

ROCCO FAVALE*

Diritto comparato. A proposito di un libro recente **

1. L'agile manuale di Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe va ad arricchire la famosa Collana "Juristische Kurz-Lehrbücher" edita per i tipi di C.H. Beck Editore. L'A., professore ordinario presso l'unica università statale a distanza in Germania, la *FernUniversität in Hagen*, determina immediatamente nel rapido *Vorwort* le linee fondamentali che costituiscono la struttura del volume.

Innanzitutto vengono ribaditi i punti di forza della *Rechtsvergleichung*, specialmente nel campo del diritto privato (*Privatrechtsvergleichung*): il carattere relativo del diritto positivo domestico e la conseguente valutazione della posizione delle regole giuridiche interne, stemperando di conseguenza le rigidità della dogmatica. Il confronto con altri diritti rappresenta un metodo di studio collaudato sia per un'autentica comprensione del proprio ordinamento, sia per lo sviluppo del diritto domestico (la c.d. *Rechtsfortbildung*)¹. L'A. vede nella comparazione giuridica lo scopo principe di accrescere le conoscenze (*Erkenntnisgewinn*) sia sul proprio ordinamento sia su quelli stranieri². Poi in cosa consistano tali conoscenze e con quali attrezzi metodologici devono essere conseguite il dibattito non si è mai chiuso.

Il volume orientato anzitutto a finalità didattiche, si struttura in quattro articolati capitoli dedicati al concetto della comparazione giuridica (pp. 1-18), alla teoria della comparazione giuridica (pp. 19-119) - nel quale sono affrontate le classiche questioni delle funzioni e degli scopi, del metodo comparativo, nonché della sistemologia -, ai principali modelli giuridici (germanico, romanistico, di *common law*) (pp. 120-342) e per finire all'ultimo capitolo dedicato ad un esercizio di microcomparazione (potremmo dire di comparazione applicata) sul tema della conclusione del contratto (pp. 343-352)³.

* Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Camerino.

** Leggendo KARL AUGUST PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung. Ein Studienbuch* (C.H. Beck, München, 2025), XLI, 369.

¹ Sul punto, utile L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 299 ss., con riferimento alla finalità di orientamento e controllo del metodo comparativo.

² Così, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2002, ristampa, p. 3 ss., sul falso problema degli scopi della comparazione giuridica. V., altresì, sulla questione della scienza e delle nuove conoscenze L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, ed. it. di R. Favale, Torino, 2003, p. 23 ss.

³ Cfr. anche R. FAVALE, *Europeizzazione dei contratti: il problema della conclusione*, in R. FAVALE, G. VARANESE, M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, Napoli, 2019, p. 167 ss.; I. DE CUEVILLAS MATOZZI e R. FAVALE, *La perfección del contrato. Últimas tendencias*, Madrid, 2016.

2. Con riferimento al problema del diritto comparato, esso si configura come disciplina scientifica volta a indagare somiglianze e concordanze tra termini appartenenti a ordinamenti giuridici di diversi Stati o entità sovranazionali, con il duplice scopo di comprendere i fenomeni giuridici e, ove possibile, contribuire alla loro armonizzazione.

La comparazione si propone di analizzare sistematicamente divergenze e convergenze fra i termini da comparare. Tuttavia, sin dagli inizi della riflessione scientifica in materia, è emerso un dibattito metodologico circa l'opportunità di privilegiare l'analisi delle differenze o quella delle somiglianze, oppure se entrambe debbano essere considerate allo stesso tempo⁴.

Storicamente il diritto comparato ha assunto anche una funzione propositiva, orientata alla unificazione giuridica tra Stati diversi, specialmente in ambito europeo. L'idea di fondo è che il confronto tra soluzioni normative differenti possa rivelare un nucleo comune di istituti e principi, su cui fondare l'armonizzazione normativa, come hanno auspicato Saleilles e Lambert nel corso del Congresso di diritto comparato di Parigi del 1900⁵.

Le due principali direzioni metodologiche si diramano: da un lato, nella microcomparazione, concentrata sull'analisi di problemi o istituti specifici - come la formazione del contratto, la validità del testamento o la responsabilità extracontrattuale - in differenti contesti normativi; dall'altro lato, nella macrocomparazione, volta ai principi sistemici e alle strutture portanti degli ordinamenti, quali la tecnica legislativa, la funzione della giurisprudenza, la distribuzione delle competenze tra giudici e dottrina o le strategie di risoluzione dei conflitti. Sebbene queste due prospettive di investigazione siano

⁴ In questo senso, L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 9 s., ove alle differenze e concordanze si aggiunge l'individuazione delle loro cause. In proposito, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 11, precisa che la comparazione quando affronta molteplici modelli «lo fa per stabilire in quale misura i modelli sono identici, ed in quale misura sono differenti. In termini più semplici, poiché l'identità dei modelli può essere rappresentata con l'idea di una differenza pari a zero, la comparazione consiste nel misurare le differenze che esistono tra una molteplicità di modelli giuridici». Diversamente, R.B. SCHLESINGER, *Il passato e il futuro della comparazione giuridica*, trad. it. L. Antonioli, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 603 ss., offre una risposta condizionata alla dimensione storica, nella quale si sono alternate fasi in cui la comparazione ha mirato alle somiglianze e fasi storiche in cui ha avuto come obiettivo l'individuazione delle differenze.

⁵ K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 9, cita un passo di Lambert tenuto al Congresso parigino, secondo cui la comparazione giuridica «dovrebbe promuovere un progressivo ravvicinamento tra le legislazioni poste a confronto, svelando, sotto l'evidente diversità delle stesse, il comune fondamento latente delle istituzioni e dei concetti. In tal modo, le differenze accidentali tra le leggi, le quali governano popoli appartenenti al medesimo stadio di civiltà e si applicano a contesti economici analoghi, dovrebbero essere eliminate e si dovrebbe ridurre il numero delle differenze giuridiche che non trovano il proprio fondamento reale in specificità politiche, etiche o sociali dei rispettivi popoli, ma unicamente in contingenze storiche o in motivi transitori o superficiali».

concettualmente distinte, nella pratica esse si rivelano complementari, giacché lo studio di un singolo problema non può prescindere dal quadro sistematico in cui esso si inserisce⁶.

La comparazione ha quindi non solo valore analitico ma pure una funzione cruciale nei contesti di integrazione sovranazionale. L'esempio storico è la nascita del diritto comparato come scienza autonoma nei primi anni del Novecento, contestuale all'epoca delle grandi codificazioni nazionali. L'affermazione di codici civili di ordine statuale (*code civil*, ABGB, BGB, ZGB e OR ecc.) ha infatti frammentato il precedente *ius commune romanistico*, lasciando scoperto soprattutto il campo del commercio internazionale.

La comparazione è stata allora impostata come strumento di riscoperta delle radici comuni e, più recentemente, come leva per l'elaborazione di uno *ius commune europaeum*⁷, alla base di tentativi di armonizzazione o di produzione di diritto materiale uniforme, come la Convenzione di Vienna sul contratto di compravendita internazionale del 1980 (CISG).

Qualsiasi attività comparativa presuppone una conoscenza accurata del diritto straniero, che non si esaurisce nel solo formante legale⁸, ma richiede attenzione al diritto “vivente”, vale a dire alla concreta prassi applicativa, alle consuetudini e ai contesti istituzionali in cui il diritto opera. Sotto questo profilo, la comparazione giuridica si distingue dalla mera esposizione descrittiva del diritto straniero (*Auslandsrechtskunde*), la quale rappresenta una fase preliminare a quella propriamente comparativa. Essa si differenzia altresì dal diritto internazionale privato, che regola i conflitti di leggi, pur servendosi frequentemente di strumenti comparativi, ad esempio per determinare la legge applicabile più favorevole o per valutare la compatibilità di un ordinamento straniero con l'ordine pubblico interno. Anche il diritto internazionale pubblico si avvale della comparazione, in particolare nella definizione dei principi generali del diritto o nell'interpretazione di trattati internazionali⁹.

La comparazione giuridica mostra affinità metodologiche con la storia del diritto, specialmente laddove quest'ultima ricostruisce l'evoluzione di istituti comuni (come lo *ius commune*) alla base delle moderne codificazioni civili europee, e può pertanto essere

⁶ Sulla distinzione, ancora oggi utile le chiare pagine di L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale, Torino, 1996, p. 220 s.

⁷ In argomento, F. RANIERI, *Europäische Rechtsgeschichte zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, zugleich eine Reflexion über den Weg zu einem Europäischen Zivilrecht*, in *ZEuP*, 2011, p. 564 ss., mette in rilievo come il diritto privato dell'Europa continentale rappresenti, nella sua storia e nella sua attualità, un'unità culturale, la cui comprensione e chiarificazione competono oggi in modo particolare alla storia del diritto e alla comparazione giuridica. Soltanto attraverso tale via potrà infatti essere avviato, sotto il profilo culturale e politico-giuridico, il grande progetto attuale di un'armonizzazione del diritto privato europeo.

⁸ Sulla teoria dei formanti (*legal formants*), ovviamente il suo scopritore, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 43 ss. Per una critica, a volte ingiustificata, di recente U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München, 2015, p. 113 ss.

⁹ R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. diretta da R. Sacco, Padova, 1994, p. 7 ss.

qualificata come “comparazione verticale” (o diacronica) rispetto a quella “orizzontale” (o sincronica) che caratterizza l’indagine degli ordinamenti vigenti. Nella sua declinazione funzionale, la comparazione si avvicina alla sociologia del diritto, poiché si propone di analizzare le risposte normative che i diversi sistemi giuridici offrono a determinati problemi sociali, tenendo conto dei contesti storici, culturali, economici e politici in cui essi si manifestano. In questo senso, presenta punti di contatto con la comparazione funzionale, che analizza come differenti ordinamenti rispondano a un medesimo problema sociale. Tuttavia, lo studioso non conduce di regola indagini empiriche dirette, ma si basa su ricerche esistenti e su dati consolidati. Questo metodo richiede tuttavia prudenza nell’interpretazione dei risultati, specialmente quando i sistemi a confronto operano in ambienti profondamente eterogenei.

In termini di applicazione, la comparazione giuridica ha trovato il suo tradizionale campo d’elezione nel diritto privato - in particolare nel diritto civile - ma si è progressivamente estesa a numerosi altri ambiti: dal diritto processuale civile, con confronti su istituti come la *discovery* statunitense, al diritto del lavoro, societario e commerciale, fino al diritto penale e pubblico. Un ruolo centrale ha assunto, in epoca recente, il diritto costituzionale comparato, specie nel contesto europeo, dove le tradizioni costituzionali comuni e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo fanno largo uso del metodo comparativo.

Insomma la comparazione giuridica si presenta oggi come arnese irrinunciabile non solo per l’analisi scientifica dei sistemi giuridici, ma anche per la costruzione di un diritto comune europeo e per la comprensione profonda della funzione sociale delle norme nei diversi ambienti culturali.

3. Il secondo capitolo del manuale costituisce il cuore dell’indagine nell’ambito del diritto comparato, in quanto affronta e declina in guisa chiara i problemi del metodo comparativo: dalle funzioni agli scopi, dal metodo alla scienza dei diritti comparati. Per le questioni affrontate il capitolo assume una dimensione di una certa consistenza, tuttavia equilibrata nell’economia dell’intero volume e interamente giustificata.

3.1. La comparazione, nelle dimensioni micro e macro, anzitutto mira ad una produzione di conoscenza (*dogmatische Rechtsvergleichung*). Ernst Rabel, il padre della comparatistica tedesca moderna, denominava lo scopo del diritto comparato semplicemente «conoscenza»¹⁰, la cui qualità dipende direttamente dal metodo adottato. Rabel precisa che i comparatisti, in ogni caso, esaminano «quali questioni vengano poste

¹⁰ E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, in *Rhein. Zeitschr.*, 1924, p. 285 (e in *Gesammelte Aufsätze*, III, a cura di H.G. Leser, Tübingen, 1965, p. 1 ss.): «Der Name ihres Ziels heißt einfach: Erkenntnis».

qua e là e come siano risolte; quindi come si rapportano le soluzioni fra loro»¹¹. Ulteriori funzioni si aggiungono allorquando la comparazione entra nella meccanica dell'applicazione pratica (*angewandte Rechtsvergleichung*)¹². Prima fra tutte, una profonda e consapevole comprensione del proprio diritto¹³. Il confronto fra diritti assume tutta la sua importanza nelle ipotesi in cui il legislatore ha di fronte un problema sociale ancora privo di disciplina¹⁴.

Che il legislatore commissioni studi di diritto comparato allorquando è in procinto di emanare una nuova disciplina o di preparare una revisione di una determinata materia rappresenta una ovvia. Tutti i lavori delle commissioni diretti alla preparazione del BGB hanno messo in luce gli sforzi storici e comparativi sincronici e diacronici al fine di edificare la codificazione unitaria¹⁵. Per portare un esempio significativo, l'A. richiama la grande riforma tedesca del diritto delle obbligazioni del 2002, nella quale alcuni concetti fondamentali sono debitori di una normativa internazionale uniforme: così la figura della violazione dell'obbligo (*Pflichtverletzung*) di cui al § 280 BGB, nuovo fulcro della disciplina dell'inadempimento (*Leistungsstörungen*), trova ispirazione nel concetto di violazione del contratto (*breach of contract*) di cui agli artt. 45 e 61 CISG. Per i legislatori moderni

¹¹ E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, cit., p. 280.

¹² O. SANDROCK, *Praktische Rechtsvergleichung - Eine Skizze, verbunden mit dem Versuch einer Systematisierung*, in *Rechtsvergleichung als zukunftsträchtige Aufgabe*, a cura di O. Sandrock, B. Großfeld, C. Luttermann, R. Schulze, I. Saenger, Berlin, 2004, p. 1 ss. (ora in lingua italiana: O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. L. Aresta, ed. it. R. Favale, Camerino-Napoli, 2009, p. 97 ss.).

¹³ In proposito, molto utili le pagine di L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 299 ss., dedicate alle finalità di orientamento e controllo. Qui l'A. del volume in lettura porta come esempio il peculiare sistema tedesco di trasferimento della proprietà governato dai principi di separazione e astrazione, che può risultare più facilmente comprensibile se paragonato al sistema francese (e anche italiano) del consenso traslativo e a quelli austriaco e svizzero della tradizione causale. Siffatta dimensione nell'indagine comparativa - nell'idea dell'A. - si presterebbe molto utile ad un arricchimento della didattica universitaria e postuniversitaria a livello di *Doctorate School*, la quale rappresenterebbe un presupposto fondamentale per esercitare un'attività professionale in un mondo sempre più globalizzato.

¹⁴ Nel volume si porta l'esempio delle convivenze *more uxorio*, ancora privo di una disciplina organica (sul punto K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 26, mette in evidenza come il legislatore tedesco fra gli ordinamenti da mettere sotto la lente ignori le esperienze dell'America latina, in particolare l'ordinamento messicano che fin dal 1932 ha regolato il fenomeno richiamato) o il diritto di filiazione bisognoso di un ammodernamento in quei profili che risentono fortemente dell'avanzare delle tecnologie, come la questione della maternità surrogata, tema che impegna anche nostro ordinamento.

¹⁵ Con grande maestria, L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 28 ss., disegna la comparazione diacronica, quale confronto fra diritti "a differenza temporale".

La *Relazione della Commissione Reale al progetto del libro delle obbligazioni* al nostro codice civile non ha mai avuto alcun pregiudizio verso le soluzioni straniere: «si è, dunque, tenuto nella debita considerazione le legislazioni più recenti d'Europa e d'America, dal codice per l'Impero germanico del 1900 al codice brasiliano del 1916, dalle novelle di riforma del codice austriaco, emanate durante la guerra, al codice svizzero delle obbligazioni nel testo riveduto del 1911, dal progetto del codice ungherese al recentissimo codice delle repubbliche sovietiche. Si è accolto quel che di buono si poteva accogliere - in armonia, s'intende, col nostro sistema generale del diritto - da qualunque legislazione straniera, senza preconcetti e senza prevenzioni; ma nulla si è accolto per puro spirito d'imitazione, come nulla si è respinto per avversione falsamente nazionalistica».

l'azione comparativa costituisce un'azione naturale, come accaduto per tutti i nuovi codici degli Stati nati all'indomani del crollo dell'ex Unione Sovietica, oppure con la recente codificazione cinese (2021)¹⁶.

Per quanto concerne il problema dell'interpretazione entro il formante legale, gli ordinamenti a struttura codicistica seguono i classici canoni interpretativi - grammaticale, sistematico, storico, teleologico - coniati da Savigny, mentre non trova spazio uniforme la c.d. interpretazione comparativa (*vergleichende Auslegung*)¹⁷. La comparazione rientra in tutti quei casi in cui le norme di diritto straniero vengano prese in considerazione dal giudice in quanto suscettibili di influire, in via potenziale o effettiva, sul contenuto della relativa norma di diritto interno da applicare nella risoluzione della controversia¹⁸. Si tratta di argomenti che possono essere utilizzati per confermare o eliminare letture interpretative inizialmente concepibili. Tali argomenti scaturiscono dal diritto straniero, in particolare dalle soluzioni comunemente adottate in ambito comparativo o da ordinamenti giuridici particolarmente sviluppati o affini¹⁹. Le Corti di vertice europee rispondono diversamente. Il BGH fa ricorso, di solito, ad argomenti di diritto comparato soprattutto a fini confermativi di una soluzione costruita con l'uso dei classici criteri interpretativi, anche se non mancano vere e proprie aperture. La *Cour de Cassation* francese si mostra ancora più prudente, anche per il suo tradizionale stile asciutto che ha sempre caratterizzato le sue decisioni²⁰; tuttavia, di recente, non mancano arresti che fanno riferimento a figure di diritto straniero. Al polo opposto si pone il Tribunale Federale Svizzero (BGer), quale organo abituato a guardare oltre il proprio diritto arricchendo i canoni interpretativi, con quello comparativo²¹. Una crescente mentalità

¹⁶ M.P. MANTOVANI, *La formazione del contratto nel codice civile, nel code civil e nel nuovo codice civile cinese*, in *Riv. dir. priu.*, 2023, p. 95 ss.; R. FAVALE, *La protezione dell'ambiente nell'ambito del nuovo codice civile cinese*, in *Solidarietà ed emergenze* a cura di C. Latini, Napoli 2022, p. 125 ss.

¹⁷ In generale, cfr. U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, in *The Use of Comparative Law by Courts* a cura di U. Drobnig e S. Van Erp, The Hague-London-Boston, 1999, p. 3 ss., ove sottolinea che «often the courts refer to individual sources of foreign law without indicating why a particular country was selected; sometimes such references appear to be rather accidental. Nevertheless, all references of this kind count as comparative efforts since they demonstrate that the courts are aware of solutions to legal problems which differ from those of their domestic law». V., altresi, con riferimento alla nostra esperienza giuridica, M.P. MANTOVANI, *Uso giurisprudenziale della comparazione nel procedimento ermeneutico*, in R. FAVALE, G. VARANESI, M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, Napoli, 2019, p. 17 ss.

¹⁸ È quanto precisa U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., p. 6. Per qualche esempio domestico, cfr. G. Varanese, *I rapporti obbligatori con effetti protettivi per terzi*, in R. FAVALE, G. VARANESI, M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, Napoli, 2019, p. 71 ss.; R. FAVALE, *Comportamento del creditore fra rinuncia tacita e Verwirkung*, in *Comp. dir. civ.*, 2022, p. 213 ss.

¹⁹ Così, chiaramente, F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien-NewYork, 1982, p. 461 s.

²⁰ Sulla svolta nello stile delle sentenze della Cassazione francese, cfr. E. CALZOLAIO, *Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica*, in *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, Torino, 2021, p. 18 ss.

²¹ BGer, 6 marzo 2001, in *BGE*, 127, III, spec. p. 323, mette in evidenza il proprio pragmatico pluralismo metodologico, che ridisegna i tradizionali canoni interpretativi, fra i quali inserisce quello

alla riflessione comparatistica manifesta la giurisprudenza inglese (*House of Lords*, oggi *Supreme Court of the United Kingdom*) anche oltre il proprio modello giuridico, mentre la *U.S. Supreme Court* pare molto più impermeabile.

Infine gli scopi di armonizzazione e di unificazione giuridica risultano fra i più perseguiti dagli studiosi. Sono forse fra gli scopi più tradizionali della comparazione giuridica, non appena si volge lo sguardo ai movimenti di unificazione del diritto avvenuto durante i lavori di preparazione della codificazione unitaria, come il *code civil*, l'ABGB, il BGB e altri codici, al fine di superare la pluralità dei diritti territoriali. Tuttavia, all'unità interna dei singoli ordinamenti è seguita la deflagrazione dello *ius commune* che costituisce, in un certo senso, un diritto unitario per una serie di paesi europei.

Nel dibattito sull'unificazione giuridica, la relativa terminologia rimane concettualmente ambigua e oscillante. Termini come armonizzazione, ravvicinamento, unificazione del diritto sono spesso utilizzati in maniera indistinta. I concetti di armonizzazione e ravvicinamento richiamano le tecniche normative dirette ad avvicinare le legislazioni statali, pur senza escluderne la persistente differenziazione. All'opposto, l'unificazione del diritto è finalizzata a creare un sistema normativo unico, applicabile in modo uniforme in uno spazio giuridico determinato²².

L'armonizzazione giuridica è diretta invece ad una riduzione delle differenze giuridiche, come dimostra l'esempio delle direttive UE, ove assume primaria importanza il raggiungimento di un risultato e non la configurazione di norme uniformi. Un'armonizzazione meramente formale, pur riducendo lo scarto fra normative, non elimina le differenze strutturali in materia con un prevedibile deficit di certezza giuridica²³. Nell'ambito dell'Europa le norme statali di attuazione delle direttive devono essere interpretate in conformità al diritto UE, sotto il controllo della Corte di giustizia²⁴.

comparatico. Per un naturale confronto anche della Suprema Corte austriaca (OGH) con altri ordinamenti, cfr. W. POSCH, *Judikative Rechtsangleichung - ein Weg zur Europäisierung des Privatrechts?*, in *ZEuP*, 1998, p. 521 ss.

²² Precisa poi K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 31 s., che la mera sovrapposizione testuale tra norme nazionali, frutto di recezione spontanea o imitazione legislativa (cc.dd. trapianti giuridici), non è sufficiente a configurare un'autentica unificazione giuridica. Il diritto uniforme può assumere dimensione nazionale, internazionale o sovranazionale (come comprovano i regolamenti UE applicabili immediatamente negli Stati membri). Possono aggiungersi anche strumenti non statali (modelli legislativi, *Restatements*, modelli non statali), la cui efficacia vincolante però è subordinata ad un atto di riconoscimento statale.

²³ Certamente in questo contesto l'unificazione resta preclusa, ma comunque preferibile alla completa frammentazione normativa. Il successo comunque dell'operazione del ravvicinamento fra formanti legislativi passa attraverso interpretazione e applicazione concilianti. Ad ogni modo, la bontà dell'esito dipende dalla natura dello strumento armonizzante.

²⁴ La legislazione parallela degli Stati del nord Europa, è priva obblighi specifici di interpretazione uniforme, tuttavia la conformità interpretativa è assicurata dalla comune tradizione giuridica.

Invece per i modelli giuridici costruiti da istituzioni non statali, sussiste un obbligo di interpretazione conforme solo se espressamente previsto²⁵.

Il diritto uniforme internazionale trova le sue fonti immediate in apposite convenzioni internazionali bisognose di specifica attuazione nel diritto dei singoli Stati aderenti, o in una legislazione sovranazionale avente efficacia immediata nel diritto degli Stati membri. Inoltre il diritto uniforme può essere elaborato da istituzioni non statali. Tra gli esempi più rilevanti di diritto uniforme materiale si annovera la menzionata Convenzione di Vienna (1980), promossa dall'UNCITRAL, oggi vigente in quasi 100 Stati²⁶. Ciononostante, i processi di codificazione convenzionale risentono fortemente delle dinamiche politico-diplomatiche: il compromesso si rivela spesso necessario, conducendo talvolta a formulazioni minime o all'esclusione di intere questioni²⁷.

Nel diritto uniforme sovranazionale, all'esempio del diritto secondario dell'UE possono aggiungersi altri organismi di cooperazione regionale, legittimati ad emanare provvedimenti ad efficacia diretta negli Stati membri, operanti in Africa²⁸.

L'unificazione giuridica ha trovato terreno fertile nel commercio internazionale, grazie alla formazione spontanea della c.d. *lex mercatoria*, composta da modelli di clausole (es. *Incoterms*), di contratto e prassi arbitrali. Tali regole, tuttavia, non hanno natura normativa vincolante: acquistano efficacia solo mediante il loro inserimento nel contratto oppure in forza di norme aperte (es. §§ 138, 157, 242 BGB; § 346 HGB; art. 9 CISG).

Inoltre sono stati elaborati corpi normativi privati, fra i quali i PECL (*Principles of European Contract Law*) e i PICC (*Principles of International Commercial Contracts*), elaborati da commissioni di esperti e ispirati al modello della CISG. Questi corpi normativi non contengono norme giuridiche in senso proprio, tuttavia possono essere incorporati nei contratti o utilizzati come canoni interpretativi o principi generali, specialmente in sede arbitrale²⁹.

²⁵ Risultano estranei a qualsiasi vincolo interpretativo i *Restatements* e gli altri strumenti normativi privati, non diretti ai legislatori e che non risultano vincolanti.

²⁶ Il successo della CISG è legato a un metodo fondato sul diritto comparato funzionale, legato alla famosa figura di Ernst Rabel. Sono evitati approcci dogmatici ancorati a una singola tradizione giuridica, proponendo invece soluzioni trasversali e pragmatiche, come il superamento della distinzione tra responsabilità per inadempimento e garanzia per vizi e l'adozione del modello di *strict liability* anglosassone.

²⁷ Emblematica, in tal senso, è la formulazione dell'art. 78 CISG, che dispone il principio del pagamento degli interessi senza determinarne l'ammontare, a causa delle riserve di vari Stati, soprattutto quelli islamici.

²⁸ Si tratta dell'OHADA (*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*), che oggi conta 17 Stati aderenti, soprattutto ex colonie francesi del continente occidentale e che ha una Corte comune, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA); e del COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*), l'equivalente di lingua inglese, al quale aderiscono 21 Stati membri e che hanno una corte comune, la COMESA Court of Justice diretta a garantire un'interpretazione uniforme degli atti normativi dell'organizzazione.

²⁹ Essi costituiscono strumenti ibridi, nel senso che quando sono inclusi nel contratto, svolgono una funzione unificatrice; se utilizzati come criteri interpretativi, rafforzano l'armonizzazione del diritto.

Il diritto uniforme sovranazionale esige un'interpretazione autonoma e uniforme, svincolata dal diritto interno. Per questo sono previste corti sovranazionali con funzione interpretativa (CGUE per l'UE; CCJA per l'OHADA; COMESA Court of Justice).

Anche il diritto uniforme convenzionale persegue un'interpretazione autonoma, secondo il testo convenzionale e in coerenza con la prassi degli altri Stati contraenti (es. art. 7 CISG). In assenza di una specifica corte internazionale, il compito ricade sui giudici nazionali, il che rende imprescindibile il confronto comparatistico e l'uso di strumenti interpretativi condivisi³⁰.

Discorso a parte va compiuto con riferimento al dibattito e ai relativi sforzi diretti a recuperare un diritto privato europeo dissolto a seguito del fenomeno della codificazione. Alla fine del secolo scorso il legislatore europeo ha tentato di superare la frammentazione giuridica tra gli Stati membri ricomponendo un codice civile europeo o quanto meno un codice europeo dei contratti. Negli ultimi decenni si è assistito a un rinnovato dialogo scientifico in Europa volto a ricostruire un discorso giuridico comune, superando i confini nazionali attraverso strumenti di diritto comparato: dalla redazione di manuali e raccolte giurisprudenziali alla elaborazione di progetti normativi³¹. Tali strumenti, fondati su un metodo comparatistico di tipo funzionale, mirano a individuare un nucleo comune di soluzioni (*common core*) o a proporre modelli risolutivi ottimali laddove le divergenze non consentano un'armonizzazione piena. Si collocano in uno spazio intermedio tra guida interpretativa, proposta di riforma e base per una futura unificazione del diritto privato europeo³².

Un'ulteriore forza unificatrice è rappresentata dall'interpretazione del diritto primario e secondario da parte della Corte di giustizia UE, che interviene anche mediante rinvio pregiudiziale per garantire uniformità applicativa. Se nel campo del diritto privato materiale il processo di unificazione rimane frammentario e privo di un vero *acquis* organico, il diritto dell'UE ha tuttavia prodotto una crescente europeizzazione dei diritti nazionali, spesso generando tensioni sistematiche e adattamenti problematici³³.

³⁰ A tal fine, acquisiscono crescente importanza le banche dati giurisprudenziali internazionali, come ad es. il sistema CLOUT per la CISG, che contribuiscono a garantire coerenza e prevedibilità nell'applicazione del diritto uniforme.

³¹ Tra questi si segnalano i *Principles of European Contract Law* (PECL) della Commissione Lando, i *Principles of European Law* (PEL) elaborati dallo *Study Group on a European Civil Code* sotto la guida di Christian von Bar, e i *Principles of European Tort Law* (PETL) dell'*European Group on Tort Law*, oltre a ulteriori progetti di settore in materia assicurativa, di diritto di famiglia e di procedura civile.

³² Di differente orientamento metodologico sono invece gli *Acquis Principles* (ACQP), frutto del lavoro dell'*Acquis Group*, con un approccio sistematico e critico al diritto contrattuale dell'UE, diretto a razionalizzare e generalizzare l'*acquis communautaire*. Tale progetto, tuttavia, presenta limiti strutturali legati alla frammentarietà dell'*acquis* e al suo forte orientamento alla tutela del consumatore, che rischiano di compromettere la tenuta dogmatica e l'equilibrio delle soluzioni proposte.

³³ K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 54 ss., osserva come nel tentativo di superare tale frammentarietà, la Commissione europea ha promosso la redazione del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), frutto della collaborazione tra lo *Study Group* e l'*Acquis Group*, e pubblicato nel 2009. Il

3.2. Indipendentemente dal problema se il diritto comparato sia metodo o anche scienza³⁴, ad ogni modo non v'è concordia fra gli studiosi sul riconoscimento di un metodo corretto della comparazione giuridica, una sorta di ricetta che consenta di pervenire a soluzioni giuste e valide³⁵. Attualmente prevale fra i comparatisti il metodo funzionale, anche se è oggetto di aspre critiche, al quale vengono affiancati altri modelli metodologici, anch'essi caratterizzati da un approccio sistematico, nonché modelli più recenti, orientati verso differenti obiettivi di ricerca.

La comparazione giuridica “classica” trova la sua matrice nella svolta funzionale impressa da Ernst Rabel: non il confronto fra norme, ma l'indagine sulle soluzioni che diversi ordinamenti elaborano per problemi sociali analoghi. Il diritto, in quanto fenomeno culturale, risponde a condizioni storiche, economiche e morali eterogenee; da qui l'esigenza di coglierne le funzioni, e non le forme³⁶.

In questa impostazione si inseriscono gli studi di Zweigert e Kötz, che elevano la funzionalità a principio metodologico: comparabile è solo ciò che, nei diversi ordinamenti, assolve la medesima funzione. La questione iniziale va dunque formulata in termini puramente fattuali, “senza gli occhiali” del proprio diritto, identificando il problema sociale nella sua oggettività³⁷.

DCFR, oltre il mandato originario relativo al solo diritto dei contratti, propone un ampio corpus normativo composto in dieci libri, corredata da commenti e note comparatistiche, con l'ambizione di delineare un codice civile europeo. Tuttavia, pur offrendo un prezioso strumento per la riflessione scientifica e l'attività legislativa, esso è stato oggetto di critiche per l'eccessiva distanza da una reale convergenza tra i diritti europei, specie in materia di obbligazioni legali e trasferimento della proprietà. Sulla scia del DCFR, la Commissione ha presentato nel 2011 una proposta di regolamento su un Diritto europeo comune della vendita (CESL), pensato come strumento opzionale per i contratti transfrontalieri. Il progetto, ispirato a diversi progetti (DCFR, CISG, PECL, PICC), si configurava come alternativa liberamente selezionabile rispetto al diritto interno degli Stati membri. Tuttavia, la proposta ha incontrato una forte opposizione, sia per la contestata base di competenza giuridica sia per le incertezze contenutistiche e sistematiche, finendo per essere ritirato nel 2014. Da allora, la Commissione ha preferito tornare alla via delle direttive, in particolare quelle del 2019 in materia di vendita di beni e contenuti digitali, perseguiendo un'armonizzazione prevalentemente piena.

³⁴ Sulla disputa una puntuale disamina è offerta da L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 175 ss. Definisce «oziosa, come pure di discutibile utilità» la questione richiamata, G.B. PORTALE, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, 2. ed., Torino, 2007, p. 10.

³⁵ U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 92 s.

³⁶ E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, cit., p. 279 ss.; ID., *On the Functions of Comparative Law (Fragment eines Manuskripts)*, in *RabelsZ*, 50, 1986, p. 318 ss. Su tale fondamento, M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, 1987, p. 25 ss., amplia la prospettiva, avvertendo che il comparatista deve emanciparsi dalla propria dogmatica nazionale e affrontare la complessità del diritto straniero con strumenti interdisciplinari.

³⁷ K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, ed. it. a cura di A. di Majo e A. Gambaro, trad. it. B. Pozzo, Milano, 1992, p. 37. Non tanto deve interrogarsi sul “principio di separazione e astrazione”, bensì il modo in cui la proprietà si trasferisce e gli effetti dei vizi del negozio di disposizione. L'attenzione va focalizzata sui modelli di soluzione, non sugli istituti.

Nel complesso, la comparazione funzionale si configura come strumento di ottimizzazione delle soluzioni giuridiche, di chiarificazione dogmatica e di valutazione critica dei modelli normativi, nella consapevolezza che ogni indagine comparistica è inevitabilmente collocata entro una cultura giuridica che ne condiziona lo sguardo.

Al metodo funzionale non sono state risparmiate critiche, alcune delle quali attaccano i fondamenti metodologici, come limitarsi prevalentemente al “*law in books*” e al carattere soggettivo dell’indagine del ricercatore, trascurando i vantaggi di una visuale esterna.

Il funzionalismo non pretende di essere un sistema chiuso: è un principio di orientamento, adattabile volta per volta all’oggetto dell’indagine, e trova il suo campo elettivo nella micro-comparazione.

Di grande interesse sono le pagine dell’opera dedicate ai metodi alternativi a quello funzionale, i quali sono suddivisi a seconda che partino dalle stesse premesse ovvero spostino l’obiettivo dell’indagine.

Nella prima partizione vengono inseriti la dottrina dei *legal formants* di Sacco³⁸, il quadrilatero metodologico di Constantinesco costituito da micro e macrocomparazione ed elementi fungibili e determinanti³⁹, la comparazione statistica (*statistische Rechtsvergleichung*) di Siems⁴⁰, l’analisi economica del diritto⁴¹ nonché la dottrina della *kontextuelle Rechtsvergleichung* di Kischel⁴².

La seconda partizione di modelli metodologici si caratterizzano per lo spostamento del fuoco dell’obiettivo dell’indagine, come dimostra la teoria dei *legal transplants* di Watson, che accentra l’attenzione sull’esistenza di relazioni storiche tra ordinamenti giuridici: gran parte del diritto privato moderno deriverebbe da matrici romano-

³⁸ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 43 ss. Grazie al contributo di E. GRANDE, *Lontano dalla luce del lampioncino: un inedito appunto di viaggio di Rodolfo Sacco*, in *QG online*, 2023 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/ricordo-rodolfo-sacco>), si scopre che il Maestro confessava: «avevo già ben chiaro davanti agli occhi il fatto che all’interno di ogni sistema giuridico la regola legale, la decisione giurisprudenziale e la categoria concettuale utilizzata nella scuola (e anche inserita nella legge e nella sentenza) sono relativamente autonome; e che questa loro disarmonia è messa in evidenza dalla comparazione».

³⁹ L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, cit., p. 201 ss.

⁴⁰ M.M. SIEMS, *Statistische Rechtsvergleichung*, in *RabelsZ*, 72, 2008, p. 354 ss., ove nell’incipit del saggio avverte: «Il nuovo approccio statistico consiste, per contro, nel ritenere che tutte le questioni giuridiche - e dunque, in particolare, il diritto come tale - possano essere rappresentate numericamente. Questa codificazione numerica costituisce tuttavia solo il primo passo. Successivamente, infatti, mediante calcoli statistici, viene stabilita una correlazione tra dati giuridici ed economici. Ne deriva spesso una conclusione di politica del diritto, ossia, ad esempio, l’affermazione secondo cui determinate norme giuridiche sarebbero necessarie per lo sviluppo economico di un paese».

⁴¹ F. FAUST, *Comparative Law and Economic Analysis of Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmerman, Oxford, 2019, p. 826 ss.

⁴² U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 199 ss.

civilistiche o di *common law*⁴³. La *Comparative Jurisprudence* di Ewald propone di concentrare l'analisi comparatistica sugli stili di pensiero giuridico, idee e concetti operanti all'interno di un sistema giuridico (*law in minds*)⁴⁴.

Nello stesso solco metodologico, la comparazione delle culture giuridiche mira al contesto culturale, rafforzando l'idea della *cultural immersion* e del conseguente intimo legame fra diritto e cultura⁴⁵.

Infine, la corrente postmoderna rappresenta un attacco frontale al paradigma classico, discoscendo i principi tradizionali della soluzione giuridica migliore e della neutralità dell'analisi di studio⁴⁶. Ad ogni modo, resta una teoria alquanto oscura e complessa, pur richiamando opportunamente il comparatista ad una *deep-level analysis*⁴⁷, volta a fare luce e ad affrontare tutti quei problemi collocati nella zona d'ombra della conoscenza, e a sviluppare il senso dell'autocritica sulla propria prospettiva.

Alla chiara e utile illustrazione delle posizioni assunte dalla dottrina metodologica segue una opportuna presa di posizione dell'Autore. La conclusione è nettamente pluralista: non esiste un canone chiuso di metodi, ma una gamma di strumenti da selezionare in funzione dello scopo dell'indagine e della domanda iniziale. Ne derivano alcuni postulati comuni: l'“altro” ordinamento va preso sul serio nella sua alterità; occorre cercare tanto somiglianze quanto differenze; è necessario un grado il più possibile profondo di immersione nella realtà giuridica straniera (storia, cultura, mentalità); bisogna “togliersi gli occhiali” del proprio diritto e interrogare criticamente il proprio punto di vista; la mera giustapposizione descrittiva è insufficiente. Il momento decisivo resta sempre l'accrescimento di conoscenza del ricercatore, il quale a sua volta dipende dalla combinazione tra metodo scelto e domanda di partenza. A supporto, offre a fine di questa corposa parte un quadro del processo che dovrebbe seguire un'indagine

⁴³ A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un “approccio” al diritto comparato*, trad. it. di J. Morley e L. Lonardo, Napoli, 1984, p. 19 ss.

⁴⁴ W. EWALD, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats”*, in *Am. J. Comp. Law*, 46, 1998, p. 701 ss.

⁴⁵ Nella visione di R. COTTERRELL, *Comparative Law and Legal Culture*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmermann, Oxford, 2019, p. 710 ss., la cultura appare fondamentale: una sorta di lente attraverso la quale tutti gli aspetti del diritto devono essere percepiti, o una porta di accesso che ogni comparatista deve attraversare per comprendere in maniera autentica il valore del diritto straniero. In questa prospettiva, P. LEGRAND, *European Legal Systems are not converging*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 45, 1996, p. 52 ss., sostiene che la chiave essenziale per comprendere una cultura giuridica sta nella chiarificazione della struttura cognitiva che la caratterizza. L'obiettivo del comparatista è quello di definire il quadro di percezione di una comunità giuridica, al fine di chiarire come una comunità pensa il diritto e perché lo pensa in quel determinato modo (p. 60).

⁴⁶ Cfr., in proposito, E. JAYME, *Rechtsvergleichung - Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne: Vorträge, Aufsätze Rezensionen*, München, 2000, p. 103 ss.

⁴⁷ Cfr. M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, 2019, p. 117 ss., ove mette in evidenza l'efficacia di questa tipologia di indagine allorquando concerna una particolare materia di un diritto nazionale.

comparativa, districandosi fra gli obiettivi da raggiungere e i rischi tipici con i quali il comparatista immancabilmente si scontra⁴⁸.

3.3. La teoria dei modelli giuridici nasce dall'esigenza di classificare ordinamenti giuridici in una pluralità dei sistemi⁴⁹, offrendo una "mappa" sovraordinata che renda più agevole l'orientamento degli studiosi. La classificazione in modelli giuridici non riguarda il piano mutevole delle norme⁵⁰, ma poggia su tratti strutturali e durevoli: sviluppo storico, *forma mentis* giuridica, dottrina delle fonti e stile interpretativo, istituti tipici, eventuali componenti ideologiche o religiose.

In questa prospettiva l'A. colloca le due costruzioni classiche: da un lato, Zweigert e Kötz, che, muovendo dallo "stile" giuridico complessivo, distinguono i modelli romano, germanico, anglo-americano, nordico, dell'Estremo Oriente, islamico, induista, riconoscendo al contempo *Mutterrechtsordnungen*, *Tochterrechtsordnungen* e sistemi ibridi⁵¹; dall'altro lato, David, che mette intorno alle due grandi famiglie romano-germanica e di *common law*, i sistemi misti e gli "altri sistemi" (diritti religiosi, Estremo Oriente, Africa subsahariana)⁵².

L'evoluzione più recente mostra tuttavia l'insufficienza di una griglia troppo grossolana: la comune radice nello *ius commune* non consente di appiattire su un unico modello esperienze ormai fortemente divergenti, come il *code civil* e le codificazioni tedesca, austriaca e svizzera; analogamente, gli ordinamenti di *common law* si sono distanziati fra loro sotto la spinta della legislazione statale. A ciò si aggiungono differenze profonde di *forma mentis* (astrazione sistematica vs *case-orientation*), di cultura del contendere (centralità del processo, compromesso, sfiducia nelle istituzioni), di istituti caratteristici (*consideration, trust, action directe*, separazione/astrattezza, *Grundbuch*), di teoria delle fonti (centralità del precedente vs codificazione) e di *imprinting* ideologico-religioso

⁴⁸ K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 91 ss.

⁴⁹ Il volume di L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, cit., p. 201 ss., dedicato ai criteri di classificazione degli ordinamenti in sistemi, non previsto nel progetto dell'opera, è stato composto perché "alcuni studiosi non sono rimasti convinti" della teoria degli elementi determinati. Tuttavia, il professore dell'Università del Saarland sottolinea con rammarico: «Sono trascorsi dieci anni dalla pubblicazione del primo volume di questo *Trattato*, quando noi eravamo ingenui a credere alla cooperazione scientifica, speravamo di suscitare critiche e suggerimenti che ci permettessero di perfezionare la nostra costruzione, come risulta dalla nostra *Premessa*: "la verità nell'ambito di una scienza o di una disciplina si lascia sempre e soltanto trovare con un'approssimazione graduale risultante dagli sforzi progressivi e collettivi di numerosi studiosi che correggono e completano i loro tentativi ritoccando e perfezionando reciprocamente le loro opinioni". Aspettativa illusoria nell'insieme, perché gli specialisti della stessa disciplina, probabilmente soddisfatti dei propri lavori, non vedono né la necessità di un dialogo scientifico, né spesso il bisogno di conoscere il risultato di riflessioni che non siano le proprie» (p. XLV s.).

⁵⁰ R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 15 s., in proposito richiama il famosissimo ammonimento di J. von Kirchmann: "tre parole del legislatore e intere biblioteche possono andare al macero".

⁵¹ K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., p. 82 ss.

⁵² R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 23 ss.

(diritti socialisti, diritti islamici, ebraici, induisti). L' emergere di sistemi ibridi, soprattutto nei contesti postcoloniali (Egitto, Porto Rico, America Latina, Nigeria, India ecc.), nei quali strati normativi di diversa origine e tradizioni consuetudinarie coesistono e talora confliggono, incrina ulteriormente la linearità delle classificazioni.

Sul piano critico, i modelli classici sono accusati di essere statici, eccessivamente centrati sul diritto privato, semplificanti nel rapporto fra *Mutterrechtsordnungen* e *Tochterrechtsordnungen* e incapaci di rendere conto dell'autonomizzazione progressiva degli ordinamenti recettori, nonché di pluralismi interni complessi. Più che categorie descrittive forti, essi funzionano come strumenti didattici e euristici: utili per fornire un primo accesso al diritto straniero e per strutturare l'esposizione comparativa⁵³.

4. Il manuale in lettura⁵⁴, congegnato secondo le coordinate disegnate dall'*Einführung* di Zweigert e Kötz⁵⁵, restringe l'indagine ad alcuni ordinamenti-chiave (le cc.dd. *Mutterrechtsordnungen*) appartenenti al continente europeo: da un lato, il modello "tedesco" (BGB, ABGB e ZGB/OR), dall'altro il modello "romanistico" (*code civil* francese), a cui si contrappongono il modello anglo-americano del *common law* (inglese e statunitense). Francia e Austria sono poste all'origine del grande movimento di codificazione; Svizzera e Germania costituiscono una fase successiva, in cui il processo codificatorio incorpora un secolo di evoluzione dogmatica e sistematica⁵⁶. Il *common law* è invece assunto come paradigma di modello giuridico formatosi essenzialmente per via giurisprudenziale, sia pure con un crescente intervento legislativo, soprattutto negli USA.

Sul piano metodologico, il diritto straniero non viene descritto come mera somma di norme, ma - secondo l'impostazione funzionale di Rabel - come fenomeno culturale, storicamente e politicamente situato, integrato da un'attenzione al *law in minds*, cioè agli stili di pensiero giuridico e al retroterra storico-ideologico.

L'itinerario dell'analisi è bipartito secondo che riguardino gli *Staaten mit Kodifikationen* e gli *Staaten des common law*.

Per i primi si predilige lo schema di studio seguente: a) sviluppo storico fino alla codificazione e alla sua evoluzione, b) finalità, fonti e retroterra storico-ideologico, c) struttura e contenuto della codificazione, d) tecnica normativa, e) sviluppi ulteriori, f) recezioni, g) ordinamento giudiziario e professioni giuridiche.

Per i secondi, caratterizzati dalla centralità del diritto giurisprudenziale e dall'assenza di una codificazione, lo schema adottato concerne: a) lo stile e il pensiero

⁵³ K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 114 ss.

⁵⁴ K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 120 ss.

⁵⁵ K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., p. 93 ss.

⁵⁶ Stimolanti le pagine di P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

giuridico, b) l'articolazione delle materie, c) i principali istituti giuridici, d) le recezioni, e) l'ordinamento giudiziario e le professioni giuridiche.

4.1. Nel *deutscher Rechtskreis* entrano a far parte il trittico Germania, Austria e Svizzera. Tuttavia, diversamente dal modello romanistico, dove la Francia costituisce la *Mutterrechtsordnung*, l'ABGB precede di quasi un secolo il BGB del 1900; l'OR svizzero, nella sua versione originaria del 1883, è anteriore al codice tedesco; ZGB e OR del 1912 si collocano, cronologicamente, dopo una lunga sedimentazione di fonti e influenze diverse. L'ABGB porta l'impronta del giusnaturalismo illuminato; il BGB riflette la dogmatica pandettistica e il liberalismo ottocentesco; le codificazioni svizzere combinano suggestioni del *code civil* con costruzioni pandettistiche e tracce dell'ABGB. Nonostante tali differenze genetiche, la scienza giuridica tedesca, in particolare la pandettistica, ha esercitato una forte influenza sui tre ordinamenti, soprattutto sui formanti dottrinale e giurisprudenziale⁵⁷. Di recente accade l'inverso: è il legislatore tedesco a recepire taluni sviluppi maturati in Austria e Svizzera, specie nell'ambito del diritto di famiglia.

Sotto il profilo storico, in seno al modello tedesco la prima codificazione unitaria, con lavori preparatori che iniziano con la commissione incaricata dall'imperatrice Maria Teresa nel 1753, viene alla luce in Austria con l'ABGB nel 1811. La codificazione unitaria trova realizzazione in Svizzera successivamente alla Costituzione federale del 1848, prima con la legge federale sul diritto delle obbligazioni (aOR) del 1883 e poi sotto la guida di Eugen Huber il codice civile svizzero (ZGB) del 1907 e il codice delle obbligazioni (OR) del 1911, quale quinto libro del codice civile, entrati in vigore unitariamente il 1º gennaio 1912⁵⁸. La codificazione civile unitaria in Germania entrerà invece in vigore nel 1900 dopo una lunga preparazione (1874-1896)⁵⁹.

L'ABGB si caratterizza per un linguaggio comprensibile e popolare, non astratto come quello del BGB e non conciso come quello del *code civil*. Esso è un codice breve composto da 1502 paragrafi e segue la struttura delle *Institutiones* di Gaio. Dopo un'Introduzione (§§ 1-14), la prima parte (*Erster Teil*) disciplina il diritto delle persone (§§ 15-284) e il diritto matrimoniale che ha subito le modificazioni più profonde. Con l'applicazione della legge matrimoniale tedesca (*Ehegesetz*) del 1938 è stato introdotto il divorzio nel matrimonio fra cattolici, mentre successivamente ha trovato applicazione il principio di uguaglianza fra i coniugi, la posizione dei figli nati fuori dal matrimonio è

⁵⁷ E.A. KRAMER, *Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht*, in *AcP*, 200, 2000, p. 365 ss.

⁵⁸ Un'ampia illustrazione della personalità scientifica di Huber è offerta da F. MAROI, *Eugenio Huber*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924, p. 169 ss.

⁵⁹ Per una esaustiva illustrazione del processo di codificazione in Germania, cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. di U. Santarelli e S.A. Fusco, Milano, 1980, p. 177 ss.

stata progressivamente equiparata a quella dei figli legittimi, sono state riconosciute le unioni omosessuali e nel 2017 la Corte costituzionale austriaca (VfGH) ha dichiarata incostituzionale la limitazione del matrimonio a due persone di sesso diverso. L'unione registrata è ammessa per coppie omo ed eterosessuali e nel 2023 la disciplina della filiazione prevede la co-maternità o la genitorialità di una persona di sesso diverso da quello binario (§ 144, comma 4).

La seconda parte del codice austriaco disciplina il *Sachenrecht*, che comprende i diritti reali (§§ 309-854), l'acquisto a titolo derivativo della proprietà (§ 423 ss.) e le successioni (§ 531 ss.), nonché il diritto delle cose personali (*persönliche Sachenrechte*: §§ 859-1341), ossia il diritto delle obbligazioni⁶⁰.

Con la terza Novella parziale del 1916, l'ABGB - pur non avendo una Parte generale come il BGB - ha accolto la dottrina del negozio giuridico. In apertura della seconda Sezione sui diritti personali sulle cose il capo XVII è intitolato ai contratti e ai negozi giuridici in generale e la disposizione del § 859 prescrive che i diritti personali sulle cose, in forza dei quali una persona è obbligata verso un'altra a una prestazione, si fondano direttamente su una legge, un negozio giuridico o un danno subito.

La Terza Parte (§§ 1342-1502), dedicata alle disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose, raccoglie gli istituti non regolati, come quelli diretti a rafforzare i diritti e le obbligazioni; si pensi alla fideiussione e all'assunzione del debito altrui. Quali istituti diretti a modificare diritti ed obblighi vengono disciplinati la novazione, la transazione, la cessione del credito. Con riferimento invece all'estinzione di diritti ed obblighi, innanzitutto è regolato l'adempimento e sorprendentemente il pagamento dell'indebito e poi a chiudere con quarto capo dedicato alla prescrizione e all'usucapione.

4.2. Il diritto privato unitario in Svizzera è rappresentato da un doppio codice: il codice civile (ZGB - 1907) e il codice delle obbligazioni (OR - 1911). Ma soltanto in apparenza, in quanto l'OR costituisce il quinto libro dello ZGB dedicato al diritto delle obbligazioni⁶¹. I lavori preparatori dei due testi sono caratterizzati da un approccio storico e comparatistico sotto la guida di Eugen Huber⁶².

⁶⁰ Se sorgono al lettore delle perplessità, la spiegazione è nel corpo del § 307, dedicato alle relative definizioni: «Sono diritti sulle cose (*dingliche Rechte*) quei diritti attribuiti ad una persona sulla cosa, senza avere riguardo a determinate persone. Sono diritti ad una cosa (*persönliche Sachenrechte*) quei diritti che sorgono direttamente da una legge o da un atto obbligatorio in relazione a una cosa nei confronti di determinate persone».

⁶¹ Confermato altresì dal titolo della legge che conferma il completamento del codice civile.

⁶² Alle spalle della codificazione il lavoro monumentale di E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, voll. IV, Basel, 1886-1893. Sulla sua figura v. il necrologio di F. MAROI, *Eugenio Huber*, cit., p. 169 ss.

Va ricordato che il codice delle obbligazioni ha avuto una versione precedente nel 1883, grazie all'apporto di Munzinger, professore a Berna, che, investito del compito di redigere un codice di commercio sulla scia del codice di commercio tedesco (ADHGB) del 1861, completò un primo progetto contenente una disciplina non soltanto in materia commercialistica, ma anche in materia di obbligazioni e di compravendita. A seguito della Costituzione federale del 1874, che attribuiva alla Confederazione la competenza legislativa in materia di tutti i rapporti concernenti il commercio e la circolazione dei beni mobili, il progetto Munzinger, più volte rielaborato, costituì la base del codice delle obbligazioni del 1883 (aOR). La successiva riforma costituzionale del 1898, che attribuiva alla Confederazione la competenza legislativa a tutte le altre materie del diritto civile, portò al codice civile del 1907 e alla revisione del vecchio codice delle obbligazioni, che divenne il quinto Libro dello ZGB.

Le fonti ispiratrici della codificazione svizzera sono alquanto eterogenee: dalle codificazioni cantonali alle tradizioni locali, dalle giurisprudenze cantonali alle fonti straniere, quali il *code de commerce* del 1807 e il vecchio codice di commercio tedesco (ADHGB) del 1861 per la parte dell'OR del diritto commerciale, mentre per la parte delle obbligazioni, il *code civil*, l'ABGB, ma anche la pandettistica (va ricordato che Jhering, Dernburg e Windscheid hanno insegnato in università svizzere) nonché il codice civile di Zurigo (Zürcher PGB).

In sostanza, la codificazione assorbe i principi del diritto romano-canonicco nella versione pandettistica e il diritto naturale fondato sulla ragione. Sono tracce evidenti di ciò la clausola generale della responsabilità extracontrattuale contenuta nell'art. 41 OR, mentre un debito verso il BGB della codificazione svizzera è testimoniato dalle norme contenute nell'art. 2 ZGB, dedicate ai principi di buona fede e dell'abuso del diritto⁶³, e dell'art. 21 OR che disciplina l'usura, secondo il modello del § 138, comma 2, BGB.

ZGB e OR, come codificazione unitaria, seguono la suddivisione pandettistica in persone, famiglia, successioni, diritti reali e diritto delle obbligazioni superando la scissione fra diritto civile e diritto commerciale. Il diritto privato svizzero rinuncia alla c.d. Parte generale, anche se lo ZGB contiene all'esordio delle disposizioni preliminari (artt. 1-10) e delle disposizioni generali sulle persone fisiche e giuridiche.

Lo stile popolare dei codici in questione consente l'accesso alle proprie regole giuridiche da parte dell'uomo comune, in quanto chiare, comprensibili e concise⁶⁴, sollecitato anche dalla redazione in tre lingue. Ne derivano norme brevi, struttura sintattica lineare, attenzione al "caso normale" prima delle eccezioni e formulazioni che

⁶³ È utile ricordare che nella revisione dell'OR partecipò come consulente Max Rümelin (cfr. R. GMÜR, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bern, 1965, p. 50 ss.).

⁶⁴ K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., p. 216 s.

privilegiano chiarezza e immediatezza rispetto all'astrazione tecnico-dogmatica tipica del BGB. Il codice si rivolge al popolo, non al giurista e ciò incide sulla tecnica legislativa (norme generali all'inizio, particolari dopo), con una rinuncia a strutture sistematiche complesse.

Altro tratto distintivo è l'incompletezza consapevole della codificazione: lo ZGB non pretende di regolare tutto, ma attribuisce al giudice un ruolo creativo disciplinato (il famoso art. 1 ZGB), fondato su analogia, equità, tradizioni dottrinale e giurisprudenziale. Le numerose clausole generali (buona fede, abuso del diritto, personalità, limiti all'autonomia privata, illecito e arricchimento) conferiscono elasticità al sistema e permettono soluzioni individualizzate, specie in materia di risarcimento del danno.

Questa impostazione garantisce comprensibilità e aderenza al caso concreto, ma comporta un minor grado di precisione e prevedibilità, rendendo frequente il ricorso alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche per integrare lacune concettuali e ricostruire dogmaticamente la materia⁶⁵.

4.3. La storia della codificazione unitaria in Germania è molto lunga, dovuta alla frammentazione del territorio in moltissimi Stati territoriali, alcuni dei quali governati da codificazioni di ispirazione giusnaturalistica. Vanno ricordati il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), legato all'*usus modernus pandectarum*, l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR), entrato in vigore nel 1794, sotto l'egida di Federico II e Federico Guglielmo II⁶⁶. Dopo la pausa del periodo napoleonico e il Congresso di Vienna si afferma un ritorno alla storia e alle radici del proprio popolo rappresentato dal pensiero della Scuola storica del diritto ad opera del giurista e ministro prussiano Friedrich Carl von Savigny⁶⁷.

Dalla Scuola storica del diritto si dipartono due traiettorie: i romanisti, guidati da Puchta e Windscheid, che attraverso il metodo storico-sistematico costruiscono - a partire dal *Corpus Iuris Civilis* - un sistema unitario, altamente astratto, sfociante nella *Begriffsprudenz* e nella struttura pentaripartita del futuro BGB; e i germanisti, animati da istanze nazionalistiche (Beseler), che rifiutano il diritto romano per recuperare un "diritto popolare" germanico pre-comune. Le due correnti, inizialmente contrapposte,

⁶⁵ Quali istituti giuridici rappresentativi della tradizione civilistica svizzera, K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 185 ss., illustra in maniera esemplare l'autonomia privata, il principio della tradizione causale e la responsabilità aquiliana.

⁶⁶ Una esaustiva ricostruzione della codificazione del diritto naturale è offerta da H. SCHLOSSER, *Tratti fondamentali della nuova storia del diritto privato. Evoluzioni giuridiche nel contesto europeo*, trad. it. di M.C. D'Alfonso e M. Zarro, Napoli, 2014, p. 117 ss.

⁶⁷ Il grande giurista di Francoforte sosteneva una rinascita della scienza giuridica nello spirito dello sviluppo storico del diritto nel popolo tedesco, attribuendo però ruolo preminente al diritto romano. Rinascita dimostrata dall'opera storico-sistematica: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, voll. 8, Berlin, 1840-1849).

convergono progressivamente: emblematica è l'opera di Bluntschli nello *Zürcher PGB* (1853/55), che fonde romanismo dottrinale e diritti particolari svizzero-tedeschi. Gli eccessi della pandettistica vengono poi superati da Jhering, che inaugura un orientamento funzionale e teleologico, centrato sugli interessi e sullo scopo della norma *Interessenjurisprudenz*), e introduce figure concettualmente decisive (*culpa in contrahendo*, distinzione tra illiceità oggettiva e colpa).

Sul piano istituzionale, l'unificazione del diritto privato tedesco matura lentamente: prima del 1900 convivono ALR, *code civil* e *gemeines Recht*. Tentativi di armonizzazione emergono già nell'ADHGB (1861), che distanziano diritto civile e diritto commerciale, e nel progetto di Dresda sulle obbligazioni (1866)⁶⁸, influenti sia sul BGB sia sull'OR svizzero. Dopo il 1871, la fondazione dell'Impero risulta decisiva: le leggi giudiziarie del 1879 e il *Reichsgericht* uniformano l'amministrazione della giustizia; il matrimonio civile obbligatorio (1875) completa la secolarizzazione. Ma solamente con la Lex Miquel-Lasker (1873) l'Impero acquisisce la competenza per l'intero diritto civile⁶⁹: si apre il lungo lavoro delle Commissioni (1874-1896), dominate da pratici e segnate dal confronto romanisti/germanisti⁷⁰. Il 1° gennaio 1900 il BGB entra in vigore, coronando l'unità civilistica e accompagnato da un *corpus* coordinato di codificazioni imperiali (HGB, GBO, ZVG, FGG, e la revisione di GVG, ZPO, KO).

Il BGB nasce con una finalità eminentemente unitaria: ricomporre in un corpo coerente le molteplici tradizioni civilistiche vigenti nell'Impero e, con ciò, consolidare l'unità nazionale recente. Non è un codice "rivoluzionario": le Commissioni lavorano in modo tecnico e volutamente apolitico, evitando mutamenti di paradigma e limitandosi a una sistemazione neutrale del diritto esistente. Ne risulta un testo di compromesso, completo e conclusivo, frutto dell'armonizzazione delle matrici normative tedesche.

Le fonti sono plurali, ma gerarchicamente ordinate: al centro vi è il diritto romano pandettistico, che plasma la struttura, soprattutto della Parte generale e delle obbligazioni; seguono l'ALR, il *code civil*, il codice sassone (*Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch*)⁷¹, le consuetudini, l'ADHGB e il Progetto di Dresda, oltre a modelli esteri (ABGB, Zürcher PGB, OR 1883). Le componenti germaniche prevalgono invece in materia immobiliare, regimi patrimoniali e garanzie fondiarie.

Il retroterra filosofico è quello del liberalismo ottocentesco e del personalismo etico kantiano: l'uomo è soggetto razionale e responsabile, capace di autodeterminazione. Da

⁶⁸ J.W. HEDEMANN, *Der Dresdner Entwurf von 1866. Ein Schritt auf dem Wege zur deutschen Rechtseinheit*, Berlin, 1935.

⁶⁹ A. LAUFS, *Die Begründung der Reichskompetenz für das gesamte bürgerliche Recht*, in *JuS*, 1973, p. 740 ss.

⁷⁰ H.-P. BENÖHR, *Die Grundlage des BGB - Das Gutachten der Vorkommission von 1874*, in *JuS*, 1977, p. 79 ss.

⁷¹ A. BUSCHMANN, *Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 - Vorläufer und Muster des BGB*, in *JuS*, 1980, p. 553 ss.

ciò derivano i pilastri del codice: libertà contrattuale, di proprietà e testamentaria. Le correzioni in chiave solidaristica sono marginali e affidate a eccezioni puntuali (§§ 134, 138, 226, 242, 343 BGB) o a leggi speciali. Solo nel diritto di famiglia il codice manifesta, nella sua versione originaria, un'impronta conservatrice e patriarcale⁷².

L'innovazione del BGB è la Parte generale (Libro I), che accoglie gli istituti trasversali - persone, cose, negozio giuridico, conclusione del contratto, termini, prescrizione - segnando una distanza netta dai codici ottocenteschi. Il Libro II disciplina il diritto delle obbligazioni, distinto sistematicamente dal diritto delle cose: una Parte generale sui rapporti obbligatori e le violazioni contrattuali, e una Parte speciale dedicata ai singoli tipi contrattuali e ai rapporti obbligatori legali (illecito, arricchimento, gestione d'affari). Il Libro III regola il diritto delle cose, fondato sulla distinzione tra obbligo di trasferire e atto dispositivo: è il dominio del *Trennungsprinzip*, con proprietà, possesso, diritti reali limitati e garanzie fondiarie. Il Libro IV raccoglie il diritto di famiglia (matrimonio, parentela, tutela), mentre il Libro V contiene il diritto successorio, dominato dal principio della successione universale e dalla configurazione obbligatoria del legato. Le norme di diritto internazionale privato sono poste nell'EGBGB, mentre numerose materie civilistiche si trovano in leggi speciali o, dopo la riforma del 2002, confluite nel BGB (AGB, tutela del consumatore).

Il BGB adotta una tecnica normativa eminentemente pandettistica, fondata su astrazione elevata, struttura assiomatico-deduttiva e centralità del "giurista formato" quale destinatario naturale del testo. Le norme rinunciano alla casistica e presuppongono conoscenze implicite: concetti cardine, come dichiarazione di volontà, negozio giuridico, non sono definiti, ma ricostruibili sistematicamente; soltanto con la riforma del 2002 il codice ha accolto istituti già sviluppati dalla prassi (ad es.: *culpa in contrahendo*, *Geschäftsgrundlage*).

Il tratto metodologico è il *Klammerprinzip*: le regole comuni sono collocate nella Parte generale e "racchiudono" l'intero codice, anticipando gli istituti che operano in tutti i libri (negozi giuridici, capacità, conclusione del contratto). Ciò richiede un'applicazione "a ritroso": il caso concreto va scomposto, risalendo dalle norme speciali a quelle generali, spesso col tramite di fitte reti di rinvii (come nel § 437 BGB)⁷³. L'impianto normativo privilegia completezza, precisione e prevedibilità dell'applicazione giudiziale, ma conserva un nucleo di clausole generali (§§ 138, 157, 242, 826 BGB),

⁷² H. SCHULTE-NÖLKE, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, in *NJW*, 1996, p. 1705 ss.

⁷³ Una chiara spiegazione delle ripercussioni di questa metodologia di ricostruzione della disciplina rilevante per risolvere un caso è offerta da K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 35, dove, prendendo per esempio la disciplina della conclusione e dell'esecuzione di un contratto di vendita immobiliare, individua norme appartenenti a ben sei livelli di generalità, con la conseguenza che un sistema così complesso esige una conoscenza approfondita delle norme e dei loro rapporti, di fronte alla quale un principiante non avrebbe alcuna possibilità di districarsi.

necessarie a correggere le rigidità dell’astrazione dogmatica. Il ruolo centrale del § 242 BGB segnala la funzione equilibratrice della buona fede, pur entro i limiti posti da una deriva equitativa della giurisprudenza.

4.4. Alla vigilia del 1789, la Francia presenta un mosaico normativo: a sud della Loira domina il *droit écrit* di matrice romana; a nord prevale il *droit coutumier*, composto da consuetudini locali. Si tratta di una divisione storica e territoriale che la scienza giuridica dell’*ancien régime* contribuisce a ricomporre. Domat e Pothier, ispirati dal giusnaturalismo cristiano, ricodificano il diritto romano adattandolo alla realtà francese e fondendolo con il diritto consuetudinario. La loro opera prepara il terreno al *code civil*: molte norme fondamentali derivano letteralmente da Domat (art. 1134 vecchia versione; 1138 vv; 1583 c.c.), mentre Pothier fornisce la struttura complessiva e l’impianto delle obbligazioni⁷⁴.

La rivoluzione francese introduce una cesura radicale: il principio di egualità impone l’abolizione dei diritti particolari, la soppressione dei Parlamenti provinciali e l’istituzione di una giurisdizione unitaria; sul piano sostanziale, il *droit intermédiaire* realizza laicità, libertà ed egualità mediante registri civili, matrimonio civile e divorzio, abolizione dei privilegi di ceto (con ricadute su persone, proprietà e famiglia), emancipazione dei figli, parificazione dei nati fuori dal matrimonio, divieto di primogenitura e restrizione della libertà testamentaria. Parallelamente si affermano libertà contrattuale, proprietaria e commerciale.

L’unificazione normativa diviene realtà con Napoleone, che nel 1800 affida a una commissione ristretta la redazione del *Code civil* e ne segue personalmente i lavori. Il codice (promulgato nel 1804) si inserisce in un più ampio programma codificatorio (procedura civile, commercio, penale), ma è l’unico ancora ad essere vigente. L’intervento napoleonico privilegia un codice semplice, comprensibile e privo di astrattezze, conforme all’ideologia illuminista dei diritti della persona e della proprietà.

Il *code civil* si distingue per la sua recezione internazionale e per la capacità di fungere da modello sistematico anche oltre l’area romanistica. Fin dall’origine esso si configura non come opera innovativa, bensì come compromesso razionale che bilancia *droit écrit* e *droit coutumier*.

Sul piano ideologico, il *code* recepisce le conquiste rivoluzionarie in forma moderata: abolizione dei privilegi di ceto, garanzia della proprietà (art. 544), autonomia privata e forza vincolante del contratto (art. 1134, ora 1103), responsabilità per colpa (art. 1382, ora 1240), laicità attraverso matrimonio civile e divorzio (pur reso più difficile).

La struttura del *code civil*, fino al 2004 fondata sulla tripartizione pandettistica reinterpretata da Pothier (persone - beni - modi di acquisto della proprietà), è anticipata

⁷⁴ H. SCHLOSSER, *Tratti fondamentali della nuova storia del diritto privato*, cit., p. 130 ss.

da un titolo preliminare (artt. 1-6) che contiene norme di rango generale: promulgazione, irretroattività, applicazione spaziale, doveri del giudice, limiti all'autonomia privata.

Il Libro I (*Des personnes*), profondamente modificato rispetto al 1804, ha abbandonato istituti arcaici come la *mort civile*, sopravvissuta a lungo nel processo penale attraverso la figura del *rebelle contre la loi*, eliminata dalla giurisprudenza europea (*Krombach/Bamberski*)⁷⁵. È il libro che ha conosciuto le maggiori riforme.

Il Libro II (*Des biens*) disciplina la tipologia dei beni, la proprietà e i diritti reali di godimento, ma non l'acquisto derivativo né le garanzie reali, poiché il sistema francese resta ancorato al principio consensualistico: la proprietà si trasferisce con il consenso nel contratto (art. 711).

Il Libro III (*Des différentes manières d'acquérir la propriété*) raccoglieva originariamente tutto il resto: successioni, liberalità, obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, contratti tipici, prova, possesso, usucapione, acquisto in buona fede dei mobili nonché parte del regime patrimoniale coniugale. L'eterogeneità è il riflesso della sistematica romanistica, fondata sui modi di acquisto della proprietà.

La “rottura” del 2004 introduce un Libro IV applicabile a Mayotte (oggi quinto), mentre la riforma del 2006 crea un nuovo Libro IV “*Des sûretés*”, con disciplina organica e moderna delle garanzie personali e reali, incluse disposizioni generali (artt. 2284-2287; 2323-2326) ed istituti nuovi come la ritenzione.

Quanto al contenuto, il *code civil* è al tempo stesso più ampio e più lacunoso del BGB: contiene norme para-processuali (prova, giudicato), disposizioni commerciali e perfino penali; mancano invece istituti fondamentali (formazione del contratto, arricchimento, disciplina delle associazioni, rapporto possessore/proprietario), colmati solo in epoca recente, con la riforma del 2016 che ha razionalizzato i quasi-contratti e introdotto un'articolata disciplina dell'*enrichissement injustifié*.

La tecnica normativa del *code civil*, affidata a giuristi pratici, si distingue per un linguaggio semplice, preciso, talora elegante, lontano dall'astrazione concettuale del BGB. Emblematica è la formulazione lapidaria dell'art. 2276, comma 1 (“En fait de meubles, la possession vaut titre”), così come la chiarezza degli artt. 544, 1103 e 1240 ss., che evidenziano la distanza dal formalismo pandettistico, ancor più marcata rispetto al modello svizzero, il quale porta la sobrietà tecnica a una sintesi superiore.

Coerentemente con tale stile, il *code* deve fissare principi generali, non scendere nei dettagli - come afferma Portalis - e lascia consapevolmente spazio al giudice, nella logica dell'applicazione concreta e dell'adattamento evolutivo. Il metodo emerge con particolare nettezza nella responsabilità extracontrattuale: anziché una costruzione analitica come nei

⁷⁵ Corte giust. UE, 28 marzo 2000, c-7/98, in ZZP, 2000, p. 225 ss., con nota di K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE.

§§ 823 ss. BGB, il *Code* affida la materia a cinque soli articoli, centrati sulla clausola generale dell'art. 1240 e sulle norme complementari degli artt. 1241-1244.

Tale apertura sistematica assicura al *Code civil* una flessibilità strutturale, che ha consentito alla giurisprudenza di adattarlo nel tempo ai mutamenti sociali, mantenendone vitalità e capacità di integrazione.

La vicenda successiva del *code civil* è segnata da una progressiva emersione dei suoi limiti strutturali: individualismo proprietario, squilibrio contrattuale a danno della parte debole, forte diseguaglianza nel diritto di famiglia, lacune nei diritti reali. Già nell'Ottocento la giurisprudenza comincia a “correggere” il testo con interpretazioni estensive e persino *contra legem*, fino a sostituire in alcuni settori (soprattutto nella responsabilità extracontrattuale) il diritto scritto con diritto giurisprudenziale; dal secondo dopoguerra, alle iniziative di riforma non segue una ricodificazione globale, ma una serie di interventi settoriali, per lo più rispettosi della numerazione originaria.

Sul piano legislativo, il primo grande cantiere è il diritto di famiglia: erosione del modello patriarcale, riconoscimento della capacità della moglie, progressiva parificazione dei figli fino all'equiparazione integrale (2002), apertura alle unioni registrate (PACS, 1999) e infine al matrimonio tra persone dello stesso sesso (2013), con parallela liberalizzazione delle forme di separazione e divorzio (fino al divorzio consensuale “privatizzato” del 2017). Nei diritti reali si registrano soprattutto limiti crescenti al dominio del proprietario e, più di recente, la costruzione sistematica dei diritti di garanzia nel nuovo Libro sulle *sûretés* (2006, poi riformato nel 2021). Il diritto successorio viene modernizzato (2001, 2007) attraverso l'equiparazione dei figli adulterini, il rafforzamento della posizione del coniuge superstite, la riabilitazione del fedecomesso e l'adeguamento della riserva.

Il salto qualitativo avviene con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2016: essa riorganizza la Parte generale, codifica settori prima affidati alla giurisprudenza (formazione del contratto, interpretazione, rappresentanza), elimina categorie divenute opache (*cause*), definisce concetti generali (*acte/fait juridique*), riscrive il diritto dell'inadempimento intorno alla categoria unitaria della *inexécution*, chiarisce regole su cessione del credito, condizioni generali contrastanti, e persegue un linguaggio più lineare volto a rafforzare prevedibilità e “competitività” del diritto francese nel mercato dei modelli. Parallelamente, però, cresce una forte tendenza alla decodificazione: ampi settori di diritto privato sono “spostati” in codici speciali (consumatori, lavoro, assicurazioni, locazioni), mentre il *Code civil* resta la sede delle norme generali e di principio.

Ancora più incisivo è stato il ruolo della giurisprudenza. Sfruttando clausole generali e lacune, i giudici hanno costruito figure nuove (contratto a favore di terzo, *action directe*, arricchimento senza causa, abuso del diritto), poi in parte assorbite dal legislatore (2016).

Ne risulta un sistema in cui il tenore letterale del *code civil* non restituisce mai, da solo, lo stato reale del diritto. Se il codice conserva una forte funzione simbolica e di struttura, l'effettiva disciplina delle relazioni private francesi è il prodotto stratificato di tre livelli intrecciati: riforme puntuale del *code*, decodificazione in corpi di settore autonomi e creatività sistematica della giurisprudenza.

4.5. Il sistema di *common law* - inteso nella doppia accezione di sistema normativo e appunto di modello giuridico - ha il diritto inglese come *Mutterrechtsordnung*, ed è caratterizzato dal rilievo predominante del diritto giurisprudenziale, a fronte di una crescente importanza dello *statutory law*. All'interno del modello giuridico, i diritti degli USA, del Canada e dell'Australia assumono ormai proprie caratteristiche⁷⁶.

La genesi del *common law* inglese prende avvio dalla conquista normanna del 1066: la centralizzazione feudale sotto la Corona, la confisca della terra e la concezione dell'*estate* creano il presupposto istituzionale di una giustizia regia unificante. I giudici itineranti e, poi, i tribunali centrali di Westminster (*Exchequer*, *Common Pleas*, *King's Bench*) impongono progressivamente un diritto giurisprudenziale "comune" che soppianta le *county customs*. L'unificazione così prodotta ostacola una recezione totale del diritto romano, pur senza escludere contatti e influenze del diritto dotto⁷⁷.

Sul piano tecnico, il *common law* nasce come sistema "fondato sulle azioni". Il baricentro è il sistema dei *writs*, ordini regi rilasciati dalla cancelleria dietro pagamento, che determinano forma dell'azione, prove, precedenti applicabili ed esecuzione; la chiave del successo è scegliere il *writ* corretto, perché l'errore o l'assenza di un *writ* utile precludono la tutela del diritto⁷⁸.

La rigidità del procedimento *at law* e i suoi abusi favoriscono, dalla fine del XIV secolo, l'emersione dell'*Equity*: chi non ottiene un rimedio adeguato nel *Common Law* si rivolge al re e poi al *Chancellor*, che decide *ex aequo et bono* secondo coscienza e correttezza, fino alla stabilizzazione di regole per precedenti e alla formazione della *Court of Chancery*. L'*equity* introduce un procedimento più flessibile, rimedi inibitori e coercitivi (*subpoena*, *injunctions*)⁷⁹.

⁷⁶ R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 20 s.

⁷⁷ Giuristi ecclesiastici, giurisdizione canonica su matrimonio e testamenti, latino e francese come lingua del diritto, sistematiche di ascendenza gaiana, influssi canonistici nel contratto e, più tardi, pandettistici e giusnaturalistici.

⁷⁸ Il congelamento dei *writs* (Provisions of Oxford, 1258) irrigidisce il sistema, mitigato solo da strumenti come il *writ in consimili casu* e soprattutto dall'*action on the case*, che consente estensioni "casistiche" a partire da figure come il *trespass on the case*: da qui si sviluppano tanto il *law of torts* quanto, per via dell'*assumpsit*, i primi rimedi per le violazioni contrattuali (esemplare il caso del 1348 del barcaiolo, in cui la responsabilità "contrattuale" viene ricavata dall'obbligo assunto verso il pubblico).

⁷⁹ Per l'*Equity* vigono le massime come *Equity will not suffer a wrong to be without remedy* ed *Equity follows the law*. Nei conflitti, prevale l'*Equity* ma solo quando il *Common Law* non offre rimedio sufficiente.

La frattura istituzionale tra *common law* ed *equity* viene ricomposta sul piano della giurisdizione dai *Judicature Acts* (1873-1875): i tribunali vengono unificati, pur restando differenze interne (es. *Chancery Division*) e la regola “*Equity shall prevail*”.

Dall'Ottocento cresce infine il peso dello *statutory law*: inizialmente volto a correggere abusi (*mischief*) o a riordinare regole giurisprudenziali (per es. *Sale of Goods*), esso diviene nel Novecento una fonte normativa dominante, soprattutto nei settori socio-politici sensibili (lavoro, welfare, locazioni, concorrenza, famiglia). ***

Nel diritto inglese (e negli altri ordinamenti di *common law*) lo stile e il pensiero giuridico sono segnati dalla centralità del *case law* nelle due componenti di *common law* ed *equity*, anche dopo il moltiplicarsi della legislazione formale. Il giurista inglese ragiona in modo prevalentemente induttivo, muovendo da casi e decisioni, e tende a evitare astrazioni e costruzioni; i tribunali decidono “per precedenti” e gli avvocati argomentano nel processo richiamando precedenti.

Cardine del sistema è la dottrina dello *stare decisis*: il giudice ricerca anzitutto precedenti applicabili, e l'efficacia vincolante opera anche per decisioni isolate o antiche⁸⁰. Storicamente, i precedenti furono intesi come mera “prova” di un *common law* quasi naturale e immutabile. Dal XIX secolo, lo *stare decisis* assume una certa rigidità per realizzare la certezza del diritto (parità di trattamento, prevedibilità, economia decisoria, deferenza per l'esperienza giudiziaria). Ogni tribunale è vincolato ai precedenti dei giudici superiori; *Court of Appeal* e *Supreme Court* sono in linea di principio vincolate anche alle proprie decisioni, mentre le pronunce dei giudici inferiori non vincolano.

In quanto molto estese, nel corpo delle sentenze è decisivo isolare la *ratio decidendi* dagli *obiter dicta*: soltanto la prima vincola; i secondi possono al più fungere da *persuasive authority*.

Il sistema prevede tecniche di “fuga” dal vincolo: il *distinguishing* consente di escludere l'applicabilità del precedente mostrando differenze fattuali o giuridicamente decisive (o introducendo condizioni ulteriori), così da svuotarlo progressivamente senza abrogarlo⁸¹. L'*overruling* ricorre invece quando un tribunale superiore (o la stessa *Supreme Court*) abroga in una controversia il principio stabilito da un precedente, producendo l'effetto di un *retrospective overruling* con possibili tensioni rispetto all'affidamento.

Quanto al rapporto con la legge, è oggi acquisita la prevalenza dello *statute law* sul *common law*, in forza della *parliamentary sovereignty*: nessun giudice può dichiarare invalido

In alcuni ambiti (trust, ipoteca) essa produce regole incisive e, nel contratto, valorizza la vincolatività di promesse informali e rimedi come la *specific performance*, con tracce canonistiche evidenti.

⁸⁰ U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2010, p. 141 ss.

⁸¹ Diverso è il *reversing*, ossia la riforma in appello della decisione nello stesso caso.

un *Act of Parliament* (manca una Corte costituzionale)⁸². Anche in presenza di legge, il *case law* resta decisivo in ipotesi di lacune e inoltre l'interpretazione giudiziale genera nuovi precedenti vincolanti per le future letture della medesima norma.

Sul piano ermeneutico, la legislazione inglese include spesso definizioni estese (anche tramite l'*Interpretation Act 1978*). La giurisprudenza ha elaborato regole interpretative: la *literal rule* privilegia il significato ordinario delle parole; la *golden rule* consente di discostarsene per evitare assurdità o contrasti con *public policy*; la *mischief rule* guarda al “male” che la legge intende correggere rispetto all’*old law*; la regola *ejusdem generis* interpreta il termine generale alla luce dell’elenco specifico; inoltre opera una presunzione contro la modifica del *common law* salvo chiara volontà. Le critiche a tale architettura formalistica hanno favorito la *purposive construction*: nata nell’interpretazione di diritto UE, viene estesa alla legislazione interna con *Pepper v Hart* (1993), segnando il passaggio a un approccio teleologico attento allo scopo della legge e, in casi qualificati, anche a materiali extratextuali (Hansard), ammessi solo se il testo è ambiguo o produce assurdità, se il materiale chiarisce in modo netto scopo o disvalore, e se proviene dal proponente. Pur avvicinando il metodo interpretativo a quello dei sistemi di *civil law*, l’interpretazione letterale mantiene posizione primaria.

4.6. Il modello giuridico statunitense è caratterizzato da una struttura federale. In linea di principio, non esiste un diritto privato uniforme, perché la competenza legislativa dell’Unione è tassativa (art. I § 8 Cost. USA) e tutto ciò che non è attribuito al livello federale resta agli Stati (X Emendamento). Il diritto civile non è conferito all’Unione: la disciplina dei rapporti fra privati è quindi prevalentemente diritto statale⁸³.

Storicamente, il diritto USA deriva dal *common law* inglese, importato dai coloni ma adeguato al diverso contesto (scarsa presenza di giuristi, influssi religiosi, assenza di giurisdizione ecclesiastica inglese, ricorso anche a fonti eterogenee). L’autonomia delle colonie e poi degli Stati si consolidò con la Costituzione del 1787, fondata su federalismo forte, separazione dei poteri e *checks and balances*.

Dopo l’indipendenza, emersero tendenze di distacco dal diritto inglese e, insieme, influenze di *civil law* (fra tutte la Louisiana con il suo *civil code* del 1808). Il *common law* fu

⁸² Il principio ha conosciuto temperamenti limitati: dopo la Brexit è venuta meno la spinta europea; l’*Human Rights Act 1998* consente solo una *declaration of incompatibility*, rimettendo al governo l’adeguamento.

⁸³ Tuttavia, la *interstate commerce clause* e la *necessary and proper clause* fungono da “porte d’ingresso” a regole federali di materie con rilievo economico interstatale (brevetti e copyright, mercati finanziari, banking/assicurazioni/antitrust, fallimenti, commercio estero e tra Stati), restando agli Stati le fattispecie puramente interne (*intrastate*).

“americanizzato” per via giurisprudenziale (contratti, *torts*, *real property*, conflitti di leggi), mentre crebbe anche la legislazione (processo, famiglia, successioni)⁸⁴.

Dopo la guerra civile (1861-65) si accentuò la distanza dall’Inghilterra: minor uso di precedenti inglesi, sviluppo autonomo del *common law*, aumento di interventi legislativi, e nascita di teorie del diritto statunitensi (*sociological jurisprudence*, *legal realism*, *law & economics*) che spingono la giurisprudenza a motivare anche in termini di *public policy*. Sul piano contenutistico il diritto privato USA si avvicina talora a modelli continentali (contratti, arricchimento, responsabilità, diritti reali), ma resta “common law” per stile, categorie e metodo; persistono in particolare *rule of law*, *stare decisis* e processo *adversarial*.

La differenza strutturale rispetto al Regno Unito è che le fonti operano su più livelli: norme federali (Costituzione, interpretazione della *US Supreme Court*, *statutes* e regolamenti, trattati) e norme statali (Costituzioni, leggi, regolamenti locali)⁸⁵.

Il *case law* è fonte autonoma anche negli USA e opera lo *stare decisis*, ma la compresenza di corti federali e statali moltiplica i precedenti, anche divergenti. L’argomentazione è spesso meno formalistica e più sostanziale: la vincolatività del precedente dipende più dalla sua persuasività. Le decisioni della *US Supreme Court* vincolano tutti i tribunali; per il resto, la vincolatività dipende dal ramo giudiziario (federale o statale) e dalla materia (federale o statale).

Dagli anni Trenta il formante legislativo è divenuto assai più pregnante che in Inghilterra: il sistema è ormai “misto” (*statutes* e *case law*). Tuttavia, le leggi spesso intendono continuare il *common law* più che innovare e restano incomplete; decisiva è la loro concretizzazione giudiziale, la *judicial gloss*, che diventa diritto vincolante. Peculiare rispetto all’Inghilterra è poi la *judicial review*: dalla decisione *Marbury v. Madison* (1803) la *US Supreme Court* (e, in generale, i tribunali) può dichiarare l’incostituzionalità delle leggi.

La frammentazione del diritto privato è chiarita dalla *Erie Doctrine* (1938): non esiste un *federal general common law*; in controversie di diritto statale (anche davanti a corti federali per *diversity*), il giudice federale deve applicare il diritto dello Stato interessato, inclusa la giurisprudenza della sua corte suprema. Ne segue che non c’è un unico “diritto civile statunitense”, ma 50 diritti privati statali, ciascuno con *statutes*, *common law* ed *equity*: il comparatista deve quindi delimitare l’oggetto.

Per attenuare la frammentazione operano strumenti di armonizzazione: insegnamento e manualistica orientati a principi generali; *Restatements* dell’*American Law Institute* (dal 1923), che ordinano la giurisprudenza e propongono regole “generali” senza

⁸⁴ I tentativi di codificazione furono solo parzialmente riusciti: decisivo il *Field Code* (NY 1848), che semplificò la procedura, eliminò la distinzione *law/equity* e le antiche forme d’azione, introducendo la *civil action* unica.

⁸⁵ Occorre distinguere il rapporto verticale fra Unione e Stati, governato dalla *Supremacy Clause* dell’art. VI (primo del diritto federale nei limiti delle competenze federali) e il rapporto orizzontale tra diritti dei singoli Stati, che pone problemi di competenza e *choice of law* non unificati.

forza legislativa; *Uniform Laws* e *Model Acts* della *National Conference* (dal 1892), recepibili dagli Stati con modifiche e quindi non garantiti nell'uniformità applicativa, ma capaci di armonizzare (caso emblematico: *Uniform Commercial Code*). L'*equity*, infine, è stabilmente parte del sistema e la separazione di corti *law/equity* è stata superata (1938)⁸⁶.

Quanto all'interpretazione delle leggi, non esiste un canone unitario né una legge generale vincolante come in Inghilterra: vi sono massime molteplici, talora contraddittorie, e approcci differenziati anche per la struttura federale. Un minimo comune denominatore è il canone diretto a realizzare lo scopo legislativo, riconoscendo però nel testo il migliore indice dello scopo; convivono *plain meaning*, interpretazione storica (con uso variabile dei lavori preparatori) e *social purpose rule*, accanto a molte altre massime, senza una linea stabile dominante.

5. Vorrei chiudere questa lettura con brevi osservazioni conclusive. La collocazione editoriale dell'opera - nel novero dei manuali di sintesi - potrebbe indurre, a una prima impressione, l'aspettativa di contenuti di base e meramente riepilogativi. Una lettura rapida rischia persino di cristallizzare tale impressione in giudizio. Ma basta soffermarsi con maggiore attenzione sul testo e misurarsi con i nodi classici della comparazione giuridica, assunti nella loro funzione eminentemente privatistica, perché emerga una fisionomia diversa: un impianto completo, sorretto da osservazioni critiche che non si limitano a ordinare materiali, ma orientano lo sguardo del lettore.

Il volume presenta, per così dire, una vocazione binaria. Da un lato, risulta particolarmente proficuo per lo studente già formato sui diritti positivi - e dunque abituato a muoversi entro le strutture degli istituti e le rispettive "certezze" sistematiche - che deve essere guidato al passaggio decisivo: dall'apprendimento delle forme alla comprensione del diritto come risposta a problemi sociali e conflitti concreti. In tale prospettiva, la regola giuridica non è mai soltanto un dato da memorizzare, bensì un indice di soluzione, da interrogare criticamente alla luce del contesto e delle alternative ordinamentali: è qui che l'approccio comparatistico, innervato dal metodo problematico, dispiega la propria forza euristica, spingendo a valutare - e non soltanto descrivere - le differenti risposte del diritto al medesimo problema.

Dall'altro lato, l'opera offre contenuti e stimoli adeguati a dialogare con lo studioso maturo che frequenta abitualmente la metodologia comparativa: non per ripetere acquisizioni scontate, ma per riaprire con sobrietà e precisione questioni fondamentali del diritto comparato che, proprio perché strutturali, restano per loro natura sottratte a una chiusura definitiva.

⁸⁶ La distinzione rileva ancora, specie per il *jury trial* (VII Emendamento: giuria nei procedimenti *at common law*, non *in equity*) e per i rimedi (risarcimento monetario vs *specific performance*, *injunctions*), concessi in modo discrezionale; concetti equitativi (*good faith*, *unconscionability*) sono anche codificati (UCC).

In conclusione, l'opera di von Sachsen Gessaphe merita di essere collocata, a pieno titolo, entro la tradizione europea dei manuali di diritto comparato, poiché restituisce al confronto tra ordinamenti la sua funzione propriamente conoscitiva: non repertorio di differenze, ma metodo di problematizzazione del diritto positivo, capace di mettere a fuoco - nel gioco delle alternative - i presupposti, i limiti e le implicazioni delle soluzioni giuridiche.