedicata ai diritti reali, divisa in quattro sottocategorie, e un'altra alle associazioni, a sua volta suddivisa in tre parti. Nonostante i tanti punti di somiglianza con le moderne codificazioni, va trattato alla stregua delle legislazioni del '700 giacché presenta diversi nessi di continuità. Anzitutto, l'ALR è una raccolta assolutamente *disomogenea*, ben lontana dalla sistematicità di un codice moderno, inoltre, si rivolge ai suoi consociati distinguendoli per ceti, e quindi non si presenta come *unico*, requisito alla base di una codificazione moderna. Tuttavia, sebbene non perfettamente congruente con lo stampo, non si può negare una certa tendenza a raggiungere quanto poi sarà offerto dal codice napoleonico, trasparente soprattutto dalla grande concisione e dall'ottima formulazione e collegamento tra le disposizioni.

I concetti alla base dell'ALR sono *il principio di libertà naturale*, da esercitare senza limitare la libertà altrui, e l'esercizio di tutti i diritti che sono dell'uomo dalla nascita. I limiti di questa codificazione sono numerosi, primo fra tutti una **forte impronta paternalistica, forte sfiducia nei consociati e fiducia senza limiti verso la ragione**. L'ALR, forse immeritamente, gode di grande fortuna fra i suoi contemporanei, addirittura *Thibaut* auspicherà l'utilizzo dell'ALR per unire il popolo tedesco. Tuttavia, giacché l'ALR voleva relegare la dottrina e la giurisprudenza a meri guardiani del diritto, è stato fortemente osteggiato e criticato.

---

*ALR*  
Prussiano

## **Caratteristiche**

Non regola solo il diritto privato ma tutto il diritto, da quello costituzionale sino a quello ecclesiastico.

---

Norme costruite su principi giusnaturalisti

---

## **Valori Fondanti**

Fiducia assoluta nella ragione.

---

Impronta paternalistica: il codice si fa carico del problema della felicità e del benessere dei suoi consociati.

---

### 1.2.3 L'ESPERIENZA AUSTRIACA – L'ABGB.

Anche in Austria la codificazione parte dalle premesse del giusnaturalismo razionalista dei sovrani illuminati e quindi dalla volontà di Maria Teresa d'Austria. Si tratta di un codice longevo, ancora oggi in vigore in Austria, anche se solo in forma parziale. L'ABGB è promulgato il primo giugno del 1811, dopo un travagliato iter formativo e una fase di sperimentazione sui territori annessi all'impero. Nonostante sia piuttosto diverso, l'ABGB presenta diversi punti di contatto con il *code civil* francese: anche il codice austriaco parte da **un'ideologia garantista, e molto forte è l'impronta statualista**. Il codice austriaco mira all'unificazione legislativa di uno stato di grandi dimensioni, formato da numerosissimi paesi e popoli, a tal proposito il codice pone la sua attenzione sul **momento autoritativo ed esclusivo del diritto**, così che il codice potesse assumere quei connotati di unicità che hanno caratterizzato anche il codice francese. E' palpabile una chiara **matrice kantiana**, come si denota anche dalla forma di governo adottata, che ruota attorno a **un'idea di uguaglianza fra i cittadini, e dall'idea di autonomia dell'individuo**. Tratti essenziali del codice austriaco sono, anzitutto, la forte matrice garantista, e la premessa che la certezza del diritto possa naturalmente discendere dalla conoscibilità di questo.

Che si tratta di un codice di natura *giusnaturalista* si evince soprattutto da una serie di accorgimenti come ad esempio quanto esposto dal paragrafo 7 che dispone che l'interprete ha la facoltà di colmare le lacune legislative con riferimento ai principi del diritto naturale. Di scarsissima rilevanza sono, invece, le consuetudini, escluse dal sistema delle fonti, applicabili solo quando esplicitamente richiamate. Di importanza centrale sono i c.d. *diritti innati* che è possibile conoscere solo attraverso la ragione. Anche la *proprietà* è vista come centrale in questo codice, essendo una delle maggiori manifestazioni dell'arbitrio del soggetto.

L'ABGB si compone di 1502 articoli, ed è quindi un codice breve, chiaro ed intellegibile. La brevità, ovviamente, è causa di alcune lacune che saranno poi colmate negli anni 1914-1916 da tre novelle.

Il codice si articola in tre parti, ed è preceduto da un'introduzione: *diritto delle persone, diritto delle cose e disposizioni comuni*. Si tratta di un codice illuminista, è, tuttavia, in stridente contrasto con la realtà sociale dell'Austria del 1811. I cambiamenti cominciano ad intravedersi con l'ondata rivoluzionaria del 1848 che provocherà l'abolizione della servitù della gleba e la diffusione delle idee di libertà di stampa, d'impresa e di partecipazione della borghesia alla vita pubblica. La restaurazione portò anche ad alcuni passi indietro, ovviamente: bisognerà, infatti, aspettare gli anni '70 e '80 perché l'ABGB si metta in sintonia con la realtà economica e social della vita austriaca. L'influenza dell'ABGB all'estero è minima.

---

ABGB  
Austriaco

## Caratteristiche

Fortemente garantista.

---

Punta all'esclusività, e ruota attorno al momento autoritativo della produzione del diritto.

---

## Valori Fondanti

Grande importanza è data alla proprietà

---

Influenza da parte dell'ideologia giusnaturalista.

---

Palpabile la matrice kantiana, e quindi l'idea di uguaglianza fra cittadini e l'autonomia dell'individuo.

---

### 1.2.4 L'ESPERIENZA TEDESCA – IL BGB DEL 900.

Abbiamo già fatto riferimento alla situazione geopolitica e giurisprudenziale della Germania medioevale, caratterizzata da una grande frammentazione, nonché dalla debolezza del potere imperiale e dalla mancanza di una giustizia regia forte e di un ceto di giuristi imperiali influente. Sono questi i fattori che hanno impedito la rielaborazione delle consuetudini e delle fonti locali, e che invece hanno **favorito la piena recezione del diritto romano**. Infatti, in Germania è perlopiù la dottrina ad aver contribuito all'unificazione del paese. Al fine di comprendere in maniera più efficace quanto appena statuito è bene ricostruire l'evoluzione del pensiero scientifico-giuridico tedesco.

Quando le codificazioni prussiane e austriache entrano in vigore, l'ideologia giusnaturalista è già in crisi, e si diffonde un ideale romantico, dove il vero diritto è il diritto consuetudinario. Da questa idea parte la scuola storica, dove il suo fondatore Savigny, contrapposto alla dottrina di Thibaut, preferisce che i rapporti sociali siano lasciati al diritto consuetudinario, o meglio ancora dal diritto dotto, ossia la rielaborazione del diritto consuetudinario ad opera dei giuristi. Savigny parte dall'idea che il diritto, come la lingua, non è imbrigliabile in precise griglie, ma che anzi sia un flusso continuamente mutevole, espressione del Volksgeist. La scuola storica, come il razionalismo, respinge l'arbitrio del legislatore, ma differentemente da quest'ultimo respinge la fissità e l'immutabilità di modelli discendenti dalla ragione, e crede nel diritto consuetudinario.

L'attenzione di Savigny volge soprattutto al diritto romano delle fonti giustinianee, che ha operato per tutto quel tempo come diritto unificante, e sul quale si era sino a quel momento espressa la scienza giuridica tedesca. Dal diritto romano, e dall'idea di elaborare un sistema e un apparato concettuale, i successori di Savigny diedero vita alla

Scuola pandettistica, che ha come unico obiettivo **l'elaborazione sistematica e dogmatica del materiale giuridico.**

Il contributo della Pandettistica si esprime nell'attribuzione di un compito al giurista e nella costruzione di un metodo. Compito del giurista non è di creare regole giuridiche, quanto di predisporre gli strumenti di conoscenza del diritto, ristrutturando il diritto civile tedesco, e di definire i concetti giuridici. Il concettualismo è il carattere distintivo della scienza giuridica tedesca, che diviene così una delle componenti essenziali della codificazione.

Il metodo seguito dal giurista tedesco s'ispira a quello della matematica e delle altre scienze esatte. E' un metodo:

- Concettuale: identificazione dell'elemento concettuale costitutivo in presenza del quale le ipotesi da considerarsi rientrano nella categoria oggetto di definizione, e in assenza delle quali le ipotesi non rientrano nella categoria;
- Dogmatico: i concetti così definiti (come in matematica) non ammettono eccezioni, sono dogmi;
- Sistemático: in presenza di più definizioni, la definizione corretta è quella che si armonizza bene con le altre del sistema, in omaggio al principio di coerenza.

Il giurista tedesco muove dal CJC lacunoso e oscuro, razionalizza ed esplica i concetti in esso contenuti, ne deduce le regole pratiche e applicative, si esprime in un linguaggio scientifico.

Nonostante la dottrina di Savigny, con l'unificazione politica della Germania, avvenuta nel 1870, nasce finalmente il presupposto politico che condurrà la Germania alla codificazione. Il codice civile tedesco fu promulgato nel 1896, ma entrerà in vigore solo nel 1900. Anche se il concetto di codice rappresenta la sconfitta della scuola storica e della pandettistica, e proprio da questa dottrina che prende le mosse, e ne rappresenta il frutto più maturo, come testimoniato in maniera palese dal Libro I, che per quanto concerne le codificazioni è sicuramente un caso singolare. Il BGB è suddiviso in cinque libri, per un totale di 2385 articoli. Nella parte generale sono collocate tutte le nozioni da cui partire, e da cui gemmano le eccezioni e le disposizioni speciali/casistiche. Nella parte generale è codificato quanto la Pandettistica ha distillato dal CJC, e quindi troviamo le norme generali sulle persone, alcune definizioni riguardo i beni ma soprattutto il concetto fondamentale di negozio giuridico. Gli altri libri, come anticipato, contengono un numero considerevole di eccezioni alle regole generali: il secondo libro è dedicato alle obbligazioni, il terzo ai beni, il quarto al diritto di famiglia e il quinto regola le successioni.

E' un codice conservatore, che non attribuisce alcun compito sociale al diritto privato.

Il BGB aspira a prospettare un sistema chiuso, caratterizzato da definitività, completezza ed esclusività. Ciò comporta l'esclusione della consuetudine, e la **drastica identificazione fra diritto e legge**, intesa come manifestazione della ragione dello stato. La valvola di sfogo di questo sistema è costituita dalle clausole generali, direttive

indirizzate al giudice con la funzione di vincolarlo al principio generale lì espresso e, al tempo stesso, data la latitudine assai ampia e estensibile di tale principio, di renderlo più libero. Naturalmente, le clausole generali un pericolo lo nascondono. Se la disciplina dogmatica del giudice si allenta, c'è il rischio che si affermi la tentazione di “fuga nelle clausole generali”, e che si favorisca la nascita di una giurisprudenza equitativa priva di principi-guida.

Il BGB è sopravvissuto fino a noi attraversando l'impero, Weimar, il nazismo, due guerre devastanti, la costituzione del '49, la DDR, la riunificazione, senza grandi modifiche. Il diritto tedesco è relativamente stabile fino al 1918, alla proclamazione della repubblica.

Il periodo della Repubblica di Weimar, dal 1820 fino alla nomina di Hitler a cancelliere del gennaio 1933 è invece un periodo caratterizzato da interventi profondi sia del legislatore sia della giurisprudenza.

A proposito della giurisprudenza, si è visto l'uso delle clausole generali per adeguare il diritto alle mutate condizioni sociali ed economiche.

La legislazione segna di una nuova impronta sociale e liberale alcuni settori del diritto; ad es. nel diritto del lavoro, l'accresciuto potere dei partiti più vicini alla classe operaia condusse verso una maggiore protezione delle classi deboli contro i monopoli e le classi sociali più potenti. La stessa concezione della proprietà muta sostanzialmente rispetto alla formula individualista del codice.

Il 30 gennaio 1933 Hitler è nominato cancelliere, ed ha inizio il periodo più buio della storia tedesca. Il nazionalsocialismo è un movimento totalitario, razzista, rivoluzionario. Quali le ripercussioni nella sfera giuridica di un movimento con queste caratteristiche? I dodici anni del nazismo non sono stati sufficienti per distruggere l'ordine giuridico precedente: il BGB resistette. Quando nel 1937 il Ministro della Giustizia annunciò la morte del BGB e la sua sostituzione con un “codice popolare” che tenesse conto delle idee del regime è avvenuta troppo tardi.

Quali queste idee? Innanzi tutto l'idea fondamentale che il diritto non può che essere sempre un mezzo di salvaguardia, di garanzia, di sviluppo della comunità razziale del popolo. In secondo luogo, una nuova teoria delle fonti di diritto che porta al rifiuto del principio tradizionale della preminenza della legge. La legge è strumento di organizzazione sociale che deriva essa stessa da una “fonte primaria” costituita dalla razza e dall'appartenenza al popolo tedesco. La persona che come oracolo dichiara e proclama il diritto sorto da questa fonte è il Führer. E' la sottomissione dei giudici a esso, non più alla legge.

Il manifesto normativo del nazismo furono le leggi razziali, le leggi di Norimberga del 1935. Per quanto riguarda la giurisprudenza, può dirsi che le giurisdizioni superiori sono rimaste più rispettose dell'antico diritto, mentre le giurisdizioni inferiori, i giudici più giovani, sono state più sensibili alla dottrina nazionalsocialista. In sostanza, non può negarsi un atteggiamento di compromesso dei giudici con il regime.



La costituzione del 1949 non è naturalmente estranea all'evoluzione, alla riforma del diritto tedesco, anzi ne costituisce il fondamentale motivo ispiratore. Gli interventi del legislatore si caratterizzano per la loro apertura sociale (diritto del lavoro), per il loro spirito egualitario (diritto di famiglia), per il loro spirito liberale e umanitario (diritto penale).

Negli ultimi anni una serie d'importanti interventi legislativi ha sostanzialmente riscritto il Libro II del BGB, dedicato appunto al diritto delle obbligazioni: ne risulta un tessuto normativo più adeguato ai tempi.

Da segnalare, sul piano giurisprudenziale, il ruolo determinante assunto dalla Corte costituzionale federale, il cui compito è di vegliare sul rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali dell'individuo. Le corti ordinarie, e in particolare la suprema corte federale, hanno ugualmente contribuito allo sviluppo e al ringiovanimento del diritto tedesco.

Modesta e limitata nel tempo è stata la circolazione del modello BGB, ritenuto "prodotto tipico della dottrina tedesca che si sarebbe difficilmente adattato ad una realtà diversa". Le zone verso le quali si estese l'influenza del BGB vanno dal Brasile al Portogallo, All'Europa centrale e meridionale, all'Estremo Oriente. Ma l'influenza più profonda e duratura si è avuta in Grecia: il codice civile greco (in vigore dal 1946) per la sua evoluzione storica, per la sua sistematica e per il suo contenuto, può senza dubbio essere considerato appartenente al sistema germanico, anche se non è una copia servile del BGB.

---

*BGB*  
*Tedesco*

## **Caratteristiche**

Tecnico rivolto ai giuristi.

---

Fortemente dogmatico,  
distillato dal diritto  
romano.

---

## **Valori Fondanti**

Ideali romantici e istituti  
romanistici.

---

Di derivazione della  
scuola storica e  
pandettistica.

---