

Cultura giuridica e rapporti civili

Collana diretta da:

Giuseppe Amadio, Roberto Calvo, Achille Antonio Carrabba, Donato Carusi, Alessandro Ciatti, Paoloefisio Corrias, Alessandro D'Adda, Giovanni D'Amico, Pasquale Femia, Alberto Maria Gambino, Emanuela Giacobbe, Francesco Macario, Stefano Pagliantini, Giovanni Perlingieri, Pietro Sirena, Gianroberto Villa.

Revisori stranieri:

Yehuda Adar, Esther Arroyo i Amayuelas, Christian Baldus, Aurelia Colombi Ciacchi, Edgar Cortés, Gastón Fernández Cruz, Anne-Françoise Debruche, Luiz Edison Fachin, Peter Kindler, Renan Lotufo, Agustín Luna Serrano, Gérard Marcou, Sheraldine Pinto, Otto Pfersmann, Elise Poillot, Cristoph U. Schmid, Fabrice Siirianen, Gustavo Tepedino.

Le pubblicazioni della presente collana sono sottoposte a un procedimento di revisione finalizzato a verificare la corrispondenza del lavoro a un elevato livello di qualità scientifica.

1. *Pubblicazione di monografie*

Per la pubblicazione di un volume monografico occorre la presentazione di un direttore (direttore proponente) e la revisione da parte di due altri componenti la direzione. Può essere designato come revisore anche un componente del comitato di revisori stranieri.

I revisori sono liberi di accettare o rifiutare la proposta di revisione da parte del direttore proponente. Accettata la proposta di revisione, il direttore proponente comunica l'inizio del procedimento a tutti i componenti della direzione ed invia ai revisori, in formato elettronico o cartaceo, il lavoro proposto per la pubblicazione. Il direttore proponente invierà il lavoro a tutti gli altri componenti la direzione che ne facciano richiesta, fino alla conclusione del procedimento di revisione.

I revisori valutano il testo presentato entro e non oltre quaranta giorni dalla ricezione. Trascorsi quaranta giorni dalla ricezione del testo, il direttore proponente chiede ai revisori di trasmettere tardivamente la propria valutazione entro i successivi dieci giorni.

L'esito della revisione è comunicato anche solo telematicamente, con motivazione anche sintetica, a tutti i direttori. Per l'ammissione alla pubblicazione è necessaria l'approvazione di entrambi i revisori. In caso di giudizio negativo di uno dei revisori il direttore proponente può chiedere alla direzione di pronunciarsi collegialmente.

I revisori ricevono il testo da valutare senza indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei revisori.

2. *Pubblicazione di volumi collettanei*

Per la pubblicazione di volumi composti da raccolte di scritti di più autori, il volume sarà curato da almeno un componente la direzione, il quale assume la funzione di revisore.

All'esito dell'approvazione il direttore proponente invia il lavoro ai componenti del comitato editoriale, i quali provvedono sollecitamente alla sua rilettura con la finalità di verificare la conformità ai criteri formali della collana.

Comitato editoriale:

Federico Cappai, Oriana Clarizia, Elisa de Belvis, Gaetano Roberto Filograno, Monica La Pietra, Daniela Frenda, Anna Lasso, Francesco Martino, Rossana Pennazio, Gabriele Perano.

IL MODELLO GIURIDICO
- SCIENTIFICO E LEGISLATIVO -
ITALIANO FUORI DELL'EUROPA

Atti del II Congresso Nazionale della SIRD
Siena, 20-21-22 settembre 2012

a cura di

SABRINA LANNI e PIETRO SIRENA



Edizioni Scientifiche Italiane

Il secondo Congresso della SIRD è stato realizzato con il contributo di: Edison Spa; CE.DI.P (Centro interdipartimentale per lo studio del diritto privato); Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena; Giuffré Editore; Monte dei Paschi di Siena.

Gli Atti del secondo Congresso della SIRD sono stati pubblicati grazie alla generosità di Edizioni Scientifiche Italiane e al contributo dell'ISAIDAT (Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto Attività Transnazionali).

LANNI, Sabrina; SIRENA, Pietro (*a cura di*)
Il modello giuridico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa
Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, Siena, 20-21-22 settembre 2012
Collana: Cultura giuridica e rapporti civili, 8
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013
pp. XII+466; 23,5 cm
ISBN 978-88-495-2754-4

© 2013 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

致永远年轻的九旬老人
to the young nonagenarian
para el joven nonagenario
الى الشاب في التسعين من عمره
Юному девяностолетнему
para o jovem nonagenário
pour le jeune nonagénaire
90歳の青年へ
al giovane novantenne
dem jungen neunzigjährigen
mlody dziewięćdziesięcioletek
לנער בן תשעים
aan de jonge negentigjarige
ku ijaar sagaashan jir ah
iuveni nonaginta annorum
नवतिवर्षितरुणाय
al fieul ed nuvant'ann

RODOLFO SACCO

Indice

Introduzione al tema del Congresso di RODOLFO SACCO XI

PARTE PRIMA

Medio Oriente e Africa

PIETRO SIRENA - YEHUDA ADAR
Il modello giuridico – scientifico e legislativo – in Israele 3

PAOLO PITTARO
Il diritto penale turco: una difficile identità 11

MASSIMO PAPA
L'influenza del modello italiano in Libano, Afghanistan e Libia 19

ROBERTA ALUFFI BECK PECCOZ
Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Tunisia e Marocco 37

GIAN MARIA PICCINELLI
Il modello giuridico italiano in Egitto 47

RODOLFO SACCO
Quando c'era la Somalia 69

SALVATORE MANCUSO
La circolazione di modelli giuridici (legali o dottrinali) italiani nell'Africa sub-sahariana 73

PARTE SECONDA
America del Nord

- PAOLO CAROZZA
Il modello giuridico italiano negli Stati Uniti d'America 85
- ELEONORA CECCHERINI
Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Canada 95

PARTE TERZA
America Latina

SEZIONE PRIMA – *Interventi su singoli paesi*

- EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA
La circolazione del modello giuridico italiano in Argentina 117
- DAVID FABIO ESBORRAZ
L'influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di «Codice civile e commerciale» della Repubblica Argentina 127
- ÉDGAR CORTÉS
L'influenza del diritto italiano in Colombia 167
- CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI
Il modello giuridico italiano in Brasile: obbligazioni e contratti 179
- MARIA CRISTINA DE CICCO
Una visione d'insieme sulla circolazione del modello giuridico italiano in Brasile 187
- ALFREDO CALDERALE
La circolazione del modello italiano nelle codificazioni brasiliane del diritto privato 199
- SHERALDINE PINTO
L'influenza del modello italiano nel diritto civile venezuelano 225
- GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ
Brevi note sul danno alla persona in Perù 247

LEYSSER LEÓN

- La ricezione nel diritto peruviano delle regole del codice civile italiano sul contratto in genere* 253

SEZIONE SECONDA – *Alcuni temi specifici*

GIORGIO LICCI

- Il modello italiano del tentativo in America Latina* 263

SABRINA LANNI

- La diffusione dell'esperienza giuridica italiana di tutela del consumatore in America Latina* 271

ROBERTO SUCCIO

- Lo scudo fiscale (Tax Shield) tra condono e Tax Amnesty* 295

MARIO LOSANO

- L'impronta scientifica lasciata dai giuristi italiani in Sudamerica: l'archivio dell'uruguayano Eduardo J. Couture* 309

SANDRO SCHIPANI

- Il modello giuridico – scientifico e legislativo – in America Latina: il riconoscimento del sistema* 339

PARTE QUARTA

Asia

LIHONG ZHANG

- La diffusione della cultura giuridica italiana in Cina: l'aspetto del modello scientifico italiano* 379

MARINA TIMOTEO

- La circolazione del modello legislativo italiano in Cina* 393

ANDREA ORTOLANI

- Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Giappone* 405

DOMENICO FRANCAVILLA

- Il modello giuridico italiano in India* 427

ANDREA SERAFINO

*Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in In-
docina* 445

ANTONIO GAMBARO

*Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori
dell'Europa. Riflessioni conclusive* 459

Autori 465

Introduzione al tema del Congresso

Soci della Sird, e gentili Ospiti,
perché questo Congresso? Perché questo tema?

La circolazione dei modelli è un capitolo fondamentale dello scibile comparatistico, e noi italiani abbiamo sempre dimostrato interesse e sensibilità per questo soggetto.

La ricostruzione delle vicende dei modelli che circolano ci dice donde veniamo, dove siamo andati e dove andiamo; o, meglio, ci dice donde viene e dove va ognuna delle componenti della nostra identità, ognuno dei formanti del nostro diritto. La circolazione dei modelli che sono o sono stati nostri ci spiega o addirittura ci indica la nostra identità, ci spiega cosa intendiamo quando diciamo «noi».

E così abbiamo pensato di trovarci insieme per raccontarci ciò che sappiamo sulla diffusione del modello giuridico italiano (legislativo, dottrinale, giurisprudenziale) all'estero.

L'idea è buona, e perciò è venuta in mente non solo alla SIRD ma anche all'Annuario di diritto comparato. Per evitare doppioni, si è convenuto che noi avremmo trattato della diffusione del modello italiano fuori dell'Europa, e l'Annuario tratterà della diffusione in Europa.

L'area di cui ci interessiamo è immensamente estesa, ed immensamente varia.

In qualche modo, è possibile anticipare quale tipo di cultura giuridica troveremo nei diversi territori.

Un primo caso è quello dei paesi dapprima ridotti in colonie degli Europei, e poi consegnati ai coloni provenienti dalla metropoli perché le gestissero nell'indipendenza. L'America, l'Oceania. Là noi possiamo aspettarci che sia stato riprodotto il modello metropolitano, o che si sia strutturato un pluralismo giuridico, sì da fare un posto centrale al diritto extrametropolitano, e un posto, o una nicchia, al diritto autotono.

Un secondo caso, in un certo senso opposto al precedente, è quello delle ex colonie che nel giorno dell'indipendenza sono state riconsegnate agli autoctoni, dove l'autoctono ha piena coscienza della propria cultura giuridica, implicante una dottrina ricca e consapevole, un

sistema di fonti compiute e soddisfacenti, e un apparato giudiziario idoneo ai bisogni. Qui l'indipendenza ha dato spicco alla realtà tradizionale, tuttavia la permanenza di modelli venuti dal paese colonizzatore non è esclusa. Gli esempi si trovano nel Medio Oriente.

In altre ipotesi, il potere postcoloniale è autoctono, ma le realtà introdotte dagli Europei hanno messo radici invasive e profonde, sì che il modello importato nei tempi coloniali convive con realtà rispettate, a suo tempo, dallo straniero egemone (o forse, in qualche caso, ripristinate dopo l'indipendenza). Troviamo esempi nell'Africa del Nord. L'assistenza tecnica prestata dal Paese excolonizzatore opera a favore del modello europeo.

Infine, in molti paesi (soprattutto africani subsahariani) l'evento coloniale ha rifondato il diritto, e introdotto un bagaglio normativo e concettuale europeo, del tutto estraneo alla tradizione locale. Qui il modello europeo rimane, e convive con elementi tradizionali che da quasi cinquant'anni si stanno rivalutando nella vita della comunità e nel sapere del giurista. L'assistenza tecnica straniera opera nel senso che è facile immaginare.

Paesi tra i più importanti del globo non sono stati toccati dall'espansionismo politico europeo. Fra essi, la Cina, il Giappone, la Corea. Qui peraltro si assiste da più secoli ad un processo di europeizzazione del diritto e della cultura giuridica.

E qual è la parte dell'Italia in tutto questo divenire, in questo quadro variopinto?

Premettiamo che il rapporto coloniale non è certo l'unico possibile mezzo di comunicazione fra un modello europeo e un Paese extraeuropeo.

Quanto alla storia dei rapporti coloniali, essa non opera in modo incisivo a favore del modello italiano. In Libia, in Eritrea, in Etiopia fra il periodo della presenza italiana e il periodo dell'indipendenza si è inserito un periodo, non lungo ma traumatico, di occupazione militare ed esercizio del potere politico da parte delle potenze contro cui l'Italia aveva combattuto la guerra (soprattutto la Gran Bretagna). E quel periodo cancellò molte tracce del passato. In Somalia, nel 1947 la presenza dell'Italia fu ripristinata perché l'ONU affidò agli italiani l'amministrazione fiduciaria del paese fino al 1960 (data prevista per l'indipendenza). Ma il traumatico affossamento del potere dello Stato dal 1976 e più ancora dal 1990 ha eliminato l'assistenza italiana, e messo a rischio tutte le istituzioni e le opere fino allora funzionanti.

Alcuni di noi hanno inventariato la presenza di modelli italiani nei quattro continenti che ho nominato. E ora ci diranno cosa hanno trovato.

RODOLFO SACCO

PARTE PRIMA

Medio Oriente e Africa

PIETRO SIRENA - YEHUDA ADAR

*L'influenza della cultura giuridica italiana sul diritto di Israele**

SOMMARIO: 1. Il contributo dei giuristi *italkim* all'esperienza giuridica di Israele. – 2. La figura di Guido (Gad) Tedeschi e dei suoi allievi: Aharon Baraq, Izhaq England e Alfredo Mordechai Rabello. – 3. Le figure di Gualtiero e di Uriel Procaccia. – 4. La codificazione del diritto israeliano e il contributo dei giuristi *italkim*. – 5. Le figure di Edoardo Vitta e di Michele Corinaldi.

1. *Il contributo dei giuristi italkim all'esperienza giuridica di Israele*

Il contributo del modello italiano al diritto di Israele non è dovuto a un'autorevolezza del nostro codice civile, delle nostre leggi o della nostra giurisprudenza, e tanto meno è dovuto a ragioni storiche o di natura geo-politica: da questo punto di vista, si comprende agevolmente che il diritto di Israele abbia invece risentito soprattutto dell'influenza del *common law* anglo-americano¹. Il Mandato britannico di amministrazione della Palestina, il quale aveva fatto seguito al disfacimento dell'Impero ottomano, protraendosi fino alla costituzione dello Stato di Israele il 15 maggio 1948, ha fatalmente lasciato in eredità a quel neonato ordinamento giuridico i principî del *com-*

* Gli autori sono profondamente grati al Prof. Alfredo Mordechai Rabello per i consigli e i suggerimenti che ha voluto dare loro sulla relazione qui pubblicata, sia in occasione del colloquio avuto presso la sua abitazione di Gerusalemme nei primi giorni di settembre del 2012, sia anche in via epistolare. Gli autori hanno peraltro attinto la maggior parte delle loro informazioni dalla relazione del Prof. Rabello intitolata «Il contributo dei giuristi *italkim* alla vita giuridica dello Stato di Israele», tenuta nel giugno del 2012 al congresso ierosolomitano «L'Italia in Israele» (e in corso di pubblicazione su un numero speciale sulla *Rassegna mensile di Israel*).

¹ A tale proposito, v. i saggi raccolti in *European Legal Traditions and Israel*, a cura di Rabello, Jerusalem, 1994, e particolarmente quello di A. BARAK, *The Tradition and Culture of the Israeli Legal System*, *ivi*, p. 473 ss. V. inoltre U. YADIN, *Sources and Tendencies of Israel Law*, in *Univ. Penn. L. Rev.*, vol. 99, 1951, p. 561 ss.; A.M. RABELLO, SEBBA, *Israeli Reports to the XIV International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1994, p. 1 ss. In italiano, v. A.M. RABELLO, voce «Israele», in *Dig. discipl. priv.*, Sez. civ., Aggiornamento, ***** , Torino, 2011, p. 531 ss.

mon law e dell'*equity* inglese, sia pure originariamente subordinandoli alla *Mejelle* (come previsto dall'art. 46 del *Palestine Order-in-Council*)². E poi dopo la seconda guerra mondiale il rapporto privilegiato che lega Israele agli Stati Uniti d'America ha indubbiamente avuto un'influenza decisiva in tutti gli àmbiti della realtà politica, sociale ed economica, a cominciare da quello del diritto.

Se questo è vero, è altresì vero che in Israele le origini dell'insegnamento universitario del diritto, e in un certo senso le origini della dottrina giuridica, per lo meno di quella privatistica, sono contrassegnate dal modello italiano, così come esso si è incarnato negli ebrei italiani che sono emigrati dopo essersi laureati nelle Università italiane e talvolta avervi conseguito la cattedra.

Diverse possono essere le ragioni per le quali un diritto nazionale esercita un'influenza all'estero: le più importanti sono costituite dal suo prestigio culturale (com'è stato spesso il caso del diritto tedesco) e dalla potenza nazionale dello Stato che lo ha emanato (com'è stato spesso il caso del diritto francese o di quello anglo-americano). Per lo meno in Israele, il diritto italiano non è stato ovviamente assistito da nessuno di questi vantaggi competitivi: esso si è identificato invece con il carisma personale di alcuni grandi giuristi *italkim*³, i quali, pur senza importare in quell'ordinamento giuridico ciò che avevano lasciato nel nostro paese, si sono comunque ispirati allo stile italiano dello studio accademico e della cultura giuridica e ne hanno fatto un modello di riferimento per le generazioni successive degli studiosi. Questo modello, che si rifà alla grande tradizione del *ius commune*, può essere riassunto in questi termini: quale interprete del diritto, il

² V. soprattutto G. TEDESCHI, *Le Centenaire de la Mejelle*, in *Rev. intern. droit comparé*, vol. 21, 1969, p. 125 ss. Per quanto qui rileva, la disposizione citata nel testo stabilisce che: «La giurisdizione delle corti civili va esercitata in conformità al diritto ottomano che era in vigore in Palestina il 1° novembre 1914 e a quelle leggi ottomane successive che siano state dichiarate o che verranno dichiarate in vigore mediante avviso ufficiale al pubblico [...]; e subordinatamente a ciò e qualora le stesse non siano applicabili, va esercitata in conformità ai principi della *common law* e dell'*equity* in vigore in Inghilterra». Subito dopo la proclamazione dello Stato d'Israele, l'art. 11 della *Law and Administration Ordinance* del 19 maggio 1948 ha stabilito quanto segue: «Il diritto vigente in Palestina il giorno 5 di Iyar 5708 (14 maggio 1948) continuerà a restare in vigore per quanto non sia in contrasto con la presente ordinanza o con le leggi che verranno emanate dal Consiglio Provvisorio dello Stato o per suo conto, e subordinatamente alle modifiche derivanti dalla Costituzione dello Stato e dei suoi organi». L'applicabilità della *Mejelle* è stata formalmente soppressa dal legislatore israeliano solo nel 1984.

³ Con l'espressione di *italkim* si ricomprendono gli ebrei nati in Italia ed emigrati in Israele, ma anche quelli nati in Israele da genitori italiani.

professore è superiore al giudice. In definitiva, il professore è il vero interprete del diritto⁴.

2. *La figura di Guido (Gad) Tedeschi e dei suoi allievi: Aharon Baraq, Izhaq Englard e Alfredo Mordechai Rabello*

Il vero iniziatore dello studio accademico del diritto e del suo insegnamento universitario in Israele può essere considerato Guido (Gad) Tedeschi, il quale, nato a Rovigo nel 1907, si laureò a Roma nel 1928 e divenne libero docente nel 1930⁵.

La sua figura ci porta all'Università di Siena perché è proprio qui che, dopo essere stato incaricato dell'insegnamento di Diritto civile e di Istituzioni di diritto privato nell'anno accademico 1935-1936, Guido Tedeschi divenne professore straordinario; e fra l'altro, fu proprio nell'Università di Siena che egli ebbe l'occasione di contribuire ai lavori preparatori del codice civile italiano, in particolare del suo secondo libro⁶. Ma fu anche da questa Università che subito dopo, a causa delle infami leggi razziali del 1938, egli fu espulso. Secondo il ricordo personale di Norberto Bobbio, il quale aveva a sua volta conseguito la cattedra a Siena proprio nell'*annus horribilis* del 1938, la Facoltà senese di Giurisprudenza seppe quanto meno esprimere pubblicamente il proprio rammarico per la perdita di un docente e di uno studioso assai valoroso e apprezzato dai colleghi e dagli studenti⁷.

Per dare un'idea di ciò che Guido Tedeschi portò con sé in Israele, quando decise di emigrarvi nel 1939, si può ricordare il celebre ri-

⁴ A.M. RABELLO, *Il contributo dei giuristi italkim alla vita giuridica dello Stato di Israele*, in corso di pubblicazione sulla *Rassegna mensile di Israel*.

⁵ A.M. RABELLO, *Prof. Gad (Guido) Tedeschi*: in memoriam, in *European Legal Traditions and Israel*, a cura del medesimo, cit., p. 3 ss.

⁶ R. MARTINI, *Guido Tedeschi at Siena*, in *European Legal Tradition and Israel*, a cura di Rabello, cit., p. 9 ss.

⁷ Bobbio ebbe modo di rievocare la vicenda e di testimoniarla direttamente perché sollecitato in via epistolare da N. CORDISCO, *L'Università di Siena e le leggi razziali: l'espulsione del Professor Guido Tedeschi*, in *Studi senesi*, 2001, p. 586 ss. (la traduzione in inglese si legge in *Israel Law Rev.*, vol. 35, 2001, p. 24 ss.). *Ivi*, a p. 598 s., oltre a una lettera di Bobbio, è pubblicato anche il testo dell'attestato rilasciato dal Preside della Facoltà senese di Giurisprudenza, Prof. Ottorino Vannini, il 12 novembre 1938: «Il Preside della Facoltà Giuridica della R. Università di Siena, presi accordi con i componenti il Consiglio dei professori (adunanza del 9 novembre 1938 XVII) e dietro delega del Consiglio stesso, attesta che [...] nel disimpegno della sua attività didattica e accademica il prof. Tedeschi dimostrò un elevatissimo senso del dovere e un particolare interessamento per i giovani che numerosi frequentavano le sue lezioni, per modo da conquistarsi la stima e la considerazione sia delle Autorità accademiche e dei colleghi, sia degli studenti».

fiuto della nomina di giudice della Suprema Corte di Israele, così motivato in una lettera del 1953 all'allora Ministro della Giustizia, il quale pure gli aveva proposto di continuare l'insegnamento universitario per tre giorni la settimana: «Non occorre dire che io considero questo posto con grande stima, sia in sé e per sé, sia per la grande preparazione dei giudici che servono ora nella Suprema Corte. Pertanto l'idea di raggiungere questo posto è un grande onore per me. Tuttavia non posso ritirarmi dall'insegnamento accademico al quale mi sono completamente dedicato per oltre vent'anni, e sento che non riuscirei a conciliare i due e mi troverei costretto a lasciare l'uno o l'altro, o tutti e due, cosa che non voglio assolutamente fare. E anche se riuscissi a conciliare il lavoro di giudice con l'insegnamento, non sarei certamente capace di proseguire nella ricerca, e anche questo mi preoccuperebbe parecchio» (traduzione italiana di Alfredo Mordechai Rabello).

Guido Tedeschi fu tra i fondatori della Facoltà di Giurisprudenza della Università Ebraica di Gerusalemme, dove insegnò dal 1949 al 1976, e fu anche tra i fondatori dell'Istituto per le ricerche di legislazione e di diritto comparato intitolato a Harry e Michael Sacher, nel 1959. La sua influenza sul diritto israeliano si può cogliere in due aspetti: il primo riguarda il suo ruolo di maestro e di caposcuola, capace di attirare e di formare gli allievi più promettenti; il secondo aspetto riguarda invece il suo contributo alla codificazione progressiva del diritto israeliano.

Guido Tedeschi ebbe come allievi e formò alcune personalità eccellenti, le quali hanno poi svolto un ruolo di primo piano non solo nell'insegnamento del diritto israeliano, ma anche nella sua evoluzione: si tratta soprattutto di Aharon Barak, di Izhak Englard e di Alfredo Mordechai Rabello.

Alfredo Mordechai Rabello si è laureato a Bologna con il romanista Giuseppe Ignazio Luzzatto, di cui si professa tuttora allievo, e ha studiato diritto civile con Pietro Rescigno. Emigrato in Israele nel 1965, è divenuto professore (oggi emerito) di Storia del diritto e di Diritto comparato nell'Università Ebraica di Gerusalemme e, fra l'altro, tiene regolarmente un corso di Diritto ebraico nell'Università Statale di Milano. Egli svolge quindi un ruolo decisivo per la diffusione della cultura giuridica italiana in Israele e di quella israeliana in Italia⁸.

⁸ V. i due volumi di raccolta dei suoi scritti intitolata *Ebraismo e diritto. Studi sul Diritto Ebraico e gli Ebrei nell'Impero Romano scelti e raccolti da Francesco Lucrezzi*, Soveria Mannelli, 2009, nonché la monografia *Introduzione al diritto ebraico: fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002. Di recente, il Prof. Rabello ha

Gli altri due grandi allievi di Guido Tedeschi, ossia Aharon Barak e Izhak Englard, hanno affiancato all'eccellenza accademica quel ruolo di giudici della Suprema Corte di Israele⁹. Entrambi hanno decisamente contribuito a forgiare l'evoluzione del diritto israeliano, e ciò vale a maggior ragione, se si considera che esso ha espressamente posto la regola dello *stare decisis* per le sentenze della Suprema Corte¹⁰. Ed è pur sempre sbalorditivo, per quanto dovuto non a qualche nostro merito, ma all'assurdità di alcune vicende storiche che ancor oggi pesano sulla nostra coscienza nazionale, che le pagine più importanti e memorabili del diritto israeliano siano state scritte dagli allievi di un grande italiano, che viveva, studiava e insegnava a Siena.

3. La figure di Gualtiero e di Uriel Procaccia

L'antagonista di Guido Tedeschi fu Gualtiero Procaccia, il quale nacque a Firenze nel 1909, insegnò diritto romano nell'Università Ebraica di Gerusalemme e fu tra i fondatori della Facoltà di Giurisprudenza di Tel-Aviv. In ciò, egli sviluppò una feroce polemica con Guido Tedeschi, il quale non vedeva l'esigenza di sdoppiare la Facoltà giuridica di Gerusalemme.

Gualtiero Procaccia è stato un grande studioso di diritto societario e dell'istituto della rappresentanza. È particolarmente da ricordare il suo scritto sull'ordinamento giuridico israeliano che fu pubblicato nel famoso numero speciale de *Il Ponte* di Calamandrei, dedicato nel 1958 allo Stato di Israele nel suo primo decennio di esistenza.

Il figlio Uriel Procaccia, nato nel 1943, è stato il preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Ebraica di Gerusalemme dal 1996 al 1999. Esperto di diritto commerciale (soprattutto in materia

fatto parte del comitato di fondazione della *School of Law* dello *Zefat Academic College*, di cui è attualmente il Decano. In riconoscimento del suo contributo culturale, il Presidente della Repubblica italiana, Giorgio Napolitano, il 2 giugno 2007 gli ha conferito il titolo di Commendatore dell'Ordine della stella della solidarietà italiana.

⁹ Aharon Barak ha fatto parte della Suprema Corte dal 1978 al 2006, altresì presiedendola dal 1995 al 2006; dal 1975 al 1978 egli era stato già Procuratore generale dello Stato. Izhak Englard ha fatto parte della Suprema Corte dal 1997 al 2003.

¹⁰ L'art. 20(b) della legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario così statuisce: «Una norma stabilita dalla Corte Suprema vincolerà ogni corte ad eccezione della Corte Suprema stessa». A tale proposito, v. G. TEDESCHI, *Il principio dello stare decisis*, in *Studi di diritto israeliano*, Gerusalemme, 1960, p. 114 ss. (in ebraico); ID., *Prospective Revision of Precedent*, in *Israel Law Rev.*, vol. 8, 1973, p. 173 ss.; A. BARAK, *Overruling Precedent*, in *Israel Law Rev.*, vol. 21, 1986, p. 269 ss.

di procedure concorsuali e di società), è considerato il pioniere degli studi di *Law and Economics* in Israele.

4. *La codificazione del diritto israeliano e il contributo dei giuristi italkim*

L'influenza del pensiero di Guido Tedeschi sul diritto israeliano ha riguardato soprattutto il fenomeno della sua codificazione progressiva, il quale è culminato nel progetto di un codice civile israeliano che è attualmente all'esame della Knesset¹¹.

L'auspicata approvazione di tale progetto, la quale è peraltro tuttora incerta, creerebbe una maggiore vicinanza del diritto israeliano agli ordinamenti dell'Europa continentale di *civil law* e segnerebbe un qualche suo allontanamento da quelli anglo-americani.

La codificazione progressiva del diritto israeliano cominciò con l'approvazione della legge sull'incapacità legale e la tutela nel 1962, ed è poi proseguita in vari contesti del diritto privato: la legge sulla rappresentanza del 1965, quella sulla vendita del 1968, quella sulla donazione sempre del 1968, la legge sui rimedi per la violazione del contratto ancora del 1968, quella sul contratto in generale del 1973, quella sul *trust* del 1979, e altre ancora. Come si può vedere, sono state via via già disciplinate dal legislatore israeliano alcune delle aree più significative del diritto privato, e fra esse una attenzione particolare merita indubbiamente quella del contratto in generale.

La legge sul contratto in generale del 1973 fu elaborata da una commissione presieduta da Guido Tedeschi e ha avuto un ruolo particolarmente importante nella storia del diritto israeliano, facendo sì

¹¹ Per un'approfondita esposizione di tale progetto e della sua storia, v. A.M. RABELLO, *Israele tra common law e civil law, verso la codificazione del suo diritto contrattuale*, in *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, a cura di Bertorello, Milano, 2003, p. 253 ss.; P. LERNER, A.M. RABELLO, *The (Re)Codification of Israel Private Law: Support for, and Criticism of the Israeli Draft Civil Law Code*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, p. 763 ss.; ID., *The Project of the Israeli Civil Code: The Dilemma of Enacting a Code in a Mixed Jurisdiction*, in *Liber amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, a cura di Andenas et al., London, 2007, p. 771 ss. Con specifico riguardo al «rivoluzionario» libro sui rimedi, v. Y. ADAR, *Why Unify Contract and Tort Remedies? A Reply to Professor Dagan*, in *Mishpatim. Hebrew Univ. Law Rev.*, 2006, p. 357 ss. (in ebraico); ID., *Legal Engineering in Israel Law: Codification and Unification of the Law of Remedies*, in *Publicat. Swiss Instit. Comp. Law*, Zürich, 2010 (anche all'indirizzo di Internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308269). Per alcuni accenni, v. anche P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359 ss.

che esso si rendesse autonomo tanto dalla *Mejelle* ottomana, quanto dal *common law* inglese.

La legge sul contratto in generale è caratterizzata soprattutto dal ruolo significativo che essa assegna al principio della buona fede, come già in parte aveva fatto la legge sulla vendita del 1968: forse fu proprio questa introduzione del principio della buona fede nel diritto israeliano delle obbligazioni e dei contratti a costituire una rivoluzione, perché essa ha inevitabilmente segnato l'inizio di un allontanamento dagli schemi del *common law* anglo-sassone, il quale, come si sa, si è mantenuto paradossalmente conforme a quel *caveat emptor* che aveva caratterizzato il diritto romano. L'adozione del principio generale della buona fede nel contratto in generale determina appunto un capovolgimento di quella logica.

In questa sede, deve essere particolarmente ricordato l'art. 12 della legge sul contratto in generale, il quale disciplina la buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto. Nella formulazione della regola generale, tale disposizione di legge ricorda piuttosto da vicino l'art. 1337 del codice civile italiano, ed è peraltro da ricordare che quest'ultimo costituiva un modello legislativo all'epoca quasi unico, se si considera che, sebbene l'istituto della *culpa in contrahendo* fosse stato notoriamente elaborato dal von Jhering alla metà dell'Ottocento, esso ha trovato ingresso nel BGB tedesco soltanto a seguito della sua grande modernizzazione all'inizio del secondo millennio.

Un contributo fondamentale allo studio della responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano si deve indubbiamente ad Alfredo Mordechai Rabello, il quale ha contribuito a chiarire in via definitiva che, com'è stato poi riconosciuto anche dalla Suprema Corte, la buona fede che viene qui in considerazione non è quella soggettiva, ma quella oggettiva della lealtà e della correttezza¹².

Ma la grande intuizione di Guido Tedeschi fu anche quella di comprendere che la nuova legge sul contratto in generale correva il rischio di restare lettera morta, perché la dottrina di lingua ebraica o araba, e anche quella di lingua inglese utilizzata fino a quel momento erano di scarso aiuto, poiché la nuova legge guardava piuttosto al diritto dell'Europa continentale. Guido Tedeschi avvertì che quella era

¹² Un estratto degli importanti studi di Alfredo Rabello in materia è stato tradotto in italiano: *Buona fede e responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 471 ss. e p. 847 ss. Il suo primo contributo sull'argomento risale al 1977 ed è costituito dal libro (in ebraico) *The Law of Obligations. Selected Topics. From Roman Law to the New Law of Contracts*.

l'ora dell'Accademia e sotto la sua direzione fu preparato in breve tempo un commentario in ebraico delle leggi contrattuali, il quale di fatto consentì (e consente tuttora) ai giudici e agli avvocati di usare finalmente il nuovo testo legislativo¹³. Per questo risultato è stato fondamentale il contributo di Aharon Barak, il quale a suo tempo aveva preparato le dispense delle lezioni universitarie del Maestro, ad es. quelle sulla teoria generale del diritto (*Torat hamishpat*).

5. *Le figure di Edoardo Vitta e di Michele Corinaldi*

Almeno altre due figure di giuristi *italkim* non possono essere qui tralasciate.

La prima fu quella di Edoardo Vitta, il quale collaborò all'opera di legislazione del nuovo Stato di Israele soprattutto nel campo del diritto internazionale privato: ancora oggi, il suo lavoro su un tema particolarmente delicato in Israele a proposito del conflitto di leggi è citato con rispetto dagli studiosi della materia, anche arabi¹⁴.

Importante (anche in ambito forense) è altresì la figura di Michele Corinaldi, il quale è nato a Milano nel 1938, ma è emigrato in Israele subito dopo, svolgendo lì tutti i suoi studi fino alla laurea in Giurisprudenza presso l'Università Ebraica di Gerusalemme. Egli ha insegnato in varie Università israeliane e insegna tuttora nell'Istituto accademico di Netanya, dedicandosi soprattutto allo studio del diritto della famiglia e delle successioni ereditarie¹⁵.

¹³ Il commentario è oggi diretto da Rabello, Shalev e Zamir ed è pubblicato dall'Istituto per le ricerche di legislazione e di diritto comparato intitolato a Harry e Michael Sacher.

¹⁴ E. VITTA, *The Conflict of Laws in Matters of Personal status in Palestine*, Tel-Aviv, 1947.

¹⁵ M. CORINALDI, *The Law of Succession Wills. Succession and Probate*, Tel-Aviv, 2008.

PAOLO PITTARO

Il diritto penale turco: una difficile identità

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il movimento dei «giovani turchi» e le riforme giuridiche. – 3. Le vicende della codificazione penale. – 4. Le difficoltà della traduzione e le resistenze della tradizione. – 5. L'omicidio per causa d'onore. – 6. Il reato di «vilipendio dell'identità turca» e la questione del «velo» islamico. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Peculiare Paese, la Turchia, distesa fra Oriente ed Occidente, che bussa alla porta dell'Unione Europea, suscitando adesioni, perplessità e ripulse, istituzionalmente laico e sostenuto dall'esercito ma in un contesto musulmano, aderente alla Nato ma con lo sguardo volto alle vicende dei Paesi arabi, ove l'eredità della Sublime Porta ottomana a volte sembra distante o quasi fiabesca e non un'eredità di neanche un secolo.

Una ricognizione, per quanto rapida e fugace, sul dipanarsi della legislazione, specie quella penale, non può che partire da questo elemento di fondo: la costante europeizzazione, la ricercata occidentalizzazione di un ordinamento giuridico che aveva le sue radici nella tradizione religiosa islamica¹.

2. *Il movimento dei «giovani turchi» e le riforme giuridiche*

Fino all'Ottocento si poteva ritenere che il diritto penale (e non solo quello) derivasse direttamente dal Corano, ed era pertanto amministrato dai Tribunali islamici. Una vera e propria codificazione pe-

¹ Per un quadro efficace di queste vicende politico-giuridiche cfr. l'autorevole e nitido saggio di M. LOSANO, *La Turchia tra Europa ed Asia: un secolo tra laicismo ed Islam*, in *Memorie della Accademia delle Scienze di Torino, Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche*, Serie V, 33, Torino, 2009.

nale venne introdotta nel 1858², nettamente ispirata al codice penale francese (*Code Napoléon*) del 1810, che ebbe a subire varie modificazioni nei decenni successivi, mentre nel 1879 venne adottato il codice di procedura penale francese.

La svolta si ebbe nel 1926, con l'introduzione del nuovo codice penale, che era la traduzione in lingua turca della traduzione francese del codice penale italiano vigente, ossia il codice penale Zanardelli del 1889, ritenuto, fra gli esistenti, come uno dei più moderni e dei più perfetti³. Lievi gli aggiustamenti: introduzione della pena di morte, assente nel codice nostrano, eliminazione delle molteplici disposizioni sul duello, ispirato ad una concezione dell'onore inconcepibile per quelle popolazioni, ancora un maggior rigore nelle pene. Nello stesso anno venne peraltro emanato il codice di procedura penale, ma ricalcato su quello tedesco, il codice del commercio, pure basato su quello tedesco ed il codice civile, che altro non era se non la traduzione di quello svizzero, che introduce il matrimonio civile, mentre viene proibita la poligamia, il ripudio e l'uso del velo.

Tale serrata attività di codificazione si inserisce nel profondo rinnovamento politico, giuridico e sociale messo in moto dalla rivoluzione e dalla nascita della Repubblica nel 1923, ad opera del movimento dei «Giovani Turchi», di cui era leader indiscusso e poi Presidente della Repubblica Mustafà Kemal Atatürk.

Un periodo caratterizzato da un turbinò di innovazioni e di soppressioni. Nel 1924 viene abolito il califfato ottomano, aboliti i tribunali islamici, le scuole islamiche vengono chiuse e viene emanata una nuova Costituzione basata su elezioni quadriennali e sul suffragio universale maschile. Nel 1925 viene eliminato il calendario islamico ed adottato quello gregoriano, la domenica diviene il giorno ufficiale del riposo (e non più il venerdì islamico), vengono banditi il fez ed il turbante (indicatori delle classi sociali islamiche). Nel 1928 viene eliminata la clausola costituzionale che definiva l'islam come religione dello stato, mentre l'alfabeto arabo viene sostituito con quello latino. Nel 1934 viene introdotto giuridicamente il cognome (ed è allora che Mustafà Kemal assunse il cognome di Atatürk: «Padre dei Turchi»), viene abolito l'uso dei tradizionali appellativi ottomani che indicavano il rango sociale (quali: Pascià, Bey, Effendi) e viene altresì introdotto il suffragio universale femminile (nel 1935 le prime donne

² Ci piace ricordare le pagine del giovane A. DE MARSICO, *Il diritto penale turco*, in *Scuola positiva*, 9, 1912, p. 492 ss.

³ Per un quadro sintetico di tale codice cfr. C. BIANCHEDI, *Note sul codice penale Turco* (1° marzo 1926), in *Scuola positiva*, 1929, I, p. 244.

entrarono nel Parlamento turco)⁴. Infine, nel 1936 vengono elaborati i principi ideologici posti alla base dello Stato repubblicano e denominati come le «Sei frecce»: repubblicanesimo, nazionalismo, populismo, laicità, rivoluzionarismo e statalismo.

3. Le vicende della codificazione penale

Negli Anni Trenta, dopo l'introduzione in Italia del codice Rocco, varie norme di quest'ultimo vennero recepite, mentre, a partire dagli anni 50, vennero gradualmente introdotte parziali riforme⁵, quali l'adozione – sempre sulla falsariga della normativa italiana – della personalità della responsabilità penale e del principio di colpevolezza, nonché l'abolizione della pena di morte, resa definitiva nel 2004.

La necessità di una nuova codificazione si avvertiva sin dalla seconda metà del secolo scorso, mentre si affievoliva l'influenza del diritto italiano ed andava crescendo quella del diritto tedesco.

Dopo vari progetti e discussioni si giunse, così, all'adozione del nuovo codice penale nel 2004 (entrato in vigore l'anno dopo)⁶, assieme al codice di procedura penale ed alla legge sulla esecuzione penale.

Il codice penale non è più basato sul modello italiano. Anzi, risente di una forte influenza da parte del codice penale tedesco, con vari elementi tratti dai codici penali italiano, francese, polacco, russo (cui è ispirato, ad esempio, l'art. 1 del codice che delinea lo scopo della legge penale) e perfino da quello statunitense, mentre svariate norme sono tratte da accordi internazionali, dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, dalle Convenzioni delle Nazioni Unite e dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (il riferimento va, ad esempio, alle fattispecie di «genocidio» e di «delitti contro l'umanità»)⁷.

⁴ Si rammenti che negli Anni Novanta la Turchia ebbe una donna come Primo Ministro: Tansu Ciller (dal 25 giugno 1993 al 6 marzo 1996).

⁵ Cfr. S. ERMAN, *La ricezione del codice penale italiano in Turchia e differenti applicazioni delle stesse norme nei due Paesi*, in *Rass. giust. mil.*, 1980, p. 635 ss.

⁶ Si veda, autorevolmente, A. NUHOĞLU, *Introduzione al diritto penale turco*, in S. RIONDATO, R. ALAGNA (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*, Padova, 2013, p. 95.

⁷ Per un generale quadro del nuovo codice penale cfr. anche S. TELLENBACH, *Il codice penale turco*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2, 2009, 2, p. 287 ss.; EADEM, *Il nuovo codice penale turco (Legge nr. 5237 del 26.09.2004)*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 378 ss. Da ultimo adde V.S. EVIK, *Pene e misure di sicurezza nel diritto penale turco*, in S. RIONDATO, R. ALAGNA (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*, cit., p. 103 ss.

4. *Le difficoltà della traduzione e le resistenze della tradizione*

Questo massiccio ispirarsi ai codici occidentali se, da un lato, evidenzia il costante sforzo di allineamento con i principi fondamentali che reggono gli ordinamenti europei, dall'altro lato deve confrontarsi con difficoltà e resistenze di vario tipo. Innanzi tutto, la complessità della traduzione. Spesso non è affatto agevole tradurre nella lingua turca parole e concetti sconosciuti in quella cultura di matrice orientale: ostacolo aggravato se la traduzione (come è avvenuto per il nostro codice Zanardelli) prende le mosse, a sua volta, da un'altra traduzione (in tale caso: quella francese).

Non solo: rimane sempre aperta la questione della valenza culturale da dare ad un determinato termine. Emblematica l'interpretazione della parola «tortura», la cui pratica è punita, recependo l'analogo dettato del codice francese. Ebbene, i trattamenti «forti» usati nell'ambito dell'interrogatorio di un imputato, quali le percosse, la sospensione per le braccia e perfino le scosse elettriche sulla pianta dei piedi, sono spesso state rubricate nella prassi giudiziaria turca come reato di «maltrattamenti», ma non di «tortura», come sarebbe stato pacifico in una esegesi «occidentale» della norma⁸.

Dall'altro profilo, deve tenersi conto di due fattori che, insieme, costituiscono una tradizione ardua da modificare o da superare: la religione islamica, certamente influente in uno Stato che ha pur perseguito con determinazione la sua laicità, e il contesto rurale di una vasta parte del territorio.

Ci bastino alcuni esempi significativi.

Come si è detto, sulla falsariga di quello svizzero, il codice civile turco prevedeva il matrimonio civile, con la proibizione della poligamia. Il matrimonio religioso, pertanto era giuridicamente inesistente, non avendo questo (come avviene, ad esempio, nel nostro Paese nel contesto concordatario) alcun effetto civile. Il che comporta che lo sposarsi solamente dinanzi all'imam permette di avere più mogli, sconosciute all'ordinamento civile, mentre i figli saranno non legittimi ma naturali. Donde il numero relativamente scarso, anche se in costante crescita, delle nozze civili. Nelle zone rurali, inoltre, accedere al matrimonio civile significa non solo recarsi nel capoluogo, ma anche fornirsi di tutti i documenti necessari: documenti spesso inesistenti con dati sconosciuti o difficili da reperire. Peraltro, la repulsa del matrimonio civile ben s'attaglia con questa assenza di documentazione, per cui, ad esempio, la mancata registrazione del figlio, naturale e non legittimo per l'ordinamento, lo rende pressoché scon-

⁸ Tale esempio viene riportato da S. TELLENBACH, *Il codice penale turco*, cit., p. 306.

sciuto allo Stato, con lo sperato vantaggio di sottrarlo al servizio militare.

Non può, in ogni caso, tacersi che, negli ultimi tempi, si assiste a vari tentativi di erosione, da parte della comunità, nei confronti del principio di laicità e, soprattutto, di critica verso le forze armate che di essa ne sono storico garante. A tal punto che, di recente, uno stretto collaboratore del *premier* Erdogan⁹, si è pubblicamente espresso nei confronti della legalizzazione della poligamia, fino ad un massimo di quattro mogli¹⁰. D'altra parte, anche alcune voci femminili si sono schierate a favore, in quanto, in tal modo, verrebbe riconosciuta una situazione di fatto, dove accanto alla moglie legittima, frequentemente sussistono varie amanti per nulla giuridicamente garantite.

5. *L'omicidio per causa d'onore*

Un istituto dello stesso codice penale è stato molto contrastato nella sua elaborazione: trattasi dell'omicidio per causa d'onore, fattispecie culturalmente radicata e praticata in vari strati della popolazione. Presente, peraltro, nel nostro stesso codice Rocco (art. 587) ed abrogato solamente nel 1981¹¹. Dopo svariate discussioni, dall'iniziale suggestione di mantenere una ridotta punibilità, si è passati all'attuale formulazione, che – al contrario – prevede un'aggravante che comporta l'ergastolo¹².

Ebbene, posto che il compito di «lavare l'onore» della famiglia nei confronti della donna (in genere: la figlia) spetta al figlio maschio, non volendo il consorzio familiare perdere (con la condanna all'ergastolo) un prezioso componente, la norma viene elusa, nel senso che alla donna viene posta una drammatica alternativa: o uccidersi di sua mano, ovvero la reclusione a vita, ed in un contesto di totale oppressione fra le mura domestiche. Il figlio maschio così è salvo e, al massimo, il patriarca (o, più frequentemente, la matriarca) rischia di essere punito per il reato di istigazione al suicidio, sanzionato in modo molto più mite. Si badi, tuttavia, che l'onore macchiato consiste non solo dal comportamento fedifrago della donna in caso di adulterio,

⁹ Trattasi di Ali Yuksel, consigliere del Primo Ministro Recep Tayyip Erdogan.

¹⁰ Egli stesso, peraltro, ha ammesso di averne già tre. Si noti che, essendo, sconosciuta per l'ordinamento civile, non viene penalmente sanzionata la poligamia da rito religioso.

¹¹ Con la legge 5 agosto 1981, n. 442.

¹² Sul tema, *sed amplius*, cfr. R. ALAGNA, *L'omicidio per l'onore: tradizione e punizione tra Turchia e Germania*, in S. RIONDATO, R. ALAGNA (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*, cit., p. 187 ss.

ma anche da quello di una giovane che non ha rispettato il principio della castità. E tale concezione non è riconducibile tanto al diritto islamico, quanto ad una atavica tradizione, specie rurale.

6. *Il reato di «vilipendio dell'identità turca» e la questione del «velo» islamico*

Acceso il dibattito sulle norme del codice che puniscono il reato di «vilipendio dell'identità turca»: norma alquanto indeterminata, che nella sua massima estensione esclude ogni critica a tutte le istituzioni: dal Parlamento alla Repubblica, dalle forze armate all'ordinamento giudiziario, in una forma di assoluta censura nei confronti di ogni opposizione o critica politica. A seguito del noto caso costituito dall'incriminazione, e dalla successiva assoluzione, del Premio Nobel Orhan Pamuk, nella fattispecie la dizione «identità turca» è stata sostituita con quella di «nazione turca». Ma il problema rimane ancora aperto e particolarmente sentito, in quanto direttamente connesso con il fondamentale diritto di manifestazione del pensiero¹³.

Infine, si pensi alla contesa, tutt'ora in corso, relativa al «velo» islamico¹⁴, il c.d. *turban*, che lascia scoperto il viso¹⁵, abolito a suo tempo da Atatürk al pari dei tradizionali copricapo maschili ottomani, e con il conseguente divieto di indossarlo, in seguito limitatamente nei luoghi pubblici, in quanto simbolo religioso.

La questione è scottante e dai multiformi aspetti, e si inserisce in un quadro generale in cui i timori per il diffondersi del fondamentalismo islamico si intrecciano con la critica al (ritenuto) eccessivo autoritarismo statale assieme con l'esigenza di una maggiore libertà, vuoi di espressione religiosa, vuoi di abbigliamento. Variata la stessa posizione dell'universo femminile che rivendica, da un estremo, la libertà da un simbolo (il velo per l'appunto) della loro tradizionale soggezione al maschio e, dall'altro estremo, la possibilità di evidenziare la loro identità religiosa.

Altrettanto complesse le vicende giuridiche. Il Parlamento turco approva il 9 febbraio 2008 due emendamenti alla Costituzione, che permettono alle studentesse universitarie di indossare il velo. Salutata

¹³ Su tale fattispecie ed in un più ampio contesto si veda A.K. YILDIZ, *Riflessioni critiche sulla parte speciale del nuovo codice penale turco*, in S. RIONDATO, R. ALAGNA (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*, cit., p. 173 ss.

¹⁴ E. BRANDOLINO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'annosa questione del velo islamico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1, p. 97 ss.

¹⁵ Da distinguersi dal *burqua* o dal *chador* che avvolgono completamente la persona.

come una svolta liberale, in realtà la concessione è limitata solo a quei soggetti ed al solo *turban*, con l'esclusione di altri simboli religiosi, come quelli, ad esempio, propri del cristianesimo. Tuttavia, pochi mesi dopo, il 5 giugno 2008, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di tali disposizioni, in quanto contrastanti con l'art. 2 della Carta Fondamentale che consacra del principio della laicità dello Stato.

Incidentalmente osserviamo come la Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo abbia emanato decisioni altrettanto complesse, oscillando fra la violazione dei principi fondamentali della Convenzione da parte di un partito che si ispirava alla *shari'a*¹⁶ al riconoscimento della specificità del contesto turco, per cui motivi di ordine pubblico e di non discriminazione erano compatibili con i divieti relativi all'abbigliamento¹⁷, a seconda delle circostanze¹⁸ e sempre che tale ingerenza nella libertà religiosa sia giustificata e proporzionata allo scopo¹⁹.

7. Conclusioni

In definitiva, la legislazione penale turca²⁰ (ma sembra che tale rilievo possa estendersi anche agli altri rami del diritto) nel tentativo di occidentalizzarsi ha sempre fatto riferimento non solo alla matrice culturale di vari codici di nazioni europee, ma ha perfino immesso in modo a volte quasi pedissequo intere normative e svariate fattispecie, con tutte le difficoltà che tale operazione comporta. Ed il tutto in un contesto giuridico-sociale affatto peculiare, precipitato storico di molteplici vicende, a sua volta scenario di forti contrasti. Come dire: un eclettismo giuridico che può si presentarsi ed essere una perfetta unità, ma anche ridursi solo ad un insieme di diversi frammenti.

¹⁶ Caso Rafah Partisi c. Turchia, 13 febbraio 2003.

¹⁷ Caso Leyla Sahin c. Turchia, 20 novembre 2005; caso Karaduman c. Turchia, 3 maggio 1993.

¹⁸ Caso Kurtulmus c. Turchia, 21 aprile 2001; caso Arret Kavakci c. Turchia, 13 febbraio 2003.

¹⁹ Caso Ahmet Asrslan c. Turchia, 23 febbraio 2010.

²⁰ Potrebbe essere interessante scorrere la normativa sull'esecuzione penale, posto che la popolazione carceraria nel 2010 constava di 117.000 detenuti in 380 penitenziari e che il piano carceri prevede la costruzione entro il 2015 di 86 nuovi istituti detentivi per una capacità extra di 40.000 posti (come apprendiamo da *Le due città. Riv. amm. penit.*, luglio-agosto 2011, p. 35 ss.) e le cui condizioni, a volte al limite del disumano, sono state messe in luce da note opere letterarie e cinematografiche.

Ed è questa l'attuale sfida che si svolge nella sua applicazione pratica nelle varie Corti.

Peraltro, a volte sorge pure l'impressione che la Turchia sia alla ricerca di una sua identità giuridica e che le «Sei frecce» di Kemal Mustafà Atatürk di fronte alla complessa realtà politico-sociale come è andata evolvendosi rischiano di non essere in grado di gestirla appieno o, perlomeno, di aver fatto il loro tempo.

Ma solo il futuro ci dirà se da tale fase politico-sociale così fluida potrà solidificarsi una cultura giuridica veramente autoctona, e tale da poter essere generalmente condivisa.

MASSIMO PAPA

L'influenza del modello italiano in Libano, Afghanistan e Libia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Libano: l'evoluzione armonica e razionale del modello ottomano e l'influenza italiana. – 3. Le influenze del diritto italiano in Afghanistan. – 4. La Libia da colonia a *gamahiribiyya*.

1. *Premessa*

Trattare il tema dell'influenza del modello italiano in Libano, in Libia, e in Afghanistan ha implicato necessariamente delle scelte arbitrarie sotto il profilo metodologico della ricerca.

L'impossibilità di condurre uno studio aggiornato sul campo per gli sconvolgimenti di ordine politico e le note tragiche vicende che stanno interessando i paesi oggetto dell'indagine, unitamente alla scarsa reperibilità di bibliografia specifica sull'argomento, mi hanno imposto una ricerca prevalentemente confinata al formante legale. Non suoni come un'*excusatio non petita*: quanto all'influenza della dottrina italiana, ho potuto avvalermi dei contatti telematici con i colleghi giuristi di questi paesi. Al fine di verificare l'effettiva capacità di penetrazione delle categorie giuridiche italiane nelle aule universitarie e in quelle dei tribunali ho sottoposto una serie di questionari ai colleghi libici e libanesi; nel caso dell'Afghanistan sono, invece, in grado di riportare notizie di prima mano per la mia esperienza maturata sul campo per circa due anni come funzionario delle Nazioni Unite nel settore giustizia e per la continua attività di cooperazione con le istituzioni afgane per la ricostruzione del settore giudiziario.

Un dato emerge su tutti. Per ragioni di ordine diverso, gli operatori giuridici dei tre paesi ignorano o tendono a misconoscere l'influenza del modello giuridico italiano sul proprio diritto nazionale. Così accade in Libano, ove i giuristi locali impregnati della cultura giuridica francese, figli di una francofonia imperante ad ogni livello e ancora succubi del prestigio del modello francese, strabuzzano gli occhi basiti di fronte alla domanda di quale sia (stata) l'influenza del diritto italiano nel loro paese; influenza, come vedremo, innegabile

nell'opera di redazione dei codici civili e commerciali avvenuta negli anni '30 e '40 del secolo scorso in Libano.

Lo stesso atteggiamento di rifiuto nei confronti del diritto italiano avviene per motivi ideologici fra le giovani generazioni di giuristi libici, cresciute sotto la dittatura del colonnello Mu'ammar al-Gheddafi. La *damnatio memoriae* del periodo coloniale, operata dal regime negli anni della *Gamabiriyya*, ha tentato di cancellare o di attenuare le numerose tracce dell'influenza italiana nell'ordinamento giuridico libico.

In Afghanistan, a seguito delle note vicende belliche post 11 settembre 2001, la forte influenza (militare, politica ed economica) statunitense nel paese non ha impedito che l'Italia fosse scelta dalla comunità internazionale, già con gli Accordi di Bonn del 2001, come paese guida nella ricostruzione del settore giudiziario. Tale circostanza non è stata del tutto priva di conseguenze. Se non si può parlare di un'influenza diretta ed esplicita del nostro modello giuridico (se non in qualche limitata sfera come si vedrà), certamente può essere registrata una notevole e fattiva partecipazione di giuristi italiani ai vari livelli della ricostruzione dell'ordinamento giuridico afgano. Tuttavia, soltanto uno sguardo dall'interno dell'ordinamento consente di cogliere l'influenza dei modelli italiani, altrimenti difficilmente percettibili.

Quale che sia la ragione (culturale, politica, ideologica) offuscatrice della matrice italiana, convegni come questo promosso dalla SIRD possono servire a rendere maggiore giustizia, a verificare la diffusione e la circolazione del modello italiano anche in quelle aree apparentemente impermeabili o lontane dalla sfera di influenza del diritto italiano; al contempo, le commistioni, gli innesti, i trapianti, inevitabilmente ci fanno riflettere sul concetto stesso di modello e sulle modalità della presenza e/o resistenza, in forma esplicita o in forma criptica, del diritto italiano negli ordinamenti di Libano, Afghanistan e Libia¹.

¹ Un'annotazione diacronica: al fine di circoscrivere la nostra ricerca siamo partiti dalla diffusione dei modelli italiani post-unitari. Lo studio della circolazione dei modelli degli Stati italiani pre-unitari in Libano e in Libia, già territori dell'Impero ottomano, avrebbe portato sicuramente fruttuosi risultati. Basti considerare che il legislatore ottomano nella redazione del *qānūnāme-i tigāret-i babriyye* del 1863 utilizzò ampiamente materiali tratti dai Codici di Commercio del Regno delle Due Sicilie del 1819 e soprattutto del Regno di Sardegna o Codice di Commercio Albertino del 1842. Quanto all'originalità del modello italiano e all'imposizione del modello francese nei territori del Regno di Napoli ad opera dei Piemontesi, l'illustre concittadino pescasserolese Benedetto Croce riporta, criticando, il pensiero di Enrico Cenni nei suoi Studi di Diritto Pubblico del 1870, secondo il quale: «Se que-

2. Il Libano: l'evoluzione armonica e razionale del modello ottomano e l'influenza italiana

Il Libano è, fra i paesi arabi, indubbiamente il più vicino ai modelli francesi. Tra gli stati derivati dalle complesse vicende che condussero alla caduta e allo smembramento dell'Impero ottomano, il Libano fu quello che, a cavallo tra le due guerre mondiali del secolo scorso, conobbe la più intensa attività legislativa.

Nell'ambito del diritto privato, nell'arco di poco più di un decennio, tra il 1932 e il 1947 nel Paese dei cedri vennero emanati tre codici, tutti ancora in vigore, nei quali è riscontrabile, in misura diversa, l'influenza del diritto italiano.

Il Paese, a causa delle note vicende storiche, era *imprégné de culture juridique française*². A giusto titolo si parla, per il caso libanese, di una *réception scientifique* del diritto francese, che precedette le regole codificate del diritto positivo; in altre parole, l'acculturazione giuridica, orientata verso il modello civilistico del *Code Napoléon* avvenne non certo solo con la redazione di un Codice, ma quest'ultima tappa segnò il traguardo di un processo graduale di recezione di un modello, partendo in primo luogo dalla formazione del giurista (si ricordi la creazione dell'Università francese a Beirut – oggi Université de Saint Joseph – sin dagli anni '30) sulla base del diritto francese, per poi passare, in materia di obbligazioni e contratti, alla codificazione.

Questa forte impronta del diritto transalpino nel suo triplice aspetto legislativo, dottrinale e giurisprudenziale, su quello libanese non ha impedito, tuttavia, delle infiltrazioni del diritto italiano, almeno a li-

sta sacra terra (conclude il Cenni) è ora messa in non cale, se ne vuole avere unica obbligazione alla setta liberale e gallizante, stigmatizzata fin sull'apparire da Vittorio Alfieri, alla setta che insolentemente si arrogò il monopolio della libertà e del progresso. Essa in queste provincie, ruppe le nostre gloriose tradizioni e, serva umilissima com'era delle idee francesi, che pigliava di seconda mano, sostituì alla nostra robusta e nazionale scienza, che domandava solo di essere rammodernata, una scienza superficiale e leggera importata da fuori; fu dessa che rapì ogni originalità di fisionomia alla nostra giurisprudenza ed al nostro civile stato per renderci miserabili e servili copisti di Francia», in B. CROCE, *Storia del Regno di Napoli*, Bari, 1967, p. 4.

² ZAJTAY IMRE, *Les destinées du Code civil, Revue internationale de droit comparé*, 6, 4 (1954), pp. 792-810, p. 806. Occorre, infatti, notare come in Libano l'insegnamento del diritto fosse in lingua francese e basato sul diritto e sulla giurisprudenza d'Oltralpe sino alla Prima Guerra Mondiale; in seguito all'istituzione del Mandato, la competenza legislativa fu ripartita tra l'Autorità Mandataria e quelle locali. Il *Conseiller législatif du Haut Commissariat* veniva consultato direttamente dal Governo Libanese. Tutti questi fattori avevano creato un clima assai favorevole alla ricezione del diritto francese, al punto che la redazione del Codice fu affidata a giuristi e magistrati francesi.

vello di formante legale. Se la francofonia ha fatto sì che la dottrina e la giurisprudenza libanese abbiano naturalmente guardato agli omologhi formanti francesi, i redattori di codici e leggi non potevano non tener conto delle soluzioni legislative più avanzate dell'epoca, fra le quali rientravano, sovente, quelle italiane.

Così nel 1932 venne emanato il *qānūn al-mugibāt wa al-‘uqūd*, o Codice delle Obbligazioni e dei Contratti, destinato a ricoprire le materie già disciplinate dalla *meçelle ahkām ‘adliyye*, la prima condensazione di diritto privato di scuola hanafita emanata nell'Impero ottomano del quale faceva parte il Libano. Rimasero fuori dalla regolamentazione codicistica, per essere affidati a una legge speciale, la disciplina della proprietà immobiliare, la sua registrazione ed immatricolazione, così come i diritti reali in genere. Nel Codice Obbligazioni e Contratti libanese vennero innestate molte parti del noto progetto misto italo-francese sulle obbligazioni e contratti del 1927, frutto dell'impulso di Vittorio Scialoja, progetto mai entrato in vigore, ma ritenuto un notevole prodotto di ingegneria giuridica dell'epoca e utilizzato come modello per la redazione di altri codici europei (Polonia, Romania, ecc.).

Il Codice delle Obbligazioni e dei Contratti, come chiaramente mette in evidenza nella nota illustrativa il Vice Presidente del Comitato consultivo legislativo, il primo Presidente delle camere miste della Corte d'Appello e di Cassazione, il francese Marcel Deis, è all'epoca uno dei testi legislativi più aggiornati e moderni. Non si tratta della solita affermazione di stile che accompagna ad ogni latitudine l'emanazione di un nuovo testo legislativo, ma l'enunciato corrispondeva a verità, poiché nel nuovo testo confluì tutta l'esperienza della civilistica italiana e francese dell'epoca: ad un progetto iniziale del magistrato francese Ripers, che aveva ricevuto tale incarico fin dal 1925, apportò profonde e importanti modificazioni l'illustre civilista e comparatista francese Louis Josserand il quale, avendo fatto parte della Prima Commissione mista italo-francese (composta, lo si ricordi, da altri illustri giuristi italiani come Ascoli e Bonfante e per i francesi Ripert e Capitant) che aveva redatto il cosiddetto Progetto Scialoja, utilizzò ampiamente quest'ultimo.

Il Libano volle così seguire l'esempio 'illuminato' delle Nazioni occidentali e di quelle a sé più vicine geograficamente, come la Turchia e l'Egitto, al fine di contribuire *à la prospérité matérielle et à la grandeur morale du pays*. Nell'intento di raggiungere questo scopo, il legislatore libanese partì dal presupposto che il nuovo Codice dovesse reggersi su una perfetta armonia tra i principi nuovi apportati dall'imitazione di modelli europei, la legislazione generale del Paese e gli usi locali³; in questo senso si riteneva che un Codice delle Ob-

bligazioni e dei Contratti privo di disposizioni generali, com'era il caso della *meçelle* ottomana, non avrebbe mai potuto raggiungere il suo obiettivo ed essere uno strumento efficace di coesione sociale ed economica. Nel *plan d'ensemble* dell'*Avant-Propos* questo pensiero viene sviluppato: «Tutta la Prima parte del Codice (gli articoli da 1 a 371 incluso) seguono il modello internazionale. Questo è ugualmente il metodo seguito nel codice internazionale⁴». Il «code international» sopra citato altro non è, dunque, che il Progetto Scialoja, il *Projet de code des obligations et des contrats commun à la France et à l'Italie*, qui elevato a fonte di riferimento per tutto l'impianto dei principi delle obbligazioni in generale⁵.

È così, nel Codice libanese, la definizione di obbligazione (art. 1), ignota alla tradizione giuridica islamica, è ripresa dal progetto Scialoja. Analogamente, nella Prima parte del Codice, il libro I sulle diverse categorie di obbligazioni (*al-mugibāt*) (artt. 2-118); il libro II sulle fonti delle obbligazioni (*masādir al-mugibāt*) (artt. 119-248); il libro III sugli effetti (*al-natā'ig*) (artt. 249-278); il libro IV sul trasferimento (*al-naql*) (artt. 279-289); il libro V sull'estinzione (*al-suqūt*) (artt. 290-361); e il libro VII sulle regole di interpretazione degli atti giuridici (*qawā'id tafsi'r al-'amāl al-qānūniyya*) (artt. 366-371), sono largamente e pedissequamente tratti dal progetto Scialoja, anche se vennero apportate marginali modifiche con l'introduzione di regole di origine sciaraitica ad opera del giurista Choucri Cardahi, presidente della Corte di Cassazione libanese al quale era stato sottoposto il progetto per un'ulteriore revisione. Va detto che gli articoli 122 e 124 del COC libanese riprendono alla lettera gli articoli 75 e 74-2 del Progetto Scialoja in materia di responsabilità degli incapaci e di abuso del diritto. Proprio il tema dell'abuso del diritto (*abus du droit*) caro alla riflessione comparatistica francese, costituisce un'ottima cartina tornasole per stabilire l'italianità delle soluzioni adottate nel Codice.

A quanti potrebbero obiettare la soggezione dei giuristi italiani ai colleghi francesi, come sostenne all'epoca il Betti, si potrebbe rispondere con le parole di de Ruggiero in un articolo apparso sulla Rivista di Diritto Civile dell'epoca, nel quale si sottolineava che nel Progetto veniva utilizzata all'art. 74 non l'ambigua formula voluta dai

³ *Avant-Propos*, par. II.

⁴ *Ivi*, par IV-1.

⁵ Tra gli Autori italiani che si sono interessati di obbligazioni in generale nel modello libanese, si veda A. D'EMILIA, *Le varie specie di obbligazioni nel codice libanese*, in *Scritti di diritto islamico*, raccolti a cura di Francesco Castro, Roma, 1976, pp. 493-502.

francesi *abus de droit*, ma quella secondo cui è tenuto a risarcire il danno chiunque abbia ecceduto nell'esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede o dallo scopo per cui tale diritto gli fu riconosciuto. Ebbene, scrive de Ruggiero è evidente che una simile innovazione fu dovuta al grande Maestro Vittorio Scialoja. È singolare che tale formulazione venga ripresa pedissequamente nel Codice libanese: in sede di revisione fu ritenuta da Cardahi maggiormente conforme allo spirito del diritto islamico di quanto non lo fosse l'ambigua formulazione francese di *abus du droit*.

Va detto, invece, che la disciplina dei contratti contenuta nella seconda Parte del Codice risente maggiormente dell'impostazione francese e meno del progetto Scialoja: fa eccezione il contratto di donazione (*hiba*) (artt. 504-532) il quale contrariamente al Code Civil, così come voluto da Scialoja e dai giuristi italiani della Commissione del progetto misto, era inserito nei contratti.

Anche in questa parte del Codice, però, è riscontrabile una certa influenza del modello islamico, come ad esempio in materia di contratti agrari i quali furono rimodellati sui parametri più vicini alla tradizione sciaraitica soprattutto per quel che concerne la divisione delle quote.

In conclusione, il Codice delle Obbligazioni e dei Contratti libanese, del quale si celebra quest'anno l'ottuagenario, è sì di modello francese, ma molte sono le parti che meritano di essere studiate per scovare delle similitudini con (per non dire influenze del) il diritto italiano.

È però il Codice di Commercio del 1942 a presentare le maggiori influenze del diritto italiano. Nel 1942 venne emanato il *qānūn al-tiġiāra* o Codice di Commercio Terrestre, eclettico nelle sue fonti, ma con importanti innesti del diritto italiano in molte delle sue parti. Al Codice di Commercio libanese ha arriso un'incredibile fortuna nei paesi arabi tanto da essere ritenuto un vero e proprio prototipo, una sorta di «Codice di Commercio arabo», sicché, suo tramite, attraverso la circolazione del modello e la recezione spontanea da parte dei vari stati arabi sia nordafricani, sia mediorientali, che andavano via via guadagnando l'indipendenza dalle potenze coloniali, il diritto italiano in materia commerciale è penetrato negli ordinamenti di questi paesi ed è ivi ancora saldamente affermato.

Il Codice, il cui progetto preliminare fu opera di due giuristi francesi dell'Università di Lione, consta di ben 688 articoli, ripartiti in cinque libri. Il progetto finale, messo a punto dal Comitato consultivo legislativo è, come tutti i testi di quel periodo eclettico: non vi mancano influenze portoghesi, spagnole, rumene ma principalmente italiane. D'ispirazione italiana erano alcune norme di tipo corporativo,

modellate su quelle fasciste che saranno contenute nel codice civile del 1942, ma che in Libano vennero emendate nel 1944 e nel 1948.

Di modello italiano è la normativa relativa al concordato preventivo (*al-sulh al-ihyāṭī* o *al-wāqī*) che riproduce *ad litteram* (variano soltanto le percentuali contenute negli articoli 459-488) la legge italiana n. 197 del 24.5.1903 che modificava la normativa fallimentare e concorsuale contenuta nel Codice di Commercio del 1882. Per un curioso fenomeno, la dottrina libanese dell'epoca, ignorando l'origine italiana dell'istituto e nell'impossibilità di rifarsi a quella francese, si rivolse alla dottrina belga per interpretare le suddette norme del Codice. Va però, aggiunto, che la legge italiana in parola aveva avuto fra le sue fonti, oltre all'allora più recente normativa svizzera, anche la legge belga del 30.6.1897. Come dire che, ancora una volta, la francofonia la fa da padrona!

Italiana è, per buona parte, la normativa dei contratti commerciali nominati: nella redazione del Codice libanese in esame, vennero utilizzati verosimilmente i progetti sul diritto commerciale di Cesare Vivante del 1922 e Mariano D'Amelio del 1925. Nella nota introduttiva del Codice libanese manca un espresso riferimento ai modelli italiani, ma la perfetta sovrapposizione delle soluzioni non lascia adito a dubbi.

Così, ancora una volta a titolo esemplificativo, di origine italiana è la disciplina dei contratti contenuta nel Libro III del Codice: il pegno, la commissione, la mediazione, il conto corrente e i contratti bancari; parimenti soluzioni sovrapponibili a quelle italiane sono quelle contenute nel Libro II del Codice con riferimento alle società commerciali: le società in nome collettivo, la società per azioni, le società in accomandita, le società in partecipazione e le società a responsabilità limitata (artt. 42-253). Unica innovazione rispetto al modello italiano è rappresentata dalle società a capitale variabile, che però è stata scarsamente imitata dagli altri Codici di Commercio che si sono ispirati al modello libanese e che, ad eccezione della Siria, hanno tenuto fuori della disciplina codicistica la regolamentazione del diritto societario.

Non è da escludersi che i redattori del progetto libanese, abbiano utilizzato traduzioni in francese di testi italiani predisposti per le riforme del Codice di Commercio rumeno dell'epoca.

Proprio per distaccarsi dal modello francese, la Tunisia indipendente nel 1959, per non accogliere l'istituto del *règlement judiciaire* o la *liquidation judiciaire*, recepirà dal Codice libanese l'istituto italiano del concordato preventivo e si avrà, così, un'ulteriore diffusione del modello italiano.

Il Codice di Commercio libanese è, come detto, un testo al quale

ha arriso una grande fortuna: è stato in tutto o in parte recepito da Siria (1949); Giordania (1966), Tunisia (1959), Algeria (1966), Kuwayt (1960) e 1980, Qatar (1971), Yemen del Nord (1976), Bahrayn (1982). È anche servito – evidentemente nella recensione siriana – per la preparazione di un Codice di Commercio unificato della RAU (unione tra Egitto e Siria dal 1958 al 1961) mai entrato in vigore, ma utilizzato ampiamente da giuristi arabi, e egiziani in particolare, per la redazione di testi nell'ultimo quarto del secolo scorso, specialmente per quello del Kuwayt 1960 e dei suoi derivati.

Per dovere di completezza va segnalato anche il *qānūn al-tigiāra al-babriyya* o Codice di Commercio Marittimo del 1947 anch'esso destinato ad assumere la posizione centrale che fino ad allora aveva avuto l'ottomano *qanun-i ticiaret-i babriyye*, il Codice di Commercio Marittimo ottomano. In questo Codice, per la verità, sembrano essere molto pochi gli influssi diretti del diritto italiano. Non è da escludersi, però, secondo Francesco Castro, che il coevo Codice della Navigazione possa aver ispirato alcune regole in materia di responsabilità dell'armatore e dei contratti marittimi. Sono infatti riscontrabili molti parallelismi nelle soluzioni adottate nei due Codici; del resto, nella materia è difficile innovare e individuare un certo grado di originalità perché si è giunti ad un tale grado di uniformità spontanea che risulta arduo stabilire quale sia il modello e cosa si sia recepito da chi.

Un'ultima annotazione sul Libano. L'influenza del diritto civile italiano si manifesta attualmente anche sotto altre forme, più occulte, ma non per questo irrilevanti.

Una speciale attenzione merita l'aspetto della formazione dei giuristi religiosi libanesi, in particolare dei padri maroniti presso le Università cattoliche, in considerazione dell'importanza della dimensione religiosa in Libano e della spartizione – proprio su base religiosa – delle cariche pubbliche, prevista dalla Costituzione libanese. Sono, infatti, numerosi gli studenti libanesi formati presso le Università pontificie ed in particolare presso l'Università lateranense per il conseguimento della laurea in *utroque jure*. I percorsi didattici prevedono tutti lo studio – per quel che riguarda lo *jus civilis* – di testi e commentari della dottrina italiana.

3. *Le influenze del diritto italiano in Afghanistan*

Come accennato, l'Italia all'indomani del rovesciamento del regime dei Taliban nel 2001 venne prescelta dalla comunità internazionale come *lead country* per la ricostruzione dell'ordinamento giudi-

ziario. Tra inevitabili errori e lentezze di ordine burocratico, si può affermare che molto è stato fatto nell'opera di ricostruzione del settore giustizia anche con il supporto del Governo italiano, non soltanto in termini di finanziamento economico ma soprattutto attraverso l'invio di esperti giuristi che potessero sviluppare in collaborazione con le Autorità locali, piani strategici di riforma dell'ordinamento.

In particolare, elemento prioritario dell'attività della Cooperazione italiana che dal 2005 supporta il Ministero della Giustizia, la Procura Generale e la Corte Suprema, è stato il supporto nell'applicazione delle riforme contenute nel documento conosciuto come ANDS – Afghan National Development Strategy – elaborato di concerto con il Governo afgano. In tale contesto, nel luglio del 2007 si tenne, presso il Ministero degli Affari Esteri a Roma, una Conferenza internazionale sulla «*Rule of law in Afghanistan*» organizzata dai Governi italiano e afgano con la copresidenza delle Nazioni Unite, avente l'obiettivo di disegnare un itinerario preciso per il futuro del settore giudiziario.

Difficile ripercorrere le tappe dell'impegno italiano in uno dei settori d'intervento maggiormente significativi dell'aiuto all'Afghanistan. Sommariamente, si può affermare che le iniziative nel corso di questi undici anni si sono concentrate su quattro principali obiettivi: innanzitutto, l'assistenza alla riforma del Codice di Procedura Penale. Si è trattato, per la verità, di una vera e propria opera di codificazione: agli iniziali incontri della commissione istituita *ad hoc*, composta da giuristi afgani e internazionali, si sostituì ben presto l'opera e l'ingegno di un magistrato italiano, il dott. Giuseppe Di Gennaro, il quale poteva vantare l'esperienza di cooperazione internazionale in Albania. Il Codice di Procedura Penale *ad interim*⁶ del 2004, redatto in inglese e successivamente tradotto in dari e pashito, è ancora in vigore. Si tratta di un Codice snello composto da un centinaio di articoli, modellato sugli standard internazionali, ma che risente anche, ovviamente, dell'esperienza italiana, come ad esempio nell'impianto misto accusatorio-inquisitorio ripreso dal nostro codice vigente o nella valutazione degli elementi probatori da parte del giudice. Criticato dai giuristi americani perché ritenuto troppo lontano dai modelli statunitensi e, allo stesso tempo, accolto con poco entusiasmo dai giuristi afgani avvezzi al vecchio codice di modello franco-egiziano⁷, il Codice Di Gennaro,

⁶ J. JUPP, *Legal Transplants as Solutions for Post-Intervention Criminal Law Reform: Afghanistan's Interim Criminal Procedure Code 2004*, in *Am. J. Comp. Law*, 61 (2013), pp. 51-91.

⁷ Per una critica del Codice e più in generale dell'opera di ricostruzione del-

come viene indicato brevemente negli ambienti giudiziari, ha dimostrato di essere uno strumento agile ed efficace per la celebrazione dei numerosi processi che affollano le aule dei tribunali afgani, nella confusa situazione in cui versa il paese.

Un secondo settore di intervento della Cooperazione italiana è relativo alla formazione degli operatori di settore (principalmente magistrati, procuratori, qualche avvocato)⁸ e, al rafforzamento delle istituzioni giudiziarie, con specifica attenzione alla giustizia minorile (due funzionari italiani e un magistrato avevano redatto nel 2006 per conto di UNIFEM e UNODC il Codice della Giustizia Minorile avendo sott'occhio come modello di riferimento la legislazione italiana in materia) e di genere, nonché ai diritti dei non abbienti⁹.

Anche la ricostruzione delle infrastrutture penitenziarie e giudiziarie in generale con la formazione del personale addetto ha costituito un terzo importante obiettivo della cooperazione italiana.

Ma è il settore dell'assistenza universitaria per le Facoltà giuridiche che merita di essere segnalata, in particolare per il supporto italiano nei programmi di sostegno alle Università afgane nel processo di revisione dei piani di studio universitari.

Alcune significative riforme sono state, infatti, apportate nella revisione dei piani di studio della Facoltà di *huquq wa 'ulūm syāsiyya* di Kabul¹⁰ e di altre Facoltà pilota (Herat, Mazar-e Sharif, Jalalabad) inserendo, sulla scorta degli omologhi piani di studio delle Università di Torino, Trento, Milano, molte discipline comparatistiche (sia privatistiche che pubblicistiche). Così, è stato introdotto nelle Facoltà afgane lo studio di sistemi giuridici comparati, del diritto privato comparato, del diritto costituzionale comparato, del diritto penale comparato. La successiva formazione dei (giovani!) docenti è avvenuta sia in loco con corsi predisposti *ad hoc*, sia in Italia, principalmente presso l'Università di Bologna, con grande disappunto delle autorità statu-

l'ordinamento afgano, mi permetto di rinviare al mio saggio *Lost in trasplantation: la misurazione dello Stato di Diritto in Afghanistan*, in *Annuario dir. comp.*, 2012, pp. 195-238.

⁸ Fra i corsi di formazione per personale giudiziario mi permetto di segnalare anche il corso HELDA (High Education Legal Disciplines for Afghanistan) della durata di un anno tenutosi presso l'Università di Roma «Tor Vergata» nel corso dell'a.a. 2010-2011, diretto a venti magistrati afgani (e un professore della Facoltà di Shari'a). Il corso ha visto la partecipazione fra i docenti di alcuni comparatisti soci della SIRD.

⁹ Il diritto alla difesa d'ufficio sul modello italiano è stato fortemente sostenuto nelle varie sedi istituzionali dai rappresentanti italiani contro il modello statunitense.

¹⁰ Il sottoscritto ha avuto l'onore di presiedere tra il 2004 e il 2005 il Comitato di professori incaricato dal Ministro dell'Università della revisione dei piani di studio delle Facoltà giuridiche afgane.

nitensi che speravano di convogliare i giovani professori nelle prestigiose Università americane. Fallito ogni tentativo di imporre modelli e stilemi americani almeno nelle Università, più vicine ai modelli continentali, il Governo americano allora presieduto da George W. Bush, ha ritenuto di fondare all'interno del campus di Kabul un'Università americana. L'edificio sorge proprio di fronte al mausoleo di Gamal al-Din al-Afghani, irredentista che tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del novecento, si batteva per la liberazione delle terre musulmane colonizzate dall'Occidente e considerato per molti aspetti il primo terrorista islamico! Ironia della sorte. E a proposito di sorte beffarda, voglio approfittare di queste pagine per ricordare (ed è, purtroppo, l'unico modo che ho per renderle un doveroso omaggio) una giovane, valorosa, professoressa afgana, l'unica donna giurista ad uscire dal paese dopo la lunga parentesi venticinquennale del conflitto civile. Si chiamava Hamida Barmaki, civilista, docente di istituzioni di diritto privato a Kabul, che aveva deciso di venire a studiare in Italia, a Bologna, insieme alla sua famiglia composta di 4 figli (che avevano rapidamente appreso l'italiano) e il marito. Hamida conseguì il Master in Law and Development, con una tesi in Diritto comparato. Tornata in patria nel 2008, le venne affidata la Cattedra di Diritto civile e comparato (*qānūn madani moqayyazê*). La Professoressa Barmaki era entusiasta dell'interesse suscitato fra i suoi studenti. Purtroppo, per una sorte terribile che sembra accanirsi in Afghanistan sugli spiriti liberi e volenterosi, due anni dopo il suo rientro a Kabul Hamida Barmaki ha perso la vita, insieme a tutta la sua famiglia, in un tragico attentato in un noto supermercato del centro città¹¹.

4. La Libia da colonia a *gamahirihyya*

Non tratterò volutamente, per motivi di tempo, dell'imposizione del modello italiano in Libia durante il periodo coloniale (1911-1943) e dell'estensione del modello metropolitano durante l'occupazione. Le tristi pagine della storia (anche giuridica) libica di quel periodo attendono ancora di essere riscritte con chiarezza ed onestà intellettuale.

Mi soffermerò invece, sulla Libia indipendente. Uscita da un periodo di amministrazione controllata anglo-francese (la Cirenaica ricadeva sotto il dominio della Corona inglese, mentre la Tripolitania

¹¹ Di fronte alle atrocità che ancora imperversano in questo martoriato paese, non rimane altro che sperare. *Migozarad!* Passerà!... come recitava una scritta in rosso su un muro di una vecchia chaikhané di Fayzabad.

e il Fezzan erano sotto l'influenza francese) che dalla metà del 1943 si era sostituita a quella militare italiana, la Libia divenne indipendente nel 1951 sotto la guida di Re Idris al-sanussi. Il paese si orientò verso il modello giuridico egiziano, anche se per circa un decennio era rimasta in vigore la legislazione coloniale italiana così che può affermarsi che anche la Libia abbia vissuto per un breve periodo l'esperienza del nostro Codice Civile; questo venne formalmente abrogato col decreto 12 *rabi awal* 1373 / 28 novembre 1953 e sostituito dal nuovo Codice Civile (*qānūn al-madani*) di modello egiziano (praticamente una fotocopia se si considera che rispetto a quello egiziano variano soltanto due articoli).

Va da sé che, seppure esigua, la classe di giuristi libici dell'epoca risentì dell'influenza italiana nel periodo di vigenza dei codici nazionali.

Purtroppo mancano sia i lavori preparatori sia i progetti dei nuovi Codici libici; anche la documentazione archivistica è scarsa e frammentaria: molti documenti conservati al Public Record Office di Londra, nelle sezioni War Office e Colonial Office, sono ancora coperti dal segreto, gli archivi di Aix-en-Provence mi sono rimasti inaccessibili, e così poco sappiamo di una commissione libico-anglo-italo-libanese che fu poi sostituita da una commissione libico-egiziana presieduta dal celebre giurista al-Sanhuri. La prima commissione (nella quale aveva partecipato quale giurista italiano forse Asquini) aveva predisposto i progetti di un codice civile e di un codice di commercio: il primo venne accantonato, mentre il secondo, come vedremo per l'impossibilità di adottare un testo moderno egiziano, venne conservato e diventò il Codice di Commercio libico ancora parzialmente vigente e nel quale sono molto forti le resistenze del diritto italiano.

Il Codice Civile libico è dunque il più vicino al modello egiziano¹²: va detto tuttavia che alcuni articoli, per l'esattezza 23 su 1151 sono la traduzione in arabo di articoli del nostro codice civile. Così gli articoli 507-513 libici corrispondono ai nostri 2256-2260 in materia di amministrazione disgiuntiva e congiuntiva, revoca della facoltà di amministrare; gli articoli 517-530 ai nostri 2267-2273 in materia di responsabilità delle obbligazioni sociali, escussione preventiva del patrimonio sociale, creditore particolare del socio, cause di scioglimento della società e proroga tacita, così come lo scioglimento dei rapporti sociali limitatamente ad un socio per morte, recesso, esclusione, liquidazione della quota del socio assente 2284-2289, l'art. 531 è il nostro 2274 relativo ai poteri degli amministratori dopo lo scioglimento;

¹² M.O. ANSELL, I. MASSAUD AL-ARIF, *The Libyan civil code an English translation and a comparison with the Egyptian civil code*, Oleander Press, 1972.

l'art. 535 è il 2281 sulla restituzione dei beni conferiti in godimento; il 695 libico è il nostro 2119 sul recesso per giusta causa e, infine, il 1053 libico è il nostro 2817 che detta la disciplina dell'ipoteca legale.

Oltre al Codice di Commercio terrestre, secondo la tradizione giuridica dei paesi arabi, anche un eclettico Codice di Commercio Marittimo denominato ufficialmente *q,n°n babri* (Codice marittimo) fu promulgato il 21 rabi awal 1373 / 28 novembre 1953¹³ e venne così ad abrogare il vecchio Codice per la Marina Mercantile della Tripolitania e della Cirenaica in vigore dal 22 maggio del 1913, ossia all'indomani della conquista militare da parte italiana.

Come si accennava, è soprattutto nel Codice di Commercio (*qa-nun al-tigiara*) del 1953 che i modelli normativi italiani persistono. Questo testo è di particolare interesse per il comparatista italiano giacché è – quasi per intero – una traduzione in arabo di testi italiani¹⁴. Vediamo brevemente, secondo l'ordine delle materie, quali sono le fonti italiane. Il Codice di Commercio libico del 1953 consta di 913 articoli, ripartiti in sette libri (questa è una peculiarità del codice libico). Di questi solo una quarantina sono opera della commissione incaricata della sua redazione.

Così nel Libro I, gli articoli da 5 a 9 sul commerciante e gli atti del commercio riproducono gli artt. 3-8 del c.co. italiano del 1882. Gli articoli (dal 15 al 20) relativi al mandato commerciale corrispondono agli articoli (349, 350, 356-357, 359) del medesimo codice italiano. Gli articoli libici (dal 21 al 26) sull'istitutore sono la copia di quelli italiani (artt. 360-363, 365, 367-373 c.co. 1882). Dall'art. 33 s'inizia la corrispondenza con il vigente nostro c.c.: gli artt. 33-37 sulla commissione recepiscono con qualche adattamento gli articoli 1733-1734, 1736 italiani; gli artt. 34-41 in materia di agenzia commerciale gli articoli 1742-1745, 1748-1750; i libici 45-46 sulla mediazione corrispondono agli artt. 1754-1765; il 57 corrisponde al nostro 2213. Particolarmente interessante è l'art. 66 libico che contiene la definizione di *mahall*, in armonia con gli altri codici di commercio dei paesi arabi innestando, dopo il primo comma del nostro 2555 (nozione di azienda), il corrispondente articolo siriano sul *fond de commerce /mahall*. Sempre di provenienza italiana sono le norme sulla ditta (73-75 lib. = 2563-2565 c.c. it.) e sul marchio (76-81 lib. = 2569-2574 c.c. it.).

La fonte del II Libro del codice di commercio, in materia di con-

¹³ Si veda il testo tradotto in italiano con introduzione e note, curato dal sottoscritto: *Il codice marittimo della Libia*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1999.

¹⁴ Sul punto si veda l'impareggiabile saggio di F. CASTRO, *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei. Appunti sulla circolazione dei modelli normativi*, in *Riv. dir. civ.*, I (1985), pp. 377-447.

tratti commerciali in generale e di alcuni contratti in particolare (alcuni tipi di vendita, appalto, trasporto, deposito, conto corrente, artt. 94-222) è per intero il nostro Libro IV del codice civile (artt. 1510 e seguenti).

Il Libro III è dedicato alle operazioni di banca (operazioni bancarie, cassette di sicurezza, apertura di credito, anticipazioni su pegno, operazioni di conto corrente, sconto) la cui fonte sono gli articoli 1834 e ss del c.c. it. vigente.

Il Libro IV dei titoli di credito (disposizioni generali, titoli al portatore, titoli all'ordine, titoli nominativi, cambiale, tratta, vaglia cambiario, assegno: artt. 249-441) ha per fonte gli artt. 1992 e seguenti del Codice Civile italiano. Per la cambiale e l'assegno viene recepita la recensione italiana delle due convenzioni di Ginevra, e cioè il r.d. 14.12.1933 n. 1669 e r.d. 21.12.1933 n. 1736.

La Libia è così l'unico paese arabo, tra quelli che hanno aderito alla Convenzione di Ginevra in materia cambiaria, che non richiede per la cambiale il rapporto di provvista come quelli che hanno adottato il testo originale della Convenzione o la recensione francese.

Il Libro V tratta delle società commerciali (artt. 442-706). Sono previsti i tipi di società presenti nel nostro ordinamento, compresa l'associazione in partecipazione che è denominata società (*sharika*). Le norme relative alle cooperative sono state, successivamente all'emanazione del codice, integrate da una legge speciale, oggi abrogata. Fonte del Libro è parte del Libro V del nostro c.c. Una particolarità è data dalla previsione secondo la quale «le società di mutue assicurazioni e il consorzio» (*kunsurziium*) – qui si noti il calco linguistico sull'italiano – sono regolati da leggi speciali.

Va da sé che gli articoli del Codice Civile italiano hanno subito qua e là degli accomodamenti e lievi modifiche (anche per meglio adattarsi alle esigenze linguistiche dell'arabo), nonché l'inserimento di importanti modifiche come quella relativa al decreto governativo di costituzione per le società per azioni. Le norme relative alle società di persone furono di fatto abrogate durante il periodo della Gamahiriyya, a seguito delle limitazioni per i privati di svolgere il commercio, unitamente ai divieti di praticare l'interesse nelle operazioni commerciali, in ossequio alla tradizione sciaraitica che il Colonnello Gheddafi aveva avviato negli anni '70 nell'intento di imprimere una netta impronta islamica alla società libica (dello stesso periodo sono le norme statali sui reati di *zina*, *qadhaf*, furto e divieto di sostanze alcoliche). Le norme sulle società di capitali sono state modificate a più riprese. Le principali modifiche in senso socialista (i modelli di tali emendamenti sono da ricercarsi nella legislazione dei paesi socialisti ed in particolare i modelli sovietici sulle società e quelli jugoslavi

per quel che riguarda le organizzazioni del lavoro associato) sono state apportate con la statalizzazione e la creazione di imprese e società autogestite, denominate *munsha'at* alle quali è stato affidato nel corso degli anni '70 e '80 'l'esercizio di attività, industriali, commerciali o di servizi' precedentemente gestite dalle società private, fossero esse di persone o di capitali; nonché dalle successive *tašarrukiyyāt*, società autogestite, destinate al settore dell'artigianato e delle piccole imprese.

Infine il Libro VI sul concordato preventivo e sul fallimento (artt. 707-913) è largamente ispirato alla legge fallimentare italiana (d.r. 16.3.1942 n. 267), così come già era avvenuto per il Codice di Commercio libanese e i suoi derivati. Poco conta che per lungo tempo, durante il periodo della Gamahiriyya araba popolare socialista, introdotta a seguito della Terza Teoria (*nazāriyya 'ālamīyya al-thālitha*), vi fosse stata la pressoché totale eliminazione del commercio privato e fossero divenute inutili e superflue tutte le norme societarie e quelle in materia fallimentare e di concordato preventivo, giacché la collettivizzazione delle imprese non le rendeva soggette a fallimento. Tramontata l'esperienza gheddafiana, nell'attuale periodo di transizione si assiste ad una piena riespansione del modello italiano originale per quel che riguarda il diritto commerciale, almeno teoricamente.

Non può, infine, non considerarsi l'influenza del modello italiano in Libia, per quel che riguarda il diritto penale. Anche per la redazione dei progetti dei codici penale e di procedura penale era stata investita una Commissione alla quale il guardasigilli Fathi Kikhya aveva indicato come modello il Codice penale egiziano del 1937. Tuttavia, della Commissione faceva parte il magistrato italiano Vito Gianturco il quale ebbe l'incarico della revisione del testo definitivo del progetto di codice penale e dell'elaborazione del progetto di codice di procedura penale. Si legge nella relazione introduttiva: «La Commissione per quanto possibile ha seguito le tracce del codice penale egiziano discostandosene in quelle parti che essendo ricalcate sul vecchio sistema francese (Codice del 1810), apparivano manifestamente arcaiche e superate dagli sviluppi della scienza del diritto penale e della moderna criminologia, tenendo conto delle più moderne codificazioni degli altri stati arabi (Siria, Iraq) e delle più evolute legislazioni degli stati del bacino del Mediterraneo»¹⁵. Fra queste sicuramente rientravano quelle offerte dal modello italiano. Il prestigio di cui godeva il codice Rocco, unitamente alla formazione nelle Università italiane delle élites libiche, rese gioco facile a Gianturco nella

¹⁵ V. GIANTURCO, *Relazione sul progetto del codice penale libico e note esplicative del codice di procedura penale per la Libia*, Tripoli, 1954.

revisione del progetto codice e favorì l'introduzione di molte parti del codice penale italiano. Non è possibile in questa sede, ovviamente, soffermarsi sui singoli dettagli, ma quel che si può dire è che la sistemática è tributaria del modello italiano.

Come si legge nella relazione introduttiva, i quattro titoli di cui si compone il Codice (parte generale del sistema penale e delle misure di sicurezza, i reati contro la cosa pubblica, i reati contro la persona, le contravvenzioni) si suddividono in sezioni, ove meglio si specifica l'obiettivo della *species delictorum*; ogni articolo ha la sua rubrica che riassume le singole fattispecie e dà loro il *nomen juris* più adeguato. Tanto la *saedes materie* quanto la rubrica dell'articolo offrono indubbiamente all'interprete criteri sicuri di orientamento interpretativo.

Anche nei principi è forte l'impronta del modello italiano. Così, ad esempio, tra le regole generali nel Capo I è affermato il principio della riserva della legge penale: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Sono poi disciplinati sul modello italiano i casi di successione delle leggi penali, l'ovvia previsione del *favor libertatis*, la sfera di applicazione della legge penale estesa anche ai reati commessi all'estero, l'esplicito divieto del *ne bis in idem*. È, inoltre, previsto l'istituto dell'estradizione che è concessa solo ricorrendo una serie di condizioni previste dall'art. 9. È posta la regola, infine, che tutte le norme contenute nella Parte Generale del Codice si applicano, in difetto di espresse statuizioni contrarie, a tutte le infrazioni previste in leggi speciali o regolamenti speciali, e si riafferma il principio che *lex specialis derogat generali*. Soprattutto, è la stessa finalità emendativa della pena che viene ripresa dal modello italiano all'art.40 perché la commissione reputò necessario non solo reprimere, ma anche prevenire: accanto alla pena si è così sviluppato l'istituto delle misure di sicurezza inteso alla prevenzione dei reati nei confronti di persone riconosciute dal giudice come pericolose.

Va considerato, infine, che la prima Università libica fu quella di Gar Younes, Bengasi, del 1951, oggi semplicemente ridenominata Università di Bengasi, nella cui Facoltà di Giurisprudenza (*kullyat al-huqūq*), considerata ancora la più autorevole del paese, le materie penali venivano insegnate da professori formati negli anni '70 presso le Facoltà italiane, principalmente alla scuola di Delogu, nell'Università La Sapienza di Roma o nell'Università di Napoli (in quegli anni si sono formati in Italia ben quattro docenti di diritto penale¹⁶ nonché un paio di avvocati). Un indizio importante e partico-

¹⁶ Bara'a, el-Benghazi, el-Gehani, Mesrati.

larmente significativo di tale interazione con la dottrina penalistica italiana è costituito dalla presenza, sugli scaffali della nutrita biblioteca della Facoltà giuridica bengasina, di opere in lingua italiana della dottrina dell'epoca (Bricola, Gallo, Delogu, Pisapia, Antolisei), ma anche di Enciclopedie giuridiche (UTET) e abbonamenti a Riviste giuridiche italiane.

Va segnalato, infine, che il Governo libico, anche negli anni delle difficili relazioni politico-diplomatiche con l'Italia, ha sempre sostenuto i contatti scientifici con le Istituzioni e gli Enti di Ricerca del nostro paese e così dal 1994 ininterrottamente sino ad oggi, almeno un paio di studenti ogni anno sono stati inviati dalle Università libiche presso l'Università di Roma Tor Vergata per apprendere l'italiano e frequentare corsi *post-lauream* (master e dottorato di ricerca in diritto comparato). Molte tesi di dottorato hanno riguardato proprio la comparazione tra il diritto libico e quello italiano, nei più svariati ambiti del diritto, ma con uno sguardo privilegiato al diritto privato e al diritto penale. Nell'ambito del Dottorato, notevole è stato l'interscambio annuale di professori fra le Università italiane e quelle libiche. La maggior parte dei dottori di ricerca libici, una volta rientrati in patria, vengono naturalmente avviati alla carriera universitaria o inseriti nelle posizioni apicali dell'amministrazione giudiziaria. Certo, è troppo presto per raccogliere il frutto, ma è una piccola, significativa testimonianza della necessità avvertita dalle istituzioni di entrambi i paesi che «la quarta sponda» non rimanga soltanto il primo partner commerciale dell'Italia.

In un momento di così difficile transizione post-rivoluzionaria della quale non si riescono ad intravedere con certezza gli esiti, occorre dunque, a mio avviso, intensificare gli sforzi della cooperazione scientifica sul piano giuridico, non in virtù di uno spirito neocolonialista che ambisca all'exportazione del modello italiano, ma perché quest'ultimo, come si è cercato di ricordare sommariamente in questa sede, costituisce parte integrante dell'ordinamento libico e contiene in sé molti elementi utili all'edificazione di un autentico Stato di diritto e di una nuova e più libera società libica.

ROBERTA ALUFFI BECK PECCOZ

*Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Tunisia e Marocco**

SOMMARIO: 1. La figura di David Santillana. – 2. David Santillana e la redazione dell'*Avant-Projet*. – 3. L'*Avant-Projet* e il dibattito italiano sul codice unico. – 4. Il codice unico e l'esperienza tunisina. – 5. Jeanne Ladjili-Mouchette e la dimensione mediterranea della storia del diritto.

Perché accoppiare Tunisia e Marocco nella ricognizione delle influenze del modello giuridico italiano? Perché non limitarsi a uno dei due paesi, o non aggiungere loro l'Algeria, come spesso accade, a completamento del Nord Africa francofono? La ragione è chiara. Il pensiero va infatti immediatamente a David Santillana, indimenticato maestro di diritto musulmano alla Sapienza di Roma, e al ruolo da lui svolto nella redazione del *Code des obligations et des contrats* tunisino del 1906, destinato a essere adottato in Marocco nel 1913.

1. *La figura di David Santillana*

L'italianità di David Santillana non è tuttavia sempre scontata, come risulta dalla lettura degli autori tunisini, che talora lo presentano come tunisino¹. Effettivamente non c'è dubbio che, se nel 1896 David San-

* Desidero ringraziare i colleghi torinesi Gian Savino Pene Vidari, Roberto Weigmann, Fausto Goria e Michele Graziadei con cui ho discusso la prima idea di quest'articolo e che ne hanno reso possibile la stesura mettendo generosamente a mia disposizione, all'occorrenza, le loro biblioteche personali, nel periodo di chiusura per trasloco della biblioteca del Dipartimento. Un grazie particolare va a Pierangelo Catalano, per aver condiviso con me i suoi ricordi di Jeanne Ladjili-Mouchette.

¹ K. MEZIOU, ad esempio, afferma che la redazione del codice delle obbligazioni e dei contratti è opera di giuristi francesi e tunisini. David Santillana, non potendo in alcun caso essere considerato francese, è evidentemente ricompreso tra i tunisini (*La culture juridique et l'acculturation du droit: rapport national tunisien*, in J.A. SÁNCHEZ CORDERO (a cura di), *Rapports au XVIII^e Congrès international de droit comparé*, Washington, D.C. 2010, Électronic edition of the national reports presen-

tillana venne chiamato a far parte della Commissione incaricata della codificazione della Tunisia, fu in virtù della sua nascita (Tunisi, 1855), della sua conoscenza del diritto musulmano e del diritto tunisino in vigore prima dell'instaurazione del protettorato francese (1881) e della grande stima di cui godeva presso il Bey, in considerazione delle importanti attività da lui svolte a Tunisi. Tuttavia, da un punto di vista strettamente formale, David Santillana non era di cittadinanza tunisina: quest'ultima sarebbe stata definita per la prima volta soltanto con il *marsūm* del Bey dell'8 novembre 1921, adottato nel quadro delle legislazioni parallele.

David Santillana² nacque a Tunisi, così come suo padre Mosè e i suoi antenati da molte generazioni. La famiglia, di lontane origini spagnole, proveniva dalla Provenza e dalla Toscana, e faceva parte della comunità degli ebrei livornesi. Mosè Santillana, già protetto del Re di Sardegna, divenendo traduttore presso il consolato britannico a Tunisi passò sotto la protezione della Gran Bretagna, della quale assunse infine la cittadinanza nel 1857, due anni dopo la nascita di David. Quest'ultimo si stabilì a Roma nel 1879 per laurearsi in giurisprudenza. Fu incaricato dal governo di Roma di seguire a Londra il delicato affare Rubattino³. Praticò l'avvocatura tra l'Italia e Tunisi. Sposò un'italiana, Elena, la figlia dell'avvocato Odoardo Maggiorani, consigliere giuridico del Bey di Tunisi. Insegnò all'Università di Roma, scrisse le sue opere in italiano. Fu socio corrispondente dell'Accademia dei Lincei 1920. Morì in Italia e fu sepolto al cimitero di Castelgandolfo. La morte (1931) gli risparmiò di essere testimone e probabile vittima delle leggi razziali italiane nel 1938. D'altra parte, la definizione dell'identità tunisina come esclusivamente arabo-musulmana, proposta dalla costituzione in corso di elaborazione, non rende

ted to the XVIIIth International Congress of Comparative Law on the theme «Legal culture and legal transplants» prepared by the Isaidat Law Review for the *Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato* (SIRD), p. 5 (<http://isaidat-unix.di.unito.it/index.php/isaidat/article/viewFile/64/73>).

² G. LEVI DELLA VIDA, *David Santillana (1855-1931)*, in *Riv. St. Orient.*, 12 (1929-1930), pp. 453-461; F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 166-185; A. DRIQUECH, *Usūl qānūn al-iltizāmāt wa'l-ʿuqūd. Baht fīl-usūl al-fiqhiyya wa'l-tāʾrīhiyya*, Rabat, 1996; G.M. PICCINELLI, *Santillana, David*, in E. CORTESE, I. BIROCCHI, A. MATTONE, M. MINETTI (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Il Mulino, 2013.

³ M. PAPA, *David Santillana e la vicenda Rubattino: l'approccio di un giurista continentale al sistema di Common Law*, in M. PAPA (a cura di), *David Santillana. L'uomo e il giurista 1855/1931. Questioni di diritto tunisino*, Istituto per l'Oriente C.A. Nallino, Roma, 1999, pp. 5-22; A. BALDINETTI, *David Santillana. L'uomo e il giurista 1855/1931. Scritti inediti 1878/1920*, Istituto per l'Oriente C.A. Nallino, Roma, 1995.

giustizia a David Santillana, non riconoscendo la pluralità degli elementi che hanno contribuito alla formazione del paese.

Non si tratta ovviamente qui di una disputa tra Tunisia e Italia per contendersi una gloria nazionale. Si tratta piuttosto di evocare quel fragile cosmopolitismo destinato a essere spazzato via nazionalismi e dal colonialismo, quel cosmopolitismo che segna, a mio avviso, la concezione dell'*Avant-Projet* del codice civile e commerciale.

2. David Santillana e la redazione dell'*Avant-Projet*

La commissione costituita nel 1896, di cui David Santillana era l'unico componente estraneo all'amministrazione francese⁴, era stata incaricata di codificare la legislazione civile, commerciale e penale della Tunisia. Aveva un doppio incarico: doveva condurre l'opera di codificazione *sur le type des codes français*⁵, e, per far questo, doveva utilizzare materiali precisi. «In primo luogo», i materiali della legislazione francese «suscettibili di servire all'opera di codificazione; d'altra parte tutto ciò che nella giurisprudenza musulmana, e nella legislazione tunisina [...] poteva essere utilizzato dal punto di vista, sia dei principi del diritto moderno, sia delle condizioni attuali della società indigena».

David Santillana impresse ai lavori della Commissione una forte impronta personale, caratterizzata da una silenziosa resistenza all'esclusività dei modelli francesi. Stabilì un progetto preliminare di Codice civile e commerciale. In seguito a un esame attento di tale progetto preliminare, una sottocommissione gli affidò l'incarico di redigere l'*Avant-Projet*. Le note e il testo dell'*Avant-Projet*, così come l'*Avant-Propos* che lo introduce, sono opera personale di David Santillana.

L'*Avant-Projet* non segue fedelmente le direttive rivolte alla Commissione relativamente alle fonti di ispirazione del contenuto del codice, da un lato, e alla sua forma, dell'altro. Per quanto riguarda i materiali da utilizzare nell'opera di codificazione, David Santillana attribuisce alla sottocommissione la decisione di non «rinchiudersi esclu-

⁴ Gli altri componenti erano i sig.ri Roy, Consul de France de 1^{ère} Classe, Secrétaire général du Gouvernement tunisien, Padoux, Consul de France de 2^e Classe, Adjoint au Secrétaire général du Gouvernement tunisien, Berge, Président de Tribunal de 1^{ère} Classe, Directeur des Services judiciaires du Gouvernement Tunisien e Anterrieu, Juge au Tribunal de Tunis, Président du Tribunal mixte immobilier de Tunisie.

⁵ Tutte le citazioni tra virgolette sono tratte da D. SANTILLANA, *Avant-Propos*, in *Avant-Projet de Code Civil et Commercial*, Tunis, 1899.

sivamente nel quadro del diritto francese», ma di completarlo o modificarlo «con ciò che si può ormai chiamare il diritto europeo».

L'idea che si potesse considerare il diritto privato europeo già formato alla fine del XIX secolo può fare sorridere i giuristi europei impegnati in imprese travagliate come il *Common Frame of Reference* o la legge europea comune sulle vendite. Ma senza dubbio l'uniformazione progrediva rapidamente in alcuni settori, come il diritto «sulla cambiale, sul fallimento, sui trasporti, sulle società», che David Santillana menziona accanto ai «principi generali delle obbligazioni»⁶, dove l'uniformità era garantita dal patrimonio dello *jus commune*.

L'uniformità del diritto europeo era tanto più percettibile dall'esterno del continente. Le «grandi correnti che dominano la vita moderna», sotto la cui azione «le legislazioni particolari escono dal loro isolamento»⁷, sono le stesse che diffondono il diritto dei paesi europei ovunque nel mondo, all'apogeo dell'era del colonialismo.

L'opportunità di considerare i diritti dell'Europa nel loro insieme giustifica i riferimenti «ai lavori legislativi, assai considerevoli, che... hanno prodotto di recente il Codice federale (svizzero) delle obbligazioni, il Codice di commercio italiano, il Codice civile e commerciale tedesco, le diverse leggi inglesi in materia industriale e commerciale»⁸. I riferimenti a questi testi di legge sono utilizzati per spiegare gli scarti tra l'*Avant-projet* e il diritto francese codificato. Quando possibile, David Santillana cita anche, a sostegno delle innovazioni introdotte, la dottrina francese che, a suo parere, le avrebbe auspiccate.

3. *L'Avant-Projet e il dibattito italiano sul codice unico*

David Santillana avrebbe tuttavia cercato invano citazioni di autori francesi adatte a giustificare l'infedeltà più grande alle direttive della Commissione, cioè l'infedeltà alla struttura stessa della codificazione francese. La scelta di un codice civile e commerciale unico tradisce il modello francese di doppia codificazione, del diritto commerciale separato dal diritto civile.

Nell'*Avant-Propos*, non si legge neppure una parola a proposito della scelta, che è tuttavia assai singolare, di redigere un codice civile

⁶ *Ivi*, p. I.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

e commerciale. Da dove viene questo modello e perché è stato preferito alla soluzione francese?

Qualche anno prima, nel 1881, la Federazione elvetica aveva adottato un Codice delle obbligazioni, che l'*Avant-Propos*, non a caso, mette al primo posto nell'elenco dei testi legislativi presi in considerazione per la redazione dell'*Avant-Projet*. Ma è l'appassionato dibattito della dottrina italiana dell'ultima parte del XIX secolo che, a mio avviso, ha maggiormente influenzato la scelta di David Santilana.

A quel tempo l'Italia aderiva al modello francese di doppia codificazione del diritto privato, anche se, dal 1888, i tribunali di commercio non esistevano più. Tuttavia quest'adesione non era pacifica. L'adozione del Codice di commercio dell'Italia unificata (1865), così come quella del nuovo codice del 1882, erano state precedute da ricorrenti discussioni tra i partigiani e oppositori della separazione tra diritto civile e diritto commerciale⁹. I partigiani della separazione sottolineavano la diversa natura dei due diritti: il civile, a vocazione piuttosto municipale, il commerciale, destinato a frantumare le frontiere degli stati e a spiegarsi a livello internazionale. Gli oppositori della separazione insistevano al contrario sul carattere pervasivo del diritto commerciale che, mano a mano che l'industrializzazione avanzava, usciva dai propri limiti tradizionali, non riguardando più soltanto i commercianti, ma l'intera società. Questi giuristi erano tuttavia in disaccordo sulla soluzione da adottare: la commercializzazione del codice civile o l'adozione di un codice delle obbligazioni.

Il codice del 1882 non mise fine al dibattito, al contrario. Nel 1888, Cesare Vivante nella sua celebre *Prolusione* al corso di diritto commerciale all'Università di Bologna¹⁰ prese posizione in favore di un codice unico delle obbligazioni. Riprese poi la tesi più volte negli anni seguenti¹¹. I giuristi italiani si divisero, schierandosi gli uni dietro Vivante, gli altri contro di lui.

⁹ M. CARVALE, «Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?» *La polemica sul Codice di commercio nell'Italia liberale*, in C. ANGELICI, M. CARVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA (acura di), *Negozianti e imprenditori. 200 anni del Code de commerce*, Mondadori, Milano, 2008, pp. 81-116.

¹⁰ C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni: prolusione al corso di diritto commerciale letta nel 14 gennaio 1888 / dall'avv. Cesare Vivante*, Bologna, 1888.

¹¹ C. VIVANTE, *Ancora per un codice unico delle obbligazioni (Storia e polemica)*, Loescher, Roma, 1892; *Un code unique des obligations histoire et polemique* (traduit et annoté par V. Yseux), Rousseau, Paris, 1893; *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, 1893, *Introduzione a Le nuove influenze sociali nello studio del diritto com-*

Ecco dunque che la dottrina italiana, così familiare a David Santillana, può essere considerata all'origine dell'idea di un codice insieme civile e commerciale, adottata dalla commissione di codificazione tunisina¹². L'ipotesi è confermata dalla frequenza delle citazioni dell'opera di Cesare Vivante nelle note al testo dell'*Avant-Projet*¹³, dove, al contrario, si nota l'assenza totale di riferimenti agli autori che hanno sostenuto la soluzione del codice unico in altri paesi d'Europa. Il nome di Walther Munzinger¹⁴, che aveva redatto il codice federale delle obbligazioni svizzero del 1881, non è menzionato. In Germania, la soluzione del codice unico era stata sostenuta da Endemann¹⁵ e Dernburg¹⁶, che non sono citati. In Francia, il dibattito si svilupperà soltanto all'inizio del XX secolo¹⁷.

4. *Il codice unico e l'esperienza tunisina*

È opportuno interrogarsi sulle ragioni che hanno condotto David Santillana ad allontanarsi dalla direttiva di codificare *sur le type des codes français* e a optare per il codice unico. Si tratta delle stesse ragioni avanzate dai partigiani italiani del codice delle obbligazioni?

Nella sua *Prolusione*, Cesare Vivante elenca una serie di ragioni per abbandonare la separazione interna al diritto privato. In apparenza, la separazione favorisce la formazione di un diritto cosmopolita, mentre in realtà la impedisce. La separazione è la causa di in-

merciale, in *Monit. Trib.*, XXXV (1894), pp. 729-731; *I difetti sociali del codice di commercio*, in *Monit. Trib.*, XL (1899), pp. 341-345. Come è noto, più tardi Cesare Vivante si convinse che, per il momento, «la fusione dei due codici avrebbe nuocuto al progresso del diritto privato e alla sua funzione pratica». La fusione del diritto civile e del diritto commerciale era piuttosto da affidare a professori e giudici (C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, XXIII (1925), p. 572 ss.).

¹² La tesi è condivisa da A. DRIOUECH, *Usūl qānūn al-iltizāmāt wa'l-^cuqūd. Bāb fil-usūl al-fiqhiyya wa'l-tā'rīhiyya*, Rabat, 1996, pp. 55-56.

¹³ Per quello che possono valere i dati quantitativi, Cesare Vivante è citato da David Santillana quindici volte di più del secondo autore italiano per ricorrenza, Ercole Vidari.

¹⁴ W. MUNZINGER, *Motifs du projet du Code de Commerce suisse*, Zurich, 1865, p. 5 ss.

¹⁵ W. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, Heidelberg, 1887⁴, § 4.

¹⁶ H. DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, II, Halle, 1882³, p. 9.

¹⁷ CH. LAURENT, *De la fusion du droit civil et du droit commercial: thèse pour le doctorat*, Imprimerie Maulde, Doumenc, Paris, 1903; P. HUVELIN, *L'Histoire du droit commercial*, Leopold Cerf, Paris, 1904.

numerevoli abusi ai danni dei cittadini; nuoce al progresso scientifico e legislativo del diritto privato e alla pratica del diritto, poiché è causa di difficoltà inestricabili nelle procedure.

Nel caso tunisino, diverse specifiche ragioni sembrano tuttavia militare per la soluzione del codice unico. È innanzi tutto opportuno ricordare che la commissione, nella sua opera di codificazione, doveva «tralasciare le materie relative allo statuto personale e alla proprietà fondiaria»¹⁸. Ebbene, è chiaro che dopo una simile limitazione dei suoi tradizionali contenuti, un codice civile si riduce a poco più che il diritto delle obbligazioni e dei contratti. La duplicazione delle regolamentazioni, civile e commerciale, diventa allora ancor più evidente. E se tale duplicazione era criticata in Europa, dove pure l'esistenza di una lunga tradizione la giustificava, essa era assai meno accettabile là dove una tradizione del genere non esisteva, e dove l'imposizione di un diritto commerciale separato aveva accompagnato l'espansione e la penetrazione economica dell'Europa.

Il mondo musulmano, malgrado la straordinaria fioritura dei mercati, non ha mai conosciuto, nella propria tradizione giuridica, un *corpus* separato di norme destinate a reggere l'attività commerciale. In questo, non vi è nulla di eccezionale: la stessa situazione caratterizzava, ad esempio, il mondo romano. È piuttosto l'Europa che rappresenta l'eccezione alla regola: a partire dal Medio Evo, i mercanti uniscono alla prosperità economica il potere politico. La classe mercantile si dà proprie regole, amministrare da una propria magistratura. Il diritto commerciale esiste a fianco del diritto civile comune, sul quale prevale in diversi casi.

Nel mondo arabo, i primi tribunali di commercio furono introdotti in Egitto (Il Cairo, Alessandria, Rosetta e Damietta) nel 1798 da Napoleone, che considerava assolutamente naturale, e dunque necessaria, l'esistenza di un diritto commerciale separato dal diritto civile¹⁹. I nuovi tribunali sottraevano ai *qādi* e ai *mahkama* la competenza per gli affari commerciali.

La Tunisia fu aperta ai commercianti europei a partire dalla prima parte del XIX secolo. Nel Patto Fondamentale (*‘ahd al-amān* عهد الأمان) del 1857, Mohammed Bey annunciò l'«intenzione di stabilire» un tribunale «per conoscere dei conflitti generati dal commercio, questa fonte di prosperità degli Stati».

La creazione di un tribunale di commercio è dunque strettamente legata al riconoscimento della «libertà di commercio per tutti e senza

¹⁸ D. SANTILLANA, *Avant-Propos*, cit., p. I.

¹⁹ J. GOLDBERG, *On the Origins of Majālis al-Tujjār in Mid-Nineteenth Century Egypt*, in *Islamic Law Soc.*, 6, II, June 1999, pp. 193-223

privilegi per alcuno» (art. 9 Patto Fondamentale). L'entrata in funzione del tribunale era condizionata a un'intesa «con le grandi potenze straniere, nostre amiche, sul modo da seguire affinché i loro soggetti possano essere giudicati da tale tribunale».

La costituzione del 1861 riprese la previsione di un tribunale di commercio (art. 25), le cui decisioni dovevano essere motivate sulla base di un codice redatto a suo uso (art. 27). L'istituzione di tale tribunale era del massimo interesse per gli Stati europei, che invece si opponevano alla sottoposizione dei loro soggetti agli altri tribunali previsti dalla costituzione²⁰. Il Bey cercò di ritardare l'istituzione del tribunale di commercio per vincere le resistenze europee, ma alla fine, nel 1863, incaricò una commissione, presieduta da Muhammad Khaznadar, «di studiare i codici di commercio francese, in traduzione araba, ed egiziano e di approntare un codice adatto alla situazione della Reggenza». Il codice, che regolava anche la formazione e il funzionamento del tribunale di commercio, fu promulgato nell'aprile del 1864, ma la sua entrata in vigore fu impedita dalla violenta ribellione di quell'anno²¹.

Si può dunque presumere che il mantenimento della distinzione interna al diritto privato non aveva, agli occhi di David Santillana, ragioni convincenti. La distinzione era soltanto una parentesi, benché lunga e importante, nella storia del diritto europeo, e diversi segni sembravano farne presagire la chiusura. Il codice svizzero delle obbligazioni aveva un antecedente nel codice del Québec del 1865 e in *common law*, sistema di cui David Santillana aveva un'esperienza piuttosto straordinaria per l'epoca, la *law merchant* era confluita nella *common law* nel XVIII secolo, quando le corti di *common law* avevano assorbito le *courts merchant*. Più tardi, la *common law* aveva recuperato la flessibilità della *law merchant* grazie all'opera di Mansfield. La distinzione era sconosciuta al sistema musulmano, dove la duttilità del diritto commerciale era garantita, nella visione di Santillana, dalla consuetudine²². Nel passato più recente, il tentativo di tra-

²⁰ Secondo l'art. 114 della costituzione tunisina del 1861: «Les créatures de Dieu devant être égales devant la loi, sans distinction, soit à cause de leur origine, de leur religion ou de leur rang, les sujets étrangers établis dans nos états, et qui sont appelés à jouir des mêmes droits et avantages que nos propres sujets, devront être soumis, comme ceux-ci, à la juridiction des divers tribunaux que nous avons institués à cet effet».

²¹ G.S. VAN KRIEKEN, *Khayr al-Dîn et la Tunisie:1850-1881*, Brill, Leiden, 1976, p. 72.

²² «La loi musulmane ne se tient pas à côté de la vie pratique, ne lui ferme pas tout accès: dès qu'une institution a été généralement adoptée par l'usage, la doctrine s'empresse de l'admettre» (D. SANTILLANA, *Avant-Propos*, cit., p. VI).

piantare un diritto commerciale separato dal diritto comune in Tunisia non aveva avuto successo.

Il suggerimento di David Santillana non fu tuttavia accolto. Anche se in Tunisia doveva trascorrere quasi mezzo secolo tra l'entrata in vigore del Codice delle obbligazioni (1907) e quella del Codice di commercio (1956), la materia più squisitamente commerciale ha sempre trovato posto fuori dal Codice delle obbligazioni, il cui contenuto era stato limitato rispetto a quello dell'*Avant-Projet*. In Marocco, sin dall'inizio, il modello francese di doppia codificazione del diritto privato è stato ricostituito: il Codice delle obbligazioni e contratti è stato sin dal primo giorno (12 agosto 1913) accompagnato da un Codice di commercio.

In questo modo, sia in Tunisia che in Marocco, delle influenze italiane si perde il ricordo. Ciò è avvenuto anche perché, nel corso dell'ultimo secolo, anche dopo l'indipendenza, Tunisia e Marocco hanno intrattenuto costantemente un dialogo stretto con la dottrina francese, mantenendo sempre la massima familiarità con le leggi e la giurisprudenza di quel paese. L'insegnamento e l'attività di ricerca non hanno finora favorito lo scambio con paesi diversi dalla Francia, e in particolare con l'Italia. Il diritto comparato non vi è insegnato²³.

5. Jeanne Ladjili-Mouchette e la dimensione mediterranea della storia del diritto

Nella mia ricerca, mi sono tuttavia imbattuta nella figura di almeno una giurista che ha intrattenuto non sporadici rapporti con l'Italia. Si tratta di Jeanne Ladjili-Mouchette, giurista franco-tunisina, che insegnava storia del diritto all'Università di Tunisi, assumendo come sfondo della sua ricostruzione storica lo spazio mediterraneo. La sua esperienza didattica è confluita nel volume *Histoire juridique de la Méditerranée. Droit Romain-Droit musulman*²⁴.

Chiara è l'impostazione braudelliana dell'opera. Una storia giuridica del Mediterraneo è, per Ladjili-Mouchette, giustificata dalla permanenza (*la longue durée*) delle sue due componenti fondamentali: il diritto romano e il diritto musulmano²⁵. Ladjili-Mouchette mette

²³ L'interesse per il diritto comparato è manifestato in Marocco dal *Laboratoire de Droit Privé* dell'Università Muhammed V di Rabat-Agdal, che ha inaugurato un'attività seminariale sui diversi sistemi giuridici.

²⁴ Publisud Editions, Paris, 2007². La prima edizione era apparsa a Tunisi, edita dall'Imprimerie Officielle nel 1990.

²⁵ J. LADJILI-MOUCHETTE, *Histoire juridique de la Méditerranée. Droit Romain-Droit Musulman*, Publisud Editions, Paris, 2007², pp. 46-47.

in luce le analogie tra i due sistemi, innanzi tutto il loro essere il prodotto di una dottrina giuridica, la centralità del testo, la cui autenticità è suprema preoccupazione dei giuristi. I due sistemi sono simili nella loro aspirazione all'universalità, e anche nell'essere collegati alla religione, seppure in modi diversi, e nelle ineguaglianze che stabiliscono tra individui, sebbene declinate diversamente. Ladjili-Mouchette riconosce il proprio debito non solo verso il tunisino Mohamed Talbi, e la francese Marguerite Boulet-Sautel, ma anche verso Giovanni Lobrano e Attilio Mastino. Ma il vero *maître d'oeuvre* è Pierangelo Catalano: nella sua convinzione che la pluralità di sistemi costituisca una ricchezza, egli ha sempre incoraggiato e sostenuto le ricerche di Ladjili-Mouchette. Così, nel quadro di un progetto strategico sui sistemi giuridici del Mediterraneo, il cui coordinamento era stato affidato dal CNR all'ISPRUM diretto da Pierangelo Catalano, Ladjili-Mouchette ebbe la responsabilità di una ricerca su «Sistemi giuridici del Mediterraneo. Inchieste riguardanti forme e contenuti degli insegnamenti del diritto romano, diritto musulmano, storia del diritto e comparazione giuridica». L'impostazione del progetto descrive bene l'approccio metodologico dell'autrice e traccia delle piste su cui forse vale ancora la pena di insistere.

GIAN MARIA PICCINELLI

Il modello giuridico italiano in Egitto

SOMMARIO: 1. La comunità italiana in Egitto. – 2. La fine delle Capitolazioni e la prima fase della codificazione. – 3. Il modello italiano post-unitario e la legislazione egiziana. – 4. Avvocati e giudici.

1. *La comunità italiana in Egitto*

Sin dagli inizi del XIX secolo, assistiamo ad un crescente movimento di persone dall'Italia verso le principali città del Mediterraneo meridionale. Siamo ancora agli inizi della storia dell'emigrazione italiana, ma già alcune importanti comunità si sono stabilite in particolare a Tunisi e Algeri o, più ad Oriente, a Smirne, Costantinopoli ed Alessandria d'Egitto¹. In questa prima fase, e fino all'unità d'Italia, si tratta in prevalenza di migrazione a carattere politico e, secondariamente, di flussi più o meno temporanei collegabili ai movimenti commerciali. Emigrano, infatti, intellettuali tra cui anarchici spontaneisti o socialisti, carbonari e «patrioti» in fuga dalle repressioni poliziesche degli stati pre-unitari².

Su questa base, successivamente, si va a consolidare una diversa migrazione composta da contadini e artigiani in cerca di fortuna, da ebrei commercianti che mantengono stretti rapporti con le rispettive

¹ Numerosi gli studi sull'emigrazione italiana nel Mediterraneo e verso il Nord Africa. Di questi si vedano, tra gli altri, *Storia dell'emigrazione italiana. Partenze*, a cura di P. Bevilacqua, A. De Clementi, E. Franzina, Donzelli, Roma, 2001 e *ivi*, soprattutto, il saggio di P. CORTI, *L'emigrazione temporanea in Europa, in Africa e nel Levante*, pp. 213-236; R. ROMANO, C. VIVANTI, *Storia d'Italia*, 4, parte prima, G. Einaudi, Milano, 1972, in part. pp. 553-556. Anche un recente documentario ha raccolto e presentato numerose testimonianze e documenti per raccontare il contributo della nostra comunità alla storia egiziana: *Gli Italiani d'Egitto*, a cura di R. Di Marco, diretto dal regista Sharif Fathy Salem, 2010.

² Cfr. M. ERSILIO, *Esuli italiani in Egitto. 1815-1861*, Domus Mazziniana, Pisa, 1958.

comunità in Italia e professionisti – in gran parte medici, ingegneri, architetti e avvocati – in cerca di nuove frontiere³.

La comunità dei nostri connazionali in Egitto, che contava poco meno di 17.000 individui tra il 1870 e il 1880, crebbe notevolmente sino a raggiungere oltre 60.000 persone alle soglie dell'ultimo conflitto mondiale rimanendo seconda per numerosità dietro alla sola Comunità greca⁴. Concentrati prevalentemente ad Alessandria e al Cairo, gli Italiani avevano fondato proprie scuole⁵, luoghi di culto e di riunione, pur mantenendo un profilo generale economicamente e socialmente modesto⁶.

Numerosi, tuttavia, gli italiani che nel corso degli anni hanno ricoperto incarichi di rilievo nell'amministrazione pubblica e nei diversi ambiti economico e sociale, culturale e scientifico.

Valga, a questo proposito, questo passo di Angelo Sammarco ripreso da i *Lineamenti di Storia dell'Egitto*⁷:

«...l'opera italiana è stata il fattore essenziale nell'istituzione di tre rami principali dell'amministrazione: il catasto, le poste e la statistica. Un regolare catasto fu introdotto in Egitto da Mohammed Ali verso

³ Cfr. *Da maestrale e da scirocco: le migrazioni attraverso il Mediterraneo (Atti del convegno, Facoltà di scienze politiche, Università di Catania, 23-25 gennaio 2003)*, a cura di F. Cresti, D. Melfa, Giuffrè, Milano, 2006. Si v. anche *Annuario statistico della emigrazione italiana dal 1876 al 1925, con notizie sull'emigrazione negli anni 1869-1875*, a cura del Commissariato generale dell'emigrazione, Roma, 1927; *L'emigrazione italiana dal 1910 al 1923*, a cura del Commissariato generale dell'emigrazione, Roma, 1926, in part. p. 692 ss.

⁴ Cfr. M. PETRICIOLI, *The Italians in Egypt (1936-1940)*, in *The Seas as Europe's External Borders and their role in Shaping a European Identity*, a cura M. Petricioli, A. Varsori, Lothian Foundation Press, London, 1999, pp. 123-133; Id., *Oltre il mito L'Egitto degli Italiani (1917-1947)*, Mondadori, Milano, 2007.

⁵ M. PETRICIOLI *Italian Schools in Egypt*, in *British Journal of Middle Eastern Studies*, 24, 1997, pp. 179-191.

⁶ Numerosi i documenti che attestano l'umile condizione della maggior parte degli italiani, soprattutto al Cairo dove, almeno fino al 1890-1891, si registrano per lo più migrazioni temporanee dal Mezzogiorno connesse con i servizi nelle locande pubbliche: cfr. *Emigrazione e colonie. Rapporti dei RR. Agenti diplomatici e consolari pubblicati dal R. Ministero degli Affari Esteri*, Tipografia nazionale G. Bertero, Roma, 1893, pp. 216-245. E ancora, nei documenti diplomatici si informa il Governo italiano che spesso i «nativi del luogo [sono] già male impressionati a suo [dell'Italia] per l'esempio poco lodevole che danno i nostri emigranti in gran parte assai miseri e non sempre di esemplare condotta» (*I documenti diplomatici italiani*, a cura della Commissione per la pubblicazione dei documenti diplomatici, Libreria generale dello Stato, Roma, 2000, p. 56). Lo stesso Commissariato generale dell'emigrazione redigendo nel 1926 la relazione su *L'emigrazione italiana dal 1910 al 1923*, cit., sottolinea che «gran parte della colonia italiana in Egitto vive di lavoro non salariato o di lavoro domestico» (p. 694).

⁷ Pubblicato al Cairo, Tipografia Lencioni, 1938, 89 pp.

il 1820, e fu opera del livornese Lorenzo Masi, che ci ha lasciato un pregevole lavoro sull'argomento.

Un altro livornese, Carlo Meratto, nel 1820, di sua iniziativa fondò in Alessandria il primo ufficio postale. L'opera fu continuata dal nipote Tito Chini e poi ampiamente sviluppata e organizzata dal bolognese Giacomo Muzzi. Fino al 1876 la lingua ufficiale dell'amministrazione postale fu l'italiana: i libri, i registri, tutte le operazioni postali erano redatte nella nostra lingua, alla quale vennero sostituite l'araba e la francese a cominciare dal 1877.

Il primo censimento della popolazione egiziana (1881) fu eseguito dal bolognese Federico Amici Bey, direttore del servizio di statistica, che pubblicò su tale materia opere fondamentali, come l'Essai de statistique générale de l'Égypte. [...]

L'arte tipografica fu introdotta in Egitto da operai italiani e il primo libro stampato nel 1822 fu appunto un vocabolario italiano-arabo, che erano in quel tempo le due principali lingue del paese».

Significativa anche la presenza di medici italiani tra i quali Onofrio Abbate Pascià (n. Palermo, 29 febbraio 1824 – m. Il Cairo, 1890), in Egitto dal 1845, che viaggiò in Sudan tra il 1856 e il 1857 e che per le sue competenze e la sua dedizione, dopo aver ricoperto la carica di responsabile dell'Ospedale di Alessandria, fu chiamato al Cairo prima come presidente dell'Intendenza generale sanitaria (creata dal francese Clot-Bey) e, poi, medico del *harem* khediviale e medico personale della regina. In quegli anni, accanto ad Abbate, sono numerosi i nomi degli Italiani che collaborano a realizzare quel primo servizio sanitario egiziano con una rete di ospedali civili e militari e di ambulatori locali⁸.

Il progetto di apertura del Canale di Suez prende sempre più concretezza a partire dal 1846 con la presentazione di un progetto firmato dall'ingegner Luigi Negrelli (che ha lasciato opere imponenti a Vienna, Praga e Zurigo), ma poi realizzato dal francese Lesseps che se ne assunse tutti i meriti. Da allora ingegneri e operai italiani hanno lavorato nella realizzazione delle grandi infrastrutture egiziane fino alla costruzione della diga di Assuan.

Tra gli architetti, attivi soprattutto nella prima metà del XX secolo, si possono ricordare Enrico Verrucci-Bey e Gennaro Scognamiglio. Il primo in particolare ha lavorato alla costruzione e al rifacimento di numerosi siti reali, tra cui il Palazzo Reale della Montazah ad Alessandria con la realizzazione di un'alta torre ispirata a quella del Mangia di Siena⁹.

⁸ Cfr. F. SANTORELLI, *L'Italia in Egitto. Impressioni e note*, Il Cairo, 1894, p. 65 ss.

⁹ MOHAMMED AWAD, *The presence of Italian architects in Mediterranean coun-*

È del 14 maggio 1876 il decreto khediviale che nomina il Senatore Antonio Scialoja primo Presidente del Consiglio Superiore del Tesoro che egli stesso avrebbe dovuto costituire unitamente alla Cassa del Debito Pubblico. Sotto la sua direzione lavorarono anche l'inglese G. Goschen e il francese E. Joubert che portarono a conclusione l'incarico dopo la partenza di Scialoja¹⁰.

La crescente mobilità di studiosi e docenti universitari, soprattutto a partire dai primi anni del '900, estende l'impegno italiano nel campo della cultura e dell'insegnamento. L'arabista Eugenio Griffini Bey (m. 1924) fu nominato da Re Fouad responsabile della Biblioteca di corte, funzione tradizionalmente riservata a personalità arabe.

Una prova inconfutabile dell'attiva presenza italiana è riscontrabile, infine, nella terminologia del commercio e della relativa prassi giuridica. Ne *L'arabo parlato in Egitto: grammatica, dialoghi e raccolta di circa 6000 vocaboli*, pubblicato nel 1900¹¹, troviamo che ad esempio 'contratto' è detto *kuntratu*, per 'cambiale' il termine usato è *kambyàla* e *birutistu* sta per 'protesto', mentre per 'polizza' si usa *bùlisa*.

2. La fine delle Capitolazioni e la prima fase della codificazione

Sulla scia del processo di codificazione avviato nell'Impero ottomano a iniziare dal 1850 con l'emanazione del Codice di commercio terrestre e la successiva creazione dei tribunali *nizàmiyya* nel 1856, in Egitto si aprì sin dal 1860 un ampio dibattito sulla possibilità di porre fine al sistema della Capitolazioni e della connessa giurisdizione consolare.

L'opera svolta a partire dal 1869 dall'allora Ministro degli Esteri del Khedivè Isma'ìl, l'armeno cristiano Nubàr Pascià, consentì di giungere alla convenzione istitutiva dei Tribunali Misti, sottoscritta dalle diciassette potenze capitolari. Si intendeva, in tal modo, superare le distorsioni della giustizia consolare e fondare un nuovo ordine giudiziario egiziano con la partecipazione di giudici delle varie potenze aderenti alla convenzione.

I Tribunali Misti avrebbero avuto giurisdizione nelle controversie sia tra cittadini stranieri, sia tra stranieri ed egiziani. Per essi si prov-

tries, collana «Archivi dell'Architettura Italiana d'Oltremare», a cura di E. Godoli, Firenze, 2008.

¹⁰ *Ivi*, pp. 60-61.

¹¹ Curato da Carlo Alfonso Nallino, Rinaldo de Sterlich, A. Dib Khaddag, per i tipi di U. Hoepli, Milano.

vide alla redazione di appositi codici. L'incarico venne affidato all'avv. francese Jacques Maunoury che in meno di un biennio mise a punto i sei progetti dei codici civile, di commercio, di commercio marittimo, di procedura civile e commerciale, penale e di procedura penale¹².

La promulgazione dei codici avvenne il 28 giugno 1875 insieme alla costituzione dei tribunali misti che furono inaugurati il primo gennaio dell'anno successivo data in cui entrò contestualmente in vigore la codificazione mista.

Il Codice civile misto ricalcò il modello napoleonico, con qualche riduzione e con l'esclusione della disciplina della famiglia e delle successioni (*al-abwàl al-shakhsiyya*) che restò affidata alla magistratura sciaraitica riformata con l'occasione.

La regolamentazione del commercio si adeguò al sistema ottomano accogliendo in codici separati la disciplina terrestre, improntata al *Code de Commerce*, e quella marittima per la quale si ricorse al codice di commercio marittimo ottomano che sembrava avere riempito le lacune del modello francese.

Da ricordare brevemente che insieme alla codificazione mista, che risolveva almeno parzialmente gran parte delle contraddizioni della giustizia consolare attuata secondo il sistema della Capitolazioni, fu affidato a Muhammad Qadri Pascià (1821-1888) il progetto di redazione di un codice dello statuto personale (1875)¹³. L'opera *al-Ahkàm al-shar'iyya fi-l-abwàl al-shakhsiyya* o codice dello statuto personale per i musulmani rispondeva sia ad esigenze informative dei tribunali misti, sia soprattutto alla sua applicazione da parte dei tribunali sciaraitici riformati. Il progetto fu rapidamente completato e nel 1875 era già stato tradotto in diverse lingue tra cui l'italiano. Nonostante la sua importanza per il nuovo corso della giustizia in Egitto, il codice non fu mai promulgato e conservò un carattere semiufficiale. Il suo ruolo fu quello di una sorta di *Restatement* dello statuto personale che divenne comunque la premessa della successiva legislazione del

¹² Sul modello della codificazione egiziana del 1875, si vedano gli studi di F. CASTRO e in particolare *Sistema sciaraitico, siyàsa shar'iyya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi del Vicino Oriente*, in *Il mondo islamico tra integrazione e acculturazione*, a cura di A. Bausani, B. Scarcia Amoretti, I, Roma 1981, pp. 165-202 e *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 1985, parte prima, pp. 387-447; ID., *Il modello islamico*, a cura di G.M. Piccinelli, Giappichelli, Torino, 2007, in particolare pp. 121-126.

¹³ F. CASTRO, *Muhammad Qadrî Pascià (1821-1888): giurista e statista egiziano. Primi appunti per una bibliografia*, in *Scritti orientalistici in memoria di A. Bausani*, Roma, 1990, anche in *Il modello islamico*, cit., pp. 161-165.

1920 e di quella piú ampia del 1929. Per lungo tempo la giurisprudenza egiziana e degli altri paesi di tradizione hanafita vi farà esplicito riferimento nel caso di lacuna dei testi di legge e di incertezze nell'interpretazione.

Verso la fine del 1880, a soli cinque anni dall'istituzione dei Tribunali Misti, il Governo egiziano nominò una commissione che avrebbe dovuto preparare la riforma dell'ordinamento giudiziario per gli egiziani. Nelle intenzioni dei nazionalisti le riforme avrebbero dovuto portare alla eliminazione dell'ordinamento misto, considerato un affronto alla sovranità egiziana, con l'introduzione di un ordinamento che, «come per i paesi civili», avrebbe dovuto assorbire le controversie degli stranieri. La pubblicazione dei sei nuovi codici, pronti nel 1881, venne accelerata giacché si voleva che entrassero in vigore prima che la Gran Bretagna intervenisse in Egitto per la questione del Sudan, potendo bloccare nel contempo una riforma ispirata al modello francese e introducendo elementi di *common law*, alieni al sistema egiziano. Il cod. civile nazionale (o indigeno in contrapposizione a quello «misto») venne promulgato il 28 ottobre del 1883, gli altri il successivo 13 novembre. L'ultimo giorno dello stesso anno il Khedivé Tawfîq inaugurava la Corte d'Appello e il Tribunale di prima istanza del Cairo.

Nella Commissione preparatoria dei codici nazionali erano stati chiamati alcuni giuristi europei operanti in Egitto, tra questi accanto al francese Vacher e all'inglese Low, vi fu l'italiano Giuseppe Moriondo al quale venne affidato l'incarico di lavorare sui codici civile e di procedura civile. Tra i membri anche l'ex Ministro della Giustizia, Muhammad Qadri Pascià, il quale non solo collaborò col Moriondo ma si occupò in particolare dei codici di commercio.

3. *Il modello italiano post-unitario e la legislazione egiziana*

Il sistema dei codici misti, prima, e quello successivo dei codici nazionali, rimase fortemente improntato all'insieme degli omologhi testi francesi. La presenza di giuristi italiani e la partecipazione del nostro paese ai negoziati per la creazione delle corti miste, consentirono comunque di influire sulla codificazione di alcuni particolari istituti, tenendo conto del dibattito e dello stato di avanzamento della nostra normativa nazionale.

Per comprendere la circolazione del modello italiano nei codici egiziani, ci sono innanzitutto utili le due relazioni parlamentari presentate dall'allora Ministro degli Esteri Pasquale Stanislao Mancini alla vigilia dell'entrata in vigore della prima codificazione mista e della successiva codificazione nazionale.

Il 20 marzo 1875 Mancini presentava alla Camera dei Deputati la relazione della Commissione parlamentare incaricata di esaminare il progetto di modifica della giurisdizione consolare in Egitto¹⁴. Relazione che egli stesso riprese, successivamente, nel suo studio dedicato alla *Riforma giudiziaria in Egitto* (pubblicato a Roma nel 1876) soffermandosi non soltanto su problemi di natura giudiziaria e processuale, ma altresì procedendo all'esposizione attenta della storia, della circolazione dei modelli e del regime di alcuni istituti giuridici previsti nei codici egiziani misti¹⁵.

Il nuovo complesso legislativo misto era composto da sei codici accompagnati da un Regolamento di organizzazione giudiziaria¹⁶: il

¹⁴ Camera dei Deputati, *Atti parlamentari, Sessione del 1874-1875, Doc. n. 88-A, Relazione della Commissione* [composta dai deputati Mancini (presidente e relatore), Sormanierbi, Miceli, Lacava e Pierantoni] sul progetto di legge presentato dal ministro degli affari esteri di concerto col ministro di grazia e giustizia nella tornata del 13 febbraio 1875, Tornata del 20 marzo 1875, 53 pp. (da ora in nota: *Relazione 1875*). È da aggiungere la raccolta di documenti diplomatici (in uno dei c.d. Libri verdi della Camera dei Deputati) presentati, sempre nel 1875, dal precedente Ministro degli Esteri Visconti-Venosta insieme al disegno di legge sulla riforma egiziana: Camera dei Deputati, *Atti Parlamentari, Sessione del 1871-1875, XII legislatura, Doc. n. 63, Documenti diplomatici concernenti la riforma giudiziaria in Egitto* presentati dal Ministro degli Affari Esteri (Emilio Visconti-Venosta) nella tornata del 26 gennaio 1875, 256 pp.

¹⁵ Per lo studio della circolazione dei modelli dei codici egiziani misti e nazionali sarebbe, estremamente interessante avere a disposizione l'introvabile E. MARI-NETTI, *Concordanze tra i codici egiziani civile, commerciale, marittimo ed i codici francesi e italiani*, Alessandria, 1876. Molto utile, J. AZIZ, *Concordance des Codes égyptiens mixte et indigène avec le Code Napoléon*, 2 voll. (I. *Code Civil*; II. *Code de commerce*), Paris, 1886-1889. Da quest'ultima opera risulta, in particolare, che alcune norme egiziane, come vedremo appresso, sono originali rispetto al modello francese. Non ne viene tuttavia citata l'eventuale fonte, salvo, in appendice al primo volume, troviamo riportate alcune norme di leggi speciali francesi, posteriori al Code Civil, che potrebbero aver costituito il modello di alcune parti dei codici egiziani. Per l'ampia diffusione del modello francese in Europa, è utile riferirsi a A. DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code français*, Bruxelles, 1842 e *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, Paris, 1844 (quest'ultimo tradotto anche in italiano *Concordanza fra i codici di commercio stranieri ed il Codice di commercio francese*, Venezia, 1855).

¹⁶ Il regolamento, nel testo originale, istituiva tre tribunali di prima istanza (Alessandria, Cairo e Zagazig) ed una Corte di Appello in Alessandria. Ciascun Tribunale era composto di sette giudici, quattro stranieri e tre egiziani. La corte d'Appello era composta di undici magistrati di cui sette stranieri. La Presidenza spettava di diritto ad un magistrato straniero, designato a maggioranza dalla stessa Corte. Il Governo egiziano nominava i giudici, ma per gli stranieri era necessario il parere dei rispettivi Governi. I magistrati erano inamovibili e non potevano esercitare altra professione. La competenza delle Corti miste comprendeva:

- le controversie in materia civile e commerciale fra egiziani e stranieri e tra

Codice civile, il Codice di commercio, il Codice di commercio marittimo, il Codice di procedura civile e commerciale, il Codice penale e il Codice di istruzione criminale. Tutti, come già si è accennato, erano ispirati al modello della codificazione napoleonica con alcune varianti derivate dall'aggiornamento che di essa era già stato compiuto in alcuni stati europei¹⁷ e che il Mancini passa dettagliatamente in rassegna¹⁸.

Il codice civile misto¹⁹, composto di 769 artt., manca rispetto al *Code civil* francese dei libri relativi alle persone, alla famiglia e alle successioni legittime e testamentarie (che costituiscono lo statuto personale, *al-abwàl al-shakhsiyya*, e rimangono di competenza dei giudici sciaraïtici) e degli articoli del libro della proprietà relativi al demanio dello stato e agli «stabilimenti religiosi».

Altre modifiche riguardano la classificazione dei beni in quattro specie: beni di libera proprietà (*mulk*); beni di manomorta o beni costituiti in *waqf*; beni tributari o *kharàgì* (beni dello Stato concessi in usufrutto a privati alle condizioni previste in apposite disposizioni); e i beni liberi o vacanti (*mubàb*). Diversamente disciplinata la proprietà del tesoro rinvenuto (artt. 81-82), l'accessione mobiliare (art. 92), la prova testimoniale (artt. 285 ss.). Ridotti a maggiore semplicità i principi regolatori delle obbligazioni e modificate le norme di-

stranieri di diverse nazionalità, eccettuate soltanto quelle riguardanti lo Statuto personale e le successioni;

- le controversie riguardanti azioni reali immobiliari fra ogni specie di persone, anche fra persone che appartengono ad una stessa nazionalità, tranne che per causa d'immobili di proprietà di stabilimenti religiosi;
- tutti i casi in cui venisse leso il diritto di uno straniero, nei casi previsti dal Codice Civile;
- i crimini e i delitti per impedire l'esecuzione della sentenza;
- i crimini e i delitti commessi contro magistrati nell'esercizio delle loro funzioni;
- i crimini e i delitti commessi dai giudici o ufficiali di giustizia nell'esercizio o con abuso delle proprie funzioni.

Erano escluse le questioni relative a proprietà demaniali ovvero all'interpretazione ed esecuzione di un provvedimento amministrativo.

La nuova Magistratura doveva applicare i codici e le leggi pubblicati dal governo egiziano. Le lingue ufficiali erano l'arabo, l'italiano e il francese.

¹⁷ *Relazione 1875*, pp. 38-48.

¹⁸ Il progetto di quel codice fu redatto dal francese Maunoury, e poi rivisto dalla Commissione internazionale costituita ad hoc.

¹⁹ La *shuf'a* consiste in una «preferenza a favore del proprietario del suolo nell'acquisto delle piantagioni e costruzioni fatte sul medesimo col suo permesso; preferenza a favore del comproprietario indiviso; preferenza a favore del proprietario viciniore...». Cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafuita*, I, 2^a ed., Roma, 1938, pp. 393-400 (1^a ed., 1926, pp. 312-318).

sciplinanti le cause di invalidità dei contratti. Ristretto il numero dei crediti su cui è possibile iscrivere privilegi.

Non sempre le modifiche sono attinte da codici europei: spesso alcune norme vengono palesemente riprese dal diritto musulmano in quanto si riconosce che la loro «usanza è radicata in Egitto», come nel caso della *shuf'a* o retratto²⁰.

Ma ciò che qui particolarmente interessa sono le norme che il Mancini dichiara espressamente tratte dal Codice civile italiano (1865) allora vigente. Innanzitutto passerebbe, sempre secondo Mancini, nel progetto egiziano la servitù legale di acquedotto (cioè «il diritto di chiedere il passaggio forzato dell'acqua attraverso i fondi intermedi per gli usi della irrigazione e della industria») che il Codice italiano aveva a sua volta ripreso dal Codice Albertino e, questo, dagli antichi statuti delle città lombarde²¹. Tuttavia, da un esame dell'istituto in questione, si dovrebbe condividere la tesi di al-Sanhùri²² che ritiene la materia mutuata interamente dal diritto musulmano. Potrebbe, tuttavia, darsi anche l'ipotesi che sia stata utilizzata una formulazione del nostro codice del 1865 per una disciplina (funzionalmente identica) presente, in questo caso, nella scuola hanafita.

D'altra parte lo stesso Mancini²³, tra le lacune del Codice egiziano, inserisce proprio le servitù la cui normativa «non distingue le servitù legali o derivanti dalla situazione de' luoghi dalle convenzionali, e, tra queste ultime, le servitù che possono acquistarsi col lungo possesso bastevole a prescrivere (continue e apparenti) da quelle pel cui acquisto è necessario un titolo (discontinue). Niuna disposizione regola i consorzi dei proprietari per uso delle acque specialmente in irrigazioni. La servitù del passaggio forzato dell'acqua sui fondi altrui (articolo 52) sembra ristretta alla sola acqua necessaria, mentre più estesa è l'ampiezza delle locuzioni usate dagli articoli 538 e seguenti del Codice italiano». Non sembra quindi che l'influenza italiana in questa materia sia stata (se vi è stata) molto ampia. Bisogna, anzi, ag-

²⁰ Cfr. *Relazione 1875*, p. 40.

²¹ *Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien*, in *Recueil E. Lambert*, Paris, 1938, pp. 621-643. Cfr. anche F. CASTRO, *La codificazione*, cit., pp. 399-400 e ID., *'Abd al-Razzàq Abmad al-Sanhùri (1895-1971): primi appunti per una biografia*, in *Scritti in onore di F. Gabrieli nel suo LXXX compleanno*, Roma, 1984, pp. 1-38. Per le servitù in diritto musulmano, cfr. D. SANTILLANA, *op. cit.*, II, pp. 382-386 e 453-465.

²² Sulle norme di diritto internazionale privato relative alle successioni nel Codice Civile italiano del 1865 e il ruolo svolto dal Mancini per la loro elaborazione, cfr. A. MIGLIAZZA, voce *Successioni (dir. int. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, pp. 862-893, in part. parr. 1-4, pp. 864-867.

²³ *Relazione 1875*, p. 42.

giungere che proprio l'uso dell'aggettivo necessaria, che si riscontra nella dottrina giuridica musulmana in materia di servitù di acquedotto, farebbe propendere per la tesi sanhuriana²⁴.

Evidente, invece, la derivazione italiana nella disciplina (di diritto internazionale privato) delle successioni (artt. 75-77) per la quale è stato accolto il criterio contenuto negli artt. 8 e 9 delle disposizioni preliminari del nostro Codice civile allora vigente rinvianti unicamente alla «legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni, ed in qualunque paese si trovino». Nel codice egiziano è stata introdotta una sola eccezione in materia di *waqf* e di beni *kharàgì*, regolati, invece, dalla legge locale. È chiara, quindi, la derivazione manciniana di queste norme differenti da quelle del *Code Napoléon* che prevedevano una legge applicabile alle persone e i beni mobili, in base al criterio di collegamento dell'ultimo domicilio del defunto, e una applicabile ai beni immobili per la quale si rinviava alla legge individuata secondo il principio della *lex rei sitae*²⁵. È comunque chiaro, che, nel caso egiziano, l'accoglimento del criterio di collegamento della nazionalità dal Codice italiano, consentiva di continuare ad applicare alle successioni degli stranieri le stesse leggi applicate dai tribunali consolari. Un rinvio secondo il sistema francese avrebbe condotto, nella maggior parte dei casi, all'applicazione (inaccettabile per le potenze europee) dello statuto personale secondo il diritto musulmano che regolava e regola tuttora la materia in Egitto.

L'influenza di una soluzione che già il nostro codice civile del 1865 aveva fatto propria (art. 8 disposizioni preliminari), individuabile in quelle uniche due norme di diritto internazionale privato (artt. 77-78, cod. civile misto) relative alle successioni, a loro volta ispirate alle proposte di Mancini, consente di giungere ad adottare come unico criterio di collegamento la legge nazionale del defunto, superando il tradizionale rinvio alla legge dell'ultimo domicilio del *de cuius* e alla *lex rei sitae*.

Un'altra innovazione, in relazione ai termini di prescrizione, sarebbe stata derivata non tanto dal sistema del nostro Cod. civile del 1865, quanto dalla dottrina italiana: innovazione che il nostro relatore, su sua stessa ammissione, già «reclamò nel seno della Commis-

²⁴ Si vedano anche le concordanze di J. AZIZ, *op. cit.*, p. 27 ss. che mostrano chiaramente il distacco del testo dell'art. 54 egiziano (cioè l'art. 52 di cui parla Mancini) dall'art. 640 del Code Civil nel quale si parla soltanto di passaggio delle acque «qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué».

²⁵ Per la prescrizione della proprietà e dei diritti reali, cfr. gli artt. 102-116 cod. civile misto. Per le obbligazioni, cfr. gli artt. 268-277.

sione incaricata dell'ultima revisione del Codice Civile Italiano». Rispetto ai Codici francese e italiano, quei termini risultano ridotti da decennale e trentennale, quali erano nel diritto romano, alla metà, cioè rispettivamente a cinque e a quindici anni²⁶. Al-Sanhùrì²⁷ sostiene, anche qui, la derivazione di questi termini (risultando per lui ridotti rispetto al testo del *Code* francese) dal diritto musulmano, nel quale, però, la prescrizione (quale estinzione del diritto di agire in giudizio) prevede tempi diversi secondo le scuole e secondo gli istituti cui si applica, senza possibilità di rinvenire una disciplina unitaria che possa aver influito sul codice egiziano²⁸. Anche la *Magalla* ottomana fissava termini diversi, rispettivamente di quindici e trentasei anni²⁹.

Si deve, quindi, dare ragione al Mancini che nota come «i periodi di tempo della prescrizione decennale e della trentennaria, che il Codice francese e l'italiano adottarono quali erano nel diritto romano, allorché, non si avevano le facili e rapide comunicazioni del vapore e dell'elettrico, veggonsi ridotti alla metà, cioè a cinque anni a favore di un terzo con titolo, ed a quindici anni pei possessori senza titolo (art. 102 e 275). È adottata la prescrizione quinquennale anche per canoni, affitti e prestazioni annuali, e quella piú breve di un anno per gli onorari dei medici, istitutori e professori, per spese di atti dovute ad uscieri e cancellieri (perché non aggiungere gli onorari dovuti agli

²⁶ La conferma della tesi del Mancini potrebbe rinvenirsi nella constatazione che, in generale, i giuristi musulmani negano la possibilità che un'obbligazione si estingua mediante prescrizione, sulla base di un *hadith* attribuito al Profeta: «il diritto di un Musulmano non si estingue per decorso del tempo» (AL-TASÙLÌ, commento alla *Tuhfat al-bukkàm* di IBN 'ASIM, II, 12). Tuttavia la prescrizione si è affermata nella prassi, con la giustificazione che essa riguarda non tanto il decorso del tempo in s., quanto la rinuncia da parte del titolare al suo diritto mediante inattività per un periodo prolungato. Per i malichiti, la prescrizione immobiliare è di dieci anni e di uno o due anni per i beni mobili (ma è elevata a dieci tra parenti e condomini). Termini diversi sono applicati al retratto (dieci anni), al deposito (dieci anni), alla proposizione dell'azione per causa di lesione tra comproprietari (un anno) e ai crediti non rappresentati da titolo scritto (sedici o venti anni). Secondo un'autorevole opinione di questa scuola, inoltre, la prescrizione estintiva dovrebbe «rimettersi, caso per caso, al prudente arbitrio del giudice, il quale avrà riguardo alle varie circostanze di tempo, di persona, di natura...». Cfr. D. SANTILLANA, *op. cit.*, I, pp. 271-278, in part. 275-276 e II, pp. 110-111.

²⁷ *Op. cit.*, p. 625. Cfr. anche F. CASTRO, *La codificazione*, cit., p. 400.

²⁸ La *Magallat al-abkàm al-'adliyya*, condensazione di diritto di scuola hanafita, detta erroneamente «Code civil ottoman», (emanata tra il 1869 e il 1876 e applicata in tutti i territori dell'Impero ottomano) prevedeva (artt. 1660-1675), rispettivamente, due termini di quindici e trentasei anni.

²⁹ Una traduzione francese di questo codice è in G. YOUNG, *Corps de Droit Ottoman*, VI, Oxford, 1906, p. 169 ss.

avvocati?) e per forniture di mercanti (artt. 277 e 278)»³⁰. È interessante notare che quel breve inciso relativo agli onorari degli avvocati sembra aver trovato accoglimento (forse per l'attenzione che la relazione suscitò negli ambienti giuridici internazionali, tanto da essere tradotta in lingua francese per ordine dello stesso Governo egiziano)³¹, nell'art. 209 del cod. civile egiziano nazionale (corrispondente al 273 del cod. misto).

Per il Codice di commercio e al Codice di commercio marittimo (misti) non vi è molto da aggiungere. Essi infatti sono l'esatto corrispondente degli omologhi codici ottomani (rispettivamente, 1850 e 1863) il cui modello, a loro volta, era costituito dal *Code de commerce* del 1807, il cui libro secondo, sul commercio marittimo, era stato però integrato e aggiornato e costituiva un separato codice³².

Anche gli altri tre codici, cioè il Codice di procedura civile e commerciale, il Codice penale e quello di istruzione criminale (misti), non si distaccano, salvo poche novità, dall'ormai sperimentato, anche se a volte lacunoso, modello francese³³.

³⁰ *Relazione 1875*, p. 42.

³¹ Cfr. la *Relazione della Commissione parlamentare al disegno di legge di proroga al 31 gennaio 1882 dell'introduzione della riforma giudiziaria in Egitto*, presentata alla Camera dei Deputati nella tornata del primo febbraio 1881 (Atti parlamentari, XIV Legislatura, I sessione, 1880, Doc. n. 156-A, p. 2).

³² Sul codice di commercio ottomano, cfr. F. CASTRO, *La codificazione*, cit., pp. 391-396: «La commissione [incaricata di redigere il testo del codice] [...], mostrando una consapevolezza delle lacune che presentava il libro secondo del Code de commerce francese, che non era stato recepito al momento della prima codificazione commerciale e che riproduceva, sovente ad litteram, l'antica ordinanza di marina del 1681, integrò la normativa francese, innestando sull'impianto del secondo libro del code de commerce, materiali tratti dai codici di commercio di Olanda (1837), Spagna (1829), Portogallo (1833), del regno delle Due Sicilie (1819) e del Regno di Sardegna o codice di commercio albertino (1842), nonché in materia di trasporto passeggeri, dall'*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* (1794) che già era stato sostituito in Germania dall'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* del 1861» (pp. 393-394).

³³ Anzi, il MANCINI, *Relazione 1875*, p. 43, nota criticamente che il «Codice penale è quello in cui, mentre per le attuali pratiche repressive usate in Egitto si realizza un progresso immenso, il legislatore ha meno osato distaccarsi nelle regole generali, nella classificazione de' reati, ed anche nella severità delle pene e nella frequenza di quella capitale, dal poco ammirabile modello francese». Le principali varianti, rispetto a quel modello, introdotte nel Codice di procedura civile e commerciale riguardano: il giuramento decisorio, gli interrogatori dei testimoni e l'ammissibilità della prova testimoniale, la possibilità concessa al tribunale di trasferire altrove (in casi gravi) la sede del processo, i limiti della proposizione di appello, l'introduzione della condizione di reciprocità per l'esecuzione dei giudicati stranieri in Egitto. Nel Codice penale, nota con rincrescimento il Mancini che è stato uno dei principali sostenitori dell'abolizione della pena capitale (cfr. i suoi *Abolizione della pena*

Altro momento di particolare interesse (e anche conclusivo) della relazione che abbiamo sin qui analizzato, è l'esposizione, a cui il Mancini procede, delle lacune dei nuovi codici misti egiziani. L'analisi di esse risulta assai importante soprattutto per la immediata e ampia diffusione che la relazione del Mancini (che fu tradotta in lingua francese per ordine dello stesso Governo egiziano) ha avuto sia in Italia sia all'estero.

Riguardo al Codice civile misto, in particolare, l'attenzione è portata da Mancini al libro sulla proprietà, ove «insufficienti» appaiono le norme regolanti le servitù, il possesso e la gestione di affari³⁴, mentre mancano completamente le norme disciplinanti le cause di revocabilità delle donazioni, il contratto di enfiteusi, i contratti aleatori³⁵.

di morte, Roma, 1873 e *Somme lineamenti di una storia ideale delle penalità e problemi odierni nella scienza e nella codificazione*, Roma, 1874), è mantenuta, sia pur con alcuni correttivi e temperamenti, la pena di morte. Si tratta comunque di disposizioni, che introdotte «per rendere nel fatto assai rara la sua applicazione e l'esecuzione delle condanne, ... invano si cercherebbero anche nei Codici de' paesi più civili ed umani, ove non ancora siasi avuto il coraggio di rinunciare all'immorale ed illusoria protezione del patibolo». *Relazione 1873*, p. 44.

³⁴ In questa materia, anzi, la presenza del solo art. 207 appare «pericolosa» disponendo troppo genericamente quello che «chiunque procuri intenzionalmente un beneficio ad un'altra persona ha diritto di farsi erogare da questa la quota delle perdite sofferte sino alla concorrenza del beneficio ottenuto». Cfr. *Relazione 1873*, p. 42.

³⁵ L'eliminazione di questi ultimi era stata probabilmente intenzionale in relazione al divieto sciaraitico in materia di *gharar* (alea). Altra norma che senza dubbio ha risentito dell'influenza del diritto musulmano è quella relativa all'interesse (*ribà*) legale la cui misura è lasciata al libero apprezzamento del giudice (e quindi con la possibilità di annullarlo nelle controversie tra musulmani) entro un limite massimo fissato dal legislatore. Cfr. tra gli altri M. RODINSON, *Islam e capitalismo. Saggio sui rapporti tra economia e religione*, Torino, 1968, in part. p. 168 ss.; M. DAOUALIBI, *La théorie de l'usure en Droit Musulman*, in *Travaux de la Semaine Internationale de Droit Musulman*, Paris, 1953, pp. 139-157; N. CAGATAY, *Ribà and Interest Concept and Banking in the Ottoman Empire*, in *Studia Islamica*, 1976, pp. 53-68. Sulla liceità degli interessi bancari, dal punto di vista sciaraitico, si è avuto in Egitto un intenso dibattito sin dai primi anni del XX secolo a seguito di una famosa *fatwà* pronunciata nel 1903 da Muhammad 'Abduh (n. 1849 - m. 1905, *mufti* d'Egitto dal 1899). Distinguendo l'interesse usurario - tipico dell'era preislamica - dalla «partecipazione agli utili di un affare legittimo», egli considerò lecito l'interesse bancario a condizione che avesse natura di dividendo o profitto derivato dagli utili di gestione generale della cassa di risparmio. Su questa base un decreto khediviale del 1904 consentì all'Amministrazione delle Poste di creare alcuni sportelli con funzioni di cassa di risparmio presso i quali ciascun depositante, al momento del deposito, firmava una procura per autorizzare «l'Amministrazione ad impiegare i fondi depositati [...] in tutti i modi consentiti dalla *shari'a*, esclusa ogni forma di usura [...] e a pagare annualmente i *dividendi* derivati da tale impiego». La *fatwà* ebbe un considerevole seguito anche in altri paesi arabi alla ricerca di una legittimazione del-

Da integrare (a imitazione degli artt. 6-12 delle Disposizioni preliminari del Codice civile italiano) sarebbero, invece, le norme di diritto internazionale privato che lasciavano scoperte materie quali le contrattazioni relative alla proprietà mobiliare, la forma degli atti tra vivi e dei contratti e i mezzi di prova delle obbligazioni.

4. *Avvocati e giudici*

La presenza in Egitto di avvocati italiani, come si è visto, è attestata sin dagli inizi del XIX secolo. Nomi e provenienza, considerata la frammentata realtà giuridica preunitaria, ci testimoniano che l'esercizio della loro professione fosse per lo più da collegarsi alle cause nei giudizi consolari. Un'attività necessaria soprattutto per la comunità dei commercianti europei, particolarmente concentrata nel porto di Alessandria e in gran parte di origine italiana, le cui origini risalgono indietro nei secoli³⁶. Nella prima metà dell'800, tuttavia, gli «affari scarsi» rendevano a molti necessario tenere altra occupazione, ad esempio quella di maestro di scuola³⁷. Qualcuno riuscì ad avere migliore successo, come il palermitano Paolo Paternostro «che non tardò a crearsi, come avvocato, una numerosa clientela e che divenne più tardi ministro consigliere del Vicerè»³⁸, nel 1857 fu nominato Bey e, poco dopo, direttore generale al Ministero degli Esteri egiziano³⁹.

Per comprendere meglio il ruolo avuto dai giuristi italiani nella fase di passaggio dalla giurisdizione consolare alla creazione di una giurisprudenza egiziana mista e nazionale, ci è estremamente utile la seconda Relazione sulla riforma giudiziaria in Egitto che, nel 1882, oramai alla vigilia dell'entrata in vigore dei codici nazionali, Pasquale Stanislao Mancini tornerà a leggere di fronte al nostro Parlamento⁴⁰.

l'adozione dei modelli finanziari recepiti dai paesi europei. Per un panorama delle diverse posizioni nella dottrina islamica dell'ultimo secolo, si v. Y. AL-QARADAWÎ, *al-Fatàwà al-shar'yya fî tahrîm fawà'id al-qur'ûd wa shahâdât al-istihmâr wa sanâdiq al-tawfir* (I pareri legali relativi alla proibizione degli interessi sui mutui, sui certificati d'investimento e presso le casse di risparmio), al-Q.hira, 1989. In generale cfr. G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, Roma, 1996, p. 12 ss.

³⁶ Sulla risalente presenza di mercanti italiani in Egitto e il ruolo delle Repubbliche marinare, in particolare di Pisa, nella nascita dei primi Trattati di Capitolazione, cfr. F. SANTORELLI, *op. cit.*, p. 19 ss.

³⁷ Cfr. M. ERSILIO, *op. cit.*, pp. 44 e 48.

³⁸ *Ivi*, p. 156 e anche L.A. BALBONI. *Gl'Italiani nella civiltà egiziana del secolo XIX*, 2 voll., Alessandria d'Egitto, 1906, I, p. 424.

³⁹ M. ERSILIO, *op. cit.*, p. 260.

⁴⁰ Camera dei Deputati, Atti parlamentari, Legislatura XV, Prima sessione 1882-1883, Doc. n. IV, *Relazione presentata dal Ministro degli Affari Esteri, Riforma giu-*

Nella Relazione, Mancini dà innanzitutto conto della nomina dei magistrati italiani, della costituzione organica della magistratura mista, dei lavori di quei tribunali e della loro giurisprudenza⁴¹.

Nei gradini piú alti della magistratura, il Khedivé aveva nominato⁴²:

- consigliere della corte di Appello di Alessandria, il comm. Giaccone, già consigliere della Corte di Brescia, il quale per essere stato molti anni console giudice in Egitto, ed aver preso parte alle trattative e alle conferenze che avevano preceduto la riforma giudiziaria, conosceva profondamente le condizioni giuridiche e sociali orientali;

- giudice presso il tribunale di prima istanza di Alessandria, il cav. Moriondo, già console giudice di Costantinopoli;

- sostituto procuratore generale presso la Corte e i tribunali, l'avv. Bernardi, che proveniva dai ruoli del Ministero di grazia e giustizia e dei culti;

- avvocato del contenzioso dello Stato, il comm. Ara, già deputato del Parlamento italiano;

- capo di divisione del Ministero della giustizia, il comm. Hai-mann, che aveva svolto identica funzione nello stesso Ministero del Regno.

L'introduzione della nuova giurisdizione non aveva mancato di sollevare critiche, in particolare sulle regole relative ai conflitti di competenza e all'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale⁴³. Mancini vi rispose con dati alla mano, tracciando abilmente un preciso quadro dei «benefici della riforma»⁴⁴ e della «partecipazione dell'elemento italiano alla riforma (affari civili)».

Allo scopo si avvalese di un «recente rapporto, compilato [...] dal regio agente in Egitto, colla cooperazione dei magistrati italiani della riforma»⁴⁵ che venne riportato integralmente nella Relazione e da cui si evince chiaramente come il livello della cause che vedevano coinvolti i nostri connazionali non fosse particolarmente elevato, figurando gli italiani piú spesso come convenuti che come attori in «cause la cui natura commerciale è desunta dalla mera forma del titolo» (ad es. cambiali), piuttosto che in «cause nascenti da atti od imprese commerciali od industriali». Come attori, invece, i nostri coloni figura-

diziaria in Egitto, Seduta del 23 dicembre 1882, 82 pp. (da ora in nota: *Relazione 1882*) a cui sono allegati i documenti diplomatici, pp. 86-237 (da ora in nota, *Doc. dipl. 1882*).

⁴¹ *Relazione 1882*, pp. 44-64.

⁴² *Ivi*, pp. 18-19.

⁴³ *Ivi*, pp. 64-73.

⁴⁴ *Ivi*, pp. 73-78.

⁴⁵ *Ivi*, pp. 49-54.

vano nelle cause civili «sommario» (in particolare per salari), fatto che si spiega agevolmente «considerando come la nostra colonia si componga in molta parte di operai, di artisti, di persone di servizio, ecc. Più amara è la constatazione della frequenza, cioè, con cui gli italiani figurano, dinanzi il tribunale sommario, come debitori di affitti di case o di magazzini; essa non si può e non si deve cercare altrove che nella condizione in cui versa la nostra colonia»⁴⁶.

Queste notazioni sono integrate da Mancini con alcuni ulteriori elementi utili a valutare la partecipazione e l'influenza dei giuristi italiani alle trasformazioni dell'ordinamento egiziano.

Innanzitutto le lingue ufficiali dei tribunali misti egiziani: oltre l'arabo, erano ammesse solo l'italiano e il francese a cui si aggiunse l'inglese a partire dal 1898.

Poi, essendo le nuove leggi «modellate in massima sui Codici di Francia e d'Italia»⁴⁷, una gran parte dei lavori fu affidata ai nostri magistrati. Inoltre, essendo italiani la maggior parte degli avvocati patrocinanti in primo grado e in Corte d'appello, e trovandosi «parecchi fra essi [...] dei più riputati per dottrina ed eloquenza», si lascia intendere che importante fu l'influenza della cultura giuridica italiana sulle decisioni giurisprudenziali.

La seconda Relazione manciniana non fa alcun accenno alla ormai prossima entrata in vigore dei codici nazionali, né abbiamo notizie dei rapporti tra la nuova giurisdizione mista, durante i primi sette anni della sua applicazione, e la tradizionale magistratura sciaraïtica allora competente per tutte le controversie tra egiziani musulmani. Solo un breve cenno, per quanto di notevole interesse, lo troviamo in uno degli allegati presentati al Parlamento e contenente il rapporto della Commissione dei notabili italiani di Alessandria⁴⁸ in merito alla revisione del Regolamento di organizzazione giudiziaria del 1875:

⁴⁶ *Ivi*, p. 53. Il rapporto aggiunge: «Infine è da avvertire che, tra gli Italiani che figurano tra le statistiche della riforma, sono più numerosi i protetti ed i naturalizzati (spesso israeliti e levantini) che gli Italiani di origine, ed inoltre che più spesso si tratta di vecchie famiglie di Italiani, che di nuovi venuti, salvo per quanto concerne salari ed affitti».

⁴⁷ *Ivi*, p. 54.

⁴⁸ *Rapporto della Commissione dei notabili della colonia italiana in Alessandria d'Egitto*, allegato I alla *Relazione 1882*, pp. 191-206. Bisogna ricordare che i Trattati tra le potenze europee per l'introduzione della codificazione mista e della relativa giurisdizione, prevedevano l'obbligo di progressi adeguamenti ed emendamenti, da proporre sulla base dell'esperienza applicativa, come condizione essenziale per la proroga di quel sistema di norme. A tale scopo erano state costituite la Commissione di Alessandria ed un'altra omologa del Cairo.

«Abbiamo già osservato come le deficienze, le insufficienze e le oscurità dei codici attuali, tanto civile che commerciale, siano infinite. Aggiungiamo ora che nei medesimi manca qualunque nesso logico e che vi si riscontrano delle lacune che solo vagamente possono riempirsi con una dichiarazione generale scritta nel regolamento organico, per prescrivere le norme della interpretazione e per ricorrere alle regole generali del diritto comune de rebus dubiis, de verborum significationibus, de regulis juris, ecc. Codesta dichiarazione generale renderà meno urgente provvedere alle necessarie, alle indispensabili modificazioni, per effettuare le quali occorre lungo studio fra i diversi codici, una indagine paziente da esercitarsi sulle fonti da cui furono tratti, uno spoglio accurato della giurisprudenza del quinquennio decorso, *non meno che una cognizione perfetta, per quanto è possibile, della legislazione musulmana, della quale, per codificare in un paese musulmano, è pure mestieri fare il debito conto* [il corsivo è mio]»⁴⁹.

Nel panorama del dibattito allora corrente, soprattutto incentrato sulla conservazione dei privilegi capitolari, sia pur riorganizzati nella giurisdizione mista, la Commissione di Alessandria introdusse così il problema del rapporto tra la legislazione vigente e il diritto musulmano fortemente radicato nella cultura giuridica dell'Egitto. I frequenti conflitti di legge e di giurisdizione, vista «la necessità di tener conto del diritto ottomano e di conciliarne le parti utili coll'opera insigne di una riforma savia della giustizia in questo misterioso Oriente», avrebbero potuto trovare soluzione integrando la Commissione internazionale per la revisione dei codici (incaricata della redazione della codificazione nazionale) con «due fra i più dotti e meno pregiudicati Ulemas [dottori della legge], per poter così coordinare al meglio le teorie e le pratiche forensi e la scienza giuridica orientale con le teorie, le pratiche forensi e la scienza giuridica occidentale».

Da ricordare che proprio le difficoltà di applicazione della riforma mista avevano condotto ad una rapida revisione del Regolamento di organizzazione giudiziaria del 1875, sostituito dal «Decreto khediviale del 27 novembre 1881 relativo all'ordinamento legislativo e giudiziario dell'Egitto», a sua volta premessa necessaria per l'entrata in vigore della legislazione nazionale formalmente inaugurata alla fine del 1883. Come si è già accennato, i nazionalisti avrebbero voluto che quest'ultima sostituisse quella mista, allorché la giurisdizione indigena avrebbe dovuto assorbire anche le controversie tra stranieri⁵⁰.

⁴⁹ *Ivi*, p. 203:

⁵⁰ Gli avvenimenti successivi al 1883 e la sempre maggiore influenza inglese negli affari egiziani, possono spiegare perché i fatti si sono discostati di molto dalle intenzioni di coloro che, per quei motivi, si sono affrettati a varare la riforma giudi-

Il clima politico di quel periodo, con l'intervento militare britannico e la rivolta di 'Arabì Pascià⁵¹, accelerò la preparazione e l'entrata in vigore della legislazione nazionale, non consentendo però di portare compiutamente a termine l'opera di riforma. La decisione di non intervenire in Egitto a fianco della Gran Bretagna, fondata sul principio di nazionalità nella politica estera italiana sostenuto dal Mancini, ha progressivamente ridotto il ruolo del nostro Paese in numerosi settori della Pubblica Amministrazione dell'Egitto che, da allora, subì la crescente influenza inglese negli affari interni. Tuttavia, l'impianto legislativo generale era oramai varato e, anche se non perfettamente consolidato, consentì all'Egitto di rimanere ancorato al modello francese e aperto al contributo prevalente dei paesi di *civil law*.

In questo quadro storico complesso, nel passaggio di secolo, l'Inghilterra avviò un'azione di riforma dei codici e delle procedure tentando di introdurre elementi più vicini all'esperienza coloniale della *common law*. Dal 1898 l'inglese divenne lingua ufficiale nei tribunali misti, aggiungendosi all'arabo, all'italiano e al francese. La formazione giuridica fu progressivamente integrata secondo quanto riportato da John Scott sul *Journal of the Society of Comparative Legislation* del 1899, insieme a un ampio resoconto delle riforme «necessarie» al sistema giudiziario egiziano. A questo più che leggi nuove servivano nuovi giudici e nuovi avvocati⁵²:

«The native tribunals had been founded on the lines of the mixed tribunals, the French codes were the basis of their law, the people had to a certain extent got used to the French system, French was the foreign language then generally in use. As a judge of the mixed courts, I had applied French law and procedure and had found they worked fairly well. With the exception of the Englishmen in the Court of Appeal, there was hardly a person in the country who would have received with any favour a complete change in favour of an English system of law. I therefore urged that better men were wanted, not new measures. As I said in one of my reports, *tant vaient les juges tant valent les lois*»⁵³.

ziaria e l'emanaione dei codici nazionali. Cfr. F. CASTRO, *La codificazione*, cit., p. 397.

⁵¹ Per una chiara e efficace sintesi degli avvenimenti egiziani di questo periodo, si v. G. CALCHI-NOVATI, *Le fonti del Ministero degli Esteri sulla rivolta di Arabi: il rapporto centro-periferia nella prospettiva italiana*, in *Oriente moderno*, 1-6, 1989, pp. 3-21.

⁵² J. SCOTT, *Judicial Reform in Egypt*, in *J. Soc. Comp. Legisl.*, 1, n.s., 2, 1899, pp. 240-252.

⁵³ *Ivi*, p. 242.

Consulente giuridico del Khedivé dal 1890, Scott si impegnò per riformare la *Madrasat al-huquq* (la Scuola di Giurisprudenza) reclutando nuovi docenti francesi, italiani ed egiziani e, per quanto riguarda la magistratura nazionale, appoggiandosi soprattutto su quegli egiziani che avevano conseguito una laurea giuridica in Italia e in Francia che garantivano, al tempo, una tradizione universitaria prestigiosa e una formazione giuridica coerente con il sistema giuridico vigente.

Nel 1904 furono emanati, rivisitati, in sostituzione degli omologhi testi del 1883, il Codice penale nazionale (l n. 3/1904) e il collegato Codice di procedura penale (l n. 4/1904). Nel *Journal of the Society of Comparative Legislation* del 1906 ce ne offre un ampio resoconto William E. Brunyate che sottolinea come non sia stato modificato l'impianto originale francese, ma si sia fatto tesoro, non senza difficoltà, dell'esperienza della codificazione anglo-indiana, nonché di alcune novità presenti nelle leggi di Belgio e Italia⁵⁴.

«The Penal Code of 1883 was modelled on that of the Mixed Tribunals, which was itself a hastily compiled and badly drafted adaptation of the French Penal Code as it existed in the 'seventies. It was adopted (probably rightly) in 1883 on the advice of Lord Dufferin, on the ground that such in France. It remained true until a very recent date that legal education in Egypt was essentially French. Any complete recasting of the Code at the present time would therefore have been ill-advised. The method adopted was that of amending those parts of the Code which worked unsatisfactorily in practice, drawing freely upon the Indian Penal Code and to a less extent on those of Belgium and Italy: large portions of the Code, admittedly defective but of infrequent application, were left practically unrevised. The general effect of the revision is to create a distinctively Egyptian Code which will require to be studied without slavish reference to precedents in foreign countries—a fact which should be distinctly beneficial to Egyptian legal education. The employment of portions of the Indian Penal Code as a precedent had interesting results from the point of view of drafting. The drafting was, in fact, done in French, the Arabic text being a translation. But English legal drafting, even in the comparatively simple form in which it occurs in the Indian Code, lends itself with difficulty to translation into idiomatic legal French. Simplification of phrasing was therefore repeatedly necessary; and, without expressing any opinion on the manner in which the particular piece of work was done, it is submitted that what is in effect bi-lingual drafting has a marked tendency towards the omission of all superfluous verbiage»⁵⁵.

⁵⁴ W.E. BRUNYATE, *Egypt*, in *J. Soc. Comp. Legisl.*, 7, 1, 1906, pp. 55-65.

⁵⁵ *Ivi*, pp. 55-56.

Espressamente ispirati al nostro Codice Zanardelli (Codice Penale del 1889) furono gli articoli da 2 a 4 del testo egiziano relativi all'applicabilità del diritto nazionale ai reati commessi all'estero.

Ben piú ampia, invece, la trasformazione del diritto processuale penale nazionale che, a partire dal 1895, con la soppressione del *juge d'instruction*, perse progressivamente il carattere tipico del modello inquisitorio francese per assumere alcune proprietà del modello inglese⁵⁶.

Il prestigio dei giuristi italiani è comprovato dalla loro costante presenza anche in importanti iniziative editoriali forensi.

A partire dal 1890 fu regolarmente pubblicato, per oltre un decennio, il *Bulletin de législation et de jurisprudence égyptienne*, curato da un inglese Thomas Lebsohn e tre italiani A. De Rensis, D. Palagi, A. Schiarabati.

Tra il 1901 e il 1945 (ma con regolarità annuale sino al 1926) furono stampati i 35 volumi della *Gazette des Tribunaux Mixtes d'Égypte* a cui collaborarono, tra gli italiani, Edoardo D. Bigiavi (dal 1903 al 1916), Dionisio Anzilotti (nel 1907), Dario Palagi (dal 1910 al 1932), Albert Lamanna (dal 1911 al 1914), Salvatore Messina (dal 1920 al 1932), Ernesto Cucinotta (nel 1938).

Si tratta di collaborazioni che mettono in risalto il clima eclettico e composito che i giuristi vivevano nell'Egitto di quegli anni dove giudici di nazionalità diverse sedevano nella stessa corte, applicando lo stesso diritto, passando naturalmente dal francese all'italiano, apportando a ogni decisione il contributo della propria originale cultura giuridica. Si va così a consolidare una prassi interpretativa ed applicativa che risponde non solo alle contingenze, ma che ragiona com-

⁵⁶ *Ivi*, pp. 57-58: «It is a mistake to suppose that Egyptian criminal procedure has ever borne any very close resemblance to the procedure in France. There were from the beginning fundamental differences between the Procedure Code and its French prototype. But the essence of criminal procedure is intimately connected with the traditions of the magistracy, and a corps of magistrates with fixed traditions can scarcely be said to have come into existence prior to the time at which the late Sir John Scott gave vitality to the Courts by creating single-judge tribunals with extensive civil and criminal powers. That change was very shortly followed by the practical suppression of the *juge d'instruction* in favour of enquiries by the Parquet, and since 1895 the merits or demerits of criminal procedure have no longer been fairly imputable to its French origin. All that can be said of the present procedure is that it is pretty certainly transitional, and that its future development must depend largely on the degree of capacity which it proves possible to evoke in the magistracy. In the meantime, a good deal of the formalism of French procedure in detail had been reproduced in the Egyptian Code, and the magistracy had shown a decided tendency to mistake formalism for spirit. The inconveniences resulting from such formalism it was the special object of the revision to mitigate».

parativamente sui principi generali, sugli istituti, sulle categorie e sui termini giuridici. Resta difficile, invero, poter riportare una data soluzione a un dato modello anche laddove a redigere la sentenza sia un giudice italiano, piuttosto che francese o greco.

Si comprende, quindi, la percezione che, in Italia, si ebbe di quel lontano dibattito e dell'ardore che animava la giurisprudenza dell'Egitto, non solo mista, in quegli anni. Dal punto di vista del diritto, l'Egitto era annoverato a pieno titolo tra gli ordinamenti i cui principi generali erano conformi con quelli comuni alle nazioni civili. Ce ne danno prova le motivazioni ai prevalenti dinieghi che la nostra Corte di Cassazione opponeva, allora, all'accoglimento dei ricorsi avverso le delibazioni delle decisioni dei tribunali misti.

* * *

L'atto finale della Conferenza di Montreux del 1937 stabilì la fine del doppio regime giuridico egiziano. Dopo un periodo transitorio di 12 anni, nel 1949 entrò in vigore il nuovo codice civile opera di 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhùri⁵⁷ che aveva fatto tesoro della lunga esperienza di applicazione del diritto francese e dei diritti europei in Egitto.

Proprio Sanhùri, fautore di una riforma scientifica del diritto musulmano che avrebbe dovuto precedere la fase legislativa, nel 1926 scriveva nel suo lavoro sul Califfato:

«Ici [le statut réel], on se heurterait dans des pays comme l'Egypte à une difficulté d'un autre genre. Des système étrangers, par l'effet d'une longue application, sont déjà entrés dans les moeurs juridiques de ces pays. Un changement brusque y ébranlerait la stabilité des relations légales. On ne pourrait donc procéder à la substitution à ces droits importés d'une législation de coloration nationale et islamique que par étapes progressives. La même politique de restauration graduelle et prudente s'imposerait soit dans les branches du droit privé autres que le droit civil, soit dans le droit public: domaines qui seraient rénovés par le mouvement scientifique modernisateur».

La grande circolazione di idee e interpretazioni che si sono consolidate nella giurisprudenza egiziana e l'ininterrotta applicazione del diritto di modello europeo da oltre 70 anni sono le motivazioni che

⁵⁷ Sul quale, per tutti, si vedano gli studi compiuti da Francesco CASTRO e, in particolare, 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhùri. *Primi appunti per una biografia*, in *Studi in onore di Francesco Gabrieli nel suo ottantesimo compleanno*, Roma, 1984, pp. 1-38.

Sanhùrì stesso adduce nella relazione di accompagnamento al nuovo Codice Civile per motivare la scelta del modello europeo posto alla base del testo. Si apriva, allora, una fase completamente diversa, che avrebbe attraversato il nasserismo e il socialismo arabo egiziano, nella quale, tuttavia, l'apporto scientifico europeo non si sarebbe comunque interrotto.

Negli Atenei egiziani, hanno prestato servizio professori italiani, non molti nelle materie giuridiche, ma alcuni hanno lasciato una profonda impronta con i propri insegnamenti, allorché l'esperienza egiziana lasciava chiare tracce nei loro studi. Ricordiamo, tra questi, Vincenzo Arangio-Ruiz, che ha lungamente insegnato al Cairo dal 1929 al 1940 e, poi, tra il 1947 e il 1957 anche ad Alessandria.

Su suo invito arrivò ad Alessandria, nel 1950, Gino Gorla, che vi rimase fino al 1957 insieme a Rolando Quadri e Tullio De Logu.

Nomi, questi ultimi, insieme ai tanti altri citati nel presente lavoro, che hanno partecipato e partecipano ancora a quella *koiné* giuridica mediterranea che nei secoli, sia pure con diverse intensità, non si è mai interrotta e alla quale auguriamo di continuare a contribuire al grande dialogo tra le civiltà.

RODOLFO SACCO

Quando c'era la Somalia

Aniga waxan ahai Gerieri, Barfesorka Jaamicadda Ummadda Soomalied... forse non tutti capiscono...

Non so che lingua parlare. Siamo a Siena. Mi pare un delitto, profanare la città di Siena con il mio barbaro accento torinese... d'altra parte, ci può essere in sala un collega che conosce poco il somalo.

Scegliamo il male minore... fatemi segno.

Parlerò il povero italiano, chiedendo perdono a Siena e a tutta la Toscana.

Ripeterò, tradotta, la mia prima frase.

Io sono Barbapiccola, professore nella Università Nazionale Somala. Vi ho insegnato per tre semestri il diritto comparato e il diritto civile. Sono poi ritornato a varie riprese come visiting. Nel periodo 1969-1985 Barbapiccola era il mio appellativo usuale sulle labbra dei Somali.

E ora parlerò della Somalia.

La Somalia è stata soggetta, fra gli anni 1880 e la seconda guerra mondiale, in parte alla Gran Bretagna (Nord del Paese), e in parte all'Italia (Centro e Sud del Paese) – con un'interruzione dal 1941 al 1947 –.

Gran Bretagna e Italia importarono le proprie lingue, che affiancarono ad una terza lingua di cultura – l'arabo, lingua dell'Islam – e alla lingua popolare, somala.

I Paesi colonizzatori imposero il proprio diritto amministrativo, il commercio fu regolato dal diritto metropolitano, le costituzioni britannica e italiana non vennero introdotte.

Il diritto civile europeo veniva applicato agli Europei, i Somali continuavano a praticare il loro diritto tradizionale, non scritto, eccetto per il diritto di famiglia, regolato dallo statuto personale islamico. Le giurisdizioni tradizionali e i tribunali dei Qadi furono rispettate, ma venne estesa la giurisdizione dei Qadi a detrimento degli organi preislamici.

Nel periodo dell'Amministrazione fiduciaria (1947-1960) gli Ita-

liani istituirono una scuola di tipo universitario, con professori italiani, che insegnavano materie giuridiche ed economiche per preparare – anche in vista dell'indipendenza della Somalia – i futuri funzionari pubblici.

Studiosi italiani (Bertola e Costanzo) predisposero per i Somali una carta costituzionale, ricalcata sulla costituzione repubblicana italiana, con soppressione delle norme sulle regioni.

Con l'indipendenza, la costituzione entra in vigore, la Somalia ex britannica e quella ex italiana si unificano (in realtà la prima viene assorbita dalla seconda), e una diffusa assistenza tecnica viene prestata dai due paesi europei alle loro ex colonie; dal 1964, però, l'Italia ritira l'assistenza tecnica militare, ed è rimpiazzata dall'Unione sovietica.

Per il momento, il diritto, con la sua bipartizione europea (per gli Europei) e somala (per i Somali), e il suo doppio binario – per il Nord e per il Sud – rimane quello che era; ma è palpabile l'aspirazione a creare un diritto unico per tutti i Somali. Si incomincia con il codice penale, adottato nel 1962, modellato sul codice penale italiano del 1930.

La scuola per funzionari diventa un'università, con due facoltà (giurisprudenza ed economia, cui tutte le altre si aggiungeranno con il tempo); la lingua è l'italiano. Gli organi giudiziari statuali vengono riuniti in una piramide unica, con un vertice unico.

Nel 1969 un gruppo di militari opera un colpo di Stato, e proclama l'adesione della Somalia alla dottrina marxista vittoriosa in URSS. Le libertà vengono abolite, organi giudiziari di eccezione vengono insediati, i partiti esistenti vengono sciolti, viene creato un partito unico socialista rivoluzionario, supportato da organizzazioni di massa. È visibile una volontà politica di progresso, di parziale svecchiamento del diritto di famiglia, di esaltazione della nazione, di revisione dei modelli borghesi e di quelli venuti dall'Europa.

In questo quadro, si adotta una nuova costituzione, che assegna poteri intensi al presidente, consente un solo partito, e così via. Il modello italiano scompare dalla scena.

La volontà di unificare il diritto somalo si accentua. Nel 1974 si adotta un codice di procedura civile che ricalca il modello italiano del 1942.

Si vuole un codice civile. Si nomina una commissione di 15 membri, tra cui io stesso e due altri italiani, e la commissione mi invita a redigere un avvanprogetto. Mentre termino il mio lavoro, il nuovo guardasigilli (esponente del reticolato islamico), affinché il codice sia composto da musulmani, incarica dell'opera due giuristi egiziani; questi gli servono il testo del codice del loro paese, che – com'è noto –

riproduce il cosiddetto «codice misto» (cioè il codice che era servito per regolare i rapporti tra egiziani ed europei), ricalcato sul *Code Napoléon*.

Dal 1969, l'Università offre all'assistenza tecnica italiana un'incomparabile occasione per la diffusione del modello scientifico italiano. Gli esami si preparano su libri di testo italiani. Fanno eccezione l'esame di diritto islamico, che si sostiene in lingua araba, e l'esame di diritto comparato, che si prepara sulla traduzione italiana del David, poiché in questo momento mancano manuali italiani di sistemi giuridici comparati.

Tocca a me, scegliere la traiettoria dell'insegnamento. In un primo momento, ingenuamente, propugno la linea realistica, la cosiddetta somalizzazione dell'insegnamento, che dovrebbe trasmettere al discente ogni sapere relativo al diritto statale, alla sciarā e al diritto ancestrale. Ma presto imparo che l'università può trasmettere solo il diritto dello Stato, insegnato dal professore laico, e il diritto religioso – rivelato o positivo – insegnato dallo specialista. Si deve preparare il giovane giurista somalo a praticare quel diritto che viene applicato dagli organi giudiziari e amministrativi dello Stato. Naturalmente, il docente deve essere attento, attentissimo, al contesto sociale e giuridico in cui il diritto statale viene invocato.

Intorno a me, una piccola scuola fiorisce, consapevole dei compiti che le appartengono. Tra i miei seguaci, non appena si laureano, Axmed Ashkir Bootaan è ministro dell'Università, Moxamed Xasan Muuddey è presidente dell'Università, Rufai Haji Mwenije è presidente della Corte suprema.

Il regime vuol fissare lo schema ideale di una unica lingua somala, destinata a soppiantare i tanti dialetti di tipo darod, dighil e hawija; il compito spetta a linguisti. Ma restano da creare le lingue di settore, e i miei allievi vengono impegnati nella costruzione di una lingua giuridica.

E poi?

Nel 1976, i carri armati cubani, al servizio dei militari etiopici improvvisatisi comunisti per poter salvare il loro paese dalla sconfitta, hanno ragione degli Ogaden insorti per reclamare l'annessione alla Somalia (in conformità del loro *status* linguistico e religioso), e con gli Ogaden viene travolto il consistente corpo dei volontari venuti dalla Somalia. Il prestigio del regime ne ha un crollo, i dissensi seminano prima la disobbedienza poi l'anarchia. Gli organi dello Stato smettono di funzionare. Nel 1990 la Somalia è un paese a potere diffuso, il potere centralizzato è evaporato. In Africa, come in Europa, se lo Stato si disfa i cittadini volenterosi o interessati lo creano daccapo, con il consenso di tutti. Ma la Somalia è un paese speciale.

Quando i Britannici e gli Italiani occuparono il paese, lo Stato non esisteva. Esistevano autorità regionali islamiche – sultanati –, le quali riconoscevano una supremazia al sultano di Zanzibar. Ma un vero potere politico mancava, le tribù vivevano ognuna la propria vita, autotutelavano i propri diritti, guerreggiavano l'una contro l'altra. Le prime strutture statuali nel Paese sono state introdotte dagli Europei. Crollate quelle strutture, lo stimolo a ricostruirle non è forte, nel DNA somalo.

Crollato lo Stato – e, con esso, i tribunali, l'università, i media – noi non sappiamo che fine abbiano fatto i modelli giuridici di origine italiana. Il codice di procedura civile e il codice penale non hanno senso se mancano i tribunali. Un diritto civile implicito o esplicitato esiste certamente: ma è esso uniforme in tutto il paese? e quale diritto è?

La Somalia si ricostituirà un giorno. In quella Somalia tutti parleranno il somalo, o un dialetto somalo; molti parleranno l'arabo appreso alla scuola coranica; qualcuno parlerà inglese e/o italiano. E quei Somali saranno disponibili ad ogni recezione giuridica.

SALVATORE MANCUSO

La circolazione di modelli giuridici (legali o dottrinali) italiani nell’Africa sub-sahariana

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’Africa Occidentale e Centrale. – 3. Il Corno d’Africa (senza la Somalia). – 4. L’Africa Meridionale.

1. *Introduzione*

I modelli giuridici legali e culturali italiani hanno ampiamente circolato in Africa, sebbene abbiano dovuto – e debbano tuttora – ritagliarsi a fatica uno spazio tra altri modelli ben più forti ed invasivi del nostro, quale quello inglese e francese. La tradizione giuridica italiana, soprattutto nell’area del diritto comparato, costituisce comunque sempre una garanzia più che affidabile per chi a questi modelli si accosta. Inoltre, l’assenza di retaggi coloniali o di approcci neo-colonialisti anche in quelle che un tempo erano le nostre colonie costituisce un *passé-partout* che potrebbe, e dovrebbe, essere maggiormente sfruttato.

Si parlerà di diritto comparato e di africanistica, lasciando necessariamente al di fuori l’islamistica che pure annovera esempi di presenza del modello culturale italiano¹.

Occorrerà poi fare tesoro degli insegnamenti di Rodolfo Sacco, secondo cui l’Africa cui si accosta il comparatista non è l’Africa cui guarda il geografo. L’Africa che si affaccia sul Mediterraneo poco ha in comune – culturalmente, linguisticamente, giuridicamente – con l’Africa sub-sahariana a cui dedicheremo la nostra attenzione, approssimandosi maggiormente all’area araba e mediorientale (seppure con i dovuti distinguo dovuti alle più forti contaminazioni mediterranee), e ciò malgrado i contatti e le relazioni tra queste ‘due Afriche’ non siano mancati. Il deserto del Sahara ha da sempre costituito una linea di demarcazione – non solo geografica – tra le genti di que-

¹ Ne sono esempio, innanzitutto, i lavori di Francesco Castro e, ancor prima, di Antonio D’Emila e Carlo A. Nallino.

ste due parti del continente. Per questo motivo l'Africa mediterranea resterà al di fuori dell'ambito del nostro esame.

2. *L'Africa Occidentale e Centrale*

Fino a agli anni '90 quasi nulla era stata la presenza italiana in quest'area del continente. Ricordiamo una breve apparizione di Graziadei e Mattei sul diritto fondiario congolese², e più recentemente ancora Mattei con E. Grande in Mali³. Si è trattato, comunque, di esperienze sporadiche che poco o nulla hanno lasciato del modello culturale italiano.

Diversa è la situazione dopo l'avvento del diritto OHADA che ho a lungo studiato e continuo a studiare, applicando allo studio i nostri metodi comparatistico e di analisi del diritto africano e tenendo sempre in considerazione il fatto che un diritto statale 'transnazionale' come quello OHADA non possa fare a meno della cultura giuridica africana⁴. Il risultato più tangibile è il libro sul diritto OHADA da me pubblicato in italiano⁵ che – unitamente alla relativa voce sul Digesto⁶ – ha voluto aprire la conoscenza di questo sistema transnazionale agli studiosi italiani. Ancora più significativa, credo, è la pubblicazione di un libro sempre sul diritto OHADA in lingua portoghese sulla falsariga di quello italiano: esso costituisce il primo libro in argomento per i Paesi lusofoni e verrà adottato come testo di studio di diritto commerciale in Guinea-Bissau⁷.

Ma è sul piano del modello legale che oggi l'Italia può apportare un proprio contributo – anche se per adesso limitato – alla costruzione di questo nuovo diritto africano. Recentemente il sistema di di-

² M. GRAZIADEI, U. MATTEI, *Il «Code Domaniel et Foncier» della Repubblica Popolare del Congo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 77 s.

³ A quest'ultima, in particolare, si deve la realizzazione di un DVD dal titolo: *Le bon élève: le Mali et Nous*, 57 min. Accettato dall'African film festival di New York e presentato presso la Università di Montreal e di Friburgo (Svizzera), a Torino all'interno della rassegna dei documentari di Documè e in molte altre sedi e film festival. Trasmesso dalla televisione pubblica francese sul canale «France Outremer» nel marzo 2009. Il DVD è il risultato della ricerca MIUR 40% 2004-06.

⁴ Un esempio in S. MANCUSO, *Le droit OHADA vers sa population. Y-a-t'il une place pour les droits originellement africains dans le processus d'harmonisation du droit des contrats en Afrique?*, in *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* (Atti della conferenza), Porto Novo, 2012.

⁵ S. MANCUSO, *Diritto commerciale africano*, Napoli, 2009.

⁶ S. MANCUSO, *OHADA*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 2010, p. 867 s.

⁷ S. MANCUSO, *Direito comercial africano (OHADA)*, Coimbra, 2012.

ritto commerciale ha introdotto una figura ibrida, l'*entreprenant*, con l'obiettivo di avvicinare al diritto ufficiale gli imprenditori del settore informale prevedendo a loro favore un sistema giuridico e contabile semplificato⁸. La figura in questione non ha (per quello che risulta allo scrivente) un omologo nel diritto francese al quale il sistema si ispira, ma è molto vicina a quella del piccolo imprenditore del nostro codice civile, e, singolarmente, trova corrispondenza anche nei fini con la figura del piccolo commerciante prevista nel progetto di codice commerciale redatto ai tempi per la colonia eritrea⁹. Partendo da questi semplici dati la dottrina italiana avrebbe certamente molto da dire in argomento.

Va altresì menzionata la presenza di Marco Guadagni in Sudan, coincisa con la riforma del diritto privato nel Paese nel momento in cui lo stesso si indirizzava verso il modello di *civil law*¹⁰. Il ritorno del Sudan verso un sistema più prossimo ai modelli di *common law* unitamente alla forte islamizzazione del Paese hanno segnato la fine di quell'esperienza e della possibilità di affermare una presenza più decisa dei modelli italiani di studio del diritto africano.

3. Il Corno d'Africa (senza la Somalia)

Il Corno d'Africa è, per ovvie ragioni, l'area che più feconda ha visto la presenza dei modelli giuridici legali e culturali italiani.

Della Somalia si occupa – ovviamente – Rodolfo Sacco, che della circolazione del modello culturale italiano in quel Paese è stato il pro-

⁸ Lo statuto dell'*entreprenant* è stato introdotto con l'obiettivo di consentire agli imprenditori del settore informale di uscire dal loro stato di marginalità giuridica e di sviluppare le loro attività in un ambiente regolato giuridicamente, con misure normative e fiscali semplici ed efficaci. L'art. 30 par. 7 dell'Atto Uniforme sul Diritto Commerciale Generale prevede che l'*entreprenant* è una persona fisica che esercita, con una semplice dichiarazione al Tribunale, un'attività civile, commerciale, artigianale o agricola. Il giro d'affari dell'impresa non deve superare un limite determinato da ciascuno Stato membro; in caso di superamento per due anni consecutivi, l'*entreprenant* deve, a partire dal primo giorno dell'anno successivo ed entro la fine del primo trimestre, rispettare gli obblighi relativi all'imprenditore individuale, perdendo così la qualità di *entreprenant* ed i vantaggi relativi. Si prescrive altresì che la migrazione del settore informale a formale debba essere graduale ed essere accompagnata da misure a livello nazionale.

⁹ Cfr. gli Artt. 9 e 30 del progetto cit. In tema v. M. D'AMELIO, *I piccoli commercianti nella legislazione commerciale Eritrea*, Roma, 1910.

¹⁰ M. GUADAGNI, *La riforma del diritto privato nel Sudan: uno studio sui modelli normativi nel diritto africano*, estratto da *Università degli Studi di Trieste. Raccolta di scritti per il cinquantesimo anniversario 1924-1974*, Trieste, 1976.

tagonista¹¹, seguito da un drappello di giovani giuristi, comparatisti e non. L'attenzione si sposta quindi alle altre due nostre antiche colonie, Eritrea ed Etiopia.

L'Eritrea è forse il Paese dove più forte e viva è stata la presenza del modello legale (ed anche culturale) italiano nel corso degli anni.

Nel periodo coloniale la penetrazione del modello legale e culturale italiano fu assai profonda, ma allo stesso tempo singolare. Se da un lato nella colonia eritrea erano valide le leggi italiane (ivi espressamente promulgate, recitava l'Ord. Giud. del 1903; secondo le disposizioni preliminari del codice civile e le altre leggi del Regno, recitava l'Ord. Giud. del 1908), la penetrazione del modello codicistico e legislativo italiano doveva necessariamente scontrarsi con la radicata e complessa tradizione giuridica locale che presentava un quadro del tutto disomogeneo. A ciò si aggiungeva un diritto musulmano invece già evoluto, in vigore nella zona costiera e già diviso in *malechita* ed *hanafita*.

Un quadro così variegato comportava necessariamente l'impossibilità di un'applicazione *sic et simpliciter* del modello italiano così come presente nell'area metropolitana. Si tentò una codificazione sistematica del diritto per la colonia eritrea, ma gli innovativi progetti di codici non videro mai la luce¹². Il giudice coloniale si trovò quindi a dovere mediare – soprattutto in materia penale – tra la rigidità del modello codicistico italiano e la naturale flessibilità delle tradizioni giuridiche locali unita alla difficoltà, per la popolazione locale, di comprendere la *ratio* della norma importata dal colonizzatore italiano.

Si sviluppò quindi un modello italiano che potremmo definire 'atipico'. L'assenza di norme precise (le stesse modalità di applicazione 'ufficiale' delle leggi italiane furono molto controverse) unita all'assenza di raccolte organiche di tradizioni giuridiche locali richiedeva quindi uno sforzo 'creativo' del giudice coloniale che si trovava a rendere giustizia utilizzando la sua personale conoscenza del diritto italiano mediata dall'importantissima, e personalissima, esperienza delle tradizioni giuridiche locali maturata sul suolo eritreo attraverso i casi a lui sottoposti. Il giudice era dunque chiamato a temperare le disposizioni codicistiche in ogni caso in cui il magistrato le avesse giu-

¹¹ A parte i diversi articoli pubblicati nelle varie riviste, tra i frutti del suo appassionato studio del sistema giuridico somalo si ricordano principalmente R. SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo*, Torino, 1973; ID. *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Milano, 1985.

¹² In tema si v. M.L. SAGÙ, *Sui tentativi di codificazione per la colonia eritrea*, in *Clio. Trim. studi stor.*, 4, 1986, p. 567 s.

dicare incompatibili con le condizioni locali. Le sanzioni penali divenivano, quindi, piuttosto delle linee guida nelle cui maglie il giudice poteva discrezionalmente agire modulando la pena – anche al di sotto del minimo editale – secondo il suo personale apprezzamento dei fatti¹³. Gli stessi codici eritrei – seppure mai effettivamente promulgati – furono tenuti in grande considerazione dai giudici coloniali nel modulare i loro provvedimenti, fino ad essere riconosciuti ufficialmente, nella sentenza della Corte di Appello di Addis Abeba del 9 novembre 1937, «un precedente quanto mai degno di considerazione»¹⁴.

Questo sistema portava dunque la magistratura coloniale ad essere essa stessa fonte del diritto, dal momento che i precedenti giurisprudenziali costituivano traccia per la conoscenza delle tradizioni giuridiche locali e guida per i giudici nell'applicazione della legge secondo le esigenze della colonia eritrea¹⁵.

Sul piano culturale l'Eritrea ha fornito diversi spunti di ricerca agli studiosi italiani sia in epoca coloniale che successiva.

In epoca coloniale gli sforzi si indirizzarono fondamentalmente alla comprensione del diritto italiano come applicato in colonia ed alla conoscenza del diritto tradizionale delle popolazioni eritree (e qui gli esempi sono assai numerosi, Conti Rossini¹⁶, Ostini¹⁷, Pollera¹⁸, Sertoli Salis¹⁹ e vari altri), ma non mancano anche alcune opere indirizzate allo studio del diritto musulmano indirizzati a meglio comprendere il diritto applicato dalle popolazioni delle regioni costiere dell'Eritrea²⁰.

¹³ Nel codice penale eritreo, unico pubblicato, ma anch'esso mai entrato in vigore, si arrivò sino alla previsione di pene indeterminate al fine di permettere l'applicazione di pene mutate dal diritto tradizionale, ritenute maggiormente efficaci nei confronti della popolazione locale. In tema v. più ampiamente L. MARTONE, *Diritto d'oltremare. Legge ed ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Milano, 2009.

¹⁴ Corte di Appello per l'Africa Orientale Italiana 7 agosto 1937, in *Riv. giur. medio ed estremo oriente e giust. colon.*, 2, 1938, p. 87 s.

¹⁵ N. PAPA, *L'Africa italiana*, Roma 2009.

¹⁶ Di C. CONTI ROSSINI si ricordano, tra gli altri, *I Loggo e la legge dei Loggo Sarda*, in *Giorn. Soc. asiat. it.*, XVII, 1904, p. 1 s.; *Principi di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, Roma, 1916; *Consuetudini giuridiche del Seraé. Raccolte dall'assemblea dei suoi notabili ad iniziativa del commissariato regionale di Addi Ugri*, in *Rassegna di studi etiopici*, suppl. al vol. VII, Parte I, Roma, 1948.

¹⁷ F. OSTINI, *Trattato di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, Asmara, 1956.

¹⁸ A. POLLERA, *Il regime della proprietà terriera in Etiopia e nella Colonia Eritrea*, Roma, 1913; *L'ordinamento della giustizia e la procedura indigena in Etiopia e in Eritrea*, Roma, 1919.

¹⁹ R. SERTOLI SALIS, *L'ordinamento fondiario eritreo*, Padova, 1932.

²⁰ Tra di esse si v. in particolare A. MAIORANI, *Istituzioni di diritto musulmano*, Asmara, 1954.

Il periodo post-coloniale parte necessariamente negli anni '90, dopo che l'Eritrea riacquista la propria indipendenza dall'Etiopia. In questo periodo molti studiosi italiani vi sono passati (tra gli altri Busani²¹, Castellani²², Grande, Mattei), grazie soprattutto al progetto di cooperazione Trento-Asmara. Alcuni vi hanno lasciato tracce più profonde (Guadagni, Castellucci, Favali, Mancuso).

Marco Guadagni ha profondamente studiato il diritto eritreo²³, è stato frequentemente presente nel Paese sia come docente presso l'Università di Asmara che come consulente. Egli ha, tra l'altro, sistematizzato le fonti del diritto tradizionale eritreo in uno studio per l'UNESCO che costituisce la fonte più citata in argomento²⁴.

L'articolo scritto da Ignazio Castellucci in argomento costituisce la base per lo studio del diritto di famiglia eritreo²⁵, e nella sua versione italiana²⁶ è utilizzato nei tribunali italiani (certamente Roma e Milano) come strumento di riferimento per la soluzione di casi di diritto matrimoniale che, secondo le nostre norme di diritto internazionale privato, comportano l'applicazione del diritto di famiglia eritreo.

Il diritto fondiario eritreo trova sistematica trattazione nella tesi di dottorato redatta da chi scrive, e di prossima pubblicazione²⁷, lavoro che verrà tradotto e pubblicato anche in inglese per la sua successiva diffusione in Eritrea. Un paio di contributi sono stati – inoltre – dedicati ad alcuni aspetti del diritto ambientale eritreo²⁸.

²¹ Di lui si ricordano i lavori *Short Notes on Tort Law in Ethiopia and Eritrea*, in E. GRANDE (a cura di), *Transplants Innovation and Legal Tradition in the Horn of Africa*, Torino, 1995, p. 373 s.; e *Tort Law and Development: Insights into the Case of Ethiopia and Eritrea*, in *J. Afr. Law*, 40, 1996, I, p. 43 s.

²² L. CASTELLANI, *La legislazione eritrea in materia ambientale*, in L. FAVALI, E. GRANDE, M. GUADAGNI (a cura di), *New law for new states: politica del diritto in Eritrea*, Torino, 1998, p. 223 s.; ID., *Recent developments in land tenure law in Eritrea*, *Horn of Africa*, University of Wisconsin-Madison, 2000, Working Paper n. 37.

²³ Si ricorda, in particolare, M. GUADAGNI, *Eritrean Law between past and future: an introduction*, in L. FAVALI, E. GRANDE, M. GUADAGNI (a cura di), *New law for new states: politica del diritto in Eritrea*, Torino, 1998.

²⁴ M. GUADAGNI, *Eritrean customary laws*, contributo eritreo alla UNESCO *Proclamation of Masterpieces of the oral and Intangible Heritage of Humanity*, s.d.

²⁵ I. CASTELLUCCI, *Eclectic legal reforms in Africa and the challenge of reality: the case of Eritrean family law*, in CHIMA CENTUS NWEZE (a cura di), *Contemporary issues in international and comparative law: essays in honor of Professor Dr. Christian Nwachukwu Okeke*, Lake Mary, 2009.

²⁶ I. CASTELLUCCI, *Il nuovo diritto eritreo: il diritto di famiglia*, in L. FAVALI, E. GRANDE, M. GUADAGNI (a cura di), *New law for new states*, cit.

²⁷ S. MANCUSO, *Diritto fondiario eritreo*, in corso di pubblicazione nei temi di EUT, Trieste.

²⁸ S. MANCUSO, *Prospettive di tutela ambientale in un nuovo stato africano: l'e-*

Il lavoro di Lyda Favali sulle mutilazioni genitali in Eritrea rappresenta un'interessante approccio dal punto di vista eritreo su uno dei temi più dibattuti nel più generale discorso sul *genderism* oggi assai di moda, approccio che, chiaramente, utilizza il modello culturale italiano²⁹. Il libro da lei scritto insieme a Roy Pateman offre un quadro assai interessante del pluralismo giuridico eritreo dal punto di vista antropologico-giuridico³⁰, ed interessante è anche il lavoro di introduzione alle fonti del diritto eritreo effettuato in scia agli insegnamenti di Marco Guadagni³¹: il tutto grazie alla sua permanenza in Eritrea nell'ambito del citato progetto di cooperazione.

Più in generale, la presenza del modello culturale italiano nell'Eritrea indipendente trova – ad oggi – la sua massima espressione nel suddetto progetto di cooperazione Trento-Asmara che permetteva la presenza costante di almeno un docente italiano in Eritrea per ogni semestre accademico. Il progetto si è sfortunatamente interrotto con l'esplosione del conflitto Eritrea-Etiopia, e non è più stato ripreso.

Questo anche perché oggi l'Università di Asmara è chiusa per motivi politici e funzionano delle scuole 'para-universitarie' disperse nella campagna eritrea, e, più in generale la presenza italiana in Eritrea si va sempre più assottigliando (la stessa Scuola Italiana ad Asmara funziona con difficoltà) anche a causa della situazione politica del Paese, lasciando spazio a modelli diversi (ne è un esempio la presenza di un drappello di docenti indiani nella facoltà giuridica di Asmara successivamente all'interruzione del citato progetto Trento-Asmara). È auspicabile che una prossima riapertura dell'università possa dare nuovo spazio e linfa alla presenza italiana, altamente apprezzata e desiderata, a condizione che venga supportata da giuristi desiderosi di portarvi con passione il nostro messaggio culturale.

In Etiopia il modello legislativo e culturale italiano arriva più tardi nel periodo coloniale, potremmo dire a traino della sua diffusione nel territorio eritreo, con il successivo estendersi dei territori coloniali anche al territorio etiopico. È il modello imperiale dell'Africa Orientale

sperienza eritrea, in *Riv. giur. amb.*, 1998, p. 829 s.; Id., *La valutazione d'impatto ambientale in Eritrea*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, p. 925 s.

²⁹ L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, Torino, 2002.

³⁰ L. FAVALI, R. PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, Milano, 2007. Il libro è stato originariamente pubblicato in lingua inglese con il titolo *Blood, land and sex. Legal and political pluralism in Eritrea*, Indiana University Press, Bloomington, 2003.

³¹ L. FAVALI, *La legittimazione e i suoi protagonisti (una premessa allo studio delle fonti in Eritrea)*, in L. FAVALI, E. GRANDE, M. GUADAGNI (a cura di), *New law for new states*, cit.

Italiana volto a creare un quadro giuridico il più possibile omogeneo in tutto il territorio italiano nel corno d'Africa³². Questa impostazione viene affermata con l'istituzione di Addis Abeba quale capitale dell'AOI, dove vengo pubblicati leggi, decreti e regolamenti validi per l'intero territorio coloniale, e dove viene stabilita la Corte d'Appello con competenza su tutto il territorio dell'AOI.

Il lavoro degli studiosi italiani si focalizza principalmente sullo studio delle tradizioni giuridiche locali. Il breve periodo di dominazione italiana sull'Etiopia non permise – a differenza di Eritrea e Somalia – di effettuare un lavoro più sistematico sul diritto vigente in Etiopia.

Per il periodo successivo all'indipendenza sono ancora i lavori di Marco Guadagni quelli rappresentativi dello studio del diritto locale secondo i canoni del modello culturale italiano. Tra di essi il suo manuale sul diritto del lavoro etiopico ha costituito fonte essenziale per vari studiosi³³, così come il suo lavoro sulle fonti del diritto etiopico è un importante punto di riferimento al riguardo³⁴.

Purtroppo il suo lavoro è rimasto isolato. La mancanza di ulteriori attività propositive sul piano della ricerca e della cooperazione dal lato italiano, unita all'adozione da parte etiopica dell'inglese quale lingua ufficiale veicolare, hanno favorito il volgere dello sguardo da parte etiopica verso il mondo anglofono, ed in particolare americano; realtà del resto più proattiva, anche dal punto di vista finanziario, nel promuovere cooperazione e ricerche.

Il resto dell'Africa Orientale ha visto soltanto sporadiche presenze degli studiosi italiani che non hanno lasciato un segno stabile nel panorama giuridico locale³⁵.

4. *L'Africa Meridionale*

Il dato di partenza è chiaramente la presenza di Marco Guadagni in Mozambico.

Di lui si ricordano l'insegnamento pluriennale del diritto compa-

³² N. PAPA, *L'Africa*, cit.

³³ M. GUADAGNI, *Ethiopian labour law handbook*, Asmara, 1968.

³⁴ M. GUADAGNI, *Note sulle fonti del diritto etiopico (con particolare riferimento all'istituto del divorzio)*, in *Africa. Rivista trimestrale di studi e documentazione dell'Istituto italiano per l'Africa e l'Oriente*, 1973, p. 369 s.

³⁵ Valgano quali esempi M. GUADAGNI, P.G. MONATERI, *Short notes on the legal system of Djibouti*, in E. GRANDE (a cura di), *Transplants, innovation and legal tradition in the Horn of Africa*, L'Harmattan Italia, Torino, 1995; S. MANCUSO, *Il diritto del Kenya*, Gruppo Edicom, Legnano, 2006.

rato all'Università Eduardo Mondlane di Maputo e la ricerca durante le sue numerose permanenze in loco su vari aspetti del diritto mozambicano, tra cui quello fondiario³⁶; vale ancor più la pena di menzionare la monografia che ne analizza il sistema giuridico nel suo insieme utilizzando il metodo stratigrafico³⁷. Gli appunti delle sue lezioni di diritto comparato costituiscono ancora oggi uno strumento di studio per molti degli studenti del corso di laurea in giurisprudenza. Purtroppo la presenza di Marco Guadagni in Mozambico non ha avuto seguito ed è dunque rimasta isolata. Oggi una forte presenza portoghese sta gradualmente sostituendo il modello culturale italiano nella materia, sebbene il docente della materia ed il testo da lui scritto siano in un certo senso sensibili all'approccio stratigrafico verso il diritto africano³⁸; considerata la vicinanza dei colleghi dell'Università di Lisbona alle idee culturali, e l'esistenza della versione portoghese del lavoro di Rodolfo Sacco³⁹, un tentativo per strutturare un lavoro di *equipe* potrebbe forse permettere che il modello culturale italiano nel settore comparatistico non vada del tutto perduto.

Un'applicazione del metodo stratigrafico e di verifica della manifestazione del fenomeno della *legal hybridity* in una realtà africana è stata effettuata da chi scrive sul sistema giuridico delle Comore in occasione di un soggiorno di ricerca e di insegnamento all'Isola della Réunion⁴⁰. È singolare notare come la pubblicazione dello studio in lingua francese abbia dovuto vincere una certa refrattarietà della dottrina francese all'approccio stratigrafico, unitamente ad un certo fastidio per l'intrusione di un giurista non francese in un territorio dominato dall'influenza francese. Ma tant'è: il lavoro è stato infine pubblicato nella rivista giuridica francofona della regione⁴¹.

A Cape Town, in Sudafrica, è stato creato nel 2012 il Centro di Diritto Comparato in Africa diretto da chi scrive.

³⁶ Si v. M. GUADAGNI, *La legge fondiaria del 1979 e i nuovi orientamenti di politica agraria in Mozambico*, in AA.VV., *Strutture fondiarie e credito per lo sviluppo agricolo nell'Africa nera*, Milano, 1989.

³⁷ M. GUADAGNI, *Il diritto in Mozambico*, Trieste, 2012.

³⁸ D. MOURA VICENTE, *Direito comparado*, vol. I, 2^a ed., Almedina, Coimbra, 2012.

³⁹ R. SACCO, *Introdução ao direito comparado*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

⁴⁰ S. MANCUSO, *African Legal Hybridity: Interaction of Western, Islamic and Native Law in the Comorian Legal System*, in E. CASH RITAINE, S.P. DONLAN, M. SYCHOLD (a cura di), *Comparative Law and Hybrid Legal Traditions*, Zürich, 2010.

⁴¹ S. MANCUSO, *La diversité des sources du droit aux Comores: entre droit occidental, droit islamique et droit coutumier*, in *Rev. Jurid. Océan Indien*, 15, 2012, p. 73 s.

Il suo obiettivo è quello di sviluppare un approccio comparatistico omnicomprendente allo studio del diritto in Africa con l'idea sviluppare soluzioni africane per i problemi giuridici africani e contribuire ad un maggiore, della *rule of law* in Africa, che allo stesso tempo tenga in debita considerazione le peculiarità del diritto in Africa attraverso una specifica attenzione alle dinamiche intercorrenti nello stratificato ambiente giuridico dell'Africa sub-sahariana. Il ruolo del Centro è di contestualizzare le varie iniziative di ricerca alle realtà ed alle esigenze di sviluppo dei Paesi africani, non solo da un punto di vista teorico o accademico, ma applicando il metodo comparatistico alla soluzione dei problemi giuridici. In quanto luogo ove convergono le differenti esperienze giuridiche africane, il Centro agisce come 'clearing house' degli interventi giuridici, valutando e comparando i differenti approcci e le differenti soluzioni provenienti dalle varie giurisdizioni che hanno affrontato e risolto problemi simili, contestualizzando le opzioni migliori e generando soluzioni 'autoctone' basate sulle esperienze pregresse.

Il Centro ha iniziato un'intensa attività di promozione degli studi comparatistici africani promuovendo l'utilizzo del metodo stratigrafico e un approccio inter-africano volto ad offrire strumenti efficienti alle epifanie di integrazione giuridica oggi presenti in Africa e, più in generale, soluzioni che tengano conto della realtà e della cultura giuridica africana ai problemi di sviluppo dei sistemi giuridici africani. Ne è scaturito un primo *workshop* tenutosi alla fine di ottobre 2012 che ha riunito giuristi africani ed africanisti di diverse estrazioni per sviluppare un approccio comune agli studi comparatistici inter-africani utilizzando il metodo stratigrafico che ha raggiunto risultati insperati con l'approvazione della «Risoluzione di Cape Town» per la promozione degli studi comparatistici africani⁴².

Sebbene si preannunci lunga, la strada maestra è stata comunque tracciata.

⁴² Maggiori informazioni disponibili sul sito www.comparativelaw.uct.ac.za.

PARTE SECONDA
America del Nord

PAOLO G. CAROZZA

Il modello giuridico italiano negli Stati Uniti d'America

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cesare Beccaria e i Padri Fondatori della Repubblica americana. – 3. I contributi degli studiosi della tradizione giuridica italiana e dei giudici italoamericani. – 4. Alcune ipotesi sulla mancanza di interazione fra il modello giuridico italiano e gli Stati Uniti.

1. *Premessa*

Non sono poche le contraddizioni da affrontare nel tentativo di rintracciare le influenze della tradizione giuridica italiana sul sistema legale statunitense. Se da un lato i Padri Fondatori subirono profondamente l'influenza del pensiero giuridico del loro tempo, di cui una delle figure di spicco fu certamente Cesare Beccaria, con delle conseguenze visibili nel testo della stessa Costituzione americana, negli anni avvenire fino ad oggi l'impatto della tradizione giuridica italiana sul sistema legale e giudiziario statunitense risulta trascurabile. Allo stesso modo, le ondate di immigranti italiani che si sono succedute nella storia degli Stati Uniti hanno generato un numero impressionante di eminenti studiosi del diritto statunitense e giudici di origine italiana; ciononostante, rimane difficile – se non quasi impossibile – stabilire il reale peso del loro retaggio culturale nel loro pensiero giuridico. La più grande contraddizione in ogni caso rimane il fatto che nonostante la tradizione giuridica italiana possa indubbiamente rappresentare una risorsa preziosa, non ci sono tracce visibili di una sua reale influenza sul sistema legale statunitense. Lo scopo di questa analisi è dunque quello di descrivere queste contraddizioni e di offrire delle ipotesi plausibili che possano spiegare perché la distanza tra un possibile risultato e la realtà è rimasta tanto considerevole.

2. *Cesare Beccaria e i Padri Fondatori della Repubblica americana*

È un fatto innegabile che nei primi anni di vita della Repubblica

americana, compresi quelli della stesura della nuova Costituzione del 1789, le correnti dominanti del pensiero illuminista del tempo contribuirono in maniera sostanziale a formare il pensiero politico e legale dei Padri Fondatori. È altrettanto innegabile che uno dei pensatori più rilevanti di quell'epoca fu Cesare Beccaria. Purtroppo non è dedicata adeguata attenzione allo studio del ruolo fondamentale che il Beccaria ebbe nel plasmare la coscienza politica dei Padri Fondatori americani, ma il lascito di questo pensatore politico italiano al diritto costituzionale americano delle origini è assolutamente rilevante. È sufficiente dire che numerosi intellettuali di spicco e giuristi americani dell'epoca erano familiari con gli scritti del Beccaria, al punto che alcuni tra questi erano soliti riunirsi per leggere insieme e commentare gli scritti del pensatore milanese¹.

Thomas Jefferson in maniera particolare fu tra i più notevoli ammiratori del Beccaria, e attraverso la sua mediazione e la penna di James Madison tracce dell'influenza di quest'ultimo sono visibili chiaramente nel testo del *Bill of Rights* annesso alla nuova Costituzione. L'idea di proporzionalità della pena rispetto al delitto commesso, e il divieto di pene che possano risultare «crudeli e fuori dal comune», come recita il testo dell'ottavo Emendamento, è un esempio lampante del debito che il pensiero costituzionale americano mantiene nei confronti del Beccaria. Nonostante la Costituzione americana non presenti un divieto della pena capitale, e nonostante ancora oggi gli Stati Americani stiano intrattenendo una dura battaglia interna per raggiungere l'abolizione di questa pratica, il nome di Beccaria appare regolarmente sulle labbra di coloro che si oppongono con forza al mantenimento della pena capitale nel sistema legale statunitense².

Tuttavia, il più chiaro segno del debito intellettuale che il pensiero costituzionale americano mantiene nei confronti del Beccaria è anche il più sorprendente da un punto di vista moderno: attraverso la mediazione di Jefferson, Beccaria fu la diretta fonte d'ispirazione del diritto al possesso d'armi come garantito dal secondo Emendamento alla Costituzione³. È necessario sottolineare che rimangono delle importanti differenze tra questo diritto come teorizzato dal Beccaria e come stabilito nel secondo articolo del *Bill of Rights*: mentre il pensatore milanese aveva posto un'enfasi particolare sul carattere individuale del possesso d'armi, il testo dell'Emendamento possiede invece

¹ J. BESSLER, *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, in *NW J.L. & Soc. Pol'y*, 2009, 4 Iss. 2, p. 195.

² *Ibidem*.

³ S. CORNELL, *A New Paradigm for the Second Amendment*, in *Law Hist. Rev.*, 2004, 22, I, p. 161.

un accento alla natura collettiva di questo diritto nel suo riferimento alla «milizia».⁴ Nonostante ciò è interessante osservare i recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in merito; infatti, in alcune recenti decisioni i giudici hanno posto in evidenza la sfumatura individualistica che questo diritto possiede anche come stabilito nel *Bill of Rights* americano⁵. È inoltre notevole che gli argomenti adottati dal Beccaria per giustificare l'esistenza di un diritto al possesso d'armi siano gli stessi offerti da Jefferson e tuttora invocati dalla giurisprudenza costituzionale americana nel difendere l'esistenza di questo diritto. In particolare, queste argomentazioni richiamano la necessità del possesso individuale d'armi come un'alternativa al monopolio della forza coercitiva da parte dello stato, e come una garanzia contro forme di eventuale oppressione politica da parte di quest'ultimo. Un'altra ragione è connessa al diritto all'autodifesa nel senso più stretto: il diritto al possesso individuale d'armi garantisce che gli unici in grado di maneggiare armi da fuoco non siano solo criminali potenzialmente pericolosi. Dunque le ragioni di tale diritto rimandano essenzialmente al diritto dei cittadini alla propria sicurezza nei confronti di altri individui o nei confronti di uno stato potenzialmente oppressivo⁶.

L'aspetto sorprendente della storia di questo diritto non è tanto il fatto che fu Beccaria a influenzare la sua ricezione da parte dei Padri Fondatori – in fondo sia Beccaria che i Padri americani erano figli del loro tempo – ma piuttosto ciò che colpisce è il fatto che questo diritto sia rimasto ancora oggi il contributo più persistente del pensiero giuridico italiano alla tradizione legale statunitense. Come le comunità di migranti che sono solite preservare le antiche tradizioni del luogo d'origine per molto tempo dopo che la madre patria le ha dimenticate, allo stesso modo il diritto al possesso d'armi è ancora vivo oggi negli Stati Uniti come è probabilmente inconcepibile che lo sia in Italia.

Nonostante questo importante lascito all'origine della Repubblica americana, è quasi impossibile trovare nei due secoli seguenti alcuna traccia dell'influenza della cultura legale italiana su qualunque iniziativa di tipo legislativo o costituzionale in ambito americano. In maniera simile, tra le sentenze ufficialmente riportate dalle corti Americane la presenza della legge italiana è limitata a quei pochi casi in

⁴ Ibidem.

⁵ *McDonald v. City of Chicago, Ill.*, 130 S.Ct. 3020 (2010). *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

⁶ S. CORNELL, *A New Paradigm*, cit., p. 161.

cui per ragioni legali quest'ultima è direttamente influente sull'oggetto della controversia.

Anche quando si presta attenzione a quei cambiamenti nella storia legale e politica italiana che avrebbero dovuto attirare l'attenzione di accademici, giuristi e legislatori americani – per esempio l'unificazione e il momento fondativo dello Stato italiano, o anche l'adozione del nuovo testo costituzionale nel 1948 – poco è aggiunto all'analisi complessiva svolta finora. Per esempio, nonostante sia ben noto che Abraham Lincoln avesse offerto il comando delle truppe unioniste a Garibaldi durante la Guerra Civile⁷, non vi è traccia della cultura legale italiana nel pensiero e nella pratica del diritto americano dell'epoca.

3. *I contributi degli studiosi della tradizione giuridica italiana e dei giudici italoamericani*

Nella seconda metà del Ventesimo secolo un nuovo complesso di formanti diventa particolarmente importante da tenere in considerazione. Nonostante sia la legislazione che l'ambito giudiziario non esibiscano traccia di influenze da parte della cultura legale italiana, è comunque possibile assistere all'emergere di una nuova generazione di giudici e studiosi italiani e soprattutto italoamericani in posizioni di prestigio all'interno del sistema legale americano, mentre la presenza del modello giuridico italiano inizia a rendersi visibile nel contesto della discussione accademica. Tutto ciò è indubbiamente il risultato a lungo termine delle ondate di immigrazione dall'Italia al Nuovo Mondo succedutesi nel tempo, specialmente all'inizio del Ventesimo secolo e dopo la Seconda Guerra Mondiale, ma è anche il risultato delle relazioni di amicizia e professionali maturate tra accademici sulle due sponde dell'Atlantico.

Tra gli accademici il contributo più influente e duraturo alla conoscenza della tradizione giuridica italiana in Nord America fu indubbiamente quello di John Henry Merryman. Il lavoro di Merryman, che si deve anche alla proficua collaborazione con Mauro Cappelletti, un accademico italiano con cui Merryman si trovò a insegnare alla Stanford Law School per diversi anni, rappresenta la prima reale introduzione del modello italiano all'interno della tradizione comparatista americana. Il libro che Merryman pubblicò nel 1967 in-

⁷ D.H. DOYLE, *Nations Divided: America, Italy, and the Southern Question*, Athens, 2002, p. 23.

titolato *The Italian Legal System* (il cui coautore fu Cappelletti) estese infatti lo studio comparato dei sistemi legali oltre la semplice analisi di quello francese e tedesco, sistemi che erano stati al centro dell'analisi dei comparatisti americani fin dall'introduzione di tale disciplina all'inizio del Novecento⁸. Nella sua opera, Merryman descrisse il sistema italiano come un sistema dalle caratteristiche uniche, e la sua tesi principale era che il sistema giuridico italiano dovesse essere considerato una esemplificazione migliore della tradizione di *civil law* rispetto agli stessi sistemi francese e tedesco, a causa della sintesi operata dal sistema giuridico italiano di questi ultimi due sistemi. Il tentativo di Merryman di portare lo studio del diritto italiano al centro del dibattito tra comparatisti è visibile anche nel suo manuale del 1969, *The Civil Law Tradition*, nel suo studio del diritto e della società in *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America* (1979), e nel materiale didattico che Merryman seppe creare *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems* (1978)⁹. Nel 1970 Merryman ricevette l'onorificenza di Cavaliere Ufficiale della Repubblica Italiana per il suo lavoro, e in riconoscimento dei suoi meriti intellettuali gli furono inoltre conferiti due dottorati di ricerca *honoris causa* dall'Università di Trieste nel 1989 e dall'Università di Roma Tor Vergata nel 1999¹⁰.

Un altro eminente accademico americano con un chiaro legame con l'Italia fu Guido Calabresi, originario di Milano, professore e successivamente preside della scuola di legge a Yale. Purtroppo non sembra possibile concludere che la familiarità di questo studioso con l'Italia o con il sistema giuridico italiano abbia influenzato in alcun modo significativo il suo lavoro accademico. Certamente alcuni dei suoi scritti mostrano una sensibilità estremamente affine a quella tipica della tradizione di *civil law*. Tuttavia il suo lavoro più importante *A Common Law for the Age of Statutes* (1982) rappresenta un tentativo di rinvigorire e rinnovare l'importante ruolo dei giudici tipico della tradizione di *common law* in un'era di legislazione ipertrofica; è evidente che un tale tentativo riflette maggiormente una

⁸ M. CAPPELLETTI, J.H. MERRYMAN, e J.M. PERILLO, *The Italian Legal System*, Stanford, 1967.

⁹ J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1969; J.H. MERRYMAN, D.S. CLARK, e L.M. FRIEDMAN, *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America: a handbook of legal and social indicators for comparative study*, Stanford, 1979; J.H. MERRYMAN, D.S. CLARK, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems: cases and materials*, Indianapolis, 1978.

¹⁰ *Lifetime Achievement Award: Henry John Merryman*, in <http://www.comparativelaw.org/merryman.html>.

consolidata familiarità con i modelli di pensiero e la pratica giuridica angloamericani¹¹.

Calabresi fu anche un illustre giudice federale, e in questa prospettiva può essere considerato alla stregua di numerosi altri eminenti giudici di origine italiana che hanno dimostrato almeno qualche interesse o una certa conoscenza del sistema giuridico italiano. Tra questi ultimi va certamente ricordato Antonin Scalia, giudice della Corte Suprema americana, di padre italiano immigrato negli Stati Uniti e di madre italoamericana, cresciuto in una comunità fortemente radicata nelle proprie origini culturali. Molto probabilmente il più grande lascito di Scalia alla storia giuridica statunitense, sia come studioso che come giudice, rimarrà il suo metodo interpretativo applicato sia ai testi di legge che alla Costituzione americana¹². La sua caratteristica forma di «testualismo» (la stretta aderenza al dettato letterale del documento) nonostante rappresenti un metodo interpretativo più rigido rispetto all'interpretazione letterale tradizionalmente adottata nell'ambito giuridico italiano, mantiene almeno in comune con quest'ultima la stessa iniziale preoccupazione di partenza: un' enfasi marcata sull'importanza della legge come scritta e della norma come emanata, oltre al tentativo di circoscrivere chiaramente la libertà interpretativa dei giudici. Tra gli accademici almeno uno ha cercato di connettere sistematicamente il complessivo ethos legale di Scalia al suo retaggio culturale italoamericano¹³.

Scalia non è attualmente l'unico giudice della Corte Suprema americana di origini italiane: Samuel Alito è come Scalia figlio di un padre italiano e di una madre italoamericana. La sua tesi di laurea a Princeton nel 1972 ebbe come oggetto uno studio attento e dettagliato della Corte Costituzionale Italiana¹⁴, un argomento che rimase tra i principali interessi di Alito ancora per molto tempo dopo la fine dei suoi studi accademici. Nonostante ciò non vi sono indicazioni particolari del fatto che la sua conoscenza di tale argomento abbia effettivamente influenzato in qualche modo il suo lavoro come giudice.

¹¹ G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982.

¹² A. SCALIA, B. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, 2012; A. SCALIA, A. GUTMANN, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 2011.

¹³ P.A. LAURICELLA, *Chi lascia la via vecchia per la nuova sa quel che perde e non sa quel che trova: The Italian-American Experience and its influence on the Judicial Philosophies of Justice Antonin Scalia*, in *Albany Law Rev.*, 1997, 60, p. 1701.

¹⁴ S. ALITO, *An Introduction to the Italian Constitutional Court [Thesis]*, Woodrow Wilson Scholar Project, Yale, 1972.

4. *Alcune ipotesi sulla mancanza di interazione fra il modello giuridico italiano e gli Stati Uniti*

In sostanza, la relazione tra il modello giuridico italiano e quello americano anche quando esaminata attraverso un gamma di diversi formanti è caratterizzata molto più dall'assenza di una vera influenza da parte dell'uno sull'altro piuttosto che da tracce visibili di una qualche reciproca interazione. In ogni caso una tale mancanza non è assolutamente dovuta all'impossibilità o incapacità del modello italiano di offrire spunti preziosi al sistema legale statunitense. Al contrario, i tratti caratteristici del sistema giuridico italiano sono in grado di generare suggerimenti e modelli importanti quando analizzati in paragone con la sua controparte americana¹⁵. Quale ragione dunque può esaurientemente spiegare la quasi totale mancanza di interazione tra i due sistemi? Qualunque risposta che possa venire offerta ad una tale domanda non può che prendere la forma di una serie di ipotesi, alcune probabilmente verificabili, altre destinate a rimanere al livello di pure congetture.

Le possibili ragioni possono essere raggruppate in due categorie. La prima categoria riguarda il fatto che l'influenza del sistema giuridico italiano su quello statunitense potrebbe essere avvenuta ad un livello molto sottile e indiretto, come nel caso dei giudici della Corte Suprema di cui sopra. Da questo punto di vista è utile considerare lo schema di possibili relazioni tra tradizioni giuridiche che Alan Watson ha identificato e descritto¹⁶. Secondo Watson, alcune tradizioni giuridiche si rapportano tra di loro in maniera diretta, e la direzione dell'influenza dell'una sull'altra è molto chiara. Tuttavia altre tradizioni legali sono in qualche modo legate insieme attraverso una possibile mediazione, per esempio attraverso un passaggio intermedio o per il fatto che entrambe derivano o sono in qualche maniera connesse alla stessa tradizione antecedente. Perciò potrebbe essere avvenuto che il modello giuridico italiano abbia in qualche maniera influenzato quella americana attraverso la sua relazione con i sistemi legali francese e tedesco, dunque attraverso la mediazione di questi ultimi piuttosto che in maniera diretta. Questo è tanto più possibile dal momento che la tradizione giuridica francese e tedesca hanno

¹⁵ P.G. WRIGHT CAROZZA, *Organic Goods: Legal Understandings of Work, Parenthood and Gender Equality in Comparative Perspective*, in *California Law Review*, 1993, 81, p. 531; V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context* (manoscritto).

¹⁶ A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Ann Arbor, 1974.

avuto nel tempo un'influenza molto maggiore e chiaramente visibile sul sistema legale americano rispetto invece al rapporto piuttosto opaco del sistema italiano con quello statunitense.

In secondo luogo, è possibile identificare un numero piuttosto ampio di ostacoli alla trasmissione dei concetti legali italiani nel sistema americano. Nella maggior parte dei casi è presumibile che gli ostacoli principali siano stati, specialmente nei primi anni di storia americana, quelle stesse condizioni politiche e sociologiche che avrebbero impedito la ricezione dei sistemi di *civil law* in America da un punto di vista generale: per esempio, fino all'inizio del Novecento gli Stati Uniti furono con una frontiera in continua espansione su un territorio vasto e con una popolazione molto dispersa, una nazione con un certo interesse a sfruttare le maglie elastiche della *common law* al fine della propria crescita economica. In un tale contesto i giudici erano selezionati direttamente dai ranghi degli avvocati praticanti, in un ambiente legale in cui l'influenza della cultura accademica in generale era poca cosa.

Anche quando la consapevolezza di un interesse nei confronti dei sistemi di *civil law* iniziò in qualche modo a formarsi, i primi sistemi giuridici a diventare oggetto di studio da parte degli accademici furono essenzialmente quelli francese e tedesco. Una delle ragioni di tale attenzione fu certamente la presenza in questi sistemi di grandi codici di legge, i quali segnarono l'inizio e la fine del diciannovesimo secolo e continuarono a essere considerati i modelli di riferimento per qualunque altro sistema nell'ambito della *civil law* almeno fino al lavoro accademico di Merryman.

Un altro dei probabili motivi per cui il sistema giuridico italiano non venne preso a modello furono le circostanze storiche in cui quest'ultimo maturò, cioè la tardiva unificazione politica italiana e la successiva corruzione dello stato in una dittatura di stampo fascista. Nonostante lo studio del sistema giuridico tedesco dovette a sua volta affrontare simili obiezioni, esso trasse ampio beneficio dall'importanza monumentale del suo codice di leggi, e dalla presenza negli Stati Uniti di numerosi studiosi di diritto comparato di origine tedesca in esilio, come Max Rheinstein e Emile Bodenheimer.

Non si può trascurare tra le cause possibili quanto la sostanza dei principi giuridici italiani – tralasciando il periodo fascista – sia in conflitto con l'*ethos* legale americano e con la cultura americana da un punto di vista generale. Per esempio, la legge italiana ha sempre mostrato chiaramente una certa tendenza a enfatizzare la dimensione comunitaria piuttosto che quella individuale, molto probabilmente grazie all'influenza del pensiero e della culturale cattolica, e una tendenza altrettanto importante a privilegiare un certo corporativismo nella so-

cietà. Entrambe queste tendenze sono in disaccordo con la sostanza della cultura americana, profondamente protestante e individualista; inoltre, il modello giuridico italiano rimane tuttora decisamente centralista e statalista, a differenza del sistema americano. Inoltre, l'eccessivo formalismo – almeno da un punto di vista americano – del metodo di analisi giuridica italiano sembra incompatibile con il pervasivo pragmatismo e «legal realism» della cultura americana. Sono probabilmente contrasti come questi a rendere difficile l'introduzione del pensiero e della pratica legale italiana nel mix di atteggiamenti e idee americani.

Il nostro ruolo in quanto comparatisti ci impone di ricordare che in tali differenze possiamo scoprire efficaci ragioni di critica nei confronti della legge esistente, fruttuosi spunti di creatività e riforma e possibili modelli da studiare ed emulare, precisamente a causa dell'orizzonte inaspettato che tali differenze aprono davanti ai nostri occhi. La nostra speranza perciò è che con la crescente circolazione di modelli legali in quest'epoca di scambi globali e comunicazioni istantanee, e attraverso il lavoro di conferenze e associazioni come SIRD, le preziose risorse che la tradizione legale italiana ha da offrire possano essere riconosciute in maniera sempre maggiore in futuro all'interno del sistema americano.

ELEONORA CECCHERINI

Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Canada

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fondamenti storici della duplicità canadese. – 3. Le deboli scintille della riflessione giuridica italiana in Canada. – 4. Alcune osservazioni.

1. *Premessa*

Lo studio dell'ordinamento canadese ha sempre sollecitato gli interessi del giurista, sia di matrice pubblicista che privatistica per le sue significative peculiarità. Si tratta, infatti, di un sistema in cui convivono due ordinamenti giuridici: quello di *civil law* e quello di *common law*; due lingue diverse e parimenti ufficiali: il francese e l'inglese; pur essendo uno stato indipendente con una propria bandiera e un proprio sistema costituzionale, la Regina britannica continua a essere il capo dello Stato e compare sul dollaro canadese.

Tutto in Canada è doppio, duplice, misto e potrebbe essere rappresentato iconograficamente come Giano, la divinità italica raffigurata con due volti.

La caratteristica anfibiologica del Canada ha sicuramente propiziato la sua apertura alle influenze esterne; la sua storia dimostra come l'ordinamento sia significativamente tributario di apporti stratificati nel tempo provenienti da culture e sistemi allogeni che si sono fusi insieme, dando vita a una comunità politica e sociale che si caratterizza per una spiccata recezione di modelli e istituti stranieri. Tuttavia, tale permeabilità, che si manifesta soprattutto nella giurisprudenza interna, non si spinge fino ad accogliere gli insegnamenti che il modello giuridico italiano può potenzialmente offrire.

Le ragioni di questa rocciosità rispetto al nostro sistema, comparata con la porosità manifestata in relazione ad altri ordinamenti, sono solo in parte comprensibili. In questa indagine sull'eziologia del fenomeno ora descritto, un richiamo sintetico alla storia del paese può essere in qualche modo di aiuto, perché in grado di esplicitare i paradigmi culturali di riferimento del Canada e a questa opera rico-

struttiva è dedicata la prima parte di questo contributo. Una seconda parte, invece, si sforzerà di dare conto delle sporadiche scintille che si sono, comunque, accese sul diritto italiano in Canada.

2. I fondamenti storici della duplicità canadese

Fin dalla sua genesi, il Canada riassume in se stesso una genetica duplicità che si trascina fino a oggi, costituita, in prevalenza, dal sistema giuridico e dalla lingua. Le ragioni di queste compresenze si devono al suo passato di colonia, contesa e spartita fra il Regno Unito e la Francia.

I francesi, grazie alle esplorazioni di Jack Cartier, nel 1534 iniziano una penetrazione nel territorio che si espande dall'attuale Provincia del Quebec fino a quella della *Nova Scotia*, chiamato allora *Nouvelle France*. Nel 1608, un altro esploratore, Samuel de Champlain fonda la città di Quebec, che costituì il primo insediamento coloniale in Canada¹.

Nei territori occupati dalla corona francese, si impone logicamente il modello giuridico francese: la *Compagnie des cents associés* – costituita a Quebec – nel 1627 importa formalmente il costume di Parigi, e dal 1667 in poi – quando viene sciolta la *Compagnie* per inefficienza – il diritto locale è mutuato direttamente l'organo-fonte del diritto in Francia.

In quegli stessi anni, però, si rafforza la penetrazione inglese nel Nordamerica, che, in Canada, si sostanzia con l'occupazione dei porti francesi sul S. Lorenzo (1628), e di Quebec (1629). Le ostilità fra le due potenze cessano con il Trattato di Saint-Germain de Laye del 1632, con il quale sono restituite ai francesi le città occupate dalla corona inglese.

Tuttavia, la situazione rimane fluida per tutto il secolo successivo e costellata di numerosi conflitti, che coinvolgono anche le tribù indiane². Nel 1710, gli inglesi conquistano la colonia francese dell'Aca-

¹ Per la storia del Canada, si veda: L. CODIGNOLA, L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, Milano, 1999 e più specifico, per gli aspetti che qui ci interessano, cfr. F. TORIELLO, *La circolazione del modello inglese in Canada e il rapporto con la tradizione di civil law. Un contributo alla ricostruzione*, in G. ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, p. 81 ss.

² Le popolazioni indigene – che rappresentano per così dire i *partners* economici dei colonizzatori bianchi – si trovano a essere alleati a una delle parti in conflitto. La maggioranza delle tribù indiane si schiera dalla parte dei Francesi, anche per contrastare il tentativo egemonico della tribù degli Irochesi alleata degli Inglesi, T. GROPPI, *Canada*, Bologna, 2006, p. 27.

dia³ e deportano i francesi, iniziando un processo di anglicizzazione di questa area⁴. In questa situazione, al di fuori della *enclave* francese, nel resto del Canada si impone il *common law*, importato dalla madrepatria britannica.

Le due colonizzazioni sono molto diverse fra loro: i francesi si erano stabiliti con velleità commerciali e per questo avevano risalito con i trafficanti di pellicce e missionari le correnti del fiume S. Lorenzo in cerca di nuove vie di comunicazione; gli inglesi, invece, ambivano all'occupazione delle terre con finalità agricole e per questo erano in continua espansione⁵.

La Guerra dei Sette Anni (1756-1763) – che ha il suo epicentro in Europa – vede su fronti opposti Francia e Inghilterra, che si contrappongono anche nei possedimenti coloniali. Gli esiti del conflitto sono sfavorevoli alla Francia, che, con il Trattato di Parigi del 1763, è costretta a cedere il territorio corrispondente alla Nuova Francia.

In un primo momento, l'Inghilterra tenta di porre in essere un processo di anglicizzazione, attraverso l'emanazione, nel 1763 della *Royal Proclamation*, che pur, riconoscendo l'autogoverno delle colonie, impone il diritto nazionale anche nei territori ex francesi. Tuttavia, questo progetto non si realizza e, nel 1764, viene emanata una ordinanza in cui si consente l'applicazione del diritto francese tra parti di nazionalità francese o nativa, prevedendo una composizione mista delle giurie a seconda delle nazionalità delle parti del processo⁶.

Questa dicotomia viene sancita definitivamente con il *Quebec Act* del 1774, fortemente auspicato dal *Governor* Guy Carleton, il quale teme le tendenze indipendentistiche che si vanno sviluppando nelle colonie statunitensi⁷. L'atto legislativo stabilisce una ripartizione di

³ Un territorio ricompreso fra le attuali Province del New Brunswick e parti della Provincia della Nova Scotia, Prince Edward Island e New Found Land e Labrador. Per alcuni cenni sulla vicenda: N. PARDINI, *L'Acadia tra XVIII e XIX secolo: un percorso storiografico*, in G. DOTOLI (a cura di), *Il Canada del nuovo secolo*, Fasano, 2002, p. 569 ss.; J. DAIGLE (diretto da), *L'Acadie des Maritimes: études thématiques des débuts à nos jours*, Moncton, 1995.

⁴ Continuano, infatti, a insediarsi immigrati britannici nei territori nordamericani e nella seconda metà del 700, la popolazione in Canada è distribuita fra 140.000 abitanti franco canadesi e 115.000 anglocanadesi, F. TORIELLO, *op. cit.*, p. 76.

⁵ J.M. TREVELYAN, *Storia d'Inghilterra*, Milano, 1973, p. 371 ss.

⁶ A. DECROIX, *La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête*, in *McGill L.J.*, 56, 3, 2011, p. 489 ss., E. COTÉ, *The Reception of English Law*, in *Alta L. Rev.*, 15, 1, 1977, p. 29 ss.

⁷ W.P.M. KENNEDY, *Historical Introduction*, in A.H.F. LEFROY, *A Short Treatise on Canadian Constitutional Law*, Toronto, 1918; A. TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs en matière de propriété ed de droits civils*, Ottawa, 1967, p. 27 ss.

giurisdizione, che lascia al diritto di ascendenza francofona la competenza in materia di beni, proprietà (diritti reali), nonché diritti civili, riconfermando l'affidamento al *common law* della materia penale e di ogni altra materia⁸. Il mantenimento della vecchia legge civile reca come conseguenza il perdurare dell'uso della lingua ad essa connessa. Viene introdotta una ripartizione fra diritto pubblico e privato, ciascuno riconducibile a una famiglia giuridica distinta.

Nel 1840, con l'*Act of Union* – che riunisce il Basso e l'Alto Canada⁹ – si continuano a emanare leggi separate per il Canada di matrice britannica e francofona e ciò mantiene inalterata l'influenza e la propagazione del *civil law*, ma solo nella Provincia del Quebec, perché, in questa fase storica, i territori coloniali canadesi subiscono un forte processo di egemonizzazione da parte della cultura giuridica di origine inglese. Il *common law* si nutre della stratificazione dei precedenti britannici e si impone nella colonia d'oltreatlantico nei rapporti fra privati, dal punto di vista del diritto pubblico a proposito dell'organizzazione dei poteri, la forma di governo che viene assunta nei vari territori coloniali del Canada è quella costituzionale pura della Madrepatria che si afferma in via consuetudinaria; il diritto privato di origine francese resiste solo nella Provincia del Quebec.

Un ulteriore punto di svolta nella storia costituzionale canadese è il 1867 con l'approvazione del *British North America Act*, che realizza la Confederazione canadese, unendo alcuni territori coloniali: Ontario, Quebec, Nova Scotia e New Brunswick, (ai quali si aggiungeranno le altre Province nel tempo)¹⁰.

L'*Act* trasforma le colonie inglesi in America in *Dominion* e definisce la forma di governo delle Province e della Federazione e sta-

⁸ Nella stessa ordinanza viene consentito l'uso della lingua francese, il diritto a praticare la religione cattolica e la parità di accesso alle cariche pubbliche fra francofoni e anglofoni. A. TREMBLAY, *op. cit.*, pp. 27 ss. Sulla libertà religiosa, si veda: M. RUBBOLI, *Religion, School and Society. Quebec Public Education in Transition*, in G. DOTOLI (a cura di), *Il Canada del nuovo secolo*, cit., p. 535 s.; L. LEMIEUX, *Histoire du catholicisme québécoise. Les XVIII^e et IX^e siècles*, I. *Les années difficiles (1760-1839)*, Montréal, 1989, p. 185 ss.

⁹ Nel 1791, il *Constitutional Act* ha diviso i territori coloniali canadesi in Alto (attuale Provincia dell'Ontario) e Basso (Provincia del Quebec) Canada. Ogni territorio ha un Governatore e un Consiglio esecutivo nominati dal Re e una propria Assemblea.

¹⁰ Nel 1869, la Compagnia della Baia di Hudson cede al *Dominion* i territori da lei amministrati, (che formeranno successivamente le Province di Manitoba, annessa nel 1870, e Alberta e Saskatchewan che aderiscono nel 1905); nel 1871 entra a far parte del Canada la British Columbia e nel 1873, l'Isola del Principe Edoardo; nel 1949 aderiscono alla Federazione la Provincia di New Foundland e Labrador e nel 1975 i due Territori dello Yukon e del Nord Ovest.

bilisce il sistema di distribuzione delle competenze fra centro e periferia.

Nelle Conferenze, che precedono la stesura dell'Act, i modelli di riferimento espliciti sono da una parte, per la forma di governo il Regno Unito, mentre dall'altra parte, per la forma di Stato gli Stati Uniti in relazione al modello federale.

Nel 1857, il giornalista Joseph-Charles Taché, nella sua serie di articoli sul *Courrier du Canada*, scrive: «Mettant de côté toute idée de bâtir sur des utopies un pacte fédéral nouveau, nous allons tout simplement étudié les constitutions d'Angleterre et des États-Unis... pour emprunter de l'une et de l'autre [...] Maintenant il nous reste à poser purement et simplement et sous forme de propositions définies, les points principaux du pacte de la Confédération des Provinces anglaises de l'Amérique du Nord [...]. Le pacte fédéral reposera sur le principe de la délégation perpétuelle et inaltérable des pouvoirs des gouvernements séparés des provinces au gouvernement général, dans la mesure d'attributions distinctes, établie en vertu d'une constitution écrite»¹¹.

Le influenze dei due modelli di riferimento sono percepibili nella scrittura del *British North America Act* e sono talvolta esplicitate come nel Preambolo, dove viene precisato che siamo di fronte a una «constitution similar in principle to that of the United Kingdom» oppure – come affermato nella conferenza di Quebec – il *Governor General*, nominato dalla Corona, doveva amministrare il governo «according to the well understood principles of the British constitution»¹².

Una rapida disamina del testo lascia intravedere come il risultato costituisca un ibrido fra il modello statunitense e quello britannico e sia il prodotto di menti pragmatiche che vogliono trovare soluzioni istituzionali finalizzate a risolvere la profonda crisi economica che attanaglia il paese e al consolidamento di un'entità ordinamentale in grado di affrontare anche militarmente tentavi di annessione ai vicini Stati Uniti¹³.

¹¹ J.C. TACHÉ, *Des Provinces de l'Amérique du Nord et d'une Union fédérale*, Quebec, 1858, pp. 240-241.

¹² E. RUSSEL HOPKINS, *Confederation at the Crossroads. The Canadian Constitution*, Toronto-Montreal, 1968, p. 136.

¹³ In quegli anni, le relazioni fra Stati Uniti e Canada sono particolarmente conflittuali: sia per questioni riguardanti l'assoluzione di banditi che avevano compiuto molte rapine negli Stati Uniti e che si erano rifugiati in Canada, sia per le minacce di denuncia del trattato di reciprocità del 1818 che aveva limitato il riarmo dei grandi laghi; sussiste, inoltre, una minaccia ai confini della Fratellanza feniana. Per tutti questi motivi la Gran Bretagna vede nell'Unione canadese un efficace baluardo contro gli Stati Uniti.

Un esempio di questo acume ‘costituente’ è offerto dal Senato, da una parte è una seconda camera che – come negli Stati Uniti – vuole essere rappresentativa delle comunità territoriali in seno alla Federazione, dall’altra, mantiene delle caratteristiche tipiche della *House of Lords* di allora. Infatti, i senatori non sono eletti ma nominati dal Governatore generale, inoltre, devono avere dei requisiti di età e di estrazione sociale¹⁴ e – come la camera britannica – il compito del Senato è quello di funzionare come organo collegiale per la riflessione e il temperamento delle leggi approvate dalla Camera dei Comuni di stampo elettivo¹⁵.

Sir John MacDonald – futuro Primo Ministro del Canada – proclama, a proposito della Camera alta: «It must be an independent House, having a free action of its own, for it is only valuable as being a regulating body, calmly considering the legislation initiated by the popular branch, and preventing any hasty or illconsidered legislation which may come from that body, but it will never set itself in opposition against the deliberate and understood wishes of the people»¹⁶.

Tuttavia, non si vuole trascurare i profili relativi al Senato come camera di rappresentanza territoriale, in maniera simile agli Stati Uniti, riservando il ruolo di protezione degli interessi delle Province e di partecipazione delle stesse al processo legislativo federale. In questo senso, alcuni delegati alle Conferenze addirittura, rivendicano una rappresentanza paritaria per ciascuna Provincia, tuttavia, questa posizione non è accolta, soprattutto per l’opposizione del Quebec, che pone questa asimmetria come *condicio sine qua non* per l’entrata e la permanenza nella Federazione. Pertanto, viene stabilito che il territorio sia suddiviso in tre regioni: Ontario, Quebec e le Province marittime

¹⁴ Fra i requisiti per l’accesso alla carica, si prevede, infatti, il compimento dell’età di trent’anni, essere sudditi della Regina e avere una rendita di quattromila dollari in beni; fra le cause di decadenza alla carica era prevista lo stato di fallimento o l’insolvenza, la perdita dei requisiti per accedere alla proprietà e al domicilio. Fino al 1965, i senatori occupavano i loro seggi a vita, proprio come i Pari inglesi, ma dopo l’introduzione di una legge costituzionale, è previsto che recedano dal loro incarico all’età di settantacinque anni.

¹⁵ L’obiettivo dei Padri fondatori è di rendere la Camera alta un’assemblea rappresentativa, più che delle comunità territoriali, di alcuni interessi economici elitari, D.V. VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India*, in *Publius*, 25, 2, 1995, p. 90; W.J. ASHLEY, *Nine Lectures on the Earlier Constitutional History of Canada*, Toronto, 1889, p. 16; P. PASSAGLIA, *Il Senato canadese: anomalia o originalità?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2003, p. 1913 ss.

¹⁶ v. *Canada, Legislature, Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada, Québec, 1865, p. 36.

(New Brunswick e Nova Scotia), ciascuna delle quali ha diritto a ventiquattro senatori¹⁷.

In questo processo costituente, tuttavia, sono ancora molte le differenze fra il federalismo statunitense e quello che si va delineando in Canada¹⁸ e non mancano ulteriori influenze come quella della Nuova Zelanda, che in quegli anni sta definendo una nuova organizzazione territoriale, o l'Australia, ma si tratta di una circolazione di modelli all'interno dell'area *Commonwealth*¹⁹.

Ai fini della nostra ricostruzione, preme sottolineare che anche in questo frangente, si ribadisce la necessità di scindere la disciplina del diritto civile fra *common law* nell'area anglofona e continuare ad adottare il codice civile di derivazione francese nella Provincia francofona²⁰.

Questo è un compromesso costituzionale dirimente per la riuscita del progetto di confederazione. L'élite politica che dà vita al *British North America Act* ha piena consapevolezza dell'impossibilità di ridurre a un *unicum* la dicotomia ordinamentale del paese. Pertanto, nonostante l'immigrazione dall'Inghilterra continuasse a crescere e si fosse in una colonia britannica, il compromesso raggiunto a Charlottetown nel 1864 sancisce la determinazione politica di lasciare alle Province la competenza a disciplinare i rapporti fra privati e, quindi, al Quebec la possibilità di utilizzare il diritto civile. L'accordo ottenuto – prima a Charlottetown e poi confermato a Quebec – viene incontro alle istanze della Provincia francofona, determinata a preservare il proprio sistema. La stessa scelta della locuzione linguistica: *property and civil rights* denuncia una chiara matrice francese, visto che era l'espressione utilizzata dal *Quebec Civil Code*²¹.

Questo compromesso è reso possibile anche grazie all'*Act concerning the codification des lois du Bas Canada* del 1857 che stabilisce la

¹⁷ La rappresentanza paritaria dei senatori per ciascuna Provincia non è mai stata accolta anche quando sono annesse le altre Province.

¹⁸ G. D'IGNAZIO, *Federalismi a confronto. Alcune considerazioni su Canada e Stati Uniti d'America*, in S. GAMBINO, C. AMIRANTE (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padova, 2000, p. 207 s.; F. IACOBUCCI, *Costituzionalismo e federalismo: l'esperienza canadese*, in S. GAMBINO, C. AMIRANTE (a cura di), *op. cit.*, p. 41 ss.

¹⁹ Su questo punto sia consentito rinviare a E. CECCHERINI, *Esperienze di regionalizzazione del Parlamento nel Regno Unito e in alcuni paesi del Commonwealth britannico*, in T. GROPPi (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello Stato*, Torino, 1998, p. 273 ss.

²⁰ J. LECLAIR, *L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales « attractives »*, in Y. GENDREAU (diretto da), *Un cocktail de droit d'auteurs*, Montréal, 2007, p. 25.

²¹ J. G. BOURINOT, *A Manual of the Constitutional History of Canada from the Earliest Period to 1901*, Toronto, 1901, p. 150.

codificazione delle leggi di diritto civile in Quebec. La legge istituisce una commissione di redazione del codice civile del Basso Canada con l'intento di realizzare un *corpus* normativo delle leggi di diritto civile e processuale organico e sistematico tradotto nelle due lingue, che possa costituire la fonte competente a dirimere le controversie di tipo privatistico nel territorio del Quebec²². Lo stesso atto normativo esplicita quali debbano essere i modelli a cui i commissari debbano ispirarsi e cioè il codice civile napoleonico del 1804 e il codice della Louisiana del 1825²³. Questo passaggio non costituisce solo un'opera di razionalizzazione normativa; infatti, quando la coalizione governativa di Cartier e MacDonald dà avvio al progetto di unione, il codice civile diventa il simbolo attraverso il quale si vuole affermare l'identità della nazione francofona, in contrapposizione al dilagare del *common law*²⁴.

Lo sforzo della commissione produce un testo che è sottoposto alla votazione dell'assemblea nel 1865, che costituisce un punto irrinunciabile per le discussioni relative al *British North America Act* e stabilisce la competenza delle Province a disciplinare *civil rights* (cioè diritto privato).

Da un punto di vista dell'analisi testuale c'è da registrare che il codice, pur richiamandosi alla tradizione civilistica francese, costituisce un prodotto originale che, peraltro, risente in maniera significativa della contaminazione avvenuta nel tempo da parte del *common law*. Uno dei segretari della commissione, Ramsay (anglofono) accerta, infatti, che la metà dei 362 articoli del *coutume de Paris* non sono più efficaci in *Lower Canada*, e 50 dei 198 articoli rimanenti sono stati, di fatto, alterati dalla legislazione locale²⁵. Inoltre, la parte

²² J. A. DICKINSON, *L'administration «chaotique» de la justice après la conquête: discours ou réalité?*, in G. DOTOLI (a cura di), *Canada. Le rotte della libertà*, Fasano, 2006, p. 117 ss.

²³ Art. 7 dell'Act. L. BAUDOIN, *The Influence of the Code Napoleon*, in *Tul. L. R.*, 1958, p. 21 ss.; L. BAUDOIN, *The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec*, in J. DAINOW (a cura di), *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdiction*, Baton Rouge (LA), 1974, p. 4 ss.

²⁴ E. ARROYO Y AMAYUELAS, *El derecho civil en Quebec: codificación o recodificación*, in E. MITJANS, J.M. CASTELLÀ (coords.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, 2001, p. 295; B. YOUNG, *The Politics of the Codification. The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montreal & Kingston, 1994, p. 108 ss.; L. BAUDOIN, *Le droit civile de la Province de Quebec. Modèle vivant de droit comparé*, Montreal, 1953, p. 61. Sulla concezione di codice civile come espressione della cultura giuridica nazionale: A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Dig., Sez. civ.*, II, 4^a ed., Torino, 1988, p. 442 ss.

²⁵ E. COATES, *The English Voice of the Civil Code of Quebec: An Unfinished*

relativa al diritto commerciale rimane tributaria del diritto scozzese e del diritto statunitense, date le relazioni economiche sussistenti con queste aree, mentre, il diritto della navigazione è mutuato prevalentemente dalle norme internazionali vigenti piuttosto che dalla *Ordonnance de la Marine* francese del 1681²⁶.

La storia costituzionale del Canada continua la sua parabola con la quale arriviamo al 1982 anno della *Patriation*, cioè un momento in cui il Canada recide i suoi legami con la Madrepatria, facendo cessare l'efficacia delle leggi britanniche nel territorio canadese, viene introdotto un catalogo federale dei diritti: la Carta dei diritti e delle libertà, che, insieme al *British North America Act*, compone il *Constitution Act*, il quale acquisisce una forza giuridica superiore alle leggi ordinarie e, di conseguenza, la Corte suprema assume funzioni di giudice costituzionale²⁷.

Dal punto di vista della nostra analisi, finalizzata a evidenziare la porosità dell'ordinamento canadese rispetto alle influenze di modelli giuridici stranieri, il *focus* del ragionamento deve essere posto sulla Carta dei diritti e delle libertà, che rappresenta la novità normativa di maggior rilievo per il Canada nel XX secolo. E ancora una volta andiamo a verificare quali siano state le stelle polari di riferimento in questo processo costituente che completa quello intrapreso nel 1867 con il *British North America Act*.

La mancanza di un catalogo federale dei diritti ha favorito la penetrazione delle fonti dell'ordinamento internazionale nel sistema interno. La loro importanza era, comunque, condivisa, essendo, tra l'altro, prassi invalsa per gli avvocati citare nelle proprie cause la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, al fine di integrare il parametro di giudizio; inoltre, nel 1950 un comitato del Senato raccomanda l'adozione della *Canadian Declaration of Human Rights*, il cui testo era in gran parte mutuato dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo²⁸; mentre, nelle audizioni di fronte al Comitato con-

History, in *Rev. barreau*, 70, 2011, p. 45 ss. C'è da notare che la Commissione era composta da tre giudici: René-Edouard Caron e Augustin-Norbert Morin che erano francofoni e Charles-Dewey Day che proveniva dal Vermont. J. LECLAIR, *op. cit.*, pp. 25.

²⁶ E. ARROYO Y AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 306.

²⁷ P. HOGG, *Patriation of the Canadian Constitution*, in *Queen's L. J.*, 1983, p. 123 ss.; P.H. RUSSEL, *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People*, Toronto, 1993; J.Y. MORIN, J. WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montreal, 1994, p. 441 ss.; F. LANCHESTER, *La «patriation» della costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 337 ss.

²⁸ A. CAIRNS, *Charter versus Federalism*, Montreal, 1992, p. 20.

giunto parlamentare, che svolge un lavoro istruttorio sul contenuto della futura Carta, tutte le associazioni di difesa dei diritti umani evocano gli obblighi che discendevano dalla ratifica dei Patti dell'ONU e lo *Human Rights Commissioner*, Gordon Fairweather sostiene che, senza un catalogo dei diritti, non sarebbe stato possibile dare attuazioni al Patto sui diritti civili e politici al Patto sui diritti economici e sociali delle Nazioni Unite²⁹.

L'influenza delle fonti dell'ordinamento internazionale è, dunque, abbastanza significativa, mentre, sembrano ricadere in un cono d'ombra i due paesi che maggiormente hanno tradizionalmente influenzato il Canada: Stati Uniti e Regno Unito.

Il testo della Carta dei diritti e delle libertà si distacca, infatti, in modo cospicuo dal *Bill of Rights* statunitense, in almeno tre elementi: il primo riguarda le tecniche di *drafting*; il secondo la presenza dell'art. 1³⁰ e il terzo concerne il riconoscimento dei diritti dei gruppi.

Per quanto consta il primo profilo, è evidente come la Carta in molte parti rifugga la disciplina per principi tipica della Costituzione statunitense per accogliere, invece, una tecnica di redazione abbastanza dettagliata e specifica³¹; basti per tutti comparare la disposizione sul principio di eguaglianza nei due testi. Nel testo canadese, si fa espresso riferimento al «right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability»; inoltre, nel secondo comma, è ribadita la legittimità di interventi di favore per individui o gruppi svantaggiati. Al contrario, il XIV emendamento

²⁹ A. CAIRNS, *op. cit.*, p. 20; W.S. TARNOPOLSKY, *A Comparison Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Queen's L. J.*, 8, 1982-83, p. 211 ss. Si tratta di una tendenza consolidata nel diritto comparato: qualora non vi sia un *bill of rights* nelle Costituzioni, l'ordinamento guarda verso il diritto internazionale. Per un orientamento analogo nei paesi di *common law*, sia consentito rinviare a E. CECCHERINI, *The Codification of Rights in the Australian and New Zealand Charters: The Canadian Lessons*, in M. RUBBOLI (a cura di), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Twenty Years*, Genova, 2003, p. 45 ss.

³⁰ «The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.»

³¹ Senza però manifestare questa tendenza in maniera eccessiva come, invece, emerge nelle Costituzioni approvate più recentemente: G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, p. 138; G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 3, 1997, p. 417 ss. E sia consentito rinviare a E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002, p. 122 ss.

statunitense, si limita a riconoscere ai cittadini l'«*equal protection of law*».

Un secondo aspetto riguarda la formalizzazione dei contenuti dei limiti ai diritti, in cui è palese che il *balancing test* debba essere ispirato non solo a un contemperamento fra situazioni giuridiche soggettive di ciascun individuo ma anche al contemperamento con l'interesse generale. In questa ottica, la Carta dei diritti canadesi mostra una valenza «sociale» o addirittura solidaristica, mentre, il *Bill of rights* statunitense rimane fortemente impregnato da una logica individualistica.

Infine, nel documento canadese emergono, oltre i diritti individuali, anche quelli delle identità culturali³². E questo viene testimoniato dall'art. 15 in cui si fa riferimento alla facoltà di porre in essere programmi di favore nei confronti di gruppi svantaggiati a causa della razza, origine etnica o nazionale, colore, religione, sesso, età e disabilità; dagli artt. 16-23 che disciplinano i diritti delle minoranze linguistiche ufficialmente riconosciute; dagli artt. 25 e 35 che impongono il riconoscimento dei diritti esistenti e derivanti dai trattati dei popoli autoctoni e, soprattutto, dall'art. 27 che impone a giudice e legislatore un'interpretazione della Carta conferente con il patrimonio multiculturale canadese.

Al contrario, nel sistema statunitense resiste e si impone il primato dell'individuo per cui gli esponenti di una minoranza si vedono tutelati in quanto individui e non per le loro caratteristiche che discendono e si configurano per l'appartenenza a un gruppo.

Un'ultima analisi sul tema deve riguardare inevitabilmente l'influsso che la Madrepatria britannica ha svolto sul suo *ex Dominion*. Uno dei profili di cui maggiormente il Canada è tributario dell'ordinamento britannico è il principio della supremazia parlamentare, che si configura come un elemento storicamente condiviso ma costituisce anche il discrimine fondamentale che differenzia il Canada dagli Stati Uniti. La supremazia della legge – incarnata nel principio della sua insindacabilità – costituisce uno dei più forti elementi ostativi al progetto del Primo Ministro Pierre Trudeau di rendere rigida la Costituzione e affidare alla Corte suprema il controllo delle leggi, di cui vi è larga traccia nei dibattiti politici precedenti all'adozione della Carta.

³² P. MONAHAN, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Scarborough, 1987, p. 124; D.J. ELKINS, *Facing Our Diversity: Rights and Canadian Distinctiveness*, in *Can. J. Pol. Sc.*, 22, 1989, p. 699; R. KNOPFF, F.L. MORTON, *Charter Politics*, Scarborough, 1992, p. 80; F. IACOBUCCI, *op. cit.*, p. 47 s.

Il superamento di questo ostacolo può essere spiegato – oltre alla pervicacia del *Premier* canadese – anche con l'appannamento del ruolo internazionale della monarchia britannica sia come centro dell'Impero, sia come potenza economica. L'indebolimento del prestigio della Madrepatria finisce per essere anche motivo di decadenza del principio della supremazia parlamentare. La *Britishness* non gode più di un *appeal* particolarmente forte, l'autorevolezza e lo *status* che sono associati al Regno Unito sembrano venire meno³³ e contestualmente si

³³ A. CAIRNS, *op. cit.*, p. 12 s. Anche se è vero che il Canada non aderirà fino in fondo a questo modello, introducendo la clausola derogatoria dell'art. 33, in base alla quale le assemblee legislative possono adottare una legge che violi alcuni diritti sanciti nella Carta, indebolendone la sua rigidità. P. KAYE, *The Notwithstanding Clause (sec. 33 of the Charter of Rights and Freedoms)*, Toronto, 1992, p. 31 ss.; G. GERBASI, *Problematiche costituzionali sulla clausola nonobstant di cui all'art. 33 della Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in S. GAMBINO, C. AMIRANTE (a cura di), *op. cit.*, p. 241 ss.; M.R. RADICIOTTI, *Protezione dei diritti fondamentali, judicial review e notwithstanding clause in Canada*, in G. ROLLA (a cura di), *L'apporto*, cit., p. 195 s.; F. ROSA, *The Canadian Charter as a Model for the Codification Process of Fundamental Human Rights in common Law Countries: the «Justified Limitation Clause» and the «Notwithstanding Clause»*, in M. RUBBOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 89 ss. Paradossalmente, in questo momento storico sembra che sia la Gran Bretagna a mutuare l'esperienza del paese d'oltreatlantico; infatti, in un gioco di ricorsi storici o, per meglio dire, di circolazione dei modelli giuridici, sembra essere proprio la Madrepatria britannica a dover percorrere in parte i passaggi compiuti dal Canada. Pur non essendo oggetto del presente contributo, non può essere taciuta la vicenda istituzionale relativa alla promulgazione dell'*Human Rights Act* nel 1998. In questa fattispecie, è palpabile l'analogia con la realtà canadese; infatti, la scelta del legislatore è stata quella di attribuire una posizione gerarchicamente superiore all'*Human Rights Act* rispetto alle norme interne sia primarie che secondarie. In sintesi, in entrambi gli ordinamenti la tematica relativa ai diritti ha acquisito una rilevanza dirompente tale da minare tradizioni giuridiche consolidate. Preme rilevare, comunque, che l'introduzione di una carta dei diritti ha motivi diversi nei rispettivi ordinamenti: per il Canada sono da ascrivere a cause endogene, in quanto vi era l'esigenza di rifondare la nazione su base unitarie; al contrario, per la Gran Bretagna, l'elemento propulsore deriva dall'esterno, specificamente dalle pressioni del Consiglio d'Europa, che spinge per l'esecuzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. K. ROACH, *The Supreme Court on Trial*, Toronto, 2001, p. 54 ss.; G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 1999, p. 125 ss.; N. BAMFORTH, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998*, in *Pub. L.*, 1998, p. 572 ss.; B. DICKSON, *Human Rights and the European Convention: the Effects of the Convention on the United Kingdom and Ireland*, London, 1997; S.B. MARKESINIS, *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, New York, 1998; M.J. BELOFF, H. MOUNTFIELD, *Unconventional Behaviour? Judicial Uses of the European Convention in England and Wales*, in *Eur. Human Right Law Rev.*, 1996, p. 467 ss.; T.H. BYNGHAM, *The European Convention on Human Rights: Time to incorporate*, in *L. Quar. Rev.*, 1993, p. 390 ss.; R. PENNER, *The Canadian Experience with the Charter of Rights: Are there Lessons for the United Kingdom?*, in *Pub. L.*, 1996, p. 104 ss.

rafforza, a livello simbolico, il modello statunitense di protezione dei diritti da parte dei suoi giudici³⁴.

Il processo costituente relativo alla *Patriation* si compie senza il consenso del Quebec, poiché la nuova Costituzione non riconosce l'esistenza di una *distinct society* a cui la Provincia francofona avrebbe ambito. Tuttavia, il *Constitution Act* del 1982 lascia inalterato il patto costituente fra la componente anglofona che è riconducibile al *common law* e quella francofona di *civil law*. Testimonianza di questa insuperata dicotomia è il lungo processo che accompagna la riforma del codice civile del Quebec, che prende le mosse nel 1954 con l'approvazione della *loi relative à la révision du code civil*. La realizzazione del progetto conosce, però, tempi abbastanza lunghi e il nuovo testo non vede la luce che nel 1991 per poi entrare in vigore nel 1994.

Anche in questo caso, il prodotto normativo è una sintesi di soluzioni pragmatiche mutate da diverse esperienze.

In primo luogo, il processo emendativo – se di tipo aggiuntivo – adotta discipline già presenti nel *common law* al fine di salvaguardare una certa omogeneità, soprattutto in ambito commerciale e nell'ambito dei rapporti patrimoniali familiari.

In secondo luogo, il diritto francese rimane un elemento di mutazione ma a questo si affianca in maniera significativa il diritto comunitario e internazionale; è così per il tema della responsabilità del fabbricante e distributore di prodotti che si rifanno alle direttive europee o della responsabilità per compravendita di internazionale di beni, che recepisce quanto stabilito nella Convenzione di Vienna³⁵.

3. *Le deboli scintille del diritto italiano in Canada*

Le pagine che hanno preceduto e sintetizzato i fondamentali passaggi della storia costituzionale canadese sottolineano come l'ordinamento in questione tragga la sua linfa vitale dalla mutazione e ibridazione di molteplici esperienze. D'altra parte, la teoria interpretativa della Costituzione come *living tree*, non può che favorire l'osmosi fra esperienze giuridiche distinte, essendo finalizzata a favorire un'er-

³⁴ F. L. MORTON, *The Politics of Rights: What Canadians Should Know About the American Bill of Rights*, in *Windsor Rev. Leg. Soc.*, 1989, p. 61 ss.

³⁵ E. ARROYO Y AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 314; G. LEFEBVRE, *L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois: lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec*, in *RJT*, 31, 2, 1997, p. 577 s.

menetica evolutiva ed estensiva del testo costituzionale, che molto spesso si ciba di esperienze straniere³⁶. Nonostante tutto ciò la riflessione giuridica italiana non pare attecchire nel sistema canadese ed è molto difficile trovare delle tracce delle sedimentazioni dottrinali e giurisprudenziali prodotte dal nostro paese. Non solo, se storicamente l'ordinamento francese ha svolto un ruolo significativo, attualmente anche la sua luce si sta appannando a favore del diritto statunitense, soprattutto, in alcuni ambiti in concomitanza con alcuni eventi drammatici, quali quelli legati all'11 settembre 2001 che hanno in maniera rilevante influito sugli indirizzi legislativi da dare alla cosiddetta lotta al terrorismo³⁷.

Le soluzioni normative che presentano dei profili coincidenti con quelle italiane non sembrano essere riconducibili direttamente a un'influenza diretta da parte del nostro diritto quanto piuttosto a una circolazione generale di istituti e modelli che si affermano nei diversi ordinamenti³⁸.

Qualche considerazione di ordine diverso può essere compiuta a proposito del formato dottrinale e giurisprudenziale. In relazione al primo ambito, l'influenza resta sempre circoscritta, dato che *magna pars* della dottrina citata nelle opere scientifiche, nella giurisprudenza e studiata nelle Università (sia di lingua inglese che francese) è, oltre che canadese, di matrice statunitense.

³⁶ La teoria del *living tree* fa il suo debutto già nel 1930 nella sentenza *Edwards v. Attorney-General for Canada* (1930): *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.) (the «Persons» case) per Lord Sankey L.C. at 136 [Edwards]. «The *British North America Act* planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits... Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board — it is certainly not their desire — to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation so that the Dominion to a great extent, but within certain fixed limits, may be mistress in her own house, as the Provinces to a great extent, but within certain fixed limits, are mistresses in theirs». Sul tema si veda: V.C. JACKSON, *Constitutions as «Living Trees»? Comparative Constitutional Law and Interpretation Methods*, in *Fordham L. Rev.*, 2006, p. 921 ss.; A. KAVANAGH, *The Idea of a Living Constitution*, in *Can. J.L. & Jur.*, 16, 2003, p. 55 ss.; B.W. MILLER, *Be-guiled by Metaphors: The «Living Tree» and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, *ivi*, 22, 2009, p. 331 ss.

³⁷ Sul ruolo degli Stati Uniti nell'orientamento degli strumenti normativi nella lotta al terrorismo internazionale, C. BASSU, *Libertà personale e lotta al terrorismo: i casi di Canada e Stati Uniti*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2005, p. 446 ss.

³⁸ Si è appreso, però, da Roberto Succio, in occasione del convegno di cui qui si raccolgono gli atti che il cosiddetto scudo fiscale italiano ha migrato nei suoi aspetti generali nella normativa tributaria canadese, non recepitò in un atto legislativo ma in una serie di direttive vincolanti per l'amministrazione.

Tuttavia, è possibile rinvenire un sottile filo rosso dato dalla dottrina italiana che come un fiume carsico riemerge dal coacervo di riflessioni di matrice anglofona. Volendo risalire nel tempo, sicuramente gli scritti di Cesare Beccaria producono degli effetti cospicui e duraturi nell'ordinamento d'oltreatlantico. *Dei delitti e delle pene* del 1764 esercita una discreta influenza in tutta America e anche se l'illuminista italiano non attraverserà mai l'oceano Atlantico, le sue riflessioni producono un certo impatto sia negli Stati Uniti che in Canada³⁹. La sua opera fa parte integrante delle migliori biblioteche giuridiche universitarie e la sua dottrina è stata anche utilizzata nella sentenza della Corte suprema: *Kindler v. Canada*⁴⁰.

Analogamente, la *scholarship* italiana rimane apprezzata nell'ambito della filosofia politica rinascimentale, soprattutto nei pensatori più conosciuti come Nicolò Machiavelli; mentre, in tempi più recenti Benedetto Croce e Norberto Bobbio costituiscono delle letture imprescindibili per i filosofi politici e del diritto canadesi.

Per quanto concerne il diritto positivo italiano, c'è un autore della dottrina italiana che sicuramente costituisce oggetto di studio – almeno nella parte francofona – non a livello universitario ma a livello di studi dottorali che è Santi Romano. In particolare, è lo studio: *L'ordinamento giuridico* del 1918, che più interessa la dottrina canadese, logicamente nella parte relativa al pluralismo degli ordinamenti giuridici che costituisce l'essenza del bigiuralismo del Quebec⁴¹.

Curioso è che, invece, sui temi del pluralismo legale e pluralismo culturale nella dottrina di matrice anglosassone, il riferimento dottrinale sia, invece, statunitense e segnatamente il sociologo Horace Kallen, che scrive: *Cultural Democracy in the U.S.* nel 1924⁴², quindi, in un momento pressoché coevo a Santi Romano.

Venendo a opere più recenti, le biblioteche giuridiche possiedono molte opere di illustri comparatisti contemporanei sia in lingua che in traduzione, che testimoniano un certo interesse scientifico.

Ci sono poi tracce della dottrina italiana tradotta in inglese, che emergono nei dispositivi delle sentenze della Corte suprema⁴³.

Altre riflessioni possono essere compiute a proposito del formante

³⁹ M.G. MAGLIE, *Vendetta di Stato: la storia infinita della pena di morte negli Stati Uniti*, Venezia, 1996, p. 25.

⁴⁰ *Kindler v. Canada* (1991) 2 S. C. R. 779.

⁴¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918.

⁴² H. KALLEN, *Cultural Democracy in the U.S.*, New York, 1924.

⁴³ Nello specifico: A. CASSESE, *International Law*, Oxford, 2001, in *R. v. Hape* (2007) 2 S. C. R. 297 e *Id.*, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995, in *Reference re Secession* (1998) 2 S. C. R. 217.

giurisprudenziale, anche se poi le conclusioni sono le stesse fatte a proposito del formante legislativo.

L'analisi delle sentenze della Corte suprema – sia delle opinioni di maggioranza che di minoranza – non ha evidenziato riferimenti sostanziali alla dottrina e alla giurisprudenza italiana.

Eppure il massimo organo giurisdizionale canadese non è certo riottoso all'utilizzo dei precedenti stranieri; infatti, il consolidamento del *decisum* passa anche attraverso l'utilizzo del diritto comparato, che i giudici utilizzano in maniera cospicua⁴⁴.

Secondo uno studio condotto su questo tema, la giurisprudenza più citata è quella statunitense (61,2%) e, a seguire, quella britannica (26,9%), anche se non mancano riferimenti a sistemi europei (Belgio, Olanda, Irlanda, Francia e Germania), come a quelli appartenenti al *commonwealth*⁴⁵.

Il riferimento all'ordinamento italiano emerge solo esiguamente e in queste formule: a) Per decisamente negarne la valenza; b) a titolo esemplificativo e documentale; c) come canone ermeneutico.

In relazione al primo elemento, il riferimento è alla sentenza *The King v. Central Railway Signal Co.*⁴⁶, in cui si dibatteva sull'immunità dalla giurisdizione della Corona. A questo proposito, in relazione alla disputa sulla differenza fra *King* e *Emperor*, i giudici affermano che, nel passato, sarebbe prevalsa una «*ridiculous notion*» dei civilisti tedeschi e italiani, in base alla quale vi era una differenza fra Imperatore e Re, per cui solo il primo poteva nominare i pubblici notai.

Decisamente più numerosi i riferimenti utilizzati a mero titolo co-

⁴⁴ Su questo tema in generale, S. CHOUDRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006; H.P. GLENN, *Le droit comparé et la Cour suprême du Canada*, in E. CAPARROS *et al.* (diretto da) *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, 1989, p. 197 ss.; I. BUSHNELL, *The Use of American Cases*, in *U.N.B.L.J.*, 35, 1986, p. 157 ss.; R. MANFREDI, *The Use of the United States Decisions by the Supreme Court of Canada Under the Charter of Rights and Freedoms*, in *Can. Jour. Pol. Sc.*, 23, 3, 1990, p. 499 ss.; A.M. RUSSO, *La Carta dei diritti e delle libertà nel «Comparative Dialogue» della Corte suprema: flessibilità e cross fertilization giurisprudenziale*, in G. ROLLA (a cura di), *L'apporto*, cit., p. 269 ss.; V. BARSOTTI, *Tra il dialogo e la cooperazione. Il nuovo ruolo delle corti nell'ordine globale*, in L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, p. 205.

⁴⁵ Per un'analisi empirica su questo profilo: G. GENTILI, *Canada: Protecting Rights in a 'Worldwide Rights Culture'. An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982-2010)*, in T. GROPPI, M.C. PONTORREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013, p. 39 ss. P. McCORMICK, *Waiting for Globalization: An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations*, in *Ottawa L. Rev.*, 41, 2, 2009-2010, p. 209 ss.

⁴⁶ *The King v. Central Railway Signal Co.*, (1933) S. C. R. 555.

noscitivo. In *R. v. Zundel*⁴⁷, (che riguardava un caso di negazionismo), c'è una parte di diritto comparato in cui si cita l'ordinamento italiano: l'art. 656 del c.p. sulla pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose atte a turbare l'ordine pubblico; oltre alla norma codicistica, viene evocata la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 191 del 1962 e fra la bibliografia compare un lavoro di un costituzionalista italiano⁴⁸. Tali citazioni sono strumentali alla definizione del concetto di ordine pubblico e la comparazione serve per comprendere se l'art. 181 del c.p. canadese, che punisce la diffusione consapevole di notizie false, sia compatibile con la Carta dei diritti e delle libertà oppure se tale limitazione non sia giustificabile ai sensi dell'art. 1, che impone che le limitazioni ai diritti devono essere conferenti a una società libera e democratica.

In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney general)*⁴⁹, che riguarda un caso di eutanasia, nella consueta parte relativa all'esame di altre giurisdizioni, viene citato l'art. 580 del codice penale italiano sull'istigazione al suicidio, che peraltro, configura una fattispecie più ampia rispetto a quella tipizzata dalla normativa penalistica canadese.

Analogamente viene citata l'Italia sulla condanna alla pena accessoria della sospensione dai pubblici uffici nel caso *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*⁵⁰.

Un riferimento più congruo riguarda il problema della brevettabilità degli animali transgenici (oncotopo) nella sentenza *Harvard College v. Canada (Commission of Patents)*, in quanto l'Italia è fra quegli ordinamenti che hanno riconosciuto il brevetto all'oncotopo⁵¹.

In *Re Bishop v. Stevens*⁵² – che si occupa di *copyright* – si cita la normativa italiana che imporrebbe quindici giorni di conservazione delle registrazioni delle trasmissioni radiofoniche. Analogamente un fugace riferimento è fatto in *Reference Re Public Service Employees Relations Act (Alta)*⁵³, dove viene citata la Costituzione italiana, fra quelle che sanciscono il diritto di sciopero; così come in *R. v. Morgentaler*⁵⁴ si precisano i termini entro i quali è consentita l'interruzione di gravidanza; in *Irwin Toy Limited v. Quebec (Attorney Ge-*

⁴⁷ *R. v. Zundel* (1992) 2 S. C. R. 731.

⁴⁸ A. PACE, *Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy*, in *Eu-Const.*, 2, 1990, p. 71 ss.

⁴⁹ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney general)* (1993) 3 S. C. R. 519.

⁵⁰ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)* (2002) 3 S. C. R. 519.

⁵¹ *Harvard College v. Canada (Commission of Patents)* (2002) 4 S. C. R. 45.

⁵² *Re Bishop v. Stevens*, (1990) 2 S. C. R. 467.

⁵³ *Reference Re Public Service Employees Relations Act (Alta)* (1987) 1 S. C. R. 313.

⁵⁴ *R. v. Morgentaler* (1988) 1 S. C. R. 30.

neral)⁵⁵ i giudici rilevano che in Italia sussiste il divieto di fare pubblicità orientata ai minori.

Viene citata l'esperienza italiana di giustizia costituzionale in un giudizio astratto, nel *reference* sulla secessione del Quebec⁵⁶.

Mentre, solo a titolo informativo, in un caso relativo a l'estradizione in un paese dove è prevista la pena di morte, vengono riportate la data dell'abolizione della pena capitale e quella dell'ultima esecuzione in Italia⁵⁷.

Solo in un caso la citazione della giurisprudenza italiana è stata utilizzata nella *ratio decidendi*. Il caso è *Re Canada Labour Code*⁵⁸ radicato nella Corte suprema e riguardava una causa di lavoro di dipendenti civili all'interno di basi statunitensi in terra canadese. La maggioranza dei giudici ritiene che sussista una distinzione fra attività di natura prettamente privatistica – seppur svolta all'interno di una sede straniera con immunità dalla giurisdizione – e quella di tipo pubblicistico. Tuttavia, lo *State Immunity Act* estende la sua efficacia su tutte le funzioni svolte all'interno della base, giustificando questo ampliamento con la circostanza per la quale l'esercizio della sovranità dello Stato straniero sarebbe altrimenti limitata. Nell'argomentare l'incompetenza delle corti nazionali nelle cause di lavoro all'interno di sedi che godono dell'immunità, i giudici citano una sentenza della Corte di Cassazione italiana: *Lybian Arab Jamahiriya v. Trobbiani* del 16 gennaio 1990 delle sezioni unite di Cassazione e un altro caso di fronte al giudice del lavoro di Milano: *Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff v. United States* (1981) di cui gli estensori propongono anche uno stralcio.

4. Alcune osservazioni

Volendo trarre delle riflessioni al margine di quanto esplicitato, non si può che tornare a quanto anticipato in apertura e cioè che il modello giuridico italiano non è stato oggetto di recezione nell'ordinamento canadese. L'affermazione può essere temperata solo in relazione alle conoscenze dottrinali, che, però, svolgono un ruolo di nicchia.

L'accesso ad opere di riferimento italiane può passare solo dalle

⁵⁵ *Irwin Toy Limited v. Quebec (Attorney General)* (1989) 1 S. C. R. 927

⁵⁶ *Reference Re Secession of Quebec* (1998) 2 S. C. R. 217, dove si fanno dei rimandi anche alla dottrina internazionalistica italiana, cfr. nota 43.

⁵⁷ *Kindler v. Canada (Minister of Justice)* (1991) 2 S. C. R. 779.

⁵⁸ *Re Canada Labour Code* (1992) 2 S. C. R. 50.

traduzioni in lingua francese ma soprattutto in inglese, che, oramai, costituisce la lingua veicolare in ambito giuridico.

Tuttavia, l'apprendimento del diritto italiano assolve solo a fini conoscitivi, non esercitando un ruolo di *cross fertilization*.

Neppure la cospicua immigrazione italiana ha costituito un bacino all'interno del quale far emergere personalità che accedessero alla carriera accademica, giudiziaria o forense e che facessero valere la loro formazione debitrice della dottrina italiana.

Lo stesso Frank Iacobucci, primo giudice della Corte suprema di origini italiane, si connota per la sua formazione fortemente di matrice anglosassone, così come i suoi allievi e *clercs* di origini italiane vantano una formazione anglofona. Eppure l'attaccamento alla sua terra di origine – la Calabria – è affettuosamente ribadito nei suoi interventi resi in Italia⁵⁹ e testimoniato dal suo impegno al *Center for Italian Canadian Studies dell'University of Toronto*, che porta il suo nome.

In sintesi la riflessione giuridica italiana non è concorrenziale rispetto al diritto di altri paesi, di cui il Canada è significativamente debitore. Detto in altro modo, il modello nostrano non è attraente in quanto non soddisfa profili di interesse o innovatività, che poi sono i requisiti necessari per la circolazione dei modelli.

Inoltre, non si può trascurare il pregiudizio anti-italiano che serpeggia tradizionalmente in molti paesi, compreso il Canada. Non a caso, infatti, ritenendo filofascista la comunità immigrata italiana fra le due guerre, il Governo canadese non esita a emettere provvedimenti di internamento a carico degli immigrati italiani⁶⁰.

E a questo elemento se ne associa un altro per il quale un giudizio politico sul sistema paese non certo lusinghiero inevitabilmente trasla sul sistema giuridico.

⁵⁹ F. IACOBUCCI, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁰ Sugli orientamenti fascisti della comunità italiana in Canada: L. BRUTI LIBERATI, *Il Canada, l'Italia e il fascismo 1919-1945*, Roma, 1984; G. TINTORI, *Politiche di internamento in Canada durante la seconda guerra mondiale*, in G. DOTOLI (a cura di), *Il Canada tra modernità e tradizione*, Fasano, 2001, p. 109 ss.

PARTE TERZA

America Latina

SEZIONE PRIMA – *Interventi sui singoli paesi*

EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA

La circolazione del modello giuridico italiano in Argentina

SOMMARIO: 1. Premessa: il modello latino-americano. – 2. Il processo di codificazione in Argentina. – 3. L'influsso del modello italiano. – 4. Norme a confronto. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa: il modello latino-americano*

La trattazione del tema in oggetto richiede una doverosa premessa circa la formazione e l'evoluzione degli ordinamenti latino-americani e di quello argentino in particolare. Infatti, il loro sviluppo risente in modo significativo delle vicende storiche concernenti la conquista e la colonizzazione dell'America latina¹.

Per quanto riguarda i territori sottoposti alla dominazione spagnola, essi recepirono i principi e gli istituti giuridici all'epoca vigenti in Spagna e, segnatamente, nel Regno di Castiglia e di León, anche se il significato e il valore di questa recezione sono, tuttavia, soggetti ad interpretazioni distinte.

Secondo un primo orientamento storiografico, infatti, le antiche consuetudini indigene si integrarono con il diritto di derivazione spagnola, determinando così l'insorgenza di un nuovo ed originale «diritto indiano»: la causa di tale fenomeno dovrebbe pertanto essere individuata nelle caratteristiche intrinseche della conquista².

¹ Sul punto, si veda A. ALVARADO VELLOSO, *Diritto dei Paesi latino-americani*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1989, p. 1, al quale si rinvia anche per un più ampio approfondimento delle tematiche accennate *infra* nel testo. Per un esame delle conseguenze della colonizzazione spagnola e di quella portoghese, si richiama l'opera di J. LAMBERT, *Amérique latine. Structures sociales et institutions politiques*, Paris, 1968. Sul diritto dei Paesi latino-americani, si vedano, tra i molti: R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique latine*, Paris, 1954; R. SEGAL, M. PINTO, C.E. COLAUTTI, *Aperçu sur les systèmes juridiques de l'Amérique du Sud*, in *Rev. int. droit comparé*, 1988, p. 105 ss.; S. SCHIPANI (a cura di), *Diritto romano, codificazione e sistema giuridico latino-americano*, Milano, 1981.

² A. GARCÍA GALLO, *Estudios del derecho indiano*, Madrid, 1972; A. GARCÍA

Ben diversamente, secondo un distinto orientamento, la recezione del modello spagnolo nei territori dell'America latina costituirebbe un esempio di circolazione dovuta ad imposizione, proprio in virtù del carattere assunto dalla colonizzazione di tali aree, anche a scapito delle tradizioni e delle popolazioni ivi residenti.

Ovviamente, ciò non toglie che l'ingresso, nella suddetta area, di istituti di origine straniera abbia poi prodotto interazioni con il diritto locale ovvero mutazioni del dato giuridico originario, alla luce delle istanze sociali, politiche ed economiche della nuova realtà. Pertanto, non si ritiene appropriato esprimersi in termini di «fusione» tra il modello culturale e giuridico dei colonizzatori e quello locale ed originario, bensì di applicazione coattiva – imposizione – di un modello distinto, che diede poi luogo a fenomeni e risultati diversi rispetto al modello originale, integrando quindi una e vera e propria mutazione del modello di riferimento³.

Gli stessi autori che negano la sussistenza di un originario modello latino-americano adottano però un approccio completamente distinto se si considera la successiva evoluzione giuridica di tale area, riconoscendole caratteri di originalità dovuti a una forte reazione – motivata da una notevole spinta indipendentista e nazionalista – agli eccessi della colonizzazione.

2. *Il processo di codificazione in Argentina*

Per quanto concerne i rapporti tra privati, un tratto in comune tra i Paesi dell'area latino-americana è la presenza di codificazioni civili, sentite come qualcosa di necessario per garantire in concreto i diritti dei consociati secondo la suggestione che l'idea stessa di una codificazione aveva svolto in relazione agli ideali di libertà ed uguaglianza propri della rivoluzione francese e, più in generale, del pensiero illuminista. Una volta formati i vari governi nazionali, ciascuno Stato cominciò quindi a dotarsi di una propria autonoma legislazione: fu così che iniziò il processo di codificazione del diritto civile dell'America latina.

A questo proposito, l'unico modello e praticamente l'unica guida

GALLO, *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa (Atti del terzo convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze, aprile 1974)*, Firenze, 1977, I, p. 317; J.M. OTS CAPDEQUI, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, 1967.

³ In questo senso, A. ALVARADO VELLOSO, *op. cit.*, p. 2.

in tale processo fu rappresentata dal diritto francese. Infatti, il diritto spagnolo, in quanto diritto dell'ex potenza coloniale, era fuori gioco: esso, inoltre, non era stato ancora codificato ed era caratterizzato – anche nella madrepatria – dalla mancanza di unitarietà, a causa del mantenimento in vigore delle antiche consuetudini locali⁴.

Il *Code civil*, invece, appariva come un'opera della Rivoluzione e caratterizzata da uno stringente legame con il diritto romano, aspetto che per le popolazioni di lingua e tradizione spagnola e portoghese avrebbe significato evitare una rottura improvvisa con le categorie giuridiche tradizionali.

I codici civili dei Paesi latino-americani, dunque, rivelano tutti l'impronta del *Code Napoléon*, sebbene ciascuno in maniera diversa. Peraltro, l'influenza francese è del tutto diminuita nel corso del XX secolo per effetto del consolidarsi di soluzioni innovative (come, ad esempio, nella materia del diritto aeronautico in Argentina) o per effetto della circolazione e dell'affermarsi di altri modelli oggetto di imitazione.

Tra i Paesi dell'America Latina, si può individuare un gruppo di Stati in cui il codice civile altro non è se non una traduzione letterale del codice civile francese (come la Repubblica Dominicana e la Bolivia). Diversamente, un secondo gruppo – più importante – è composto dal Cile e dall'Argentina che, sebbene adottino una disciplina di diritto privato basata sul modello francese, rappresentano l'espressione più originale ed indipendente della scienza legislativa sudamericana.

Per quanto riguarda l'Argentina, il *Código Civil* – promulgato nel 1869 ed entrato in vigore nel 1871 – venne elaborato da Dalmacio Vélez Sarsfield, un Professore dell'Università argentina di Córdoba, cui si deve anche il *Código de Comercio* del 1859. Com'è noto, nella redazione dell'opera, Sarsfield si basò sul modello del *Code civil*, pur tenendo presente anche la dottrina, sia francese che di altre nazionalità: alcune disposizioni derivano direttamente dall'opera di Aubry e Rau, mentre l'impianto di diritto internazionale privato trova le sue radici soprattutto nella dottrina di Savigny e di Story. Altri modelli di riferimento furono il codice civile cileno, alcune leggi spagnole e i lavori preparatori della codificazione brasiliana, oltre ad altri materiali, che furono rielaborati in modo brillante ed eclettico.

Il *Código Civil* argentino, sebbene dichiaratamente improntato al modello francese, mostra quindi caratteri di originalità, sia per la plu-

⁴ Per quanto concerne il diritto di Castiglia e León, si veda il contributo di J.A. ESCUDERO, *Curso de historia del derecho*, Madrid, 1985, p. 435 ss.

ralità di fonti tenute in considerazione, sia per l'originalità di alcune scelte, di metodo e di contenuto⁵.

3. *L'influsso del modello italiano*

Le analogie che il codice argentino presenta con quello italiano sono dettate dalla comune influenza francese, mentre un vero e proprio influsso del «modello italiano» può rilevarsi soprattutto in tempi più recenti. A questo proposito, non si può fare a meno di soffermarsi sul recente progetto di riforma che ha interessato sia il codice civile che quello commerciale.

Come già accennato, in Argentina il diritto civile è stato fino ad oggi principalmente disciplinato dal *Código Civil*, mentre il diritto commerciale soprattutto dal *Código de Comercio*, conformemente alla tradizione legislativa di matrice francese. Con riferimento al settore commerciale, tuttavia, varie leggi succedutesi nel tempo hanno abrogato diverse disposizioni del codice di commercio, in particolare nell'ambito delle materie originariamente disciplinate dal Libro III (diritti ed obblighi derivanti dalla navigazione) e dal Libro IV (fallimento).

Per quanto riguarda poi il rapporto tra i due codici, si deve ricordare la significativa norma di cui all'art. 207 del *Código de Comercio*, che prevede: «El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales».

Nel progetto del nuovo codice argentino si è voluta realizzare un'unificazione del diritto privato, analogamente a quanto avvenne in Italia nel 1942. Si può quindi affermare che, sotto questo profilo, il codice italiano – che costituisce ancor oggi nel mondo uno dei più rilevanti esempi di unificazione legislativa tra diritto civile e commerciale – ha rappresentato un punto di riferimento nell'opera di ricodificazione in Argentina.

Già nel 1998 la commissione che si era occupata di redigere un precedente progetto di codice unitario aveva rilevato, richiamando il caso italiano, che l'unificazione non comporta la scomparsa del diritto civile e commerciale come discipline tipiche, ma solamente l'eliminazione di differenze, in genere artificiose, che risultano inefficienti in quanto pregiudicano la certezza dei traffici giuridici.

⁵ Sulle fonti del codice argentino, si vedano: J. CABRAL TEXO, *Historia del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1920; J. MENÉNDEZ, *Fuentes nacionales del Código civil argentino: estudio de algunas de sus disposiciones*, Buenos Aires, 1919; L. SEGOVIA, *El Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1933.

Come noto, in Italia l'unificazione legislativa ha determinato la c.d. «commercializzazione del diritto privato», attraverso l'assorbimento dei principi del codice di commercio all'interno del codice civile. A questo proposito, si è osservato che «proprio nel momento in cui muore, il codice di commercio celebra la sua vittoria»⁶.

A differenza di quanto accaduto in Italia, tuttavia, il nuovo codice argentino costituisce un'evoluzione di entrambi i codici attualmente in vigore. Il progetto realizza l'unificazione sostanziale del diritto civile e del diritto commerciale e non l'assorbimento dell'uno all'interno dell'altro. In quest'ottica, gli stessi redattori del progetto considerano tale fusione come una sola delle numerose soluzioni adottate per promuovere «la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles»⁷.

A dimostrazione dell'innovazione di cui il codice unitario si fa portatore, senza quindi limitarsi a recepire le vigenti norme di uno o dell'altro codice, si possono ricordare le disposizioni in materia di vendita di cosa altrui.

La regola generale sancita dall'art. 1329 *Código Civil* vigente è quella per cui «Las cosas ajenas no pueden venderse». Il *Código de Comercio* all'art. 453 sancisce invece che «la compra-venta de cosa ajena es válida». Tali principi generali, tuttavia, sfumano qualora il compratore sia consapevole dell'alienità della cosa: in caso di vendita civile «Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio»; nel caso di vendita commerciale, «Si el comprador, al celebrar el contrato, sabe que la cosa es ajena, la compra-venta será nula».

Il progetto del nuovo codice stabilisce, invece, un criterio unitario all'art. 1132: «La venta de la cosa total o parcialmente ajena es válida, en los términos del artículo 1008. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador»⁸.

4. Norme a confronto

Analizzando le singole norme del progetto, possono poi individuarsi numerosi casi in cui il modello legislativo italiano ha esercitato il proprio influsso sul legislatore argentino, come, tra l'altro, viene espressamente sottolineato nella relazione intitolata «Fundamentos del

⁶ V. ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2010, p. 38.

⁷ R.L. LORENZETTI, E. HIGHTON DE NOLASCO, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012, p. 442.

⁸ *Ivi*, p. 175.

anteproyecto de Código Civil y Comercial del la Nación», ad opera della commissione di riforma.

Se ne ricorderanno ora alcuni esempi, ovviamente senza alcuna pretesa di esaustività.

I primi articoli del nuovo codice ricalcano in modo significativo le «disposizioni sulla legge in generale» italiane. A tali norme i redattori si sono ispirati distinguendo espressamente il «derecho» rispetto alla «ley»⁹. Mentre nel *Código Civil* di Sarsfield i primi articoli si riferivano solamente alle leggi, ora il diritto e la legge – la quale costituisce la fonte principale del primo (art. 1 del progetto) – sono trattati in capitoli diversi. Il capitolo 2 del titolo preliminare (artt. 4 e ss. del progetto) detta regole in tema di applicazione della legge, tra cui, in particolare l'efficacia nel tempo, con l'affermazione del principio di irretroattività.

L'influenza italiana è evidente anche per quanto concerne la disciplina delle obbligazioni. A proposito della prestazione dedotta in obbligazione, l'art. 725 del progetto recita: «La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor»¹⁰. Gli stessi redattori riconoscono che la fonte di tale norma è l'art. 1174 del codice civile italiano¹¹.

Per quanto riguarda il termine di adempimento dell'obbligazione, si è introdotta una modifica rispetto all'attuale art. 570 *Código Civil*, secondo cui il termine si presume a favore di entrambe le parti, privilegiando, invece, la soluzione dettata dall'art. 1184 del codice italiano e ponendo il termine a favore del debitore¹².

Frutto di una precisa scelta di condivisione del modello italiano è anche la norma in tema di nullità parziale, che impiega un criterio «soggettivo», conferendo rilievo all'intenzione dei contraenti ed agli interessi da questi perseguiti. La nullità parziale determina la nullità dell'intero contratto solo se le disposizioni viziate non sono «separabili» dalle altre ed il mantenimento del negozio non consente comunque il raggiungimento della finalità prefissa, sempre che il giudice non integri l'atto conformemente alla sua natura ed agli interessi che razionalmente possano considerarsi perseguiti dalle parti (art. 389 del progetto)¹³.

⁹ *Ivi*, p. 446.

¹⁰ *Ivi*, p. 122.

¹¹ *Ivi*, p. 508 s.

¹² *Ivi*, p. 474.

¹³ *Ivi*, p. 65.

Anche in tema di conversione del contratto nullo si adotta la soluzione «soggettiva» presente nell'ordinamento italiano, basata sulla ricostruzione di una volontà ipotetica: la conversione è ammissibile qualora il fine pratico perseguito dai contraenti faccia supporre che gli stessi avrebbero concluso un altro contratto – del quale il negozio viziato presenta i requisiti essenziali – se avessero previsto la nullità (art. 384 del progetto)¹⁴.

Per quanto concerne i vizi della volontà, a differenza dei precedenti progetti del 1993 e del 1998, si è deciso di conservare la metodologia seguita da Sarsfield. Si dedicano quindi separati *capítulos* all'errore, al dolo ed alla violenza. Complessivamente, la disciplina non si discosta in modo significativo rispetto a quella italiana e, in particolare, i redattori del progetto sottolineano che si prescinde dal carattere di inescusabilità dell'errore per adottare, ispirandosi all'art. 1428 del codice italiano, quello di «riconoscibilità» (art. 266 del progetto)¹⁵.

Nell'ambito della disciplina della simulazione, poi, è riscontrabile una disposizione (art. 337 del progetto), che, ricalcando quella corrispondente contenuta nei progetti del 1993 e del 1998, segue il modello delineato dall'art. 1416, comma 1, c.c. italiano. Tale norma del progetto recita, infatti: «La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto»¹⁶.

In materia di promesse unilaterali, i redattori del progetto, riconoscendo la valenza delle stesse come autonoma fonte di obbligazioni, osservano che dall'analisi comparatistica risultano tre tendenze legislative:

- a) regolare solamente alcune tipiche promesse unilaterali;
- b) non fornire alcuna disciplina;
- c) dare regolamentazione espressa alla categoria.

Tra gli esempi di codificazioni che hanno seguito questo terzo orientamento vengono citati, oltre ad alcuni codici dell'America latina, il codice italiano, il quale dedica alle promesse unilaterali gli artt. 1987 e ss.¹⁷. La soluzione adottata nel progetto argentino è quella di disciplinare in modo sistematico le «Declaraciones unilaterales de voluntad» (artt. 1800 e ss. del progetto)¹⁸.

Vi sarebbero molte altre analogie riscontrabili tra il progetto ed il

¹⁴ *Ivi*, p. 64.

¹⁵ *Ivi*, p. 467.

¹⁶ *Ivi*, p. 57.

¹⁷ *Ivi*, p. 579.

¹⁸ *Ivi*, p. 273.

codice italiano: si pensi soprattutto all'introduzione delle società unipersonali¹⁹, oppure all'inserimento di un istituto ispirato al patto di famiglia (art. 1010, comma 2, del progetto): «Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros»²⁰).

Negli esempi appena citati, tuttavia, non sembra corretto parlare di «circolazione del modello italiano», in quanto in tali settori l'ordinamento italiano non è stato tanto «Paese esportatore», quanto a sua volta recettore di novità importate da altre nazioni. Infatti, come noto, la società unipersonale è di matrice comunitaria: la direttiva europea aveva fatto riferimento ad un istituto già introdotto in Danimarca (nel 1973), Germania (nel 1980), Francia (nel 1985), Paesi Bassi (nel 1986) e Belgio (nel 1987)²¹. Il patto di famiglia italiano, poi, ha quali precursori i corrispondenti istituti previsti negli ordinamenti francese e tedesco²².

Continuando la breve panoramica fino a qui condotta, si può rilevare che non solo il codice italiano ha esercitato influenza sul legislatore argentino, ma anche la l. 31 maggio 1995, n. 218 che, come noto, si occupa del diritto internazionale privato. Infatti, di ispirazione italiana è la regola per cui, in caso di successione regolata da un diritto straniero per la quale non vi siano eredi, i beni situati in Argentina sono attribuiti allo Stato argentino oppure alla città autonoma di Buenos Aires o alla provincia in cui i beni si trovano (art. 2648 del progetto), analogamente a quanto disposto dall'art. 49 l. 218 del 1995, che prevede: «Quando la legge applicabile alla successione,

¹⁹ *Ivi*, p. 612 s.

²⁰ *Ivi*, p. 157 s.

²¹ Sul punto, si rimanda a: A. SIROTTI GAUDENZI, *La società unipersonale nel sistema europeo delle imprese*, Pozzuoli, 2003; I. CHIEFFI, *La società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996; G.M. ZAMPERETTI, *La società unipersonale a responsabilità limitata: organizzazione interna e procedimenti decisionali*, Milano, 1996.

²² Si veda A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.* Sacco, Torino, 2002, *passim*. Sul dibattito tedesco in tema di successione anticipata: D. OLZEN, *Die vorweggenommene Erbfolge in historischer Sicht*, Berlin, 1988; B. ECCHER, *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980.

in mancanza di successibili, non attribuisce la successione allo Stato, i beni ereditari esistenti in Italia sono devoluti allo Stato italiano».

Si deve sottolineare che la peculiarità del progetto argentino consiste nell'aver inserito direttamente nel testo del nuovo codice un *corpus* organico di norme di diritto internazionale privato, utilizzando gli spunti tratti da leggi di altri ordinamenti²³.

Infine, può risultare interessante segnalare i casi in cui il modello italiano è stato preso in considerazione, senza tuttavia essere recepito, in quanto i redattori del progetto hanno adottato soluzioni difformi.

In materia di tutela del consumatore, ad esempio, non si è scelto di creare un separato corpo normativo come il Codice del Consumo italiano, in quanto, considerando il rango costituzionale riconosciuto ai diritti del consumatore in Argentina, si è ritenuto necessario non solo dettare una disciplina uniforme per i contratti civili e commerciali, ma anche procedere all'incorporazione dei contratti di consumo in tale disciplina unificata²⁴.

O ancora, in tema di deposito in albergo, si è preferito non seguire la soluzione – presente nel progetto del 1998 – dell'art. 1783 c.c. italiano (come riformato dalla legge 10 giugno 1978, n. 316), con la relativa limitazione di responsabilità²⁵. Si è invece previsto che l'albergatore assuma una serie di rischi (normalmente assicurabili) derivanti dalla propria attività, mentre, in caso di oggetti di valore che rendano il rischio particolarmente elevato, l'albergatore possa pattuire l'esclusione di responsabilità²⁶.

5. Conclusioni

Da ultimo, è significativo ricordare che in un passo dei citati *Fundamentos* – nel quale si ripercorre il dibattito in merito alla possibilità di includere una disposizione generale riferita alla «función social del contrato», simile a quella contenuta nell'art. 421 del *Código Civil Brasileiro* – vengono citati il pensiero e le opere di Vittorio Scialoja, Emilio Betti, Pietro Rescigno, Francesco Galgano in tema di funzione economico-sociale del contratto.

I redattori del progetto affermano che «será necesario que el contrato tenga una función económica apreciable socialmente, por ser ra-

²³ R.L. LORENZETTI, E. HIGHTON DE NOLASCO, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op. cit.*, p. 605 ss.

²⁴ *Ivi*, p. 170 ss.

²⁵ *Ivi*, p. 546 s.

²⁶ *Ivi*, p. 209.

zonable, digna, seria, equilibrada y oportuna para el negocio del caso»²⁷. Per esigenze di flessibilità, la soluzione adottata dal progetto è stata poi quella di demandare la concreta applicazione della nozione di funzione sociale ai giudici, attraverso il riferimento agli altri principi generali, senza la cristallizzazione di tale concetto in un'apposita norma.

Quale nota conclusiva, va osservato che la circolazione di un modello giuridico può dirsi tanto maggiore quanto più ampio è il numero dei formanti (legislazione, dottrina, giurisprudenza) interessati da tale processo.

Si è visto che, nella riforma del codice argentino, le disposizioni legislative italiane sono state prese in considerazione in numerosi casi. Non si è comunque trattato di una recezione passiva, quanto di una selezione critica ed approfondita, con la conseguenza che il legislatore argentino ha introdotto nel progetto di riforma forti tratti distintivi rispetto al nostro ordinamento per quanto riguarda tematiche rilevanti come la fecondazione assistita o la maternità surrogata.

In ogni caso, l'effettiva circolazione di un modello giuridico è determinata non tanto dalla condivisione di identiche soluzioni a livello di singole norme, quanto dal «trasferimento» delle idee scientifiche, delle strutture generali e dei principi di fondo.

Soprattutto in questa prospettiva, si può allora affermare che il modello italiano è stato sicuramente uno dei punti di riferimento per la nuova codificazione argentina, come testimoniato dallo spazio che i redattori del progetto hanno dedicato all'esame della dottrina italiana.

²⁷ *Ivi*, p. 526.

DAVID FABIO ESBORRAZ

L'influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di «codice civile e commerciale» della Repubblica Argentina

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'influsso del modello giuridico italiano sul nuovo Progetto di «Codice civile e commerciale» della Repubblica Argentina. - 2.1. I riferimenti al diritto italiano nella Relazione della Commissione redattrice del Progetto preliminare. - 2.2. Il risultato dell'indagine. - 2.3. Analisi di alcuni esempi dell'influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di «Codice civile e commerciale» della Repubblica Argentina. - 2.3.A. Casi in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per delle scelte di tipo metodologico. - 2.3.A.1. L'influsso del diritto italiano sulla metodologia esterna del P2012: l'unificazione delle legislazioni civile e commerciale. - 2.3.A.2. L'influsso del diritto italiano sulla costituzionalizzazione del diritto privato argentino. - 2.3.B. Caso in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per una scelta di politica legislativa: la non codificazione del «principio della funzione sociale del contratto». - 2.3.C. Casi in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per adottare una soluzione diversa da quella già prevista dalla legislazione vigente. - 2.3.C.1. I requisiti dell'errore per l'annullamento dell'atto: dalla sua «scusabilità» alla sua «riconoscibilità». - 2.3.C.2. Il c.d. «beneficio del termine»: la reintroduzione della regola *diei adiectio pro reo* nel diritto argentino. - 2.3.D. Casi in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per migliorare o integrare la legislazione privatistica argentina. - 2.3.D.1. La codificazione della figura dell'«atto giuridico indiretto». - 2.3.D.2. La ridefinizione del contatto per «genere prossimo e differenze specifiche». - 2.3.D.3. La regolamentazione della «responsabilità precontrattuale». - 2.3.E. Caso in cui sarebbe stato conveniente non seguire la soluzione prevista nella legislazione italiana: il riferimento ai «principi e valori giuridici, in modo coerente con tutto l'ordinamento». - 3. Conclusioni. - 4. Tavola di corrispondenza tra il P2012 e le sue fonti italiane immediate e mediate.

1. Introduzione

Con il d.P.R. del 28 febbraio 2011, n. 191¹, è stata creata la Commissione per l'elaborazione di un «Progetto di legge di riforma, aggiornamento e unificazione dei Codici civile e di commercio della

¹ Pubblicato nel *Boletín Oficial de la República Argentina*, n. 32.101 del 28 febbraio 2011.

Nazione Argentina» (artt. 1 e 2). Questa Commissione è stata integrata dai Giudici della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, professori Ricardo Luis Lorenzetti (il quale ha anche fatto le veci del suo Presidente) ed Elena Highton de Nolasco, così come anche dalla professoressa Aída Kemelmajer de Carlucci (art. 3)².

Nella motivazione del d.P.R. si pone in rilievo come già nella legge che sanciva il Codice civile della Repubblica Argentina (CcArg/1869) – elaborato dal giurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield³ tra il 1865-1869 ed in vigore dal 1871⁴ – si prevedesse un meccanismo per il suo aggiornamento⁵ e che anche il Codificatore stesso già si fosse dimostrato favorevole ad una sua revisione, affermando che «un Codice non è mai l'ultima parola della perfezione legislativa né il termine del progresso»⁶. Inoltre, nella motivazione del d.P.R. menzionato si evidenzia che per molti anni l'aggiornamento del CcArg/1869 e anche di quello di Commercio (in vigore per tutta la Repubblica Argentina dal 1862 e riformato sostanzialmente nel 1889⁷) è stato por-

² Lo stesso d.P.R. autorizzò anche il Ministero di Giustizia e dei Diritti umani della Repubblica Argentina a nominare il Segretario della Commissione redattrice (art. 7), incarico questo poi ricoperto dal prof. Miguel Federico De Lorenzo. Inoltre la Commissione redattrice si è avvalsa, nei lavori preparatori, della collaborazione di oltre cento giuristi, la maggior parte dei quali argentini, professori in diverse Università del paese, ma anche di qualche professore straniero, soprattutto dell'area latinoamericana.

³ Cfr. AA.VV., *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padova, 1991, *passim*.

⁴ Per quanto riguarda questo Codice l'influsso del diritto italiano è abbastanza limitato, giacché sebbene il suo autore abbia citato nelle *Notas* messe a molti degli articoli del suo Progetto le disposizioni correlative dei Codici civili napoletano del 1819, sardo del 1837 e italiano del 1865, essi vengono indicati nella maggior parte dei casi non come «fonti» delle stese ma solo a titolo di «concordanze», nelle quali si mettono a confronto le soluzioni da lui proposte con quelle maturate all'interno del sistema giuridico romanistico a livello diacronico e sincronico (tra le quali possono citarsi, appunto, le Codificazioni civili italiane pre- e post-unitarie). Sul tema cfr., tra altri, L. MOISSET DE ESPANÉS, *Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino*, in *Studi Sassaresi*, 1981, V, p. 445 e S. LANNI, *Le Notas del Codice civile di Vélez Sarsfield*, in *Roma e America. Dir. rom. comune*, 2007, 23, p. 69 ss.

⁵ Infatti, secondo gli artt. 2 e 3 della l. 25 settembre 1869, n. 340, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione, i Tribunali federali e quelli provinciali dovevano informare annualmente il Ministero di Giustizia della Nazione dei dubbi e delle difficoltà che avrebbero trovato nell'applicazione del Codice, così come delle sue lacune, per poi comunicarle al Congresso nazionale. Queste disposizioni però non sono state mai attuate.

⁶ Cfr. A. CHÁNETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, II, Buenos Aires, 1937, p. 321.

⁷ Questa riforma si era ispirata particolarmente al Codice di commercio italiano di 1882 (cfr. sul punto, tra altri, F. GARO, *Derecho comercial. Parte general*, Buenos Aires, 1955, p. 19 s. e p. 23).

tato avanti mediante numerose leggi speciali, che ne hanno però modificato l'ordine logico e la struttura dei principi e delle regole presenti nei rispettivi testi originari.

Peraltro, si deve tener conto che negli ultimi decenni tutto il sistema del diritto privato argentino ha subito importanti trasformazioni culturali e numerose modifiche legislative; tra cui si può ricordare la riforma della Costituzione nazionale nel 1994 e l'incorporazione al testo costituzionale di tutta una serie di Trattati e di Convenzioni sui Diritti umani (art. 75, comma 22, Cost.), così come l'interpretazione che la giurisprudenza ha fatto in rapporto a questi significativi cambiamenti normativi. È palese dunque che tutte queste circostanze abbiano reso necessario l'aggiornamento e l'unificazione della legislazione in materia di diritto privato, promuovendo quindi l'elaborazione di un unico corpo normativo che – senza sostituirsi alla legislazione speciale – contenesse una serie di principi generali orientativi.

Le vie percorse al riguardo sono state molteplici. Da quando è stata ristabilita la Democrazia in Argentina, nel 1983, diversi sono stati i tentativi di aggiornare e/o riformare il diritto privato argentino e, soprattutto, di procedere alla sua unificazione: iniziando dal Progetto di Codice Unico del 1987 (P1987)⁸ della Commissione nominata dalla Camera dei Deputati della Nazione, passando per i due Progetti di riforma del Codice civile e unificazione della legislazione civile e commerciale elaborati nel 1993, quello della c.d. Commissione Federale della suddetta Camera (P1993CF)⁹ e quello dell'apposita Commissione nominata dal Potere Esecutivo Nazionale (P1993PEN)¹⁰, per arrivare infine al Progetto di Codice civile del 1998 della nuova Commissione nominata dallo stesso Presidente della Nazione (P1998)¹¹. Tuttavia, per un motivo o per un altro, nessuno dei Progetti menzionati è stato ufficialmente approvato.

La stessa sorte hanno avuto altri progetti di riforma integrale del CcArg/1869, che sono stati elaborati a partire del 1926, quando fu creata una Commissione per la revisione generale della legislazione civile, che a sua volta incaricò uno dei suoi membri dell'elaborazione

⁸ Cfr. *Proyecto de Código civil. Nueva edición según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, Buenos Aires, 1987.

⁹ Cfr. *Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993*, Buenos Aires, 1994.

¹⁰ Cfr. *Reformas al Código civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Buenos Aires, 1993.

¹¹ Cfr. *Proyecto de Código civil de la República Argentina*, in *Antecedentes Parlamentarios*, Anno VI, n. 7, Buenos Aires, 1999.

di un Progetto preliminare (PP1926)¹², sulla cui base essa stessa elaborò successivamente un proprio Progetto (P1936)¹³. In seguito, nel 1954 venne presentato un altro Progetto preliminare (PP1954)¹⁴, che prendeva in considerazione – come una delle sue fonti principali – l'allora nuovo Codice civile italiano del 1942. Nonostante non sia stato mai raggiunto l'obiettivo che si erano proposti i loro sostenitori¹⁵, tutti questi Progetti hanno comunque costituito un momento di cospicua riflessione sul diritto privato argentino e hanno inoltre rappresentato, ognuno di essi, il punto di partenza per l'elaborazione del Progetto successivo.

Il Progetto attuale rappresenta l'ottavo tentativo di riformare integralmente il c.d. Codice di Vélez: dei quali quattro di essi miravano alla sostituzione del suo testo *in toto* (PP1926, P1936, PP1954, P1998) e tre, invece, tendevano alla sua conservazione almeno in parte (P1987, P1993CF, P1993PEN). Il Progetto stesso rappresenta, inoltre, il quinto tentativo di unificazione della legislazione civile e commerciale argentina (P1987, P1993CF, P1993PEN, P1998). Il Progetto preliminare (PP2012) elaborato dalla Commissione redattrice è stato consegnato alla Presidente della Nazione il 27 marzo 2012, e dopo alcune modifiche introdotte in sede del P.E.N., il Progetto di «Codice civile e commerciale» della Repubblica Argentina (P2012) è stato inviato il 7 giugno 2012 al Congresso Nazionale per la sua discussione legislativa. Alla data di pubblicazione del testo definitivo del presente lavoro il P2012 ha ricevuto già l'approvazione da parte del Senato della Repubblica Argentina¹⁶.

¹² Cfr. J.C. BIBILONI, *Anteproyecto de reformas al Código civil argentino, presentado a la comisión encargada de redactarlo*, 7 voll., Buenos Aires, 1929-1932.

¹³ Cfr. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL, *Reforma del Código civil: Antecedentes. Informe*, 2 voll., Buenos Aires, 1936 e FEDERACIÓN ARGENTINA DE COLEGIOS DE ABOGADOS, *Proyecto de Reforma al Código civil*, 5 voll., Buenos Aires, 1940, 1944 e 1962.

¹⁴ Cfr. *Anteproyecto de Código civil de 1954 para la República Argentina*, Tucumán, 1968.

¹⁵ Nel frattempo l'obiettivo di aggiornare il diritto privato argentino è stato raggiunto parzialmente attraverso – ad es. – la riforma introdotta nel CcArg/1869 dalla l. 22 aprile 1968, n. 17.711 del 1968, che si era ispirata per molte delle sue disposizioni alla legislazione italiana, la maggior parte delle quali sono state conservate dal P2012 (cfr. in generale, sulla l. n. 17.711 del 1968, G. BORDA, *La reforma de 1968 al Código civil*, Buenos Aires, 1971, *passim*, e in particolare, sull'influsso su di essa del diritto italiano, P. LERNER, *El código civil italiano de 1942 y las reformas al código civil argentino*, in *Boletín mex. der. comp.*, 2002, 103, p. 167 ss.).

¹⁶ Per maggiori e più aggiornate informazioni sul P2012 cfr. www.nuevocodigo-civil.com.

2. L'influsso del modello giuridico italiano sul nuovo Progetto di «Codice civile e commerciale» della Repubblica Argentina

2.1. I riferimenti al diritto italiano nella Relazione della Commissione redattrice del Progetto preliminare

La Commissione redattrice ha precisato nella Relazione introduttiva al PP2012¹⁷ che, per l'elaborazione dello stesso, sono stati presi in considerazione non solo il diritto vigente della Repubblica Argentina ed i criteri elaborati dalla giurisprudenza per la sua interpretazione ed integrazione, ma anche il parere dei giuristi tanto nazionali come stranieri di maggior rilievo e in particolar modo le raccomandazioni dei Congressi scientifici argentini¹⁸, così come i Progetti precedenti di riforma al Codice civile argentino (il PP1926, il P1936, il PP1954, il P1987, il P1993CF, il P1993PEN e, soprattutto, il P1998) e la legislazione di altri ordinamenti del sistema giuridico romanistico (nello specifico: il Codice civile francese, il BGB, l'OR, il Codice civile italiano, il Codice civile spagnolo, il Codice civile del Quebec, il Codice civile della Bolivia, il Codice civile del Perù, il Codice civile del Paraguay, il Codice civile brasiliano e quello del Consumatore, il Codice di famiglia di El Salvador, ecc.)¹⁹.

Per quanto riguarda nello specifico il diritto italiano (scientifico e legislativo), sembra interessante riferire che esso viene citato nella Relazione al PP2012 in ventidue occasioni; nel dettaglio: una volta il diritto italiano in generale; una volta il Codice civile del 1865; quindici volte il Codice civile del 1942; due volte la l. n. 218 del 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato; una volta il Codice del consumatore del 2005; e infine, due volte l'opinione

¹⁷ Il testo integrale della medesima è stato pubblicato, con il titolo *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, in *Código civil y comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 437 ss.

¹⁸ Esistono diverse raccolte delle raccomandazioni dei Congressi argentini di diritto privato, tra cui possono citarsi *El Derecho privado en la Argentina: Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991; *El Derecho privado en la Argentina: Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos dos años*, Universidad Nacional de Tucumán, Buenos Aires, 1993; e *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho civil (1927-2003)*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005. Inoltre c'è un'edizione del CcArg/1869 a cura di A.A. ALTERINI sotto il titolo *Código civil sistematizado* (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010) corredato anche dalle suddette raccomandazioni.

¹⁹ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 442 s.

della dottrina italiana. Tuttavia, è opportuno chiarire fin da subito che questo numero di citazioni non si traduce in un corrispondente numero di disposizioni che si possono ritenere frutto diretto dell'influenza del diritto italiano. Infatti, come si desume dalla Relazione in questione, il diritto italiano stesso sarebbe stato preso in considerazione come fonte unica ed immediata per giustificare una scelta di tipo metodologica ed un'altra di politica legislativa e per la redazione di sei dei 2671 articoli che integrano il P2012 (cioè, più o meno uno 0,3% del totale delle sue disposizioni)²⁰; mentre in sette occasioni il diritto italiano viene citato non come fonte esclusiva ma insieme ad altre legislazioni che adottano il suo stesso criterio²¹ e addirittura, nelle sette citazioni restanti, come esempio della soluzione contraria a quella scelta dalla Commissione²².

Se queste fossero le cifre reali dell'influsso del modello giuridico italiano sul P2012, si potrebbe rimanere effettivamente un po' delusi. È questa la sensazione che resta al lettore dopo la consultazione della Relazione al PP2012. Tuttavia lo studio più attento del Progetto pone in rilievo una prospettiva diversa. È come dire che la quantità non fa la qualità: lo dimostra il fatto che alcune delle riforme ispirate direttamente alla legislazione italiana, come si dirà meglio in seguito, rappresentano un cambio di rotta cospicuo e significativo del diritto privato argentino, come pure che l'unica dottrina straniera ad essere richiamata espressamente nella Relazione della Commissione redattrice sia proprio quella italiana²³.

²⁰ Il CcIt/1942 cinque volte, la l. 31 maggio 1995, n. 218, una, e la dottrina due. Cfr., rispettivamente, *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación* cit., p. 446 (metodologia del titolo preliminare), p. 467 (requisiti dell'errore), p. 473 (effetti della simulazione nei confronti dei terzi), p. 474 (beneficio del termine), p. 509 (carattere patrimoniale della prestazione); p. 608 (successione dello Stato); p. 477 (atto indiretto), p. 526 (funzione sociale del contratto).

²¹ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 476 (conversione dell'atto giuridico), p. 487 (famiglia di fatto), pp. 500 e 502 (patria potestà), p. 536 (nozione di vendita), p. 579 (promesse unilaterali), p. 605 (diritto internazionale privato).

²² Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 473 (modalità degli atti giuridici), p. 479 (nullità parziale), p. 503 (alimenti dei figli maggiorenni), p. 519 (metodologia di regolamentazione dei contatti del consumatore), p. 524 (condizioni generali di contratto), p. 547 (responsabilità per le cose portate in albergo), p. 583 (efficacia dell'iscrizione nel registro immobiliare).

²³ T. Ascarelli, per giustificare la codificazione di un istituto (cfr. *infra* § 2.3.D.1) e V. Scialoja, E. Betti, P. Rescigno e F. Galgano, per motivare una scelta di politica legislativa (cfr. *infra* § 2.3.B).

2.2. Il risultato dell'indagine

Ad un risultato sostanzialmente diverso si può arrivare qualora si considerino non solo la Relazione al PP2012, bensì anche quelle al P1987, al P1993CF e al P1998, come pure le *Notas* al PP1954 e al P1993PEN, che congiuntamente permettono di risalire alle fonti originarie (siano esse nazionali o straniere, di natura legislativa o dottrinale) della maggior parte delle disposizioni contenute nel nuovo Progetto.

In questo modo, dall'analisi incrociata di tutti questi precedenti – presi singolarmente in considerazione, come abbiamo già detto, dalla Commissione redattrice come fonte mediata o immediata delle sue scelte – e dell'informazioni che si ricavano da essi, si può concludere che l'influsso del diritto italiano sul P2012 è molto più significativo e rilevante di quanto si possa pensare *prima facie*.

O meglio, risulta che dal modello giuridico italiano sono state influenzate direttamente non solo diverse scelte metodologiche e di politica legislativa fatte dai redattori del PP2012 bensì anche quasi trecento delle sue disposizioni (cioè, più o meno un 11% del totale del suo articolato) riconoscono la loro fonte immediata o mediata nella legislazione o nella dottrina italiana; a volte riproducendo letteralmente il modello preso in considerazione, altre invece in modo critico, modificandolo e/o adattandolo all'ambiente e alla tradizione argentina (ma conservando sempre l'essenza dell'istituto, del principio o della regola recepita)²⁴.

Inoltre, rileva sottolineare che queste disposizioni influenzate dal diritto italiano si trovano sparse in tutto il testo del P2012, o meglio nel Titolo preliminare e in ognuno dei sei Libri che sistematizzano le materie civile e commerciali²⁵, benché nello specifico sia possibile cogliere una presenza più significativa in materia di obbligazioni e di contratti (Libro III), così come in quella degli atti giuridici (Libro I, dove vengono generalizzate alcune norme che nel diritto italiano ap-

²⁴ Addirittura, a volte, seguendo alcune scelte originariamente operate dal legislatore italiano, e poi successivamente cambiate e quindi non più vigenti nel diritto preso da modello; come succede, ad es., in materia di contratti del consumatore (cfr. *infra* § 2.3.A.1).

²⁵ Questi libri sono: I) Parte generale (diviso a sua volta in cinque Titoli: I. Delle persone fisiche, II. Delle persone giuridiche, III. Dei beni, IV. Dei fatti e degli atti giuridici, V. Della trasmissione dei diritti); II) Dei rapporti di famiglia; III) Dei diritti personali (Delle obbligazioni in generali, dei contratti e delle altre fonti delle obbligazioni); IV) Dei diritti reali; V) Delle successioni; VI) Delle disposizioni comuni ai diritti personali e reali (cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 439 s.).

partengono alla disciplina del contratto), e con una consistenza decisamente inferiore nell'ambito dei rapporti di famiglia (Libro II).

Per una migliore comprensione della reale portata dell'influenza del diritto italiano sul P2012, è opportuno distinguere le seguenti tipologie di casi:

A. quelli in cui il diritto italiano è stato preso come modello per delle scelte di tipo metodologico²⁶;

B. quelli in cui il diritto italiano è stato preso come modello per delle scelte di politica legislativa²⁷;

C. quelli in cui il diritto italiano è stato preso come modello per adottare una soluzione diversa da quella già prevista dalla legislazione vigente²⁸;

D. quelli in cui il diritto italiano è stato preso come modello per migliorare o integrare la legislazione vigente²⁹;

E. quelli in cui sarebbe stato meglio non prendere come modello il diritto italiano³⁰.

Si cercherà in seguito di analizzare alcuni degli esempi più significativi di questi casi, per i quali il modello giuridico italiano (scientifico o legislativo) è stato preso in considerazione (diretta o indirettamente) come fonte del P2012³¹.

²⁶ Tanto per quanto riguarda la metodologia interna (ad es. quella adoperata nel Titolo preliminare e quella seguita in materia di obbligazioni e contratti) come esterna (l'unificazione della legislazione civile e commerciale), così come anche per la c.d. costituzionalizzazione del diritto privato (cfr. *infra* § 2.3.A).

²⁷ Ad es. la non codificazione del «principio della funzione sociale del contratto» (cfr. *infra* § 2.3.B).

²⁸ Come avviene in materia di requisiti del errore come vizio della volontà (riconoscibilità), di termine (stabilito a beneficio del debitore), di interpretazione del contratto (pratiche generali interpretative del luogo di conclusione del contratto), di compravendita (determinazione del prezzo affidato ad un terzo), mandato (pluralità di mandatari), donazioni modali (inadempimento dell'onere a favore di un terzo), ecc. (cfr. alcuni di questi esempi *infra* § 2.3.C).

²⁹ Questa tipologia è la più numerosa, e comprende tanto i miglioramenti della legislazione vigente (ad es., in materia di rappresentanza e di interpretazione del contratto, così come la ridefinizione del contratto in generale e della vendita in particolare, o la generalizzazione della c.d. eccezioni di decadenza del termine per mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti) quanto quelle che sono introdotte *ex novo* (ad es., la codificazione del diritto reale di superficie, dell'atto indiretto, della c.d. *condicio in praesens vel in praeteritum collata*, della responsabilità precontrattuale, di alcune modalità contrattuale come il contratto per persona da nominare e quello per conto di chi spetta, i contratti plurilaterali e quelli a lungo termine, o di altre figure contrattuali che ormai hanno una certa «tipicità sociale» come il contratto di somministrazione, di agenzia e di concessione, o delle promesse unilaterali). (Cfr. alcuni di questi esempi *infra* § 2.3.D).

³⁰ Come succede in materia di «interpretazione» della legge (cfr. *infra* § 2.3.E).

³¹ Cfr. l'elenco completo *infra* § 4.

2.3. *Analisi di alcuni esempi dell'influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di «Codice civile e commerciale» della Repubblica Argentina*

2.3.A. *Casi in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per delle scelte di tipo metodologico*

2.3.A.1. *L'influsso del diritto italiano sulla metodologia esterna del P2012: l'unificazione delle legislazioni civile e commerciale*

In adempimento al disposto del d.P.R. n. 191 del 2011, con il quale è stata creata la Commissione per l'elaborazione di un «Codice civile e commerciale», è stata proposta l'abrogazione dei due corpi legislativi nei quali attualmente sono codificate le rispettive materie, civile e commerciale, e la loro sostituzione con un Codice unico nel quale fossero unificate entrambe le branche del diritto privato argentino, con lo scopo di dare una maggior sicurezza giuridica alle transazioni commerciali³².

La stessa proposta era stata già avanzata da tutti i Progetti elaborati a seguito del ristabilimento della Democrazia in Argentina (il P1987, il P1993CF, il P1993PEN e il P1998), con un'unica differenza terminologica: mentre quest'ultimi proponevano l'approvazione di un testo unico chiamato «Codice civile», con il nuovo Progetto si propone invece l'approvazione di un «Codice civile e commerciale».

Questa ultima scelta, che è operata in realtà dallo stesso d.P.R. e sulla quale la Commissione redattrice nulla dice nella Relazione al PP2012, si potrebbe spiegare in relazione alla formula introdotta nella Costituzione argentina dalla riforma del 1994, con la quale si riconosce espressamente al Congresso la prerogativa di emanare i Codici civile e commerciale «in testi unici o separati» (art. 75, comma 12), e con riferimento alla quale si era cercato di evitare eventuali questioni di incostituzionalità che sarebbero potute emergere nei confronti dell'unificazione delle legislazioni civile e commerciale in relazione al dettato dell'originario testo costituzionale, secondo cui spettava al Potere legislativo argentino emanare «un Codice civile» e «un Codice commerciale» separatamente (art. 67, comma 11)³³.

La dottrina privatistica argentina si era già pronunciata a favore della suddetta unificazione in occasione di una serie d'incontri scien-

³² Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 442.

³³ Inoltre, c'è da ricordare che nella tradizione argentina i Codici di procedura civile (che secondo i combinati disposti degli artt. 75, comma 12, e 121 della Costituzione nazionale sono una competenza riservata alle Province) vengono anche intitolati «Codici di procedura civile e commerciale».

tifici svolti sin dagli anni quaranta del novecento³⁴. La menzionata dottrina, benché non ignorasse che l'unificazione del diritto delle obbligazioni civili e commerciali fosse stata attuata già dal Codice svizzero delle obbligazioni (OR) a partire dal 1881 e che, ancor prima, essa fosse stata proposta proprio nel diritto latinoamericano dal giurista brasiliano Augusto Teixeira de Freitas nel suo *Esbôço de Código civil* elaborato tra il 1861 e il 1865³⁵, di fatto si è da sempre ispirata in questa materia alle idee di un italiano, CESARE VIVANTE, espresse nella sua *Prolusione* al corso di Diritto commerciale alla R. Università di Bologna del 1892³⁶, come anche è stata ispirata alla metodologia impiegata dal CcIt/1942, che unanimemente è considerato in Argentina come l'esempio più riuscito e il modello da avere in considerazione per la futura «ricodificazione» del diritto privato patrimoniale argentino³⁷.

Seguendo queste opinioni ormai consolidate, il P2012 non solo imita il CcIt/1942 nell'ordine della partizione sistematica degli istituti (ad es. nel trattare del trasporto dopo l'appalto, della commissione dopo il mandato, dei titoli di credito dopo le promesse unilaterali,

³⁴ Tra cui possono citarsi: il I Congresso Nazionale di Diritto commerciale (Buenos Aires, 1940), la VI Conferenza Nazionale degli Avvocati (La Plata, 1959), il III Congresso Nazionale di Diritto civile (Córdoba, 1961), il Congresso Nazionale di Diritto commerciale (Rosario, 1969), la Tavola rotonda sull'unificazione del Diritto civile e commerciale (*Universidad de Belgrano*, Buenos Aires, 1979), il III Congresso Nazionale di Diritto societario (Salta, 1982), la Conferenza Nazionale degli Avvocati e delle Facoltà di Giurisprudenza (Rosario, 1982), il Congresso Argentino di Diritto commerciale (Buenos Aires, 1984), la Tavola rotonda sull'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali (*Instituto Argentino de Derecho comercial e Colegio de Escribanos*, Buenos Aires, 1986), le Giornate Nazionali sull'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali (Buenos Aires, 1986), le VI Giornate Bonaerensi di Diritto civile e commerciale (Junín, 1997), ecc.

³⁵ Per questo giurista la vigenza di un Codice di commercio dava vita ad una «calamitosa duplicação de leis civis» (come ci ricorda A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Milano, 2005, p. 49).

³⁶ La si può leggere come seconda Introduzione, intitolata *L'unità del diritto privato*, al suo *Trattato di diritto commerciale*, 5^a ed., Milano, 1929, del quale esiste anche una traduzione castigliana: *Tratado de Derecho mercantil*, tr. di C. Silió Belena, Ed. Reus, Madrid, 1932.

³⁷ Cfr. in questo senso, tra altri, C.M. MALAGARRIGA, *Tratado elemental de derecho comercial*, I, Buenos Aires, 1951, p. 25 ss.; C.J. ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de comercio y leyes complementarias comentados y concordados*, I, Buenos Aires, 1964, p. 9 ss.; I. HALPERIN, *El estado de la unificación del derecho privado en la Argentina*, in AA.Vv., *Inchieste di diritto comparato*, a cura di M. Rotondi, III. *L'unità del diritto delle obbligazioni*, Padova, 1974, p. 179 ss.; I. WINIZKY, *La unificación de las obligaciones y de los contratos en la República Argentina*, *ivi*, p. 597 ss.; J.A. GARRONE, *Manual de derecho comercial*, I, Buenos Aires, 1978, p. 33 ss.; R.O. FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, I, 9^a rist., Buenos Aires, 2001, p. 33 ss.

sequenze queste che rispondono ad una ragione logica), bensì anche nel disciplinarli singolarmente (come accade in materia di contratto di somministrazione, di conto corrente o di agenzia, di titoli di credito, di contratti bancari, ecc.). Tuttavia il P2012 non unifica l'intera materia commerciale, lasciando fuori del suo testo – come avevano già proposto il P1987, il P1993CF, il P1993PEN e il P1998 – la disciplina delle assicurazioni (l. 30 agosto 1967, n. 17.418), della protezione del diritto di autore (l. 26 settembre 1933, n. 11.723), dei marchi e brevetti (l. 26 dicembre 1980, n. 22.362), del fallimento (l. 20 luglio 1995, n. 24.522), della tutela della concorrenza (l. 25 agosto 1999, n. 25.156) e, addirittura, quella delle società (l. 3 aprile 1972, n. 19.550, con l'unica eccezione dei cc.dd. contratti associativi), discostandosi così in questa ultima materia dal CcIt/1942³⁸.

La Commissione redattrice giustifica questa sua scelta affermando che nel diritto argentino le discipline escluse sono già «decodificate», e che le stesse costituiscono dei «micro-sistemi» normativi autosufficienti che è opportuno mantenere fuori del «sistema» generale del nuovo Progetto³⁹ e che quindi non devono essere travolte dalla riforma, a meno che ciò sia assolutamente necessario, come avviene ad esempio con la disciplina delle società nella quale – tra le altre modifiche – si introduce nell'art. 1 della l. n. 19.550 del 1974 la possibilità di costituire una società unipersonale o con un solo socio⁴⁰.

In compenso il P2012 unifica – in una prospettiva diversa da quella dei precedenti Progetti – la legislazione inerente il rapporto di consumo⁴¹, e a tal uopo incorpora nel libro III (Dei diritti personali), dopo il Titolo I (Delle obbligazioni in generali), altre tre Titoli: il II) Dei contratti in generale, il III) Dei contratti del consumatore [in generale e in particolare], e il IV) Dei singoli contratti [civili e commerciali]⁴². In questa materia i redattori hanno optato per una meto-

³⁸ Così come dal CcPar/1985 e dal CcBra/2002, i quali nell'ambito del MERCOSUR hanno già unificato le loro legislazioni civile e commerciale, sulle orme anche del diritto italiano.

³⁹ Come si può dedurre facilmente, questa contrapposizione viene presa da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, p. 65 ss., la cui opera ha avuto una grande diffusione in Argentina, tanto nella sua versione originale in italiano quanto in quella in castigliano: *La edad de la descodificación*, tr. di L. Rojo Ajuria, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

⁴⁰ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., pp. 444 e 611 ss.

⁴¹ Disciplinato nel diritto argentino principalmente dalla l. 15 ottobre 1993, n. 24.240, riformata e sostanzialmente migliorata nel 1998 e nel 2008, la che non viene però abrogata dal P2012.

⁴² Discostandosi anche in quest'altra materia dalla scelta operata nell'ambito del MERCOSUR, tanto dalle legislazioni degli altri paesi membri (Brasile, Paraguay,

dologia simile a quella seguita dalla legge tedesca *zur Modernisierung des Schuldrechts* entrata in vigore nel 2002⁴³, che era poi quella già adottata in Italia nel 1996 per l'attuazione della Direttiva 93/13/CEE per cui si era aggiunto al CcIt/1942 il Capo XIV-*bis* «Dei contratti del consumatore» come ultimo capo del Titolo II, del Libro IV (sui contratti in generale) e prima del Titolo III (sui singoli contratti)⁴⁴.

La Commissione ha deciso però di approfondire questa metodologia – pur essendo consapevole del cambiamento operato nel diritto italiano in questa materia con l'entrata in vigore nel 2005 di un apposito «Codice del consumatore» – regolamentando specificamente e integralmente la categoria dei contratti del consumatore ma senza erigerla a categoria generale dei contratti (il c.d. «contratto di diritto comune»), che continua ad essere rappresentata dal paradigma del «contratto discrezionale» fondato sul principio dell'autonomia della volontà (il c.d. «contratto con asimmetria di potere contrattuale»)⁴⁵. Nella Relazione al PP2012 questa scelta trova una giustificazione nella gerarchia costituzionale della tutela del consumatore che è stata raggiunta in Argentina con la riforma della Costituzione nazionale nel 1994 (art. 42 Cost.)⁴⁶.

Infine è opportuno sottolineare come la suddetta unificazione delle legislazioni civile e commerciale sia stata l'occasione anche per:

a) eliminare la doppia regolamentazione di alcuni contratti disciplinati tanto dal Codice civile quanto dal Codice di commercio con

Uruguay e Venezuela), quanto da quelle dei paesi associati (Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador e Perù), nelle quali la disciplina sul consumatore è fuori dal Codice civile (cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 519).

⁴³ La quale viene citata (insieme al *Code civil* del Quebec del 1991 e al *Nieuw Burgerlijk Wetboek* olandese del 1992) in appoggio dalla stessa Commissione redattrice nei *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 519 s.

⁴⁴ Cfr., in generale, sulla metodologia seguita in Italia in questa materia, E. CAPOBIANCO, G. PERLINGERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 2, per i quali il legislatore italiano si è ispirato al modello francese che ha affiancato al *Code civil* la disciplina consumeristica di settore (contenuta in un apposito *Code de la consommation*).

⁴⁵ Si richiama qui la terminologia proposta da V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in A.A.V.V., *Il contratto e le tutele. Prospettiva di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 639 ss., ripubblicato dopo in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 35 s. (del quale c'è anche una tr. cast. a cura della collega M.B. Koteich Khatib intitolata *El contrato del dos mil*, Bogotá, 2005).

⁴⁶ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 519 ss.

delle regole generalmente diverse (come accade con la vendita, il mandato, il deposito, il mutuo, ecc.),

b) aggiornare la disciplina di alcuni contratti che sono ormai regolati con criteri e, perfino, con una terminologia propria dell'ottocento (come succede con il trasporto e il conto corrente),

c) incorporare al Codice alcuni tipi o sottotipi contrattuali che sono già regolamentati, ma attraverso leggi speciali (ad es. i contratti del consumatore, i c.d. contratti associativi, la locazione di fondi urbani, il fidejussorio e il *leasing*),

d) codificare alcune delle modalità contrattuali o categorie di contratti che ancora non hanno una disciplina propria nel diritto argentino (come il subcontratto, i contratti conclusi per adesione a condizioni generali di contratto, il contratto preliminare e il sottoposto a conformità, il contratto per persona da nominare e quello per conto di chi spetta, i contratti plurilaterali, quelli a lungo termine e i collegati), oppure altre figure contrattuali che ormai hanno una certa «tipicità sociale» (ad es. il contratto di somministrazione, di agenzia, di concessione, di *franchising*, ecc.) e alla cui configurazione – come succede pure con tutti gli altri casi elencati – hanno dato il loro contributo tanto la dottrina quando la giurisprudenza argentina ispirandosi la maggior parte delle volte al diritto italiano.

2.3.A.2. *L'influsso del diritto italiano sulla costituzionalizzazione del diritto privato argentino*

Il diritto italiano ha anche influenzato una delle idee cardini del PP2012, qual è quella della c.d. costituzionalizzazione del diritto privato⁴⁷, in quanto tradizionalmente in Argentina il diritto pubblico e il diritto privato sono stati ritenuti come compartimenti stagni, al punto tale che si considerava la Costituzione nazionale (il cui testo è tuttora, nella sua parte sostanziale, quello originario del 1853) il «codice» del diritto pubblico mentre il CcArg/1869 la «costituzione» dei diritti dei cittadini.

Il P2012 si propone, invece, di superare questa visione «isolata» delle fonti e generare un «dialogo» tra di esse, prendendo in considerazione soprattutto i Trattati e le Convenzioni internazionali ai quali la Repubblica Argentina ha aderito, in particolare quelli sui Diritti umani, che dopo la riforma della Costituzione nazionale del 1994 integrano il testo costituzionale (art. 75, comma 22, Cost.) e hanno quindi il suo stesso rango (configurando tutti essi il c.d. «blocco della costituzionalità»), cercando di stabilire così una comunione di prin-

⁴⁷ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 441.

cipi tra la Costituzione nazionale, il diritto pubblico e il diritto privato (ormai ampiamente invocata dalla dottrina e dalla giurisprudenza argentina)⁴⁸.

Questo nuovo rapporto tra il diritto pubblico e il diritto privato, che impone una «rilettura» delle norme civili alla luce dei valori costituzionali (comprensivi anche, come abbiamo appena precisato, di quelli consacrati dai Trattati e dalle Convenzioni internazionali sui Diritti umani), prende spunto – tra gli altri – dai lavori portati avanti in questa materia dalla dottrina italiana; tra i quali si possono citare quello pionieristico di PIETRO RESCIGNO⁴⁹ o quello più specifico e mirato di PIETRO PERLINGERI⁵⁰, i quali hanno avuto un'ampia accoglienza in Argentina, soprattutto dopo la riforma costituzionale del 1994, e non solo da parte della dottrina⁵¹, ma anche della giurisprudenza⁵².

Si tratta di un orientamento chiaramente presente nel PP2012 in materia di persone fisiche (i diritti della personalità, dei minorenni, degli incapaci, ecc.), di diritto di famiglia (il matrimonio fra persone dello stesso o di sesso diverso, il riconoscimento delle unioni di fatto, la regolamentazione della fecondazione assistita omologa ed eterologa, della maternità surrogata, dell'adozione c.d. «integrativa» e della patria potestà sotto la denominazione di «responsabilità parentale»), di obbligazioni e contratti (i contratti del consumatore), di diritti reali (la «proprietà comunitaria indigena»), ecc. Questo nuovo orientamento si traduce anche nella presenza di un numero importante di norme di ordine pubblico in aree rilevanti.

2.3.B. *Caso in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per una scelta di politica legislativa: la non codificazione del «principio della funzione sociale del contratto»*

Durante i lavori preparatori del PP2012 si è discusso molto sulla

⁴⁸ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 467.

⁴⁹ *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 209 ss.

⁵⁰ *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

⁵¹ Cfr., ad es., J.C. RIVERA, *El derecho privado constitucional*, in *Revista de Derecho privado y comunitario*, Buenos Aires, 1994, 7, p. 28.

⁵² Cfr., ad es., Corte Suprema di Giustizia della Provincia di Mendoza (quando era integrata dalla prof.ssa A. Kemelmajer de Carlucci, membro della Commissione redattrice del PP2012), prima Sezione, 13 maggio 2002, Atuel Fideicomisos S.A. c. Abrego, Juan C., in *La Ley Gran Cuyo*, 2002, p. 521 ss., e lo stesso Tribunale in Seduta plenaria, 15 giugno 2005, S.U.T.E. c. Dirección General de Escuelas, in *La Ley Gran Cuyo*, 2005, p. 1073 ss.; dove oltre il contributo del Rescigno viene citato anche quello di I. FERRANTI, *L'interpretazione costituzionale della norma civile*, in I. FERRANTI, A. GIULIANI, A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 167 ss.

possibilità di includere una disposizione che codificasse il «principio della funzione sociale del contratto», seguendo il modello del Cc-Bra/2002 che l'ha previsto espressamente all'art. 421, giacché è opinione consolidata nella dottrina argentina che ogni contratto debba contribuire a realizzare non solo gli interessi dei contraenti ma anche una funzione economica socialmente apprezzabile⁵³.

Si tratta di una impostazione che la Commissione redattrice ha considerato connessa all'idea della «funzione economica» del contratto, mediante la quale la dottrina italiana aveva argomentato, come è noto a partire dagli insegnamenti di Vittorio Scialoja⁵⁴ impartiti in un corso tenuto alla fine dell'ottocento, il suo riconoscimento da parte del Diritto. Si tratta anche di una concezione molto prossima all'idea sviluppata da Emilio Betti, secondo il quale il contratto deve soddisfare una «finalità economico-sociale»⁵⁵, così come alle elaborazioni più recenti di Pietro Rescigno, secondo cui il contratto deve adempire ad una «funzione socialmente degna»⁵⁶, e di Francesco Galgano, per il quale la stessa «funzione sociale» del contratto deve rispondere alla protezione dei contraenti più deboli⁵⁷.

Tuttavia la Commissione redattrice del PP2012 ha ritenuto che dal punto di vista della tecnica legislativa questo argomento sia molto controverso ed imponga di analizzare varie questioni, tra le quali quella relativa al suo rapporto con gli altri istituti e principi generali che limitano o condizionano l'autonomia privata (come, ad es., la lesione, l'abuso del diritto, la buona fede, ecc.), che sono stati introdotti nel CcArg/1869 (artt. 954, 1071, 1198¹ ecc.) dalla riforma attuata attraverso la l. n. 17.711 del 1968 e che hanno avuto una grande applicazione da parte della giurisprudenza argentina.

Cosicché, per i motivi summenzionati si è preferito non codificare il «principio della funzione sociale del contratto», conservando il sistema dei vari istituti e principi che comunque tendono alla sua realizzazione piuttosto che sostituirli con un'unica nozione omnicomprensiva, anche perché la portata di alcuni di essi si vede gene-

⁵³ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación* cit., p. 526.

⁵⁴ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893*, 3^a ed., Roma, 1933, p. 88 ss.

⁵⁵ *Teoría general del negocio jurídico*, tr. cast. di A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 87.

⁵⁶ P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, 11^a ed., Napoli, 1997, p. 303.

⁵⁷ *El negocio jurídico*, tr. cast. di F.d.P. Blasco Gascó, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 109.

ralizzata mediante la loro inclusione nel Titolo preliminare (artt. 9, 10, 11, ecc.)⁵⁸.

2.3.C. *Casi in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per adottare una soluzione diversa da quella già prevista dalla legislazione vigente*

2.3.C.1. *I requisiti dell'errore per l'annullamento dell'atto: dalla sua «scusabilità» alla sua «riconoscibilità»*

Si tratta di un cambiamento trascendentale rispetto al CcArg/1869 (art. 929), ove per l'annullamento dell'atto si richiede che l'errore sia non solo «essenziale» ma anche «scusabile». Il parametro per valutare l'annullamento dell'atto corrisponde, nel diritto vigente, al livello di colpa o negligenza del soggetto errante, senza prendere in considerazione la posizione dell'altra parte. Questo criterio, valutato dal punto di vista della colpa, è strettamente soggettivo, fondato sulla volizione del dichiarante che prescinde dalla tutela dell'affidamento del destinatario della dichiarazione. Inoltre, il criterio stesso parte dalla base dell'«onere della conoscenza e dell'informazione» secondo il quale, chi partecipa di un atto giuridico crea una situazione giuridica e quindi deve agire con prudenza e conoscenza delle cose. Se invece agisce senza informarsi dovutamente sulle cose incorre in colpa e pertanto il suo errore è «non scusabile».

A fronte di questa consolidata impostazione, l'affermarsi nell'ambito della teoria generale dell'atto o negozio giuridico tanto della «tutela dell'affidamento» quanto del «dovere di informazione», così come la loro proiezione nell'ambito della tutela del contraente debole, hanno imposto un cambio di prospettiva dalla quale si è ritenuto di analizzare il significato dell'errore nel quadro della teoria dei vizi della volontà. Per questo motivo i redattori del PP2012 prendendo come modello il CcIt/1942 e tenendo conto delle istanze formulate da una parte della dottrina argentina⁵⁹, hanno proposto uno spostamento del centro di gravità della teoria dell'errore dalla sua «scusabilità» alla sua «riconoscibilità», con lo scopo di tutelare anche l'altro contraente che abbia fatto affidamento sulla dichiarazione dell'errante, i cui interessi

⁵⁸ In questo Titolo preliminare si tende, inoltre, ad una conciliazione tra gli interessi individuali e quelli collettivi (art. 14).

⁵⁹ Cfr., tra altri, J.M. LÓPEZ OLACIREGUI in R.M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, II, Buenos Aires 1964, p. 588 e J. MOSSET ITURRASPE, *Excusabilidad o reconocibilidad del error*, in *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1970, 5, p. 686 ss.

sono altrettanto meritevoli di tutela, così come l'interesse generale alla sicurezza del traffico giuridico⁶⁰.

2.3.C.2. *Il c.d. «beneficio del termine»: la reintroduzione della regola diei adiectio pro reo nel diritto argentino*

L'art. 570 CcArg/1869 prevede che «il termine è stabilito a favore di entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, a condizione che dall'oggetto dell'obbligazione o da altre circostanze non risulti che lo stesso sia stato stabilito a favore del debitore o del creditore». Si tratta di un'impostazione diversa da quella della tradizione romano-ibero-castigliana⁶¹ e del modello predominante nelle legislazioni dell'ottocento⁶², dove il termine si presupponeva stipulato sempre a favore del debitore⁶³.

Nella *Nota* all'art. 570 del CcArg/1869 il Codificatore argentino giustificò la sua scelta⁶⁴ affermando che i Codici e i commentatori che accettavano l'altro modello supponevano che il pagamento si facesse generalmente in denaro e che quindi il creditore non fosse danneggiato se l'obbligazione fosse stata adempiuta in anticipo, ma che questa situazione cambiava nel caso in cui il creditore dovesse ricevere – ad esempio – un certo numero di capi di bestiame o una nave, giacché in questi casi lo stesso poteva non essere pronto a ricevere il pagamento prima della scadenza del termine⁶⁵. A sostegno della sua interpretazione sul beneficio del termine, il Vélez Sarsfield concludeva aggiungendo che questa era già la regola prevista dall'allora Co-

⁶⁰ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 526.

⁶¹ D. 45. 1. 41. 1.; 50. 17. 17.; *Fuero Real*, 3. 19. 3.

⁶² Cfr., ad es., il CcFr/1804 (art. 1187), il BW/1838 (art. 1306); il CcNap/1820 (art. 1140), il CcLou/1824 (art. 2048), il CcSar/1837 (art. 1278), il CcIt/1865 (art. 1175), ecc.

⁶³ Con le sole eccezioni del CcUru/1867 (art. 1436) e del CcSp/1889 (art. 1127), i quali presero come modello il CcArg/1869 (cfr., rispettivamente, C. NIN Y SILVA, *Código civil de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado*, ed. agg. da NIN POMOLI, 5ª ed., Montevideo, 1962, p. 500 e A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El cumplimiento anticipado de la obligación*, Madrid, 1992, p. 44).

⁶⁴ Appoggiandosi all'opinione del giurista francese J.A. ROGRON, *Code Civil expliqué, par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*, Bruxelles, 1840, p. 328.

⁶⁵ Si tratta di una scelta, e di una giustificazione di essa, simile a quella operata nel diritto comunitario europeo dai *Principi europei dei contratti* (art. 7.103) e dal *Draft Common Frame of Reference* (art. III:2.103). Cfr., rispettivamente, *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, edizione italiana a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. 376 ss. e *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, a cura di CHR. VON BAR e E. CLIVE, I, Munich, 2009, p. 732, i quali richiamano a supporto l'art. 1127 del CcSp/1889 (cfr. *supra* nt. 63).

dice di commercio argentino e che nulla giustificava l'adozione di un diverso criterio nell'ambito della legislazione civile⁶⁶.

A fronte di questa impostazione codicistica, un settore cospicuo della dottrina argentina ha criticato la scelta fatta dal Codificatore e ha proposto quindi l'adozione di quella seguita dalla maggior parte degli ordinamenti del sistema giuridico romanistico, perché non vi è nessun fattore dell'esperienza argentina tale da giustificare una differenziazione dalle legislazioni in materia delle altre esperienze giuridiche⁶⁷.

Così l'art. 351 del P2012, seguendo l'art. 1184 del CcIt/1942⁶⁸, prevede che il termine è stabilito a «favore del debitore»⁶⁹, «tranne che dalla natura dell'atto o da altre circostanze non risulti stabilito a favore del creditore o di entrambi le parti»⁷⁰. Si reintroduce così nel diritto privato argentino la regola romana *diei adiectio pro reo, non pro stipulatore* (D. 45. 1. 41. 1.), per la quale la determinazione del termine dell'adempimento è stabilita a favore del debitore e non a favore dello (stipulante) creditore. Questa regola presenta la stessa giustificazione di un'altra regola romana *ambiguitas contra stipulatorem* (D. 34. 5. 26.), che è codificata dal P2012 nell'art. 987, secondo la quale lo stipulante che esprime le condizioni contrattuali dovrebbe evitare l'incertezza sulla possibilità che il debitore possa adempiere prima.

Non si tratta quindi di una questione meramente teorica ma di una questione dai risvolti pratici, poiché se il termine è previsto a favore del debitore, questo potrebbe rinunciare al suo beneficio e pagare anticipatamente, senza che il creditore possa opporsi a ciò, men-

⁶⁶ Da ciò si deduce che in realtà la fonte immediata dell'art. 570 del CcArg/1869 la si trova nell'art. 249 del CcomArg/1862 (*id.* CcomArg/1889, arg. artt. 755 e 566), che era stato pure elaborato dal Vélez Sarsfield ma insieme al giurista uruguayano Eduardo Acevedo, motivo per cui questo Codice di commercio sia stato anche approvato come CcomUru/1865 e che per la stessa ragione la suddetta regola sia stata pure recepita nel CcUru/1867 (cfr. *supra* nt. 63).

⁶⁷ Cfr., tra altri, H. LAFAILLE, *Curso de obligaciones*, II, Buenos Aires, 1926, n. 94; A. COLMO, *De las obligaciones en general*, 3ª ed., Buenos Aires, 1961, n. 278; J.J. LLAMBIAS, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, II, 18ª ed., Buenos Aires, 1999, n. 1538, p. 332.

⁶⁸ Come avevano già fatto il PP1954 (art. 183) e il P1993PEN (art. 660). Cfr., rispettivamente, *Anteproyecto de Código civil de 1954 para la República Argentina*, cit., p. 132 e *Reformas al Código civil*, cit., p. 109.

⁶⁹ Così come fanno anche il BGB/1896 (§ 271[2]), l'OR/1911 (art. 18), il Cc-MessFed/1928 (art. 1958), il CcGr/1940 (art. 324), il CcVen/1942 (art. 1212), Cc-Por/1968 (art. 779), il CcPer/1984 (art. 179), il CcBra/2002 (art. 133), ecc.

⁷⁰ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 474.

tre occorrerebbe il suo consenso se il termine fosse stato stabilito pure a favore del creditore (come prevede lo stesso art. 570 *if.* del CcArg/1869). Naturalmente si tratta di un criterio interpretativo rispetto al quale si deve decidere quale sia la regola e quale l'eccezione. Benché la decisione dipenda essenzialmente da quale sia l'idea di par-tenza⁷¹, la regola reintrodotta dal P2012 sembra migliore di quella scelta dal Vélez Sarsfield, poiché essa è più in linea (tanto diacronicamente quanto sincronicamente) non solo con il sistema giuridico al quale appartiene il diritto argentino (cioè, con la regola adottata in materia dagli altri ordinamenti del sistema giuridico romanistico) ma anche con lo stesso ordinamento giuridico argentino (cioè con le altre regole adottate all'interno del medesimo).

2.3.D. *Casi in cui il diritto italiano è stato preso in considerazione come modello per migliorare o integrare la legislazione privata argentina*

2.3.D.1. *La codificazione della figura dell'«atto giuridico indiretto»*

La Commissione redattrice ha disciplinato nell'art. 385 del PP2012 la categoria dell'atto giuridico indiretto, ammettendo così che si possa ricorrere, alla luce del principio dell'autonomia privata, ad un atto giuridico determinato per raggiungere attraverso di esso – coscientemente e consensualmente – anche degli scopi diversi da quelli tipici della sua struttura.

Naturalmente vi sono dei limiti. Nella disposizione summenzionata si prevede che qualora tramite questo tipo di atto le parti pretendessero eludere norme imperative o raggiungere attraverso una via indiretta od obliqua scopi che non si possono ottenere direttamente, il loro operato potrà essere qualificato in «frode alla legge», come disposto dall'art. 12 nel Titolo preliminare del P2012, ove si stabilisce in via generale che per gli atti in frode alla legge siano applicate all'atto (ed ai suoi effetti) le norme che si sarebbe preteso eludere.

Si tratta di una norma assolutamente originale che non trova la sua fonte in nessuno dei Progetti precedenti né nella legislazione straniera bensì, come la stessa Commissione riconosce nella sua Relazione al PP2012⁷², nei contributi del giurista italiano Tullio Ascarelli⁷³,

⁷¹ Cfr., in questo senso, R. KNÜTEL, *Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni*, in *Roma e America. Dir. rom. comune*, 2009, 27, p. 25 s., ove si propone un'analisi critica della scelta fatta in materia dai PEC e dal DCFR.

⁷² Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 476 s.

⁷³ T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 149 ss., spec. p. 152 (testo della *Prolusione* al Corso di Diritto commerciale nella R. Uni-

il quale viene considerato dalla dottrina argentina come il progenitore di questo istituto e i cui lavori sono ritenuti di un'importanza decisiva per la sua costruzione e per la determinazione dei suoi effetti⁷⁴.

2.3.D.2. *La ridefinizione del contatto per «genere prossimo e differenze specifiche»*

Il Codificatore argentino, seguendo l'insegnamento di F.K. von Savigny⁷⁵ – il quale identificava il contratto con l'atto giuridico bilaterale o con la convenzione (a punto tale che nella sua traduzione francese il termine *Vertrag* viene tradotto con *convention*) –, dispose che «c'è contratto quando due o più persone si mettono d'accordo su una dichiarazione di volontà comune, destinata a regolare i loro diritti» (art. 1137). Solitamente, la dottrina argentina nel commentare questa definizione l'ha criticata tanto per il suo mancato tecnicismo come anche per la sua eccessiva ampiezza, e proprio nel confronto con quella del CcIt/1942 (art. 1321), ha proposto di prendere quest'ultima definizione come modello d'interpretazione per una futura riforma del CcArg/1869. Così si afferma che al posto di due o più «persone» dovrebbe leggersi due o più «parti», che invece di «una dichiarazione di volontà comune» dovrebbe intendersi «una comune manifestazione di volontà» (con chiaro riferimento al «consenso» o «accordo» delle parti) e, infine, che i diritti che il contratto sarebbe destinato a regolare devono essere di natura «patrimoniale»⁷⁶.

E così che il P2012, seguendo questa volta il P1998 (art. 899[a]), definisce il contratto come «l'atto giuridico attraverso il quale due o più parti manifestano il loro consenso per creare, regolare, modificare, trasferire o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale» (art.

versità di Catania, 21 gennaio 1930, pubblicato originariamente sotto il titolo: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, 1931, 23 ss., spec. p. 28), e *Contratto misto, negozio indiretto*, negotium mistum cum donatione, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 462 ss.

⁷⁴ Cfr., tra altri, J.C. PALMERO, *Negocio jurídico indirecto. Simulación de la sociedad anónima*, in *La Ley*, Buenos Aires, 2005-E, p. 1027 ss., il quale, oltre ad Ascarelli, cita Betti, De Gennaro, Dominedo, Graziani, Messina, Messineo, Rubino, F. Santoro-Passarelli, Torrente, Trimarchi, ecc.

⁷⁵ *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, § 140, p. 310 ss., il quale il Vélez Sarsfield consulta però nella versione francese: *Traité de droit romain*, tr. di Ch. Guenoux, III, 2^a ed., Paris, 1856, p. 314.

⁷⁶ Cfr., in questo senso, J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, ed. aggiornata, Buenos Aires, 2003, p. 47 ss.; J.M. APARICIO, *Contratos. Parte general*, I, Buenos Aires, 1997, p. 44 s.; A.A. ALTERINI, *Contratos civiles – comerciales – de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, 1998, p. 7 ss.; N.L. NICOLAU, *Fundamentos de derecho contractual*, Buenos Aires, 2009, p. 8 ss.

957). Dalla norma in esame si ricava che la Commissione redattrice non solo ha tenuto conto del formante legislativo italiano ma anche di quello dottrinale, evitando la «sineddoche» dell'art. 1321 del CcIt/1942, nel sostituire il falso genere prossimo «accordo» con l'«atto giuridico bi- o plurilaterale»⁷⁷, e comprendendo espressamente nella sua differenza specifica gli effetti di «modificare» e «trasferire» un rapporto giuridico patrimoniale, oltre che «crearlo», «regolarlo» e «estinguerlo»⁷⁸.

Verosimilmente, sarebbe stato ancora meglio se al posto dell'espressione «rapporto giuridico» fosse stata adoperata quella di «vincolo giuridico» come faceva l'art. 1098 del CcIt/1865, perché nel diritto argentino il contratto ha soltanto effetti obbligatori, e non anche effetti reali, dato che l'idea di «vincolo» si ricollega tradizionalmente di più alla nozione di «obbligazione»⁷⁹.

2.3.D.3. *La regolamentazione della «responsabilità precontrattuale»*

Il P2012 disciplina nell'art. 991 la responsabilità precontrattuale, stabilendo in linea di massima – mediante una formula molto simile a quella dell'art. 1338 del CcIt/1942 – l'imputabilità della parte che nel corso delle trattative contravviene al dovere di buona fede, che è necessario osservare per non frustrarle ingiustamente. Nello stesso articolo precisa inoltre che le parti, nello svolgimento delle trattative, devono comportarsi secondo buona fede «benché non sia ancora stata formulata una proposta di contratto».

Quest'ultima precisazione, con la quale si estende il c.d. «periodo precontrattuale» alle trattative che precedono la formulazione della proposta di contratto, riconosce la sua fonte mediata nell'approfondimento che fece il giurista italiano Gabrielle Faggella⁸⁰ delle idee sviluppate da Rudolf von Jhering, al quale va il merito di aver identi-

⁷⁷ Cfr. in questo senso, in generale, P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, p. 189 ss. e, in particolare, R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993, p. 15 ss.

⁷⁸ Secondo quanto già riteneva, tra altri, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9^a ed., Milano, 1959, p. 569 e, più recentemente, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 151 ss.

⁷⁹ Come aveva già sostenuto durante la vigenza del CcIt/1865, ma in senso contrario, B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano, con speciale riguardo a tutto il Diritto privato*, Milano, 1914, p. 453 s. Ma questo è un dato che non emerge chiaramente nella odierna letteratura italiana sul contratto e per comprenderlo bisogna conoscere le vicende della Codificazione italiana in materia, le quali certamente non sono note alla maggior parte della dottrina argentina.

⁸⁰ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in AA.Vv., *Scritti giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906, p. 269 ss.

ficato e teorizzato la responsabilità precontrattuale⁸¹, ma per il quale il «periodo precontrattuale» cominciava solo a partire della formulazione della proposta di contratto⁸². Le rielaborazioni della teoria dello Jhering compiute dal Faggella sono condivise tanto dalla dottrina⁸³ quanto dalla giurisprudenza argentina, e sono state anche recepite dagli ultimi Progetti di riforma del CcArg/1869 (cioè, il P1987, il P1993CF e il P1998).

2.3.E. *Caso in cui sarebbe stato conveniente non seguire la soluzione prevista nella legislazione italiana: il riferimento ai «principi e valori giuridici, in modo coerente con tutto l'ordinamento»*

La Commissione redattrice ha elogiato espressamente nella sua Relazione al PP2012 la metodologia impiegata dal CcIt/1942 nelle Disposizioni preliminari, che distingue adeguatamente tra il «Diritto» in generale (Capo I) e la «Legge» in particolare (Capo II), diversamente dalla maggior parte dei Codici degli altri Paesi che si limitano solo al trattamento di quest'ultima fonte del diritto. Così il P2012, seguendo il modello italiano, ha optato per una distinzione all'interno del suo Titolo preliminare tra un Capo 1 sul «Diritto» e un Capo 2 sulla «Legge», benché aggiunga inoltre un Capo 3 sull'«Esercizio dei diritti» e un Capo 4 sui «Diritti e i beni»⁸⁴.

Tuttavia quando oltre la metodologia delle Disposizioni prelimi-

⁸¹ R. VON JHERING, *Colpa in contraendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1860, *passim*.

⁸² Le idee del Faggella sono state diffuse in Argentina da R.H. BREBBIA (professor dell'*Universidad Nacional de Rosario*) nella sua monografia intitolata *La responsabilidad precontractual. Evolución de la doctrina. Ensayo de un sistema de responsabilidad precontractual en el derecho argentino. Derecho comparado*, Rosario, 1957 (Buenos Aires, 1987²); la prima monografia argentina che si sia occupata specificamente di questa problematica, nella quale l'A. cercò di ricostruire una teoria generale della responsabilità precontrattuale a partire di alcune disposizioni del CcArg/1869 in materia di nullità degli atti giuridici (art. 1150) e di formazione del consenso contrattuale (artt. 1056, 1156 e, dopo la riforma della l. n. 17.711 del 1968, pure l'art. 1198¹).

⁸³ Cfr., tra altri, J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., p. 420 s.; A.A. ALTERINI, *Contratos civiles – comerciales – de consumo. Teoría general*, cit., p. 343 ss.; R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, 2004, p. 308 ss.; J.M. APARICIO, *Contratos*, cit., p. 359 ss.; N.L. NICOLAU, *Fundamentos de derecho contractual*, cit., p. 122 ss.

⁸⁴ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, cit., p. 446 e R. LORENZETTI, *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, in *La Ley*, Buenos Aires, 2012-C, p. 582 ss.

nari al CcIt/1942 vengono previste anche delle norme che sembrerebbero aver una portata simile ad alcune di esse la scelta operata dalla Commissione redattrice appare meno condivisibile. E quanto succede con il disposto dell'art. 2 del P2012 (con il quale si propone di sostituire l'art. 16 del CcArg/1869) secondo il quale «La legge deve essere interpretata tenendo conto delle sue parole, delle leggi analoghe, delle disposizioni dei trattati sui diritti umani, dei principi e dei valori giuridici, in modo coerente con tutto l'ordinamento»; la cui formula finale sembrerebbe ispirarsi all'art. 12 delle Disposizioni preliminari al CcIt/1942 che parla «dei principi dell'ordinamento dello Stato»⁸⁵.

Questa apparente chiusura dell'ordinamento su se stesso, segno della presenza forse inconsapevole di frange di statual-legalismo nel P2012⁸⁶, non ha precedenti nel diritto argentino e nessuno degli altri Progetti di riforma del CcArg/1869 aveva proposto qualcosa di simile; conservando tutti essi, più o meno, una norma dello stesso tenore del vigente art. 16 che rinvia ai «principi generali del diritto»⁸⁷. Inoltre è degno di nota che la dottrina argentina, nelle XI Giornate Nazionali di Diritto civile (Buenos Aires, 1987), aveva raccomandato che «nel riformare l'art. 16 del Codice civile, si redigesse nel modo seguente: “Se il caso non possa essere risolto secondo le parole, né secondo lo spirito della legge, si prenderanno in considerazione i principi generali del diritto, preferibilmente quelli del sistema giuridico latinoamericano, secondo le circostanze del caso”»⁸⁸.

⁸⁵ Sulla formula impiegata nell'art. 12 del CcIt/1942 cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 2 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, p. 155 ss. e A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordinamento giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002, p. 201 ss.

⁸⁶ Questo orientamento sembrerebbe addirittura andare contro uno degli obiettivi della riforma stessa, evidenziato dal testo del d.P.R. per il quale è stata nominata la Commissione incaricata di elaborare il P2012, cioè quello secondo cui nella sua stesura i redattori avrebbero dovuto «tener conto dei processi di integrazioni e delle codificazioni della Regione, poiché sarebbe auspicabile promuovere una certa armonizzazione degli aspetti fondamentali» del diritto privato sudamericano.

⁸⁷ La dottrina argentina ha ipotizzato che la fonte di questa norma sia l'art. 15 del Codice civile sardo del 1837 (cfr., tra altri, L. SEGOVIA, *El Código civil de la República Argentina con su explicación y crítica en forma de notas*, I, n. ed., Buenos Aires, 1933, p. 8).

⁸⁸ Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 191.

3. Conclusioni

Dagli esempi analizzati è possibile comprendere come la presenza del modello scientifico e legislativo italiano nel P2012 sia non solo massiccia ma anche diffusa, relativa cioè a istituti, principi e regole fondamentali dell'intero sistema del diritto privato. Certamente una così netta recezione del diritto italiano nel diritto argentino, la cui analisi specifica esula dalle finalità di questo lavoro, non ha in realtà un'unica giustificazione. Invero, in via di sintesi, la recezione stessa si giustifica con il prestigio della dottrina e della legislazione italiana e soprattutto con l'efficienza delle soluzioni da esse proposte nei confronti dell'ordinamento argentino vigente e di quello di altri paesi⁸⁹, per cui il diritto italiano diventa il modello da imitare per aggiornare e/o riassetare l'intero sistema del diritto privato argentino. A queste giustificazioni, è possibile aggiungerne anche un'altra di carattere pragmatico, o meglio la facile comprensione della lingua italiana da parte degli ispanofoni e la conseguente possibilità di una maggior comprensione e/o migliore traduzione della terminologia giuridica, soprattutto in confronto con le lingue non neolatine, motivo per cui a volte il diritto italiano ha fatto addirittura da «mediatore» tra il diritto argentino e, solo per fare un esempio, quello tedesco⁹⁰.

⁸⁹ Sul punto cfr., in generale, R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto delle discipline privatistiche (Sezione civile)*, II, Torino, 1988, p. 365 ss. e U. MATTEI, *Circolazioni dei modelli giuridici*, in *Enc. dir., Annali I*, Milano, 2007, p. 173 ss.

⁹⁰ Così, ad es., in materia di teoria generale del negozio giuridico e i diversi topici che l'integrano; fondamentalmente grazie alle opere dei giuristi italiani F. MES-SINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 6 voll., Milano, 1954 (= *Manual de derecho civil e comercial*, tr. cast. di S. Sentís Melendo, 6 voll., E.J.E.A., Buenos Aires, 1954); L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949 (= *El negocio jurídico*, tr. cast. di M. Albaladejo García, Ed. Aguilar, Madrid, 1956); E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1952 (= *Teoria general del negocio jurídico*, tr. cast. di A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959); F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962 (= *Doctrinas generales del derecho civil*, tr. cast. di Luna Ser-rano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964); D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 2 voll., 6^a ed., Torino, 1965 (= *Sistema del derecho privado*, tr. cast. di S. Sentís Melendo, 5 voll., E.J.E.A., Buenos Aires, 1967); R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2^a ed., Napoli, 1969 (= *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, trad. cast. di L.L. León, Jurídica Grijley, Lima, 2004); F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988 (= *El negocio jurídico*, tr. cast. di F.d.P. Blasco Gascó, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992); ecc., o direttamente attraverso le traduzioni dei classici tedeschi in italiano (quando non erano stati ancora tradotti al castigliano), come è il caso di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tr. it. di C.

Concludendo, sembrano particolarmente significative, e pertanto meritevoli di essere richiamate in queste sede, le riflessioni contenute nella Relazione del P1987 (cioè, di quel Progetto con il quale, dopo il ristabilimento della Democrazia in Argentina, venne ripresa l'idea di riformare integralmente il CcArg/1869 e di procedere – per la prima volta – all'unificazione di entrambe le branche del diritto privato argentino). Invero, dopo aver fatto riferimento a quali erano state le fonti prese particolarmente in considerazione per l'elaborazione del P1987, o meglio a quelle nazionali (il P1926, il P1936 e il PP1954) e a quelle straniere (il CcFr/1804, il BGB/1896, l'OR/1911 e il CcIt/1942), la Commissione redattrice concluse ponendo in rilievo che: «de la consulta al derecho comparado resultó, de manera no planeada, una más extensa aunque crítica utilización del Código civil italiano, que mostró en mayor cantidad de casos proximidad con nuestro ambiente y pensamiento jurídicos»⁹¹.

4. Tavola di corrispondenza tra il P2012 e le sue fonti italiane immediate e mediate

PROGETTO 2012	FORTE IMMEDIATA	FORTE MEDIATA
TITOLO PRELIMINARE		
Metodologia: distinzione tra un Capo 1 («Diritto») e un Capo 2 («Legge»)	Disposizioni preliminari CcIt/1942	
Art. 2: Interpretazione		Art. 12 CcIt/1942
LIBRO I: PARTE GENERALE		
TITOLO I: DELLE PERSONE FISICHE		
CAPO 3: DEI DIRITTI E ATTI PERSONALISSIMI		
Art. 56 ¹ : Atti di disposizione del proprio corpo		Art. 5 CcIt/1942
CAPO 4: DEL NOME		
Art. 71 ² : Tutela del nome		Art. 7 CcIt/1942
Art. 8: Tutela dello pseudonimo		Art. 9 CcIt/1942

Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1925. Questa funzione mediatrice tra il diritto argentino e quello di altri paesi, portata avanti nel novecento dalla scienza giuridica italiana, era stata adempiuta nel ottocento da quella francese; basti pensare all'opera di A. DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 4 voll., 2^a ed., Paris, 1856 e alla versione francese di K.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 voll., Berlin, 1840 (= *Traité de droit romain*, tr. di Ch. Guenoux, 8 voll., Paris, 1855-1860), entrambe consultate dal Vélez Sarsfield per l'elaborazione del CcArg/1869.

⁹¹ Cfr. le *Notas explicativas* dei redattori del P1987 in *Proyecto de Código civil*, cit., p. 33.

TITOLO IV: DEI FATTI E DEGLI ATTI GIURIDICI

CAPO 1: DISPOSIZIONI GENERALI

CAPO 2: DELL'ERRORE COME VIZIO DELLA VOLONTÀ

Art. 265: Rilevanza dell'errore	Art. 1428 CcIt/1942
Art. 266: Errore riconoscibile	Art. 1431 CcIt/1942
Art. 267: Errore essenziale	Art. 1429 CcIt/1942
Art. 268: Errore di calcolo	Art. 1340 CcIt/1942
Art. 269: Mantenimento del contratto rettificato	Art. 1432 CcIt/1942
Art. 270: Errore nella dichiarazione e nella trasmissione	Art. 1433 CcIt/1942

CAPO 5: DEGLI ATTI GIURIDICI

SEZIONE 1^a: DELL'OGGETTO DELL'ATTO GIURIDICO

Art. 280: Convalidazione per possibilità sopravvenuta dell'oggetto	Art. 1347 CcIt/1942
--	---------------------

CAPO 6: DEI VIZI DEGLI ATTI GIURIDICI

SEZIONE 1^a: DELLA LESIONE

Art. 332: Lesione/Nozione e requisiti	Artt. 1448 (art. 332 ^{3id.}) e 1450 (art. 332 ^{4id.}) CcIt/1942
---------------------------------------	---

SEZIONE 2^a: DELLA SIMULAZIONE

Art. 337: Rapporti con i creditori	Art. 1416 CcIt/1942
------------------------------------	---------------------

CAPO 7: DELLE MODALITÀ DEGLI ATTI GIURIDICI

SEZIONE 1^a: DELLA CONDIZIONE

Art. 343: Nozione	Art. 1353 CcIt/1942 (art. 343 ¹) e D. BARBERO, <i>Sistema istituzionale del Diritto privato italiano</i> , I, 5 ^a ed., Torino 1958, p. 433 ss.
-------------------	---

Art. 347: Pendenza della condizione/Comportamento delle parti nello stato di pendenza	Artt. 1356 (art. 347 ¹⁻²) e 1358 (art. 347 ³) CcIt/1942
---	---

SEZIONE 2^a: DEL TERMINE

Art. 351: Beneficiario del termine	Art. 1184 CcIt/1942
Art. 352: Pago anticipato/Pendenza del termine	Art. 1185 ² CcIt/1942
Art. 353 ¹ : Decadenza del termine	Art. 1186 CcIt/1942

CAPO 8: DELLA RAPPRESENTANZA

SEZIONE 1^a: DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 358: Fonti della rappresentanza	Art. 1387 CcIt/1942
Art. 359: Effetti della rappresentanza	Art. 1388 CcIt/1942

SEZIONE 2^a: DELLA RAPPRESENTANZA VOLONTARIA

Art. 363: Forma della procura	Art. 1392 CcIt/1942
Art. 364: Capacità del rappresentante e del rappresentato	Art. 1389 CcIt/1942
Art. 365 ¹ : Vizi della volontà	Art. 1390 CcIt/1942
Art. 365 ² : Stati soggettivi rilevanti	Art. 1391 ² CcIt/1942
Art. 368: Contratto con se stesso	Art. 1395 CcIt/1942
Art. 369-371: Ratifica	Art. 1399 CcIt/1942
Art. 372[f]: Restituzione del documento della rappresentanza	Art. 1397 CcIt/1942

Art. 376 ¹ : Rappresentanza senza potere	Art. 1398 CcIt/1942
Art. 381: Modificazione ed estinzione della procura	Art. 1396 CcIt/1942
CAPO 9: INEFFICACIA DEGLI ATTI GIURIDICI	
SEZIONE 1 ^a : DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 383: Prescrizione	Art. 1442 CcIt/1942
Art. 384: Conversione dell'atto nullo	Art. 1424 CcIt/1942
Art. 385: Atto indiretto	T. ASCARELLI, <i>Il negozio indiretto</i> , in <i>Id., Saggi giuridici</i> , Milano 1949, p. 152.
LIBRO III: DEI DIRITTI PERSONALI	
TITOLO I: DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE	
CAPO 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 725: Carattere patrimoniale della prestazione	Art. 1174 CcIt/1942
Art. 726: Causa fonte delle obbligazioni	Art. 855 ² PP1954 Art. 1773 ² CcIt/1942
Art. 729: Comportamento secondo buona fede	Art. 1175 CcIt/1942
Art. 732: Responsabilità per il fatto degli ausiliari	Art. 1228 CcIt/1942
CAPO 2: DELLE AZIONI E DELLE GARANZIE DEI CREDITORI/DEI MEZZI DI CONSERVAZIONE DELLA GARANZIA PATRIMONIALE	
SEZIONE 2: DELL'AZIONE SURROGATORIA	
Art. 739: Condizioni	Art. 2900 ¹ CcIt/1942 (art. 739 ¹)
Art. 740: Modalità	Art. 2900 ² CcIt/1942
Art. 741: Effetti	Art. 2900 ^{ii.f.} CcIt/1942 (art. 741[a])
SEZIONE 3: GARANZIA COMUNE DEI CREDITORI	
Art. 723: Responsabilità patrimoniale	Art. 2740 CcIt/1942
CAPO 3: DI ALCUNE SPECIE DI OBBLIGAZIONI	
SEZIONE 1: DELLE OBBLIGAZIONI DI DARE	
Art. 746: Obbligazione di custodire	Art. 1177 CcIt/1942 (art. 746 ¹)
PARAGRAFO 6: DELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE	
Art. 765: Nozione/Debito di somma di monete non avente corso legale	Art. 1278 CcIt/1942 (art. 65 ³)
Art. 770: Anatocismo/proibizione/ecezione	Art. 1283 CcIt/1942 (art. 770[a])
SEZIONE 3: DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE	
Art. 779: Nozione	Art. 1285 ¹ CcIt/1942
Art. 780: Facoltà di scelta/Irrevocabilità della scelta/Decadenza della scelta	Artt. 1287 ¹⁻² (art. 780 ^{ii.f.}) e 1286 ² (art. 780 ³) CcIt/1942
Art. 781: Obbligazione alternativa regolare	Artt. 1288 ² e 1289 ¹ (art. 781[a ¹]), 1289 ^{ii.f.} (art. 781[a ²]) e 1289 ^{ii.f.} (art. 781[c ²]) CcIt/1942
[a ¹] Impossibilità senza colpa di una delle prestazioni	
[a ²] Impossibilità colposa di una delle prestazioni	

[c ²] impossibilità colposa [imputabile al creditore] sopravvenuta [simultaneamente] di entrambe le prestazioni	
Art. 782: Obbligazione alternativa irregolare [a ¹] Impossibilità senza colpa di una delle prestazioni [a e b ²] Impossibilità colposa di una delle prestazioni [c] impossibilità sopravvenuta [simultaneamente] di entrambe le prestazioni	Artt. 1288 ² e 1289 ^{2i.f.} (art. 782 [a ¹]), 1289 ^{2i.f.} (art. 782 [a ²]), 1290 ^{i.f.} (art. 782 [b ²]), 1289 ^{i.f.} (art. 78[c ¹]) e 1290 ^{i.f.} (art. 78[c ²]) CcIt/1942
Art. 783: Scelta da un terzo	Art. 1286 ¹ CcIt/1942
SEZIONE 5: DELLA CLAUSOLA PENALE	
Art. 794 ² : Riduzione della clausola penale quando è manifestamente eccessiva	Art. 1384 CcIt/1942
SEZIONE 6: DELLE OBBLIGAZIONI DIVISIBILI E INDIVISIBILI	
PARAGRAFO 1: DELLE OBBLIGAZIONI DIVISIBILI	
Art. 808: Principio di divisione	Art. 1314 CcIt/1942
PARAGRAFO 2: DELLE OBBLIGAZIONI INDIVISIBILI	
Art. 816: Divieto di esigere l'intero nelle obbligazioni indivisibili	Art. 1319 ¹ CcIt/1942
Art. 823: Disciplina delle obbligazioni indivisibili	Art. 1317 CcIt/1942
SEZIONE 7: DELLE OBBLIGAZIONI DI SOGGETTO PLURALE	
PARAGRAFO 2: DELLE OBBLIGAZIONI IN SOLIDO	
Art. 830: Modalità varie dei singoli rapporti	Art. 1293 CcIt/1942 (art. 830 ^{i.f.})
Art. 831: Eccezioni comuni e personali	Art. 1297 CcIt/1942 (art. 831 ^{i.f. del 2pr.})
Art. 832: Effetti della sentenza fra il creditore e uno dei debitori in solido e tra il debitore e uno dei creditori in solido	Art. 1306 CcIt/1942
PARAGRAFO 3: SOLIDARIETÀ PASSIVA	
Art. 837: Rinuncia alla solidarietà	Art. 1311 ¹ CcIt/1942
Art. 840: Regresso tra i condebitori	Art. 1299 ¹ CcIt/1942 (art. 840 ¹)
Art. 842: Insolvenza di uno dei condebitori	Art. 1299 ² CcIt/1942
CAPO 4: DELL'ADEMPIMENTO	
SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 868: Prestazione in luogo dell'adempimento	Art. 1197 CcIt/1942
Art. 869: Integrità del pagamento	Art. 1208[3] CcIt/1942
Artt. 883[e] e 884[b ²]: Pagamento al creditore apparente	Art. 1189 CcIt/1942
Art. 885: Destinatario del pagamento/Pagamento eseguito da un incapace	Artt. 1188 ² (art. 885 ¹) e 1190 (art. 885 ²) CcIt/1942
SEZIONE 7: IMPUTAZIONE DEL PAGAMENTO	
Art. 900: Imputazione del creditore	Artt. 1193 e 1194 CcIt/1942
Art. 902: Imputazione legale	Artt. 1193 e 1194 CcIt/1942

Art. 903: Imputazione del pagamento agli interessi	Artt. 1193 e 1194 CcIt/1942
SEZIONE 7: DELLA MORA DEL CREDITORE/DEL PAGAMENTO ATTRAVERSO DEPOSITO	
Art. 904: Facoltà di deposito e i suoi effetti liberatori	Art. 1210 CcIt/1942
Art. 906: Forma del deposito/Cose deperibili o di dispendiosa custodia	Art. 1211 CcIt/1942 (art. 906[c])
Art. 909: Ritiro del deposito	Art. 1213 CcIt/1942
SEZIONE 8: DEL PAGAMENTO CON SURROGAZIONE	
Art. 916: Surrogazione per volontà del creditore	Art. 1201 CcIt/1942
Art. 917: Surrogazione per volontà del debitore	Art. 1202 CcIt/1942
Art. 920: Surrogazione parziale	Art. 1205 CcIt/1942
CAPO 5: ALTRI MODI DI ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI	
SEZIONE 3: DELLA NOVAZIONE	
Art. 935: Modalità che non importano novazione	Art. 1231 CcIt/1942
TITOLO II: DEI CONTRATTI IN GENERALE	
CAPO 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 957: Nozione	Art. 1321 CcIt/1942
Art. 958: Libertà contrattuale/autonomia contrattuale	Art. 1322 CcIt/1942
Art. 959: Efficacia vincolante del contratto	Art. 1372 ¹ CcIt/1942
CAPO 3: DELLA FORMAZIONE DEL CONSENSO	
SEZIONE 1: DEL CONSENSO, DELL'OFFERTA E DELLA ACCETTAZIONE	
Art. 977: Formazione del consenso nei contratti plurilaterali	T. ASCARELLI, <i>Il contratto plurilaterale</i> , in ID., <i>Saggi giuridici</i> , Milano 1949, p. 259 ss.; <i>Notarelle critiche in tema di contratti plurilaterale</i> , in ID., <i>Studi in tema di contratti</i> , Milano 1952, p. 157 ss.; e <i>Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci</i> , in ID., <i>Saggi di diritto commerciale</i> , Milano 1955, p. 325 ss.
Art. 981: Revoca dell'accettazione	Art. 1328 CcIt/1949
Art. 983: Recezione della manifestazione della volontà/Presunzione della conoscenza	Art. 1335 CcIt/1942
SEZIONE 2: DEI CONTRATTI CONCLUSI PER ADESIONE A CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO	
Art. 986: Clausole particolari aggiunte	Art. 1342 CcIt/1942
Art. 987: Interpretazione contro l'autore della clausola	Art. 1370 CcIt/1942

SEZIONE 3: DELLE TRATTATIVE PRECONTRATTUALI

Art. 991: Comportamento secondo buona fede	Artt. 1337 (art. 991 ¹) e 1338 <i>i.f.</i> (art. 991 ²) CcIt/1942 e G. FAGGELLA <i>Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica</i> , in AA.Vv., <i>Scritti giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento</i> , III, Napoli 1906, p. 269 ss.
--	--

CAPO 5: DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO

Art. 1011: Contratti a lungo termine	F. MACARIO, <i>Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine</i> , Napoli 1996.
--------------------------------------	--

CAPO 6: DELLA CAUSA DEL CONTRATTO

Art. 1014: Causa illecita e motivo illecito	Artt. 1343 (art. 1014[a]) e 1345 (art. 1014[b ¹]) CcIt/1942
---	--

CAPO 9: DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO

SEZIONE 1: DELL'EFFETTO RELATIVO

Art. 1021: Regola generale	Art. 1372 ^{1pr-2} CcIt/1942
----------------------------	--------------------------------------

SEZIONE 2: DELL'INCORPORAZIONE DEI TERZI AL CONTRATTO

Art. 1029: Contratto con persone da nominare	Artt. 1401-1405 CcIt/1942
--	---------------------------

Art. 1030: Contratto per conto di chi spetta	Art. 1891 CcIt/1942
--	---------------------

SEZIONE 3: SOSPENSIONE DELL'ADEMPIMENTO E FORZA MAGGIORE

Art. 1032: Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti	Art. 1461 CcIt/1942
---	---------------------

SEZIONE 5: DELLA CAPARRA

Art. 1060: Modalità	Art. 1385 CcIt/1942
---------------------	---------------------

CAPO 10: DELL'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

Art. 1061: Intenzione dei contraenti e interpretazione secondo buona fede	Artt. 1362 ¹ (art. 1601 pr.) e 1366 (art. 1601 <i>i.f.</i>) CcIt/1942
---	--

Art. 1063: Pratiche generali interpretative	Art. 1368 CcIt/1942 (art. 1062 ^{1,i.f.})
---	--

Art. 1064: Interpretazioni complessive delle clausole	Art. 1363 CcIt/1942
---	---------------------

Art. 1066: Conservazione del contratto	Art. 1367 CcIt/1942
--	---------------------

Art. 1068: Espressioni oscure/Regola finale	Art. 1371 CcIt/1942
---	---------------------

CAPO 13: DELL'ESTINZIONE, MODIFICA E ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO

Art. 1081: Effetti della risoluzione del contratto	Art. 1458 CcIt/1942 (1081[a-b])
--	---------------------------------

Art. 1084: Importanza dell'inadempimento	Art. 1455 CcIt/1942 (art. 1084 ^{pr} a contrario)
--	---

Art. 1086: Clausola risolutiva espressa	Art. 1456 CcIt/1942
---	---------------------

Art. 1088: Risolubilità del contratto per inadempimento/Diffida ad adempiere	Artt. 1453 e 1454 CcIt/1942
TITOLO III: DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE	
CAPO 1: DEL RAPPORTO DI CONSUMO	
Art. 1095: Interpretazione dei contratti dei consumatori	Art. 1469- <i>quarter</i> ² (art. 1095 ¹) CcIt/1942 [oggi art. 35(2) CconsIt/2005]
CAPO 4: DELLE CLAUSOLE VESSATORIE	
Art. 1121: Limiti al carattere vessatorio delle clausole	Art. 1469- <i>ter</i> ³ (art. 1121[b]) CcIt/1942 [oggi art. 34[3] CconsIt/2005]
TITOLO IV: DEI SINGOLI CONTRATTI	
CAPO 1: DELLA VENDITA	
SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
1123: Nozione	Art. 1470 ¹ CcIt/1942
Art. 1124: Applicazione suppletiva ad altri contratti	Art. 1065[a-b] P1998, 1470 ² CcIt/1942
SEZIONE 3: DEL PREZZO	
Art. 1134: Determinazione del prezzo affidata ad un terzo	Art. 1473 CcIt/1942
SEZIONE 6: DELLA VENDITA DI COSE MOBILI (Si introduce questa nuova sezione, presa dal P1998, notoriamente ispirata nella Sezione II, capo I, del Libro IV del CcIt/1942).	
PARAGRAFO 1: DEL PREZZO	
Art. 1143: Mancanza di determinazione espressa del prezzo	Art. 1474 ¹⁻² CcIt/1942
PARAGRAFO 4: DELLA RECEZIONE DELLA COSA E DEL PAGAMENTO DEL PREZZO	
Art. 1162: Della vendita con pagamento contro documento	Art. 1528 CcIt/1942
CAPO 2: DELLA PERMUTA	
Art. 1172: Nozione	Art. 1552 CcIt/1942
Art. 1173: Spese della permuta	Art. 1554 CcIt/1942
Art. 1174: Evizione	Art. 1553 CcIt/1942
Art. 1175: Applicabilità delle norme sulla vendita	Art. 1555 CcIt/1942
CAPO 3: DELLA SOMMINISTRAZIONE	
Art. 1176: Nozione	Artt. 1559 e 1677 CcIt/1942
Art. 1178: Entità della somministrazione	Art. 1560 ¹ CcIt/1942
Art. 1179: Modifica dell'entità della somministrazione	Art. 1563 ³ CcIt/1942
Art. 1180: Scadenze delle singole prestazioni	Art. 1563 ¹ CcIt/1942
Art. 1181: Determinazione del prezzo	Art. 1561 CcIt/1942
Art. 1182: Patto di preferenza	Art. 1566 CcIt/1942
Art. 1183: Contratto a tempo indeterminato	Art. 1569 CcIt/1942
Art. 1184: Risoluzione del contratto	Art. 1564 CcIt/1942
Art. 1185: Sospensione della somministrazione	Art. 1565 CcIt/1942
Art. 1186: Rinvio	Art. 1570 CcIt/1942
CAPO 4: DELLA LOCAZIONE	
SEZIONE 4: DEGLI EFFETTI DELLA LOCAZIONE	

PARAGRAFO 1: DELLE OBBLIGAZIONI DEL LOCATORE

Art. 1200: Obbligazione di consegnare la cosa locata	Art. 1575[1] CcIt/1942
Art. 1201: Obbligazione di mantenere la cosa in stato da servire all'uso convenuto	Artt. 1575[2] e 1576 (1201 ¹) e 1584 (1201 ²) CcIt/1942

CAPO 6: DELL'APPALTO

SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1261: Recesso unilaterale del contratto	Art. 1671 CcIt/1942
--	---------------------

SEZIONE 2: DISPOSIZIONI SPECIALI

Art. 1264: Variazioni del progetto	Artt. 1659 ¹ , 1660 e 1661 ¹ CcIt/1942
Art. 1267: Impossibilità di esecuzione dell'opera	Art. 1672 CcIt/1942
Art. 1268: Perimento o deterioramento della cosa	Art. 1673 CcIt/1942
Art. 1269: Verifica nel corso di esecuzione dell'opera	Art. 1662 CcIt/1942
Art. 1273: Rovina e difetti di cosa immobile	Art. 1669 CcIt/1942

CAPO 7: DEL TRASPORTO

(Si introduce questo nuovo capitolo, tra il contratto di appalto e quello del mandato, seguendo l'ordine del CcIt/1942).

SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1280: Nozione	Art. 1678 CcIt/1942
Art. 1281: Limiti di applicabilità delle norme	Art. 1680 CcIt/1942
Art. 1287: Trasporto cumulativo	Artt. 1682 ¹ (art. 1287 ¹) e 1700 (art. 1287 ²) CcIt/1942

SEZIONE 2: DEL TRASPORTO DI PERSONE

Art. 1291: Responsabilità del vettore	Art. 1681 ¹ CcIt/1942
Art. 1292: Clausole che limitano la responsabilità del vettore	Art. 1681 ² CcIt/1942
Art. 1295: Responsabilità del vettore nei trasporti cumulativi	Art. 1682 ² CcIt/1942

SEZIONE 3: DEL TRASPORTO DI COSE

Art. 1296: Obbligazioni del mittente	Art. 1683 ¹⁻² CcIt/1942
Art. 1297: Responsabilità del mittente	Art. 1683 ³ CcIt/1942
Art. 1298: Lettera di vettura	Art. 1684 ¹ CcIt/1942
Art. 1299: Duplicato della lettera di vettura	Art. 1684 ^{2pr} CcIt/1942
Art. 1300: Ricevuta di carico	Art. 1684 ^{2if} CcIt/1942
Art. 1302: Diritti del mittente/Disposizioni delle cose	Art. 1685 ¹ CcIt/1942
Art. 1303: Portatore del duplicato della lettera di vettura o della ricevuta di carico	Art. 1685 ² CcIt/1942
Art. 1304: Diritti del destinatario	Art. 1689 CcIt/1942
Art. 1305: Riconsegna delle merci	Art. 1687 CcIt/1942 (art. 1305 ¹)
Art. 1306: Riconsegna	Art. 1693 CcIt/1942

Art. 1307: Impedimenti e ritardi nell'esecuzione del trasporto	Art. 1686 CcIt/1942
Art. 1308: Impedimenti alla riconsegna	Art. 1690 CcIt/1942
Art. 1309: Responsabilità del vettore nei confronti del mittente	Art. 1692 CcIt/1942
Art. 1310: Responsabilità per colpa	Art. 1694 CcIt/1942
Art. 1311: Calcolo del danno in caso di perdita o avaria	Art. 1696 CcIt/1942
Art. 1312: Calo naturale	Art. 1695 CcIt/1942
Art. 1314: Accertamento della perdita e della avaria	Art. 1697 CcIt/1942
Art. 1315: Estinzione dell'azione in confronti dei vettori	Art. 1698 CcIt/1942
Art. 1317: Trasporto con rispedizione della merce	Art. 1699 CcIt/1942
CAPO 8: DEL MANDATO	
Art. 1319: Nozione	Art. 1703 CcIt/1942
Art. 1320: Mandato con rappresentanza	Art. 1704 CcIt/1942 (1320 ¹)
Art. 1321: Mandato senza rappresentanza	Art. 1705 CcIt/1942
Art. 1322: Presunzione di onerosità	Art. 1709 CcIt/1942
Art. 1326: Pluralità di mandatari	Art. 1716 ^{2pr} CcIt/1942
Art. 1327: Sostituto del mandatario	Art. 1717 CcIt/1942
Art. 1328: Obbligazioni del mandante	Art. 1719 e 1720 CcIt/1942 (1328[a-c])
Art. 1329: Cause di estinzione del mandato	Art. 1722 CcIt/1942
Art. 1332: Rinunzia del mandatario	Art. 1727 ¹ CcIt/1942
CAPO 9: DELLA COMMISSIONE (Si introduce questo nuovo capitolo, tra il contratto di appalto e quello del mandato, seguendo l'ordine del CcIt/1942).	
Art. 1339: Operazioni a fido	Art. 1732 CcIt/1942
Art. 1344: Obbligo di pagare il prezzo	Art. 1558 (sulla disponibilità delle cose nel contratto estimatorio) CcIt/1942
CAPO 10: DELLA MEDIAZIONE (Si introduce questo nuovo capitolo seguendo il modello del CcIt/1942).	
Art. 1345: Nozione	Art. CcIt/1942
Art. 1349: Fideiussione e rappresentanza del mediatore	Artt. 1763 (1349[a]) e 1761 (1349[b]) CcIt/1942
Art. 1350: Provvigione	Art. 1755 CcIt/1942
Art. 1355: Leggi speciali	Art. 1765 CcIt/1942
CAPO 11: DEL DEPOSITO	
SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 1362: Modalità della custodia	Art. 1770 CcIt/1942
SEZIONE 2: DEL DEPOSITO IRREGOLARE	
Art. 1367: Effetti	Art. 1782 CcIt/1942
SEZIONE 3: DEL DEPOSITO IN ALBERGO	
Art. 1370: Responsabilità per le cose portate in albergo	Art. 1783 CcIt/1942
Art. 1373: Responsabilità per le cose consegnate e obblighi dell'albergatore	Art. 1784 ² CcIt/1942

Art. 1374: Clausola che escludono la responsabilità del albergatore	Art. 1784 ^{i,f} CcIt/1942
Art. 1375: Stabilimenti e locali assimilati agli alberghi	Art. 1786 CcIt/1942
SEZIONE 4: DEL DEPOSITO NEI MAGAZZINI GENERALI	
Art. 1376: Responsabilità dei magazzini generali	Art. 1787 CcIt/1942
Art. 1377: Doveri dei magazzini generali	Artt. 1788 e 1790 CcIt/1942
CAPO 12: DEI CONTRATTI BANCARI (Si introduce questo nuovo capo seguendo il modello del CcIt/1942)	
SEZIONE 2: DEI SINGOLI CONTRATTI	
PARAGRAFO 1: DEI DEPOSITI BANCARI	
Art. 1390: Depositi di denaro	Art. 1834 CcIt/1942
PARAGRAFO 2: DELLE OPERAZIONI BANCARIE IN CONTO CORRENTE	
Art. 1401: Regole applicabili alla esecuzione dell'incarico	Art. 1856 ¹ CcIt/1942 (art. 1401 ¹)
Art. 1405: Compensazioni tra i saldi di più conti	Art. 1853 CcIt/1942
PARAGRAFO 3: DEL MUTUO E DELLO SCONTO BANCARIO	
Art. 1409: Nozione dello sconto bancario	Art. 1858 CcIt/1942 (art. 1409 ¹)
Art. 1409: Scambi di cambiali	Art. 1859 CcIt/1942 (art. 1409 ²)
PARAGRAFO 4: DELL'APERTURA DI CREDITO BANCARIO	
Art. 1410: Nozione	Art. 1842 CcIt/1942
PARAGRAFO 5: DEL SERVIZIO BANCARIO DELLE CASSETTE DI SICUREZZA	
Art. 1413: Obblighi delle parti	Art. 1839 CcIt/1942
Art. 1416: Apertura della cassetta/ Pluralità di intestatari	Art. 1840 ¹ CcIt/1942
Art. 1417: Apertura forzata della cassetta	Art. 1841 CcIt/1942
PARAGRAFO 6: DEPOSITO DI TITOLI IN AMMINISTRAZIONE	
Art. 1418: Obblighi delle parti	Art. 1338 CcIt/1942
CAPO 15: DEL CONTO CORRENTE (Si introduce questo nuovo capo seguendo il modello del CcIt/1942).	
Art. 1230: Nozione	Art. 1823 CcIt/1942
Art. 1431: Contenuto/Crediti esclusi dal conto corrente	Art. 1824 ¹ CcIt/1942 (art. 1431 ²)
Art. 1432: Termini/Recesso dal contratto	Art. 1833 CcIt/1942
Art. 1433: Interessi, spese e diritti di commissione	Artt. 1825 e 1826 CcIt/1942
Art. 1434: Efficacia della garanzia dei crediti	Art. 1828 ¹ CcIt/1942
Art. 1435: Crediti verso terzi/Clausola «salvo incasso»	Art. 1829 CcIt/1942
Art. 1436: Sequestro o pignoramento del saldo	Art. 1830 CcIt/1942
Art. 1437: Effetti dell'inclusione nel conto	Art. 1827 CcIt/1942
Art. 1438: Approvazione del conto	Art. 1832 CcIt/1942
CAPO 16: CONTRATTI ASSOCIATIVI Dottrina italiana	

CAPO 17: DEL CONTRATTO DI AGENZIA

(Si introduce questo nuovo capo seguendo il modello del CcIt/1942).

Art. 1479: Nozione	Art. 1742 CcIt/1942
Art. 1480: Diritto di esclusiva	Art. 1743 CcIt/1942
Art. 1485: Rappresentanza dell'agente	Art. 1743 CcIt/1942 (art. 1485 ¹)
Art. 1487: Calcolo della provvigione	Art. 1748 CcIt/1942
Art. 1490: Rimborso delle spese	Art. 1748 ⁴ CcIt/1942
Art. 1491: Durata del contratto	Art. 1750 ¹ CcIt/1942
Art. 1490: Preavviso	Art. 1750 ²⁻⁵ CcIt/1942
Art. 1497: Indennità in caso di cessazione del rapporto	Art. 1751 ^{1-3/5-6} CcIt/1942
Art. 1498: Eccezioni	Art. 1751 ⁴ CcIt/1942
Art. 1499: Patto di non concorrenza	Art. 1751- <i>bis</i> CcIt/1942
CAPO 20: DEL MUTUO	
1526: Promessa di mutuo	Art. 1822 CcIt/1942 (art. 1526 ¹)
Art. 1529: Mancato pagamento degli interessi	Art. 1820 CcIt/1942 (1529 ⁹)
Art. 1530: Danni al mutuatario per vizi della cosa	Art. 1821 CcIt/1942
CAPO 21: DEL COMODATO	
Art. 1538: Spese per l'uso della cosa e spese straordinarie	Art. 1808 CcIt/1942
CAPO 22: DELLE DONAZIONI	
SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 1542: Nozione	Art. 769 CcIt/1942
Art. 1548: Capacità di donare	Art. 774 CcIt/1942
Art. 1550: Donazione a favore del tutore o del curatore	Art. 779 CcIt/1942
Art. 1552: Forma della donazione	Art. 782 CcIt/1942
Art. 1554: Donazioni di modico valore	Art. 783 ¹ CcIt/1942
SEZIONE 2: DEGLI EFFETTI DELLA DONAZIONE	
Art. 1555: Inadempimento o ritardo nell'esecuzione	Art. 789 CcIt/1942
Art. 1556: Garanzia per evizione	Art. 797 CcIt/1942
Art. 1558: Responsabilità per vizi della cosa	Art. 798 CcIt/1942
SEZIONE 3: DELLE DONAZIONI SPECIALI	
Art. 1562: Donazione modale	Art. 793 ^{1e4} CcIt/1942 (art. 1562 ²)
Art. 1563: Responsabilità del donatario modale	Art. 793 ² CcIt/1942 (art. 1563 ¹)
SEZIONE 4: DELLA REVERSIBILITÀ E DELLA REVOCAZIONE DELLE DONAZIONI	
Art. 1566: Condizioni di reversibilità	Art. 791 CcIt/1942 (art. 1566 ¹⁻²)
CAPO 23: DELLA FIDEIUSSIONE	
SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 1574: Nozione	Art. 1936 CcIt/1942 (art. 1574 ¹)

Art. 1575: Limiti della fideiussione	Art. 1941 ³ CcIt/1942 (art. 1575 ²)
SEZIONE 4: DEGLI EFFETTI TRA PIÙ FIDEIUSSORI	
Art. 1595: Regresso contro gli altri fideiussori	Art. 1954 CcIt/1942 (art. 1595 ²)
SEZIONE 5: DELL'ESTINZIONE DELLA FIDEIUSSIONE	
Art. 1596: Causali di estinzioni/liberazione del fideiussore per obbligazioni future	Art. 1957 (art. 1596[d]) CcIt/1942
CAPO 24: DELLA RENDITA VITALIZIA	
Art. 1600: Modi di costituzione/regole sussidiarie	Art. 1872 ² CcIt/1942
CAPO 27: DELLA CESSIONE DELLA POSIZIONE CONTRATTUALE (Si introduce questo nuovo capo seguendo il modello del CcIt/1942, ma adoperando la denominazione impiegata dal CcPer/1984 per considerarla più consona con il contenuto del atto).	
Art. 1636: Nozione e forma	Artt. 1406 e 1407 CcIt/1942
Art. 1637: Rapporti fra contraente ceduto e cedente	Art. 1408 CcIt/1942
Art. 1638: Rapporti fra contraente ceduto e cessionario	Art. 1409 CcIt/1942
Art. 1639: Rapporti fra cedente e cessionario	Art. 1410 CcIt/1942
CAPO 28: DELLA TRANSAZIONE (Si introduce questo nuovo capo, seguendo il modello del CcIt/1942. Il CcArg/1869 regola invece la transazione non come un singolo contratto ma tra le cause di estinzioni delle obbligazioni).	
Art. 1644: Disponibilità dei diritti	Art. 1966 ² CcIt/1942
TITOLO V: DELLE ALTRE FONTI DEGLI OBBLIGAZIONI	
CAPO 1: DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE	
SEZIONE 3 DELLA FUNZIONE RISARCITORIA	
Art. 1718: Legittima difesa e stato di necessità	Art. 2044 (art. 1718[b]) e 2045 (art. 1718[c]) CcIt/1942
SEZIONE 4: DEL DANNO RISARCIBILE	
Art. 1738: Risarcimento del danno	Art. 1223 CcIt/1942
Art. 1740: Risarcimento del danno/Risarcimento in forma specifica	Art. 2058 CcIt/1942 (art. 1740 ¹⁻²)
Art. 1743: Clausole di esonero di responsabilità	Art. 1229 CcIt/1942
SEZIONE 5: DELLA RESPONSABILITÀ DIRETTA	
Art. 1750: Danno cagionato dall'incapace	Art. 2047 ² CcIt/1942 (art. 1750 ¹)
Art. 1751: Responsabilità solidale	Art. 2055 CcIt/1942
SEZIONE 7: DELLA RESPONSABILITÀ PER IL DANNO CAGIONATO DA COSE E PER L'ESECIZIO DI CERTE ATTIVITÀ	
Art. 1757: Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose	Art. 2050 CcIt/1942 (art. 1757 ¹)
CAPO 2: DELLA GESTIONE DI AFFARI	
Art. 1785: Obblighi dell'interessato	Art. 2031 CcIt/1942 (art. 1785[a])
Art. 1790: Applicazione delle regole del mandato	Artt. 2030 ¹ e 2032 CcIt/1942

CAPO 4: DELL'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1794: Azione generale di arricchimento/Nozione	Art. 2041 CcIt/1942
---	---------------------

Art. 1795: Carattere sussidiario dell'azione	Art. 2042 CcIt/1942
--	---------------------

SEZIONE 2: DEL PAGAMENTO DELL'INDEBITO

Art. 1799: Casi speciali di indebitto/Indebito soggettivo e indebitto ricevuto da un incapace	Artt. 2039 (art. 1799[a]) e 2036 ^{1e3} (art. 1799[b]) CcIt/1942
---	--

CAPO 5: DELLE PROMESSE UNILATERALI

(Si introduce questo nuovo capo seguendo il modello del CcIt/1942).

SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1800: Principio generale/Efficacia delle promesse	Art. 1987 CcIt/1942 (art. 1800 ¹)
--	---

Art. 1801: Promessa di pagamento e ricognizione di debito	Art. 1988 ¹ CcIt/1942
---	----------------------------------

SEZIONE 2: DELLA PROMESSA PUBBLICA DI RICOMPENSA

Art. 1803: Vincolatorietà	Art. 1989 ¹ CcIt/1942
---------------------------	----------------------------------

Art. 1804: Termine	Art. 1989 ² CcIt/1942
--------------------	----------------------------------

Art. 1805: Revoca della promessa	Art. 1990 CcIt/1942
----------------------------------	---------------------

Art. 1806: Cooperazione di più persone	Art. 1991 CcIt/1942 (art. 1806 ¹)
--	---

CAPO 6: DEI TITOLI DI CREDITO

(Si introduce questo nuovo capo seguendo in sostanza l'ordine del CcIt/1942).

SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1818: Trasferimento dei diritti accessori	Art. 1995 CcIt/1942
--	---------------------

Art. 1821: Eccezioni opponibili	Art. 1993 CcIt/1942 (art. 1821[a-d])
---------------------------------	--------------------------------------

Art. 1822: Efficacia dei vincoli sul credito	Art. 1997 CcIt/1942
--	---------------------

Art. 1828: Titoli rappresentativi di merci	Art. 1996 CcIt/1942
--	---------------------

SEZIONE 2: DEI TITOLI CARTOLARI

PARAGRAFO 2: DEI TITOLI ALL'ORDINE

Art. 1839: Forma della girata	Art. 2009 CcIt/1942 (art. 1839 ^{1-2pr})
-------------------------------	---

Art. 1840: Girata condizionale o parziale	Art. 2010 CcIt/1942
---	---------------------

Art. 1842: Legittimazione del possessore	Art. 2008 CcIt/1942
--	---------------------

Art. 1843: Girata in bianco	Art. 2011 ² CcIt/1942
-----------------------------	----------------------------------

Art. 1844: Girata per procura	Art. 2013 CcIt/1942
-------------------------------	---------------------

Art. 1845: Girata a titolo di pegno	Art. 2014 CcIt/1942
-------------------------------------	---------------------

SEZIONE 4: DEL DETERIORAMENTO, DELLA PERDITA E DELLA DISTRUZIONE DEI TITOLI DI CREDITO E DEI LORO REGISTRI

PARAGRAFO 1: NORME COMUNI A TUTTI I TITOLI DI CREDITO

Art. 1853: Titolo deteriorato	Art. 2005 CcIt/1942
-------------------------------	---------------------

LIBRO IV: DEI DIRITTI REALI

TITOLO II: DEL POSSESSO E DELLA DETENZIONE

CAPO 1: DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1918: Possesso di buona fede	Art. 1447 CcIt/1942
-----------------------------------	---------------------

CAPO 4: DELLE RESTRIZIONI AL DIRITTO DI PROPRIETÀ

Art. 1973: Immissioni	Art. 844 CcIt/1942
-----------------------	--------------------

TITOLO VIII: DELLA SUPERFICIE	
Art. 2115: Modalità del diritto di superficie	Art. 952 CcIt/1942
Art. 2122: Estinzione del diritto di superficie/Perimento della costruzione o dell'afforestamento	Art. 954 ³ CcIt/1942
TITOLO X: DELL'USO	
Art. 2155: Applicabilità delle norme sull'usufrutto	Art. 1026 CcIt/1942
TITOLO XI: DELL'ABITAZIONE	
Art. 2159: Applicabilità delle norme sull'uso	Art. 1026 CcIt/1942
LIBRO V: DELLE SUCCESSIONI	
TITOLO II: DELL'ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ E DELLA RINUNZIA ALL'EREDITÀ	
CAPO 1: DEL DIRITTO DI OPZIONE	
Art. 2288: Decadenza	Art. 480 CcIt/1942 (art. 2288 ¹)
Art. 2290: Trasmissione del diritto di accettazione	Art. 479 CcIt/1942
CAPO 2: DELLA ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ	
Art. 2293: Forma dell'accettazione/Accettazione espresso e tacita	Artt. 475 ¹ e 476 CcIt/1942
TITOLO IV: DELLA PETIZIONE DI EREDITÀ	
Art. 2310: Nozione	Art. 533 ¹ CcIt/1942
Art. 2311: Imprescrittibilità dell'azione	Art. 533 ² CcIt/1942
TITOLO VIII: DELLA DIVISIONE EREDITARIA	
CAPO 3: DELLA COLLAZIONE	
Art. 2387: Erede rinunziante	Art. 521 ² CcIt/1942
Art. 2392: Spese non soggette a collazione	Art. 742 CcIt/1942
TITOLO XI: DELLE SUCCESSIONI TESTAMENTARIE	
CAPO 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 2462: Testamento	Art. 587 CcIt/1942 (art. 2462 <i>i.f.</i>)
Art. 2469: Azione di nullità	Artt. 590 e 624 ¹ CcIt/1942
CAPO 2: DELLA FORMA DEI TESTAMENTI	
SEZIONE 2: DEL TESTAMENTO OLOGRAFO	
Art. 2477: Requisiti	Art. 602 CcIt/1942
SEZIONE 3: DEL TESTAMENTO PUBBLICO	
Art. 2479: Requisiti	Art. 603 ¹⁻² CcIt/1942
CAPO 4: DELL'ISTITUZIONE DI EREDE E DEI LEGATI	
Art. 2489: Diritto di accrescimento	Artt. 674 ² (art. 2489 ¹), 676 ² (art. 2489 ²), 674 ⁴ (art. 2489 ³) CcIt/1942
CAPO 5: DEI LEGATI	
Art. 2502: Legato di genere	Art. 664 ¹ CcIt/1942 (art. 2502 <i>i.f.</i>)
Art. 2504: Legato di cosa da prendersi da certo luogo	Art. 655 CcIt/1942
Art. 2505: Legato di credito o di liberazione da debito	Art. 658 CcIt/1942
Art. 2506: Legato a favore del creditore	Art. 659 CcIt/1942

Art. 2507: Legato di cosa di un terzo	Art. 651 CcIt/1942
Art. 2508: Legato di cosa solo in parte del testatore	Art. 652 CcIt/1942
CAPO 6: DELLA REVOCAZIONE E DELLA DECADENZA DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE	
Art. 2521: Rinuncia del legatario	Art. 650 CcIt/1942
LIBRO VI: DELLE DISPOSIZIONI COMUNI AI DIRITTI PERSONALI E REALI	
TITOLO I: DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA E DELLA DECADENZA	
CAPO 1: DELLE DISPOSIZIONI COMUNI ALLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA E ALLA USUCAPIONE	
SEZIONE 1: DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 2533: Inderogabilità delle norme sulla prescrizione	Art. 2936 CcIt/1942
Art. 2535: Rinunzia alla prescrizione	Artt. 2937 ¹⁻² (art. 2535 ¹) e 1310 (art. 2535 ²⁻³) CcIt/1942
Art. 2538: Pagamento del debito prescritto	Art. 2940 CcIt/1942
SEZIONE 5: DELLE NORME PROCESSUALI	
Art. 2552: Non rilevabilità d'ufficio	Art. 2938 CcIt/1942
CAPO 2: DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA	
SEZIONE 1: DELL'INIZIO DEL COMPUTO	
Art. 2554: Decorrenza della prescrizione/Regola generale	Art. 2935 CcIt/1942
Art. 2556: Decorrenza delle prescrizione per le prestazioni periodiche	Art. 2957 ¹ CcIt/1942
CAPO 4: DELLA DECADENZA	
Art. 2567: Inapplicabilità delle regole della prescrizione estintiva	Art. 2964 CcIt/1942
Art. 2568: Decadenze stabilite contrattualmente	Art. 2965 CcIt/1942
Art. 2569: Cause che impediscono la decadenza	Art. 2966 CcIt/1942
Art. 2570: Effetto dell'impedimento della decadenza	Art. 2967 CcIt/1942
Art. 2571: Diritti indisponibili	Art. 2968 CcIt/1942
Art. 2572: Rilievo d'ufficio	Art. 2969 CcIt/1942
TITOLO VI: DISPOSIZIONI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO	
CAPO 3: PARTE SPECIALE	
SEZIONE 9: SUCCESSIONI	
Art. 2648: Mancanza di successibili/Successione dello Stato	Art. 49 della l. italiana n. 218 del 1995

ÉDGAR CORTÉS

L'influenza del diritto italiano in Colombia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dottrina europea in Colombia. – 3. La letteratura giuridica italiana e la sua penetrazione. – 4. Una questione di stile. – 5. I temi e i personaggi.

1. *Premessa*

Il nostro diritto, il diritto dell'America Latina, è stato, fin da epoche precedenti al processo d'indipendenza che condusse alla nascita delle nuove nazioni, e allo stesso movimento della codificazione del diciannovesimo secolo, un diritto dalle radici romano-germaniche: «ci siamo formati in esso e abbiamo continuato a vivere in esso, a prescindere da quanto genuinamente»¹; la storia del nostro diritto moderno non inizia con la recezione o influenza dei Codici europei dell'Ottocento, ma risale al momento stesso della nascita della tradizione romanistica, quando i Glossatori si dedicarono allo studio dei codici di Giustiniano². L'espressione 'diritto continentale europeo', è equivalente a 'diritto latinoamericano', differenziandosi nelle due nient'altro che l'indicazione di un dato puramente geografico.

In questo senso non esiste un diritto latinoamericano, e quello che si riconosce come un diritto dell'America Latina originale e diverso³,

¹ F. HINESTROSA, *El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio*, in *Reflexiones de un librepensador*, Bogotá, 2001, p. 416.

² Cfr., ad esempio, C.A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, 1996, p. 142 ss.

³ S. SCHIPANI, *El contrato y el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998, p. 93 ss.; ID., *I codici latinoamericani della 'transfusión' del diritto romano e dell'indipendenza*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1990, p. 645 ss. Vedi, inoltre, B. BRAVO LIRA, *Diffusión del código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas 1987, p. 343 ss. E da ultimo, D.F. ESBORRAZ, *La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del subsistema jurídico romanista*, I. *La labor de la ciencia*

è il risultato del modo in cui è stata recepita quella stessa tradizione romana che sta alla base della formazione del diritto moderno. Il diritto latinoamericano ha, dunque, una propria identità politica e culturale, ma non vi è 'alterità' di contenuti rispetto al diritto europeo continentale. L'America Latina partecipò al movimento delle codificazioni dell'Ottocento non per imitazione e tantomeno per caso: partecipò, da un punto di vista ideale, dei medesimi postulati dell'Illuminismo e della Rivoluzione francese e della ricerca stessa di unità nazionale, attraverso l'unità giuridica⁴; da ciò deriva come conseguenza naturale che a partire dalla emanazione dei Codici propri la dottrina giuridica europea sarebbe circolata nel nostro Continente naturalmente, giacché non è mai stata considerata come una dottrina estranea.

Infatti, una volta promulgati i codici, la mancanza di una produzione dottrinarica locale fece sì che il vuoto fosse riempito dalla letteratura giuridica europea, principalmente francese e, in minor misura, italiana e tedesca; letteratura che fin d'allora è stata presente e che ancora oggi circola, al pari e forse anche con una certa prevalenza su quella locale⁵.

Pertanto, una riflessione che pretenda di disegnare un panorama generale del diritto italiano in America Latina e in particolare in Colombia, non può cominciare da una pagina in bianco, ma deve tenere per ferme queste considerazioni; in altre parole: un diritto non è mai puramente nazionale⁶ (e si direbbe oggi che lo è ogni giorno di meno).

Una cosa è certa: il giurista latinoamericano, e in particolare il civilista, si è formato con la dottrina europea che ha sempre privilegiato nei suoi studi; tuttavia, questa *recepción* non è sempre stata realizzata da un punto di vista critico, di modo che, non di rado, l'interpretazione delle norme è stata forzata all'unico scopo di consentire l'utilizzo di una dottrina straniera, come tale sempre ben accetta nei tribunali; il problema, quindi, non è stato tanto di 'imitazione' della cultura europea; è stato piuttosto quello del modo in cui si è

jurídica brasileña entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, in *Roma e America. Dir. rom. comune*, 21, 2006, p. 5 ss.; ID., *op. cit.*, II. *La contribución de la ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, in *Roma e America. Dir. rom. comune*, 24, 2007, p. 33 ss.

⁴ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamerica*, Santiago de Chile, 2000.

⁵ F. HINESTROSA, *El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio*, cit., p. 417.

⁶ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2002, p. 45 ss.

assimilata quella cultura⁷, se si intende assimilazione come comprensione di ciò che si apprende per incorporarlo in un sistema di conoscenze pregresse, come apprendimento fruttifero di nozioni e di concetti. Può esservi recezione o influenza senza assimilazione e senza critica? L'assimilazione esige dal recettore una forza culturale che lo renda capace di accogliere o respingere consapevolmente ciò che gli arriva.

È stato ben detto che la comparabilità tra norme e ordinamenti di paesi di struttura economica diversa è possibile⁸, ma forse al momento di verificare l'influenza di un ordinamento su un altro, la riflessione deve tenere in conto la realtà sottostante, il contesto economico, culturale e sociale che finisce per condizionare ogni scelta; «giungere all'autonomia e alla creatività presuppone maturità e implica una solidità politica, economica e culturale che va oltre le buone intenzioni...»⁹.

2. La dottrina europea in Colombia

Nel caso colombiano la dottrina italiana comincia ad arrivare non prima del secondo dopoguerra, in parte per l'emanazione del Codice civile del '42, e in parte, forse, per lo *status* economico che l'Italia stava acquistando in Europa. Nel periodo precedente, durante il periodo successivo all'adozione del Codice civile di Andrés Bello nel 1858 e fino alla prima metà del ventesimo secolo, il principale influsso dottrinario è quello d'origine francese, non solo per ciò che significava la Francia nel contesto mondiale¹⁰, ma ancor più per la forte impronta che aveva lasciato il *Code civil* nei codici latinoamericani. La promulgazione del Codice in Colombia non implicò una produzione dottrinale propria che commentasse la novità legislativa, e così la riflessione autoctona rimase affidata alla giurisprudenza, che costituì la spina dorsale della scienza giuridica nazionale, con tutte le conseguenze di tale impostazione: una certa dispersione ed incertezza, dovuta all'assenza di costruzioni dottrinarie che spiegassero le decisioni.

⁷ R. GUTIÉRREZ GIRARDOT, *Hispanoamerica, imagenes y perspectivas*, Bogotá, 1989, p. 39.

⁸ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in: *Tratt. dir. comp.*, diretto da Rodolfo Sacco, cit., p. 21.

⁹ F. HINESTROSA, *El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio*, cit., p. 417.

¹⁰ Cfr. F. MARINELLI, *La cultura del code civil*, Padova, 2004, p. 3 ss.

La dottrina francese era utilizzata all'epoca non come riferimento di diritto comparato, bensì come fondamento diretto delle decisioni, ossia come vera e propria dottrina locale, talvolta perfino a dispetto delle differenze nella soluzione regolata dal Codice francese rispetto a quello di Bello.

Per quanto riguarda l'Italia e «per quanto riguarda [...] il diritto civile relativo al Codice civile del 1865, se ne ebbe notizia per mezzo delle traduzioni delle *Istituzioni di diritto civile* di De Ruggiero, 1944, delle *Istituzioni di diritto civile* di Brugi, 1946, de *La dottrina generale del diritto civile* di Coviello, 1949, curiosità perdute tra le collezioni di trattati dei civilisti francesi in voga, e i cui editori non davano conto del fatto che nel frattempo era stato emanato ed era in vigore un nuovo Codice civile»¹¹.

«Solo a metà degli anni cinquanta cominciò ad aversi notizia della vigenza del Codice del 1942. Il nuovo diritto civile italiano tardò ad essere scoperto, studiato e apprezzato. La prima opera che giunse a quell'epoca nel nostro continente fu la traduzione della *Dottrina generale del contratto*, di F. Messineo (1952), cui seguì la traduzione del *Manuale di diritto civile e commerciale* (1954), il cui primo volume conteneva una versione del Codice civile in spagnolo. Le *Istituzioni di diritto privato* di Candian furono tradotte e pubblicate nel 1961»¹².

«Contemporanea fu la traduzione della *Teoria generale del negozio giuridico*, di E. Betti (1954). Nel 1955 giunse il *Contributo alla teoria del negozio giuridico* de R. Scognamiglio (1955). Poco dopo vennero le traduzioni de *Il negozio giuridico*, di Cariota-Ferrara (1956) e della *Teoria del Negozio Giuridico* di G. Stolfi (1959), e nella stessa epoca cominciarono ad arrivare la *Rivista di diritto civile*, di W. Bigiavi, e la *Rivista di diritto e procedura civile* di T. Carnacini, e apparvero nelle librerie alcune poche copie della *Enciclopedia del Diritto...*»¹³.

Tuttavia l'arrivo di questa letteratura non deve essere immaginato come un fenomeno di massa o popolare, che riguardasse tutto il sistema. Ovvero, mentre la dottrina francese utilizzata in Colombia era stata tradotta, e i suoi autori godevano di riconoscimento non solo nell'accademia ma anche nel foro, per via delle costanti citazioni che

¹¹ F. HINESTROSA, *Proyección del derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano* (relazione tenuta in occasione della presentazione a Roma nel 2008 della traduzione in spagnolo del libro *Il contratto* di C.M. Bianca; il riferimento è alla p. 2 del testo cartaceo distribuito nell'occasione menzionata).

¹² *Ivi.*

¹³ *Ivi.*

ne faceva la giurisprudenza, la prima dottrina italiana fu interesse di pochi studiosi, curiosi e privilegiati, che avevano accesso a un maggior numero di opere rispetto a quelle che erano già state fatte oggetto di traduzione, e che si avventurarono nella comprensione di quel diritto fino ad allora sconosciuto in quanto a stile e contenuti. Il diritto italiano fu quindi visto, specie in materia di diritto privato, come l'altro diritto, rispetto al francese, carattere questo che in una certa misura ha conservato.

La promulgazione nel 1971 di un nuovo Codice di commercio colombiano, che nel suo libro IV sui contratti seguì molto da vicino il libro IV del Codice del '42, consolidò quell'influenza e la rese, potrebbe dirsi, più realistica, poiché non si trattava più ormai di studiare una determinata dottrina per puro spirito di erudizione, bensì, al contrario, per meglio comprendere un ordinamento appena formato e che introduceva molte novità rispetto alle codificazioni del diciannovesimo secolo.

La presenza del diritto italiano venne così crescendo gradualmente e in modo, per così dire, circostanziale, ma, facendo eccezione per i cultori della materia, quella diffusione non fu accompagnata da una conoscenza della sua storia, della sua evoluzione, delle sue scuole e dei suoi rappresentanti più importanti. A metà degli anni Settanta per la prima volta professori italiani visitarono il Paese, e a partire da quel contatto personale si accrebbe la curiosità e iniziò quel dialogo, oggi consolidato, che poco a poco ha dato significato e coerenza alla presenza del diritto italiano e ha fatto sì che da vent'anni a questa parte, esso non sia più considerato come un *aliquid novum*.

Fin dagli anni Ottanta sono divenuti regolari i soggiorni di studenti e giovani studiosi in Italia (presso le sedi universitarie di Roma, ma anche di Bologna, Pisa e Genova), al fine di formarsi principalmente nella scienza della tradizione romanistica del diritto privato, ma anche del diritto pubblico in generale; ciò che è valso, finalmente, a completare nella visione del giurista colombiano il quadro storico-geografico italiano, identificare le scuole, aggiornare costantemente la bibliografia e dare continuità all'opera di traduzione.

Così la presenza del diritto italiano in Colombia ha acquisito solidità, permettendo di conoscere uno stile di pensiero distinto dal francese e di riaffermare la nostra appartenenza alla tradizione romano-germanica e, per la sua propensione alla comparazione, servendo quasi paradossalmente da ponte tra i diversi ordinamenti latinoamericani, con rispettive origini e sviluppi.

3. *La letteratura giuridica italiana e la sua penetrazione*

La Colombia non è stata un paese di significativa immigrazione italiana, quali sono dunque le ragioni di questa penetrazione della dottrina e giurisprudenza italiane? Forse si può trovare la risposta nell'opera stessa dei giuristi. Come già detto, furono singoli giuristi che cominciarono a leggere gli autori italiani e crearono quella affinità emotiva e culturale che finalmente trasmisero al sistema.

Il processo ebbe inizio, dunque, da un lavoro solitario, individuale, dalle convinzioni personali di giuristi colti i quali, dalle proprie posizioni, principalmente nell'ambiente accademico, diedero a conoscere nomi di autori italiani, nomi che finirono per diventare familiari. Mentre la dottrina francese fin dall'inizio fu elemento per l'interpretazione del Codice civile, e pertanto materiale d'appoggio per l'avvocato che vi ricorreva per dare fondamento al suo caso, il diritto italiano, conosciuto in principio solo indirettamente per opera di quanti fra i giuristi locali lo citavano, non fece il 'salto' alla pratica giuridica prima che fosse compiuta, in buona misura, la sua decantazione.

In questo modo si è definito il carattere della presenza del diritto italiano, che ebbe nella sua origine, e conserva, una marcata vocazione universitaria, con tutto quello che essa comporta: uno studio ponderato, estraneo alle pressanti urgenze della pratica, uno strumento per la didattica, e da ultimo e in special modo una forte influenza sul *formante* dottrinario nazionale.

4. *Una questione di stile*

Essendosi trattato di un'influenza di giurista su giurista, e di lì sull'ordinamento, sorge anche una questione di stile. Non è facile definire lo stile di un determinato diritto, ma si potrebbe dire che «risulta [...] più semplice riconoscere gli elementi determinanti lo stile di un ordinamento giuridico straniero, piuttosto che del proprio»¹⁴. Quali aspetti attrassero il giurista colombiano? Quali furono le convinzioni, i valori, i modi della pratica che ispirano il diritto civile italiano? Forse, si potrebbe dire, se si pensa al diritto privato, e lasciando da parte il paradosso, il momento determinante per l'identificazione dello stile che servì da traino per la recezione si può individuare nel testo costituzionale italiano del 1948: il compito della Repubblica di «rimuovere gli ostacoli [...] che limitando di fatto la libertà e la egua-

¹⁴ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1998, p. 84.

gianza [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana...», come stabilito in modo semplice e incisivo dall'art. 3, e ancora, la solidarietà (già presente nel Codice civile), la dignità, i diritti della personalità, definiscono un certo modo di concepire la società, il diritto e lo Stato, e finiscono per divenire elementi fondamentali del diritto privato moderno¹⁵.

Se lo stile procede dall'ideologia, non è necessario cercare altrove quelle che potremmo chiamare le 'affinità elettive'; un diritto che influisce, che è recepito, deve essere compatibile, nei contenuti, nell'essenza senza dubbio, ma anche nello stile e nelle forme, nella visione del mondo ad esso sottesa. Per di più, l'identità degli stili evita l'interrogativo circa la rispondenza di ciò che si riceve con ciò di cui realmente si ha bisogno (dubbio pregnante quando si pensa all'influsso del *common law*): tale questione è risolta a monte, al momento di determinare la affinità.

Grazie dunque a questa piattaforma ideologica e scientifica comune e alla riaffermazione della sua ascendenza romanistica¹⁶, è stata raggiunta questa sintonia con il diritto italiano; il suo carattere sociale, la promozione dei diritti della personalità, la fede nel diritto come strumento, e non come fine in se stesso, per creare una migliore società; queste convinzioni crearono *sim-patie*, nel senso filosofico del termine, che sono evolute in vincoli e spirito di emulazione.

5. I temi e i personaggi

In quanto a temi e personaggi e date queste premesse, si può osservare in concreto che fin dalla prima metà del Novecento erano già conosciute alcune dottrine italiane che si sarebbero rivelate influenti: vale qui la pena di citare, oltre alla dottrina classica del diritto penale, ancora precedente, e che modellò la materia, l'influenza della dottrina processualistica che attraverso F. Carnelutti lasciò un segno nei pochi però prestigiosi e ancora autorevoli trattati e manuali di teoria generale del processo e del diritto processuale civile in Colombia. Questo influsso del diritto processuale si plasmò in alcune figure (esempio notevole quello dell'intervento dei terzi nel processo) del Codice di procedura civile colombiano del 1971.

La dottrina civilistica, senza dubbio la più significativa e di mag-

¹⁵ Vedi, ad esempio, C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 32 ss.

¹⁶ F. HINESTROSA, *Proyección del derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano*, cit., p. 10.

gior peso nell'ordinamento colombiano, ci giunse negli anni Cinquanta, come già menzionato, con Messineo, Calasso, Coviello, Candian, Stolfi, Betti, Cariota-Ferrara, Scognamiglio. Così, la teoria del negozio giuridico, lontana dalle predilezioni della nostra formazione francese, cominciò a farsi strada fino a divenire una ragione di studio, e fino a porre in discussione le teorie volontaristiche sul contratto che a fatica e senza risultati si era cercato fino ad allora di superare.

Nel 1971, redatto da una commissione per ciò incaricata, fu emanato il nuovo Codice di commercio, che nel suo libro quarto, dedicato ai contratti, segue il modello italiano, in alcuni casi con traduzione letterale di articoli, in altri con una redazione differente della medesima idea, e in molti con indifferenza alle critiche che alcuni di quegli articoli avevano già suscitato nella stessa dottrina italiana, così perdendo l'opportunità di correggerli, dato questo abbastanza rivelatore.

Questo aggiornamento tecnico, e perché no, sociale, rappresentato dal Codice civile del '42 nella tradizione del diritto continentale, e introdotto nel diritto colombiano per via legislativa, significò un autentico rinnovamento della materia dei contratti, per via dell'introduzione di temi fino ad allora estranei alla tradizione ereditata dal Codice civile di Andrés Bello: si iniziò senz'altro a studiare, con uno sguardo nuovo, questioni come il processo di formazione del contratto, la responsabilità precontrattuale, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, l'interpretazione del contratto, per citarne solo alcuni.

Fu così che l'interesse per la dottrina italiana crebbe e la trattatistica sulle obbligazioni e i contratti si diffuse, seppure non in maniera massiva, pur tuttavia in misura importante; tra gli autori, e a rischio di tralasciarne involontariamente qualcuno, Trabucchi, Natoli, Bigliuzzi-Geri, Rescigno, Oppo, Rodotà, Lipari, Trimarchi, Galgano, Busnelli, Breccia, Bianca, Sacco, Irti, Di Majo, Alpa, Roppo, Giovanni Battista Ferri, ai quali vanno aggiunti autori di monografie, presenti nelle biblioteche e consultati principalmente per la ricerca.

Menzione speciale per la diffusione del diritto italiano in America merita il Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università di Roma «Tor Vergata», che con il lavoro di Sandro Schipani, che diede seguito agli sforzi intrapresi da Pierangelo Catalano, è stato il vero tramite di unione permanente tra i giuristi, giovani e maturi, d'Italia e America Latina. Di lì è partita la spinta alla conoscenza del diritto romano comune, che ha permesso di studiare e approfondire similitudini, influenze, differenze del diritto in queste due parti del mondo.

Così la dottrina italiana in materia di contratti e di obbligazioni si andò diffondendo tra gli studiosi e di lì entrò lentamente nella giu-

risprudenza, in una certa giurisprudenza, la più attenta, quella che è solita citare abbondante dottrina a fondamento delle sue sentenze. A mo' d'esempio e come dato puramente statistico, della Cassazione civile negli ultimi dieci anni si hanno circa 50 sentenze nelle quali si cita almeno un autore italiano.

Per quanto riguarda la responsabilità civile l'influenza è stata importante e forse più concreta. Già nel 1968 la Corte Suprema parlava di danno alla vita di relazione, nel quadro di un generico danno alla persona e ai beni della personalità¹⁷, per ispirazione del volume sul danno morale di R. Scognamiglio, tradotto in Colombia, e di quello sul danno di A. de Cupis, di traduzione spagnola; di lì a poco, nel 1971, in un decreto che regolava la materia dello stato civile delle persone, si consacrava la possibilità di richiedere tutela aquiliana per i danni causati a beni della personalità.

Tuttavia fu negli anni Novanta che il tema fu ripreso; nel frattempo si diffusero i lavori che da Genova a Pisa tracciarono la linea del danno alla salute: furono ben conosciuti nell'accademia la discussione che condusse alla consacrazione della categoria del danno biologico, l'apparizione del danno esistenziale, la forma di liquidazione dei danni per mezzo di tavole della giurisprudenza e in generale il dibattito, ancora aperto, sulla riparazione dei danni alla persona. L'intero dibattito, con nome proprio, fu accolto dal Consiglio di Stato colombiano, fin dall'anno '93¹⁸, in un movimento oscillante del quale ancora non si vede la fine. Si è giunti ad affermare il danno alla salute, secondo l'esempio italiano offerto da recenti sentenze, senza che finora si sia riusciti a stabilire un consenso su tale posizione¹⁹. In ogni caso, la discussione, con le sue sfumature proprie e naturali specificità, segue l'impronta italiana. In questo percorso sono usuali le citazioni di giurisprudenza italiana, consultata direttamente, per via dei riferimenti ad essa fatti dalla dottrina.

E infine, non si può non segnalare come dato determinante la presenza della dottrina del diritto pubblico nelle sentenze della Corte Costituzionale colombiana in materia di principi, di valore della Costituzione all'interno dell'ordinamento, di garanzie, in una linea di citazione che è divenuta ricorrente e che possiede, questa sì, un grande potere di diffusione del pensiero giuridico italiano, a causa del peso delle sentenze della Corte sulla vita giuridica nazionale.

¹⁷ Cass., 4 aprile 1968.

¹⁸ C.d.S., 4 maggio 1993.

¹⁹ Vedi, ad esempio, C.d.S., 8 ottobre 2009.

6. Conclusione

In conclusione, il diritto italiano giunse a metà del ventesimo secolo in un ordinamento giuridico colombiano in processo di formazione e in cerca della sua maturità. Il suo arrivo significò senza dubbio una grande novità, in particolare per i privatisti avvezzi a lavorare con gli strumenti della tradizione francese, e significò anche confrontarsi con uno stile nuovo, che fu recepito gradualmente e senza prevenzioni.

Si può dire che l'uso della letteratura giusprivatistica italiana ha conosciuto cambiamenti nelle sue forme e nella sua ragione d'essere: ciò che era semplicemente un modo di riempire le lacune, i vuoti della propria tradizione, è oggi uno strumento fondamentale per rafforzare il sistema, ma non per completarlo. La dottrina che arriva è vista ora con occhio critico, e sebbene arricchisca e approfondisca il dibattito, non lo condiziona. Questa letteratura viene letta nel modo in cui lo permette lo stato della nostra scienza giuridica, senza che ciò comporti la necessità di farne una lettura *dialettale*²⁰.

Così come i vari lavori in corso per l'unificazione del diritto, non solo in Europa, comportano un processo necessario di miglioramento del diritto, ogni fenomeno di recezione deve essere portatore di una uguale conseguenza²¹; la recezione del diritto italiano in Colombia è stata una recezione voluta e perfino, si potrebbe dire, meditata, per via della sua origine, se si tiene a mente il suo carattere colto; cioè, il suo passaggio attraverso giuristi conoscitori della storia e della cultura italiane e, sicuramente, della sua tradizione giuridica. E a differenza delle opere francesi che giunsero direttamente, il più delle volte tradotte (in parte anche per il senso degli affari dei librai), la dottrina italiana fu conosciuta dapprima da alcuni giuristi locali che la diffusero progressivamente; inoltre, in quanto dottrina autorevole qual era, finì per influenzare i formanti legislativo e giurisprudenziale.

Una società che pretenda di essere matura deve essere cosciente della cultura a cui guarda, di come la recepisce e come la adatta. «Lungi dal pensare che un sistema giuridico in sé e per sé sia superiore ad un altro... la storia e il carattere dell'uomo insegnano che il miglior diritto è quello che meglio si adatti al modo di essere, alla tradizione, ai principi, ai valori di ogni società, senza pre-

²⁰ L'espressione è di R. Sacco. Sulla traduzione giuridica vedi R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 27 ss.

²¹ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, 2007, p. 32.

giudizio dei fenomeni osmotici e del sincretismo inevitabili nel divenire dei popoli»²²; il giurista colombiano si sente a suo agio con il diritto italiano per via di quella comunanza di valori e principi; lavoriamo con esso per ciò che siamo e per ciò che intendiamo essere, ma anche per ciò che fummo, per quel passato romano che sta nelle nostre radici.

²² F. HINESTROSA, *Proyección del derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano*, cit., p. 11.

CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI

Il modello giuridico italiano in Brasile: obbligazioni e contratti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'influenza sulla legislazione. – 3. L'influenza sulla dottrina. – 4. L'influenza sulla giurisprudenza. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Per un brasiliano venire in Italia non è, propriamente, come recarsi all'estero.

L'affermazione può trovare riscontro nei saldi legami culturali che avvicinano il Brasile all'Italia. Basti ricordare, a tal proposito, i numerosi oriundi che vivono in Brasile. Più della metà sono nella Provincia di São Paulo.

Non a caso, nella città di São Paulo, capitale della Provincia, si trova il Circolo Italiano, meglio conosciuto come edificio Italia, il secondo grattacielo più alto del Brasile, con 165 metri di altezza.

La grandezza del grattacielo rispecchia l'importanza che gli italiani hanno avuto nella costruzione della più grande città del Paese. Così come l'edificio, la presenza italiana si è, per così dire, incastonata nel paesaggio, divenendo uno dei 'formanti' della cultura locale.

Sempre in centro città, non molto lontano dall'edificio Italia, si trova la Facoltà di Giurisprudenza. In quel luogo emerge un elemento peculiare sul quale vale la pena concentrarsi, in quanto esso rappresenta uno dei legami probabilmente più durevoli e importanti che unisce italiani e brasiliani.

Si tratta della cultura giuridica, che lega i giuristi brasiliani agli italiani da ormai più di un secolo. Ecco perché, per quanto riguarda la scienza del diritto, si può dire, senza esitazione, che venire in Italia non è come andare all'estero.

Ciò risulta ancor più evidente quando si tiene presente la vicenda del diritto delle obbligazioni e dell'impresa in Brasile. In queste branche del diritto privato, l'influenza italiana ha gettato le basi delle regole che oggi disciplinano la vita della sesta più grande economia del mondo.

Con lo scopo di offrire un quadro preciso dell'influenza svolta dalla cultura giuridica italiana su quella brasiliana, occorre dividere questo lavoro in tre parti, volte ad esaminare i riflessi di questo fenomeno nella (i) legislazione, (ii) dottrina e (iii) giurisprudenza del Brasile.

Alla fine, seguiranno alcuni commenti conclusivi ed una panoramica sulle prospettive che si aprono ai giuristi di entrambi i Paesi per il ventunesimo secolo, ormai già nel suo secondo decennio.

2. *L'influenza sulla legislazione*

Nell'ambito legislativo, il contributo più significativo del diritto italiano riguarda l'unificazione della disciplina delle obbligazioni civili e commerciali.

In Brasile, l'idea di procedere all'unificazione risale alla seconda metà del diciannovesimo secolo¹. Qualche spunto al riguardo è possibile rintracciarlo già nella letteratura nel 1857. Tuttavia, la mossa più decisiva in questo senso risale a Teixeira de Freitas che, il 20 settembre 1867, avanzò formalmente la proposta al governo imperiale.

Qualche decennio dopo, il 15 dicembre 1888, Cesare Vivante difese la stessa idea in occasione dell'apertura del corso di diritto commerciale presso l'Università di Bologna. Com'è noto, l'Italia è arrivata alla unificazione grazie al Codice Civile del 1942. Il Brasile, invece, ha raggiunto lo stesso risultato solo sessanta anni dopo, con il Codice Civile del 2002.

Infatti, la proposta avanzata da Teixeira de Freitas nel 1867 non venne accolta. Di conseguenza, il primo Codice Civile brasiliano, del 1916, ha convissuto col Codice Commerciale, del 1850, fino agli esordi del ventunesimo secolo.

Ciò nonostante, l'idea dell'unificazione è rimasta viva in tutte le discussioni del '900. Nel 1941, una commissione di giuristi ufficialmente incaricata di revisionare il Codice Civile è arrivata alla elaborazione di un progetto preliminare di un Codice delle Obbligazioni, tramite il quale si sarebbe posto fine alla divisione tra obbligazioni civili e commerciali.

¹ Per l'unificazione delle obbligazioni in Brasile, dove, tra l'altro, sono reperibili i dati riferiti nella relazione, cfr. J.C. MOREIRA ALVES, *A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao novo Código Civil*, in *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*, a cura di A. Junqueira de Azevedo, H.T. Tôrres, P. Carbone, 2^a ed., São Paulo, 2010, pp. 370-391.

Da questo punto in poi, si è fatta sempre più viva l'influenza italiana. Il progetto preliminare del 1941 già prendeva in considerazione i lavori preparatori del Codice Civile italiano, che sarebbe stato approvato l'anno seguente².

Fallito il tentativo del 1941, l'idea è stata ripresa negli anni sessanta. Nel 1965, si è giunti all'elaborazione di un progetto di Codice Civile e di un progetto di Codice delle Obbligazioni. Ancora una volta, la proposta di disciplina unificata delle obbligazioni civili e commerciali ha risentito dell'influenza italiana.

Entrambi i progetti hanno riconosciuto il diritto italiano come uno dei loro modelli³. Infatti, la disciplina proposta tramite il Codice delle Obbligazioni si dichiara direttamente ispirata dal Codice Civile italiano per quanto concerne: (i) la lesione; (ii) lo stato di pericolo; (iii) il contratto di commissione; (iv) la definizione di imprenditore; (v) la società semplice e (vi) i titoli di credito.

L'idea di avere un Codice Civile ed un Codice delle Obbligazioni è stata respinta dal Parlamento. Ciò nonostante, negli anni settanta è stato ripreso il proposito di revisione del Codice Civile del 1916.

Il compito è stato affidato, ancora una volta, ad una commissione. Tra gli scopi perseguiti dai giuristi incaricati del lavoro c'era, precisamente, quello di portare avanti l'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali.

Il progetto è stato presentato in Parlamento nel 1975. Il diritto italiano è servito, ancora una volta, come modello ed è stato preso in considerazione anche durante il dibattito legislativo.

Dopo più di due decenni, il Parlamento è pervenuto alla approvazione del Codice Civile del 2002. Sulla falsariga del modello italiano, il Brasile è finalmente arrivato alla soluzione proposta da Teixeira de Freitas nel 1867.

Nel diritto vigente, l'influsso del modello italiano può essere facilmente avvertito con la lettura delle regole che, in Italia, riguardano più che altro la parte generale dei contratti e quella dei singoli contratti.

La disciplina italiana del contratto è la base delle regole brasiliane su: (i) lo stato di pericolo; (ii) la lesione; (iii) il contratto preliminare;

² Cfr. P. AZEVEDO, *A unidade do direito obrigacional*, in *Código Civil: Anteprojetos*, I, a cura di L.C.B. Rangel, Brasília, 1989, pp. 73 e 77.

³ Cfr. O. GOMES, *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*, Rio de Janeiro, 1963, pp. 149-150, per il progetto di Codice Civile e C.M.S. PEREIRA, *Exposição de motivos*, in *Código Civil: Anteprojetos*, III, a cura di L.C.B. Rangel, Brasília, 1989, pp. 111, 113 e 131; S. MARCONDES, *Exposição de motivos*, in *Código Civil Anteprojetos*, cit., pp. 227-230 e 233 e T. AZEVEDO, *Exposição de motivos*, in *Código Civil Anteprojetos*, cit., p. 304, per il progetto di Codice delle Obbligazioni.

(iv) il contratto per persona da nominare; e (v) l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Giova chiarire, a proposito, che il Codice Civile del 2002 ha una parte generale e che, di conseguenza, sia lo stato di pericolo che la lesione, sono oggetto del libro che riguarda il negozio giuridico. Invece, le regole concernenti il contratto preliminare, il contratto per persona da nominare e l'eccessiva onerosità sopravvenuta si trovano proprio nel libro del diritto delle obbligazioni.

Per disciplinare i singoli contratti, il diritto brasiliano ha preso le mosse dal Codice Civile italiano per disporre su: (i) la vendita su documenti; (ii) il contratto estimatorio; (iii) il contratto di agenzia; (iv) il contratto di trasporto; (v) la transazione e (vi) l'assicurazione.

Inoltre, risale indubbiamente al Codice Civile italiano del 1942 anche la disciplina brasiliana riguardante: (i) l'arricchimento senza causa; (ii) i titoli di credito ed (iii) il concetto di imprenditore.

La considerazione della storia e la comparazione delle fonti dimostra in maniera chiara l'influenza che il modello italiano ha esercitato sulla legislazione brasiliana.

Dieci anni dopo l'approvazione del Codice Civile del 2002, è fuori dubbio che l'unificazione delle obbligazioni abbia dato un notevole impulso al diritto brasiliano. Purtroppo, una maldestra iniziativa, ha condotto all'elaborazione di un progetto di Codice Commerciale nel 2011⁴.

Il progetto ha subito raggiunto una singolare unanimità tra i migliori giuristi brasiliani: tutti sono contro la sua approvazione. Per respingere l'incauta iniziativa, i giuristi ricorrono all'esperienza italiana e si augurano che il Parlamento faccia lo stesso, in modo da evitare quello che sarebbe un netto peggioramento rispetto alla disciplina attuale.

Dal punto di vista dei giuristi brasiliani, ascoltare le lezioni dei Maestri italiani è un'abitudine che va sempre coltivata. Data la sua rilevanza, questo aspetto merita di essere approfondito.

3. *L'influenza sulla dottrina*

Uno dei compiti più importanti dei giuristi è quello di discutere le proprie idee con i colleghi. Tramite queste vere *disputationes*, la scienza del diritto progredisce, spesso quando sono presi in considerazione anche i contributi provenienti dal diritto straniero.

⁴ Si tratta del progetto n. 1.572/11, disponibile nel seguente indirizzo elettronico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>.

Fortunatamente, il Brasile si è sempre mostrato molto aperto verso l'estero. Nella scia della tradizione, diversi colleghi italiani hanno visitato la nostra Facoltà di Giurisprudenza negli ultimi anni. L'esperienza dimostra che sono due i luoghi che fanno più impressione ai visitatori italiani. Il primo è la biblioteca, dove si trova un numero cospicuo di opere di giuristi italiani, sia antichi che attuali.

Il secondo è il cortile. È qui che si trova il perenne ringraziamento a due professori italiani che tanto hanno contribuito alla formazione della cultura giuridica brasiliana: Enrico Tullio Liebman e Tullio Ascarelli.

Entrambi sono venuti in Brasile per sfuggire dalle politiche e dalle leggi razziali del fascismo italiano. Liebman è stato professore di diritto processuale civile. Purtroppo, i limiti scelti per la relazione non consentono di approfondire il discorso su questo giurista. Tuttavia, non si può proseguire senza almeno riferire che la sua impronta è stata così forte, a tal punto che spesso si gli attribuisce la fondazione della scuola paulista di diritto processuale civile.

Il nome di Tullio Ascarelli sicuramente non è meno importante. La sua *auctoritas* è tuttora avvertita per qualsiasi giurista che abbia a che fare col diritto commerciale brasiliano. Oltre alle sue lezioni, Ascarelli ha lasciato alla Facoltà di Giurisprudenza la sua biblioteca. I suoi studi sul diritto italiano e sul diritto brasiliano sono spesso indicati come lettura obbligatoria nei corsi di laurea, di *master* e di dottorato.

La vicenda dei Maestri Liebman e Ascarelli viene considerata come l'esempio più evidente e tangibile della influenza che il pensiero giuridico italiano ha sempre svolto presso la cultura giuridica brasiliana.

Il frequentissimo riferimento al diritto italiano nei manuali, commentari, trattati e nelle monografie dimostra come le idee peninsulari abbiano contribuito e contribuiscano tuttora allo sviluppo del diritto brasiliano⁵.

Si può addirittura affermare che, difficilmente, un buon lavoro sul diritto brasiliano ometta di considerare, in modo approfondito, l'esperienza giuridica italiana al riguardo. Anzi, nello sviluppo monografico di un tema, è possibile supporre, da parte del lettore, che il giurista brasiliano, in via preliminare, abbia studiato e discusso il pensiero peninsulare sul tema stesso.

La conferma definitiva della influenza italiana emerge nell'esame della giurisprudenza, terzo ed ultimo punto ad essere affrontato in questa relazione.

⁵ Cfr. D. 1.2.2.13.

4. *L'influenza sulla giurisprudenza*

Dal 1988 in poi, il *Superior Tribunal de Justiça* costituisce l'organo di ultima istanza per le materie inerenti al diritto privato. Si tratta di un ruolo più o meno equivalente a quello svolto dalla Corte di Cassazione italiana⁶.

Presso il Tribunale, Tullio Ascarelli continua ad esercitare la sua influenza. Le sue lezioni sono state espressamente citate dai giudici almeno 7 volte, come fondamento per arrivare alla decisione del caso concreto⁷.

Per ragioni costituzionali, che non è l'occasione di esporre, la discussione sulla interpretazione del diritto delle obbligazione o dell'impresa si concentra tuttavia nelle diverse Corti di Appello. Tra di esse la più attiva e rappresentativa è sicuramente quella della Provincia di São Paulo.

L'esame della giurisprudenza della Corte serve a misurare la rilevanza che il modello giuridico italiano ha assunto oltreoceano. La quantità di riferimenti al pensiero italiano è talmente vasta che è necessario procedere secondo un ordine, ad esempio quello alfabetico⁸.

Senza alcuna pretesa di completezza, tra i giuristi citati dalla Corte di Appello si trovano: (i) Guido Alpa; (ii) Alberto Asquini; (iii) Mario Bessone; (iv) Massimo Bianca; (v) Alberto Burdese; (vi) Luigi Carriota Ferrara; (vii) Giuseppe Ferri; (viii) Paolo Gallo; (ix) Gino Gorla; (x) Alfredo Rocco; (xi) Rodolfo Sacco; (xii) Francesco Santoro Passarelli; (xiii) Vittorio Scialoja; (xiv) Giuseppe Stolfi e (xv) Alberto Trabucchi.

I più citati sono tre giuristi la cui opera principale è stata tradotta in portoghese. Secondo la ricerca realizzata, la Corte di Appello di São Paulo ha fatto riferimento a Pietro Perlingieri 240 volte. Emilio Betti è stato preso in considerazione in 411 occasioni. Ancor più rilevante, il fatto che il Tribunale abbia citato Vincenzo Roppo per ben 750 volte⁹.

⁶ L'autore coglie l'occasione per ringraziare l'accademico Henrique Cid Stecanela per la ricerca e sistematizzazione dei dati giurisprudenziali reperibili presso i tribunali brasiliani.

⁷ Cfr. Resp. 717433-PR, 10 aprile 2007; Resp. 633748-RS, 14 febbraio 2006; Resp. 264174-PR, 13 dicembre 2001; Resp. 303707-MG, 19 novembre 2001; Resp. 130791-CE, 7 giugno 1999; Resp. 51655-RJ, 3 dicembre 1996; e Resp. 14930-PR, 10 dicembre 1991. I dati sono reperibili presso il sito www.stj.jus.br.

⁸ I casi sono troppo numerosi per essere citati uno a uno. I dati sono reperibili presso il sito esaj.tj.sp.gov.br.

⁹ Le traduzioni in portoghese più citate sono le seguenti: P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, 2007; E. BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Coimbra, 1970; e E. ROPPO, *O contrato*,

I numeri parlano da soli. Pensato in Italia, non di rado il diritto peninsulare si fa presente anche in Brasile e, grazie alle lezioni dei giuristi, rende sempre più effettivo il carattere universale proprio del diritto privato, soprattutto nell'ambito del diritto delle obbligazioni e nel diritto d'impresa.

5. *Conclusion*

Dal punto di vista dei giuristi brasiliani, dunque, arrivare in Italia non è andare all'estero. Come si è cercato di sottolineare, in Brasile, l'influenza del modello giuridico italiano è avvertita sia nella legislazione, che nella dottrina e nella giurisprudenza.

Non deve sorprendere, poi, che il giurista brasiliano si senta molto a suo agio con i colleghi italiani, grazie ai quali tanto ha imparato finora e tanto potrà imparare in futuro.

La notevole influenza italiana, però, non può essere intesa come una semplice recezione. Ci sono almeno tre ragioni per cui è da respingere una tale conclusione.

In primo luogo, il diritto brasiliano avverte l'influenza anche di altri modelli, come quello francese e quello tedesco. In secondo luogo, il modello brasiliano ha delle sue proprie caratteristiche e, per quanto riguarda il diritto privato, risponde all'ossatura pensata, in maniera assai originale, da Teixeira de Freitas nel diciannovesimo secolo. In terzo luogo, la società brasiliana e, di conseguenza, il ceto giuridico che da essa scaturisce, sono 'diversi', di modo che a volte l'applicazione delle stesse regole non porta a risultati identici.

Se è vero che al centro della città di São Paulo si trova l'edificio Italia è anche vero che nei dintorni s'incontra la Facoltà di Giurisprudenza, dove queste tre ragioni possono esser, per così dire, toccate con mano.

Nel corso degli ultimi 150 anni, i giuristi brasiliani si sono abituati a fare molta attenzione alla legislazione e alla dottrina italiana. Indubbiamente si tratta di una circostanza felice, che può aprire le porte ad una collaborazione sempre più feconda tra i giuristi di entrambi i Paesi, affinché tutti possano cooperare allo sviluppo dell'arte del buono e del giusto che, nata a Roma, ha varcato confini che, a un tempo, si ritenevano insormontabili.

MARIA CRISTINA DE CICCO

Una visione d'insieme sulla circolazione del modello giuridico italiano in Brasile

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto costituzionale. – 3. Diritto processuale civile. – 4. Diritto tributario. – 5. Diritto del lavoro. – 6. Diritto e procedura penale. – 7. Diritto civile costituzionale.

1. *Introduzione*

È innegabile l'enorme influenza italiana in Brasile nei diversi settori della società: nelle arti, nel commercio e industria e per quanto qui ci interessa, nel diritto. Attualmente ci sono circa 30 milioni di italiani in Brasile, di cui 6 milioni soltanto nello Stato di São Paulo.

Il mio compito, oggi, è quello di discorrere su tale influenza sul diritto in generale. Come civilista mi verrebbe spontaneo affrontare la problematica partendo da questo settore del diritto. Tuttavia, i colleghi che parleranno dopo di me hanno assunto questo impegno e per evitare sovrapposizioni, cercherò di presentarvi lo stato dell'arte in generale.

Il Brasile, e di conseguenza la sua cultura giuridica, è una realtà molto complessa ed è difficile rendere conto delle sue caratteristiche in così poche battute. Cercherò quindi di indicare in linea di massima l'influenza del modello italiano sul diritto brasiliano.

In una analisi di questo tipo, credo che ciò che può maggiormente 'impressionare' il giurista straniero è la rapidità con cui i formanti stranieri di riferimento si trasformano, adattandosi alla realtà brasiliana, circostanza che già Tullio Ascarelli, con l'acutezza che lo ha sempre contraddistinto non ha mancato di sottolineare¹. La capacità di adeguamento delle fonti straniere alla propria realtà, che caratterizza il tradizionale operato del legislatore brasiliano, ha por-

¹ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, 1949; ID., *Osservazioni di diritto comparato privato brasiliano*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 81 ss.

tato René David a riconoscere, alla fine, l'originalità del diritto brasiliano².

La scelta dei modelli di riferimento non è mai casuale tanto che la storia del diritto brasiliano è segnata dalla diversificazione dei modelli di ispirazione in relazione agli interessi e agli obiettivi predominanti nei momenti di elaborazione legislativa e principalmente delle affinità delle persone in essa coinvolte con determinati ordinamenti giuridici. Infatti, come messo in evidenza dai comparatisti che nel tempo si sono occupati della America Latina e del Brasile in particolare, la circolazione dei modelli giuridici si è sempre caratterizzata dall'adozione delle idee sottese ai codici più che dall'adozione delle disposizioni legislative. In proposito vorrei fare un'affermazione un po' polemica perché in questo caso, tale tradizione è stata si può dire tradita dal legislatore del nuovo codice civile del 2002 laddove, nella maggior parte dei casi e certamente in relazione al modello italiano, ha semplicemente trasposto il testo del codice civile italiano, senza tener conto dell'evoluzione dottrina e giurisprudenziale occorsa nel frattempo³.

La propria storia del Brasile giustifica la sensibilità dei giuristi brasiliani verso la comparazione⁴ giacché da sempre sono stati attratti dalla cultura giuridica europea. Ciò spiega anche la spiccata tendenza degli studenti e laureati in giurisprudenza a completare i loro studi all'estero, specie in Italia, Francia, Germania, Portogallo e Spagna.

La ricezione del diritto italiano riguarda principalmente i formanti legislativo e dottrinario, ma un'analisi in tal senso in questa sede non potrà che essere sommaria. Cercherò quindi di dare un'idea dell'in-

² Già CLÓVIS BEVILÁQUA, insigne giurista brasiliano del XIX secolo e autore del Codice Civile Brasiliano del 1916, aveva segnalato l'originalità dei diritti latino-americani (in *Lições de legislação comparada sobre o Direito Privado*, 1893, n. 32 ss., sp. n. 46 ss.), e, sulla base della classificazione dei sistemi di Glasson, ne ha proposto una nuova aggiungendo ai tre gruppi di Glasson un quarto dedicato al diritto latino-americano.

³ Per le critiche mosse dalla dottrina brasiliana sul nuovo codice v., per tutti, G. TEPEDINO, *O Velho Projeto de um Revelho Código Civil*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1999, p. 437 ss.; A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, in *Rev. Trim. Dire. Civ.*, 2000, p. 1 ss.; L.E. FACHIN, C.E. PIANOVSKI RUZYK, *Um Projeto de Código Civil na Contramão da Constituição*, in *Rev. trim. dire. civ.*, 4, 2000, p. 243 ss.; M.C. DE CICCO, *Il nuovo codice civile brasiliano: un esempio di involuzione del diritto*, in *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, ESI, Napoli, 2006, p. 485 ss.

⁴ Come non manca di segnalare H. VALLADÃO, *História do direito especialmente do direito brasileiro*, 4ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1980, *passim*.

fluenza del modello italiano, mediante la citazione di esempi, in alcuni settori del diritto.

2. Diritto costituzionale

In relazione al diritto costituzionale, più aperto al recepimento del diritto straniero⁵, l'influenza italiana può essere vista sia in senso positivo sia negativo, di esclusione di un modello non rispondente agli obiettivi del costituente e dei valori dell'ordinamento allora vigente. È il caso della Costituzione del 1934 che ha previsto non solo la rappresentanza politica ma anche quella professionale che non rispecchiasse soltanto una tendenza corporativistica, come la legge elettorale italiana del 1928⁶.

L'influenza italiana risulta evidente nelle Costituzioni del 1937 e del 1967, entrambe vigenti in regime dittatoriale, che hanno preso a modello il decreto-legge e, relativamente alla Carta del 1967, la legge-delega, nonostante la differenza di regime, parlamentare in Italia e presidenzialista in Brasile.

La vigente Costituzione del 1988 ha recepito il decreto-legge (*medida provisória*) anch'esso tipico di un contesto parlamentarista e quindi non adatto al regime presidenzialista brasiliano⁷.

3. Diritto processuale civile

Nell'ambito del diritto pubblico, la ripercussione più intensa del modello italiano riguarda il diritto processuale civile, specie dopo l'arrivo di Enrico Tullio Liebman⁸ in Brasile alla fine degli anni 30. Ma già prima, il Codice di Processo Civile del 1939 si era ispirato al progetto di Codice di Procedura italiano di Chiovenda del 1919 e ai lavori di Chiovenda⁹ stesso e di Piero Calamandrei. Arrivato in Bra-

⁵ V. sul punto l'analisi compiuta da A.L. DE LYRA TAVARES, *Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro*, in *Rev. Prisma juríd.*, 5, 2006, p. 59 ss.

⁶ Come rileva A.L. DE LYRA TAVARES, *op. cit.*, p. 66.

⁷ Ancora A.L. DE LYRA TAVARES, *op. cit.*, p. 69.

⁸ Oltre le opere pubblicate in Italia, E. TULLIO LIEBMAN ha scritto anche *Processo de execução*, Saraiva, São Paulo, 1946 (pubblicato anche da Bestbook, 2001) nonché dodici saggi raccolti in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Bestbook, São Paulo, 2004. V., pure *Embargos do executado. Oposições de mérito no processo de execução*, tr. 2ª ed. italiana di J. Guimarães Menegale, 2ª ed., Saraiva, 1968.

⁹ V., in lingua portoghese, *Instituições de Direito Processual Civil*, tr. dalla 2ª ed. italiana di J. Guimarães Menegale, 3 voll., 3ª ed. Saraiva, São Paulo, 1969.

sile, Liebman ha insegnato nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di São Paulo, formando diversi allievi (Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.) al punto di creare la c.d. Scuola processuale di São Paulo¹⁰. La legislazione processuale brasiliana ha subito una enorme influenza dei suoi insegnamenti, specie la teoria, gli elementi e le condizioni dell'azione che sono stati prontamente recepiti nel Codice di procedura Civile del 1973 ad opera di Alfredo Buzaid considerato allievo diretto di Liebman. Tuttavia, come si sa, in relazione alle condizioni dell'azione, Liebman, verifica che la possibilità giuridica è legata al merito e quindi non può essere considerata una «condizione di ammissibilità della domanda» e quindi, nell'intuito di mantenersi coerente con la sua concezione di azione passa ad indicare soltanto due condizioni: l'interesse ad agire e la legittimazione. La nuova impostazione non è stata pienamente seguita dalla dottrina brasiliana mentre ha diviso la giurisprudenza in materia. L'annosa questione ha finalmente trovato una soluzione nel progetto del nuovo codice di procedura civile che ha espressamente escluso la possibilità giuridica come condizione d'azione.

Un altro istituto di ispirazione italiana (e francese) introdotto nel nuovo Codice di procedura civile è la stabilizzazione della tutela che consente di mantenere l'efficacia del provvedimento d'urgenza o delle misure anticipatorie (anticipazione di tutela), fino ad una eventuale impugnazione della parte contraria (*exposição de motivos*).

In un'analisi, seppur sommaria, dell'influenza della processualistica italiana non si può omettere di segnalare l'opera di Mauro Cappelletti che ha avuto un'influenza notevole sia sulla dottrina brasiliana che sul formante legislativo. Mauro Cappelletti, come si sa, si è preoccupato essenzialmente del principio di oralità¹¹, delle garanzie costituzionali del processo e della sua portata sociale¹², dell'accesso alla giustizia,

¹⁰ Sul ruolo e sull'influenza del pensiero di Liebman in Brasile, v., C.R. DINAMARCO, *Liebman e a cultura processual brasileira*, in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, DPJ, São Paulo, 2005.

¹¹ L'attenzione di M. Cappelletti sul tema risulta espressamente dal relatorio presentato al II Convegno latino-americano di Diritto processuale realizzatosi nel febbraio 1960 nella Città del Messico e pubblicato con il titolo *Valore attuale del principio di oralità*, in *Giur. it.*, 1960, IV, c. 89 ss. V, pure, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*, Milano, 1962.

¹² M. Cappelletti identifica la dimensione sociale del processo con una rivoluzione copernicana nella misura in cui il processualista più che fermarsi al diritto come norma, concentra la propria attenzione sull'effettività del diritto nel mondo reale, spostando così l'angolo visuale agli utenti dei servizi processuali.

principalmente mediante la protezione degli interessi diffusi¹³, delle vie alternative di tutela e della giustizia co-esistenziale, basata in forme di conciliazione, del ruolo del giudice e della sua responsabilizzazione, senza tralasciare evidentemente la questione dell'ideologia¹⁴.

La sua visione sociologica del processo, ereditata da Piero Calamandrei ha avuto grande peso sulla produzione processualistica brasiliana¹⁵.

Si può segnalare l'influenza dei suoi insegnamenti sull'elaborazione di 3 importanti leggi concernenti agli interessi diffusi (l. n. 7.347 del 24.7.1985 che regola l'azione civile pubblica di responsabilità per danni cagionati all'ambiente, al consumatore, a beni e diritti di valori artistici, estetici, storico, turistico, paesaggistico ed qualsiasi altro interesse diffuso o collettivo¹⁶), ai *juizados especiais* (l. 7.11.1984, n. 7244¹⁷) e al diritto dei consumatori (*Código brasileiro de defesa do consumidor*, L. n. 8.078, de 11.9. 1990), in relazione alle azioni collettive previste nel Codice, laddove, trattandosi di difesa del consumatore, la preoccupazione del legislatore brasiliano è stata con l'effettività della protezione e con l'agevolazione all'accesso alla giustizia¹⁸.

4. Diritto tributario

Anche nel diritto tributario si denota l'influenza italiana, la quale,

¹³ La sua opera su questo tema è vasta, ma v., fra le altre, le interessanti pagine *Povertà e giustizia*, in *Foro it.*, 1968, V, c. 114.

¹⁴ V., sul punto, *Problemas de Reforma do processo Civil nas Sociedades Contemporâneas*, in *O Processo Civil Contemporâneo*, a cura di L.G. Marinoni, Curitiba, 1994, p. 9 ss.

¹⁵ La diffusione del pensiero di M. Cappelletti è dovuta non soltanto alla sua frequente presenza in seminari e convegni in Brasile ma anche alla traduzione in lingua portoghese di svariate sue opere. Esemplicativamente si possono citare *A ideologia no Processo Civil*, in *Rev. Jurispr. Trib. Just. Rio Grande do Sul*, 1969, p. 2 ss.; *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, 1988; *Juizes Irresponsáveis*, Fabris, 1989; *Juizes Legisladores?*, Fabris, 1993.

¹⁶ Sull'influenza di M. Cappelletti sul tema v. A. PELLEGRINI GRINOVER, *Novas Tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, in *O Processo em sua Unidade*, II, Rio de Janeiro, 1984, p. 88 ss.

¹⁷ Si potrebbe affermare che questa legge sintetizza le idee di M. Cappelletti laddove il sistema del *Juizado Especial*, che tende a semplificare il processo anche mediante la previsione di conciliatori e giudici onorari, si basa sull'agevolazione all'accesso alla giustizia, sull'incremento dell'oralità e sulla parità degli strumenti, con conseguente maggiore effettività del diritto. Sul punto v. *Princípios e Critérios no Processo das Pequenas Causas*, a cura di K. Watanabe, São Paulo, 1985.

¹⁸ COSÍ, A. PELLEGRINI GRINOVER, K. WATANABE et al, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do Anteprojeto*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2001.

secondo gli studiosi brasiliani in materia¹⁹, è stata determinante non solo per lo sviluppo ma addirittura per la nascita di questo ramo del diritto in Brasile. Ancora una volta tale ripercussione è dovuta alla presenza di Tullio Ascarelli, il primo ad avere propiziato il trattamento giuridico scientifico delle questioni fiscali, fino ad allora studiata dagli avvocati dell'agenzia delle entrate soltanto per la soluzione immediata dei casi concreti. Dal suo corso del 1947 su «Principi basilari dell'imposta sui redditi e il sistema brasiliano»²⁰ ha partecipato anche Ruy Barbosa Nogueira, diventato poi il primo professore di Diritto tributario dell'Università di São Paulo. Incisiva è stata quindi e lo è tuttora l'influenza italiana sulla produzione scientifica brasiliana in materia²¹. In particolare, dal punto di vista scientifico, è evidente l'influenza della concezione di Vanoni²² sull'insieme di doveri del contribuente verso il fisco e sul ruolo dello Stato nella riscossione delle imposte. Da segnalare anche la notevole importanza di Victor Uckmar per la costruzione della dottrina tributarista brasiliana²³.

Ruolo importante nella diffusione del formante dottrinario italiano hanno svolto le riviste scientifiche, specie 'Diritto e pratica tributa-

¹⁹ Per una chiara visione dell'influenza italiana v. A. JORGE DA COSTA, *A Doutrina Tributária Italiana e sua Influência no Direito Tributário Brasileiro*, in *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado. Estudos em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*, a cura di A. Toffoli Tavoraro, B. Machado, I. Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro, 1988, p. 24 ss. L'A., seppur di forma sommaria, effettuò una ricostruzione storica dell'influenza italiana in materia, segnalando che il primo riferimento alla dottrina italiana è stato per mano di VEIGA FILHO, *Manual de Ciências das Finanças*, 1898, che cita, in lingua originale, L. COSSA, *Primi elementi di scienza delle finanze*; R. SALERNO, *Scienza delle finanze*; F. FLORA, *Manuale di scienza delle finanze*; F. NITTI, *Scienza delle Finanze*. Cfr. anche H. TAVEIRA TORRES, *Contribuições da Doutrina Italiana para a Formação do Direito Tributário Brasileiro*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2002, p. 380 ss, il quale opera un'analisi ricostruttiva storica della influenza della dottrina italiana sulla normativa brasiliana.

²⁰ Nell'originale, *Princípios Básicos do Imposto de Renda e o Sistema Brasileiro*, considerato il primo corso monografico di carattere scientifico sulla materia tributaria realizzatosi in Brasile.

²¹ Sull'importanza di T. Ascarelli nello sviluppo del diritto tributario brasiliano v. R. BARBOSA NOGUEIRA, *A Contribuição de Tullio Ascarelli para a formação da doutrina jurídico-tributária do Brasil*, in *Rev. Dir. Merc., Ind., Econ. Financ.*, 38, 1980, p. 61 ss. e in italiano, *Il contributo di Tullio Ascarelli alla formazione della dottrina giuridico-tributaria*, in *Dir. prat. tribut.*, 1980, I, p. 553.

²² E. VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932; *Lezioni di diritto finanziario e scienza delle finanze tenute nell'anno 1936-37*, 2 voll., Padova, 1937, sp., vol. II, *Elementi di diritto tributario*.

²³ Come non ha mancato di sottolineare dettagliatamente H. TAVEIRA TORRES, *Contribuições da Doutrina Italiana para a Formação do Direito Tributário Brasileiro*, cit., p. 397.

ria', 'Rivista di diritto finanziario', 'Scienza delle finanze' e 'Rivista di diritto tributario'.

Sul formante legislativo, si denota l'influenza dei tributaristi italiani nell'elaborazione del *Código Tributário Nacional* del 1965 che ha recepito, fra le altre, la definizione di tributo sviluppata da Tesouro, A.D. Giannini e Berli; la concezione di Vanoni sulla interpretazione e applicazione della legislazione tributaria; la concezione di A.D. Giannini sull'obbligazione tributaria.

5. Diritto del lavoro

Nel diritto del lavoro è evidente l'influenza della dottrina corporativista italiana sulla legislazione della prima metà del secolo XX²⁴. Alcune dichiarazioni della Carta del lavoro sono state incorporate nelle varie Costituzioni brasiliane. La 2^a, per esempio, ispirò l'art. 3 della *Consolidação das Leis do Trabalho* – CLT (Statuto dei lavoratori brasiliano) che vieta qualsiasi distinzione fra lavoro intellettuale, tecnico o manuale e a partire dalla Costituzione del 1946 questo precepto passa a integrare il testo costituzionale mantenendosi fino all'attuale Costituzione. Nel tempo si è arrivati al riconoscimento pieno della libertà sindacale²⁵ ma il principio dell'unità sindacale, con il divieto della creazione di più di una entità sindacale rappresentativa della medesima categoria professionale o economica nella stessa base territoriale, ispirato alla *dottrina corporativista*, è stato mantenuto anche nella Costituzione del 1988 (art. 8, II Cost.).

6. Diritto e procedura penale

Il diritto e la procedura penale si pongono in controtendenza, giac-

²⁴ Per una dettagliata analisi dell'influenza italiana sul diritto del lavoro, v. C. MESQUITA BARROS, *A influência italiana no direito do trabalho brasileiro* (http://www.mesquitabarros.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=57:a...&Itemid=&lang=es).

²⁵ V., tuttavia, C. MESQUITA BARROS, *A influência italiana no direito do trabalho brasileiro*, cit., p. 17 s., secondo cui il principio di libertà sindacale disegnato nella Carta del Lavoro, presente nella *Consolidação das Leis do Trabalho* brasiliana, fu alterato soltanto parzialmente nella Costituzione del 1988. Ad avviso dell'A., tanto ciò è vero che si afferma che «la libertà sindacale in Brasile costituisce una 'mezza libertà', giacché la Costituzione del 1988 ha assicurato soltanto l'autonomia sindacale nei confronti del Potere pubblico (art. 8, I) e la libertà individuale negativa di associazione (art. 8, V), al contrario delle Costituzioni effettivamente democratiche ove la libertà di associazione professionale è piena».

ché a fronte della grande influenza del modello legislativo e scientifico italiano della fine del secolo XIX e prima metà del secolo XX, oggi l'interesse dei giuristi brasiliani è volto verso il Portogallo, la Spagna e la Germania. È noto infatti che il Codice penale del 1890 si è ispirato al Codice Zanardelli²⁶ e quello del 1940 al Codice Rocco.

7. Diritto civile costituzionale

Del diritto privato i colleghi Zanetti e Calderale si occuperanno di forma più dettagliata. Tuttavia, mi sia consentito un cenno al riguardo. Credo di non sbagliare affermando che nel diritto contemporaneo, l'influenza più marcata del modello italiano concerne il diritto privato e sia data dalla metodologia del diritto civile costituzionale. Perché è innegabile che dalla fine degli anni '80, inizi degli anni '90, dopo l'entrata in vigore della Costituzione dell'88, la dottrina del diritto civile costituzionale legata all'insegnamento di Pietro Perlingieri, ha avuto un fortissimo impatto in Brasile²⁷. Ha avuto una accoglienza da parte della dottrina²⁸ e conseguente applicazione da parte dei giudici che ha superato di molto l'operato della dottrina e della giurisprudenza italiane sul tema giacché è utilizzata anche al di là del diritto civile. Una metodologia che ha aperto la strada anche al recepimento di altri autori italiani che prima non venivano studiati, o

²⁶ Prontamente sottolineato da M. REALE, *História da ciência do direito no Brasil*, in R. LIMONGI FRANÇA, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 1977.

²⁷ L'influenza di Perlingieri sullo sviluppo del diritto civile in Brasile è stata notevole e, nel 1998 fu insignito della Laurea *honoris causa* in Giurisprudenza presso l'Università do Estado do Rio de Janeiro. Se all'inizio l'opera di Perlingieri era appannaggio degli studiosi del diritto civile familiarizzati con la lingua italiana, dopo la traduzione dei suoi testi, i suoi insegnamenti si sono largamente diffusi non solo fra gli operatori del diritto ma anche fra gli studenti, sia dei corsi di laurea sia di quelli post-laurea. Di P. PERLINGIERI, in lingua portoghese, si vedano: *Perfis do Direito Civil. Uma introdução ao direito civil constitucional*, tr. di M.C. De Cicco, Renovar, Rio de Janeiro, 1997; *Normas constitucionais nas relações privadas*, in *Rev. Faculd. Dire. UERJ*, 6 e 7, 1998/1999, p. 63 ss.; *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, edição brasileira organizada por M.C. De Cicco, Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

²⁸ È impossibile dar conto delle numerosissime pubblicazioni e lavori che seguono o citano le opere di P. Perlingieri, solo esemplificativamente, oltre gli autori citati nelle note seguenti, cf. J. MARTINS-COSTA, *Do inadimplemento das Obrigações*, in *Comentário ao Novo Código Civil* coord. da Sálvio de Figueiredo Teixeira, sub artt. 389 a 420, Forense, Rio de Janeiro 2009; P. LÔBO, *Direito Civil dos Contratos*, Saraiva, São Paulo 011; M.C. DE CICCIO, *Teoria da interpretação e normas de direito civil*, in *Revista brasileira de filosofia*, 235, 2010, p. 231 ss.

almeno non con l'attenzione che meritano, come Stefano Rodotà²⁹, per esempio.

Già prima della Costituzione del '88, gli operatori del diritto e gli studiosi del diritto civile erano entrati in contatto con gli insegnamenti di Perlingieri, come segnala il Min. Eros Roberto Grau³⁰. Il Brasile viveva un periodo di oppressione da parte del governo totalitario ragion per cui qualsiasi discorso sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla dignità umana (sistematicamente violati dai militari) era visto come sovversivo. In questo contesto, verso la fine degli anni '70, Perlingieri ha tenuto una conferenza nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di São Paulo sulla centralità della persona nell'ordinamento giuridico e sui suoi diritti, che ha sensibilizzato di maniera marcante la platea formata da magistrati, avvocati e studenti.

Ma facciamo un passo indietro per capire il motivo di tale impatto. Si può osservare che dalla metà degli anni '80, a séguito dell'apertura democratica, si prende coscienza che lo Stato moderno è caratterizzato non da un rapporto di subordinazione del cittadino alla sovranità dello Stato, bensì dal compromesso costituzionalmente garantito di realizzare l'interesse del singolo. Ed è con questo spirito che si riunisce la Costituente con il compito di preparare un testo consono ai principi democratici che si volevano perseguire. Il costituente si è ispirato a diversi modelli, fra cui quello italiano, recependo l'idea di libertà non in senso individualistico, ma permeata da una dimensione sociale. In particolare, l'influenza della Costituzione italiana si fa sentire negli artt. 1 e 3 della Costituzione brasiliana e qui mi fa piacere raccontarvi una curiosità storica, in realtà poco conosciuta. Durante la preparazione della Costituzione il dibattito è stato intensissimo e in esso ha avuto un peso non indifferente il ruolo dell'Ordine degli Avvocati del Brasile, che ha organizzato diversi incontri a tale fine. Nella Conferenza Nazionale realizzatasi a Belém, nel 1986, ha partecipato un (allora) giovane giurista brasiliano che ha presentato una tesi, approvata all'unanimità, *pro* inclusione nel Pro-

²⁹ S. RODOTÀ è una presenza costante in Brasile ove ha partecipato a diversi incontri e convegni. Di sua autoria, in lingua portoghese, v. *Transformações do corpo*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, 19, 2004, p. 91 ss.; *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, trad. e cura di M.C. Bodin de Moraes, Renovar, Rio de Janeiro 2008.

³⁰ Cf. E.R. GRAU, Prefazione all'edizione brasiliana del libro *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti (O Direito Civil Constitucional, cit.)*. Anche prima della Costituzione del 1988 il Min. Grau sosteneva vivamente l'applicabilità diretta dei principi costituzionali: cf. *A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas*, in *Rev. Dire. Constit. Ciênc. Polít.*, 4, 1985, p. 41 s.

getto di Costituzione, del principio di solidarietà sociale, che il relatore, Bernardo Cabral, ha accolto senza esitazione. La tesi era totalmente fondata sulla metodologia del diritto civile costituzionale che l'autore, Gustavo Tepedino³¹, aveva appreso durante i suoi studi di post laurea a Camerino.

Nel periodo di tempo che va dall'entrata in vigore del Codice del 1916 alla Costituzione del 1988, ci sono stati diversi cambiamenti, di cui difficilmente si potrà dare conto in questa sede. Si può osservare tuttavia che il declino dell'era di stabilità e sicurezza registrato in Europa già nella metà del XIX secolo, ha avuto forti ripercussioni nella politica legislativa brasiliana a partire degli anni 20. Ciò ha costretto il legislatore a ricorrere sempre di più a leggi eccezionali, con l'intuito di mantenere la completezza e l'esclusività del Codice civile. Con l'avvento del processo interventista dello Stato nella economia, il Codice civile perde forza e interi settori dell'attività privata cominciano ad essere disciplinati integralmente da leggi speciali. Tale meccanismo si concretizza nella Costituzione del '88 che specchia una opzione legislativa a favore di uno Stato Sociale.

Così, ispirato al modello italiano, il legislatore abdica alla tradizionale tecnica regolamentare e ricorre sempre più spesso alle clausole generali, specie a partire dal Codice di Difesa del Consumatore (CDC), del 1990. Il Codice del consumatore nel contesto di questo Convegno si segnala come esempio di circolazione di modelli in quanto per la sua elaborazione il legislatore si è ispirato alle disposizioni normative straniere più avanzate, adattandole alla realtà e alle esigenze brasiliane. Il testo oggi in vigore, a sua volta, è preso a modello dai legislatori degli stessi e di altri paesi impegnati nel rinnovamento della propria legislazione consumeristica. In Brasile, le categorie e le tecniche introdotte dal CDC sono state sviluppate con maestria da un grande civilista brasiliano, prof. Antonio Junqueira de Azevedo³², dell'USP, specie per quel che concerne all'introduzione delle clausole generali, come la buona fede oggettiva, nei rapporti di diritto privato. La sua dottrina ha così spianato la strada alla *vis expansiva* del CDC.

I cambiamenti paradigmatici avvenuti portano, di conseguenza, dottrina e giurisprudenza a comprendere che il criterio ermeneutico da seguire non potrà essere altro che quello che si estrae dal contesto globale dell'ordinamento, ossia, sistematico. Così, dopo la Costi-

³¹ G. TEPEDINO, *A proteção da pessoa humana na nova Constituição*, tesi presentata alla XI Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil.

³² V.A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *A boa-fé na formação dos contratos*, in *Rev. Dire. Consum.*, 3, 1992, p. 78 ss.

tuzione, la giurisprudenza poco a poco si rende conto della necessità di confrontare il sistema con il fatto, con la realtà sociale, con i problemi concreti. Per fare un esempio, in virtù del personalismo e solidarismo che oggi caratterizzano il testo costituzionale anche per stabilire il disegno della proprietà nell'ordinamento brasiliano come diritto soggettivo duttile si è fatto ricorso esaustivamente all'esperienza della dottrina e della giurisprudenza italiane maturatesi nel frattempo. Una funzionalità che oggi si stende al possesso e al contratto.

Il cammino che Pietro Perlingieri indica per la formazione di una cultura giuridica in consonanza con la legalità costituzionale è stato prontamente seguito dai giuristi brasiliani, *in primis* Gustavo Tepedino³³, Maria Celina Bodin de Moraes³⁴, Luiz Edson Fachin³⁵, Renan Lotufo³⁶, che in questi anni, non senza affrontare difficoltà e ostacoli, hanno formato generazioni di giuristi rispettosi della legalità costituzionale. Ciò ha contribuito al consolidamento di una metodologia che si è rivelata e si sta rivelando sempre più un importante strumento per la concretizzazione dei valori esistenziali privilegiati dalla Carta costituzionale del 1988 e la conseguente costituzionalizzazione del diritto civile. Un'impostazione metodologica che sottolinea il ruolo dei principi fondamentali nei rapporti di diritto privato mediante il riconoscimento del suo carattere normativo³⁷. La depatrimonializza-

³³ V., fra le tante, G. TEPEDINO, *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in ID., *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 1 ss.; ID., *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, in ID., *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 23 ss.

³⁴ V., fra le altre opere, M.C. BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003; ID., *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Rev. Dir. Civ.*, 65, 1993, p. 21 ss.; ID., *Ampliando os direitos da personalidade*, in J. RIBAS VIEIRA (a cura di), *20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?*, Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 371 ss.

³⁵ V., esemplificativamente, L.E. FACHIN, *Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

³⁶ V., fra le altre, R. LOTUFO, *Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição*, in I. WOLFFANG SARLET (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, 2^a ed. rev. e ampl., Livraria do Advogado Editore, Porto Alegre, 2003, p. 13 ss.; ID. (coord.), *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, Caderno 1, Max Limonad, São Paulo, 1999, Caderno 2, Juruá Ed., Curitiba, 2001; Caderno 3, Malheiros Ed., São Paulo, 2002.

³⁷ Il carattere precettivo delle norme costituzionali e conseguente applicazione diretta dei principi nei rapporti privati è sostenuto con forza dal Ministro del Supremo Tribunal Federal E.R. GRAU, come dimostra il voto nel RE 407.688-8, ove dichiara che «Os constitucionalista que negam a vinculação dão prova cabal de que, aqui entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica 'consti-

zione del diritto civile, che privilegia le situazioni giuridiche esistenziali su quelle patrimoniali e l'ormai diffusa tecnica dell'applicazione diretta e immediata dei principi costituzionali³⁸ è stata fondamentale nel superamento degli ostacoli all'effettiva tutela della persona. La giurisprudenza dei Tribunali superiori ne è un esempio concreto³⁹.

L'applicazione diretta dei principi costituzionali ha consentito alla giurisprudenza di ovviare alle omissioni del legislatore, giungendo a soluzioni pioniere specie nell'ambito del diritto delle persone e della famiglia.

Si può affermare che si tratta di una metodologia oggi prevalente che ha svolto un ruolo importante nella concretizzazione del cambiamento paradigmatico iniziato dopo l'apertura democratica e attuato dalla Costituzione del 1988. Difatti, la circostanza che il 'nuovo codice' sia venuto alla luce contravvenendo in diversi punti i principi fondamentali introdotti dalla Costituzione del 1988, ha consentito alla dottrina del diritto civile costituzionale di dimostrare, nella pratica, la necessità di un'interpretazione giuridica non formalista, ma che riesca ad interpretare le disposizioni normative nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, in una accezione sistematica e assiologica. Una metodologia alla quale ancora una volta la dottrina e la giurisprudenza brasiliane ricorrono per risolvere i problemi posti dalle nuove tecnologie e che riguardano la questione di sempre, ossia trovare un compromesso tra i valori fondamentali e gli spazi di libertà che si richiedono sempre più ampi.

tucionalização do direito civil. Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina moderna de direito público é a produzida pelos civilistas...».

³⁸ Cf., per tutte, STF, RE 201819, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005. La giurisprudenza che applica la metodologia del diritto civile costituzionale è copiosa, essendo impossibile darne conto in questa sede. Per un'analisi della dottrina del diritto civile costituzionale in Brasile, sia consentito rinviare a M.C. DE CICCO, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale in Brasile: dialogando con Pietro Perlingieri*.

³⁹ Per una compiuta analisi dell'evoluzione della giurisprudenza dei Tribunali Superiori sul tema v., G. TEPEDINO, *Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras* (<http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/bc-28-e-29/normas-constitucionais-e-relacoes-privadas-na-experiencia-das-cortes-superiores-brasileiras>), il quale sostiene e dimostra come la forza normativa della Costituzione sia ormai una realtà nell'ambito dei Tribunali brasiliani.

ALFREDO CALDERALE

La circolazione del modello italiano nelle codificazioni brasiliane del diritto privato

SOMMARIO: 1. Il sistema giuridico brasiliano e la comparazione. – 2. Il *código civil* del 1916 e gli apporti della comparazione: l'influenza italiana. – 3. Il diritto brasiliano al tempo delle dittature: il corporativismo italiano e l'*Estado novo* di Getúlio Vargas. – 4. Il diritto brasiliano e il ritorno della democrazia negli anni Ottanta del secolo scorso: i contributi della Costituzione italiana alla disciplina degli istituti di diritto privato contenuta nella Costituzione brasiliana del 1988. – 5. Il modello italiano e il *código civil* del 2002.

1. Il sistema giuridico brasiliano e la comparazione

In Brasile, a partire dal 1822, data della proclamazione dell'indipendenza dal Portogallo, fino ai nostri giorni la circolazione di modelli giuridici stranieri è avvenuta ad opera di giuristi impegnati, in primo luogo, a elaborare il nuovo diritto nazionale e, poi, a riformarlo secondo le necessità del Paese. Questi giuristi hanno dato il loro contributo all'affermazione, un po' enfatica, che l'America Latina costituisce «il sogno dei comparatisti»¹.

Al tempo dell'indipendenza i giuristi brasiliani, molti dei quali appartenenti alla *élite* dell'Impero, cioè a famiglie di latifondisti «con solide radici nel Paese fin dall'epoca coloniale»², furono dei «solitari comparatisti per necessità»³ perché, mancando una letteratura nazionale, si dedicarono, anche in vista delle future codificazioni promesse dalla Costituzione del 1824⁴, allo studio delle leggi e degli autori stranieri, prevalentemente francesi e tedeschi. A partire dagli anni Ot-

¹ K. ROSSEN, *Teaching Latin American Law*, in *Am. J. Comp. Law*, 19, 1971, p. 692.

² T. ASCARELLI, *Sguardi sul Brasile*, Milano, 1949, p.31, dove l'A esalta il livello di questi personaggi nell'atmosfera improntata di elevato spirito pubblico che si respirava in quegli anni.

³ A. WALD, *Le droit comparé au Brésil*, in *Rev. inter. droit comp.*, 1999, p. 814.

⁴ L'art. 179. XVIII dichiarava che sarebbero stati fatti, quanto prima, codice civile e codice penale fondati sulle solide basi della giustizia e dell'equità.

tanta dell'Ottocento l'autodidattismo assoluto dei singoli fu affiancato dalla generale diffusione dello studio del diritto comparato voluto dall'ordinamento degli studi universitari, il quale, verso la fine del secolo XIX, stabilì che «o estudo do direito Constitucional, Criminal, Civil, Comercial e Administrativo serà sempre acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos»⁵, un sistema ereditato dalla tradizione portoghese del XVIII secolo e che, essendosi concentrato sulle leggi, sembrò riecheggiare i canoni della scuola dell'esegesi⁶.

I retaggi di questa eredità vivono ancora oggi.

Nell'insegnamento universitario la centralità della comparazione è rimasta formalmente in vigore fino ai nostri giorni, anche se, salvo lodevoli eccezioni, tende a risolversi in un qualche cenno del tutto superficiale a istituti e sistemi giuridici stranieri, riducendo di molto la pienezza del sogno comparatistico.

Nella letteratura la comparazione ha un ruolo importante. Le personalità di maggior spicco tendono ad esporre il loro sistema con lo sguardo prevalentemente rivolto alla dottrina e alle leggi straniere senza riferimenti significativi alla giurisprudenza sicché la ricostruzione degli istituti, a partire dal diritto romano classico e giustiniano, è presentata come il risultato del dialogo tra studiosi e legislatore nazionale in molti casi disposto ad accogliere, in tutto o in parte, costruzioni teoriche e soluzioni legislative anche straniere prospettate come le principali espressioni di sistemi giuridici comunicanti. A causa di tale impostazione i lavori hanno un tono prevalentemente sistematico e astratto, privo di rapporti con la realtà economico sociale del Paese e con l'evoluzione storica.

Tra i formanti dell'ordinamento la dottrina è decisamente prevalente non solo per la nota ragione che essa svolge il compito di percorrere vie nuove, suscitare «nuovi problemi e riesaminare vecchie soluzioni»⁷ aprendo la strada ai giuristi pratici, ma anche per la rilevanza dell'eredità portoghese del XVIII secolo quando le riforme pombaline della giustizia e degli studi universitari affidarono ai professori dell'Università di Coimbra il compito di individuare e insegnare le disposizioni che, alla luce della *boa razão*, risultavano ap-

⁵ Decreto n. 7.247 de 1879, art. 23; Decreto n. 9.360 de 17 janeiro de 1885, art. 8. Agli inizi del XX secolo furono istituiti corsi di *legislação comparada*. Sul punto, A.W. BASTOS, *O ensino jurídico no Brasil*, 2^a ed., Rio de Janeiro, 2000, p. 145 ss.

⁶ In questa prospettiva, C. DE OLIVEIRA, *Curso de legislação comparada*, Rio de Janeiro, 1903, esaltò l'utilità della comparazione per gli studi della dottrina e l'evoluzione della legislazione.

⁷ T. ASCARELLI, *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 123.

plicabili ai casi non espressamente regolati dalle fonti nazionali del diritto sicché le loro conclusioni, «basate sulla considerazione del diritto romano o, nelle materie del commercio e della navigazione, delle leggi delle nazioni cristiane illuminate e civili» sarebbero presto state considerate autentici chiarimenti di valore normativo per le corti⁸.

I giudici, quindi, subiscono esplicitamente l'influenza degli studiosi e, a differenza dei loro colleghi italiani, citano nelle sentenze gli autori più prestigiosi, anche stranieri, a sostegno delle motivazioni della decisione. Tale abitudine è incentivata dal fatto che molti giudici sono allo stesso tempo professori universitari⁹ in quanto la legge, allo scopo di avere giudici colti, utili specialmente nelle zone più arretrate del Paese, consente, a differenza di quanto avviene in Italia, che si possa ricoprire il doppio ruolo. Rivalutando il formante giurisprudenziale, i giudici a volte citano i precedenti nazionali e, per legittimare soluzioni particolarmente innovative, anche sentenze straniere, riprendendo la tradizione affermatasi nelle corti portoghesi a partire del XVIII secolo.

Lo stile delle sentenze brasiliane è interessante perché oltre al *reatório* e alla *motivação* che giustifica la *decisão* (art. 458 c.p.c.), redatte dal giudice relatore, esse contengono anche il *voto* di chi ha dissentito dalla risoluzione del caso voluta dalla maggioranza e le ragioni del disaccordo espresse in forma più o meno articolata. Si tratta del c.d. *voto de vencido*. Nell'evoluzione giurisprudenziale la posizione di minoranza, anche quando espressa in modo più argomentato della tacitiana dichiarazione di dissenso, non ha la stessa ampiezza e il ruolo trainante della *dissenting opinion* dei giudici di *common law* anche perché le recenti disposizioni in tema di *súmula vinculante* del *Supremo Tribunal da Federal*¹⁰, erede dell'istituto portoghese degli *assentos*, non hanno in realtà introdotto la regola dello *stare decisis* nei termini propri dei sistemi di *common law*¹¹ e quindi

⁸ G. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, in *Scient. Jurid.*, IV, p. 2, 29 ss.

⁹ A. CALDERALE, *O Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes e o Novo Código Civil Brasileiro*, in *Rev. EMERJ*, 2008, p. 22 ss.

¹⁰ F. MARTINS DE ANDRADE, *Comentários sobre a Regulamentação da Súmula com Efeito Vinculante (EC nº 45/2004 e Lei 11.417, de 19.12.2006)*, in *Rev. inform. legisl.*, 2007, p. 49 ss. La *súmula* indica una 'raccolta' di decisioni che esprimono l'orientamento predominante del tribunale, le cui tesi sono espresse di brevi enunciati numerati.

¹¹ D. CORAPI, *Tradizione romanistica e influenze di common law nell'evoluzione del diritto brasiliano*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p.370.

non hanno scalfito in misura significativa la preponderanza della dottrina, chiamata a legittimare in sede teorica ogni nuovo orientamento.

Negli ultimi tempi, però, è innegabile che la forza persuasiva della giurisprudenza tende a guadagnare terreno sia per la stessa riforma legislativa del 2006, sia per la facilità di accesso telematico ai prodotti delle varie corti federali e statali.

In questo scenario s'inquadra il tema della influenza italiana sulle codificazioni del diritto privato brasiliano. Hanno contribuito e ancora contribuiscono alla circolazione del modello italiano lo studio dei prodotti della nostra dottrina, la citazione delle sentenze italiane da parte delle corti brasiliane e anche i soggiorni di studio oggi più frequenti rispetto al passato quando se ne verificarono di particolarmente fruttuosi. Si ricordano ancor oggi la permanenza di Miguel Reale, ispiratore della filosofia del codice del 2002, negli anni Quaranta del Novecento in Italia, dove divenne allievo di Giorgio Del Vecchio oppure, nel 1958, la visita di Emilio Betti alla Facoltà di diritto dell'Università Federale di Rio Grande del Sud, nella quale tenne un «magnifico corso» di diritto dei contratti che, negli anni Ottanta del secolo scorso, avrebbe offerto spunti preziosi a un autorevole studioso brasiliano influente nell'affermazione del principio della buona fede contrattuale¹² oppure, per considerare tempi più recenti, l'esperienza di studio di Gustavo Tepedino presso l'Università di Camerino come allievo di Pietro Perlingieri di cui ha assimilato gli insegnamenti chiaramente percepibili nei suoi lavori.

2. *Il código civil del 1916 e gli apporti della comparazione: l'influenza italiana*

Destinato a chiudere l'epoca delle grandi codificazioni borghesi, iniziata nel 1804 con il *code civil*, il *código civil* del 1916 elaborato da Clovis Beviláqua, professore di *Legislação Comparada* nella Facoltà di diritto di Recife, fu un codice dalla impostazione individualista, liberale e formalista e riflesse l'importanza dei latifondisti dediti alla c.d. economia del caffè latte, una classe sociale che, però, stentava ad emergere come classe dirigente del Paese e ad allearsi alla classe lavoratrice come mostrava l'assenza, nella disciplina del rapporto di lavoro, della pur pallida e patriarcale etica previdenziale espressa dal *BGB* nei §§ 616-619¹³.

¹² C. COUTO E SILVA, *O principio de boa-fé no direito brasileiro e português*, in *Rev. trib.*, 1986, p. 61.

¹³ A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Milano, 2005, p. 87 ss.

Anche dal punto di vista architettonico, il codice, rispettoso dello schema gaiano *personae res actiones*, rivelava la fedeltà alla struttura sociale fondata essenzialmente sul godimento della proprietà fondiaria e la sua trasmissione, soprattutto attraverso le successioni ereditarie. Infatti, ai libri delle persone, dei beni e dei fatti giuridici racchiusi nella parte generale – *parte geral* che era apparsa già nell'*E-sboço* di Teixeira de Freitas del 1865 e aveva distaccato l'opera del giurista bahiano dal *code civil* avvicinandola ai modelli germanici che si sarebbero concretizzati nel *BGB*¹⁴ – corrispondevano, nella parte speciale, secondo una corretta sequenza, i libri dedicati alla famiglia e dunque alla trama delle relazioni personali che coinvolgono le persone fisiche, ai diritti reali, cioè ai diritti che cadono sui beni, alle obbligazioni e ai contratti e, infine, alle successioni quali strumenti di trasmissione *inter vivos* o *mortis causa* della ricchezza¹⁵. Nonostante che nella *Consolidação das Leis Civis*, pubblicata nel 1857, Teixeira de Freitas, da fisiocrata convinto avesse sostenuto «l'unificazione della disciplina del diritto privato avversando le disposizioni eccezionali» dettate dal *código comercial* del 1850, destinate a favorire la «fortuna mais duvidosa e inescrupolosa», legata alla «destruição creadora» del capitalismo¹⁶, il codice civile respinse questa impostazione. Perfettamente informato del dibattito animato in Italia da Cesare Vivante, Clovis Beviláqua si era infatti convinto che la fusione delle normative fosse prematura¹⁷ perché la «classe dei negociantes» necessitava di disposizioni che, senza costituire un privilegio¹⁸, favorissero la «circulação da riqueza» e la sua accumulazione e fossero separate da quelle del codice civile chiamate non solo a regolare materie più strettamente legate alla tradizione nazionale, come il diritto di famiglia e

¹⁴ P. RESCIGNO, *Codici*, Bari, 2013, p. 179 ss.

¹⁵ A. JANNARELLI, *Il Penhor rural nel nuovo codice civile brasiliano*, in CALDERALE (a cura di), *Il nuovo codice civile brasiliano*, Milano, 2003, p. 266.

¹⁶ Questo atteggiamento aveva impedito a Teixeira de Freitas, esponente della piccola nobiltà terriera, di cogliere sia l'importanza della nascita dei primi nuclei di borghesia industriale apparsi in quegli anni sul mercato col sostegno dello Stato, sia gli interessi dell'emergente classe dei proprietari terrieri dediti soprattutto alla commercializzazione del caffè e quindi interessati a mantenere il binomio diritto civile-diritto commerciale. In argomento, cfr. A. CALDERALE, *Diritto privato*, cit., p. 51.

¹⁷ Nel 1900 questo stesso giudizio era stato espresso dalla *comissão revisora*, incaricata di valutare il progetto che Beviláqua aveva elaborato l'anno precedente, di fronte alla proposta di Bulhões Carvalho di procedere all'unificazione. Sotto l'autorità tutelare di Teixeira de Freitas nei decenni successivi la proposta fu più volte riformulata. Cfr. R. REQUIÃO, *Curso de direito Comercial*, I, São Paulo, 1993, p. 21 ss.

¹⁸ I *Tribunais do Comércio* erano stati soppressi dalla *Lei n° 2.662* del 1875 quando si unificò o *processo judicial*. Nel 1866 con la legge n. 1.350 il giudizio arbitrale, che prima era obbligatorio, diventò facoltativo.

quello delle successioni, ma anche a disciplinare la ricchezza acquisita e la sua conservazione, chiaro riferimento alla proprietà fondiaria¹⁹. Riflettendo sulla natura delle norme codificate nel 1916 e sul loro rapporto con quelle del codice commerciale, Ascarelli avrebbe sottolineato, quasi trent'anni dopo, che il codice di Beviláqua, in quanto posteriore al *código comercial*, aveva accolto principi più moderni e perciò più commercialistici di quelli racchiusi in quest'ultimo realizzando, in realtà, una originale «comercialisation du droit privé»²⁰.

Il codice era stato anche il frutto di un lavoro di comparazione molto intenso. Nel 1928, tracciando il quadro dei trapianti di norme straniere, Pontes de Miranda calcolò che, a conti fatti, il materiale recepito non era stato molto: su 1.807 articoli, che avevano reso *código civil* il testo meno esteso fra i codici del tempo, 172 si ispirarono al *code civil*, 83 alla legislazione portoghese, tra i quali quelli relativi al regime patrimoniali tra coniugi, alle forme del testamento e all'eredità, 72 al codice civile italiano, circa 70 al *BGB*, tra cui le disposizioni sulle persone morali, sulle dichiarazioni di volontà e sui rapporti di vicinato, 67 al *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* e circa 50 al *código civil* spagnolo²¹. Dunque, il codice di Beviláqua, benché sia ancor oggi considerato un modello cosmopolita²², rimase essenzialmente radicato nel diritto romano tramandato dalle Ordinanze filippine, un sistema al quale già Teixeira de Freitas si era vantato di essere rimasto fedele con la conseguenza che esso risultò più conservatore del codice civile portoghese del 1865.

In linea di massima, le disposizioni tratte dal codice civile italiano del 1865 non incisero sui punti centrali della normativa, salva qualche rimarchevole eccezione. Marginale ne fu la recezione nella disciplina dell'atto giuridico, frutto di un'originale costruzione dogma-

¹⁹ C. BEVILÁQUA, *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1906, p. 31 ss., dove il puntuale riferimento alle opere di autori italiani è costante.

²⁰ T. ASCARELLI, *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949 p. 109, seguenti, lavoro che riproduce sostanzialmente una lezione del 1944, costituendo uno sviluppo e una continuazione dello studio *Problemas das sociedades anónimas e direito comparado*, Sao Paulo, 1945, p. 115. A sostegno della tesi proposta l'A. indicava la disciplina della costituzione in mora regolato nel codice civile dal principio *dies interpellat pro homine* in contrasto col diverso e formalistico ordinamento del codice di commercio.

²¹ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1928, p. 93.

²² V. JACOB DE FRADERA, *La culture juridique et l'acculturation du droit. Rapport national brésilien*, in *Legal Culture and Legal Transplants. Reports to the XVIII International Congress of Comparative Law*, Washington, 2010, p. 3.

tica²³; in quella delle obbligazioni²⁴, un *mélange* tra diritto romano ereditato dalle Ordinanze filippine e diritto tedesco; e in quella dei contratti²⁵. Il contributo del nostro codice si rivelava anche più modesto considerando che qualcuna delle disposizioni accolte costituiva, in realtà, una riscrittura di articoli del *code civil*. In questo quadro, più incisivo fu il trapianto di norme italiane proprio nel diritto di famiglia e delle successioni. Del primo esse colmavano qualche lacuna ereditata alla tradizione coloniale e relativa alla tutela accordata alla moglie²⁶, ai figli in caso di separazione dei genitori²⁷ e ai minori²⁸; del

²³ Nel libro III della parte generale si trovava la disciplina dei fatti giuridici, nell'ambito dei quali veniva definito l'atto giuridico, mentre il negozio giuridico, cuore della parte generale del *BGB*, non veniva menzionato a causa dell'impostazione data al tema delle manifestazioni di volontà dirette a produrre effetti riconosciuti dall'ordinamento. Seguendo l'impostazione dell'*Esboço*, esse erano ricomprese nella vasta categoria degli atti leciti (art. 81).

²⁴ In tema di obbligazioni con clausola penale, l'art. 1213 del codice italiano stabiliva che, se l'obbligazione principale avesse contenuto un termine d'inadempimento, la pena, prevista nella clausola penale, s'incorreva quando il termine venisse a scadere e se il termine non era stato previsto, il debitore doveva la pena solo dopo essere stato costituito in mora. Questa disposizione fu trasfusa nell'art. 921 del codice brasiliano.

²⁵ L'art. 1744 sul mandato recitava che, quando il mandatario agiva in suo nome, era direttamente obbligato verso i contraenti come se l'affare fosse suo proprio e fu recepito dall'art. 1307.

²⁶ Poiché, come in altri ordinamenti, era consentita la costituzione della dote, alla quale molte famiglie affidavano la speranza di maritare le figlie con persone almeno dello stesso cetto sociale, si disciplinò all'italiana la separazione della dote messa a repentaglio dal *desordem nos negocios do marido* (art. b308), prevedendone la inalienabilità, il passaggio dell'amministrazione alla moglie, l'obbligo di destinare una quota del ricavato alle spese domestiche e all'educazione dei figli (art. 309) secondo quanto stabilito dagli articoli 1423 e 1424 del codice civile del 1865.

²⁷ L'art. 327 diceva che il tribunale avrebbe potuto, per gravi motivi e per il bene dei figli, 'prendere' le decisioni più convenienti per il loro affidamento accogliendo con flessibilità la logica dell'art. 154 del codice civile, il quale lasciava decidere al giudice solo se affidare i figli a terzi o collocarli in un istituto.

²⁸ Il legislatore tropicale travasò nell'art. 406 l'art. 241 sui casi nei quali si apriva la tutela, ossia morte o dichiarazione di assenza dei genitori o perdita della patria potestà; nell'art. 408 la regola dell'art. 243 sulla 'nullità' della nomina del tutore fatta dal genitore privo di patria potestà al tempo della sua morte; nell'art. 411, par. 1^a parte l'art. 246 per cui un solo tutore doveva essere nominato per più figli; nell'art. 11, *parágrafo único*, l'art. 247 sulla possibilità di chiunque istituiva erede un minore di nominargli un «curatore speciale» anche se il minore era sotto patria potestà o tutela; nell'art. 435 l'art. 303 sull'obbligo del tutore di presentare annualmente il rendiconto della sua amministrazione, nell'art. 437 l'art. 307 sull'obbligo del tutore di render conto della sua amministrazione allo stesso amministrato divenuto maggiorenne e sulle cautele di cui questi avrebbe dovuto essere circondato nell'esame del rendiconto al fine di liberare il tutore da responsabilità. Infine, l'art. 371 sul divieto del tutore di adottare il pupillo prima di aver presen-

secondo rendevano, in alcune ipotesi, più equa la disciplina che era di grande semplicità²⁹, ma non corrispondeva alle idee di giustizia come era dimostrato dalla debole configurazione del diritto di legittimità e dal diritto di diseredazione, un istituto, quest'ultimo, che non a caso Beviláqua³⁰ aveva escluso dal suo progetto considerandolo odioso e inutile³¹.

È degno di particolare rilievo che nella *parte geral*, la quale, nonostante la vicinanza del codice al *BGB*, si differenziò sotto molti aspetti dall'*Allgemeiner Teil*³², un sicuro punto di riferimento della importante regolamentazione della capacità giuridica degli stranieri furono le idee di Teixeira de Freitas e l'art. 3 del codice civile vigente

tato il rendiconto o aver ripianato gli ammanchi si era ispirato all'art. 207 del codice civile.

²⁹ T. ASCARELLI, *Osservazioni*, cit., p. 121.

³⁰ C. BEVILÁQUA, *Em defeza*, cit., p. 159 s.

³¹ Furono recepiti dal codice brasiliano l'art. 835, il quale fulminava con la nullità la disposizione che lasciava all'arbitrio dell'erede o del terzo di determinare la quantità del legato (cfr. art. 1667 IV); l'art. 832 sull'attribuzione delle imprecise disposizioni caritatevoli del testatore ai poveri del luogo del domicilio del testatore (cfr. art. 1669); l'art. 836 sulla esatta individuazione, in base elementi documentali o fatti costanti, dell'erede o del legatario erroneamente indicato dal testatore (art. 1670); l'art. 839 sull'attribuzione all'erede o al legatario della sola parte della cosa legata o del diritto su di essa che apparteneva al testatore (cfr. art. 1680); l'art. 840, il quale stabiliva che il legato di una cosa indeterminata di un genere o di una specie aveva effetto solo se la cosa si trovava nel patrimonio del testatore al momento della sua morte (cfr. art. 1682); l'art. 842 per il quale il legato di cosa o quantità da prendersi da un certo luogo aveva effetto solo se la cosa vi si trovava e nella quantità che vi si trovava (cfr. art. 1683); l'art. 843 sulla nullità del legato di una cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento era già in proprietà del legatario (art. 1684); l'art. 771 per il quale non avevano effetto istituzioni o legati a favore di notai o pubblici ufficiali che avevano ricevuto il testamento o dei testimoni intervenuti (cfr. art. 1719 che menziona anche la concubina del testatore sposato). In tema di sostituzione testamentaria l'art. 1732 era la traduzione dell'art. 898. La disposizione italiana stabiliva che se tra più coeredi in parti disuguali era ordinata una sostituzione reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presumevano ripetute nella sostituzione. Se però nella sostituzione, insieme con i primi istituiti, il testatore avesse chiamato una terza persona, la porzione vacante dell'istituto sarebbe appartenuta in parti uguali a tutti i sostituiti. Infine, quasi tutta la disciplina «del diritto di accrescimento fra i coeredi ed i collegatari» contenuta negli articoli 879-887 fu accolta negli artt. 1719-1739 del codice di Beviláqua.

³² Cfr. A. CALDERALE, *Diritto privato*, cit., p. 42 ss. In tema di prescrizione, collocata, appunto, nella parte generale, l'art. 2129 del codice italiano del 1865 sulle cause di impedimento o sospensione della prescrizione costituì la fonte, insieme al diritto anteriore, dell'art. 168, mentre nel caso di creditori solidali, l'art. 171 adottò la regola dell'art. 212 secondo cui la sospensione della prescrizione a favore di uno dei creditori in solido non giova agli altri, nonostante l'opposto punto di vista di Teixeira de Freitas nell'*Esboço* (art. 1104).

in Italia. Secondo il *código* del 1916 tutti gli uomini, senza distinzione di nazionalità, godevano degli stessi diritti civili (artt. 2 e 3) così come aveva stabilito la disposizione italiana. Quest'ultima era stata esplicitamente citata da Clovis Beviláqua come la prima regola che «in Europa osò affermare questo principio che costituiva l'aspirazione di tutti gli spiriti liberi». Per di più, essa si trovava in armonia con le idee di de Freitas, il quale, già nella *Consolidação*, nel regolare lo «*estatudo pessoal*» secondo la legge del domicilio e non secondo la *nacionalidad* delle persone, una soluzione pur sostenibile secondo la tradizione del diritto romano, sottolineò che essa avrebbe avuto conseguenze aberranti sulla realtà del Brasile, Paese giovane e d'immigrazione³³.

Alla disciplina dell'*ato jurídico*, equivalente al *Rechtsgeschäft* destinato ad ordinare l'intera area dell'autonomia privata, il codice italiano diede un limitatissimo contributo: parte della disciplina del contratto, l'art. 1175 del codice civile, una riscrittura dell'art. 1187 del *code civil*, ispirò l'art. 126 del codice Beviláqua secondo il quale nei contratti il termine s'intende di regola a beneficio del debitore. Anche le note stonate, quale, per esempio, la mancata considerazione dell'inefficacia tra i *defeitos* dell'atto giuridico sarebbero state trattate dalla dottrina tenendo conto essenzialmente delle elaborazioni degli autori tedeschi, mentre a quelli italiani, soliti riferirsi agli studiosi germanici, sarebbe stata riservata solo qualche occasionale citazione.

3. *Il diritto brasiliano al tempo delle dittature: il corporativismo italiano e l'Estado novo di Getúlio Vargas*

Se durante la *Republica Velha*, la circolazione del modello italiano di diritto privato era stato limitato, lo scenario cambiò radicalmente verso la fine degli anni Trenta del Novecento quando prese il potere Getúlio Vargas, sostenuto da ampi settori della borghesia industriale, delle professioni e dell'impiego e da vasti strati di classe operaia, ceti sociali interessati a sostituirsi alla classe dei latifondisti nella direzione dello stato per sostenere la politica di sostituzione delle importazioni, destinata a potenziare la debole industria nazionale. Infatti, mentre

³³ Va sottolineato che l'impostazione progressista del vecchio codice brasiliano è stata confermata dalla recente legge 2 luglio 2009, n. 11, che consente allo straniero con situazione irregolare di ottenere la residenza provvisoria e di godere i diritti previsti dalla Costituzione del 1988, tranne quelli riservati ai cittadini brasiliani. Cfr. A. CALDERALE, *Immigrazione e impresa nell'ordinamento giuridico brasiliano*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2011, p. 57.

negli anni della *Republica Velha* il modello italiano era stato destinato, in definitiva, a colmare certe lacune del tradizionale diritto privato portoghese, cuore della codificazione, negli anni di Vargas avevano acquisito rilievo la stessa organizzazione dello stato fascista e il diritto corporativo elaborati in Italia due decenni prima. Questi dati erano conosciuti grazie dalla diffusione della letteratura italiana economica e giuridica operata da autori come Oliveira Vianna³⁴ e venivano considerati un autorevole punto di riferimento nella costruzione di nuovi rapporti tra privati improntati alla composizione degli interessi contrapposti «do pobre e do rico, do salariado e do proprietário, do homen e da mulher»³⁵ e nella edificazione dello *Estado Novo*³⁶, che crollerà nell'ottobre del 1945, quando Vargas lasciò il potere su pressione delle forze armate.

Se si confrontano la costituzione brasiliana del 1937, grazie alla quale la dittatura si era legittimata, e la Carta del lavoro del 1927 l'ispirazione corporativa del nuovo stato brasiliano risulta evidente³⁷. Nel disegnare le linee di una nuova società la costituzione, come altre dell'epoca, si occupò del diritto privato tra la sorpresa di alcuni studiosi abbarbicati all'idea tradizionale che la Carta per sua natura doveva solo occuparsi di organizzare la sovranità e incapaci di comprendere che, abbandonata la politica ingenua del *'lassaiz faire'*, lo Stato avrebbe dovuto occuparsi dei rapporti tra privati «a pena di non adempiere il suo precipuo dovere di difendere il «benessere collettivo e proteggere la pace nazionale»³⁸.

Relativamente alla disciplina dell'attività economica, la costituzione dichiarava «fonte di riqueza» e «prosperidade nacional» l'economia fondata non solo sull'iniziativa privata, purché esercitata nei limiti del *bem público* (art. 135), limiti sconosciuti al codice civile del 1916, ma anche sull'intervento diretto dello stato chiamato a sopperire alle deficienze del settore privato e competente a porre in essere certe attività, a fissare i prezzi dei servizi pubblici (art. 147) a regolare i flussi

³⁴ *Problemas de direito corporativo*, Rio de Janeiro, 1938.

³⁵ B. MARTINS, *Getúlio Vargas e a renovação do direito nacional*, in *Rev. for.*, 1940, p. 259 ss.

³⁶ Nonostante l'impostazione corporativa, l'*Estado Novo* non ricalcò pedissequamente il modello fascista perché, ad esempio, non si appoggiò ad un partito unico che occupava lo Stato. La differenza dal fascismo è stata sottolineata da CUNHA BARRETO, *Aspectos da nova Constituição*, in *Rev. for.*, 1938, p. 288. Anche nel Brasile degli anni Trenta fu forte un movimento di ispirazione razzista il cui ideologo fu Gustavo Barroso autore di un libro, *Brasil, colônia de Banqueiros*, teso a dimostrare che, dopo il 1934, il Paese era diventato una vera colonia dei Rothschild.

³⁷ F.J. OLIVEIRA VIANNA, *Instituições políticas brasileiras*, I, São Paulo-Niterói, 1987.

³⁸ CUNHA BARRETO, *Aspectos*, cit., p. 70.

migratori (art.151) e, soprattutto, a promuovere la collaborazione benefica del capitale e del lavoro, quest'ultimo definito, come nella Carta del 1927, un «dovere sociale» (art. 145). Tale cooperazione veniva favorita dall'abolizione dei diritti 'antisociali' di sciopero e di serrata e dall'attribuzione della competenza a dirimere i conflitti del lavoro alla *justiça trabalhista* (artt. 139 e 141 che vanno confrontati con l'art. V della Carta del lavoro) organizzata nel maggio del 1939. Erano coerenti con la prospettiva dell'intervento pubblico le limitazioni imposte alla proprietà, che perdeva il carattere della inviolabilità conservato anche nella costituzione del 1934³⁹, e alla libertà contrattuale. Nel disegno costituzionale l'autonomia contrattuale dei singoli, cardine dell'economia liberale, era destinata ad essere filtrata dalle associazioni di categoria capaci di rappresentare gli interessi degli associati nelle istituzioni dello Stato dove le diverse posizioni si sarebbero piegate all'interesse generale. Deputato a questo compito di sintesi era il *Conselho de Economia Nacional*, che richiamava il Consiglio dei Fasci e delle Corporazioni, ed era concepito come un organo consultivo del Congresso, pronto anche ad esercitare le funzioni che gli fossero state delegate (art. 140).

La realtà avrebbe presto ridimensionato la portata di questo disegno istituzionale perché durante i quindici anni della dittatura avrebbero svolto un ruolo assai rilevante altre dinamiche. La prima fu la prassi di governo instaurata da Vargas che esercitò pienamente il potere di legiferare attraverso decreti-legge e che, stringendo relazioni personali coi ministri, svalutò la collegialità del suo stesso gabinetto, abituato a riunirsi non più di una volta al mese. La seconda, presente anche nell'Italia dell'epoca⁴⁰, fu la creazione di diversi comitati tecnici, che, inseriti all'interno dell'apparato pubblico, gestivano la politica economica e, attraverso imprese pubbliche e a partecipazione pubblica, anche l'intervento diretto dello Stato nell'economia, dando vita

³⁹ La dottrina dell'epoca sottolineava con compiacimento la fedeltà del costituente all'istituto «che viveva ininterrottamente dai primi giorni della colonizzazione» e contrapponeva questa felice continuità alla recente e temuta scelta «filosoficamente incomprendibile» del popolo russo di abolire la proprietà privata dopo «la rivoluzione vittoriosa». Tuttavia si avvertiva che la Costituzione aveva aderito a una moderna concezione del *direito dominial* rivestendolo di un involucro prima di tutto socio-giuridico: l'esercizio *do domínio* è associato all'idea del rispetto degli interessi sociali e all'attenzione per le necessità degli altri. Cfr. C.M. DA SILVA PEREIRA, *O direito civil na constituição de 10 de novembro de 1937*, in *Rev. for.*, 1938, p. 510 ss. Sulla disciplina costituzionale della proprietà, A. CALDERALE, *Diritto privato*, cit., p. 163 ss.

⁴⁰ Per un consuntivo dell'esperienza corporativa in Italia, attento anche ai dati normativi, L. SALVATORELLI, G. MIRA, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Torino, 1956, p. 506 ss.

a un sistema vicino al modello interventista europeo di tipo ‘colbertista’ rimasto in vita fino agli ultimi decenni del secolo XX.

Nel campo del diritto privato le innovazioni in materia contrattuale furono particolarmente significative. La santità del contratto fu scossa soprattutto dalla nuova disciplina del rapporto di lavoro, come del resto avveniva in altri ordinamenti sia di *civil law*, sia di *common law*. Allontanandosi dall’idea del contratto per cui le parti erano unità economiche individuali, che in teoria godevano di completa mobilità e libertà di decisione, si stabiliva che i contratti di lavoro sarebbero stati stipulati dalle associazioni legalmente riconosciute, con valore vincolante per «gli imprenditori, i lavoratori, gli artisti e gli specialisti» da esse rappresentati (art. 137, simile all’art. III della carta del lavoro) e avrebbero recepito le disposizioni protettive, stabilito dal *direito operário*, efficace strumento «*preventivo de revoltas*». Le norme in parola riguardavano la retribuzione, specialmente in relazione al salario minimo, un diritto già previsto dalla Costituzione del 1934 e concretamente attuato solo nel 1940, i limiti di impiego dei minori, le ferie, l’assicurazione sociale (art. 137 che esibiva evidenti concordanze con gli artt. XI-XXII della Carta del lavoro).

In questo scenario, il *código civil*, benché entrato in vigore da pochi anni, parve non corrispondere più alla «*estrutura política e social do país*» ed essere sostenuto solo dal «conservatorismo inveterato dos jurista profissionais»⁴¹.

Decretando il declino definitivo del legislatore solitario, il governo, nel 1939, nominò una commissione composta da professori universitari, incaricandola di redigere un nuovo codice civile. La commissione, invece di impostare la revisione del codice secondo i canoni di *popularização* del diritto privato scelse una prospettiva di continuità con la tradizione, cioè di «obedecer basicamente à obra de Beviláqua» senza «preocupações de originalidade ou de avanço extremo»⁴². Essa applicò questa logica al progetto di un codice unico delle obbligazioni, sul modello del codice delle obbligazioni svizzero del 1911, ritenendo che l’unificazione dei principi generali delle obbligazioni e della disciplina dei contratti fosse coerente con la politica di industrializzazione e il conseguente sviluppo dei mercati finali. Il progetto non ebbe successo come gli altri che, negli anni successivi, sarebbero stati elaborati ed ebbe tra i suoi punti di riferimento il codice civile italiano del 1942, da quel momento in poi definitivamente influente

⁴¹ O. GOMES, *Variações sobre a reforma do código civil*, in *Rev. for.*, 1942, p. 651.

⁴² O. NONATO, F. AZEVEDO, H. GUIMARÃES, *A reforma do código civil*, in *Rev. for.*, 1941, p. 567 ss.

per coloro che successivamente avrebbero lavorato alla redazione di un nuovo *código civil*⁴³.

4. *Il diritto brasiliano e il ritorno della democrazia negli anni Ottanta del secolo scorso: i contributi della Costituzione italiana alla disciplina degli istituti di diritto privato contenuta nella Costituzione brasiliana del 1988*

Caduta la dittatura nel 1984, quattro anni dopo è entrata in vigore una nuova costituzione, la settima nella storia del Brasile.

Essa è stata chiamata a governare una società insopportabilmente ingiusta che ha concentrato nelle mani di pochi la ricchezza prodotta dal settore primario dedito prevalentemente all'*agroindústria*, dal settore industriale finalmente sviluppato e dotato di autonomia nell'approvvigionamento dei beni capitali e sostenuto da un migliorato sistema di infrastrutture costruito anche grazie agli investimenti stranieri, e dal terziario avanzato⁴⁴.

Dal punto di vista dell'organizzazione dello stato, la Costituzione ha ribadito la marcata e tradizionale fedeltà al modello statunitense.

In numerosi articoli della Carta che, disegnando i tratti di una nuova impalcatura sociale, indicano gli «obiettivi fondamentali della Repubblica» è possibile cogliere l'influenza della Costituzione italiana del 1948, assunto come modello autorevole nell'indicare i tratti di una società più accettabile. Costruire una società libera, giusta e solidale; garantire lo sviluppo nazionale, promuovere il benessere di tutti senza alcuna discriminazione, sradicare povertà ed emarginazione; ridurre le disegualianza sociali e regionali (art. 3), sono enunciati che sia pure con formule sovrabbondanti richiamano nella sostanza la logica del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione italiana, che s'impegna a rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini e dà concretezza all'assoluta centralità della persona. Su tali basi è stato formalmente giustificato il Piano *Fome Zero* che, durante la presidenza di Lula, ha ri-

⁴³ Sul progetto di riforma del codice civile elaborato dal 1961, poco prima del colpo di stato dei militari da una commissione composta da Caio Mario da Silva Pereira, Orlando Gomes e Orozimbo Neonato e sull'influenza esercitata dal modello italiano, O. GOMES, *A reforma do código civil*, Publicações da Universidade de Bahia, 1965; C.M. DA SILVA PEREIRA, *Anteprojeto de código civil de obrigações*, in *Instituições de direito civil*, II, 19ª ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 245 ss.

⁴⁴ BANCO MUNDIAL, *Relatório sobre o desenvolvimento mundial*, 1991.

dotto in misura significativa le disuguaglianze della società brasiliana⁴⁵.

Nella Carta brasiliana espressione della centralità della persona sono non solo la numerosa gamma di diritti di cui essa è resa titolare, ma anche il trattamento severo che la legge è tenuta a riservare a una serie di crimini «odiosi e imperdonabili», ossia il razzismo, la tortura, il traffico di stupefacenti e di droghe, il terrorismo, elenco di nefandezze nel quale si può scorgere il rifiuto sia della violenza istituzionale, prassi costante durante la dittatura, sia delle degenerazioni sociali e politiche più recenti.

Nella *Constituição* sono trattati temi rilevanti per il diritto privato, quali la proprietà, l'impresa, la famiglia. Quest'ultima, in realtà, è oggetto di una normativa attenta al rispetto della personalità di ciascun componente quale che sia la natura del nucleo familiare, legittimo o di fatto⁴⁶, secondo una linea di politica del diritto comune a molti ordinamenti sia di *civil law*, sia di *common law*⁴⁷ e concretizzatasi anche in Brasile in numerose leggi speciali.

L'art. 5, XXIII dice che «a propriedade», diritto garantito, «atenderá a sua função social», una formula la quale ricorda un emendamento proposto durante i lavori della Costituente italiana tendente a svuotare il senso innovatore della funzione sociale percepito come minaccioso della tradizionale configurazione di tale diritto⁴⁸. Ma a differenza della nostra Costituzione che ha lasciato all'interprete il compito di chiarire il significato di questa locuzione, alla legge ordinaria di realizzarla e alla Corte costituzionale di valutarla, la Carta brasiliana definisce esattamente la funzione sociale in relazione ai diversi tipi di proprietà disciplinati, identificandola in sostanza con determinate modalità di godimento socialmente utili del bene, sollecitate dalla minaccia di espropriazione per pubblica utilità o per interesse sociale, previo versamento di un giusto indennizzo «in denaro» al proprietario (art. 5, XXIV). Alla luce della *função social* la Costituzione prende in esame la *propriedade rural* e la *propriedade urbana*, collocate, rispettivamente, nel *Capítulo II* (Della politica urbana) e

⁴⁵ V.F. BELÉM PINHO, *Do projeto fome zero ao programa bolsa Família: o assistencialismo tomando forma de cidadania*, Foz de Iguaçu, 2011, p. 26 ss.

⁴⁶ A. CALDERALE, *A Constituição brasileira de 1988 e o direito de família*, in M. CAMPOS GALUPPO (Coordinador), *Constituição e Democracia*, Belo Horizonte, 2009, p. 49 ss.

⁴⁷ G. DE OLIVEIRA, *Transformações do direito da família*, in A. CALDERALE (a cura di), *Il nuovo codice civile*, cit., p. 341 ss.

⁴⁸ S. RODOTÀ, *Commento sub art. 44*, in *Comm. cost.* Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 104 ss.

nel *Capítulo* III (della politica agricola e fondiaria e della politica agraria) del *Título* VII.

All'iniziativa economica non è dedicata una disposizione dello stesso tenore dell'art. 41, comma 1 e 2, della Costituzione italiana anche se i principi ivi espressi sono sottintesi o impliciti in numerose norme contenute nella Carta brasiliana. Una sostanziale concordanza si può trovare, invece, tra il comma 3 del nostro art. 41 e alcuni articoli della *Constituição* che prevedono piani di sviluppo nazionali, regionali e settoriali vincolanti per il settore pubblico e indicativi per il settore privato (art. 174), tendenti a realizzare, come traspare da formule a volte assai verbose, uno sviluppo economico equilibrato anche grazie a incentivi fiscali e finanziari destinati a funzionalizzare l'attività delle imprese (artt. 3, n. II; 21, n. IX; 43, § 1 e 2; 48, n. IV; 58, § 2, n. VI; 151, n.1; 174, § 1; 192, § 2).

L'entrata in vigore della Costituzione che, sulla scia di altre Carte, ha posto la persona umana al centro del sistema ha costretto la dottrina brasiliana a leggere in termini aggiornati il diritto privato, fondato dal codice civile del 1916 essenzialmente sull'istituto della proprietà e sul potere sovrano di autodeterminazione dei soggetti. Riprendendo le riflessioni sulla forza espansiva dei precetti costituzionali nell'ambito dei rapporti tra privati di uno studioso italiano assai noto, Pietro Perlingieri⁴⁹, la cui opera è stata tradotta in portoghese⁵⁰, alcuni autori brasiliani hanno preso a discorrere di costituzionalizzazione del diritto privato in senso diverso dal passato. Essi ribadiscono energicamente il primato della persona e in questa prospettiva indicano la griglia delle norme costituzionali che il giurista è tenuto ad applicare immediatamente o che devono ispirarlo nell'applicazione delle norme civilistiche⁵¹. La riflessione ha assunto toni particolarmente vivaci anche in rapporto all'entrata in vigore del *código civil* del 2002, criticato da alcuni per non essersi espresso abbastanza per clausole generali che consentano al giudice di attuare immediatamente i principi della Carta. In questo scenario il codice civile italiano del 1942 è stato indicato come un esempio di legislazione rigida in quanto notoriamente sospettoso verso le clausole generali e che perciò ha fi-

⁴⁹ Gli studi del Prof. Perlingieri s'inseriscono nel solco della 'scoperta della costituzione' realizzata dalla civilistica italiana a partire dagli anni Sessanta del Novecento sulla scorta degli studi della dottrina tedesca del dopoguerra. Cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Bari-Roma, 1999.

⁵⁰ P. PERLINGERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, tr. por. di M.C. De Cicco, Rio de Janeiro, 1977.

⁵¹ G. TEPEDINO, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, 1998; L. EDSON FA-CHIN (coordinador), *Repensando fundamentos do direito civil contemporaneo*, Rio de Janeiro, 1998.

nito per essere travolto dalla legislazione speciale intervenuta a correggerne, appunto, la rigidità e ad adeguarlo ai mutamenti sociali⁵².

5. *Il modello italiano e il código civil del 2002*

Emesso nel 2002, dopo lavori protrattisi stancamente per venticinque anni ed entrato in vigore il giorno 11 gennaio 2003, il *novoo código civil*, che ha finalmente realizzato la veneranda idea di unificare diritto civile e commerciale, più volte riproposta senza successo nel corso degli anni, si compone di otto libri, ciascuno dei quali articolato al suo interno in modo estremamente dettagliato⁵³.

La parte generale comprende tre libri che, riprendendo ancora una volta lo schema gaiano, trattano delle persone (*Livro I*), dei beni (*Livro II*) e dei fatti giuridici (*Livro III*). Ad essi nella parte speciale corrispondono i cinque libri delle obbligazioni (*Livro I*), del diritto dell'impresa (*Livro II*), del diritto delle cose (*Livro III*), del diritto di famiglia (*Livro IV*), e del diritto delle successioni (*Livro V*) disposti in ordine opposto rispetto a quelli della parte generale in modo da sconvolgere la perfetta rispondenza riscontrabile nel codice del 1916. Nei limiti in cui è possibile dare rilievo a questa scelta architettonica l'ordine dei libri della parte speciale permette di cogliere la distanza culturale e politica che separa il nuovo codice dal precedente. Infatti, saldandosi nel segno della continuità tematica con l'ultimo libro della parte generale, il libro delle obbligazioni e dei contratti e quello immediatamente successivo dell'impresa, nel mentre determinano un'articolazione più ampia dei fatti giuridici, confermano il rilievo attribuito nella moderna dinamica sociale al diritto privato dell'economia, che non a caso risulta collocato a cavallo tra la parte generale e la parte speciale del codice. A loro volta anche gli altri libri della parte speciale successivi al libro dell'impresa sono disposti in una sequenza rovesciata rispetto a quella rispettata nella parte generale: al libro III della parte speciale, dedicato ai diritti reali e corrispondente al libro dei beni della parte generale, seguono il libro sul diritto di famiglia, corrispondente al libro sulle persone che apre la

⁵² A. OSORIO GONDINHO, *Codificação e cláusolas gerais*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 2000, p. 3 ss.

⁵³ Ai titoli, ai capitoli e alle sezioni del codice civile precedente si sono aggiunte anche le sottosezioni, il che ne fa un codice più complesso del *BGB*. Cfr. P. RESCIGNO, *La «parte generale» del nuovo codice civile del Brasile*, in *Atti del Congresso internazionale Il nuovo codice del Brasile e il sistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America*, 16, 2003, p. 31 ss.

parte generale e l'ultimo libro sul diritto delle successioni, che risulta così attratto nell'orbita delle vicende della famiglia e non più, come nel codice del 1916, in quella dei fatti giuridici relativi al trasferimento della ricchezza. In definitiva, la rilevanza del diritto privato dell'economia è bilanciata dal rilievo che assume la persona umana, la cui disciplina si trova ai due estremi del codice, sicché si può ritenere che, nell'ottica del legislatore, lo sviluppo dell'economia fondata sull'autonomia privata, sulla proprietà e sull'iniziativa economica, deve rispettare la centralità della persona, secondo una prospettiva sconosciuta al codice di Beviláqua e coerente con le scelte della Costituzione del 1988⁵⁴.

Innovativi rispetto al passato sono anche i valori che hanno ispirato le regole del nuovo codice. Si tratta dei valori di *socialidade*, che fa prevalere gli interessi collettivi su quelli individuali, senza perdere di vista la centralità della persona umana; di *eticidade*, che si esprime in numerosi riferimenti all'*equidade*, alla *boa-fé*, alla *justa causa*; di *operabilidade*, cioè della effettività del diritto, che ha portato alla più chiara formulazione di disposizioni prima poco chiare, come quelle sulla prescrizione e sulla decadenza⁵⁵.

Garante di questo disegno dalle forti tinte sociali è il giudice che soprattutto, attraverso le clausole generali, è chiamato a intervenire nei rapporti tra i privati per attuare i valori fondamentali dell'ordinamento.

In questo scenario, l'influenza del codice del 1942 è un fenomeno articolato non identificabile nel puro e semplice trapianto delle disposizioni italiane nel *novo código*. In numerose ipotesi, infatti, i contributi italiani alla costruzione di certi istituti si erano già manifestati in precedenti leggi speciali poi consolidate nell'attuale testo, come nel caso del contratto preliminare. A volte, poi, la disciplina italiana è stata accolta solo in parte essendo stata fusa con regole derivanti dalla tradizione brasiliana, il che ha dato vita a normative che, pur conservando il *nomen* italiano, hanno modificato la funzione che l'istituto riveste nel nostro sistema, come nel caso della rescissione del contratto. In altri casi ancora la disposizione italiana ha condiviso con norme di altri ordinamenti il ruolo di musa ispiratrice della regola brasiliana.

In linea generale si può dire che l'influenza italiana è stata assai rilevante nella costruzione della disciplina dell'impresa e ha contri-

⁵⁴ A. JANNARELLI, *Il Penhor rural nel nuovo codice civile brasiliano*, in CALDE-RALE (a cura di), *Il nuovo codice civile brasiliano*, Milano, 2003, p. 266.

⁵⁵ J. MARTINS-COSTA, C. BRANCO, *Diretrizes teóricas d o novo código civil*, São Paulo, 2002, p. 130 ss.

buito in maniera significativa, pur nei limiti suddetti, alla elaborazione in chiave sociale di istituti a lungo segnati dalla logica individualista del codice del 1916, una logica conservatrice peraltro erosa in molti punti dalla legislazione speciale già a partire dagli anni Trenta del Novecento.

Nel primo libro della parte generale l'art. 2, riferendosi alla capacità giuridica dice che la *personalidade civil* comincia col nascimento *com vida*, regola sostanzialmente identica all'art. 1 del codice civile italiano. Un'importante novità è rappresentata dai diritti della personalità, assenti nel codice civile del 1916 perché, nonostante le aperture di Teixeira de Freitas, si era preferito seguire l'idea della Pandettistica tedesca che la personalità, coincidendo con la titolarità dei diritti, di questi non poteva costituire l'oggetto. Benché la disciplina del codice si sia ispirata a numerose normative straniere, il catalogo di questi diritti è stato modellato o, secondo un altro punto di vista, «appiattito»⁵⁶ su quello del codice italiano del 1942. Chi assume questo atteggiamento critico sottolinea la mancanza di una clausola di salvaguardia, presente in altri ordinamenti, ritenuta indispensabile per configurare un unitario diritto della personalità e, conseguentemente per consentire alla giurisprudenza, in caso di nuove aggressioni, di aggiornare l'elenco dei diritti e delle conseguenti tutele senza attendere l'intervento della legge speciale⁵⁷.

Nel Libro III si trova la disciplina dei «fatti giuridici». Essa è frutto di un maggior rigore sistematico perché, al pari del codice civile portoghese del 1966, il nuovo *código* distingue, all'interno delle manifestazioni di volontà lecite, gli atti giuridici in senso stretto dai negozi giuridici. Questa impostazione era stata già teorizzata dalla dottrina brasiliana, che, insoddisfatta delle scelte del codice del 1916, conosceva la più rigorosa dogmatica tedesca, ma si era avvicinata anche alle costruzioni dei giuristi italiani, abituati a riferirsi all'art. 1173 del codice civile per legittimare l'uso delle categorie della Pandettistica⁵⁸, utilizzate per ordinare ed esporre, fin da manuali universitari, la materia delle manifestazioni di volontà giuridicamente rilevanti, nonostante che questa scelta culturale sia a volte giudicata sorpassata e lo stesso codice si mostri, come il *code civil*, poco incline a costruzioni di natura dogmatica. Nella disciplina del negozio giuridico, il

⁵⁶ F.D. BUSNELLI, *Persona umana e responsabilità civile nel nuovo codice brasiliano*, in *Roma e America*, 16, 2003, p. 65.

⁵⁷ L. NICOLAU, *Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuevo código civil brasileña*, in *Roma e America*, 16, 2003, p. 47.

⁵⁸ J.C. MOREIRA ALVES, *O novo código civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negocio jurídico e suas bases romanísticas*, in *Roma e America*, 16, 2003, p. 13 ss.

codice ha introdotto significative innovazioni e ha conferito una portata generale a istituti che nell'esperienza italiana sono propri della materia dei contratti. Stabilendo che i negozi devono essere interpretati oltre che tenendo degli usi del luogo dove sono stati celebrati, anche secondo la buona fede oggettiva, l'art. 113 s'è ispirato all'art. 1368 del codice civile italiano per quanto riguarda il riferimento agli usi, mentre per ciò che concerne la buona fede bisogna rilevare che le ascendenze di questa regola sono numerose: prima dell'art. 1336 del nostro codice e del § 157 del *BGB*, va richiamato l'art. 131 del *código comercial* brasiliano del 1850.

Gli artt. 115-120 regolano la rappresentanza legale e convenzionale accogliendo in una certa misura l'impostazione del *BGB*. Nonostante questo, le regole relative alle fonti della rappresentanza (art. 115), al conflitto d'interessi (art. 119) e al contratto concluso dal rappresentante con se stesso appaiono fortemente influenzate dalle corrispondenti disposizioni del codice civile italiano.

L'art. 170 dichiara convertibile il negozio nullo riproponendo il contenuto non solo del nostro art. 1.424, ma anche dell'art. 293 del codice portoghese e del § 140 del *BGB*.

Tra le ragioni di annullabilità, l'art. 138 tratta dell'errore in termini aggiornati perché, oltre che essenziale, come previsto dall'art. 186 del vecchio codice di Beviláqua, dev'essere anche riconoscibile, ossia «percepibile secondo le circostanze del negozio da una persona di normale diligenza». Alludendo al *fair dealing*, la disposizione in parola accoglie sostanzialmente la logica di molte disposizioni straniere, tra cui l'art. 1428 del codice civile italiano.

Generalizzando la prospettiva affermata prima in alcune leggi speciali, come quelle antiusura e quelle a protezione degli inquilini nei contratti di locazione di immobili urbani e poi dal *Código do Consumidor* del 1990 gli artt. 156 e 157 sono eccezionalmente chiamati a garantire la giustizia dello scambio contrattuale col mettere fuori gioco il negozio posto in essere da chi, indebolito da difficoltà di varia natura, è stato costretto ad assumere obbligazioni sproporzionate. Le disposizioni in parola regolano, rispettivamente lo stato di pericolo e la lesione che, in quanto ritenuti vizi della volontà assimilabili al dolo o alla coazione, costituiscono causa di annullamento del negozio (art. 171), secondo una impostazione che era stata accolta per la lesione anche dal codice civile italiano del 1865. Benché alcuni autori brasiliani richiamino al riguardo l'influenza della legge italiana, bisogna osservare che il *código civil* ha rifiutato il linguaggio tecnico più aggiornato del codice civile del 1942 che, valorizzando l'elemento della repressione dell'ingiustizia o dell'iniquità, parla di rescissione del contratto, intendendo assicurare la congruità dello scambio tra le parti

in via eccezionale rispetto al principio generale dell'intangibilità dello scambio espresso dall'art. 1372. Il confronto con gli articoli 1447 e 1448 del nostro codice rende possibile individuare le differenze tecniche tra istituti pur destinati in entrambi i sistemi a ristabilire la congruità tra le prestazioni dedotte nell'accordo. Se la disciplina brasiliana sullo stato di pericolo esibisce sostanziali affinità e differenze solo di dettaglio rispetto a quella italiana, più marcate sono le divergenze riguardo alla lesione. Secondo il *código civil* per ottenere l'annullamento del negozio per lesione è sufficiente che l'attore provi lo stato di necessità e la manifesta sproporzione tra le prestazioni che però non deve necessariamente spingersi a varcare, come nell'ordinamento italiano, la soglia dell'*ultra dimidium*: ciò conferisce al giudice brasiliano un potere di apprezzamento molto ampio, mentre è irrilevante l'elemento soggettivo consistente nell'atteggiamento predatorio dell'altra parte, richiesto invece dal nostro art. 1448. Inoltre, nel codice brasiliano non è detto che, per potersi avere la rescissione, la lesione deve durare fino al momento in cui la domanda è proposta. Dunque, sembra che la legge brasiliana protegga il contraente bisognoso perché egli si è pentito dell'acquisto e non perché lo ha effettuato con un sacrificio troppo grande com'è evidente, invece, nell'ordinamento italiano secondo una prospettiva più rispettosa del principio dell'intangibilità del vincolo contrattuale⁵⁹. Anche la disciplina della risoluzione del contratto per onerosità eccessiva, che fa il suo ingresso nel codice salutata come segno di eticità, si riconosce ispirata alla normativa italiana, un modello criticato perché impone la straordinarietà e l'imprevedibilità dell'elemento perturbatore ad un ambiente abituato alle tensioni inflazionistiche solite alterare l'accordo delle parti⁶⁰.

Come si è visto, al libro III della parte generale fa seguito la disciplina delle attività economiche espressa nei primi due libri della parte speciale, dedicati, il primo al diritto delle obbligazioni, il secondo al diritto dell'impresa.

La disciplina delle obbligazioni (artt. 233-420), delle quali il *código*, seguendo la tradizione, ha ommesso di elencare le fonti in una specifica disposizione, è ripartita in dieci titoli. L'impostazione del codice del 1916 risulta corretta in una chiave che, con il linguaggio della dottrina italiana, spesso esplicitamente richiamata, è definita «solidaristica»⁶¹. S'intende con questo che il codice regola il rapporto tra de-

⁵⁹ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* R. Sacco, I, Torino, 1993, p. 279.

⁶⁰ J. MARTINS-COSTA, *A revisão dos contratos no código civil brasileiro*, in *Roma e America*, 16, 2003, p. 135.

⁶¹ È frequente la citazione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, la

bitore e creditore in modo da realizzare o almeno non svilire i valori della carta del 1988, come la dignità della persona, il valore sociale del lavoro, la stessa iniziativa economica, chiamati a guidare l'interpretazione e l'integrazione delle regole del codice, obbligando il giudice a limitare la propria discrezionalità applicativa e a non ricorrere a una generica coscienza o sensibilità sociale⁶². In questa ottica vanno letti anche «i principi istituzionali»⁶³, come vengono definiti quelli alla base della materia, quali l'autonomia privata, da esplicarsi nei limiti dell'ordine pubblico e del buon costume, la buona fede oggettiva (art. 422), l'equità. In particolare, la dottrina ribadisce che la clausola di buona fede, che grazie ai giudici vanta una lunga presenza nel sistema nonostante il silenzio del codice del 1916, è destinata a svolgere un ruolo centrale perché consente ai giudici di imporre obblighi accessori, necessari, «secondo la natura del contratto» per riequilibrare le relazioni sbilanciate a favore di una delle parti. Lo stesso codice ha applicato, a volte, questo orientamento riformando alcune regole precedentemente in vigore: per esempio, ispirandosi alla normativa italiana, ha imposto di bel nuovo al vettore sia l'obbligo di informare il mittente della impossibilità di trasportare le cose consegnate o del grande ritardo accumulatosi nel trasporto (art. 753 dello stesso tenore dell'art. 1686 del codice civile), sia l'obbligo di decidere se vendere la cosa deteriorabile nel caso in cui vi siano dubbi sull'identità del destinatario (art. 755, che esibisce la stessa logica degli art. 1.139, comma 1; 1.711, cpv, 1.712 cpv, i quali impongono di prendere decisioni immediate in conformità o addirittura in contrasto con le istruzioni ricevute).

L'impostazione del legislatore deve considerarsi della massima importanza perché data la forza espansiva del *direito das obrigações*, la logica solidaristica è destinata a modellare le relazioni tra privati «cui ricondurre o confrontare ogni rilevante relazione di potere e dovere»⁶⁴

cui prima edizione apparve nel 1943 (cfr la ristampa corretta della seconda edizione curata da Crifò con *Introduzione* di G.B. Ferri, Napoli, 1994).

⁶² F. AMARAL, *Os princípios jurídicos na relação obrigatória*, in *Roma e America*, 16, 2003, p. 80 ss.

⁶³ F. AMARAL, *Direito civil, Introdução*, 7ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, 2008, p. 70.

⁶⁴ P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 145. Negli ordinamenti italiano e brasiliano coincidono in gran parte gli indici normativi grazie ai quali è possibile sostenere che «la struttura dell'obbligazione ricorre anche fuori del diritto dell'obbligazione». Per esempio, l'art. 1385 del *código civil* stabilendo, come l'art. 1065 del codice civile italiano, che la servitù deve esercitarsi in modo da soddisfare le necessità del fondo dominante col minor aggravio possibile del fondo servente, in realtà si riferisce a un rapporto tra soggetti. Cfr. J. MARTINS-COSTA, *A boa-*

anche in altri campi del diritto privato, come quelli dei diritti reali, del diritto successorio e del diritto di famiglia, nonché nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, confermando un orientamento già espresso dal *Superior tribunal da Justiça*⁶⁵.

Una rapida rassegna delle novità presenti nei primi quattro titoli del libro I, che coprono, all'incirca l'area della disciplina delle «obbligazioni in generale» contenuta nel primo titolo del libro IV del nostro codice civile rivela l'influenza del diritto italiano. Nel settore delle obbligazioni solidali è dello stesso tenore dell'art. 1297, comma 2, l'art. 273, il quale in sostanza stabilisce che il debitore non può opporre agli altri creditori solidali l'eccezione personale che riguarda uno di essi. Risente dell'impostazione dell'art. 1.306, secondo comma, l'art. 274, il quale regola gli effetti del giudicato ottenuto dal debitore nei confronti di uno dei creditori solidali e stabilisce che il giudicato sfavorevole a quest'ultimo non si estende agli altri, che, invece, si giovano del giudicato favorevole, a meno che la sentenza non abbia definito un'eccezione di natura personale.

Rilevante è stata anche l'esperienza italiana nella disciplina delle obbligazioni pecuniarie, che il *código* ha tratto dal progetto di Caio Mário da Silva Pereira. È stato, infatti, accolto il principio nominalistico, presente anche nel diritto portoghese, segno e fonte di una certa stabilità delle relazioni economiche, rifiutato dal codice del 1916 in nome di una visione liberale estremamente rispettosa dell'autonomia privata⁶⁶.

Nel settore dell'inadempimento, l'art. 418, di nuovo conio, regolando l'ipotesi d'inadempimento della parte che ha ricevuto la caparra confirmatoria, risulta in linea con l'art. 1.385.

Delle disposizioni nuove e delle modifiche apportate alle regole del codice di Beviláqua in tema di clausola penale (artt. 408- 416) e di caparre penitenziali e confirmatorie (artt. 417-420) si deve sottolineare che si tratta di una regolamentazione per molti versi simile a quella dettata dal nostro codice civile fermo nel frenare l'autonomia privata (art. 1382-1386). La dottrina brasiliana favorevole all'intervento del giudice nei rapporti contrattuali ha quindi accolto con particolare simpatia l'art. 413, dal tenore quasi identico all'art. 1384 del codice civile, che prevede la riduzione equitativa della penale mani-

fé como modelo (Uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale), in J. MARTINS-COSTA, C. BRANCO, *Directizes teoricas di novo código civil*, São Paulo, 2002, p. 188 ss.

⁶⁵ STJ, *acórdão* 14 novembre 1995, in DJ del 18 dicembre 1995, n. 44573.

⁶⁶ C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, II, cit., p. 85 ss.

festamente eccessiva o sproporzionata rispetto al parziale inadempimento del debitore⁶⁷.

L'area del contratto è stata quella interessata dal maggior numero di modifiche. Tra le disposizioni generali, inserite nel *capítulo* I del *Título* V, l'art. 421 dice che la libertà contrattuale sarà esercitata «em razão e nos limites da função social do contrato» formula, quella della funzione sociale, indefinita e che nella Costituzione italiana (art. 42, comma 2) come in quella brasiliana del 1988 è riferita alla proprietà. Nonostante reazioni dottrinali entusiaste, proporzionate alle attese di giustizia sostanziale connesse alla sua applicazione, l'art. 421 ha avuto un rilievo sostanzialmente trascurabile e quasi ornamentale nell'orientare le prime decisioni dei giudici, prese, in realtà, in base a solide ragioni di stretto diritto. La regola in parola ha piuttosto impegnato i teorici, restii a considerarla pressoché inutile in presenza di una nuova disposizione che colpisce l'abuso del diritto, in tentativi faticosissimi per definirne il contenuto, sforzi compiuti sovente riferendosi agli autori italiani dediti allo studio della causa del contratto⁶⁸. Collegato a questa disposizione è l'art. 425, da alcuni giudicato superfluo, il quale proclama essere lecito alle parti forgiare *contratos atípicos*. Letti insieme, gli artt. 421 e 425 finiscono nella sostanza con il coincidere con il nostro art. 1322, il quale però aggiunge che la libertà di creare nuove figure negoziali è subordinata agli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento, disposizione anch'essa di non lineare attuazione.

Nell'ambito della disciplina non aggiornata della formazione del contratto, il nuovo art. 429 regola l'offerta al pubblico negli stessi termini dell'art. 1136 del codice civile italiano.

Due istituti ignorati dal codice precedente, ossia il contratto preliminare e il contratto per persona da nominare occupano rispettivamente l'ottava e la nona *seção* del *Título* V. Entrambe le figure, già disciplinate da leggi speciali del settore immobiliare, ripropongono, nella sostanza, le logica delle corrispondenti discipline italiane. I contratti nominati sono stati concentrati nel *Título* VI. Qui sono allineati ventuno «tipi», la cui disciplina è stata elaborata dopo un'ampia consultazione con le categorie professionali interessate. Nel regolare i contratti nominati il codice in alcuni casi ha badato a collocarli più correttamente, com'è avvenuto per i contratti di arbitrato e transazione, che nel vecchio *código civil* erano stati inseriti improprio-

⁶⁷ J. DE PAIVA MUNIZ, *Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos economicos*, in *Rev. dir. banc. merc. capit.*, 2004, p. 108.

⁶⁸ Per una rassegna delle varie opinioni e delle prime applicazioni giurisprudenziale, A. CALDERALE, *Diritto privato*, cit., p. 344 ss.

priamente nel titolo dedicato agli effetti dell'obbligazione, di altri ha aggiornato le regole. Per compiere questo aggiornamento, a volte sono state recepite disposizioni della legislazione previgente o la prassi, anche internazionale degli affari. In altri casi si è tenuto palesemente conto dell'esperienza italiana, come per contratti estimatorio, di commissione e di mandato.

Nel *Titulo VII* trovano posto le obbligazioni originate da «atti unilaterali» cioè la promessa di ricompensa, vale a dire la promessa al pubblico (artt. 854-860), la gestione di affari (artt. 861-875), il pagamento indebitato (artt. 876-883) e l'arricchimento senza causa (artt. 876-883). Con questa scelta il legislatore sudamericano si avvicina al codice italiano in vigore il quale, prendendo atto dell'imprecisione oltre che dalla scarsa genuinità della categoria del quasi-contratto, figura alla quale si riferiva il codice italiano del 1865 per riportare alla volontà privata tutti i vincoli della libertà individuale non sorti dal contratto, ha stabilito che gestione degli affari, pagamento dell'indebitato e arricchimento senza causa hanno origine dagli «altri atti» idonei a produrre obbligazioni secondo l'ordinamento⁶⁹.

In mancanza di una legge generale sui titoli di credito e a fronte delle poche norme che il codice civile precedente dedicava ai titoli al portatore, il *novo código civil* ha dedicato una normativa più estesa dei *títulos de crédito* articolata in disposizioni generali (artt. 877-903) e regole sui titoli al portatore (artt. 904-909), all'ordine (artt. 910-920) e nominativi (artt. 921-923). È da sottolineare che questi titoli sono classificati secondo le tecniche di circolazione secondo il venerato insegnamento di Vivante. Tra disposizioni generali, si trova l'art. 887 che dà la definizione di titolo di credito assente invece nel codice civile italiano. Anche questa definizione è riconducibile alla classica lezione dello studioso italiano: «documento necessario all'esercizio del diritto letterale e autonomo in esso contenuto»⁷⁰. Completando il quadro, l'art. 903 recita che «salvo disposizione della legge speciale, i titoli di credito sono retti da quanto stabilito da questo codice», una disposizione chiamata, in primo luogo a salvare le regole speciali che regolano titoli tipici⁷¹.

⁶⁹ P. RESCIGNO, *Introduzione*, cit., p. 150.

⁷⁰ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 3ª ed., Milano, s.d., p. 154.

⁷¹ La scelta di definire il titolo di credito e fissarne alcuni requisiti necessari (art. 889), in quanto destinata ad irrigidirne le caratteristiche, è parsa inopportuna non tanto in base alla tradizionale idea che non spetta al legislatore definire gli istituti, ma soprattutto di fronte alla rapida evoluzione tecnologica e della prassi destinati a mettere in discussione i requisiti della figura. In queste maglie strette molti paventano che sia destinata a inciampare l'autonomia dei privati, liberi, come nel sistema

Alla disciplina dell'impresa è dedicato il libro II della *Parte Especial* del *código civil*. Con enfasi a volte eccessiva, questa normativa è esaltata come il risultato più vistoso dell'unificazione del diritto privato attuata dal nuovo codice civile realizzando l'idea che Teixeira de Freitas aveva espresso nel 1867 e che sarebbe stata riproposta più volte nel corso del Novecento. In quattro titoli il libro in parola tratta dell'imprenditore, delle società, dell'azienda e degli istituti complementari, cioè delle scritture contabili, della ditta e dei preposti dell'imprenditore. Gli corrisponde, nel codice civile italiano, il libro V, intitolato «del lavoro», anch'esso frutto dell'unità legislativa del diritto privato posta in essere nel 1942. Rispetto al *livro* II, il nostro libro V ha un oggetto più ampio, abbracciando non solo la disciplina dell'impresa, individuale o in forma sociale, ma anche la disciplina del lavoro nella sua dimensione collettivo-sindacale e in quella dei rapporti individuali, saldate dall'ideologia corporativa in una visione comunitaria e individualistica chiaramente delineata dalla Carta del lavoro del 1927.

Dagli artt. 2082, 2195 e 2555 del codice civile italiano, il *código civil* ha tratto le fondamentali nozioni di imprenditore, di impresa come attività economica professionale e di azienda quale complesso di beni funzionali all'impresa, recependole negli artt. 996 e 1142. Conosciuta e studiata da tempo dalla dottrina, la nozione di imprenditore costituisce una novità nel diritto positivo brasiliano in quanto, per definire l'ambito di applicazione delle sue regole, il diritto commerciale aveva fatto ricorso, sia pure in forma originale, alla nozione di atto di commercio propria del *code de commerce* del 1807. Mentre il nostro codice civile individua all'interno della stessa nozione d'imprenditore, l'imprenditore agricolo in ragione dell'attività svolta e i piccoli imprenditori tenendo conto della dimensione dell'impresa, e riserva loro un trattamento differenziato rispetto a quello proprio dell'imprenditore commerciale, il codice civile brasiliano non distingue tra imprenditore commerciale e imprenditore «civile» e si limita ad affermare che sarà la legge ad assicurare un trattamento favorevole, differenziato e semplificato, all'imprenditore agricolo e al piccolo imprenditore, questo ultimo già preso in considerazione dalla Carta Costituzionale e, per ora, soggetto a forme di contabilità meno complesse.

La materia delle società si apre con l'art. 981, il quale del *contrato de sociedade* offre una definizione assai simile a quella contenuta dall'art. 2247 del codice civile italiano. Ma nell'ordinamento italiano, al

contratto, come strumento di costituzione della società, si affianca «l'atto unilaterale», mediante cui può costituirsi una s.r.l. unipersonale nella quale l'unico quotista conserva il primato della responsabilità limitata. L'art. 983 codifica il principio della tipicità, esistente anche nel codice italiano, stando al quale le società commerciali possono costituirsi adottando uno dei «tipi» previsti dagli artt. 1.039-1092. A questi tipi, peraltro, può attingere anche la società semplice, se desidera svincolarsi dalle norme che le sono proprie, una libertà di scelta che in entrambi gli ordinamenti produce il fenomeno della neutralità delle forme.

Poiché nell'economia brasiliana, come in quella italiana, riveste un ruolo centrale il sistema delle piccole e medie imprese a carattere familiare e chiuse al mercato dei capitali, assume una rilevanza particolare la disciplina, fortemente innovativa rispetto al passato, della *sociedade limitada*, corrispondente alla società a responsabilità limitata del diritto italiano, ritenuta, come da noi, la forma più idonea per organizzare iniziative di dimensioni non grandi.

In linea di massima, entrambi gli ordinamenti riuniscono nella disciplina della società a responsabilità limitata elementi propri della società di persone e della società per azioni. Infatti, i soci godono, come quelli della società per azioni, del beneficio della responsabilità limitata perché delle obbligazioni sociali risponde solo il patrimonio della società, mentre riferendosi allo schema della società di persone, le norme sull'organizzazione sociale riflettono, con intensità diversa nei due sistemi, il dato che si tratta di una compagine formata da un gruppo di pochi soci legati tra di loro da un vincolo essenzialmente fiduciario, alla quale, per la sua stessa caratteristica, in Italia è vietato di sollecitare il pubblico risparmio⁷².

⁷² V. SANTORO, *La riforma della società a responsabilità limitata in Italia e la sociedade limitada nel nuovo código civil brasiliano*, in CALDERALE (a cura di), *Il nuovo codice*, cit., p. 321 ss.

SHERALDINE PINTO OLIVEROS

L'influenza del modello italiano nel diritto civile venezuelano

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'Italia nella piccola Venezia. – 2. L'insegnamento del diritto romano in Venezuela. – 3. Le codificazioni civilistiche venezuelane e l'impatto del modello normativo italiano. – 4. Ascesa e declino dell'influenza del modello scientifico italiano in Venezuela.

1. Introduzione: l'Italia nella piccola Venezia

L'Italia in Venezuela, ovvero l'influenza italiana nella cultura – anche giuridica – di questa nazione sudamericana, era preannunciata dallo stesso nome che il fiorentino Amerigo Vespucci conferì al paese quando le palafitte degli indigeni, lungo la costa del lago di Maracaibo, gli portarono alla memoria le abitazioni sull'acqua della nota città veneta.

«Piccola Venezia oppure Venezuela» profetizzava, infatti, gli stretti legami che avrebbero avuto luogo tra i due paesi. Legami di lunga data – come dimostra il «Trattato di amicizia, commercio e navigazione», sottoscritto da entrambi nel 1861 e tuttora in vigore – che, in buona misura, sono stati influenzati dalla presenza italiana nella patria di Bolívar¹, nonché dal contributo italiano al processo di formazione e sviluppo dell'attuale nazione venezuelana².

¹ Sebbene la presenza italiana in Venezuela risalga a tempi remoti, la stessa raggiunge il suo apice negli anni cinquanta e sessanta del XX secolo, quando più dell'ottanta per cento del movimento migratorio italiano interessò l'Argentina, il Brasile e il Venezuela. Per una panoramica dell'immigrazione italiana in Venezuela, si vedano, tra gli altri, P. CUNILL GRAU, *La presenza italiana in Venezuela*, Torino, 1996; I. SEQUERA TAMAYO, R.J. CRAZUT, *La inmigración en Venezuela*, Caracas, 1992, p. 65 ss.; E. TROCONIS DE VERACOECHEA, *El proceso de la inmigración en Venezuela*, Caracas, 1986; N. MILLE, *20 años de «muisues»: Aspectos históricos, sociológicos y jurídicos de la inmigración europea en Venezuela, 1945-1965*, Caracas, 1965.

² Sul punto, G. SANTANDER LAYA, R. SANTANDER GARRIDO, *Los Italianos forjadores de la nacionalidad y del desarrollo económico en Venezuela*, Valencia, 1978; AA.VV., *Italia en Venezuela: Italia y los italianos en la nacionalidad venezolana*, a

L'Italia, infatti, si percepisce nella cucina³, nella lingua⁴, nella letteratura, nella musica, nelle arti⁵ e, in generale, nella storia e nella cultura venezuelana⁶, nonché negli altri settori dove la comunità italiana ha dato il proprio contributo. Tuttavia, l'influenza della cultura giuridica italiana in quella del paese sudamericano non è stata veicolata dagli immigrati, né dalla predilezione degli studiosi italo-venezuelani⁷ per l'Italia, quale destinazione dove proseguire i propri studi post-laurea, bensì dal prestigio di cui godeva la dogmatica italiana nella legislazione e nella dottrina venezuelane.

In effetti, la normativa italiana è stata più volte presa a modello dal legislatore venezuelano, in particolare, in considerazione dell'autorevolezza della dottrina⁸ che l'ha elaborata o ispirata⁹. Dottrina che,

cura di A. Filippi, Caracas, 1994; R. PINEDA, *Italo-venezolano*, Caracas, 1967; M. BAFLE TAZZI, *Los hijos de los inmigrantes y el modelo económico (El caso de los italo-venezolanos)*, Caracas, 1990.

³ Sul punto e, in particolare, sul consumo della pasta in Venezuela, si veda H. ATENCIO BELLO, *Nuestra cultura gastronómica: Origen, influencias y mestizajes*, Caracas, 2008, p. 408.

⁴ Sul tema, N. BONDARENKO, *Inmigración y comunidades lingüísticas minoritarias de Venezuela: Estudio sociológico y antropológico de la inmigración italiana, portuguesa, árabe, china y alemana a Venezuela*, 2011; e, *Lenguas minoritarias de Venezuela: consideraciones desde la perspectiva ecolingüística*, in *Filol. lingüist.*, 36, 1, 2010, p. 175 ss.

⁵ Alcuni esempi dell'influenza italiana nelle arti sono forniti da R. KRISTEN, R.R. KRISTEN, *Panteón Nacional de Venezuela: escultores italianos y monumento a los héroes*, Caracas, 2011.

⁶ Sull'influenza italiana nella letteratura, nella musica, nelle arti e, in generale, nella storia e nella cultura venezuelana, si veda M. VANNINI, *Italia y los italianos en la historia y en la cultura de Venezuela*, Caracas, 1966.

⁷ G. BERNASCONI, *L'italiano in Venezuela*, in *Italiano Lingua Due. Rivista del Master «Promozione e insegnamento della lingua e cultura italiana a stranieri»*, 3, 2, 2011, p. 228, ove si ricorda che, verso la seconda metà del ventesimo secolo, la seconda generazione di immigrati italiani si è inserita anche nel mondo delle libere professioni.

⁸ Paradigmatico dell'apprezzamento per il modello italiano è stata la posizione di ARCAYA, in relazione al modello a seguire nella predisposizione di quello che, poi, sarebbe diventato il Codice civile venezuelano di 1916. Secondo questo studioso, infatti, era preferibile aderire fedelmente al modello normativo di un paese che produce opere esegetiche di grande qualità e un codice – per l'appunto, quello italiano di 1865 – che ha migliorato quello napoleonico. Cfr. L. LUPINI BIANCHI, A.I. VIDAL, *La influencia del Código de Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina Venezolana*, in AA.VV., *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*, Caracas, 2005, p. 76.

⁹ Il prestigio culturale però non è stato l'unico elemento che ha favorito l'inclinazione per il modello normativo italiano; talvolta, quest'ultimo è stata prediletto poiché, all'epoca di elaborazione della normativa venezuelana, la codificazione italiana era il modello più recente e, di conseguenza, ritenuto come il più avanzato.

poi, è stata attentamente osservata per orientare l'interpretazione della norma venezuelana, perfino a livello giurisprudenziale; dal momento che, in Venezuela, non è esistito un divieto di citare i singoli autori di dottrina nelle decisioni, come avviene invece per il giudice civile italiano (ex art. 118, comma 3, disp. att. cod. proc. civ.). Ciò spiega la familiarità dello studente, dell'avvocato, del magistrato e del giurista venezuelano agli insegnamenti dei più autorevoli processualisti, penalisti, civilisti¹⁰ e studiosi del diritto commerciale in Italia, i quali hanno avuto una posizione di rilievo nella formazione del giurista e nell'interpretazione della normativa venezuelana.

Si pensi, inoltre, alla ricezione d'istituti e di soluzioni normative tipiche del codice Zanardelli nel codice penale venezuelano del 1926 (successivamente riformato, ma in modo non sostanziale, nel 1964, 2000 e 2005)¹¹ che, di conseguenza, rispecchia gran parte degli insegnamenti della c.d. Scuola Classica; oppure, all'impronta del codice di commercio italiano di 1882¹² sui *Código de Comercio* venezuelani di 1904 e di 1919¹³, nonché da studiosi, quali Ascarelli e Vivante, nello sviluppo di questo ramo del diritto in Venezuela. Simili considerazioni possono avanzarsi riguardo ai grandi processualisti italiani¹⁴, in particolare, ai maestri della c.d. Scuola Sistemica, i cui insegna-

¹⁰ Nell'ambito del diritto civile, il primato della dottrina italiana è condiviso con la dottrina francese. Sul punto, si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Vénézuéla*, in AA.Vv., *Droit et Culture* (Journées Louisianaises, LVIII, 2008), Paris, 2010, p. 273.

¹¹ L'influenza normativa italiana nel diritto penale è iniziata dal terzo codice penale venezuelano di 1897, parzialmente ispirato nel Codice Zanardelli. Alcune disposizioni di questo terzo codice sono state recepite nel quinto Codice venezuelano di 1912 che, nonostante ciò, segue prevalentemente un'impronta spagnola. Invece, il sesto codice di 1915 determina il ritorno al modello zanardelliano, anche se contiene alcune soluzioni autoctone e di matrice spagnola. L'influenza del codice Zanardelli si è però consacrata nel codice penale venezuelano di 1926, che recepisce alcune delle sue soluzioni o, addirittura, riproduce alla lettera il contenuto di alcune sue disposizioni. Sull'evoluzione delle codificazioni penali in Venezuela, si veda, J. SOSA CHACIN, *Derecho Penal*, Caracas, 1978, p. 103 ss.; A. ARTEAGA SANCHEZ, *Derecho Penal. Parte general*, I, Caracas, 1979, p. 23 ss. e T.E. CARRILLO BATALLA, *Historia de la legislación venezolana*, III, Caracas, 1985, p. 241 ss.

¹² Sull'evoluzione delle codificazioni in materia di diritto commerciale, si veda, T.E. CARRILLO BATALLA, *op. cit.*, p. 209 ss.

¹³ Cfr. A. MORLES HERNÁNDEZ, *Curso de derecho mercantil*, I, Caracas, 2006, p. 28.

¹⁴ A livello normativo, soltanto la riforma del codice di procedura civile venezuelano del 1873 è stata parzialmente ispirata nel codice di procedura civile italiano di 1865.

menti sono stati trasmessi nel paese sudamericano, in particolare, per l'impegno e le opere di Loreto¹⁵.

Nello specifico ambito del diritto civile, l'influenza italiana affiora dalla storia delle codificazioni venezuelane e dai suoi precedenti; in particolare, dall'influenza del diritto romano che, come in altri paesi dell'America Ispanica, è stato principalmente trasmesso nell'ordinamento venezuelano attraverso le *Siete Partidas*¹⁶, ma anche mediante l'insegnamento del diritto romano nell'Università venezuelane.

2. *L'insegnamento del diritto romano in Venezuela*

In Venezuela, l'insegnamento del diritto e, più specificamente, del diritto romano¹⁷ avviene prima della fondazione (formale) dell'Università nel 1721. Infatti, per colmare le esigenze del foro¹⁸ e della ma-

¹⁵ Cfr. A. RENGEL-ROMBERG, *Tratado de derecho procesal civil venezolano*, I, Caracas, 1994, p. 66 ss.

¹⁶ Nel XIII secolo, il Re Alfonso X, detto il Saggio, tentò di rimediare la dispersione legislativa che caratterizzava il diritto castigliano. I prodotti della legislazione alfonsina furono diversi Codice: «El Septenario, El Espéculo, El Fuero Real» e, successivamente, «Las Partidas», dove gli stessi sono stati racchiusi. La prima denominazione di questa compilazione è stata «Libro de las Leyes o Fuero de la Leyes»; successivamente, è stata chiamata dai giuristi «Código de las Partidas», poiché era diviso in sette parti o «partidas». Come è noto, le «Siete Partidas» sono largamente ispirate al diritto romano, nonché al diritto canonico. Per un ulteriore approfondimento, R. DOMÍNGUEZ, *Galeria Universitaria. Juristas*, I, Caracas, 1934, p. 5; T.E. CARRILLO BATALLA, *op. cit.*, p. 40; e J.A. ZAMBRANO VELASCO, *Teoría general de la obligación. Parte general de las obligaciones: La estructura*, Caracas, 1985, p. 74 ss.

¹⁷ Sono molteplici le testimonianze dell'importanza del diritto romano nella formazione del giurista venezuelano, S. ARTELES (*Derecho Romano*, Caracas, 1978, p. 201) ne richiama due particolarmente significative. La prima, dallo stesso *Libertador* Simon Bolívar che, in una lettera indirizzata al Maestro di suo nipote, lo invita ad insegnargli il diritto romano, poiché «quel diritto, base della legislazione universale, deve essere studiato». La seconda, invece, dall'insigne scrittore venezuelano Rómulo Gallegos che, per richiamare gli studi universitari e l'epoca di studente di Santos Luzardos – eroe dell'opera più rappresentativa della letteratura venezuelana *Doña Bárbara* – evoca, in un dialogo tra questo ed il suo amico Mujiquita, le lezioni e gli insegnamenti del diritto romano nei seguenti termini: «Tú eras el alumno más aprovechado del curso. ¡Cómo no! Yo no me he olvidado de ti. ¿Te acuerdas de cuando me ayudabas a estudiar las lecciones de Derecho Romano paseándonos por los claustros de la Universidad? Pater es quem nuptiae demonstrant. ¡Cómo se le quedan a uno grabadas ciertas cosas! A mí no me entraba el Derecho Romano y tú te calentabas conmigo porque no entendía ¡Ah, Santos Luzardo! ¡Qué tiempos aquellos!».

¹⁸ Ricorda T.E. CARRILLO BATALLA, *Algunas anotaciones sobre la historia de la abogacía en Venezuela*, in *Bol. Acad. cienc. polít. soc.*, 1983, 91, p. 9, che, prima della

gistratura, nonché a istanze del vescovo Fray Francisco del Rincón, il Collegio Seminario *Santa Rosa de Lima*¹⁹ – anche noto come Seminario di Caracas – istituì nel 1715 le cattedre di *Instituta o Leyes* e di *Sagrados Cánones*²⁰; le quali sono migrate nella *Real Universidad de Caracas*²¹ quando, nel 1721, è stata creata per *Real Cédula de la Corona*.

Nell'università, il cattedratico di *Instituta* analizzava ed insegnava agli studenti i quattro libri delle Istituzioni di Giustiniano nel corso di cinque anni, secondo le Costituzioni della *Real y Pontificia Universidad de Caracas* del 1727²². L'insegnamento del diritto dunque non mirava a formare pratici bensì sapienti o dottori²³, che sarebbero diventati i futuri docenti²⁴; pertanto, lo studente era addestrato²⁵ anche nello studio del Digesto e, in generale, dei Codici di Giustiniano.

Questa impostazione, tuttavia, è cambiata nel 1773, quando lo studio del diritto romano è stato affiancato dall'insegnamento del diritto reale o spagnolo e delle legislazioni processuali, che erano indispensabili per l'esercizio della professione di avvocato²⁶. Da allora, la cattedra di *Leyes* – come si denominò la cattedra di *Instituta* dalla fine del XVIII secolo – coniuga l'insegnamento del diritto romano con il diritto castigliano (e, successivamente, con quello indiano propria-

fondazione delle cattedre di *Instituta* o *Sagrado Cánones*, era necessario lasciare il paese ed andare all'estero per studiare giurisprudenza.

¹⁹ In Venezuela, la genesi degli studi superiori o universitari può rintracciarsi nel 1592, quando i coloni spagnoli chiesero la creazione di una cattedra di grammatica, nonché di un seminario. Quest'ultimo è stato autorizzato dal Re Felipe II e, successivamente, fondato dal vescovo Fray Antonio González de Acuña con il nome di *Magnífico Real Seminario Colegio de Santa Rosa de Lima* nel 1696.

²⁰ Cfr. D. GUERRA IÑIGUEZ, *La enseñanza del derecho en Venezuela*, Caracas, 1978, p. 11. T.E. CARRILLO BATALLA, *Algunas anotaciones sobre la historia de la abogacía en Venezuela*, *ivi*, 1983, 91, p. 9) ricorda che, inizialmente, non è stato assegnato un professore alla cattedra di *Sagrados Cánones*; pertanto, il primo professore della cattedra di *Instituta* – il giurista canario Antonio Alvarez de Abreu – «doveva leggere anche *Cánones*».

²¹ Il Papa Innocenzo XIII concesse il carattere di *Pontificia* alla «*Real y Pontificia Universidad de Caracas*».

²² R. DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 4, e D. GUERRA IÑIGUEZ, *op. cit.*, p. 11.

²³ Gli studi di giurisprudenza conducevano al titolo di «Bachiller», «Licenciado» e «Doctor» in diritto civile, la cui formazione era imperniata sulle legislazioni giustiniane, nonché sul processo giudiziario, oppure al titolo di «Bachiller», «Licenciado» e «Doctor» in «Cánones» o diritto canonico.

²⁴ Sul punto R. DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 17.

²⁵ Gli insegnamenti teorici erano completati dal tirocinio, che diventa di quattro anni e obbligatorio al fine di accedere all'esame di avvocato, conformemente con l'«Acuerdo de la Cancillería Real de Santo Domingo», comunicato dalla «Real Provisión de 1747». Cfr. R. DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 13.

²⁶ Cfr. D. GUERRA IÑIGUEZ, *op. cit.*, p. 11 ss.

mente detto²⁷), anche se gli ultimi due cominciarono a prevalere sul primo.

Infatti, la riforma delle Costituzioni universitarie del 1817²⁸ confinò lo studio del diritto romano al primo anno della cattedra di *Leyes*, che comprendeva Istituzioni di Giustiniano, Storia del diritto romano, nonché autenticità e vigenza delle Codificazioni romane. Nei successivi due anni e mezzo, invece, lo studente avrebbe approfondito la storia, autenticità e vigenza del diritto castigliano e di quello indiano; mentre che, gli ultimi sei mesi erano dedicati alla pratica forense²⁹. Nonostante ciò, ancora nel 1825, i quesiti dell'esame per ottenere il titolo di *Bachiller* in diritto civile versavano – oltre che sul diritto e sulla giurisprudenza civile – sul diritto romano; mentre che, per conseguire il titolo di *Licenciado* in diritto civile, i *bachilleres* erano interrogati sul *Corpus Juris Civilis*³⁰.

La riduzione del periodo di studio di *Leyes* a quattro anni e la possibilità per il *Bachiller* in diritto civile di ottenere anche il titolo di *Bachiller* in *Cánones* in due anni, anziché in quattro³¹, condusse alla progressiva secolarizzazione del diritto in Venezuela, nonché all'indebolimento della cattedra di *Sagrados Cánones*, fino alla sua definitiva eliminazione nel 1827. Da quel momento, infatti, le cattedre di *Leyes* e *Cánones* sono state fuse in un'unica Facoltà (denominata) di Giurisprudenza³² che, in attuazione della riforma universitaria praticata dallo stesso *Libertador Simón Bolívar*³³, passò a comporre – in-

²⁷ Sulle vicissitudini dell'insegnamento del diritto spagnolo, nonché sul progressivo interessamento nel diritto indiano propriamente detto, si veda, D. GUERRA IÑIGUEZ, *op. cit.*, p. 23 ss.

²⁸ Prima di questa riforma, alcuni professori di *Leyes* affiancavano alla tradizionale opera di Juan De Salas – «Vinnio Castigado» –, e alla compilazione di Don Antonio Pérez, l'innovativo Trattato di Claudio José de Terrier che aggiungeva lo studio delle *Partidas, Recopilaciones y demás actos de la Corona*. Cfr. D. GUERRA IÑIGUEZ, *op. cit.*, pp. 23 e 25.

²⁹ Alla conclusione degli studi universitario, il tirocinio obbligatorio continuava ad essere di quattro anni.

³⁰ Cfr. R. DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 16.

³¹ Precedentemente, per prendere il diploma in *Cánones*, il *Bachiller* in *Leyes* avrebbe dovuto completare quattro anni di quell'indirizzo di studio. Con la riforma, era sufficiente che svolgesse soltanto due anni di studio in *Cánones*. Questa possibilità però non era concessa al *Bachiller* in *Cánones* che volesse prendere il diploma in *Leyes*. Questa riforma, e la riduzione del periodo di studio a quattro anni, sono state adottate per «*Real Cédula*» del 25 marzo 1801.

³² Cfr. R. DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 17.

³³ L'istruzione è sempre stata tra le priorità dai *Libertadores*. Nel 1827, lo stesso Simón Bolívar attua la riforma universitaria. Sul punto, si veda Y. ARTIGAS e A. MORALES, *La educación universitaria en la legislación venezolana del siglo XIX*, in *Ensayos Históricos*, 19, 2007, p. 153 ss.

sieme alle Facoltà di Filosofia, Teologia e Medicina – una delle prime facoltà della, sin da quel momento denominata, *Universidad Central de Venezuela*.

La celebre riforma universitaria di 1827, senza abbandonare l'insegnamento delle istituzioni di Giustiniano e della storia del diritto civile romano, incluse altre materie – quali diritto costituzionale, pubblico, internazionale, ecc – per adattare l'insegnamento del diritto alla realtà sociale³⁴, nonché per coadiuvare con il movimento codificatore che, proprio in quegli anni, (ri)acquista vigore.

Nei primi progetti di codificazione e, in particolare, in quelli di diritto civile – predisposti proprio da coloro che hanno studiato diritto romano nelle Università venezuelane – si rispecchia la rilevanza di quest'ultimo nella formazione del giurista venezuelano. Infatti, la centralità dell'insegnamento del diritto romano è stata confermata non solo nell'*Universidad Central de Venezuela*, ma anche nell'*Universidad de los Andes* – in origine *Colegio San Buenaventura* – e nell'*Universidad del Zulia*, dove il diritto romano è parte integrante del programma di studio della Facoltà di Giurisprudenza sin dalla sua fondazione nel 1854³⁵.

In effetti, anche i diversi codici civili venezuelani testimoniano il rinnovamento del diritto romano finalizzato all'elaborazione di un migliore diritto nel sub-sistema giuridico latinoamericano, determinandone la relativa specificità³⁶, rispetto al sistema giuridico romanista. In questo senso, è sufficiente pensare alla centralità (della tutela) della persona nel sistema giuridico latinoamericano, nonché all'unificazione della considerazione giuridica dell'uomo³⁷ che condurrà, tra gli altri effetti, alla parificazione del cittadino con lo straniero in relazione al godimento dei diritti tutelati nel codice civile; la quale è

³⁴ Questa impostazione degli studi di giurisprudenza è stata formalmente inserita nel codice di istruzione pubblica di 1843 che, nel delineare il programma di studio delle Facoltà di Scienze Politiche e Giuridiche, elenca le seguenti materie: storia del diritto romano, istituzioni di Giustiniano, diritto civile nazionale, diritto commerciale e diritto criminale. Nel 1841, sono state incluse altre materie come diritto processuale ed economia politica.

³⁵ Cfr. S. ARTILES, *op. cit.*, p. 199.

³⁶ Sul tema, si veda l'ampia ricostruzione di S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2010.

³⁷ Ricorda S. SCHIPANI, *Reconocimiento del subsistema latinoamericano, interpretación sistemática y unificación del derecho*, in *Bol. Acad. cienc. polít. soc.*, 149, 2010, p. 421, che «il sottosistema giuridico latinoamericano resta più aderente alla romana concezione concreta e aperta di uomo e sviluppa sulla base di tale linea, come già detto, sia la proibizione della schiavitù per gli indigeni, sia l'affermazione del generale godimento da parte di tutti gli uomini, cittadini e stranieri, dei diritti tutelati dai codici civili, sia la considerazione dei nascituri».

stata, successivamente, estesa alla generalità dei diritti assicurati ai cittadini, con lo sviluppo del diritto internazionale latinoamericano, in particolare, con la c.d. Dottrina Calvo³⁸.

3. *Le codificazioni civilistiche venezuelane e l'impatto del modello normativo italiano*

In Venezuela, diversamente da altri paesi sudamericani, l'idea della codificazione appare prima del completamento del processo di Indipendenza³⁹ nel 1823⁴⁰, sebbene le Università e le Facoltà di Giurisprudenza fossero apparse con notevole ritardo rispetto ad altre realtà dell'America spagnola, come Lima, Messico, Santo Domingo e Santa Fé.

Malgrado tale ritardo, le cattedre di *Leyes* e di *Cánones*, prima, e poi le Facoltà di Giurisprudenza hanno formato dotti giuristi – come Juan Germán Roscio⁴¹, Francisco Javier Ustáriz⁴², Antonio Nicolás

³⁸ L'influenza del principio di eguaglianza, nonché dei diritti costituzionali (e non solo dei diritti fondamentali), nel diritto privato venezuelano è assicurata da apposite garanzie costituzionali, predisposte a favore sia dei cittadini sia degli stranieri. Pertanto, le ricadute di questo principio nel diritto civile sono state molteplici. In questo senso, sia sufficiente ricordare l'ultima riforma del codice civile (1982) orientata ad attuare il principio di eguaglianza nei rapporti famigliari. Sul tema, si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Vénézuéla*, *ivi*, p. 274 ss.

³⁹ Sul punto, si veda A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, 2006, p. 136.

⁴⁰ Anche se la Battaglia di Carabobo (24 giugno 1821) concesse ufficialmente l'indipendenza al paese, l'ultimo conflitto per l'Indipendenza del Venezuela è stata la «Batalla naval del Lago» (24 luglio 1823).

⁴¹ Juan Germán Roscio studiò Teologia, *Sagrados Cánones* e diritto civile (*Leyes*) nella *Real y Pontificia Universidad de Caracas*, dove ottenne il titolo di dottore in diritto canonico (1794), nonché dottore in diritto civile (1800). Successivamente, è stato professore della cattedra di *Leyes* nella sua alma mater, principale redattore (e firmatario) della Dichiarazione di Indipendenza del Venezuela, rappresentate nel Congresso Costituente e firmatario dell'atto del 19 aprile 1810. È considerato, inoltre, precursore della difesa dei diritti civili e della lotta contro la discriminazione nel continente americano. Infatti, le sue argomentazioni in materia hanno condotto alla sua definitiva incorporazione nell'ordine degli avvocati, dove gli era stato rifiutato l'iscrizione per non aver indicato la razza indigena di sua madre e di sua nonna nel suo fascicolo sulla purezza del sangue.

⁴² Francisco Ustáriz si è laureato in *Leyes* nella *Real y Pontificia Universidad de Caracas*. Partecipò negli eventi che hanno portato alla genesi repubblicana, firmatario della Dichiarazione di Indipendenza nonché, insieme a Juan Germán Roscio e Gabriel Ponte, redattore della prima Carta costituzionale.

Briceño⁴³, Manuel Palacio Fajardo⁴⁴, Miguel José Sanz⁴⁵ e Don Andrés Bello⁴⁶, tra altri⁴⁷ – che parteciparono attivamente ai movimenti pre-indipendentista ed indipendentista, in particolare, mediante la predisposizione di testi (normativi) fondamentali come la Dichiarazione

⁴³ Antonio Nicolás Briceño svolse i suoi studi di *Leyes e Cánones* nel *Colegio San Buenaventura* di Merida – poi diventato Universidad de los Andes – e nella *Real y Pontificia Universidad de Caracas*, ottenendo i relativi titoli di *Licenciado* in tale aree. Deputato nel Congresso Costituente e firmatario della Dichiarazione di Indipendenza.

⁴⁴ Manuel Palacio Fajardo studio filosofia nel *Colegio San Buenaventura* e, successivamente, ottenne il titolo di Dottore in Diritto Civile e Canonico, nonché in Medicina, nella *Real y Pontificia Universidad de Santa Fe de Bogotá*. Rappresentante nel Congresso Costituente e firmatario della Dichiarazione di Indipendenza.

⁴⁵ Miguel José Sanz si è laureato in *Leyes* nella *Real y Pontificia Universidad de Caracas*. È stato promotore dell'Accademia di Diritto Pubblico e Spagnolo, redattore di diverse *Ordenanzas* per la gestione della città di Caracas, Consigliere della *Junta Patriótica* e Segretario del Congresso della Repubblica.

⁴⁶ Nonostante la sua predominante formazione autodidatta, Don Andrés Bello incominciò i suoi studi universitari nella *Real y Pontificia Universidad de Caracas* in 1796, sotto la guida del dottore José Antonio Montenegro, cattedratico di *Menores y elocuencia*. Nel 1797, previa concessione della licenza di rigore, inizia il corso di filosofia e scienze – denominato *Trienio de Artes* – sotto la guida del Dottore Rafael Escalona, considerato il maestro universitario che più esercitò influenza su Bello. Il 28 aprile 1800 concluse il *Trienio de Artes* e ottenne il titolo di *Bachiller en Artes*. Nello stesso 1800, Bello inizia gli studi di Giurisprudenza e di Medicina ma ragioni di carattere economico non gli consentono di frequentare i corsi con regolarità. Per ulteriori approfondimenti sulla formazioni di Bello, si veda, J.A. ESCALONA ESCALONA, *Andrés Bello*, in AA.VV., *Personajes Ilustres de Venezuela*, Caracas, 1971, p. 146 ss. Invece, per un'introduzione all'opera di Bello, si vedano (i 26 volumi di) A. BELLO, *Obras completas*, Caracas, 1981-1984.

⁴⁷ Altri laureati in giurisprudenza della *Real y Pontificia Universidad de Caracas* che hanno contribuito con il movimento di emancipazione venezuelana sono stati: Mariano De La Cova («Dottore» in diritto civile, firmatario della Dichiarazione di Indipendenza e della Costituzione di 1811), Manuel Vicente De Maya (*Bachiller* in diritto civile, diritto canonico e filosofia, nonché Dottore in Teologia. Firmatario della Dichiarazione di Indipendenza, anche se è stato l'unico Deputato ad opporsi ad essa), José De Sata y Bussy (*Licenciado* in *Leyes* o diritto civile, rappresentante nel Congresso Costituente e firmatario della Dichiarazione di Indipendenza), Francisco Espejo (*Bachiller* in diritto civile e in arti, nonché firmatario dell'Atto del 19 aprile 1810), Ramón Ignacio Mendez (Dottore in diritto civile, in diritto canonico e filosofia, nonché *Bachiller* in teologia, Deputato nel Congresso Costituente, e firmatario della Dichiarazione di Indipendenza), Felipe Fermín Paul (*Bachiller* in diritto civile e Dottore in diritto canonico e in teologia), Miguel Peña (Dottore in diritto civile), Juan Antonio Rodríguez Domínguez (*Licenciado* in diritto civile, firmatario della Dichiarazione di Indipendenza, Presidente del Congresso Costituente e Direttore del dibattito del 5 luglio 1811, incarico che gli conferì l'onore di annunciare formalmente l'Indipendenza del paese), José Felix Sosa (*Bachiller* in *Leyes*), Francisco Javier Yanes (*Licenciado* in diritto civile e firmatario della Dichiarazione di Indipendenza).

di Indipendenza, la Carta Costituzionale del paese e i (progetti di) codici, che il Congresso Costituente di 1811 dispose di redigere. Infatti, il Congresso Costituente aveva deciso di nominare una commissione incaricata di predisporre il codice civile e quello penale⁴⁸; compito che, successivamente, è stato confermato dall'articolo 228 della Costituzione Federale⁴⁹ di 1811.

L'idea della codificazione è stata inoltre spinta da diversi fattori⁵⁰, quali l'aspirazione di conquistare anche l'emancipazione giuridica dalla Spagna, la coincidenza con l'epoca delle codificazioni, nonché la complessità e disorganicità del diritto castigliano e del diritto indiano⁵¹. Tuttavia, l'instabilità politica discendente dalla lotta per l'indipendenza⁵² e, successivamente, dalla crisi della Gran Colombia⁵³ hanno

⁴⁸ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁹ La prima Costituzione Federale venezuelana impone, *ex art.* 228, l'interpretazione costituzionalmente orientata della legislazione anteriore alla Carta Magna, fino alla promulgazione dei codici civile e criminale. Nella Costituzione di 1858, invece, è stata consacrata la potestà della Suprema Corte di dichiarare la nullità degli atti normativi delle province – e, a partire dal 1893, della legislazione nazionale – per contrarietà alla Costituzione. In altri termini, è stato previsto per la prima volta il controllo accentrato di costituzionalità.

⁵⁰ Per un approfondimento, si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Vénézuéla*, *ivi*, p. 270 ss.

⁵¹ Le problematiche risultanti dalla complessità e disorganicità del diritto castigliano sono state sottolineate dallo stesso *Libertador Simón Bolívar*, nel celebre Discorso del Congresso di Angostura, quando affermò «nel sollecitare la stabilità dei giudici, la creazione delle giurie e la predisposizione di un codice, ho chiesto al Congresso di assicurare la libertà civile, la più preziosa, la più giusta e la più necessaria. In una parola, l'unica libertà poiché senza essa le altre non sono niente. Ho reclamato dunque la correzione degli abusi più deplorabili della nostra giustizia, originati in quell'oceano di legislazione spagnola che, come il tempo, raccoglie opere di tutte l'età e da tutti gli uomini, opere demenziali ma anche virtuose, lavori sensati ma anche bizzarri, monumenti all'ingegno ma anche al capriccio. Questa enciclopedia giuridica, mostro dalle mille teste, che finora è stato il flagello del popolo spagnolo, costituisce la più raffinata tortura, che l'ira del cielo, riservo a questo disgraziato Impero» (trad. libera) S. BOLÍVAR, *Discurso de Angostura*, Edición conmemorativa del sesquicentenario del Congreso de Angostura, Caracas 1969, p. 72 ss.

⁵² Con la definitiva emancipazione del paese, il Congresso di Colombia (1825) decreta transitoriamente l'applicabilità del diritto indiano, nella misura in cui non contrastasse con la nascente Repubblica e, secondo una precisa gerarchia delle fonti. Sul tema, si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Vénézuéla*, *ivi*, p. 270.

⁵³ «Repubblica di Colombia» era il nome ufficiale della «Gran Colombia» ovvero della vasta repubblica, fondata nel Congresso di Angostura sotto l'impulso del *Libertador Simón Bolívar*, che comprendeva il Venezuela, la Colombia (che, all'epoca, aveva il nome di «Nuova Granada» oppure «Cundinamarca»), l'Ecuador e il Panama.

posticipato la realizzazione degli obiettivi di codificazione in ambito civile fino al 1862⁵⁴.

Prima dell'approvazione del primo codice civile venezuelano del 1862, sono state promulgate alcune leggi⁵⁵ dirette ad organizzare e incentivare l'economia del paese, duramente colpita dai conflitti per l'indipendenza, dalla separazione del Venezuela dalla Gran Colombia, nonché dalla totale assenza di banche in osservanza del divieto di usura, contenuto nelle leggi spagnole ispirate dall'etica cattolica⁵⁶. Così, sono state approvate leggi in materia di libertà contrattuale (1834⁵⁷ e 1848⁵⁸), locazione di abitazione (1846)⁵⁹, vendita con patto di riscatto (1861)⁶⁰, interesse legale (1861)⁶¹ e privilegi ed ipoteca (1861)⁶².

Queste normative hanno fornito una base di partenza per il primo codice civile venezuelano del 1862⁶³ – senza tener conto che alcune

⁵⁴ Nel 1854, era stato presentato al Congresso della Repubblica un progetto di Codice civile, opera di Julian Viso, che però non ebbe fortuna. Per un approfondimento: A. RANGEL LAMUS, *El Código Civil de 1873 y sus antecedente legales*, in *Código Civil – Edición oficial*, Imprenta Nacional, 1873, Edición conmemorativa del centenario del Código Civil de 1873, Caracas, 1973, p. IX.

⁵⁵ Con posteriorità alla separazione del paese dalla Gran Colombia, il primo precedente di legislazione civile in Venezuela è rintracciabile nel Decreto del Congresso del 14 giugno 1831 che derogò la circolare del *Libertador Simón Bolívar*, la quale vietava il matrimonio tra venezuelani e spagnoli. Cfr. J.A. FUENMAYOR GARCÍA, *Examen retrospectivo de la legislación civil venezolana*, in *Rev. Facult. Cienc. jurid. polít.*, 86, 1992, p. 19.

⁵⁶ Sul contesto socioeconomico e sulle ragioni che spingono l'adozione di queste leggi e, in particolare, della legge sulla libertà contrattuale, si veda, M. RODRÍGUEZ YAÑEZ, *La ley del 10 de abril de 1834 y sus repercusiones en Venezuela durante el período conservador republicano (1830-1848)*, manoscritto originale concesso gentilmente all'autrice (che ringrazia l'autore) e in corso di pubblicazione.

⁵⁷ L. 10 aprile 1834. Su questa legge, si vedano ampiamente M. RODRÍGUEZ YAÑEZ, *La ley del 10 de abril de 1834 y sus repercusiones en Venezuela durante el período conservador republicano (1830-1848)*, *ivi*; J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 80; J.A. FUENMAYOR GARCÍA, *Examen retrospectivo de la legislación civil venezolana*, *ivi*, p. 19 ss.

⁵⁸ Il 28 aprile 1848 è stata approvata un'altra legge sulla libertà contrattuale che regola con maggior precisione la c.d. clausola «guarentigia». Sul punto, J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 81 ss. e J.A. FUENMAYOR GARCÍA, *Examen retrospectivo de la legislación civil venezolana*, *ivi*, p. 19 ss.

⁵⁹ L. 1° aprile 1846. Su questa legge si veda J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁰ L. 18 luglio 1861.

⁶¹ L. 19 giugno 1861. Su questa legge si veda J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 82.

⁶² L. 20 giugno 1861.

⁶³ Sul Codice civile venezuelano di 1862, si veda A. RANGEL LAMUS, *El Código Civil de 1873 y sus antecedente legales*, *ivi*, p. IX ss.

disposizioni di queste leggi sono state trasfuse nelle successive codificazioni, fino ad arrivare al vigente codice civile del 1982 – che ha ricevuto, principalmente, l'influenza del codice civile cileno⁶⁴ e del progetto di codice civile di 1854⁶⁵ – elaborato dallo stesso codificatore Julián Viso – nonché di altre fonti secondarie⁶⁶, tra cui, il *Code Napoléon*⁶⁷ e l'antica legislazione spagnola⁶⁸.

L'influenza italiana nelle codificazioni venezuelane, invece, attenderà fino al terzo codice civile del 1873, che costituisce una vera e propria anomalia nel panorama delle codificazioni latinoamericane dell'epoca. Quest'ultimo, infatti, si discosta dai modelli seguiti nel sub-continente, poiché adotta come modello il codice civile del Regno d'Italia del 1865⁶⁹ (considerato allora il più recente)⁷⁰, apportando inoltre alcune modifiche e aggiunte basate sia sul precedente codice

⁶⁴ Per una comparazione tra il Codice di Bello ed il progetto di Julián Viso di 1854, si veda F. CHUMACEIRO CHIARELLI, *Bello y Viso Codificadores*, Caracas, 1981.

⁶⁵ Nella redazione introduttiva, il Dottore Julián Viso – redattore del Codice – afferma: «Sirven de base a mi trabajo, la legislación de Justiniano; la española; los códigos civiles de Francia; de las Dos Sicilias; de Cerdeña, de Holanda y de la Luisiana; las leyes hipotecarias de Grecia y Génova, la jurisprudencia establecida por varios decretos de la Corte de Casación de Francia y del Tribunal Supremo de Venezuela; y la doctrina de las grandes autoridades de Pothier, Merlin, Favard de Langlade, Portalis, Pardessus, Zacharie, Savigny, de algunos prácticos españoles y de Vidaurre que consagró la pluma a la República de Perú. Si algo me corresponde del mérito que pueda tener dicho proyecto será tan solo el tino en la elección de los originales y el acierto de haber adoptado como base fundamental el Código Civil de Francia». Cfr. L. LUPINI BIANCHI, A.I. VIDAL, *La influencia del Código de Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina Venezolana*, *ivi*, p. 71 s.

⁶⁶ T. GUTIERREZ ALFARO (*Historia de la Codificación del Derecho Civil en Venezuela*, in *Rev. jurid.*, 43, 44 e 45, 1933, p. 231 ss.; citato da J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 83) enumera, tra le fonti secondarie, del Codice di 1862, il diritto romano, il diritto canonico, il progetto di Codice civile spagnolo di 1851, e l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (ALR)*.

⁶⁷ Sull'influenza francese nel Codice di 1862, si veda J.B. BANCE, *Informe sobre la influencia del Código civil francés en Venezuela, desde su promulgación hasta hoy*, in *Bol. Acad. cienc. polít. soc.*, I, 3-4, 1936, p. 70 ss.

⁶⁸ Cfr. E. MADURO LUYANDO, E. PITTIER SUCRE, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, I, Caracas, 2004, p. 11; J.L. AGUILAR GORRONDONA, *Derecho Civil. Personas*, Caracas, 1991, p. 24; O. OCHOA, *Derecho Civil I: Personas*, Caracas, 2006, p. 159; T.E. CARRILLO BATALLA, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁹ Secondo L. SANOJO (*Instituciones de derecho civil*, I, Caracas, 1873, p. XI), membro della Commissione codificatrice, «la comisión redactora del Código Civil de Venezuela se ha separado a veces de tan gran modelo. Acaso no ha sido feliz siempre en estas variaciones, pero siempre ha seguido su espíritu y su sistema general».

⁷⁰ Anche se, all'epoca di predisposizione del Codice di 1873, le codificazioni più recenti erano la portoghese (1867) e l'italiana (1865), i membri della Commissione revisora e della Commissione codificatrice hanno privilegiato quest'ultimo.

civile venezuelano del 1862⁷¹, sia sull'importante annessione delle disposizioni dei Decreti sulla secolarizzazione degli sponsali e del matrimonio⁷², e sul registro (dello stato) civile⁷³.

Orbene, nonostante l'opera di adattamento dei codificatori⁷⁴, alcune soluzioni ed istituti del modello italiano – in particolare in materia di filiazione e matrimonio⁷⁵ – si rivelarono inidonee per la diversa realtà venezuelana. Pertanto, le successive riforme del codice civile venezuelano hanno tentato di adattarlo al contesto sociale. Infatti, il codice del 1880 introdusse modifiche in materia di consiglio di tutela dei minorenni, impedimenti a contrarre matrimonio e possesso; quello del 1896 agevolò la celebrazione del matrimonio, soppresse il cd. matrimonio per ministero della legge⁷⁶ ed introdusse l'istituto del «hogar»⁷⁷, ovvero dell'abitazione familiare, che diventa inalienabile e non suscettibile di esecuzione giudiziaria⁷⁸. Invece, la principale innovazione del codice di 1904⁷⁹ è consistita nell'introduzione

⁷¹ A. RANGEL LAMUS, *El Código Civil de 1873 y sus antecedente legales*, *ivi*, p. XVII; S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Vénézuéla*, *ivi*, p. 271 ss.; O. OCHOA, *op. cit.*, p. 161 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 316; N. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, 2010, p. 165.

⁷² Decreto del 12 febbraio 1873.

⁷³ Decreto del 1° gennaio 1873. Sull'importanza di questi Decreti che hanno condotto alla separazione tra lo Stato e la Chiesa, si veda: A. RANGEL LAMUS, *El Código Civil de 1873 y sus antecedente legales*, *ivi*, p. XVIII, e J.A. FUENMAYOR GARCÍA, *Examen retrospectivo de la legislación civil venezolana*, *ivi*, p. 21 ss.

⁷⁴ Parte della dottrina rivendica il valore del lavoro di adattamento del modello italiano al contesto venezuelano. In questo senso L. BASTIDAS, *Historia del Código Civil Venezolano (1862-1896)*, in *Rev. Col. abog. distr. fed.*, 14, 1939, p. 41. Invece, altri (come Don Cecilio Acosta) sono stati critici verso tale lavoro. Cfr. L. LUPINI BIANCHI, A.I. VIDAL, *La influencia del Código de Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina Venezolana*, *ivi*, p. 75. Per una sintesi della critica di Don Cecilio Acosta, si veda, A. RANGEL LAMUS, *El Código Civil de 1873 y sus antecedente legales*, *ivi*, p. XVIII.

⁷⁵ Cfr. J.L. AGUILAR GORRONDONA, *op. cit.*, 25 e H. BARRIOS, *El Código civil francés de 1804 y el derecho de familia*, in AA.VV., *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*, Caracas, 2005, p. 151.

⁷⁶ Il codice di 1896 elimina, inoltre, gli sponsali «presunti». Sul tema: A. RANGEL LAMUS, *El Código Civil de 1873 y sus antecedente legales*, *ivi*, p. XIX

⁷⁷ L'istituto del «hogar» è ispirato nel «homestead» creato dall'«Act to exempt certain property therein named from execution», sancito dal Senato e dalla Camera di Rappresentanti della Repubblica di Texas nel 1839. Sul tema: O. OCHOA, *op. cit.*, p. 162.

⁷⁸ Tra altre innovazioni, il codice del 1896 prescrive inoltre l'applicabilità della legge venezuelana ai beni mobili situati nel paese, aggiunse altri impedimenti dirimenti al matrimonio ed estese i diritti successori al figlio adottivo.

⁷⁹ C. GONZALEZ (*Exposición de la Codificación Civil Venezolana, Tesis de Doctorado*, 1936, p. 10; citato da L. LUPINI BIANCHI, A. VIDAL, *La influencia del Có-*

del divorzio⁸⁰ e della separazione dei coniugi. Sebbene alcune delle riforme successive al 1873 siano risultate di grande rilievo, esse si sono limitate ad istituti ben determinati, lasciando inalterata la struttura del codice di quell'anno che, da un lato, ha costituito il punto di partenza dell'evoluzione del diritto civile nell'ordinamento venezuelano, poiché ha impresso i principali lineamenti in materia⁸¹; e, dall'altro, ha instaurato l'influenza italiana (e francese) nel diritto civile venezuelano⁸², in particolare, sulla disciplina del contratto. Infatti, l'impatto del modello italiano su questa disciplina⁸³ si evince dalla stessa definizione di contratto⁸⁴, ex art. 1042 del codice civile venezuelano del 1873, che riproduce quasi integralmente quella dell'articolo 1098 del codice civile italiano del 1865, e che è rimasta inalterata fino alla previsione della possibilità di trasmettere il vincolo giuridico mediante il contratto nel codice civile venezuelano del 1942⁸⁵.

L'influenza del modello normativo italiano è stata ulteriormente consolidata con il codice del 1916 che, nonostante mirasse ad adattare la normativa al contesto sociale⁸⁶, determinò, invero, un ritorno

digo de Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina Venezolana, ivi, p. 76) ricorda che «además, se introduce el derecho del deudor a imputar al capital los pagos que haga, con preferencia a los atrasos e intereses y la acción de rescisión por lesión en la venta sub-retro, con el fin de reprimir los abusos que cometían los usuarios mediante la figura de la retroventa».

⁸⁰ L'introduzione del divorzio non è stata una risposta ad istanze di tipo sociale o giuridico bensì ad esigenze personali del Segretario del Governo di Cipriano Castro. Su questa riforma e sulla sua rilevanza nell'ordinamento venezuelano, J.A. FUENMAYOR GARCÍA, *Examen retrospectivo de la legislación civil venezolana*, ivi, p. 22 ss.

⁸¹ J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 83. Nello stesso senso: N. POSENATO, *op. cit.*, p. 165.

⁸² S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Vénézuéla*, ivi, p. 271.

⁸³ Ricorda N. POSENATO (*op. cit.*, p. 167) che è stata anche ispirata al modello italiano «l'adozione del principio di efficacia traslativa del consenso, contenuto nell'art. 1161. In questo senso, il Venezuela si pone come uno dei pochi ordinamenti latino-americani che non seguono il sistema che affianca la *traditio* del bene per il trasferimento della proprietà».

⁸⁴ Ricorda S. SCHIPANI (*Las definiciones de contrato del sistema jurídico latino-americano*, in AA.VV., *Sistema Jurídico Latino-americano y Derecho de los Contratos*, a cura di D.F. Esborraz, México D.F., 2006, p. 171 s.) che la definizione di contratto del codice venezuelano del 1873 è stata la prima in America Latina a estendere l'efficacia del contratto a tutte le altre vicende del rapporto giuridico.

⁸⁵ Sulla nozione di contratto, nonché sulle sue origini, J. MELICH-ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1997, p. 27.

⁸⁶ Tra questi, è stato ampiamente consentita l'inchiesta sulla paternità naturale, sono state semplificate le formalità per contrarre matrimonio tra concubini; e, sono stati equiparati i figli naturali e legittimi in relazione alla successione della madre. Un altro aspetto di rilievo è stata la revisione terminologica, rispetto ai codici precedenti. Nell'ambito delle obbligazioni, in particolare, è possibile constatare la pro-

ancora più fedele al codice italiano di 1865⁸⁷. Questo regresso però non è stato esente da critiche, dirette a rivendicare i profili di originalità introdotti dall'opera di adattamento dei redattori del codice del 1873⁸⁸. Tuttavia, l'adesione al modello normativo italiano rimase inalterata con la riforma parziale del 1922, la quale non introdusse mutamenti di rilievo⁸⁹. Diversamente da quanto accade con il codice civile venezuelano del 1942 che, invece, rappresentò una riforma integrale rispetto a quello del 1916.

Il codice venezuelano del 1942 è il prodotto di una Commissione, creata dalla Legge 6 luglio 1936, che ha tenuto conto delle tendenze legislative straniere⁹⁰, della dottrina nazionale e comparata, nonché degli sviluppi della giurisprudenza venezuelana. I lavori di questa Commissione sono stati inoltre arricchiti dalle osservazioni dei diversi attori sociali che parteciparono al processo. Le fonti dirette più rilevanti del codice menzionato – la cui centralità è indiscussa dal momento che il vigente codice del 1982 ha riformato unicamente la parte dedicata al diritto di famiglia⁹¹ – sono state le conclusioni della «Com-

pensione ad usare i termini impiegati dalla dottrina italiana. Nello stesso settore, inoltre, sono state regolamentate le azioni di simulazione e pauliana.

⁸⁷ In opinione di ARCAJA era preferibile seguire fedelmente il modello legislativo di un paese che produce opere esegetiche di grande qualità, e di un Codice che ha migliorato quello napoleonico. Cfr. L. LUPINI BIANCHI, A. VIDAL, *La influencia del Código de Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina Venezolana*, *ivi*, p. 76.

⁸⁸ L.I. BASTIDAS (citato da A. RANGEL LAMUS, *El Código Civil de 1873 y sus antecedente legales*, *ivi*, p. XVII), infatti, sostenne che «la reforma del 16 nuestro Código Civil, salvo la parte notablemente progresista que hay en el Libro primero, anuló con la fácil trasplatación de la mayor parte del Código Civil italiano al nuestro, la labor legislativa que habíamos realizado en materia civil. Ejemplo notable de la diferencia entre el sistema de adaptación y el de la simple trasplatación, aparece en estos códigos comparados (1873 y 1916), en los derechos del propietario de la tierra y los derechos del propietario del agua cuando concurren en las servidumbres».

⁸⁹ Le principali innovazioni del Codice di 1922 sono state la soppressione della possessione di stato, quale prova della filiazione naturale rispetto al padre, e la libertà d'inchiesta sulla paternità illegittima o naturale; restringendo quest'ultima, come era previamente, all'unica ipotesi del rapimento.

⁹⁰ Dalla relazione introduttiva del Codice di 1942, nonché dagli informi pubblicati dalla Commissione codificatrice, è possibile ricavare che sono stata esaminate diverse codificazioni latinoamericane, tra cui, la panamense e l'uruguaiana; nonché, alcune regolamentazioni extra-latinoamericane, come la cinese. Cfr. T.E. CARRILLO BATAALLA, *op. cit.*, p. 222.

⁹¹ La riforma è stata ispirata all'attuazione del principio di eguaglianza nei rapporti familiari. In questo modo, è stata consacrata l'equiparazione della condizione giuridica dell'uomo e della donna nell'esercizio della patria potestà, negli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, negli effetti patrimoniali del concubinato, nonché la completa equiparazione tra i figli (ed altri parenti) naturali e legittimi. Sul punto si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Véné-*

missione revisora dei Codici nazionali» del 1930⁹² e la parte generale del Progetto italo-francese delle obbligazioni⁹³.

Le innovazioni introdotte nella disciplina delle obbligazioni⁹⁴ e del contratto⁹⁵, sulla base di tale progetto, rendono gli istituti stessi come quelli dove è maggiormente percettibile l'influenza del modello scientifico italiano in Venezuela.

4. *Ascesa e declino dell'influenza del modello scientifico italiano in Venezuela*

L'influenza del modello scientifico italiano nel diritto civile venezuelano emerge nel codice civile del 1873 e, successivamente, si consolida nella disciplina delle obbligazioni e del contratto⁹⁶ con il codice civile venezuelano del 1942. Da quel momento, infatti, si palesa la speciale attenzione prestata dai giuristi e dai codificatori venezuelani alla dottrina e alle esperienze italiane e francesi.

Paradigmatica dell'interesse verso la dottrina italiana e francese sono le considerazioni di Sanojo⁹⁷ nell'introduzione alla sua opera

zuela, ivi, p. 274; e, si veda anche, J.L. AGUILAR GORRONDONA, *op. cit.*, p. 26 ss., e O. OCHOA, *op. cit.*, p. 165 ss.

⁹² Nel 1931, la «Commissione revisora dei Codici nazionali» consegnò un progetto di codice che non è diventato legge. Tuttavia, la Commissione codificatrice del 1936 prese in considerazione molte delle conclusioni e disposizioni di quel progetto. Per un approfondimento sul punto, T.E. CARRILLO BATALLA, *op. cit.*, 219.

⁹³ Sul punto, si veda, E. MADURO LUYANDO, E. PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 12 e J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 88 ss.

⁹⁴ J.A. ZAMBRANO VELASCO (*op. cit.*, p. 88) ricorda che, in materia di obbligazioni, sono state introdotte importanti riforme in materia di arricchimento senza causa, abuso di diritto, promessa di ricompensa al pubblico, eccezioni di contratto non adempiuto, riparazione del danno non patrimoniale, stato di bisogno e legittima difesa, responsabilità sussidiaria degli incapaci privi della capacità di discernimento, ecc.

⁹⁵ Tra le innovazioni introdotte nell'ambito del contratto vi sono: la dettagliata normativa sulla formazione del contratto, la disciplina non più unitaria degli elementi essenziali del contratto e dei suoi presupposti, la scusabilità dell'errore. Su questi aspetti, si veda J. MELICH-ORSINI, *op. cit.*, pp. 156, 79, 182 e 178 (rispettivamente); anche, D.F. ESBORRAZ, *Contratto y Sistema en América Latina*, Buenos Aires, 2006, p. 203; e, N. POSENATO, *op. cit.*, p. 165. In generale, sulle innovazioni nelle discipline delle obbligazioni e del contratto, nonché sull'esclusione del matrimonio dall'ambito contrattuale, si veda J.A. FUENMAYOR GARCÍA, *Examen retrospectivo de la legislación civil venezolana, ivi*, p. 26.

⁹⁶ La disciplina dei singoli contratti, invece, è rimasta ancorata al modello del codice civile italiano del 1865.

⁹⁷ L. SANOJO, *Instituciones de derecho civil*, cit., p. IX; e anche, *Prólogo a la obra Instituciones de derecho civil*, in *Rev. Col. abog. distr. fed.*, 6, p. 299 ss., citato da J.A. ZAMBRANO VELASCO, *op. cit.*, p. 86.

«Instituciones de derecho civil venezolano» (1873), dove spiega che «Nuestro principal trabajo ha sido extractar la buena doctrina de los autores que hemos tenido a mano: Toullier, Troplong, Savigny, Demolombe, Mourlon, Pacifici, Mazzoni, son los autores que con más frecuencia hemos consultado, muy especialmente los dos últimos y más todavía Mazzoni, que nos ha servido de guía, y de quien no pocas veces hemos copiado largos pasajes, por ser un excelente expositor del Código Italiano sobre el cual está calcado el nuestro [...] con excepción de uno que otro punto en que nuestra legislación se aparta de la que comentaron aquellos ilustres maestros, y de otros en que nos hemos separado de opinión, toda la doctrina que exponemos es tomada de ellos».

Oltre l'esplicita dichiarazione delle sue fonti, le considerazioni del giurista venezuelano manifestano, in primo luogo, che la predilezione per la dottrina italiana e francese rispondeva al desiderio di assicurare la coerenza tra il modello legislativo e quello dottrinario⁹⁸. Tale motivazione è particolarmente rilevante laddove si tenga conto che, ancora oggi, l'affinità della normativa sui cui poggia la dottrina straniera con quella del codice civile venezuelano continua ad orientare la scelta della letteratura consultata dagli studiosi venezuelani⁹⁹ e, in passato, influenzò la scelta di diversi giuristi venezuelani a proseguire i propri studi *post lauream* in Italia¹⁰⁰.

In questo senso, la circolazione dei modelli dottrinali italiani in Venezuela fu favorita dalla trasmissione da parte di quei giuristi venezuelani – formatosi nel bel paese – ai colleghi e agli studenti, attraverso l'insegnamento universitario oppure mediante la diffusione delle proprie opere.

Tuttavia, l'approvazione del codice civile italiano del 1942 condurrà ad un iniziale disinteressamento per l'Italia – come sede per approfondire gli studi – e per la dottrina italiana, in favore della Francia e della dottrina francese, il cui modello normativo era più affine a quello venezuelano.

Prima che questo fenomeno si verificasse, dalle considerazioni di Sanojo è possibile desumere che, oltre il criterio dell'affinità, la scelta

⁹⁸ In questo senso, L. SANOJO (*Instituciones de derecho civil*, cit., p. IX) sottolinea che la sua opera è un contributo per l'intendimento del Codice di 1873.

⁹⁹ Infatti, i giuristi venezuelani frequentemente giustificano il richiamo alla dottrina francese in considerazione all'affinità della normativa venezuelana a quella francese.

¹⁰⁰ Per molto tempo, infatti, si è privilegiata la formazione in Italia o in Francia, ovvero in quelle che erano considerate le «culle» del diritto civile. Cfr. S. PINTO OLIVEROS, *Culture et Droit Civil au Vénézuéla*, *ivi*, p. 274.

della dottrina comparata era determinata dalla sua reperibilità e, pertanto, si imponeva un'opera di selezione di «buona dottrina» tra quella reperita da parte dello studioso venezuelano. Lo scopo di far arrivare agli studenti «buona dottrina» italiana e francese era stato anche dichiarato da Domínici nei suoi *Comentarios al Código civil* (1897)¹⁰¹, opera dove il giurista riflette il prodotto dei suoi insegnamenti sul codice civile e sul codice di commercio presso l'*Universidad Central de Venezuela*.

Le opere di Sanajo e di Domínici sono particolarmente significative per avvalorare l'influenza del modello scientifico italiano nel diritto civile venezuelano, nonché la recezione critica della dottrina straniera da parte dei giuristi venezuelani, non solo per la loro rilevanza nell'allora nascente cultura giuridica venezuelana ma anche perché, in seguito all'ampliamento del programma di studio delle Facoltà di Giurisprudenza per consentire lo studio dei diversi codici nazionali nel 1874¹⁰², le loro opere sono diventate i testi ufficiali dei corsi di diritto civile, conformemente alla riforma universitaria del 1900¹⁰³.

La recezione critica della dottrina straniera da parte dei giuristi venezuelani e il prestigio della dottrina italiana¹⁰⁴ hanno consentito di

¹⁰¹ A. DOMÍNICI, *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*, I, Caracas 1897, p. xxv-xxvi; citato da R. PÉREZ PERDOMO, *The reception of modern law in 19th century Venezuela*, disponibile in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3195/18.pdf>, p. 1116.

¹⁰² D. GUERRA ÑIGUEZ, *op. cit.*, p. 65

¹⁰³ R. PÉREZ PERDOMO, *The reception of modern law in 19th century Venezuela*, *ivi*, p. 1115.

¹⁰⁴ Per fornire qualche esempio dell'attenzione verso la dottrina italiana e senza pretese di esaustività, è possibile identificare l'attenzione verso l'opera di Ascarelli, Auletta, Auricchio, Barassi, Barba, Barbero, Barcellona, Bessone, Betti, Bigliazi-Geri, Bonfante, Busnelli, Carnelutti, Carrara, Carresi, Cataudella, Coviello, Chironi, De Cupis, Deiana, Di Majò, Distaso, Falzea, Ferrara, Ferri, Giorgi, Giorgianni, Gorla, Inzitari, Irti, Mengoni, Messineo, Mirabelli, Natoli, Pugliatti, Ricci, Sacco, Santoro-Pasarelli, Scalisi, Scognamiglio, Stolfi, Trimarchi, Visintini, tra gli altri, nell'opera di J. MELICH-ORSINI, *op. cit.*, p. 156; oppure di Ascarelli, Barassi, Bolaffio, Coviello, Di Majò, Distaso, Giorgianni, Giorgi, Gorla, Greco, Nicolò, Pacifici-Mazzoni, Ricci, Scaduto, Tartaglia, Venezian, tra gli altri, negli studi sulle obbligazione pecuniarie di E. LAGRANGE, *Retardo en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda*, in *Rev. Facul. der. Univ. Cat. Andrés Bello*, 49, 1994; e, in *Estudios de derecho civil*, Caracas, 2012. Similmente, si possono individuare i lavori di Alpa, Barassi, Bessone, Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Cattaneo, Cendon, Chironi, De Cupis, De Ruggiero, Gazzoni, Rescigno, Rodota, Scaduto, Simoncelli, Tedeschi, Trimarchi, Visintini, tra gli altri, nel lavoro di C.E. ACEDO SUCRE, *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el derecho venezolano comparado con los derecho francés e italiano*, Caracas, 1993. Similmente, è rintracciabile l'attenzione verso l'opera di Betti, Messineo, Colagrosso e Dosetto, tra altri, nonché alla regolamentazione degli artt. 1341 e 1342 del vigente codice civile italiano nell'opera di G.

superare quell'iniziale disinteressamento in quest'ultima provocato dall'approvazione del codice civile italiano di 1942. Infatti, lo spirito critico della dottrina venezuelana giustificò l'esame di tale letteratura in considerazione alla sua utilità per identificare le lacune e le incoerenze dell'ordinamento patrio ed, eventualmente, per reinterpretare le proprie soluzioni e rielaborare i propri istituti, tenendo conto delle proprie radici – nonché di quelle italiane – e dei propri sviluppi, ma anche delle evoluzioni dell'ordinamento italiano e degli altri ordinamenti filtrati da quest'ultimo. Infatti, l'analisi critica della dottrina italiana nell'approfondimento di istituti provenienti dalla scienza giuridica tedesca, come il negozio giuridico e l'ingiustizia del danno, è incontestabile¹⁰⁵.

Negli ultimi (trenta) anni, l'attenta considerazione della dottrina italiana ha sofferto qualche battuta di arresto per diversi fattori; tra questi, è di particolare rilevanza il diverso sistema di giustizia costituzionale venezuelano che, nel combinare il controllo diffuso con il modello di controllo accentrato di costituzionalità (c.d. sistema misto oppure integrale)¹⁰⁶, nonché nel prevedere rimedi straordinari di tutela dei diritti costituzionali, ha condotto a continui collegamenti ed interazioni fra diritto civile e diritto costituzionale, orientando l'interpretazione del primo alla luce dei principi e dei valori della Carta Magna (e delle Convenzioni Internazionali in materia di diritti dell'uomo) e formando il civilista e il giudice civile – diversamente di quanto accade in Italia – alla tecnica del bilanciamento degli interessi.

La simile (evoluzione, complessità e problematicità dell') incidenza della Costituzione sul diritto privato e, in particolare, sul diritto civile negli ordinamenti latino-americani¹⁰⁷ ha condotto alla maggior attenzione e circolazione della dottrina del sub-continente, a dispetto

KUMMEROW, *Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado*, Caracas, 1956.

¹⁰⁵ Entrambi esaminati in modo critico dalla dottrina venezuelana, sul negozio giuridico, si veda, J. MELICH-ORSINI, *op. cit.*, p. 25 ss.; e, sull'analisi critica di MELICH-ORSINI, A. MORLES HERNÁNDEZ, *Discurso de orden del Dr. Alfredo Morles Hernández en el Acto solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en homenaje al Profesor José Melich-Orsini*, in *Cuest. Jurid.*, V, 2, 2011, p. 153 ss. Sull'ingiustizia del danno si veda J. MELICH-ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, I, Caracas, 1995, p. 104 ss.

¹⁰⁶ Sul punto si veda A. BREWER-CARIAS, *Judicial Review in Venezuela*, disponibile in <http://www.allanbrewercarias.com>.

¹⁰⁷ Sulle analogie tra i sistemi di giustizia costituzionale, nonché tra alcuni dei rimedi straordinari di tutela dei diritti costituzionali in America Latina, si veda, A. BREWER-CARIAS, *Judicial Review and Amparo Proceeding in Latin America. A general Overview*, disponibile in <http://www.allanbrewercarias.com>.

di quella europea, che ha trovato maggior difficoltà nell'applicabilità dei valori e principi costituzionali ai rapporti orizzontali.

Un altro fattore che ha condotto alla minor considerazione del modello scientifico italiano è stato il deterioramento dell'economia venezuelana e, in particolare, le difficoltà di accesso alle valute estere in attuazione del severo controllo di cambio imperante nel paese dal 2003. Questa situazione non solo ha limitato l'accesso alla letteratura giuridica straniera¹⁰⁸ ma anche la prosecuzione della formazione post-laurea all'estero; stimolando, laddove possibile, la predilezione per destinazioni più vicine ed economiche come la Spagna, gli Stati Uniti di America¹⁰⁹ e, in tempi più recenti, altri paesi dell'America Latina. Per questa ragione, è stata altresì limitata la conoscenza di altre lingue¹¹⁰ e, in particolare, della lingua italiana¹¹¹ e, pertanto, l'accesso diretto alle fonti¹¹².

Per tali motivi, è più che mai importante riprendere ed intensificare lo scambio culturale tra le Università e gli studiosi italiani e venezuelani che, nonostante le precisate difficoltà, è rimasto in vita grazie all'impegno di alcuni giuristi italiani attenti a quel laboratorio privilegiato delle attuali problematiche del diritto privato contemporaneo che è il diritto latino-americano e, in particolare, quello venezuelano. In questo senso, sia sufficiente pensare alla citata incidenza della Costituzione – e della centralità della tutela della persona – nel diritto civile; oppure, ai prevedibili sviluppi in materia di giustizia contrattuale con riferimento all'incidenza del diritto fondamentale¹¹³

¹⁰⁸ Deve tenersi conto che, nonostante le odierne possibilità di acquisto di opere straniere per via elettronica, i cittadini venezuelani sono autorizzati ad effettuare pagamenti via internet fino a 400 \$/anno.

¹⁰⁹ Nel caso degli USA, gli stretti legami economici tra i due paesi hanno incentivato il flusso di studenti verso quella realtà, malgrado la diversità di cultura giuridica. Infatti, gli USA sono il primo socio commerciale del Venezuela, nonché il principale investitore estero del paese.

¹¹⁰ Con l'eccezione della lingua inglese che è di insegnamento obbligatorio nelle scuole, nonché in alcune università.

¹¹¹ Queste circostanze contribuiscono altresì a comprendere le ragioni della circolazione di modelli normativi e dottrinali dalla Spagna negli ultimi anni.

¹¹² Negli ultimi anni, l'accesso alla dottrina europea è avvenuto prevalentemente attraverso il più agevole accesso alle opere ibero-americane che spesso si richiamano al diritto europeo ed italiano, nonché mediante la traduzione di contributi in alcuni paesi dell'America Latina. Queste soluzioni però lasciano irrisolti una serie di problemi, in particolare, quelli della qualità delle traduzioni, e della recezione acritica di tale dottrina.

¹¹³ In Sudamerica, è possibile tralasciare le riflessioni sulla qualifica impropria dei diritti elencati dalla normativa a tutela del consumatore come «diritti fondamentali» del consumatore, dal momento che soltanto la *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana impiega tale espressione rispetto all'enumerazione di diritti del

del consumatore al tratto equitativo, previsto sia nella Costituzione venezuelana sia in quella argentina, nonché consacrato in pressoché tutte le legislazioni sud-americane a tutela del consumatore.

Infatti, gli indici normativi delle diverse legislazioni del sub-continente sembrano rivelare che l'equità nei rapporti contrattuali sia uno dei valori fondamentali del sistema sudamericano di tutela del consumatore, anche se la scelta d'impiegare un valore di portata estremamente ampia ed ambigua, come l'equità, possa rivelarsi pericolosa¹¹⁴.

Infatti, nello specifico caso venezuelano, a partire dall'interpretazione sullo «Stato sociale di diritto» della Sala Costituzionale del *Tribunal Supremo de Justicia* nella celebre decisione sui «créditos indexados»¹¹⁵, che ha dotato il giudice di un significativo potere di intervento sull'autonomia privata¹¹⁶, la giurisprudenza¹¹⁷ è esemplificativa del rischio d'impiegare criteri talmente elastici che possano di-

consumatore da essa riconosciuta; e, inoltre, poiché la tutela del consumatore ha trovato riconoscimento a livello costituzionale in quasi tutti i paesi dell'America del Sud; pertanto, in quegli ordinamenti dove la tutela del consumatore ha valenza in quanto diritto costituzionale, i diritti riconosciuti dalle diverse Costituzioni sudamericane sono effettivamente «diritti fondamentali» del consumatore, che svolgono una funzione di guida per lo sviluppo dell'ordinamento giuridico a tutti i livelli e, pertanto, orientano anche l'interpretazione dei diritti del consumatore riconosciuti a livello legislativo. Sul tema si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *La tutela del consumatore in Sudamerica* (in corso di pubblicazione) in AA.Vv. *Le nuove frontiere del diritto latinoamericano*, diretto da L. Moccia.

¹¹⁴ Sul tema si consenta ancora il rinvio S. PINTO OLIVEROS, *La tutela del consumatore in Sudamerica*, *ivi*.

¹¹⁵ SC, TSJ, 24 gennaio 2002, *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras y Consejo directivo del Instituto para la defensa y educación del consumidor y el usuario (INDECU)*, disponibile in <http://www.tsj.gov>.

¹¹⁶ Su questa decisione e sulle problematiche accennate, si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Dal Buon Selvaggio al Buon Rivoluzionario: Populismo, modelli di sviluppo e ricadute nel diritto privato*, in AA.Vv., *Crisi, Equità e Modelli di Sviluppo. Atti del I Seminario dei ricercatori della Classe di Scienze Sociali della Scuola Superiore Sant'Anna*, Roma, 2012, p. 129 ss.

¹¹⁷ A tale riguardo è paradigmatica la giurisprudenza venezuelana e, in particolare, quella della *Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo* che, sull'interpretazione delle clausole abusive che «impongano condizioni ingiuste di contrattazione o siano gravose per il consumatore, producano la sua incapacità di difendersi o siano contrarie all'ordine pubblico e la buona fede», sembra identificare l'equilibrio contrattuale con l'equilibrio economico del contratto e, ciò, nonostante l'equilibrio tra le prestazioni non sia un requisito di validità del contratto nel diritto venezuelano ed, inoltre, esistano sufficienti indici normativi per negare rilevanza autonoma all'ingiustizia contrattuale, anche in considerazione all'assenza di una disposizione – come quella *ex art.* 33.1 del Codice del Consumo italiano – che conceda rilievo allo squilibrio normativo al fine di accertare la vessatorietà delle clausole. Sul tema, S.

ventare arbitrari o, quanto meno, che possano introdurre valori non espressi nell'ordinamento giuridico.

Pertanto, si rende necessario (ri-)girare lo sguardo verso l'Europa e, in particolare, verso l'Italia al fine di approfondire lo studio dei presupposti che attivano un vaglio sul contenuto contrattuale, ma anche per avvalersi della diversa evoluzione e complessità dell'incidenza della Costituzione sul diritto privato al fine di sconfiggere l'abuso dell'argomento costituzionale. Invece l'Italia o, di forma più generale, l'Europa può approfittare degli sviluppi che si verificano, tanto sulle problematiche summenzionate che su altre, in quell'America Latina che è sogno e talvolta incubo dei comparatisti¹¹⁸.

PINTO OLIVEROS, *La protección del consumidor en el derecho venezolano*, in *Rev. dir. consum.*, 21, 81, 2012, p. 211 ss.

¹¹⁸ Si parafrasa il titolo dell'articolo di E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, *Sueño o pesadilla de un comparatista: el derecho en Suramerica*, in *Rev. Fac. Cienc. juríd. polít.*, 109, 1992, p. 19.

GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ

Brevi note sul danno alla persona in Perù

SOMMARIO: 1. La recezione del concetto italiano di danno alla persona. – 2. La circolazione del concetto di danno alla persona in America Latina. – 3. Alcuni problemi concettuali: ‘danno non patrimoniale’, ‘danno alla persona’ e ‘danno morale’.

1. *La recezione del concetto italiano di danno alla persona*

Il mio intervento verte sulle modalità in cui il codice civile peruviano ha recepito un concetto creato dalla dottrina italiana e accolto all'interno del codice civile italiano del 1942, tale concetto è detto ‘danno alla persona’.

Come risaputo, in Italia l'esistenza normativa dell'articolo 185 del codice penale ha condizionato l'interpretazione e l'ambito del danno morale. La dottrina italiana, nella seconda metà del XX secolo, attribuisce un campo di applicazione ristretto all'articolo 2059 del codice civile, rispetto alla clausola generale d'ingiustizia contenuta nell'articolo 2043.

Non si tratta, dunque, di interpretare le ‘modalità’ di danno morale come è stato fatto da altre esperienze giuridiche comparate, differenziando, ad esempio, il danno morale tra soggettivo e oggettivo, in base alla sua capacità di trascendere o meno il piano della produttività. L'interpretazione italiana tradizionale di tale norma ha ancorato l'ambito dell'articolo 2059, riconducendolo all'articolo 185 del codice penale: come danno non patrimoniale derivato da un illecito, questo ‘danno non patrimoniale’ è stato denominato ‘danno morale soggettivo’: un danno *in re ipsa* che nasce con la lesione che colpisce la sfera interiore (morale) del soggetto e che risulta necessariamente legato alla sfera dell'illecito penale (propriamente riferito al fatto particolare che ha generato il delitto).

Questa interpretazione è stata vincolata storicamente all'evoluzione legislativa successiva al codice civile abrogato del 1865 (art. 1151 c.c.) e alla tradizione romanistica originariamente limitativa del risarcimento

del solo danno patrimoniale e che trova un territorio di espansione specifico per la riparazione del danno non patrimoniale nelle innovazioni introdotte nel diritto penale, a partire dal codice penale del 1889 (da cui l'evoluzione limitativa all'interno della legislazione italiana del risarcimento del danno non patrimoniale ai casi «stabiliti dalla legge», intendendo con ciò il delitto come fonte) e che, dunque, si conclude in una equiparazione tra danno non patrimoniale e danno morale soggettivo, risarcibile solo in via eccezionale e nella misura in cui il fatto che ha generato il danno si identifichi in una presunzione tipica di delitto.

È stato solo alla fine del XX secolo (Cassazione 28/11/1996) e inizio del secolo XXI (Cassazione 31/05/2003) che è iniziata in Italia una rilettura dell'art. 2059 c.c. a partire da una prospettiva costituzionale, nel caso in cui il rinvio all'articolo 2 della costituzione risulti sufficiente ad ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale ogni qual volta si identifichi la violazione di un diritto o di un bene di interesse costituzionale in rapporto alla persona umana. In questo senso, il danno non patrimoniale diventa la «lesione di un diritto non patrimoniale della persona a livello costituzionale» (Cassazione 30/11/2000), e risarcito conformemente all'art. 2059 c.c., ampliando così la riserva di legge della iniziale interpretazione di questo articolo.

All'interno di tale contesto, il 'danno alla persona', concetto funzionalmente creato – secondo l'opinione di chi scrive – per ricoprire tutti gli ambiti risarcibili che non erano protetti dall'applicazione limitata del danno morale, non risarcibile secondo la regola generale dell'art. 2043 c.c., diventa un concetto onnicomprensivo e generale, che include i concetti di danno morale e danno non patrimoniale, compresi le conseguenze dannose della lesione.

2. *La circolazione del concetto di danno alla persona in America Latina*

Il danno alla persona è un concetto esportato dal codice civile italiano del 1942, e il suo principale recettore in America Latina è stato il codice peruviano del 1984. Il nostro principale corpo normativo civile ha accolto nel suo articolo 1985 il risarcimento del danno alla persona, insieme al danno morale e altri danni di natura patrimoniale. È l'unico codice in America Latina ad averlo accolto espressamente; sebbene il codice civile boliviano del 1976 sia quasi una copia del codice civile italiano del '42, esso non menziona nel suo testo alcun riferimento (anche indiretto) all'art. 2057 del c.c. italiano.

Per il momento in America Latina l'accoglienza del danno alla persona come tipo di danno espressamente risarcibile dal codice peruviano sta influenzando modifiche legislative in altri paesi dell'area, come nel caso dell'Argentina, dove, principalmente, la riforma del codice civile del 1968 ha eliminato la limitazione che restringeva l'indennizzo del danno morale solo quando aveva un illecito penale, e poi, con il progetto del nuovo codice civile del 1998, nei suoi articoli 195 e 1600, si è voluto accogliere il risarcimento di danni alla persona umana, includendo specificamente tipi di danno come il 'progetto di vita'.

Ciò che è certo, tuttavia, è che l'accoglienza normativa del danno alla persona da parte del codice civile peruviano, accanto al danno morale in sede extracontrattuale, non agevola assolutamente un'interpretazione sistematica del codice civile peruviano nella sua integrità, che in sede contrattuale ha previsto espressamente come risarcibile soltanto il danno morale (art. 1322), come tipo di danno non patrimoniale.

È risaputo in Perù che l'inclusione del danno alla persona nell'elenco di danni risarcibili accolti nell'art. 1985 c.c. è stato realizzato all'ultimo minuto, quando si stavano effettuando le ultime correzioni del codice civile peruviano, che sarebbe stato promulgato il 24 luglio del 1984; tale incorporazione è avvenuta per iniziativa del Prof. Carlos Fernández Sessarego durante la riunione convocata il 3 luglio del 1984.

3. *Alcuni problemi concettuali: 'danno non patrimoniale', 'danno alla persona' e 'danno morale'*

Ciò ha obbligato la dottrina nazionale, in Perù, a provare alcuni tentativi di armonizzazione dei concetti, i quali non si possono ancora affermare consolidati:

1) Una prima interpretazione – che non condividiamo – pretende di assegnare la categoria di 'genere' al danno morale, in modo tale che possa comprendere anche il danno alla persona, con il proposito di correggere l'omissione avvenuta nell'art. 1322 c.c. peruviano in sede contrattuale. Da questa prospettiva, il 'danno morale' dovrebbe includere due ambiti: 1) il danno morale tradizionale soggettivo, o *'pretium doloris'*, caratterizzato come un'affettazione transitoria della psiche o dello stato d'animo dell'individuo che si riflette in una sofferenza o dolore spirituale che non trascende l'aspetto della produttività del soggetto; e 2) il danno alla persona, che comprenderebbe all'interno dei suoi aspetti il danno ai diritti inerenti alla persona umana che trascendono il piano della produttività.

2) Una seconda interpretazione – che lo scrivente sostiene in sede nazionale in Perù – tenta di armonizzare l’omissione effettuata dall’art. 1322 c.c. peruviano, affermando che l’elenco dei danni presenti negli articoli 1321, 1322 (in sede contrattuale) e 1985 (in sede extracontrattuale) non sono tassativi: si apprezza, ad esempio, che l’art. 1985 c.c. ha fatto riferimento espressamente solo al lucro cessante, al danno alla persona e al danno morale, omettendo il riferimento al danno emergente, del quale nessuno mette in dubbio la risarcibilità in sede extracontrattuale. Lo stesso può dirsi in sede contrattuale, quando si menziona nell’elenco di danni risarcibili il danno emergente, il lucro cessante e il danno morale, omettendo il riferimento al danno alla persona.

In questo ordine di idee, sebbene il codice civile peruviano non impieghi, in termini normativi, la classificazione di danni patrimoniali e danni non patrimoniali, bensì – come si è detto – si faccia riferimento soltanto nel libro delle Obbligazioni al risarcimento del danno morale (di radice francese); avendo introdotto nelle norme di responsabilità extracontrattuale questo tipo di danno stabilito, tra altri, accanto al danno alla persona (art. 1985), di radice italiana, risulta utile e necessario ricorrere ad un riferimento generale ai danni patrimoniali ed extrapatrimoniali, ai fini di comprendere in essi tanto il danno morale come il danno alla persona.

Il danno non patrimoniale, per noi, sarà quello che colpisce l’integrità di qualsiasi soggetto di diritto; o meglio, in quanto danno derivato dalla lesione di valori e diritti fondamentali inerenti a qualsiasi soggetto di diritto. In questo ordine di idee, facendo riferimento alla natura dell’ente colpito dal danno, il danno può essere patrimoniale o non patrimoniale, e in quest’ultimo caso si pregiudica dunque la sfera personale del soggetto, il quale comprende non solo la persona umana e la sua interiorità e integrità fisica, ma anche i suoi diritti non patrimoniali, così come qualsiasi soggetto di diritto considerato tale dall’ordinamento giuridico.

In questo senso, all’interno dei danni extrapatrimoniali si possono distinguere fino a tre ambiti:

i) quello del ‘danno morale’ che colpisce la psiche dell’individuo e che si riflette in una sofferenza o dolore spirituale la cui caratteristica principale è la temporaneità. Normalmente sono stimabili (e non valutabili), tuttavia non è questa la sua caratteristica essenziale, lo è, bensì, la temporaneità. Ad esempio: il soggetto che a causa dell’abbandono del coniuge diminuisce la produttività nel lavoro, e per questo viene licenziato, sarà sempre considerato un danno morale a causa della caratteristica di temporaneità del danno, indipendentemente dal fatto che trascenda o no l’ambito della produttività;

ii) il ‘danno alla persona’, inteso come danno all’entità psicosomatica della persona umana, comprendendo i danni inerenti alla persona (o danno ai diritti della personalità, come la vita, l’integrità psicofisica, l’intimità, la salute, tra altri); specialmente quelli di natura permanente; e

iii) il ‘danno non patrimoniale’ che, poiché rappresenta qualsiasi lesione di valori e diritti fondamentali inerenti a qualsiasi soggetto di diritto, comprende dunque anche soggetti diversi dalla persona umana, come le persone giuridiche, le organizzazioni di persone non iscritte, e il ‘concepito’; che secondo il codice civile peruviano si classificano come soggetti di diritto.

Dal punto di vista concettuale, dunque, in Perù, riguardo la normativa del codice civile peruviano, è possibile individuare un rapporto di genere a specie tra i concetti di ‘danno non patrimoniale’, ‘danno alla persona’ e ‘danno morale’ in forma successiva.

LEYSSER LEÓN

La ricezione nel diritto peruviano delle regole del codice civile italiano sul contratto in genere

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prestigio e circolazione dei modelli contrattualistici italiani in Perú. – 3. L'opera di Francesco Messineo e la sua influenza nella normativa peruviana sul contratto in genere. – 4. Comparazione giuridica odierna e difesa della diversità tra gli ordinamenti.

1. *Premessa*

Vorrei, per prima cosa, aderire al ringraziamento precedentemente espresso dal Prof. Gastón Fernández-Cruz alla Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato nella persona del suo Presidente, l'egregio Prof. Rodolfo Sacco, e all'amico Prof. Pietro Sirena di questo invito, dal quale sono molto onorato. L'occasione mi permetterà di offrirvi una brevissima riflessione sulla ricezione nel diritto peruviano delle regole del Codice Civile italiano sul contratto in genere.

Appello alla vostra gentile indulgenza per sviluppare l'intervento legandone l'introduzione con la mia personale esperienza. Chi vi parla è reduce di un periodo proficuo di ricerca universitaria in Italia durato per ben oltre cinque anni. Sono arrivato, infatti, negli ultimi giorni del 1999, per frequentare il corso di lingua e cultura italiana a Perugia, all'Università per Stranieri. Nel mese di aprile del 2000 ho conosciuto all'Università degli Studi colui che sarebbe diventato il mio Maestro, il Prof. Luigi Corsaro¹, a chi devo fra tanti insegnamenti preziosi, l'avvicinamento alle ricerche del Prof. Sacco sul contratto².

¹ Il Prof. Luigi CORSARO (nato ad Isca sullo Ionio nel 1940) che per oltre quarant'anni ha tenuto l'insegnamento delle materie giusprivatistiche all'Università degli Studi di Perugia è venuto a mancare nel mese di novembre del 2012. Attraverso queste pagine l'Autore vuole rendere un doveroso e modesto omaggio alla sua memoria, cara, latente e viva per sempre nel suo animo.

² Per primo: R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1975; e poi le successive edizioni, insieme a G. DE NOVA, sul *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1993.

Va precisato che la scelta formativa di Corsaro nel mio confronto non è stata per nulla arbitraria. Anche se gli studi del mio Maestro, già allievo presso l'Ateneo perugino di Tito Ravà e poi assistente di Adriano De Cupis negli anni sessanta, si erano concentrati, come sicuramente è noto a molti di voi, nella responsabilità civile³, egli fece con riguardo a me un'indirizzamento saggio e fortunato, perché quello che sicuramente è il settore del Codice Civile peruviano odierno (in vigore dal 1984), dove si riflette in maggior modo l'influenza del Codice italiano, è senza dubbio il titolo normativo dedicato al contratto in genere.

2. Prestigio e circolazione dei modelli contrattualistici italiani in Perù

Da quella esperienza di lettura, sotto la guida paziente ed impareggiabile del mio mentore, ebbi ad assimilare progressivamente il linguaggio comparatistico «sacchiano», logico, coerente e pristino, dei «modelli», della «circolazione dei modelli», delle «imitazioni», del «prestigio», dell'«imposizione»⁴. Non a caso, un volume che raccoglie i miei primi saggi scritti in Italia, pubblicato a Lima nel 2004, porta come titolo *Il senso della codificazione civile – Studi sulla circolazione dei modelli giuridici e la loro influenza nel Codice civile peruviano*⁵.

E questo vocabolario accademico, ci tengo a dirlo, è stato e continua ad essere per me chiaro, preciso ed utile per descrivere situazioni come quella vissuta nel diritto civile del mio Paese. Lo sottolineo enfaticamente ora, quando un gruppo non scarso di comparatisti di diverse nazionalità sembrano di aver ceduto, per contro, alla tentazione di creare una vera e propria «dogmatica della comparazione», d'impostazione e discorso tante volte impenetrabile⁶.

³ Da i suoi primissimi saggi, tra i quali *Concorso di colpa e danneggiato incapace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 474 s., e *Sulla natura giuridica della responsabilità del precettore*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 38 s., fino a la monografia *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969; poi la voce *Responsabilità civile (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; e finalmente, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003. In materia contrattuale mantiene attualità, insieme ai suoi scritti minori sui vizi del volere, lo *Studio preliminare su L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979.

⁴ R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in *American Journal of Comparative Law*, XXXIX, 1991, p. 390 s.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5^a ed., in *Tratt. dir. comp.* Sacco, Torino, 1992, p. 139 s.; R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, 3^a ed., *ivi*, Torino, 2008, p. 23 s.

⁵ L. LEÓN, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Lima, 2004.

⁶ Per tutti: P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 3^a ed., Paris, 2004, *passim*.

Le regole italiane sul contratto in genere, allora, hanno circolato nel diritto peruviano, verificandosi quello che il Prof. Antonio Gambaro, qui presente, autore di un saggio ricco di spunti pubblicato sul *Foro Italiano* negli anni ottanta⁷, consente di identificare come una modalità di «successo del giurista». Siamo davanti a delle regole giuridiche che, come è stato ben messo in evidenza dai nostri colleghi che in questo Convegno si sono occupati delle diverse esperienze, sono arrivate in Perù sulle spalle della dottrina civilistica italiana tradotta in castigliano, ma allo stesso tempo favorite dalla prospettiva assunta incontestamente dai nostri codificatori, che vedevano nel Codice civile italiano non soltanto una normativa relativamente giovane (con soltanto qualche decade di storia), ma un momento di sintesi tra l'esperienza francese e quella tedesca⁸.

E così, sul tavolo di lavoro dei nostri codificatori c'erano, tra gli altri, i manuali istituzionali di De Ruggiero⁹, Barassi¹⁰ e Trabucchi¹¹, tradotti nella Spagna; quegli di Coviello¹², Brugi¹³, Pugliatti¹⁴ e Candian¹⁵, tradotti nel Messico; e quegli di Messineo¹⁶ e Barbero¹⁷, tradotti nell'Argentina. «Imitazione» dovuta dunque e senza dubbio al «prestigio».

⁷ A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1982, V, cc. 85 s.

⁸ Si vedano R. SACCO, *Modèles français et modèles allemands dans le droit civil italien*, in *Revue internationale de droit comparé*, XXVIII, 1976, p. 225 s.; M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Influencia del Código Civil italiano en los libros de obligaciones y contratos en la codificación peruana*, in AA.VV., *Estudios sobre el contrato en general*, a cura di L. León, 2ª ed., Lima, 2004, p. 53 s.

⁹ R. DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, tr. R. Serrano Suñer e J. Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, 1929-1931, 2 v.

¹⁰ L. BARASSI, *Instituciones de derecho civil*, tr. Ramón García de Haro, Barcellona, 1955, 2 v.

¹¹ A. TRABUCCHI, *Instituciones de derecho civil*, tr. A. Martínez-Calcerrada, Madrid, 1967, 2 v.

¹² N. COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, tr. F. de J. Tena, México D.F., 1938.

¹³ B. BRUGI, *Instituciones de derecho civil*, tr. Jaime Simo Bofaruli, México D.F., 1946.

¹⁴ S. PUGLIATTI, *Introducción al estudio del derecho civil*, tr. A. Vásquez del Mercado, México D.F., 1943.

¹⁵ A. CANDIAN, *Instituciones de derecho privado*, tr. B.P.L. de Caballero, México D.F., 1961.

¹⁶ F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, tr. R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo e M. Volterra, Buenos Aires, 1952, 2 v.; ID., *Manual de derecho civil y comercial*, tr. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954-1956, 7 v.

¹⁷ D. BARBERO, *Sistema del derecho privado*, tr. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967, 5 v.

3. *L'opera di Francesco Messineo e la sua influenza nella normativa peruviana sul contratto in genere*

L'opera di Francesco Messineo (1886-1974) merita speciale attenzione (il titolo originale di questo mio intervento era proprio *Messineo oltre l'Atlantico: Echi transoceanici del diritto contrattuale italiano*), perché il suo traduttore in lingua castigliana, il giurista e magistrato spagnolo Santiago Sentís Melendo (1900-1979)¹⁸, esiliato in America Latina, prima in Colombia (1939) e poi in Argentina (1941 fino alla morte), ai tempi della Guerra Civile, ha inserito sul primo volume del *Manuale* di codesto autore una traduzione integrale del Codice Civile italiano.

Aneddoticamente quella traduzione, piena purtroppo di non pochi errori, è stata presa dai codificatori peruviani non più come «ispirazione» ma come materiale di base o dima per l'elaborazione delle nostre norme.

Così, ad esempio, nel diritto italiano è netta la differenza tra «recesso» e «rescissione», non è vero? Penso che nessuno osserebbe dire che questi concetti siano succettibili di confusione. Ebbene, Sentís Melendo tradusse «recesso» e «rescissione» con un'unica voce castigliana: «*rescisión*». È perciò che noi docenti universitari peruviani facciamo enorme fatica fino ad oggi per spiegare ai nostri studenti di Giurisprudenza il «recesso», figura che si traduce nella nostra lingua come «desistimiento unilateral»; fatica dovuta decisamente al fatto che in assenza di un letterale richiamo all'istituto nel nostro Codice, il «recesso» sia rimasto tra di noi una modalità atipica di terminazione del contratto.

L'*auctoritas* di Messineo era dovuta anche alla diffusione in America Latina della sua prima monografia sul contratto in genere, la cui terza edizione, per i tipi della Giuffrè, risale al 1948¹⁹. In Argentina, negli anni cinquanta del secolo scorso, Sentís Melendo intraprese la traduzione di quel volume, senza prendere atto, negli anni successivi, che l'antico Maestro non avrebbe mai smesso di aggiornare e rielaborare le proprie posizioni (e lo avrebbe fatto fino alla fine dei suoi giorni, sia nelle voci pubblicate nell'*Enciclopedia del diritto*, negli anni

¹⁸ Per una sintesi biografica v. M. MORÓN PALOMINO, *Homenaje a Santiago Sentís Melendo y reflexiones sobre la apreciación de la prueba y la litis contestatio romana desde una perspectiva actualizada*, in *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, 2006, p. 205 s.; e M. CACHÓN CADENAS, *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950)*, Madrid, 2012, p. 236 s.

¹⁹ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano, 1948.

sessanta²⁰, che, innanzitutto nel *Trattato* da lui diretto insieme ad Antonio Cicu, il cui secondo volume sul *Contratto in genere* vede la luce nel 1972)²¹.

Quali conseguenze sono derivate da questo per così dire «congelamento» o «pietrificazione» dell'insegnamento di Messineo? Ad esempio: nel suo volume del 1948, Egli insegnava che il contratto simulato è «nullo»²²; invece, nel tomo secondo del suo *Contratto in genere*, apparso nel 1972, Egli scrisse, rimeditando le proprie idee alla luce dei nuovi contributi in materia, come quello di Alberto Auricchio²³, che la simulazione determina, per ragioni solide ed ampiamente sviluppate dallo stesso Messineo, l'«inefficacia» del contratto²⁴.

Ma in Perù siamo rimasti legati al «primo Messineo». Puniti in un certo senso dal fatto di non aver adempiuto al dovere di seguire l'itinerario del pensiero dell'autore imitato, il nostro Codice civile sanziona, com'Egli insegnava negli anni quaranta e cinquanta, la «nullità» del negozio giuridico assolutamente simulato (Art. 219 n. 5), nonostante la ricezione (Art. 194) della norma italiana che dispone l'«inopponibilità» della simulazione ai terzi che di buona fede ed a titolo oneroso avessero acquistato dei diritti dal titolare apparente²⁵.

²⁰ Voci enciclopediche raccolte nel volume postumamente pubblicato: F. MESSINEO, *Contratto*, Milano, 1979.

²¹ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1968-1972, 2 voll. L'opera è rimasta inconclusa: v. F. GALGANO, *Prefazione al Trattato di diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, XIV, 2009, p. 21 s.

²² F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 310: «il contratto simulato è nullo fra le parti (e i rispettivi successori a titolo universale); ciò in vista del fatto che esso è mera apparenza» (corsivo dell'A.). Questo parere sarà poi confermato in F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9^a ed., Milano, 1957, p. 573.

²³ A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 65 et passim.

²⁴ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., t. 2, p. 487 s., spec. p. 493: «Invece, ciò, di cui è carente il contratto simulato, è l'efficacia; le parti non la vogliono, mentre vogliono il venir in essere del contratto, come parvenza. [...] Proprio in una sede, nella quale la nullità avrebbe dovuto trovare conferma, se davvero essa fosse caratteristica del contratto simulato, vediamo emergere, in luogo di essa, l'inefficacia» (corsivo dell'A.).

²⁵ Codice civile peruviano (Art. 194): «La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente».

4. *Comparazione giuridica odierna e difesa della diversità tra gli ordinamenti*

Ed è di questa sorte delle opere di Messineo che io vorrei trarre la conclusione del mio intervento su questa singolare manifestazione della circolazione dei modelli contrattualistici italiani: e cioè che come tecnica legislativa, la sola e meccanica imitazione porta a risultati negativi se non va accompagnata da una responsabile attenzione del pensiero degli autori e degli sviluppi delle regole imitate nel Paese di produzione²⁶ di tale norme.

Quel compito è oggi certamente facilitato dalle nuove tecnologie, così come dalla presenza dei giuristi stranieri che ogni tanto ci onorano con la loro partecipazione ai nostri convegni di studi. Presentando un volume collettaneo, da me curato, di saggi italiani sul contratto in genere per i sessanta anni del Codice civile italiano, il Prof. Vincenzo Roppo scrive, appunto, che la ricezione dei modelli italiani deve esser presa al tempo stesso come motivo di orgoglio e di responsabilità per i giuristi italiani; «responsabilità» intesa come urgenza di creare ponti di comunicazione e di interazione con i giuristi del Paese «ricettore»²⁷.

Ma diamo un passo avanti ancora. Siccome l'imitazione non ha mai determinato da sé che le applicazioni nazionali di regole «importate» siano uguali a quelle del Paese «importatore», nonostante la familiarità maggiore o minore che sia tra gli ordinamenti di *civil law* come quello italiano e quello peruviano, è legittimo, a mio avviso, che il periodo dell'imitazione possa e debba essere visto come momento prodromico della nascita, ambita ed inevitabile, di un modello di costruzione originale²⁸, più attento ai problemi locali e ricco di soluzioni «contestualizzate», che proprio perciò siano più adatte alla composizione degli interessi in conflitto nella nostra singola esperienza.

Ed è per questo compito, finisco qui, che i contributi più recenti dei comparatisti ci offrono nuovi spunti, quando occupandosi criticamente della c.d. «globalizzazione degli ordinamenti giuridici», tante volte aprioristicamente esaltata, difendono piuttosto,

²⁶ La terminologia che distingue tra «contesto di produzione» e «contesto di ricezione» è stata sviluppata e divulgata da D. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, 2004, p. 15 s.

²⁷ V. ROPPO, *Presentación*, in AA.VV., *Estudios sobre el contrato en general*, cit., p. 67 s.

²⁸ Mi sia consentito di rinviare a L. LEÓN, *De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del derecho privado europeo en América Latina*, in *Revista de derecho privado*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011, p. 3 s.

ponderatamente, l'importanza indeclinabile della diversità e del pluralismo²⁹.

²⁹ R. SACCO, *Diversity and uniformity in the law*, in *American Journal of Comparative Law*, XLIX, 2001, p. 171 s.; ID., *Elogio a la uniformidad del derecho, elogio a la diversidad del derecho*, in *Anuario de derecho civil*, LXI, 2008, p. 445 s.; U. MATTEI, *L'età del cinismo*, in AA.Vv., *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 619 s.; ID., *Qualche riflessione su potere ed interpretazione*, in AA. Vv., *Il diritto civile oggi – Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 199 s.; A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Roma-Bari, 2004, p. 58 s.; ID., *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, in ID., *Temi e problemi di diritto comparato*, II, Torino, 2005, p. 54 s.

SEZIONE SECONDA – *Alcuni temi specifici*

GIORGIO LICCI

Il modello italiano del tentativo in America Latina

SOMMARIO: 1. Del diffusionismo. – 2. Dall'inizio di esecuzione alla non equivocità della direzione degli atti. – 3. Modelli monotematici. – 4. Modelli sincretistici. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Del diffusionismo*

La diffusione fuori dell'Europa di modelli penalistici italiani ha il suo momento di massimo splendore nell'arco cronologico che intercorre fra la metà dell'Ottocento e la metà del Novecento.

In questo periodo, l'Italia svolge anche un ruolo particolarissimo, che è quello di ponte fra la dottrina tedesca e la dottrina iberica e ibero-americana. Infatti, la letteratura penalistica italiana non è mai disgiunta da una costante e sistematica riflessione sui prodotti teoretici tedeschi¹.

Questa caratteristica ha fatto sì che, per un certo periodo di tempo, una parte della *deutsche Lehre* giungesse nell'America Latina attraverso il termine medio della rivisitazione critica formulata dalla dottrina italiana.

Questo fenomeno dura fino alla metà del secolo scorso: successivamente, il *décalage* qualitativo del pensiero italiano si accompagna sempre di più alla diffusione di modelli tedeschi nei paesi dell'America Latina, i quali, come era già avvenuto in Spagna e in Portogallo, hanno dapprima realizzato che non è ragionevole imitare degli imitatori e successivamente iniziato a rivolgersi direttamente allo studio dei Tedeschi, i quali, peraltro, non sono immuni da un analogo *décalage* qualitativo.

Forse l'ultimo prodotto teoretico italiano di grande valore e di larga diffusione nell'America Latina è stato il modello della direzione

¹ G. LICCI, *Les racines allemandes du droit pénal italien*, in *Rev. int. de droit comparé*, 2003, p. 309 ss.; ID., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, p. 166 ss.

non equivoca degli atti nel delitto tentato, modello che continua ad essere recepito ancora di recente, come nel caso del Codice Colombiano del 2004.

2. *Dall'inizio di esecuzione alla non equivocità della direzione degli atti*

Basteranno poche parole in ordine agli antefatti.

Come è noto, al fine di tracciare il momento di inizio dell'attività punibile nella costellazione dei reati a consumazione anticipata, al cui centro si pone la figura del tentativo, la maggioranza degli ordinamenti giuridici si avvale, in tutto il mondo, del modello dell'inizio di esecuzione, di remota origine austriaca², consacrato dal Codice napoleonico³ del 1810, e riprodotto nel Codice francese⁴ del 1832.

La formula: *commencement d'exécution*, diffusa in tutta Europa dalle baionette napoleoniche, venne recepita nel 1871 dal § 43 del codice del *Reich*, dove si trasformò nella non meno celebre formula dell'*Anfang der Ausführung*⁵, destinata ad essere adottata su scala mondiale⁶.

² Il modello, incoattivamente presente nella formula contenuta al § 178 della *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 (dove si accenna all'attività manifesta che possa essere utilizzabile per l'esecuzione del misfatto), appare nel § 9 del codice giuseppino del 1787, secondo il quale si ha un crimine (*keriminal Verbrechen*) non appena l'autore si sarà accinto alla realizzazione pratica (*zur wirklichen Ausübung*) della malefatta (*Übelthat*) e abbia manifestato il suo proposito con riconoscibili segni esteriori (*durch äußere Kennzeichen*). In merito, cfr. S. DEL CORSO, *Il tentativo nel codice Zanardelli*, in AA.VV., *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari ed il codice Zanardelli*, Padova, 1993, p. 518 ss. Peraltro, le origini sapienziali della distinzione fra 'atti remoti' e 'atti prossimi' risalirebbero, secondo A. CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Milano, 1970, p. 27, alla seconda metà del tredicesimo secolo.

³ La *loi du 22 prairial (an IV)* recava già la formula: «Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution sera punie...», che – conservata senza modifiche nella *loi du frimaire (an VIII)* – doveva essere consacrata nel codice napoleonico del 12 febbraio 1810.

⁴ «Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution...». La formula sincopata, prevista dalla legge del 28 aprile 1832, resterà vigente fino alla riforma del 1994.

⁵ «Wer den Entschluß ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben betätigt hat durch Handlungen welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechen oder Vergehen nicht zu vollendung gekommen ist wegen Versuches zu bestrafen». L'attuale § 22 dello *StGB* dispone: «Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt». Più fedele allo schema originario è il § 15, 2° abs dell'ÖStGB il quale recita: «Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu be-

In realtà, nonostante i proverbiali fiumi d'inchiostro versati sull'argomento, nessuno è mai riuscito a stabilire cosa sia l'esecuzione e perciò a determinare quando inizi⁷.

Proprio per questa ragione, il legislatore italiano del 1930 decise coraggiosamente di abbandonare il criterio dell'inizio di esecuzione, fatto proprio dal Codice 1889⁸, per proporre un nuovo schema di pensiero, basato sulla direzione non equivoca degli atti⁹.

Questo genotipo ha due antenati: l'uno italiano, risalente al tentativo

stimmen, durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt». Sia nella variante austriaca, in vigore dal 1° gennaio 1975, che nella variante tedesca, risultante dalla 2° StRG del 1969 (in vigore dal 1° gennaio 1975), è ravvisabile l'impiego dell'avverbio *unmittelbar*, nella sua duplice accezione logica e cronologica, come criterio integrativo della formula dell'inizio di esecuzione.

⁶ Una rassegna, anche di prima approssimazione, delle codificazioni contemporanee dimostra la dimensione del successo di questo modello. La formula compare nell'art. 21 del Codice svizzero, nell'art. 51 del Codice belga («actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution») e in numerosi altri codici continentali. Per citare solo alcuni esempi recenti: art. 16, primo comma, del Codice spagnolo 1995: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por echos exteriores...»; art. 22, primo comma, del Codice portoghese (la riforma 1995 ha lasciato intatto il Codice 1982 relativamente alle parti relative alla legge penale e alla nozione di reato): «Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime decidiu cometer sem que chegue a consumir-se». Al di fuori del continente europeo la formula si riscontra, per esempio, in alcuni Codici dell'Iberoamerica, di cui si dirà oltre, e compare anche nell'art. 20 del Codice cinese del 1980. Infine, il modello è ripreso liberamente nell'art. 25 (3), § f dello Statuto del Tribunale penale Internazionale adottato a Roma dalla Conferenza Diplomatica dei Plenipotenziari delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998, dove si legge la formula: «...Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of substantial step...».

⁷ In ordine ai criteri sapienziali e giurisprudenziali in atto nella letteratura francese contemporanea, cfr. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2000, p. 344 ss. Nella dottrina italiana del secolo scorso, il problema della determinazione dell'atto esecutivo è stata particolarmente affrontata da B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966, p. 59 ss., il quale è stato il più convinto assertore del modello francese anche dopo l'entrata in vigore del codice Rocco.

⁸ L'art. 61 del codice Zanardelli recita: «colui che, al fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione [...] è punito». Altri fenotipi in lingua italiana sono quelli contenuti nell'art. 70 del codice penale 1819 del Regno delle due Sicilie, nell'art. 77 del codice parmense del 1820, negli artt. 101 e 96 dei codici sardi del 1839 e del 1859 (in merito, cfr. S. DEL CORSO, *Il problema*, cit., p. 515 ss.). Nell'ambito delle numerose Commissioni di studiosi alle quali, nel secolo scorso, fu affidato il compito di riformare il codice 1930, quella nominata nel 1998 dal Ministro G.M. Flick e presieduta da C.F. Grosso si espresse curiosamente a favore del ripristino del modello Zanardelli, pur non riuscendo a determinare una nozione intelligibile di esecuzione.

⁹ In merito ai contenuti del modello, cfr. M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, (rist. 1981) e, più di recente, G. LICCI, *Il tentativo*, in AA.VV., *Commentario sistematico al Codice penale*, vol. II, t. II, 2ª ed., Bologna, 2011, p. 69 ss.

carrariano di materializzare il fantasma del cominciamento di esecuzione, adottato dal Codice toscano e poi dall'art. 61 del Codice Zanardelli, mediante l'identificazione degli atti esecutivi con gli atti univoci; l'altro, di origine austriaca, risalente agli studi di Zimmerl contro il soggettivismo tedesco e basato sulla *objektive Richtung der Handlung*.

Dalla fusione degli atti univoci di Carrara con la direzione oggettiva della condotta di Zimmerl, nascono gli atti diretti in modo non equivoco dell'art. 56 del Codice Rocco¹⁰.

Si tratta forse dell'ultimo grande prodotto teoretico che l'Italia ha esportato all'estero.

Sulla diffusione del modello nei Paesi di lingua inglese esiste un prezioso studio di Elisabetta Grande¹¹.

Io mi occuperò sinteticamente della diffusione nella Iberoamerica.

3. *Modelli monotematici*

La forma di diffusione maggiormente *répandue* nel Sudamerica è quella risultante dal sincretismo fra i due modelli italiani del 1889 e del 1930.

Accanto a questi modelli ibridi, sono rinvenibili taluni fenotipi che si ispirano soltanto al Codice Zanardelli o soltanto al Codice Rocco.

Fra questi modelli monotematici, un esempio del primo tipo è costituito dal Codice Venezuelano del 2000, che ripete fedelmente il fenotipo di Zanardelli.

Precisamente, la formula del capoverso dell'art. 80 recita: «Hay tentativa cuando, con el obiecto de cometer un delicto, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados...».

Qui la presenza del requisito dell'idoneità dei mezzi, accanto alla rituale formula dell'inizio di esecuzione, riflette l'inciso «ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione», contenuto nell'art. 61 del Codice italiano del 1889.

Un esempio del secondo tipo è costituito dal Codice penale dell'Equador del 1971, che – unico fra i codici iberoamericani – ha completamente abbandonato lo sfondo problematico che distingue atti preparatori ed esecutivi, per aderire alla riconfigurazione extraparametrica suggerita dal legislatore italiano del '30.

Precisamente, il legislatore ecuadoriano del 1971 stabilisce all'art.

¹⁰ In ordine alla fusione dei due genotipi, sia consentito rinviare a G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 150 ss.

¹¹ E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993.

16 che: «Quien practica actos idoneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica».

La formula esprime una piena fedeltà rispetto al testo del primo comma dell'art. 56 del Codice Rocco¹².

La stessa fedeltà si riscontra nei commi successivi dell'art. 16, che costituiscono la traduzione pressoché letterale dei commi secondo e terzo dell'art. 56 del Codice Rocco, in tema di desistenza e di recesso attivo¹³.

4. Modelli sincretistici

Come anticipato, fatta astrazione per questi due casi, il modello più diffuso nel subcontinente americano è costituito dalla sintesi parziale dei due fenotipi italiani dell'89 e del '30.

Un sincretismo di questo genere si riscontra nel *Código Penal Tipo*, redatto dall'Università di Santiago del Cile fra il 1962 e il 1971 (su proposta di Eduardo Novoa Monreal) per propiziare l'unificazione giuridica dei paesi del Mercosur.

Il testo dell'art. 39 della Sezione C del *Código*¹⁴ costituisce un caso emblematico di fusione di modelli perché *l'incipit*:

«El que iniciare la ejecución de un delito», erede del modello napoleonico, recepito dalla legislazione italiana e tedesca dell'Ottocento, è immediatamente seguito dall'inciso: «por actos directamente encaminados a su consumación», che presenta una qualche parentela teoretica con la direzione degli atti, formalizzata nell'art. 56 del Codice Rocco.

Una formula analoga si riscontra nel Codice Cileno del 1983 che,

¹² Art. 56 c.p.: «Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica».

¹³ L'art. 16, 2° e 3° comma recitano, infatti: «Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa. Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad». All'ultimo comma il legislatore equadoregno ritiene opportuno introdurre la precisazione che «Las contravenciones sólo son punibles cuando han sido consumadas».

¹⁴ L'art. 39 della Sezione C del *Código* recita: «El que iniciare la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no llegare a producirse por causas ajenas a él, será reprimido con una pena no menor de los dos tercios del mínimo ni mayor de los dos tercios del máximo de la establecida para el correspondiente delito».

al terzo comma dell'art. 7, recita: «Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento»¹⁵. La comune origine dei due fenotipi è attestata dall'assenza del requisito della inequivocità della direzione.

I modelli italiani del 1889 e del 1930 sono presenti anche nel Codice Boliviano del 1972, che, all'articolo 8, collocato nel capitolo dedicato alle forme di manifestazione del reato, recita: «El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad, será sancionado...».

Qui i due modelli italiani sono recepiti con talune varianti, perché il duplice requisito della idoneità e della non equivocità è riferito agli atti (e non alla direzione degli stessi) e perché i due criteri risultano, sul piano letterale, alternativi.

Infine, particolarmente fedele alla legislazione italiana è la recentissima sintesi operata dal Codice penale Colombiano del 2004 il quale, pur fondendo i due modelli di Zanardelli e di Rocco, collega impeccabilmente il requisito della non equivocità alla direzione degli atti e non agli atti stessi.

L'art. 27, rubricato *Tentativa*, recita infatti: «El que iniciará la ejecución de una conducta punible mediante actos idoneos e inequívocamente dirigidos a su consumación...incurrirá en pena...».

5. Considerazioni conclusive

Ogni studio sul diffusionismo, per non risolversi in una elencazione compilativa di articoli di legge, postula un'analisi delle interferenze fra le fonti concorrenti.

Il tempo a disposizione mi suggerisce di limitarmi a formulare poche, semplici, ma necessarie riflessioni di fondo.

In primo luogo, quando i codici del subcontinente americano richiamano il modello dell'inizio di esecuzione, questo prodotto teorico e poi legislativo costituisce raramente un prestito mutuato dalla letteratura francese, perché, in genere, i fenotipi che i giuristi sudamericani hanno presenti sono il § 43 dello StGB e l'art. 61 del Codice Zanardelli, la cui derivazione napoleonica, pur nota, non è stata

¹⁵ I commi precedenti recitano: «Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado... cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad».

decisiva rispetto al recepimento degli stessi. Infatti, a monte dell'impostazione, si pone, in genere, il prestigio delle letterature tedesca e italiana.

Tuttavia, la retrocessione sullo sfondo del genotipo francese non cancella del tutto le origini più remote. Per limitarsi ad un unico esempio, *los actos externos* dell'art. 5 del Codice uruguayano del 1933¹⁶ (i quali presentano, tra l'altro, una parentela teoretica con *los echos exteriores* dell'art. 16 del Codice Spagnolo attuale¹⁷) hanno, nel loro albero genealogico, il genotipo napoleonico del 1810 che incrimina, senza definirla, *la tentative* quando essa sia stata non soltanto «sui-vie d'un commencement d'execution....» ma altresì «manifestée par des actes extérieurs»¹⁸.

In secondo luogo, l'influenza dei modelli italiani in Sudamerica non è mai del tutto pura, perché questi prodotti teoretici e legislativi sono stati parallelamente esportati anche nella penisola iberica, il che implica di tener conto degli apporti del diritto spagnolo e portoghese, cioè dei prestiti di seconda e terza generazione rispetto all'adozione dell'inizio di esecuzione in Germania e in Italia e della retroazione dei modelli iberoamericani sul pensiero iberico¹⁹.

Infine, tengo a sottolineare che, mentre, in Italia, una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza confonde la non equivochezza con l'univocità²⁰, i codici sudamericani che si ispirano al Codice Rocco generalmente non incorrono in questo pernicioso fraintendimento, mostrando così di rispettare il modello del 1930 ben più di tanti nostri disattenti studiosi.

¹⁶ L'art. 5, primo comma, cod. pen. dell'Uruguay, in vigore dal 1934 (*De la tentativa y del delito imposible*) dispone: «Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su consumación, por causas independientes de su voluntad».

¹⁷ L'art. 16 del Codice spagnolo del 1995 dispone: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

¹⁸ Fedele al modello napoleonico e poi zanardelliano dell'inizio di esecuzione, il codice dell'Uruguay riflette però il codice Rocco nel recepimento della figura del *delito imposible*, erede del reato impossibile, collocato dal legislatore italiano del 1930 al capoverso dell'art. 49 c.p.

¹⁹ Come è forse avvenuto nell'esempio, che ho appena formulato, dell'Uruguay e della Spagna.

²⁰ Un errore del genere è riscontrabile nel testo del progetto di riforma del codice 1930, affidato dal Ministro Castelli alla Commissione presieduta dal dott. Nordio e da questa depositata nel luglio del 2004. La profonda differenza tra le due nozioni è tematizzata da M. SINISCALCO, *La struttura*, cit., particolarmente p. 123 ss.; in merito, cfr. anche G. LICCI, *Modelli*, cit., p. 161.

SABRINA LANNI

La diffusione dell'esperienza giuridica italiana di tutela del consumatore in America Latina

SOMMARIO: 1. Limitatezza della diffusione legislativa. – 2. Predominio della diffusione culturale. – 3. Egemonia dottrinale italiana nelle esperienze latinoamericane. – 3.1. Le persone e le ragioni. – 3.2. Le modalità. – 3.3. Le cause storiche e le prospettive attuali. – 4. Armonizzazione latinoamericana della tutela del consumatore e dialogo italo-latinoamericano. La *ley marco de defensa del usuario y consumidor* del Parlatino.

1. Limitatezza della diffusione legislativa

In America Latina la tutela del consumatore ha conosciuto già da molti anni un'attenzione vigorosa e precoce, che ha coinvolto quasi tutti gli ordinamenti in modo palese ed incisivo. Basterà ricordare che numerose esperienze giuridiche latinoamericane hanno assistito nell'ultimo trentennio all'emanazione di una nuova costituzione, dove la figura del consumatore e la tutela ad esso connessa hanno trovato una sede specifica e autorevole.

A questo proposito si possono ricordare in ordine cronologico: il Guatemala/1985 (rif. 1993, art. 119, lett. i); il Brasile/1988 (art. 5, XXXII); la Colombia/1991 (art. 78); il Paraguay/1992 (art. 38); il Perù/1993 (art. 65); l'Argentina/1983 (rif. 1994, art. 42); il Costa Rica/1949 (rif. 1996, art. 46); l'Ecuador/1979 (rif. 1998, art. 92); il Salvador/1983 (rif. 2000, art. 101); l'Honduras/1982 (rif. 2005, art. 331); il Venezuela/2000 (art. 117)¹.

¹ In America Latina la consacrazione dei diritti del consumatore in sede costituzionale presenta un carattere non solo programmatico (su cui cfr. J. LÓPEZ CAMARGO, *Derecho del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica*, in *Revista@e-Mercatoria*, 2, 2003, www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf) ma anche precettivo in considerazione delle diverse connessioni concettuali che legano il consumatore con la tutela della persona e del *medio ambiente*; invero quest'ultimo costituisce nelle esperienze giuridiche latinoamericane un punto di riferimento essenziale per rispondere alle nuove problematiche emerse nel contesto del progresso scientifico e tecnologico (sul tema sia consentito il rinvio a S.

I Paesi latinoamericani menzionati, al fine di dare effettività ai rispettivi riconoscimenti costituzionali, hanno inoltre elaborato o rielaborato nell'ultimo ventennio del secolo appena concluso una disciplina speciale a tutela della figura del consumatore. In argomento è possibile richiamare l'esperienza del Brasile (*lei de defesa do consumidor*, l. 8078/1990); del Messico (*ley federal de protección al consumidor* del 1992); dell'Argentina (*ley de defensa del consumidor*, l. 24240/1993, rif. 2008); del Costa Rica (*ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*, l. 7472/95); del Cile (*ley del consumidor*, l. 19496/1997); del Paraguay (*ley de defensa del consumidor y del usuario*, l. 1334/ 1998); dell'Uruguay (*ley de defensa del consumidor*, l. 17250/2000); dell'Equador (*ley orgánica de defensa del consumidor*, l. 21/2000, in sostituzione del R.O. 520/1990); del Guatemala (*ley de protección al consumidor y usuario*, l. 6/2003); del Venezuela (*ley de protección al consumidor y al usuario* del 2004, rif. 2010); del Salvador (*ley de protección al consumidor* del 2005, in sost. l. 666/1996); del Panama (*ley sobre protección al consumidor y defensa de la competencia*, l. 5/2007, in sost. l. 29/96); dell'Honduras (*ley de protección al consumidor*, decr. 24/2008 in sost. decr. 41/1989); della Colombia (*Estatuto del consumidor*, l.1480/2011); del Perú (*código de protección y defensa del consumidor*, l. 29571/2010 in sost. del d.l.vo. 716/1991)².

Cosa hanno in comune le normative latinoamericane summenzionate con la disciplina italiana a tutela del consumatore raccolta nel

LANNI, *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del MERCOSUR tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, 2005, *passim*.

² La tutela del consumatore non è confluita nella logica dei codici civili latinoamericani, bensì è stata collocata fuori di essa al centro di specifiche normative, le quali comunque si giovano di un dialogo permanente con i codici stessi e con i principi generali del sistema, alimentando in modo costante una peculiare osmosi tra la 'disciplina generale' e la 'disciplina speciale' del diritto civile attuale. Finora, le disposizioni sulle relazioni di consumo, regolate originariamente in leggi speciali, sono rimaste tali anche a seguito dell'approvazione di nuovi codici: così il codice civile peruviano del 1984, così il codice civile paraguayano del 1985, così il nuovo codice civile brasiliano del 2002, i quali tutti propendono per una tutela del consumatore e dei rapporti contrattuali o meno ad esso connessi che sia esterna al codice. Diversamente, lo si può solo segnalare per inciso, il nuovo progetto di codice civile argentino del 2012 (che non risulta ancora approvato nel momento in cui si dà alla stampa il presente lavoro), accogliendo la linea di tendenza del legislatore tedesco, inserisce nel contesto generale del codice le definizioni e la disciplina delle problematiche inerenti ai «contratos de consumo», al fine di assicurare una protezione minima ad una serie di relazioni che si reputano ormai transitate dalla 'disciplina speciale' alla 'disciplina generale' del contratto (cfr. <http://www.cfna.org.ar/public/index.php?modulo=noticias&opt=vernoticia&id=460>).

c.d. codice del consumo del 2005³? Esistono elementi di circolazione del modello scientifico e legislativo italiano di tutela del consumatore in America Latina⁴? E nel caso affermativo, si può parlare del diritto italiano del consumatore come di un 'transplant' (ossia come di un trapianto globale, come di una ricezione, o come di un'imitazione, consapevolmente estesa di questa branca del diritto)⁵? Oppure si può parlare di una 'transfusión' (vale a dire come di un fluire lento e selettivo delle regole consumeristiche e dei modi della loro interpretazione dall'esperienza giuridica italiana ad un'altra latinoamericana)⁶? Ed ancora, nell'ambito del 'transplants' o della 'transfusión', si può distinguere un apporto prettamente 'italiano' da un apporto più ampiamente 'italo-europeo'? Questi quattro quesiti rappresentano la mappa metodologica che articola il presente lavoro.

Naturalmente s'impone una precisazione: i quesiti menzionati, o ancor prima la corretta impostazione dei quesiti stessi, necessita una differenziazione tra la diffusione 'legislativa' italiana della tutela del consumatore e quella 'scientifica'. Ciò per una semplice ragione: per-

³ Come è noto, in Italia il processo di adeguamento del diritto nazionale al diritto europeo in materia consumeristica è sfociato, a seguito di un profondo ripensamento di tutta la sistematica relativa al diritto del consumatore, nell'adozione del d.l. 206 del 6 settembre 2005, relativo al 'codice del consumo' (per una visione d'insieme della disciplina si vedano E. CAPOBIANCO, G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2011).

⁴ Parlando di modello, si intende abbracciare l'esperienza italiana di tutela del consumatore nel suo complesso, anche in considerazione del carattere 'compitalorio' più che 'codificatorio' riconosciuto al c.d. codice del consumo italiano (sul punto si rinvia all'introduzione del *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa, L. Rossi Carleo, Napoli, 2005).

⁵ È noto che la nozione di 'transplant' è stata coniata per indicare il processo di circolazione dei modelli giuridici dallo storico del diritto W.A.J. WATSON (*Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1979), partendo dal presupposto che i trapianti giuridici fossero la fonte più fertile di sviluppo legislativo, e che la maggioranza dei cambiamenti, nella maggioranza dei contesti, fosse il prodotto di prestiti da diversi ordinamenti giuridici. È altrettanto noto che la nozione 'transplant' vada oggi considerata in più ampia prospettiva, ponendo enfasi sul 'come' e non solo sul 'perché' avviene il *legal transplant* (sul tema si rinvia alle interessanti osservazioni di M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford, 2007, p. 441 ss.).

⁶ Il concetto di 'transfusión' del diritto risale a A. DÍAZ BIALET (*La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el derecho común americano*, in *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani* (Bologna, 21-26 ottobre 1963), III, Milano, 1968, p. 1067 ss.) ed è stato adottato dai latinoamericanisti italiani (a partire da P. CATALANO, *Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latinoamericano y derecho romano*, in *Rev. gener. legislac. jurisprud.*, 85, 1982, p. 174 ss.) per rimarcare lo sviluppo dell'esperienza giuridica romanistica come carattere peculiare del «derecho común americano».

ché la ‘diffusione legislativa’ è del tutto assente, non essendosi mai in alcun modo verificata.

Infatti, benché il movimento dei consumatori in alcuni Paesi latinoamericani segua una traiettoria simile a quella italiana – in quanto generalmente anche in America Latina il processo di industrializzazione, iniziato alla fine del XIX secolo, si è intensificato durante la seconda guerra mondiale e nel dopoguerra (1956/60), ed ha raggiunto il suo culmine negli anni ’70⁷ –, di fatto la legislazione della maggior parte dei Paesi di quell’area, e in modo particolare quella del Brasile, ha preceduto perlomeno di due lustri l’*iter* legislativo dell’Italia, senza tener conto che l’*iter* stesso nel nostro Paese è stato spesso il riflesso di un più ampio *iter* legislativo messo in moto dall’intervento dell’Unione Europea sul tema⁸.

Inoltre, in Brasile gli anni ’70, che hanno caratterizzato uno scenario di grande espansione dell’economia e dell’industrializzazione brasiliana, sono stati contraddistinti anche da un significativo sviluppo della difesa del consumatore come rivendicazione della società civile. E, di conseguenza, proprio da questo decennio hanno iniziato ad essere discussi i progetti per una significativa legislazione di protezione del consumatore, che si sono concretizzati poi effettivamente da lì a quindici anni⁹.

Al contrario, in Italia il movimento dei consumatori è stato storicamente molto debole per un insieme di ragioni, senza tener conto che la legislazione civilistica ha risentito molto dell’influenza del liberalismo economico, concezione dominante all’epoca della prima codificazione del Regno d’Italia, che come è noto costituì la base dell’attuale codice civile emanato nel 1942¹⁰.

⁷ Sulle connessioni tra rivoluzione industriale e nascita del *consumerism* si rinvia a G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 3 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato dell’Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2011, p. 269 ss., ed ivi bibliografia di riferimento.

⁸ A partire dal Trattato di Maastricht del 1992, e poi con quello di Amsterdam del 1997, la politica di ‘protezione dei consumatori’ non è stata più considerata strumentale rispetto alla tutela della concorrenza, ma ha assunto una propria indipendenza e rilevanza quale obiettivo specifico dell’Unione Europea. Si tratta di un percorso scandito dai diversi ‘Piani d’azione triennale’ della Commissione europea, e articolato in una serie di direttive e più ampiamente di atti (che si omette di indicare in considerazione del ristretto ambito di questo lavoro), di cui la Carta dei diritti fondamentali, pubblicata nel 2000, ma vincolante dal punto di vista giuridico a partire dall’entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona, rappresenta uno degli elementi più significativi.

⁹ Il tema è ricostruito da J. RIOS, *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*, Rio de Janeiro, 1998, pp. 41-43.

¹⁰ Benché in Italia il movimento dei consumatori sia stato debole, le trasforma-

Dunque, nessuna diffusione legislativa italiana si è realizzata nel campo dei diritti del consumatore. Il dato cronologico-normativo e i caratteri essenzialmente ricompilatori del codice del consumo italiano, di per sé limitano a priori qualsiasi tentativo di ravvisare influssi o condizionamenti in tal senso¹¹. Inoltre, *last but not least*, il codice stesso ha strutturato il concetto generale di consumatore sulla base dell'attività non professionale della persona fisica'. Si tratta di un criterio che trova diversi riscontri nel diritto europeo¹², diversamente da quanto avviene nel diritto latinoamericano, dove la considerazione del consumatore prescinde dalla distinzione tra persona fisica e persona giuridica e predilige unanimemente come parametro il 'destinatario finale' dei beni e servizi¹³.

zioni socio-economiche messe in moto dalla rivoluzione industriale hanno favorito una valutazione critica sull'effettività del principio dell'eguaglianza formale dei contraenti (cfr. U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1999, p. 614, che individua un certo grado di pluralismo nell'autonomia della volontà già nei postumi della rivoluzione francese), e quindi di un elemento cardine del diritto contrattuale, l'autonomia della volontà (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 1998, p. 26).

¹¹ Benché il codice stesso sia stato mosso dal desiderio di affrontare la disorganicità e la disunità di tutta la materia consumeristica promossa nell'ordinamento italiano, in via diretta dal legislatore nazionale o, come è avvenuto nella maggior parte dei casi, in via indiretta come applicazione di interventi comunitari, di fatto le innovazioni apportate dal codice del consumo sono minime. Una tale affermazione è frutto non solo dell'interpretazione dottrinale (ad esempio: A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159) ma della stessa relazione al Governo presentata dal Presidente della Commissione del codice del consumo (cfr. G. ALPA, *Decreto legislativo recante codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229. Relazione [10/10/2005]*, in *Persona e danno*, www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=21971), che ha sottolineato gli interventi minimali (prevalentemente di coordinamento e aggiornamento) a cui auspicava la redazione del codice stesso.

¹² Da ultimo nel *Feasibility Study* curato dall'*Expert Group on European Contract Law* che limita la nozione prevalentemente agli atti di consumo non inerenti alla professione (cfr. art. 2). Sul punto si rinvia a C. AMATO, *Brevi osservazioni riguardo il contributo italiano alla crescita del diritto contrattuale europeo: della nozione di consumatore*, in *Le nuove frontiere della comparazione (Atti del I Convegno nazionale della SIRD)*, a cura di L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti, Trento, 2012, p. 309 ss.

¹³ Tra le normative latinoamericane richiamate precedentemente nel testo del paragrafo solo in quella della Colombia, del Salvador e dell'Honduras si ricava in via implicita la precisazione sull'uso finale del prodotto, diversamente in tutte le altre normative la precisazione stessa è espressa, benché non manchino sfumature terminologiche (come ad esempio nella legge messicana dove si definisce il consumatore come «*aquel que contrata la prestación de servicios o la adquisición de bienes para su uso o disfrute*»). Per un approfondimento sul concetto 'finalista' del consuma-

2. Predominio della diffusione culturale

Accantonando dunque qualsiasi proposito di scovare impossibili figure di diffusione legislativa, conviene piuttosto concentrarsi sul secondo tipo di diffusione giuridica italiana, quella scientifica, che vanta invece diversi e significativi riscontri nelle esperienze giuridiche latinoamericane.

Non si tratta di una peculiarità prettamente consumeristica: le ragioni da cui muove la diffusione e la circolazione del modello scientifico italiano in America Latina sono profonde¹⁴. Il 'contatto' e il 'dialogo' stessi tra le esperienze giuridiche latinoamericane e l'esperienza giuridica italiana fanno parte di una prospettiva più ampia dello sviluppo delle tradizioni giuridiche¹⁵.

Invero, a fronte delle palesi differenze tra regole e modelli esistenti nei vari ordinamenti, esiste tuttavia una legge naturale, valida in ogni contesto scientifico, che attiene alla natura delle cose: la regola secondo la quale il mondo è inesorabilmente soggetto all'aumento dell'entropia¹⁶, che comporta un necessario livellamento delle differenze

tore cfr. C. LIMA MARQUES, E. TURKIENICZ, *En defensa de la teoría finalista para la interpretación del artículo 2 del código de defensa del consumidor*, in *Rev. respons. civ. segur.*, 2000, p. 396; S.A. FRUSTAGLI, C.A. HERNÁNDEZ, *El reciente código del consumo italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina*, in *La Ley*, 2006-B, p. 764 ss., ed ivi par. III; più ampiamente sulla figura latinoamericana di consumatore cfr. S. LANNI, *La figura del «consumidor» en el marco de la unificación latinoamericana del derecho*, in AA.VV., *La responsabilidad civil*, a cura di J. Espinoza Espinoza, III, Lima, 2007, pp. 219-244.

¹⁴ Tra le discipline maggiormente connesse con la tutela del consumatore assume un ruolo di spicco la disciplina della responsabilità civile, che evidenzia molteplici punti di dialogo e contatto tra la scienza giuridica italiana e quella latinoamericana (il tema è oggetto di ampia indagine in E. CORTÉS, *Responsabilidad civil y daño a la persona: la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, 2009), soprattutto in quei contesti dove si è proceduto alla ri-codificazione del diritto civile (come ad esempio in quello peruviano, a cui fa richiamo J. ESPINOZA ESPINOZA, *La influencia de la experiencia jurídica italiana en el código civil peruano en materia de responsabilidad civil*, in *Derecho PUC. Rev. Fac. der. Pont. Univ. Cat. Perú*, 56, 2003, pp. 733-757), o anche in quelli dove si è inciso sulla disciplina dell'istituto stesso mediante la riforma della costituzione (così ad esempio in quello argentino, a cui fa riferimento A.A. ALTERINI, *Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto argentino de código civil de 1998*, in *Roma e America. Dir. rom. com.*, 8, 1999, p. 148 ss.).

¹⁵ Si richiama in argomento H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, tr. it. a cura di S. Ferlito, Bologna, 2011, ove si ricostruiscono le affinità reciproche e le divergenze tra tradizioni giuridiche avendo in considerazione il ruolo delle «tradizioni universalizzanti» e delle «tradizioni espansive» (in modo particolare p. 566 ss.).

¹⁶ Il 'termine' entropia è usato in accordo alla teoria della comunicazione, dove

di potenziale esistenti tra le forze naturali e, nel nostro caso, comporta una inevitabile condivisione crescente dei modelli, con una progressiva riduzione delle differenze e delle peculiarità originarie.

In altre parole, non è possibile ipotizzare una chiusura stagna delle esperienze giuridiche, ma è al contrario ragionevole e inevitabile immaginare un sistema di vasi comunicanti, ove l'osmosi più o meno lenta tra gli ordinamenti consente la circolazione di regole e modelli (cioè prima la conoscenza e poi la condivisione). Tuttavia, dal punto di vista dell'esperienza italiana, questa è una prospettiva futura, o nel migliore dei casi una prospettiva recente, perché è recente, se non recentissima, l'attenzione del giurista italiano alle esperienze latinoamericane di tutela del consumatore¹⁷.

Volendo azzardare una data si potrebbe dire che fino all'ultimo lustro, l'attenzione del giurista italiano all'esperienza latinoamericana di tutela del consumatore è stata pressoché assente. Come si è avuto modo di rimarcare in altra occasione, mentre alcuni Paesi latinoamericani, come il Brasile, avevano già elaborato una valida risposta giuridica alle esigenze di tutela del consumatore, in Italia gli strumenti finalizzati alla protezione del consumatore si rivelavano decisamente inefficaci, in quanto: non era prevista una disciplina generale dei consumi, né una legge speciale; non era operante alcun istituto di natura ministeriale, o autonoma, competente in modo specifico a perseguire la tutela dei consumatori e dei risparmiatori; non esisteva una banca dati dove far affluire e da cui attingere notizie sui danni più rilevanti sofferti dai consumatori; in via legislativa non era prevista una procedura che riconoscesse legittimazione ad agire alle associazioni dei

l'informazione è concepita come una forma di transito risolutivo del caos, anziché in riscontro della più nota legge seconda della termodinamica, in base alla quale i sistemi possono soltanto procedere ad uno stato di crescente disordine (sulla differenziazione si rinvia a G. LAZZARO, *Entropia della legge*, Torino, 1985, p. 5 ss.). Entropia quindi come diminuzione delle 'differenze' e delle 'ridondanze', che attengono sia ai 'termini qualificanti' i testi giuridici, sia alla 'lingua' in cui sono formulate le leggi (cfr. G. LAZZARO, *Entropia della legge*, cit., p. 37).

¹⁷ Già in S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore*, cit., p. 2, ed ivi note 2 e 3, si è avuto modo di sottolineare l'insufficienza dell'attenzione del giurista italiano alle esperienze latinoamericane di tutela del consumatore. Recentemente si registra invece un certo qual interesse, che benché minimo sembra meritevole di segnalazione (cfr. ad esempio C. MENICHINO, *Clausole abusive nei contratti del consumatore: una comparazione tra diritto italiano e brasiliano*, in *Contratti*, 2004, pp. 1147-1159, ma anche, in un contesto più generale, AA.VV., *Brasile. Diritto d'impresa e investimenti esteri*, a cura di J. Gasperi, Assago, 2007, p. 318 ss.; N. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latinoamericani*, Padova, 2010, p. 34 ss.; A. CALDERALE, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto luso-brasiliano*, in *Contratti*, 2012, pp. 527-539).

consumatori, né una estensione *ultra partes* delle decisioni giudiziali connesse ai procedimenti individuali a tutela degli interessi dei consumatori medesimi, né la previsione di procedimenti arbitrali alternativi alla giurisdizione ordinaria; infine, le iniziative assunte erano state una semplice e passiva conseguenza dell'adesione dell'Italia alla Comunità europea e di recezione della relativa normativa¹⁸.

Un timido interesse italiano verso il diritto latinoamericano del consumatore e in modo particolare verso il diritto brasiliano è emerso in occasione della disciplina delle azioni di classe, o volendo, ancor prima, nel momento in cui gli operatori del diritto sono divenuti pienamente consapevoli dell'impossibilità di tutelare adeguatamente il consumatore mediante il rafforzamento dell'informazione precontrattuale, della proibizione di alcune pratiche commerciali e del divieto delle clausole abusive.

In Italia fino al 2008 si ammetteva la tutela collettiva solo in forma inibitoria, cosicché il risarcimento del danno collettivo era liquidato in forma meramente simbolica¹⁹, non si consentiva di far valere i diritti al risarcimento del danno dei singoli individui, ed era controversa la possibilità di invocare a proprio favore la decisione dell'azione collettiva²⁰. Questa situazione è cambiata dal punto di vista normativo con la l. 99 del 2009, che mediante l'art. 49 ha introdotto una modifica all'art. 140 *bis* del codice di consumo in riferimento all'azione di classe, introducendo così nel contesto italiano quanto in Brasile era già operativo sin dal 1990²¹.

¹⁸ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1995, p. 17.

¹⁹ Ad esempio, in relazione a quanto previsto dall'art. 27 («tutela degli interessi sociali e collettivi») dalla l. 383 del 7/12/2000 (sulla «Disciplina delle associazioni di promozione sociale»).

²⁰ Per un approccio al tema A. PELLEGRINI GRINOVER, *Le azioni collettive ibero-americane: nuove questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 58, 2003, pp. 10-26; T. ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Appunti sulle azioni collettive in Brasile*, in *Riv. trim. dir. proced. civ.*, 64, 2010, pp. 515-527; S. BARIATTI, *Le azioni collettive dell'art. 140-bis del codice di consumo: aspetti di diritto internazionale privato e processuale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 47, 2011, pp. 19-54.

²¹ Nel *código de defesa del consumidor* brasiliano ha trovato coronamento un nuovo strumento processuale: l'*ação civil coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos* (artt. 91-100), un'azione finalizzata a difendere congiuntamente alcuni diritti, simili o identici per tutti gli interessati (*consumidores*), che decorrono da un'origine comune e sono quindi contesi nei confronti del medesimo convenuto (*fornecedor*), per essere lo stesso comunemente parte di tutte le relazioni di consumo in cui propriamente ha luogo l'evento che dà origine alla conflittualità. Per un'analisi dell'azione collettiva brasiliana si rinvia a C.E. FARACO BRAGA, *Ações coletivas*, in *Rev. dir. consum.*, 7, 1993, pp. 85-100; R. SENISE LISBOA, *Contratos difusos e coletivos*, São Paulo, 1997, pp. 507-510; J.B. DE ALMEIDA, *A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos*, in *Rev. dir. consum.*, 34,

3. Egemonia dottrinale italiana nelle esperienze latinoamericane

3.1. Le persone e le ragioni

Se tuttavia l'attenzione del giurista italiano verso le esperienze giuridiche latinoamericane di tutela del consumatore è stata perlopiù limitata ad alcuni Paesi (Argentina, Brasile) e circoscritta ad alcuni istituti (responsabilità civile, azioni di classe), viceversa l'attenzione dei giuristi latinoamericani verso l'esperienza italiana di tutela del consumatore è stata sicuramente più significativa²².

Questa constatazione comporta una riflessione su due ordini di questioni. In primo luogo, ci si potrebbe chiedere quale autore italiano abbia influenzato o sia stato preso in considerazione da quale autore latinoamericano. In secondo luogo, ci si potrebbe chiedere 'perché' e 'come' sia stata prodotta questa influenza.

La prima questione è quella dalla soluzione più immediata: i manuali latinoamericani di tutela del consumatore²³ richiamano sia opere italiane specifiche sul tema medesimo²⁴, sia opere più generali che hanno contribuito allo sviluppo di regole complessive sul diritto dei consumi, ad esempio, in riferimento ai caratteri ed ai problemi posti dalle clausole abusive nel contratto di adesione²⁵, o

2000, pp. 88-97; P.V. DAL PAI MORAES, *Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos lato sensu, decorrentes da questões de massa*, in *Rev. jurid.*, 293, 2002, pp. 52-89; M.F. BEZERRA, *Tutela dos interesses coletivo do consumidor no direito brasileiro. A questão da legitimidade*, in *Rev. proc.*, 32, 2007, pp. 43-58.

²² Un esempio significativo si rinviene nella tempestiva attenzione con cui i giuristi latinoamericani seguono le riforme italiane in tema di tutela del consumatore, così da alimentare il continuo confronto sul tema tra le due sponde dell'Oceano (così ad esempio S.A. FRUSTAGLI, C.A. HERNÁNDEZ, *El reciente código del consumo italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina*, cit., p. 764 ss., ove si sottolinea un significativo impatto della cultura giuridica italiana sull'esperienza argentina).

²³ Si richiamo a titolo di esempio: C. LIMA MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*, São Paulo, 2002; R.L. LORENZETTI, *Consumidores*, Buenos Aires, 2003; J. MOSSET ITURRASPE, *Ley de defensa del consumidor: ley 24.240*, Santa Fe, 2008. È opportuno precisare che la produzione bibliografica sul tema è molto ampia: l'interesse degli operatori del diritto e la previsione di un corso specifico sul diritto dei consumi nell'ambito dei percorsi formativi delle facoltà giuridiche ne sono le cause principali.

²⁴ In modo particolare: G. ALPA, M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1979; U. RUFFOLO, *La tutela individuale collettiva del consumatore*, Milano, 1979.

²⁵ Il riferimento è all'opera di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, che è stata tradotta in spagnolo in Argentina (*Manual de derecho civil y comercial*, I-VII, Buenos Aires, 1954-1956) e che ha avuto per tale ragione larga diffusione nell'America ispano-parlante.

anche in riferimento ai caratteri del concorso di azioni in ambito processuale²⁶.

Al riguardo emerge una certa qual predilezione della dottrina latinoamericana verso la considerazione, e parallelamente verso la traduzione, di opere italiane che apparentemente non presentano un'immediata ricaduta pratica per l'operatore del diritto, ma che paradossalmente proprio per questo sono riadattabili nei rimaneggiamenti 'pop', come scherzosamente li ha definiti uno studioso italiano, dell'esperienza giuridica autoctona²⁷.

È evidente che la questione, su quale autore italiano abbia influenzato o sia stato preso in considerazione da quale autore latinoamericano, coinvolge a sua volta la riflessione sulle ragioni del 'successo' dell'autore italiano stesso. Sono ragioni che vanno al di là della sua specifica competenza nella materia, in quanto spesso tengono conto di tre fattori eterogenei.

In primis, emergono i legami personali/istituzionali di un singolo giurista con un Paese latinoamericano. Si pensi, solo per fare qualcuno dei molti esempi possibili, alla notorietà di Francesco Donato Busnelli in Perù (che verosimilmente è connessa ai suoi legami con la civilistica peruviana e alla recezione delle sue idee in tema di risarcimento del danno morale), oppure a quella di Francesco Ruscello in Argentina (che probabilmente è stata alimentata più semplicemente dalla sua presenza a diversi Convegni argentini di diritto civile, e in modo particolare alle *Jornadas nacionales de derecho civil*), o anche a quella di Sandro Schipani e Pierangelo Catalano in Brasile e in molti altri Paesi dell'America Latina (che è connessa ad una molteplicità d'iniziative nel quadro della soluzione del debito estero dei Paesi in

²⁶ Il riferimento è all'opera di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, che è stata tradotta in portoghese e in spagnolo e ampiamente diffusa in tutta l'America Latina; in particolare i richiami nella bibliografia latinoamericana sono alla traduzione brasiliana (G. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual*, São Paulo, 1942) ed a quella spagnola (J. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1922).

²⁷ Il riferimento è a M. CARDUCCI, *Diritto pubblico e «flussi giuridici» tra Italia e Brasile*, in *A&C Rev. dir. admin. & constit.*, 11, 2011, pp. 13-42, ove si accoglie una dinamica prevalentemente rigenerativa dei 'flussi giuridici' recepiti in America Latina (sulla scia della teoria di D.E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, 2004), e pertanto si individua nei flussi stessi una funzione 'pop', capace cioè di adattarsi alla nuova realtà trasmutando significati e utilizzazioni, e quindi capace di limitare gli elementi di squilibrio che invece (secondo la ricostruzione di M. LUPOI, *Profili [anche linguistici] dei flussi giuridici*, in www.accademiadellacrusca.it/img_usr/Profili_Lupoi, 2002) la percezione di qualsiasi dato giuridico, proprio di un ordinamento, determinerebbe in un altro ordinamento.

via di sviluppo e del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano).

In secundis, riveste un ruolo significativo la formazione universitaria del giurista latinoamericano. A solo titolo di esempio si può richiamare la formazione civilistico-costituzionalistica che alcuni latinoamericani hanno ricevuto presso la scuola di specializzazione camerte²⁸, o anche quella romanistico-civilistica che ha formato, presso l'Università di Tor Vergata e poi presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, molti docenti di Università latinoamericane²⁹.

In tertiis, appare ovviamente determinante la traduzione delle opere giuridiche italiane in lingua portoghese o spagnola, ed a questo riguardo si possono richiamare a titolo di esempio la traduzione in spagnolo di Massimo Bianca³⁰, e quelle in portoghese di Perlingieri di Sacco³¹, che hanno alimentato una migrazione di idee rispettivamente in tema di contratto e responsabilità civile, di nuovi paradigmi del diritto costituzionale e del diritto civile trans-nazionale.

In sintesi si potrebbe dire che le ragioni dell'influenza dei giuristi italiani in America Latina rispondono a due ordini di fattori. Da un lato, dipendono da una inculturazione vera e propria, che è stata prodotta dalla presenza fisica dei giuristi italiani in America Latina, e quindi dalla conseguente trasmissione diretta non solo delle proprie acquisizioni intellettuali e delle proprie esperienze giuridiche, ma anche del sistema valoriale di cui erano portatori in quanto persone (*hominum causa omne ius constitutum est*). Da un altro lato, dipendono da un vigoroso flusso giuridico a distanza tra giuristi e più ampiamente operatori del diritto, che è connesso essenzialmente alla *law in the books*³².

3.2. Le modalità

La traduzione e la circolazione di opere giuridiche italiane in Ame-

²⁸ Tra i quali Gustavo Tepedino, ora professore diritto civile della *Universidade do Estado do Rio de Janeiro*.

²⁹ Tra i quali: Edgar Cortés, ora professore della *Universidad Externado de Colombia*; Sheraldine Pinto, ora nella *Universidad Metropolitana* (Venezuela); José Luis Díez Schwerter, ora nella *Universidad de Concepción* (Cile).

³⁰ C.M. BIANCA, *Derecho civil. El contrato*, tr. sp. di E. Cortés, Bogotá, 2007.

³¹ P. PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, tr. port. a cura di M.C. De Cicco, Rio de Janeiro, 2007³; R. SACCO, *Introdução ao direito comparado*, tr. port. a cura di V. Jacob de Fradera, São Paulo, 2001.

³² Sul tema cfr. anche M. CARDUCCI, *Diritto pubblico e «flussi giuridici» tra Italia e Brasile*, cit., p. 13 ss. che rimarca la tendenza del 'flusso' ad alimentare discorsi teorici che prescindono dalle matrici originarie dei testi scientifici e legislativi.

rica Latina, porta il discorso ad affrontare la seconda delle due questioni sollevate, in quanto le ragioni dell'influenza dottrinale italiana sono strettamente connesse con le ragioni stesse da cui muove la circolazione del diritto privato italiano in America Latina, dipendono cioè da quel complesso di ragioni connesse (a) non solo storicamente all'appartenenza romanistica di quell'area, (b) e al relativo sviluppo di un diritto civile caratterizzato dall'affinità di un idioma che ha funto da 'ponte di collegamento' tra il mondo italiano e il mondo latinoamericano, (c) ma anche all'ammirazione verso la cultura italiana e le sue tecniche di ragionamento, (d) nonché verso le esperienze di codificazione e ri-codificazione del diritto civile, e più in generale a quelle cause già complessivamente individuate dalla dottrina italiana in riferimento alla circolazione dei modelli giuridici in generale, ed a cui si fa rinvio per ragioni di sintesi³³.

Rispetto a tutte le cause menzionate, assume un valore preminente il ruolo della dottrina. In via di enunciato si potrebbe dire che la dottrina italiana di tutela del consumatore è stata il *trait d'union* tra l'una e l'altra sponda dell'oceano in tutto ciò che pertiene e concerne la disciplina della relazione di consumo. In alcuni casi vi è stata una vera e propria 'alpaizzazione' o 'bessonizzazione' (e si passi l'espressione), solo per fare cenno a due dei giuristi più richiamati sul tema. Si è trattato di una 'alpaizzazione' o di una 'bessonizzazione', e in questa sede lo si può rilevare solo per inciso, non sempre positiva nel quadro dell'armonizzazione latinoamericana del diritto del consumatore, in quanto ha posto in secondo piano il modello scientifico e legislativo di tutela del consumatore degli altri Paesi latinoamericani, e quindi la necessità di 'interazione' con il modello stesso, nel quadro di più ampie armonizzazioni del diritto privato a livello sub-regionale (come ad esempio nel MERCOSUR).

La diffusione delle idee giuridiche italiane è stata tanto più vivace e cospicua quanto più facile è stato l'accesso alle opere di riferimento. La traduzione di opere giuridiche italiane inerenti alla disciplina del contratto³⁴ come anche alla figura del danno morale³⁵, o più ampiamente allo studio del diritto civile³⁶ e di quanto ad esso pertiene nella prospettiva della legalità costituzionale³⁷, hanno svolto un ruolo fon-

³³ G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea*, cit., pp. 149-168.

³⁴ La traduzione in Colombia di C.M. BIANCA, *Derecho civil. El contrato*, cit.

³⁵ La traduzione in Colombia di R. SCOGNAMIGLIO, *El daño moral*, Bogotá, 1961 e di ID., *Teoría del contrato*, Bogotá, 1979, tutte e due a cura di F. Hinestrosa.

³⁶ La traduzione in Colombia di L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, a cura F. Hinestrosa, Bogotá, 1992.

³⁷ La traduzione in Brasile di P. PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade con-*

damentale per la circolazione e la diffusione delle idee giuridiche italiane nei diversi contesti culturali dell'America Latina. È un'attenzione viva anche grazie alle nuove prospettive europee del contratto³⁸, che offrono ai giuristi latinoamericani attenti all'armonizzazione del diritto dei contratti in America Latina uno strumento di facile accesso e di efficace dialogo con l'esperienza europea.

Il giurista italiano è stato finora uno dei giuristi con la 'G' maiuscola in America Latina. Le ragioni di questa centralità della dottrina italiana sono duplici e strettamente connesse. Anzitutto si deve evidenziare che la dottrina di per sé assume nel sistema giuridico latinoamericano un'importanza maggiore rispetto a quella rivestita dalla giurisprudenza e dal legislatore. Invero, la peculiarità latinoamericana della teoria dei formanti giuridici individua nel giurista il depositario specifico della lingua comune del sub-continente³⁹.

In realtà, la dottrina in America Latina assume un valore normativo, o quanto meno si riappropria di uno spazio formante più vasto rispetto allo spazio normalmente attribuito alla scienza nel sistema cosiddetto di *civil law*. Vale a dire che la dottrina latinoamericana influenza la produzione di principi e di regole, tanto per via di legislazione quanto per via giudiziale. In America Latina, come già si è avuto modo di evidenziare in altre circostanze, la sostanziale unità

stitucional, cit., (su cui cfr. anche E.R. GRAU, *Resenha do livro. O direito civil na legalidade constitucional*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 10, 2002, pp. 227-230), la cui risonanza non è stata limitata dalla promulgazione del nuovo codice civile brasiliano del 2002, che di fatto avrebbe accolto e fatti propri i principi e le regole costituzionali inerenti alle persone e agli atti in cui si estrinseca l'agire dei privati, in quanto la dottrina del diritto civile costituzionale rappresenta al tempo un metodo della scienza giuridica brasiliana e una «interpenetração» tra le sfere del diritto pubblico e del diritto privato (cfr. L.E. FACHIN, *A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil constitucional no Brasil*, in AA.VV., *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*, a cura di G. Tepedino, Rio de Janeiro, 2008, p. 13).

³⁸ Da ultimo il *Codice europeo dei contratti*, coordinato da G. Gandolfi, è stato tradotto prima in spagnolo (cfr. *Anteproyecto código europeo de contratos. Estudio preliminar*, tr. a cura di C. Brizzio, in *La Ley*, 1999-C, p. 985 ss.; *Código europeo de contratos*, a cura di J.L. de los Mozos e A. Luna Serrano, in *Rev. respons. civ. segur.*, 2007, pp. 69-117), successivamente anche in portoghese (*Código europeo do contratos*, a cura di N. Posenato, P. Nalin, Curitiba, 2008).

³⁹ È ormai noto che la peculiarità latinoamericana della teoria dei formanti giuridici (su cui in sintesi cfr. S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore*, cit., pp. 10-12) richiama il giurista come depositario specifico della lingua comune del sub-continente (su cui cfr. H.-A. STEGER, *Universidad de abogados y universidad futura*, in *Diritto romano e Università dell'America Latina, volume speciale di Index*, 4, 1973, p. 59 ss., a cui aderisce S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, rist. accr., 1999, p. 49).

della cultura giuridica, oltre che naturalmente della tradizione giuridica, indica un sistema fondato sulla centralità dell'opinione dottrinale, che è scienza e fonte in relazione a qualsiasi espressione di giuridicità, tanto che non è difficile desumere da un'attenta analisi ricostruttiva delle principali esperienze latinoamericane di tutela del consumatore, come la dottrina non solo abbia 'formato' il modello connesso alla singola disciplina nazionale, ma anche abbia 'trainato' gli altri formanti verso le posizioni sviluppate come conseguenza della formazione del modello stesso⁴⁰.

3.3. *Le cause storiche e le prospettive attuali*

L'egemonia dottrinale italiana in America Latina è stata mossa anche da ragioni storiche che hanno favorito di per sé una giuntura salda della dottrina italiana con i contesti giuridici di quell'area. Un illustre civilista colombiano in una relazione, sulla circolazione del diritto civile italiano in America Latina, tenuta qualche anno fa in Italia presso il Consiglio Nazionale Forense, e purtroppo mai pubblicata, aveva rimarcato puntualmente la profonda ammirazione e il lungo dialogo che legava i giuristi latinoamericani con quelli italiani⁴¹.

Ancora prima uno tra i più attivi osservatori italiani, delle vicende giuridiche e sociali del Nuovo Mondo, aveva rivelato come nel secolo scorso, per le note e tristi leggi razziali, diversi giuristi italiani emigrati in quell'area avessero creato delle rinomate scuole di gius-commercialisti, processualisti, civilisti, gius-filosofi in America Latina⁴²: in altre parole, si potrebbe dire, delle scuole che hanno funto da 'ripetitori' del modello scientifico italiano. Anzi, talvolta più che

⁴⁰ Il ruolo precipuo che riveste la dottrina latinoamericana è emerso già nel corso di due più ampie ricerche, in riferimento all'individuazione delle regole in tema di responsabilità civile (cfr. S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore*, cit., p. 13), e in relazione al rinvio alla figura del buon padre di famiglia quale criterio d'imputazione della colpa del debitore (cfr. EAD., *La colpa del debitore nell'inadempimento dell'obbligazione tra codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Napoli, 2012).

⁴¹ Si vuole fare richiamo alla relazione di F. HINESTROSA, *Influencia del derecho italiano en el derecho colombiano de los contratos*, svolta per il Seminario di studi del CNF su *'Il diritto contrattuale nell'America Latina e il modello giuridico italiano'*, Roma, 9 novembre 2006.

⁴² Cfr. M. LOSANO, *L'emigrazione dei giuristi milanesi nella Montevideo d'anteguerra*, in *Riv. trim. dir. proced. civ.*, 53, 1999, p. 218 ss., e ID., *L'emigrazione universitaria europea nell'archivio privato di Eduardo J. Couture (1904-1956) a Montevideo*, in MARIO LOSANO, M. ROSTI, M. VAREJÃO, *Relazioni al Congresso «America Latina: un altro occidente»*, in Quaderni della Sezione di teoria generale e informatica del diritto, Dipartimento Giuridico-Politico, 13, Milano, 2000, pp. 18-24, ove si richiamano i percorsi accademici di Ascarelli, Liebman, Cosentini, Treves.

di 'ripetitori' si può parlare di 'incubatori' di nuove istanze: basti richiamare come esempio la tutela degli interessi ultraindividuali che trova uno dei cardini scientifici nella traduzione in portoghese del pensiero di Cappelletti a proposito dell'«accesso alla giustizia»⁴³, per cui l'Autore italiano costituisce uno dei giuristi più citati in argomento in Brasile.

Anzi, al giurista fiorentino va il merito di aver formato un'intera generazione di processualisti brasiliani, che ne hanno sviluppato l'insegnamento e che non hanno mancato di sottolineare come quest'influenza processualistica italiana emerga palesemente, ad esempio, nello spirito della legislazione brasiliana di difesa del consumatore, e precisamente nel titolo inerente alla difesa (l. 8078, tit. III), dove prevale un'idea di accesso alla giustizia in senso ampio⁴⁴.

Nel *código de defesa do consumidor* non vi si tratta soltanto la difesa processuale *stricto sensu*, con le eccezioni opposte dal consumatore, ma qualsiasi attività da questi svolta in giudizio, sia nella posizione di convenuto, sia in quella di attore, a titolo individuale o per il tramite delle persone ed enti legittimati alle azioni collettive. Trattasi dunque della tutela giudiziaria dei diritti ed interessi del consumatore: con tale espressione non si vuole aderire alla teoria dell'azione come diritto concreto (diritto alla sentenza favorevole), ma si intende manifestare l'idea dell'accesso alla giustizia, nel suo senso più ampio⁴⁵.

Proprio per questo, il legislatore brasiliano si è preoccupato della effettività del processo destinato alla protezione del consumatore, onde facilitarne l'accesso alla giustizia. Ciò imponeva, da una parte, il rafforzamento della posizione del consumatore in giudizio sino ad allora isolata e debole, di fronte alla controparte che non è, come lui un li-

⁴³ Il riferimento è a M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 11, 1975, pp. 361-402, tradotto poi in portoghese ID., *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, in *Rev. proc.*, 2, 1977, pp. 129-159.

⁴⁴ In modo particolare: A. PELLEGRINI GRINOVER, *Il nuovo processo brasiliano del consumatore*, in *Riv. dir. process.*, 46, 1991, p. 1059 ss.).

⁴⁵ Sul tema emerge chiaramente l'influenza della produzione scientifica di Cappelletti (in modo particolare del saggio *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, cit.) e della sua scuola (V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano, 1979), che sono ampiamente richiamati dagli autori del codice (cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, 2006, pp. 703, 706 e 708), che già in altre sedi avevano sviluppato la dottrina del processualista italiano (cfr. K. WATANABE, *Acesso à justiça e sociedade contemporânea*, in AA.VV., *Participação e processo*, a cura di A. Pellegrini Grinover, C.R. Dinamarco, K. Watanabe, Rio de Janeiro, 1988, pp. 128-135; A. PELLEGRINI GRINOVER, A.C. DE ARAÚJO CINTRA, K. WATANABE, *Teoria geral do processo*, 7ª ed., São Paulo, 1990, pp. 222-223).

tigante meramente eventuale, ed esigeva un nuovo modo di affrontare la *par condicio* e l'equilibrio delle parti, che non venissero garantite sul solo piano formale; d'altra parte, richiedeva la strutturazione di nuove tecniche processuali che, allargando l'ambito delle azioni collettive previste dal sistema, si prestassero effettivamente alla agevolazione dell'accesso alla giustizia ed alla trattazione collettiva delle pretese individuali, che avrebbero altrimenti goduto di ben poche possibilità, nel loro aspetto isolato e frammentario⁴⁶.

Cappelletti, Bianca, Busnelli, Perlingieri hanno avuto insomma un ruolo significativo sullo sviluppo della dottrina consumeristica in America Latina, in quanto hanno offerto apporti fondamentali alla contestualizzazione della 'logica della persona' e della 'logica del mercato', affinché la prima prevalga sempre sulla seconda⁴⁷. Invero, i Paesi latinoamericani, raccogliendo le esigenze, le indicazioni, le sollecitazioni, che provengono da una società civile evoluta e in fase di operosa trasformazione, hanno predisposto un'adeguata tutela del consumatore, che ha consentito a quegli ordinamenti di rimanere in linea con la *ratio* generale del loro sistema civile e costituzionale⁴⁸, per il quale la persona umana, supremo valore di diritto, va tutelata definendo nel modo più esteso ed esauriente possibile i diritti basilari che la caratterizzano⁴⁹.

⁴⁶ Sul punto cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER, *Da defesa do consumidor em juízo*, in *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, cit., p. 703 ss.

⁴⁷ Sulla inderogabilità delle relazioni di mercato alle direttrici della solidarietà sociale cfr. J. MARTINS COSTA, *Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo*, in AA. VV., *A reconstrução do direito privado*, São Paulo, 2002, p. 613 ss. Sull'incidenza delle nuove costituzioni sull'evoluzione del rapporto persona-mercato cfr. I. GOLDENBERG, R. LÓPEZ CABANA, *Daño a la persona. De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona*, in L. ANDORNO (a cura di), *Daño y protección a la persona humana*, Buenos Aires, 1993, p. 173 ss.

⁴⁸ La comune appartenenza delle esperienze giuridiche latinoamericane alle 'scuole latine' di diritto pubblico, ha determinato, rispetto alle esperienze giuridiche appartenenti alle 'scuole germaniche', non solo un'efficace prevalenza di attenzione verso i diritti della personalità ed i diritti civili e politici, ma anche un'efficace predisposizione verso un sistema di garanzie a favore dei diritti delle persone: il tema è sviluppato da G. LOBRANO, *Modelo y constitucionalismo modernos (anotaciones en torno al debate juspublicístico contemporáneo con especial referencia a las tesis de Juan Bautista Alberti y Vittorio Emanuele Orlando)*, tr. di J. Fuquen Corredor, Bogotá, 1990; ID., «Modello romano» e «costituzionalismo latino», in *Teoria del diritto e dello Stato. Riv. eur. cult. sci. giur.*, 2007, p. 222 ss., ove si prendono in considerazione i caratteri e le peculiarità del diritto pubblico latinoamericano in relazione ai concetti di 'popolo' e 'persona' da cui muovono le costituzioni di quell'area.

⁴⁹ Si tratta di una delle prospettive che afferiscono alla necessità di regolare il

Se è vero comunque che l'apporto della dottrina italiana in America Latina è stato significativo, è altrettanto vero che il peso dell'apporto stesso è tuttavia cambiato recentemente, in quanto sino allo sviluppo delle direttive europee la circolazione dei modelli passava soprattutto attraverso l'assimilazione di influenze dottrinali e giurisprudenziali, ed era quindi assoggettata ai ritmi lenti dell'elaborazione culturale, ossia filtraggi gradualmente e sedimentazioni successive.

Da quando il fattore dominante della circolazione del modello consumeristico europeo non è più il lavoro intellettuale, ma la decisione politica incorporata nelle direttive, il ritmo e l'influsso del modello scientifico italiano è cambiato: la trasposizione dei modelli tratti da un ordinamento nelle direttive, immette indirettamente anche nelle esperienze latinoamericane modelli stranieri con ritmi ben più accelerati e sincopati, rispetto a quelli delle tradizionali forme di circolazione dottrinale⁵⁰.

Un esempio di questa immissione indiretta si coglie nell'esperienza giuridica peruviana, dove è stata promulgata nel 2010 una nuova legge sulla figura del consumatore (il *código de protección y defensa del consumidor*), che proprio in riferimento alle clausole abusive si rivela debitrice del modello italiano, che a sua volta è debitore della direttiva europea 93/13, e questa a sua volta appare debitrice di un modello tedesco⁵¹. Il legislatore peruviano ha predisposto infatti una 'li-

rapporto tra 'persona' e 'mercato' su cui cfr. J.W. TOBIÁS, *Persona y mercado*, in *La Ley*, 2012-B, p. 640, che individua nel comune rango costituzionale dei principi inerenti alla libertà di iniziativa economica privata e alla supremazia della persona una nuova modalità di intervento dello Stato nell'economia.

⁵⁰ La supremazia delle fonti politico-legislative su quelle dottrinali (cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Il modo di formazione della legislazione europea di diritto privato: un laboratorio comparatistico*, in AA.VV., *Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto, responsabilità civile, private*, a cura di R. Pardolesi, Napoli, 1995, p. 15) per un verso ha determinato una competizione tra modelli e la nascita di modelli di compromesso (così G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea*, cit., p. 162 ss.), per un altro verso ha incrementato una frenesia legislativa a livello nazionale che in tema di consumo riflette il pericolo di una mole di testi legali avulsivi, isolati e frammentari (cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Harmonização legislativa e protecção do consumidor (a propósito do Anteprojecto do código do consumidor português)*, in AA.VV., *Direito civil contemporâneo*, cit., p. 116).

⁵¹ Con riferimento all'individuazione delle clausole abusive il legislatore italiano ha dovuto mediare tra diverse tendenze: a) quella di matrice comunitaria dove la definizione generale consente al giudice di effettuare un apprezzamento della vessatorietà della clausola (art. 33, 1 c.cons.); b) quella della c.d. lista grigia per la quale alcune clausole si desumono vessatorie salva la dimostrazione della prova contraria (art. 33 2 c.cons.); c) quella della cd. lista nera per cui alcune clausole sono considerate vessatorie e non è possibile fornire prova contraria (art. 36, 2 c.cons.); d) infine quella delle cd. nullità di protezione, sviluppate dal formante dottrinale ed ac-

sta nera' e una 'lista grigia' per disciplinare rispettivamente le clausole di «inefficacia assoluta» (art. 50) e le clausole di «inefficacia relativa» nei contratti inerenti ad una relazione di consumo⁵².

A questo punto, in risposta ai quesiti che hanno ispirato il presente lavoro, emerge come non sia affatto possibile parlare in senso stretto di un *transplant* del modello consumeristico italiano⁵³: l'importazione/esportazione di modelli giuridici non riguarda il diritto del consumatore né italiano né latinoamericano, che invece si caratterizza per un dialogo della scienza giuridica ad ampio raggio⁵⁴.

4. *Armonizzazione latinoamericana della tutela del consumatore e dialogo italo-latinoamericano. La ley marco de defensa del usuario y consumidor del Parlatino*

Se l'analisi del tema ha condotto a questa conclusione per quanto concerne la circolazione del modello legislativo e scientifico italiano nelle esperienze nazionali latinoamericane, si deve peraltro porre attenzione alla circolazione del modello stesso nel quadro dell'armonizzazione e dell'unificazione del diritto del consumatore per l'America Latina. Invero, il problema della difesa del consumatore è stato

colte nel codice del consumo (art. 36 c.cons), che comportano l'inefficacia della clausola solo nel caso in cui la sanzione stessa operi a favore del consumatore.

⁵² Sul tema si rinvia a J. ESPINOZA ESPINOZA, *Código de protección y defensa del consumidor: análisis de su contenido y efectos*, in *Actual. jur.*, 202, 2010, p. 15 ss., che puntualmente evidenzia una incongruenza tra l'art. 52.1 del nuovo codice del consumatore e l'art. 1398 del codice civile peruviano, dove non si pone una differenza tra potere giudiziale (in grado di rendere inefficace le clausole) e potere amministrativo (in grado di escluderne l'applicazione), così come avviene viceversa nel primo codice, ma si prevede come unica forma di risposta la nullità delle clausole stesse.

⁵³ Tuttavia è opportuno avere consapevolezza di un *transplant* in senso ampio, in quanto anche il tentativo d'importazione apparentemente senza esiti di un modello giuridico può portare con sé di riflesso una pluralità di altri fattori (terminologia, concetti, ragionamento giuridico, soluzioni dottrinali etc.), che possono incidere sull'assetto del modello per il quale si tenta l'importazione stessa (in argomento cfr. M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoret. Inq. Law*, 10, p. 693 ss. e in modo particolare p. 711).

⁵⁴ Al riguardo si rinvia a G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea*, cit., p. 290, le cui osservazioni, benché circoscritte al contesto europeo, rimarcano la presenza di un '*legal discourse*' tra le diverse esperienze giuridiche consumeristiche, che non si limita a considerare le regole giuridiche e non produce solamente imitazioni/sovrapposizioni meccaniche di modelli, ma che include categorie logiche ed elaborazioni concettuali e argomentative che spiegano le soluzioni giuridiche e le rendono apprezzabili presso altre culture.

colto nel sub-continente nella sua dimensione sovranazionale, anche se in questo ambito non ha rivestito finora un interesse cruciale da parte della scienza giuridica⁵⁵.

Eppure, l'indagine svolta con riferimento alla prospettiva di una disciplina sovranazionale per la difesa del consumatore nel MERCOSUR ha evidenziato come la prospettiva stessa possa giovare di una solida base comune, composta da elementi concettuali e normativi diffusamente condivisi tra le singole esperienze nazionali, i quali rappresentano non altro che il risultato di una sintonia di 'vedute' tra i diversi formanti giuridici dei Paesi di quell'area. Conseguentemente, anche solo in ragione di un confronto meramente normativo delle esperienze nazionali del MERCOSUR con quelle degli altri Paesi latinoamericani, si diviene consapevoli di come sia possibile estendere la prospettiva di una disciplina sovranazionale non ad una singola area sub-regionale, ma a tutti i Paesi dell'America Latina⁵⁶.

La possibilità menzionata, o meglio la sua realizzabilità sul piano sostanziale, è rimessa al lavoro della dottrina, non solo in ragione delle difficoltà a procedere attualmente ad una unificazione autoritativa, che viceversa necessiterebbe di un apparato burocratico ed istituzionale sovranazionale, ma anche in considerazione del ruolo svolto dalla scienza giuridica latinoamericana per l'armonizzazione e l'unificazione del diritto in quella parte del continente.

⁵⁵ È ovvio che una regolamentazione unitaria in materia di difesa del consumatore appaia attualmente carente sul piano del dato normativo verificabile, a causa delle difficoltà legate alla formazione di una struttura istituzionale e giurisdizionale a carattere sovranazionale. Difficoltà che ancora prima sono presenti perfino in quei contesti sub-regionali dell'America Latina, quale ad esempio il MERCOSUR e il Gruppo Andino, dove comunque la soluzione dovrebbe essere orientata dalla volontà preliminare di costituire tra i rispettivi Paesi membri, al di là di un «mercato comune», una vera «comunità sovranazionale», come ad esempio è avvenuto nell'Unione Europea. Tutto ciò non toglie però che attualmente anche in America Latina l'aspirazione ad un diritto sovranazionale per la tutela del consumatore si collochi compiutamente nel processo di de-nazionalizzazione di taluni settori del diritto.

⁵⁶ Si è oramai consapevoli del fatto che la tutela del consumatore se elaborata solo come una disciplina nazionale, può funzionare come una barriera, o meglio come una barriera non-doganale, alla libera circolazione di prodotti e servizi in un'area che, viceversa, si prospetta/auspica come di libero commercio e di futuro mercato comune. Infine, si deve prendere coscienza anche di alcuni ulteriori fattori che, seppure non strettamente giuridici, determinano le scelte operate dai consumatori ed influenzano le risposte fornite dal 'mercato' alle loro esigenze: le difficoltà causate dalle disparità in materia di rendita pro-capite e prodotto interno lordo delineano in ciascun Paese latinoamericano un profilo differente di scelte ed esigenze legate al consumo, ed alimentano inevitabilmente una produzione di prodotti e servizi con gradi di sicurezza e qualità che sono condizionati dai diversi contesti di esportazione.

In modo particolare, si vuole fare riferimento alla elaborazione da parte della dottrina di ‘*códigos-tipo*’ o ‘*códigos-modelo*’ utili all’unificazione in America Latina di singoli istituti giuridici, o più generalmente di alcune branche del diritto. L’esigenza di riunire in un unico corpo normativo l’insieme di regole valide per quella parte del continente risponde, infatti, ad un processo avviatosi da tempo in quei Paesi ed attualmente in via di pieno sviluppo, anche con riferimento alla tutela del consumatore. In questo ambito si possono ricordare il *proyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*⁵⁷, per la sua influenza seppure indiretta e/o parziale sulla disciplina della relazione di consumo, e soprattutto la recente *ley marco de defensa del usuario y consumidor* del c.d. *Parlatino*⁵⁸.

La legge menzionata è stata approvata il 4 maggio 2006 dalla *Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor* del Parlamento Latinoamericano, tra i cui propositi rientra specificamente quello di promuovere lo studio e lo sviluppo del processo di integrazione e di armonizzazione del diritto dell’America Latina, per la costituzione della *Comunidad Latinoamericana de Naciones*.

Sembra fuori discussione che una normativa a carattere sovranazionale abbia diversi pregi, se non altro: a) consentirebbe di trattare in modo unitario un problema comune alle singole esperienze giuridiche latinoamericane; b) potrebbe colmare le lacune di certe legislazioni nazionali soprattutto in tema di difesa degli interessi collettivi in giudizio, di commercio elettronico, di responsabilità dei *proveedores* e, correlativamente, di tipizzazione delle cause esimenti; c) consentirebbe di limitare per ragioni di equità e di giustizia, in un mercato sempre più globalizzato, differenziazioni tra i destinatari finali di un prodotto o di un servizio a seconda che essi siano consumatori ‘interni’ o consumatori ‘esterni’ ad un determinato confine nazionale; d) infine, non da ultimo, consentirebbe di promuovere e incentivare un ambiente legale comune per la facilitazione di un ‘mercato unico latinoamericano’, e ciò evidentemente si rivela possibile solo allorquando i legislatori nazionali vogliano rinunciare al privile-

⁵⁷ Sembra interessante riferire nel quadro del dialogo italo-latinoamericano della scienza giuridica che l’idea e le prime discussioni sul *código modelo de procesos colectivos para iberoamérica* hanno preso piede in Italia, su *input* del giurista brasiliano Antonio Gidi, nell’ambito di un Seminario internazionale, organizzato dal Centro Studi Giuridici Latinoamericani, dall’Istituto Italo-Latinoamericano, e dall’Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (per un’analisi specifica sul codice cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER, K. WATANABE, L. MULLENIX, *Os processos coletivos nos Países de civil law e common law*, 2^a ed., São Paulo, 2011).

⁵⁸ Per il testo della legge cfr. www.parlatino.org/es/comisiones-permanentes/servicios-publicos-y-defensa-del-usuario-y-el-consumidor/proyectos-y-publicaciones/333.html.

gio dell'impermeabilità dei rispettivi ordinamenti e alla cessione di quote di sovranità, che è la base della filosofia insita non solo alla creazione delle organizzazioni internazionali regionali, ma anche ai processi di unificazione e di armonizzazione del diritto⁵⁹.

Un ragionamento sui possibili riflessi connessi all'elaborazione di una legge-tipo per la tutela del consumatore in America Latina sembra suscitare due rilevanti questioni finali, ossia: l'individuazione dei contenuti inerenti al diritto del consumatore in quella specifica area giuridica, e la latinoamericanizzazione o meno del diritto del consumatore.

Per quanto concerne la prima questione, l'analisi delle singole esperienze nazionali, svolta nella prospettiva di uno studio sull'unificazione del diritto del consumatore, mette in risalto nell'insieme la presenza di alcuni nodi fondamentali della disciplina in questione, che in questa sede interessano per il loro confronto con l'esperienza italiana di tutela del consumatore.

In sintesi tra i nodi menzionati emerge anzitutto la concettualizzazione degli elementi soggettivi ed oggettivi della relazione di consumo, nonché l'enucleazione dei diritti fondamentali del consumatore, così come il richiamo ad alcuni principi generali del diritto intesi nello specifico come principi generali della disciplina a tutela della figura medesima. Si tratta di elementi cruciali alla disciplina di consumo su cui la *ley marco* del Parlatino si sofferma ampiamente, ponendosi in linea con le caratteristiche delle legislazioni latinoamericane e innovando in alcuni casi le stesse, così come il codice del consumo italiano⁶⁰.

Anche la regolamentazione dei meccanismi di controllo precedenti alla nascita della relazione di consumo, e in modo particolare tutto

⁵⁹ Emerge un obiettivo 'strumentale' più che 'autosufficiente' per la realizzazione del mercato unico da parte della normativa a carattere sovranazionale per la tutela del consumatore. L'obiettivo stesso è già stato sottolineato puntualmente con riferimento al contesto europeo; si rinvia a P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 283 ss., e in modo particolare p. 288.

⁶⁰ In ambito definitorio sembra meritevole di menzione la previsione dell'art. 4 della *ley marco*, che è riferito al 'consumo sostenibile' («aquele ato de consumo destinado a satisfazer as necessidades humanas, realizado sem prejudicar, danificar ou afetar sensivelmente a qualidade do meio ambiente e a sua capacidade de dar resposta às necessidades das gerações presentes e futuras»), dove in prospettiva precauzionale si richiamano i legislatori nazionali e la collettività a ponderare le 'esigenze della persona' con le 'esigenze del medio ambiente'. Benché in maniera meno esplicita, anche il codice del consumo italiano prevede un principio precauzionale di integrità e salvaguardia dell'ambiente (cfr. art. 30).

ciò che concerne la pubblicità e l'offerta dei beni e servizi, è ampiamente disciplinato⁶¹. Nella *ley marco* manca invece la previsione di norme-tipo riferite sia alla disciplina delle trattative preliminari sia ai contratti celebrati fuori dei locali commerciali (per fax, telefono, internet, porta a porta etc.)⁶².

La previsione di queste norme-tipo, che si registra nel modello legislativo italiano⁶³, ma che è ancora approssimativa nella maggior parte delle legislazioni consumeristiche latinoamericane⁶⁴, sembra meritevole di particolare attenzione per due ordini di ragione. Per un verso, consentirebbe di proteggere il «consumidor» in relazioni che sono caratterizzate da uno squilibrio, tra le sue forze (tecniche, giuridiche, informative) e le forze del «fornecedor», e quindi consentirebbe di accogliere le elaborazioni scientifiche già maturate al riguardo dalla scienza giuridica latinoamericana⁶⁵.

Per un altro verso, consentirebbe di stabilire regole comuni a vocazione sovranazionale per prevenire eventuali controversie (legate, ad esempio, al luogo dell'adempimento, al giudice competente e al diritto applicabile) in tutti quei contratti (come ad esempio quelli elettronici o per corrispondenza) che nell'area latinoamericana presentano un carattere trans-nazionale.

A fronte di queste lacune, nella prospettiva armonizzativa promossa dal Parlatino, ha suscitato invece una significativa attenzione la difesa del consumatore dall'uso di prodotti o servizi rischiosi e/o pericolosi, con particolare riguardo ai problemi connessi alla respon-

⁶¹ Cfr. artt. 6-21.

⁶² I contratti celebrati fuori dai locali commerciali ricevono una menzione implicita solo in relazione al 'diritto al ripensamento' («direito de retratação», art. 24) che è riconosciuto al consumatore per questa specifica tipologia contrattuale. La disciplina dei contratti stessi, che esula dalla *ley marco de defensa del usuario y consumidor*, probabilmente in ragione di una prospettiva di tutela 'minimale' di quest'ultima, è tuttavia al centro di uno studio specifico promosso recentemente dal Parlatino, per l'elaborazione di un *anteproyecto de ley marco sobre comercio electrónico*, che nel momento in cui si dà alla stampa il presente lavoro ancora non risulta noto per le vie ufficiali.

⁶³ Nel codice del consumo italiano vengono disciplinati sia i contratti celebrati fuori dai locali commerciali (artt. 45-49) sia i contratti a distanza (artt. 50-61).

⁶⁴ Tra le legislazioni latinoamericane più avanzate, tra cui quella brasiliana (l. 8078/90) e quella peruviana (l. 29571/2010), manca un apparato normativo di riferimento per i contratti elettronici che coinvolgono la figura del *consumidor*. In alcune esperienze giuridiche, come quella argentina, la dottrina estende la norma sui contratti per corrispondenza (art. 33 l. 24240) ai contratti conclusi via internet, al fine di sottomettere quest'ultimi alla disciplina a difesa della figura in questione.

⁶⁵ In relazione ai caratteri salienti da cui muove la necessità di tutela del *consumidor* nel contesto latinoamericano si rinvia a S. LANNI, *América Latina e tutela del consumatore*, cit., p. 379 ss.

sabilità del *fornecedor* ed al risarcimento dei danni di massa⁶⁶, così come la difesa del consumatore nell'ambito processuale e, quindi, la previsione sia degli interessi individuali e collettivi sia dei soggetti legittimati ad agire a tutela degli interessi stessi⁶⁷.

Sono temi che per ovvie ragioni in questa sede è possibile solo richiamare. Al di là dei contenuti propri della disciplina a tutela del consumatore, l'elaborazione di una legge-tipo, o di un codice-tipo, può rispondere ad un'altra esigenza che, per la sua stretta correlazione all'auspicato processo di armonizzazione del diritto, appare nodale e pertanto meritevole di considerazione.

Si vuole fare richiamo alla seconda delle questioni summenzionate, ossia la 'latinoamericanizzazione del diritto del consumatore', in quanto l'elaborazione di una disciplina comune a carattere sovranazionale, che in un primo momento sarebbe parallela alle singole discipline nazionali, ma che potrebbe essere preferita alle stesse, deve fare tesoro del frutto delle singole esperienze latinoamericane di tutela del consumatore e, viceversa, deve essere difesa da una eventuale latinoamericanizzazione delle esperienze (normative, dottrinali o giurisprudenziali) europeo-nordamericane.

Invero, solo una precisa latinoamericanizzazione del diritto del consumatore può condurre le esperienze dei diversi ordinamenti latinoamericani per un verso a conservare la *ratio* costituzionale e la coerenza sistematica a cui sono sottese le singole discipline nazionali, per un altro verso a confrontarsi nel contesto attuale con le vicissitudini dei grandi sistemi giuridici contemporanei. È necessario dunque che la conoscenza delle singole esperienze latinoamericane di tutela del consumatore non sia la conseguenza ma il motore dell'armonizzazione e dell'unificazione del diritto del consumatore in America Latina.

Concludendo, la circolazione del modello italiano di tutela del

⁶⁶ Si prevede una responsabilità civile e amministrativa del *fornecedor* (cfr. artt. 31-49). La responsabilità civile è solidale (tra tutti i soggetti della catena di produzione/distribuzione). Il criterio d'imputazione della responsabilità civile è oggettivo *tout court*. Nella *ley marco* manca la predisposizione di cause esimenti, così come viceversa avevano già disciplinato il legislatore brasiliano (art. 12, § 3 e 14, § 3 della l. 8078) e quello argentino (art. 40 della l. 24240). I diversi riferimenti che offre al riguardo il codice del consumo italiano in tema di impossibilità della prestazione (art. 93), imputazione al consumatore della mancata o inesatta esecuzione del contratto (art. 96), limitazione della responsabilità del produttore (art. 118) suggeriscono ulteriori strumenti di riflessione per un dialogo ancora aperto.

⁶⁷ Si tratta di poche norme (artt. 50-56), che benché essenziali nel quadro di una *ley marco* sulla tutela del consumatore, appaiono poco attente agli sviluppi maturati sul tema dalle legislazioni latinoamericane più all'avanguardia, così come dalla dottrina consumeristica latinoamericana.

consumatore in America Latina procede su due fronti: quello legislativo, che ha tuttavia prodotto nell'elaborazione delle normative latinoamericane un influsso pressoché irrilevante; e quello dottrinale, che viceversa ha alimentato un dibattito italo-latinoamericano vivo e fecondo, che pertanto sembrerebbe del tutto auspicabile estendere alla prospettiva sovranazionale di una tutela latinoamericana del consumatore.

ROBERTO SUCCIO

Lo scudo fiscale (Tax Shield) tra condono e Tax Amnesty

SOMMARIO: 1. Premessa e collocazione dell'oggetto di studio. - 1.1 La previsione normativa italiana. - 1.2 Definizione della fattispecie in esame. - 2. I singoli paesi extraeuropei. - 2.1 Sud Africa. - 2.2 Argentina. - 2.3 Canada. - 2.4 Stati Uniti. - 2.5 India. - 2.6 Nuova Zelanda. - 3. Conclusioni.

1. Premessa e collocazione dell'oggetto di studio

Ritengo preliminare la ricerca di una sorta di giustificazione del tema che mi è stato assegnato: perché lo scudo fiscale?

Probabilmente potrei rispondere che la ragione di interesse, per il comparatista, risiede nel fatto che si tratta di un modello legislativo che viene con successo 'esportato' dall'Italia.

Perché ha origine in Italia? Perché è in Italia che si verificano le condizioni per la sua ideazione e applicazione:

- forte tendenza all'evasione e all'elusione¹;
- fuga di capitali verso l'estero
- crisi finanziaria.
- necessità per l'amministrazione finanziaria di ottenere informazioni per la lotta all'evasione e elusione, in particolare riguardo la consistenza e la collocazione dei patrimoni dei singoli contribuenti.

Lo scudo risponde – invero con una sua eccentricità – e originalità – a queste esigenze.

Sicuramente, d'altra parte, esso consiste anche in un condono² (an-

¹ Si legga sul tema M.G. ALLINGHAM, A. SANDMO, *Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis*, in *J. Publ. Econ.*, 1972, p. 323 ss.

² Si leggano per gli approfondimenti anche comparatistici: J. BURKHARD, *Sinnhaftigkeit und Probleme des Gesetzes über die strafbefreiende Erklärung*, in *Steuerstraftrecht*, ottobre 2003, p. 371; J. KLENGEL, *Das Strafbefreiungserklärungsgesetz. Stolpersteine auf der Brücke in die Steuerehrlichkeit*, in *Betriebs-Berater*, ottobre 2003, p. 2094; M. LANG, J. HERDIN, *Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für*

che se ha caratteri ulteriori di specialità): ha l'effetto di rendere conforme a legge ciò che si presume esser contrario³, liberando il contribuente da ogni obbligo tributario con il pagamento di una somma assai minore dell'imposta ordinariamente prevista (il 2,5% o il 4% in luogo del 43%).

È quindi la possibilità legislativamente garantita ai contribuenti di versare un'imposta predeterminata sul reddito o il patrimonio dietro corrispondente rinuncia dello Stato ad applicare sanzioni e richiedere interessi, oltre che a rinunciare all'azione penale – o a garantire comunque la irrilevanza penale delle condotte anteriormente poste in essere – e a garantire al contribuente per un determinato periodo d'imposta il non assoggettamento a verifica fiscale (e la irrilevanza tributaria delle violazioni alla norma tributaria che dovessero emergere in corso di verifica relativi a quei periodi d'imposta).

In determinati casi, viene così definita anche la previsione normativa di una facoltà del contribuente di dichiarare beni non precedentemente dichiarati al fisco, quindi sottratti all'imposizione, e di adempiere a ogni obbligo violato semplicemente con il versamento di una somma *una tantum*. Generalmente, provvedimenti legislativi di questo tipo prevedono un termine entro il quale il contribuente è tenuto a dichiarare quanto precedentemente non dichiarato, e soprattutto a versare quanto ora dovuto per l'estinzione di ogni pregressa pendenza.

In alcuni casi, in altri ordinamenti, tali provvedimenti sono contenuti non in leggi *ad hoc*, ma in previsioni generali che semplicemente consentono al contribuente che non abbia subito iniziative accertative, quali l'esser stato già sottoposto a verifica fiscale, di regolarizzare la sua posizione in precedenza irregolare secondo un percorso di *voluntary disclosure* al termine della quale verserà l'imposta ma non subirà l'applicazione di sanzioni né il processo penale.

In alcuni Stati, come gli USA, non sono mai stati adottati provvedimenti del primo tipo (non almeno dal governo federale, mentre ve ne sono di origine federata) ma da tempo sono in vigore sotto

'Steueramnestien', in *J. Rechtspoli.*, 2005, p. 52; H.J. PEZZER, *Die geplante Steueramnestie – ein gut gemeinter Schlag ins Wasser?*, in *Deut. Steuerz.* 20, 2003, p. 724; A. SILVESTRI, A. SCHMITZ, J. MALHERBE, *L'amnistie fiscale (Italie, Allemagne, Belgique)*, *Euredia* 2004, p. 471. Per le considerazioni relative al mancato rispetto di principi tributari costituzionali e comunitari, si leggano C. SACCHETTO, G. BIZIOLI, *Quei principi caduti sullo scudo*, in *www.lavoce.info* (consultato il 10 febbraio 2010).

³ G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, 2012, pp. 118-119; G. FALSITTA, *I condoni fiscali tra rottura di regole costituzionali e comunitarie*, in *Fisco*, 2003, p. 794 ss.; A. FANTOZZI, *Concordati, condoni e collette*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2003, p. 191.

forma di *programs*, quindi di procedimenti amministrativi negoziati, istituti del secondo tipo.

Un antecedente storico illustre di questi fenomeni si ritrova addirittura nella Stele di Rosetta, il primo documento che storicamente affronta questo tema; in esso si riportano cenni di una *tax amnesty* che fu prevista intorno al 200 A.C. in Egitto, in occasione di un'amnistia che ebbe come effetto la scarcerazione di un numero sensibile di carcerati dalle prigioni.

È evidente la finalità del provvedimento, diretto a controllare i movimenti civili di protesta sociale. Ma altri provvedimenti analoghi si ritrovano nell'Impero Romano, negli anni 401, 411, 434, 445, 450, and 458 B.C. Negli ultimi 30 anni sono numerosissime le nazioni che hanno introdotto provvedimenti di clemenza fiscale: il Belgio (1984, 2004); la Francia (1982, 1986); l'Irlanda (1988, 1993); naturalmente l'Italia (1982, 1984, 2002); la Spagna (1977); l'Austria (1982, 1993); l'Argentina (1987, 1995); la Colombia (1987); l'India (1981, 1997); il Venezuela (1996); Panama (1974); il Canada (1993); Puerto Rico (1988, 1991); la Finlandia (1982, 1984); la Nuova Zelanda (1988); il Portogallo (1981, 1982, 1986, 1988); anche la Russia (1993, 1996, 1997)⁴.

1.1. La previsione normativa italiana

Fondamento positivo dell'istituto è l'art. 13-*bis* del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, come modificato dall'art. 1 del decreto legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito dalla legge 3 ottobre 2009, n. 141 che detta disposizioni sul rimpatrio di attività finanziarie e patrimoniali detenute fuori del territorio dello Stato.

È una riedizione del d.l. n. 350 del 2001, prima versione dello scudo⁵.

⁴ Una panoramica ampia anche se non più aggiornata si ritrova in J. HASSELDINE, *Tax Amnesties: An International Review*, in *Bull. Internat. Fisc. Document.*, 7, 1998, p. 304.

⁵ Si veda in argomento la Circolare n. 85 del 2001 (vedila online su www.finanze.it) con la quale l'Agenzia delle Entrate fornisce chiarimenti relativi al decreto-legge 25 settembre 2001, n. 350, che ha previsto per la prima volta la possibilità di emersione delle attività detenute all'estero da parte di soggetti residenti in Italia. In sostanza, attraverso questo provvedimento, è consentito far rientrare in Italia denaro e attività di natura finanziaria (il cosiddetto 'rimpatrio'), oppure continuare a mantenere le proprie attività all'estero ('regolarizzazione'), corrispondendo una somma pari al 2,5% delle attività rimpatriate o regolarizzate oppure sottoscrivendo speciali titoli di Stato per un importo pari al 12% delle attività.

In particolare, la norma prevede al comma 1, la possibilità di far emergere le attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero al 31 dicembre 2008 e non dichiarate in violazione della normativa sul 'monitoraggio fiscale'⁶ di cui al decreto legge n. 167/1990, convertito dalla legge n. 227/1990⁷.

L'emersione comporta il pagamento di un'imposta sostitutiva e avviene con due modalità:

- a) il rimpatrio delle attività detenute in Paesi extra UE;
- b) il rimpatrio ovvero la regolarizzazione⁸ di quelle in essere in Paesi dell'Unione Europea e in Stati aderenti allo Spazio economico europeo.

Il successivo comma 3 prevede che il rimpatrio ovvero la regolarizzazione:

- si perfezionano con il pagamento dell'imposta e non possono in ogni caso costituire elemento utilizzabile a sfavore del contribuente, in ogni sede amministrativa o giudiziaria civile, amministrativa ovvero tributaria, con esclusione dei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del citato decreto 103/2009;
- non comportano l'obbligo di segnalazione di cui all'art. 41 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, c.d. 'normativa antiriciclaggio'⁹ relativamente ai rimpatri ovvero alle regolarizzazioni per i quali si determinano gli effetti di cui al comma 4, secondo periodo, dell'articolo 13 bis¹⁰.

Ai sensi del citato comma 4, l'effettivo pagamento dell'imposta:

- a) preclude qualsiasi accertamento tributario e contributivo sulle attività oggetto di emersione¹¹;
- b) estingue le sanzioni amministrative, tributarie, previdenziali e quelle relative al monitoraggio fiscale;

⁶ N. ARQUILLA, *L'agenzia delle entrate illustra la disciplina del monitoraggio fiscale*, in *Corr. trib.*, 38, 2010, p. 3125 ss.; BEGHIN M., B. SANTACROCE, M. POGGIOLI, G. AVITABILE, S. DI MARIA, R. S CALIA, A. GIGLIO, *Scudo fiscale e azione di contrasto ai paradisi fiscali*, Rimini, 2009.

⁷ Tali somme detenute all'estero si presumono ottenute e mantenute in evasione d'imposta. Si legga M. ANTONINI, *La presunzione di evasione per investimenti e attività finanziarie detenute in Paesi a fiscalità privilegiata*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 192 ss.

⁸ G. MARONGIU, *La regolarizzazione delle attività non rimpatriate*, in *Atti del Convegno Paradigma del 21 e 22 novembre 2001*, Milano, p. 2.

⁹ DI GREGORIO, F. MAINOLFI, *Scudo fiscale-ter e adempimenti antiriciclaggio*, in *Fisco*, 44, 2009, pp. 1-7245.

¹⁰ M. BERNASCONI, *I profili penali dello scudo fiscale nella cornice della premialità*, in *Corr. trib.*, 42, 2009, p. 3415 ss.

¹¹ G. ANTICO, *Scudo fiscale-ter e inibizione dei poteri di accertamento*, in *Fisco*, 43, 2009, p. 7117 ss.

c) prevede, in materia di esclusione della punibilità penale, l'applicazione dell'articolo 8, comma 6, lettera c), della legge 27 dicembre 2002, n. 289¹²;

d) rende applicabili le disposizioni antiriciclaggio richiamate dall'art. 17 del decreto legge n. 350/2001, convertito dalla legge n. 409/2001¹³.

Il contribuente¹⁴ è tenuto alla presentazione di una apposita 'dichiarazione riservata' (va sottolineato l'uso da parte del legislatore, per la prima volta, di un vero e proprio neo-ossimoro di grande interesse anche dal punto di vista linguistico) agli intermediari finanziari, che sono esentati dall'obbligo di trasmissione al Fisco di tal informazione (i conti ove sono accreditate le somme e la dichiarazione non devono quindi essere trasmessi all'Anagrafe Tributaria; pertanto quei rapporti finanziari non vengono conosciuti dall'Agenzia delle Entrate: l'anonimato è garantito).

1.2. Definizione della fattispecie in esame

Lo scudo fiscale, proprio in quanto si connota come novazione oggettiva dell'obbligazione tributaria, non può avere fonte negoziale, scaturente da un'attività *iure privatorum* dello Stato né, tantomeno, si può risolvere in una procedura amministrativo-tributaria.

Esso si origina da un'attività che sgorga dalla legge e che consiste in un'estinzione dell'obbligazione tributaria per sostituzione oggettiva con una nuova e diversa obbligazione tributaria, avente anch'essa fonte nella medesima legge. Pare quindi sicuramente suggestivo l'avvicinamento con la transazione di cui all'art. 1965 c.c.

In un'ottica di *tax policy*, vale a dire di scelte di politica fiscale, l'istituto consente in primo luogo l'allargamento della base imponibile: si allarga la platea dei contribuenti che versano le imposte ricomprendendo anche coloro i quali sin qui non hanno versato nulla o hanno versato solo in parte e che avrebbero continuato a non versare spontaneamente¹⁵.

Secondariamente, si anticipa – sempre con l'applicazione della nor-

¹² Leggasi F. ARDITO, *Profili penali dello scudo fiscale*, in *Rass. trib.*, 4, 2010, p. 1157 ss.

¹³ G. MOLINARO, *Gli adempimenti antiriciclaggio nello scudo fiscale*, in *Corr. trib.*, 43, 2009, p. 3502.

¹⁴ G. FRANSONI, *Profili sistematici e ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dello scudo fiscale*, in *Corr. trib.*, 34, 2009, p. 2774.

¹⁵ C.J. KZAM NETO, *A norma de anistia no direito tributario*, São Paulo, 2007, che fa riferimento anche a C. PREZIOSI, *Il Condono fiscale, Natura giuridica, funzione, effetti, L'ordinamento tributario italiano*, Milano, 1987.

mativa sopra esposta – l’effettivo utilizzo dello scambio di informazioni tra Amministrazioni Finanziarie: spirato il termine per l’‘emersione’ (termine costituente anch’esso ulteriore neologismo tributario per indicare la ‘regolarizzazione’ camuffando in parte la finalità condonistica dello scudo) i singoli stati sottoscriveranno, i *tax information exchange agreements* (TIEA)¹⁶.

Si tratta di accordi internazionali che renderanno più agevole e efficace la trasmissione di dati finanziari (compresi i movimenti bancari) da uno Stato all’altro; è chiaro quindi che il legislatore adotta sotto questo profilo un approccio del tipo: «*get to us before we get to you*».

2. I singoli paesi extraeuropei

Oggetto della presente relazione è la disamina degli istituti comparabili (se ve ne sono) o affini allo scudo fiscale negli Stati extra europei.

2.1. Sud Africa

A riprova di quanto indicato in esordio, in ordine alla finalità di mantenimento della *pax socialis* da parte di governi ‘forti’ se non autoritari, si noti come dopo le prime elezioni democratiche del 1994 uno dei primi provvedimenti furono proprio i condoni fiscali del *Tax Amnesty Act* nel 1995 e del *Final Relief on Tax, Interest, Penalty and Additional Tax Act* nel 1996.

In questo contesto le finalità politiche – più che di *tax policy* – sono diverse: si trattava di consentire a soggetti che avevano negato l’adempimento agli obblighi tributari a governi non democratici di regolarizzare la loro posizione di fronte alla transizione a governi eletti dal popolo.

Nel 2003 lo scudo fiscale (diretto a far rientrare somme espatriate da società tramite pagamento di somme da parte dei soci) riportò 426 milioni di reddito, portati da violazioni alla disciplina valutaria e di imposizione sul reddito, commesse da persone fisiche, piccole società,

¹⁶ G. CORASANITI, in V. UCKMAR (a cura di), *Il vademecum sul rimpatrio e la regolarizzazione dei capitali illecitamente detenuti all’estero*, Italia Oggi, Milano 2009, p. 11 ss.; R. CORDERIO GUERRA, *Lo scudo fiscale: gli effetti dell’emersione sul periodo d’imposta in corso ed i successivi*, in *Atti del Convegno ‘Il rimpatrio e la regolarizzazione dei capitali e delle attività detenute all’estero’* (Milano, 21-22 novembre 2001).

trust, a fronte di un versamento del 10% se le somme sono mantenute all'estero e del 5% se sono rimpatriate, e di una sanzione del 2% dell'importo evaso.

La ridetta disciplina si applica anche agli accordi di *transfer pricing* che hanno prodotto lo stesso effetto (quindi a casi di elusione e non di evasione).

I contribuenti aderenti sono stati 42.672, a costoro sono state irrogate sanzioni variabili dallo 0% per le piccole imprese al 5% per le grandi imprese.

L'efficacia sanante delle normative sopra richiamate è sempre stata subordinata alla dichiarazione fedele di tutti i beni collocati all'estero dal 2006 all'epoca della presentazione della dichiarazione in sanatoria. I vertici dell'Amministrazione dichiararono che chi fosse stato trovato sottoposto ad accertamento e fosse stato trovato nelle condizioni di evasore sarebbe stato severamente sanzionato; troviamo in questo conferma dell'approccio «*get to us before we get to you*».

È seguita poi, da parte del legislatore, la riforma del sistema di tassazione: da un meccanismo fondato sulla rilevanza del luogo di produzione del reddito (*source based*) a un sistema fondato sulla residenza del percipiente (*residence based*).

Ancora in seguito, l'*Exchange Control Amnesty and Amendment of Taxation Laws Act 12* del 2003 ha introdotto un provvedimento di condono per l'evasione c.d. domestica, vale a dire l'occultamento di materia imponibile non dichiarata ma mantenuta all'interno del territorio dello stato; i giudici tributari alla luce delle previsioni condonistiche hanno limitato il potere dell'Erario di applicare per i contribuenti che non hanno fatto ricorso ad alcuna di tali disposizioni sananti la sanzione del 200% generalmente prevista, riducendo quindi l'ammontare della stessa.

Si è posto il problema di convincere i consulenti a consigliare di accedere alle forme di *tax amnesty* i propri clienti, senza che i medesimi corressero il rischio di esser accusati di aver concorso nell'evasione.

Si è scelto infine di proteggerne l'identità (cosa che non avviene in USA e in sostanza avviene solo in parte in Italia, in quanto reso anonimo il contribuente si cela almeno in parte anche il suo consulente, poiché noto l'intermediario, ma non il consulente dello 'scudante').

Nel sistema in esame, si ritiene che anche se il contribuente lo rivela, l'Erario non può tenerne conto in sede di accertamento o di indagine penale; si tratta di un dato che è comunicato solo a una *Independent Tax Amnesty Unit*, che ha sostanziale natura di amministrazione altra e indipendente rispetto all'Erario; quei dati non sono comunicati né accessibili per l'Amministrazione finanziaria.

2.2. Argentina

Nel 2009, l'Argentina introduce un provvedimento di riduzione del debito tributario e la sospensione dell'azione penale contro gli evasori¹⁷.

Tre gli elementi fondanti:

- a) la restituzione dell'imposta e dei contributi evasi;
- b) la promozione e protezione dell'evasione lavorativa e contributiva;
- c) *capital disclosure* e rimpatrio dei capitali illecitamente occultati all'estero.

La disciplina in oggetto si applica anche alle controversie già oggetto di accertamento e di contenzioso pendente, incluse le sanzioni. Si prevede una scriminante penale speciale nel caso di definizione della controversia tributaria.

Sono anche previste riduzioni degli importi dovuti conseguentemente all'accertamento tributario quali debiti contributivi e la tassazione al minimo secondo la *presuntive income tax* (PIT) argentina (disciplina omologa agli studi di settore italiani, fondata sulla determinazione in via forfettizzata e statistica del reddito, non secondo il suo calcolo analitico) dei beni rimpatriati e del reddito regolarizzato in Argentina.

L'aliquota prevista è variabile per ogni tributo diretto e indiretto (accise e valore aggiunto incluse), ma si colloca su valori minimi.

2.3. Canada

Il sistema canadese ha introdotto recentemente una procedura amministrativa¹⁸ – non di fonte legislativa/parlamentare – in materia, anche se nel 1991 l'*Income Tax Act and the Excise Tax Act* prevedeva il potere – sotto forma di facoltà discrezionale – dell'Erario di ridurre o esentare dall'obbligo di soggezione a sanzioni o dal pagamento di interessi per imposte non versate sia in materia di imposte sul reddito che in materia di accise. Attualmente, l'istituto di cui è fatta applicazione è denominato «*Voluntary Disclosure Program*» (VDP) e la sua disciplina è esposta in una circolare ministeriale dell'Ottobre 2007.

Il VDP ridetto prevede che a fronte del pagamento integrale dell'imposta si ottiene un parziale esonero dal pagamento degli anni più

¹⁷ A. NÚÑEZ, *Algunas reflexiones sobre el sistema tributario argentino*, in *Per. econ. Trib.*, 224, 2001, p. 65.

¹⁸ Canada Revenue Agency, «*Voluntary Disclosures Program*» (ottobre 2007) e «*Resolving Disputes and Encouraging Voluntary Disclosures*», *Report of the Auditor General of Canada of the House of Commons* (novembre 2004).

remoti rispetto al terzo definito e non si è assoggettati né a sanzioni amministrative né a sanzioni penali.

È necessario:

- 1) che la *disclosure* sia *'truly voluntary'*. Nessun accertamento o contenzioso, neppure in forma di inizio di attività ispettiva deve esser stato intrapreso in danno del contribuente;
- 2) la *disclosure* deve essere *'complete'*. Ogni omissione va dichiarata ai fini di ogni imposta, a seconda dei casi per i 7 o 10 anni precedenti;
- 3) la *disclosure* deve riguardare anche i casi di *'potential penalty'*, vale a dire le *'uncertain tax positions'*,
- 4) la *disclosure* deve contenere informazioni che si riferiscono al più all'ultimo periodo d'imposta definito.

Il contribuente – prima di una successiva modifica normativa – poteva iniziare il procedimento in forma anonima tramite un consulente per addivenire a una discussione preliminare e non vincolante e ottenere un interpello dall'Amministrazione. Per perfezionare l'accordo occorre invece espressamente rivelarsi.

Nessuna sanatoria è possibile per fatti connessi al riciclaggio (*money laundering*).

Essa resta applicabile anche per le somme detenute all'estero in violazione degli obblighi di dichiarazione tramite intermediari anche nella forma del c.d. risparmio gestito. Non è previsto in quel caso il rimpatrio materiale o giuridico, basta versare l'imposta; ogni reddito prodotto in futuro in quello stato andrà indicato in dichiarazione.

In tal modo le informazioni sono veicolate all'Erario che può acquisirle e conseguentemente verificarle.

2.4. Stati Uniti

Nel 2009, l'*Internal Revenue Service* (IRS) predispone un *program* (un'attività amministrativa) che prevede il caso di *voluntary disclosure of offshore issues*¹⁹.

Il periodo di validità va dal 23 settembre 2009, sino al 30 giugno 2010 per alcuni soggetti.

Si applica a un *foreign bank account*, a una partecipazione societaria o non societaria, e prevede la presentazione di una dichiarazione per i 6 anni precedenti e il pagamento dell'imposta e degli interessi e una sanzione contenuta: il 20% dell'ammontare del *foreign bank*

¹⁹ IRS Deputy Commissioner Memorandum on Authorization to Apply Penalty Framework to Voluntary Disclosure Requests Regarding Unreported Offshore Accounts, Entities, 27 marzo 2009, vedilo online su www.irs.gov.

account o del valore del bene o partecipazione, nell'anno in cui l'importo o il valore è stato il più elevato. In determinati casi, quali somme oggetto di successione e somme detenute in forma 'statica' quindi senza movimentazione per il tutti i periodi d'imposta che possono ancora esser oggetto di accertamento la sanzione è ridotta al 5%.

Successivamente la Presidenza Obama – in stretto collegamento e assonanza con la disciplina sanante appena accennata – ha introdotto il FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), che prevede accordi per scambio di informazioni specialmente finanziarie e bancarie tra banche e IRS riguardanti operazioni e rapporti di depositari cittadini US o *permanent resident* che dispongano di almeno 500.000 dollari.

Tali scambi di informazioni avvengono in forza della normativa appena citata in via automatica e senza intervento dell'Amministrazione finanziaria dello stato ove si trova la banca (come accadeva sino alla modifica normativa in parola), pena applicazione di una imposta straordinaria del 30% (*'confiscatory tax'*) sui redditi generati in USA dalla banca non cooperativa.

Nel gennaio 2010 si introduce un ulteriore *offshore tax compliance program*.

Nel 2012, analoga iniziativa: la somma oggetto di versamento per la definizione va al 27,5%, ed è quindi fissata in misura maggiore al 25% del 2011 e al 20% del 2009.

Si sono poi inasprite tutte le norme in tema di lotta all'evasione rafforzando i poteri dell'IRS e del *Department of Justice*, anche colpendo con indagini penali sia banchieri, fiduciari, consulenti finanziari, avvocati e contabili ma anche semplici *corporate service providers*. Al punto che oramai può dirsi in dubbio la possibilità per persone fisiche non cittadini USA di soggiornare negli USA se sottoposte a indagini penali tributarie, sia di uscire dagli USA se ivi dimoranti (in quanto possono esser colpite da provvedimenti limitativi della libertà personale (*ne exeat respublica*), e per le persone giuridiche da divieti di esercitare la loro attività imprenditoriale.

In data 26 giugno 2012 l'Amministrazione Finanziaria americana ha annunciato l'entrata in vigore dell'*Overseas Americans Program* che intende consentire ai cittadini non residenti di regolarizzare la loro posizione per le imposte US relative a redditi percepiti all'estero e non dichiarati in USA, e mantenuti all'estero in violazione degli obblighi USA.

Si tratta di un'esatta replica dello scudo fiscale italiano.

I dettagli sono stati resi noti il successivo 1 ottobre 2012; si tratta di soggetti che vivono all'estero e che hanno dichiarato circa 1.500 \$ per anno.

Dovranno presentare una dichiarazione (*protective tax return*) *ad hoc* per i redditi degli ultimi 6 anni percepiti e mantenuti all'estero, con sanzioni fortemente ridotte rispetto a quelle ordinariamente previste.

Proprio l'istituto in parola pare decisamente influenzato dallo scudo fiscale italiano, al quale si ispira, del quale è evoluzione interessante e dal quale certamente non prescinde.

In primo luogo, al fine evidentemente di agevolare al massimo l'adesione dei contribuenti, la procedura non è sottoposta ad alcun termine finale, a differenza degli scudi precedenti.

Viene poi fatta salva la facoltà dell'erario nel corso del tempo di applicare sanzioni più elevate e di richiedere requisiti più stringenti per certe categorie di contribuenti; la finalità è anche in questo caso quella di avvantaggiare chi per primo aderisce.

Si prevede poi che debbano essere fornite nelle dichiarazioni reddituali informazioni del tutto complete in ordine alla situazione economica, finanziaria e patrimoniale, pena l'insorgere di responsabilità penali.

Sempre in sede vanno indicati i nomi dei consulenti: si consente all'Erario di orientare anche secondo queste informazioni la propria attività di *intelligence* prima e di verifica dopo della fedeltà delle dichiarazioni

Va sottolineato come neppure l'esser sottoposti a richiesta di informazioni e ad attività di controllo a seguito delle vicende USA-UBS (ma il meccanismo si applica anche alle attività di verifica derivanti dalla diffusione di informazioni finanziarie da Liechtenstein e da Israele) non impedisce l'*eligibility* ai fini del *program*.

Sotto questo profilo, il *'favor'* per il contribuente è inaspettatamente ben più marcato di quanto avvenga nell'ordinamento tributario italiano.

In conformità con i *programs* del 2009 e 2011 è consentito sia a *corporations*, che a *partnerships*, e *trusts* partecipare al *program*, oltre che ovviamente a persone fisiche.

Solamente se l'IRS ha anche già ottenuto le informazioni dalla banca o finanziaria estera al soggetto contribuente è precluso l'accesso alla procedura si è ineleggibili.

Tal previsione consente all'IRS di render nota la richiesta di informazioni e quindi provocare una vera e propria corsa di contribuenti alla *disclosure*: è così avvenuto l'11 maggio 2012, quando il Dipartimento di Giustizia ha comunicato pubblicamente di aver inoltrato richieste di scambio di informazioni verso il Liechtenstein in forza del *Tax information agreement* sottoscritto dai due stati.

2.5. India

Dal 25 gennaio 2011 l'India studia l'introduzione di uno scudo fiscale, dopo che le autorità tedesche hanno trasmesso anche al governo indiano i nomi di 26 residenti in India ritrovati nella lista Liechtestein, la cui sottrazione alla Banca da parte dei servizi segreti tedeschi è del 2008.

I nomi degli evasori internazionali giunti in India non sono stati resi pubblici, in quanto il loro utilizzo si vuole, da parte del governo, sia subordinato a un sistema di regole giuridiche certe.

Si stima che un importo variabile da \$500 milioni a \$1.4 miliardi siano le sostanze di indiani evase e portate all'estero; sarebbe quindi la prima *tax amnesty* – simile allo scudo fiscale – introdotta in tempi moderni nel sistema indiano.

Peraltro, tale Stato prevede nel suo sistema tributario l'introduzione di condoni con cadenza annuale o biennale.

2.6. Nuova Zelanda

Dal 2004 si parla di *tax amnesty*, ma sino ad ora si registra un nulla di fatto.

3. Conclusioni

Lo scudo fiscale italiano appare quindi caratterizzato, specie se posto a confronto con altre discipline aventi analoga funzione, da determinati elementi.

Esso ha radice normativa nella legge statale (elemento raramente presente negli altri sistemi).

L'istituto in principalità garantisce il contribuente da ripensamenti dell'Erario; una volta sanata l'irregolarità delle somme o dei beni occultati o detenuti all'estero, si estingue a loro riguardo ogni pretesa ulteriore dell'Erario.

Gli effetti che lo scudo produce sono limitati nel tempo: gli stati che l'hanno adottato, prima l'Italia, hanno dichiarato e effettivamente perseguito l'intensificarsi concreto dell'azione di accertamento internazionale principalmente con il più frequente ricorso agli scambi di informazioni.

Ancora, lo scudo fiscale consente (come i condoni ordinari) l'allargamento della base imponibile.

Tra gli elementi di doglianza, possiamo però notare come esso non paia particolarmente efficiente sotto il profilo dell'ottenimento delle

informazioni da parte dei contribuenti (in ordine all'aver costruito un patrimonio all'estero).

Il regime delle dichiarazioni 'riservate' impedisce infatti all'Erario di conoscere consistenza e collocazione del patrimonio del contribuente.

Eppure, tal previsione – inserita nell'articolato normativo – è presa a modello per alcuni aspetti dal sistema brasiliano.

Quello Stato sta infatti valutando se applicare lo scudo, anche alle società; in quel sistema ove vi è alta propensione all'evasione parimenti è forte la necessità di non aver pendenze con il fisco per ricevere pagamenti dal sistema pubblico, mentre molte sono le acquisizioni di società o le operazioni societarie straordinarie nelle quali l'acquirente richiede la definizione di ogni vicenda fiscale.

Per quanto – anzi forse proprio in quanto – curioso e originale, lo scudo fiscale pare consentire il raggiungimento di fini tra loro talmente lontani da apparire antitetici: una sorta di 'uovo di Colombo' della fiscalità internazionale.

MARIO G. LOSANO

*L'impronta scientifica lasciata dai giuristi italiani
in Sudamerica:
l'archivio dell'uruguaiano Eduardo J. Couture*

SOMMARIO: 1. La circolazione delle idee giuridiche italiane: l'esempio dell'Argentina. – 2. Un archivio giuridico contemporaneo: l'archivio Couture a Montevideo. – 3. Dall'Europa all'Uruguay: le «amicizie operose». – 4. Dall'Uruguay all'Europa: «quasi in pellegrinaggio». – 5. La lunga lettera di Calamandrei: «quasi continuando un discorso iniziato da tempo». – 6. Couture e gli incidenti alla «Sapienza» del 14 maggio 1949. – 7. Comparazione giuridica e storia contemporanea del diritto.

1. *La circolazione delle idee giuridiche italiane: l'esempio dell'Argentina*

Le idee circolano per il mondo perché portate da persone, quindi le impronte europee in Sudamerica si rivelano anche attraverso le biografie dei disseminatori di idee. In particolare, 'la storia degli intellettuali' è vista da Norberto Bobbio «come la storia della coscienza che i produttori e gli agitatori d'idee hanno del proprio tempo»¹. Cercherò quindi di fornire qualche cenno biografico su alcuni giuristi che trasportarono idee europee in Sudamerica, o recepirono in Sudamerica idee che venivano dall'Europa. Stabilire la genealogia di certe concezioni giuridiche e la loro circolazione nel mondo è difficile e, spesso, incerto. Inoltre le origini, le radici, si rivelano talora fuorvianti. Tuttavia una cosa è certa: le comuni radici europeo-continentali, e in particolare iberico-romanistiche, facilitarono l'immediata acclimatazione dei giuristi costretti all'esilio dalle dittature europee.

In rari casi, la recezione è chiara, quando il giurista funge da mediatore culturale: è il caso di Tobias Barreto (1839-1889), mulatto brasiliano che non fu mai in Germania, ma che introdusse la cultura giuridica tedesca in Brasile². In altri casi, pur essendo noto il vincolo

¹ N. BOBBIO, *Profilo ideologico del '900*, Garzanti, Milano, 1990, p. 209.

² Per ogni informazione rinvio al mio volume *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. XII-322.

con la cultura europea (in questo caso, italiana), il giurista ha una formazione plurale, ed è quindi difficile stabilire quale apporto culturale sia in lui dominante: è il caso di Miguel Reale (1910-2006)³, uno dei maggiori filosofi del diritto latino-americani del secolo scorso.

In altri casi ancora, l'essere europei di seconda generazione non implica necessariamente la funzione di mediatore delle idee europee o specificamente italiane: Juan Antonio Bibiloni (1860-1933) giurista e ministro della giustizia in Argentina, era di origine spagnola, ma, nonostante il cognome, aveva una formazione francese e tedesca. Poco dopo la sua morte si ricordava che «sin apartarse de sus maestros franceses, que le fueron tan caros, aprendió ya en plena madurez el alemán», e sono «los autores germanos» quelli «que tanta influencia habrían de tener en su anteproyecto»⁴, cioè nel suo progetto di codice civile argentino.

Uno dei più fortunati articoli dell'esportazione culturale italiana fu la Scuola Positiva italiana. Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, seguiti dalla Scuola Critica di Emanuele Carnevale, conobbero un'ampia diffusione in America Latina e, in particolare, in Argentina, a Buenos Aires, all'*Universidad de la Plata* e a Córdoba: «el positivismo argentino, surgido contemporaneamente al italiano, en vez de ser una mera copia, tuvo rasgos de verdadera originalidad». Inoltre il positivismo si avverte «en los proyectos de código y de ley que siguieron al de 1891, hasta el Código Penal de 1922»⁵. Un'antologia dei positivisti argentini venne pubblicata nel 1985⁶.

La cultura argentina retroagì anche su quella italiana, come dimostra la prefazione di Lombroso a un libro curato anche da Francisco Ramos Mejía e pubblicato a Torino, l'allora capitale del tardivo positivismo italiano. Nella sua prefazione, Lombroso definisce Mejía «uno dei più potenti pensatori e dei più grandi alienisti dei due mondi», che ha rivelato «le relazioni fra genio e pazzia, mostrando

³ M.G. LOSANO, *Miguel Reale (1910-2006)*, in *Riv. int. fil. dir.*, LXXXIII, 2006, n. 3, pp. 465-476.

⁴ G.F. TOBAL, *Nuestro nuevo derecho. Hacia una ley más humana y más justa*, Rosso, Buenos Aires, 1939, 174 pp.: volume che raccoglie articoli di quotidiano, come ad esempio *Bibiloni y el anteproyecto*, pp. 19-34; i passi citati sono a p. 22.

⁵ A. LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978, 214 pp.; le citazioni sono a p. 209 e 211. A p. 210 è ricordata la criminologia di Pietro Gori e, a p. 212, la critica al positivismo che si sviluppò in Argentina con Manuel Obarrio e Godofredo Lozano, *La escuela antropológica y sociológica criminal ante la sana filosofía* (1889).

⁶ H.E. BIAGINI (a cura di), *El movimiento positivista argentino*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1985, 590 pp.

come quasi tutti i capi e grandi rivoluzionari della repubblica Argentina erano stati o pazzi, o alcoolisti o neuropatici» (p. XXXI). Lombroso traccia poi un panorama della fortuna del positivismo nell'America del Sud (pp. XXXI-XXXV), spiegandone la diffusione con le contrapposizioni senilità/gioventù e pazzia/genio: «le nuove idee sorte nella vecchia Europa dovranno morirvi isterilite», conclude, mentre «troveranno nel Nuovo Mondo chi le perpetuerà fecondandole ed applicandole» (p. XXXIX)⁷.

A volte l'influenza del positivismo italiano e, in generale, della cultura europea era indiretta: per esempio lo storico alicantino Rafael Altamira y Crevea (1866-1951), dell'Università di Oviedo, visitò l'Argentina poco dopo Enrico Ferri e scrisse un resoconto del suo viaggio del 1911 in America⁸. Quest'ultimo viaggio è oggetto di un'analisi di Ernesto Quesada⁹. Un'altra fonte indiretta di circolazione delle idee europee (non solo italiane, quindi) furono gli esuli spagnoli della Guerra civile, come il celebre Luis Jiménez de Asúa¹⁰.

Il diritto penale fu influenzato anche dalle idee classiche italiane, dall'opera di Mondolfo su Beccaria¹¹ a Francesco Carrara, la cui opera principale venne presentata da Francisco Laplaza in una conferenza presso la società «Dante Alighieri», in occasione della prima edizione completa in spagnolo del *Programa del curso de derecho criminal*¹². Laplaza fu anche autore di ampie rassegne sulle riviste giuridiche argentine¹³.

⁷ L.M. DRAGO, *I criminali-nati*, con introduzioni di Fr. Ramos Mejía e C. Lombroso, Bocca, Torino, 1890, 135 pp. In particolare, F. RAMOS MEJÍA, *Introduzione*, pp. 1-8; C. LOMBROSO, *Sulla diffusione della antropologia criminale*, pp. V-LXXIX.

⁸ A. LEVAGGI, *El cultivo de la historia jurídica en la ciudad de Buenos Aires (1876-1919)*, Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 91 (volume di 118 pp.); R. ALTAMIRA y CREVEA, *Mi viaje a América. Libro de documentos*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, XXVI-358 pp. (ristampa dell'originale del 1911).

⁹ E. QUESADA, *El sociologo Enrico Ferri y sus conferencias argentinas*, Menéndez, Buenos Aires, 1908, 124 pp.

¹⁰ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lombroso*, Perrot, Buenos Aires, 1960, 73 pp. (con bibliografia); ID., *El criminalista*, La Ley, Buenos Aires, 1944, 315 pp. (contiene anche: *El derecho penal de los indios*, pp. 251-257). Cfr. H. MATTES, *Luis Jiménez de Asúa. Vida y obra*, Depalma, Buenos Aires, 1977, 67 pp.

¹¹ R. MONDOLFO, *Cesare Beccaria y su obra*, Depalma, Buenos Aires, 1946, 117 pp.

¹² F.P. LAPLAZA, *Francisco Carrara, sumo maestro del derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1950, 56 pp.

¹³ F.P. LAPLAZA, *El periodismo forense como fuente de conocimiento de la historia jurídica*, in *Rev. Inst. Hist. Der.*, 1951, n. 3, pp. 85-111; ID., *Antecedentes de nuestro periodismo forense hasta la aparición de «La Revista Criminal» (1873) como introducción a la historia del derecho penal argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1950, 285 pp. Inoltre, cfr. ID., *Las ideas penales de Alberdi en el «Fragmento preliminar*

Il maggior filosofo del diritto argentino, Carlos Cossio, si richiama a molti autori italiani: non solo Norberto Bobbio (autore destinato a una vasta diffusione futura in Sudamerica¹⁴; *L'analogia nella logica del diritto*, 1938), ma anche Giovanni Brunetti (*Completezza e incompletezza dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1925, p. 607); Giuseppe Capograssi (*Il problema della scienza del diritto*, 1937); Umberto Campagnolo, *La notion de «personne juridique» dans la Doctrine pure du droit*, nella kelseniana *Revue Internationale de la Théorie du Droit*; Tommaso Castiglia (*Stato e diritto in Kelsen*, Torino 1936); Donato Donati, (*Il problema delle lacune*, 1910); Vincenzo Miceli (*Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1925); Renato Treves (*Il diritto come relazione*, 1934, e Id., *Il problema dell'esperienza giuridica e [...] Schuppe*, 1938); nonché molte opere di Benedetto Croce e di Giorgio Del Vecchio¹⁵.

Anche in Brasile il positivismo italiano ebbe vasta diffusione¹⁶. Un nome italiano che attira l'attenzione è quello di Clóvis Beviláqua (1859-1944)¹⁷, autore del codice civile brasiliano rimasto in vigore dal 1916 al 2002, filosofo positivista e iniziatore degli studi di diritto comparato in Brasile¹⁸. Questo celebrato giurista veniva da un famiglia

al estudio del Derecho», Arayú, Buenos Aires, 1954, 84 pp., il cui indice dei nomi è una miniera di indicazioni sulla circolazione delle idee penalistiche.

¹⁴ A. FILIPPI, C. LAFER, *El pensamiento de Bobbio en la cultura iberoamericana*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, 212 pp.; C.H. CARDIM (a cura di), *Bobbio no Brasil. Um retrato intelectual*, Universidade de Brasília-Imprensa Oficial do Estado, Brasília-São Paulo, 2001, 160 pp.

¹⁵ C. COSSIO, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Losada, Buenos Aires, 1939, 220 pp.: i nomi citati nel testo compaiono nella biografia.

¹⁶ M. VAREJÃO, *Il positivismo dall'Italia al Brasile. Sociologia del diritto, giuristi e legislazione, 1822-1936*, Giuffrè, Milano, 2005, XI-465 pp.

¹⁷ Una sintesi biografica è in M. STOLLEIS (a cura di), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, Beck, München, 1995, p. 85 s. Inoltre: M.G. LOSANO, *Clóvis Beviláqua entre comparação e filosofia do direito*, in VII Congresso Brasileiro de Filosofia, Anais, Governo do Estado-Tribunal de Justiça da Paraíba-Centro Universitário de João Pessoa (Brasil), João Pessoa, 2002, pp. 389-404; ripreso anche nel *Prefácio do autor à tradução brasileira. O direito sul-americano e os grandes sistemas jurídicos: a contribuição de Clóvis Beviláqua*, in M.G. LOSANO, *Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, Tradução di M. Varejão, Martins Fontes, São Paulo, 2007, pp. XV-XL.

¹⁸ Clóvis Beviláqua pubblicò a Recife nel 1893 un *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, come dispensa per gli studenti. La seconda edizione è un vero e proprio libro: C. BEVILÁQUA, *Licções de legislação comparada*, ed. José Luiz da Fonseca Magalhães, Bahia, 1897, 295 pp. (più 6 pp. n.n. con *Adições, Índice e Correções*). Clóvis Beviláqua pubblicò poi *O desenvolvimento do estudo da legislação comparada*, Recife, 1903; *As funções da legislação*

avventurosa, anzi, quasi di avventurieri. Il nonno, Angelo, veniva dall'Italia, naufragò sulla costa cearense e lì mise radici. Il padre di Clóvis Beviláqua era un religioso che convisse lungamente con una donna, da cui ebbe anche altri figli. Un biografo di Clóvis Beviláqua propone una serie di luoghi originari della famiglia Beviláqua, pare nell'Italia del Nord, ma i legami originari con l'Italia appaiono evanescenti: l'unica certezza è che questo giurista è un brasiliano di origine luso-brasiliana e, per un quarto circa, italiana¹⁹. La sua cultura giuridica è di origine europea, ma è difficile stabile quale sia l'apporto prevalente.

Quanto si è fin qui sommariamente accennato attesta l'importanza del contributo italiano alla cultura giuridica sudamericana e dà un'idea del campo di indagine che si apre a chi voglia studiare la circolazione delle idee giuridiche fra i due continenti. Tuttavia, per evitare un'eccessiva frammentazione, è opportuno concentrarsi ora su una figura centrale nella mediazione culturale novecentesca fra Europa e America del Sud: il processualista uruguayano Eduardo J. Couture (1904-1956), uno dei pochi giuristi sudamericani contemporanei ricordato (in una voce scritta da Wolf Paul) nel dizionario biografico curato da Michael Stolleis²⁰. Grazie al suo aiuto trovarono accoglienza in America del Sud, tra molti altri, Renato Treves²¹, Enrico Tullio Liebman e Tullio Ascarelli. Come intellettuale ebbe un intenso scam-

comparada, Recife, 1906. Nei suoi scritti di diritto internazionale privato sottolinea l'importanza della comparazione: «O direito internacional privado exige, como preparo, o confronto das leis dos países que a civilização pôs em contato quotidiano, para saber-se quando elas coincidem ou divergem. E em que cadeira pode ser mais regularmente organizado este preparo senão naquela que tem por alvo direto a comparação das leis privadas?» (C. BEVILÁQUA, *Licções de legislação comparada*, 1897, cit., p. 12). Cfr. inoltre i suoi *Princípios elementares de direito internacional privado* (Bahia, 1906, ora ristampati: Editora Rio, Rio de Janeiro, 1978, 368 pp.), nonché l'articolo *Direito internacional privado*, in *Revista de crítica judiciária*, Rio de Janeiro, 1935.

¹⁹ S. MEIRA, *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*, Edições Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1990, 457 pp. Informazioni biografiche alle pp. 33 ss.

²⁰ STOLLEIS (a cura di), *Juristen*, cit., p. 141 s.

²¹ *Postscriptum rioplatense. Eduardo J. Couture e l'emigrazione intellettuale italiana a Montevideo*, in M.G. LOSANO, *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves, Unicopli, Milano, 1998, pp. 43-52; anche in M.G. LOSANO, *L'emigrazione dei giuristi milanesi nella Montevideo d'anteguerra*, in *Riv. trim. dir. proced. civ.*, 1999, n. 1, pp. 219-226; inoltre: ID., *La emigración universitaria en el archivio privado de Eduardo J. Couture (1904-1956) en Montevideo*, in EUGÉNIO DOS SANTOS – ASOCIACIÓN DE HISTORIADORES LATINOAMERICANISTAS EUROPEOS, *Actas do XII Congresso Internacional de Ahila*, Universidade do Porto (1999), Porto, 2001 [ma 2003], IV, pp. 245-251.

bio epistolare con il giusfilosofo italiano Giorgio Del Vecchio²². Ma, soprattutto, fu legato da una profonda amicizia, da un *idem sentire*, con Piero Calamandrei, anch'egli processualista²³. Infatti Couture, benché legato alla cultura francese anche per le sue origini famigliari, si sentiva particolarmente vicino alla «pléiade di veri maestri» della scuola processualistica italiana: al fondatore Chiovenda, all'innovatore Carnelutti e soprattutto a Calamandrei, di cui ammirava «la vocazione dello scienziato, la formazione dell'umanista e l'austerità del cittadino»²⁴.

2. *Un archivio giuridico contemporaneo: l'archivio Couture a Montevideo*

L'esilio provocato dal fascismo e dalle leggi razziali sconvolse la vita di molti intellettuali italiani; tuttavia oggi è difficile immaginare in che modo essi abbiano potuto organizzare materialmente e culturalmente questa svolta radicale della loro esistenza. Alcune lettere inedite, trovate a Montevideo, possono aiutare a comprendere come alcuni Maestri milanesi – fra cui il sociologo del diritto Renato Treves e il processualista Tullio Liebman – vissero quella transizione. Ripercorrere oggi quelle carte è una lezione di solidarietà e un bell'esempio delle 'amicizie operose' di cui parla Piero Calamandrei. Ma è anche un esempio di come sia necessario coltivare la storia contemporanea del diritto, se non si vogliono perdere documenti importanti: tema su cui ritornerà l'ultimo paragrafo di questo scritto.

Devo premettere che da anni ho intrapreso lo studio di queste vicende con una profonda partecipazione personale, perché Renato Treves è stato il mio indimenticabile Maestro milanese, Enrico Tullio Liebman fu mio professore e poi collega a Milano, mentre i miei contatti con Tullio Ascarelli furono soltanto indiretti, perché mediati dal mio Maestro torinese Norberto Bobbio e dall'incontro con la sua biblioteca e con la sua eredità culturale nell'Università dello Stato di São Paulo (USP) in Brasile.

Lo studio delle carte conservate a Montevideo è nato dall'interse-

²² M.G. LOSANO, *Il filosofo e il processualista. Il carteggio tra Giorgio Del Vecchio e Eduardo J. Couture (1904-1956)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, n. 1, pp. 3-46.

²³ M.G. LOSANO, *Calamandrei, Couture e un archivio giuridico contemporaneo a Montevideo*, in *Argomenti umani. Sinistra e innovazione*, 2000, n. 2-3, pp. 96-102.

²⁴ Così si esprime Couture nel prologo all'edizione in spagnolo del volume di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, XI-162 pp., citato da R. TREVES, *Eduardo Couture (1904-1956)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, p. 471.

carsi d'una mia ricostruzione del pensiero di Renato Treves, emigrato per tutta la durata della guerra a Tucumán²⁵, con il dibattito sulla storia contemporanea del diritto²⁶. L'interesse dei colleghi uruguaiani per queste ricerche ha poi avuto un'importanza decisiva nel far nascere, a Montevideo, un «*Grupo de trabajo para la preservación de archivos jurídicos uruguayos*», sotto gli auspici della Facoltà di Giurisprudenza dell'*Universidad de la República*²⁷. Infatti queste ricerche hanno dimostrato che gli archivi sono l'alimento della nostra memoria, ma che meriterebbero una maggiore cura istituzionale.

Nel 1938 Renato Treves, allora professore incaricato a Urbino, a causa delle leggi razziali venne escluso da un concorso universitario che avrebbe quasi certamente vinto. Prevedendo quale futuro gli avrebbe riservato l'Italia, nell'ottobre del 1938 s'imbarcò a Napoli e, dopo diciotto giorni di navigazione, sbarcò in Uruguay. Una lettera del penalista torinese Eugenio Florian lo presentava al collega uruguaiano Carlos Salvagno Campos, che a sua volta lo mise in contatto con il processualista Eduardo Couture, una figura eminente nella Facoltà di Giurisprudenza di Montevideo.

Ho avuto l'occasione di vistare la casa di Couture, la sua biblioteca e il suo archivio, apertimi dalla cortesia della sua famiglia. In particolare, alcune lettere scritte negli anni difficili intorno al 1938 mostrano quanto generoso sia stato l'appoggio accordato da questo studioso ai colleghi italiani in difficoltà.

Della professione d'avvocato Couture conservava anche nella vita accademica l'abitudine di tenere in ordine le carte: grazie alle cure della famiglia Couture, sono quindi ben conservate non solo le lettere, ma anche gli appunti di viaggio (raccolti in diari dattiloscritti e illustrati con fotografie) e le fotografie, raccolte in alcune scatole.

Di Couture si è già menzionata la vicinanza alla 'pléiade di veri maestri' della scuola processualistica italiana. Dal canto suo, Calamandrei sottolineava così l'insostituibile attività di mediazione cultu-

²⁵ M.G. LOSANO, *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves*, Unicopli, Milano, 1998, VIII-210 pp.

²⁶ M.G. LOSANO (a cura di), *Storia contemporanea del diritto e sociologia storica*, Franco Angeli, Milano, 1997, 265 pp.

²⁷ «En la sesión del 6 de agosto 1998 el Consejo de Facultad, con el decidido apoyo de la Decana Teresa Gnazzo, dicta la resolución n° 23, por la cual se crea un Grupo de Trabajo y Seguimiento del plan de preservación acordado con el Prof. Losano. Dicho Grupo de Trabajo quedó integrado con los Sres Dr. Adolfo Gelsi Bidart, Américo Plá Rodríguez, Enrique Vescovi, Jorge Gamarra, Oscar Sarlo, Marcelo Bauzá, la bibliotecaria Nydia Bruzzese y el Prof. Mario Losano como miembro de honor» (O. SARLO, *Grupo de trabajo para la preservación de archivos jurídicos uruguayos*, Montevideo, 1998, dattiloscritto).

rale di Couture: «Egli aveva per la scienza giuridica italiana una appassionata predilezione; insieme con Niceto Alcalá Zamora profugo dalla Spagna a Città del Messico, e con Santiago Sentís Melendo profugo in Argentina, Couture fu il presentatore e il divulgatore nell'America latina della letteratura processuale italiana»²⁸.

Fin dai primi contatti scientifici, pur senza conoscersi personalmente, Couture e Calamandrei avvertirono una forte affinità elettiva, sentendo «di appartenere ad una stessa patria di pensieri e di affetti»²⁹. Nel corso degli anni, fra i due si sviluppò un intenso scambio scientifico³⁰. Quando nel 1949, per la prima volta, Couture visitò l'Italia 'quasi in pellegrinaggio', fu Calamandrei a dischiudergli le meraviglie di Firenze e della Toscana, in un incontro di cui ci resta oggi una testimonianza incrociata³¹. Un secondo, rapido incontro nel 1953 fu contrassegnato da un contributo di Couture alla rivista di Calamandrei³² e dal progetto di incontrarsi più a lungo nell'ottobre del 1956. «In quell'occasione, – scrive Calamandrei, – avrebbe dovuto inaugurare lui con un discorso l'Istituto di diritto processuale comparato, fondato nella rinnovata sede della facoltà giuridica fiorentina per rafforzare gli scambi scientifici tra i processualisti italiani e quelli iberoamericani»³³. Incontro tragicamente impossibile, poiché entrambi morirono proprio in quel 1956, Couture l'11 maggio e Calamandrei il 27 settembre.

3. *Dall'Europa all'Uruguay: le «amicizie operose»*

Negli anni delle dittature europee e della guerra queste 'anime ar-

²⁸ P. CALAMANDREI, *Eduardo J. Couture*, in *Riv. dir. proc.*, XI, 1956, p. 247.

²⁹ P. CALAMANDREI, *Eduardo J. Couture*, cit., p. 245.

³⁰ Per esempio, al volume in memoria di Calamandrei (che è, al tempo stesso, un fascicolo del *Boletín del Instituto de Derecho Procesal*, 1957, n. 7, 175 pp., di quell'università), *Homenaje a Piero Calamandrei*. Introducción de Santiago Sentís Melendo, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1957, Couture partecipò con due scritti: *La escuela italiana de derecho*, pp. 31-42, e *Prólogo a la edición argentina del «Elogio de los jueces escrito por un abogado»*, pp. 25-29. Questo prologo venne tradotto in italiano da M. CAPPELLETTI: *Eduardo Couture, Due libri in uno*, in *Riv. dir. proc.*, XII, 1957, pp. 64-67. Calamandrei ha lasciato un ricordo di Couture e una sua bibliografia nella *Rivista di diritto processuale*, 1958, pp. 245-250, conclusa da un breve elenco di «scritti specialmente dedicati alla letteratura processualistica italiana».

³¹ P. CALAMANDREI, *Eduardo J. Couture*, cit., p. 247 s.; E.J. COUTURE, *La Comarca y el Mundo*, Montevideo, 1953, 146 pp.

³² E.J. COUTURE, *Garanzia costituzionale del «dovuto processo legale»*, in *Riv. dir. proc.*, IX, 1954, pp. 81-101.

³³ P. CALAMANDREI, *Eduardo J. Couture*, cit., p. 248.

denti e comunicative' erano in piena attività. Fu Piero Calamandrei a segnalare a Couture alcuni studiosi italiani che, a causa delle leggi razziali, erano costretti a emigrare e cercavano quindi una sistemazione in Sudamerica. Simmetricamente, poi, lo stesso Calamandrei segnalava ai colleghi italiani costretti all'esilio le possibilità che Couture apriva loro in America Latina. Questa mediazione umanitaria e culturale traspare chiaramente dalla prima delle due lettere di Enrico Tullio Liebman, processualista anch'egli come Calamandrei e Couture.

Illustre Prof. Couture,

Il Prof. Calamandrei mi ha passato la Sua lettera [dell'] 8 ottobre u.s., in cui Ella manifesta tutto il Suo interessamento per il prof. [Alessandro] Pekelis. Questi ha intanto deciso di rimanere in Europa, e perciò vorrei pregarLa di fare per me quello che Ella si proponeva di fare per lui.

Infatti, sebbene io sia cattolico dalla nascita e figlio di madre cattolica, devo in forza degli ultimi provvedimenti lasciare l'insegnamento universitario in Italia.

Sono da sette anni professore ordinario di diritto processuale civile, che ho insegnato prima all'Università di Modena, poi in quella di Parma. Ho insegnato inoltre a Modena anche il diritto amministrativo e a Parma anche il diritto internazionale. Le mie opere principali sono: *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1. ed. 1931, 2. ed. 1936; *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935; e numerosi articoli in tutte le riviste giuridiche italiane. Nel 1937 ho partecipato al II Congresso di diritto comparato dell'Aja, in qualità di relatore generale insieme con il prof. Giuseppe Chiovenda, mio compianto Maestro, e vi ho presentato e illustrato personalmente la relazione generale sul tema delle «Prove».

Sebbene non mi attenti di scriverLe ora questa lettera nella Sua lingua, posso dirLe tuttavia che parlo correntemente la lingua spagnola, avendo trascorso alcuni anni della mia infanzia in Spagna.

Forse questa circostanza potrà aiutarmi a svolgere l'insegnamento in un'Università americana e spero di poter operare a vantaggio della scienza e della gioventù studiosa anche al di là dell'Oceano, come fino a oggi ho operato nel mio paese. Certo per ottenere una sistemazione definitiva ci vorrà del tempo e la mia presenza presso di Voi. Ma spero che Ella possa intanto farmi avere al più presto possibile qualche incarico universitario e secondario (nel senso da Lei accennato nella Sua lettera), che mi consenta di provvedere alle prime necessità della vita, dato che non potrò espatriare se non con una piccola somma di denaro. Inoltre per ottenere il visto al passaporto, è necessario che possa dimostrare di avere un posto nel paese di destinazione. Le rivolgo perciò la più fervida preghiera di volersi interessare in questo senso.

Nella speranza di fare presto la conoscenza Sua e dell'ambiente scientifico del Nuovo Mondo, mi professo, illustre Collega, con la più cordiale devozione. Suo obbl.mo

E. Tullio Liebman³⁴.

L'incoraggiante risposta di Couture dovette giungere in pochi giorni, perché la seconda lettera di Liebman venne spedita dopo neanche due settimane dalla prima:

Illustre Prof. Couture,

Rispondo a volta di corriere alla gentilissima Sua lettera del 30 novembre u.s. e Le esprimo anzitutto la mia vivissima riconoscenza per la Sua cortesia che mi ha profondamente commosso e per l'aiuto valido e concreto che Ella mi porge nella presente circostanza.

Prendo nota di quanto mi comunica e non ho bisogno di aggiungere che impiegherò tutta la mia diligenza e buona volontà per mostrarmi degno della simpatia e dello spirito di colleganza che mi offre la Facoltà di Diritto di Montevideo.

In risposta alle Sue domande, Le dirò che sono certamente in grado di fare anche qualche insegnamento secondario, specialmente in filosofia, storia, pedagogia, lingua e letteratura italiana, francese e tedesca. Verrò in un primo momento da solo, ma col desiderio vivissimo di farmi raggiungere appena possibile da mia moglie, che ho sposato solo cinque mesi fa.

Il mio proposito sarebbe di imbarcarmi a febbraio allo scopo di prendere un poco di contatto con l'ambiente e rinfrescare l'esercizio della lingua spagnola prima dell'inizio dei corsi. Perciò mi pare che sarebbe opportuno che Ella mi facesse avere al più presto possibile la designazione ufficiale della Facoltà di diritto, sempre che ciò non debba esserLe eccessivamente gravoso, allo scopo di poter avviare senz'altro le pratiche per il passaporto e per ottenere il permesso di portare con me i mezzi necessari per vivere nel periodo iniziale della mia permanenza.

La relazione al Congresso dell'Aja sul tema delle Prove è in corso di stampa nel volume degli Atti del Congresso che si pubblicano a Parigi per cura del Segretario dell'Accademia di Diritto Comparato, Prof. Balogh. Le invio perciò in piego separato e in via riservata la copia che io ne ho (relazione speciale e relazione generale), con preghiera di volermela in seguito restituire, non avendone io altre copie (1).

Al più presto Le spedirò anche le mie principali pubblicazioni, che

³⁴ Enrico Tullio Liebman a Eduardo J[uan] Couture, Milano, 22 novembre 1938, 2 pp. dattiloscritte; lettera conservata nell'archivio privato della famiglia Couture, Montevideo.

La prego di accogliere come omaggio e come pegno di particolare gratitudine e profonda stima. Di Lei devotissimo
Liebman

(1) Forse la relazione generale può interessare i lettori della rivista giuridica che Ella dirige³⁵? In questo caso, se Ella ha il modo di farne fare la traduzione in spagnolo, io sarei lieto e onorato di iniziare in questa forma la mia collaborazione alla letteratura giuridica uruguayana³⁶.

Liebman era destinato a insegnare in Brasile, in quell'Università di São Paulo che è un po' la mia *alma mater brasiliensis* e in cui il suo ricordo è ancora ben vivo, insieme con quello di Tullio Ascarelli: entrambi vi hanno lasciato una scuola, e Ascarelli anche la sua biblioteca. I suoi libri più rari sono ora conservati in una sala speciale della biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza di Largo São Francisco.

Poiché le pagine seguenti conterranno soltanto qualche cenno su Ascarelli, vorrei ricordare che io stesso ho ancora potuto vedere alcune sue brevi lettere conservate dall'oggi defunto tributarista di São Paulo Rui Barbosa Nogueira, che era stato allievo e, poi, amico di Tullio Ascarelli. Inoltre nel 1949 Ascarelli raccolse i suoi ricordi brasiliani in un libro destinato ai non giuristi³⁷. Infatti negli anni difficili del dopoguerra era ripresa l'emigrazione degli italiani e l'editore Giuffrè aveva affidato ad Ascarelli ed a Riccardo Bauer una collana intitolata «Paesi stranieri» per fornire un primo orientamento sui paesi cui si dirigevano gli emigranti. Il primo volume della collana fu proprio quello di Ascarelli sul Brasile: un'esposizione dunque volutamente di basso profilo, un libro d'informazione generale e divulgativa, ma documentato e ancor oggi attendibile come fonte storica su un Brasile che non c'è più. Ascarelli giunse in Brasile già uomo maturo, quindi «è con mentalità europea che ho osservato il paese, mentre la maggior parte dei libri dedicati al Brasile sono stati scritti da autori nordamericani»³⁸. Dei dodici capitoli nessuno è dedicato al diritto, anche se due tracciano un quadro politico dell'epoca successiva

³⁵ Liebman si riferisce alla *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*.

³⁶ Enrico Tullio Liebman a Eduardo J. Couture, Milano, 5 dicembre 1938, 2 pp. dattiloscritte con tre righe ms. aggiunte dalla moglie, Adriana Liebman Gherardi (che però non seguì il marito in Sudamerica); lettera conservata nell'archivio privato della famiglia Couture, Montevideo.

³⁷ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, Giuffrè, Milano, 1949, 218 pp. L'ultimo saggio del volume di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 186-237, è dedicato ad Ascarelli: cfr. sul Brasile le pp. 207 ss.

³⁸ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 7.

all'«*Estado Novo*» di Getúlio Vargas³⁹. Tuttavia, ammette Ascarelli, «come avvocato non posso mancare di dedicare in questo sguardo sommario qualche cenno al diritto brasiliano». Perciò egli riassume in due pagine l'influenza nordamericana sul diritto costituzionale (temperata da quella «francese nella filosofia politica»), mentre il diritto privato è «avvicinabile ai diritti dell'Europa continentale», con la peculiarità della «naturale persistenza nel diritto privato e processuale di concetti, istituti e tradizioni del diritto romano comune», dovuto all'«ininterrotto vigore delle ordinanze filippine del sec. XVII»⁴⁰. Ricorda infine che i codici penale e di procedura penale erano «largamente influenzati dai rispettivi codici italiani» coevi. Ma lasciamo ora l'Ascarelli post-bellico per ritornare all'emigrazione pre-bellica dei giuristi italiani.

Mentre le lettere del 1938 di Liebman segnano l'inizio di una peregrinazione, una lettera del 1939 di Renato Treves annuncia invece una prima conclusione delle sue peripezie di esule: vi descrive infatti l'inizio di quella sua sistemazione a Tucumán che doveva durare sino alla fine della guerra.

Prima di passare in Argentina, Treves era rimasto «alcuni mesi in Uruguay, conquistando la simpatia e la stima di quanti lo avevano conosciuto»: così si legge nel 1939 sulla rivista di Couture, in una recensione del suo libro su Schuppe pubblicato l'anno prima a Milano⁴¹. A questo punto sono necessari alcuni chiarimenti, perché le notizie su quei mesi uruguaiani sono spesso vaghe e contraddittorie. Anzitutto, Treves si fermò vari mesi a Montevideo, almeno dalla fine dell'ottobre 1938 al febbraio 1939. A quell'epoca, inoltre, egli non aveva ancora una famiglia e quindi – a differenza, per esempio, di Liebman – non doveva risolvere il problema del ricongiungimento con i suoi famigliari.

Nell'ambito di queste precisazioni fattuali, è forse opportuno ricordare che Treves costituì la sua famiglia in Argentina. Nel febbraio del 1938 i giornali uruguaiani annunciavano il passaggio per Monte-

³⁹ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., cap. VIII, *L'organizzazione politica*, pp. 154-167, e cap. IX, *Le classi politiche e i partiti*, pp. 168-180. Ascarelli scrisse il libro nel 1949, cioè nell'intervallo tra la fine dell'*Estado Novo*, nel 1934, e l'elezione di Vargas come Presidente della Repubblica nel 1951.

⁴⁰ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 212 s.: è il § 11 del capitolo su *Pubblica istruzione e correnti culturali*.

⁴¹ La recensione (in *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, 1939, XXXVII, p. 160) è firmata con la sigla «J. LL. A.»: con ogni probabilità, come mi ha indicato il professor Oscar Sarlo, si tratta di Juan Llambías de Acevedo, uno dei maggiori filosofi uruguaiani di quegli anni e profondamente interessato alla cultura tedesca.

video di un altro professore italiano costretto all'esilio: Leone Lattes, professore di medicina legale all'università di Pavia. Il rilievo dato alla notizia era dovuto anche al fatto che Leone Lattes era nipote di Cesare Lombroso (per la precisione, Lombroso era suo zio per parte materna). Lattes viaggiava con tutta la sua famiglia alla volta di Buenos Aires. Fu così che Treves, recatosi a salutarli nel breve intervallo a Montevideo del loro viaggio, incontrò la figlia di Leone, Fiamma Lattes. La rivide poi più volte in Argentina e, infine, la sposò a Buenos Aires nella libertaria ricorrenza del 14 luglio 1941. Ma fino a quella data le esistenze di Fiamma e di Renato si svolsero in luoghi diversi.

Rimasto a Montevideo dopo la partenza della famiglia Lattes, Treves pubblicò nella stessa annata della rivista di Couture anche l'articolo sul neohegelismo italiano e sul neokantismo tedesco, tratto da una conferenza tenuta nella Facoltà di Giurisprudenza di Montevideo⁴². Insomma, Couture e i colleghi della facoltà si adoperarono in ogni modo per facilitare l'inserimento di Treves nel nuovo ambiente scientifico. Tuttavia Treves non poté restare all'università di Montevideo unicamente a causa delle retribuzioni troppo basse, non certo per la mancanza di disponibilità dei colleghi. È quindi naturale che, dopo un congresso a Buenos Aires e l'incontro con Carlos Cossio, Treves desiderasse informare anche Couture della stabilità finalmente raggiunta.

Mio caro, buon Professore,

Finalmente, dopo naturali peripezie, per il valido, fraterno aiuto di Carlos Cossio, sono stato contrattato per la cattedra d'*Introducción al Derecho* e per un corso di conferenze d'Introduzione alla Filosofia nella facoltà di diritto di Tucumán.

Desidero molto annunciarle la notizia ricordando con quanta affettuosa bontà ha voluto seguirmi e incoraggiarmi nelle mie «peripezie». Ho iniziato le lezioni da pochi giorni e faccio del mio meglio perché riescano proficue ai numerosissimi studenti che ascoltano, con perfetta serietà, i miei, purtroppo, frequenti strafalcioni di castigliano. [...]

Mi ricordi cordialmente a tutti i miei colleghi cui penso spesso con affettuosa gratitudine. A lei, l'espressione della mia devota amicizia.

Renato Treves⁴³

⁴² R. TREVES, *Neo-hegelismo italiano y neo-kantismo alemán en el pensamiento jurídico contemporáneo*, in *Rev. der., jurisprud. admin.*, 1939, XXXVII, pp. 97-100.

⁴³ Renato Treves a Eduardo J[uan] Couture, Tucumán, 21 maggio 1939, 2 facciate ms.; lettera conservata nell'archivio privato della famiglia Couture, Montevideo.

«Quando vidi Couture per la prima volta nell'ottobre del 1938 a Montevideo», ricorda Treves, «ebbi l'impressione di trovarmi di fronte [...] ad una personalità completa e integra e con lui, in successivi incontri, in lunghe gite e in amichevoli conversazioni cominciai a conoscere e ad amare la sua *comarca*: la Repubblica dell'Uruguay»⁴⁴.

Il loro affiatamento derivava anche dal comune atteggiamento contrario a ogni dogmatismo nella scienza e ad ogni dittatura in politica. In particolare, a Couture era estraneo il formalismo giuridico, cui preferiva una concezione vitale e culturale del diritto (ispirata al filosofo uruguayano Carlos Vaz Ferreira, 1872-1958). Per questo gli interessava anche la sociologia e notava con piacere che non pochi esuli europei scoprivano questo approccio al loro contatto con la cultura sudamericana⁴⁵.

Del suo primo viaggio in Italia, nel 1949, Couture ha lasciato un diario dattiloscritto e illustrato con varie fotografie. In quel viaggio consolidò i suoi contatti con i democratici italiani e Calamandrei ricorda che la malattia mortale lo colpì nell'aprile del 1956 mentre preparava il discorso per commemorare l'undicesimo anniversario della Liberazione italiana, il 25 aprile, all'Università di Montevideo: discorso che avrebbe dovuto essere intitolato *L'università italiana nella Resistenza*.

Questa apertura alla democrazia non era però astratta. «Senza posa, – ricorda ancora Treves, – Couture si prodigò per accogliere, consigliare e sistemare al di là dell'Atlantico gli intellettuali europei dei più diversi paesi d'origine, spagnoli, italiani, tedeschi, francesi»⁴⁶. Ancora nell'autunno del 1940 gli riuscì di trarre in salvo il processualista tedesco James Goldschmidt. E poi, finita la guerra in Europa e sopravvenuto il peronismo in Argentina, continuò la sua opera con gli esuli che lasciavano l'altra sponda del Río de la Plata.

La disponibilità di Couture fu dunque totale, e di questo gli rendeva merito un Calamandrei che – alla fine del 1938, pur attraversando un comprensibile 'periodo di grande tristezza' – non aveva perso la speranza in un futuro migliore.

Illustre e caro collega,
mi permetta prima di tutto di esprimere la mia commossa riconoscenza per la premura e la comprensione colla quale Ella ha risposto alle mie ultime lettere, e per lo spirito di solidarietà umana con cui Ella ha preso a cuore le mie raccomandazioni. In un periodo di grande

⁴⁴ R. TREVES, *Eduardo Couture (1904-1956)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, p. 468.

⁴⁵ E.J. COUTURE, *Gilberto Freyre y la sociología brasileña*, Montevideo, 1947, p. 23; cit. da Treves, *op. cit.*, p. 473.

⁴⁶ R. TREVES, *Eduardo Couture (1904-1956)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, p. 470.

tristezza, le Sue lettere mi sono giunte come un motivo per non perdere le speranze nell'avvenire: se, dall'uno all'altro continente, senza precedenti legame di conoscenza personale, basta l'amore degli studi comuni a far sorgere nel momento del dolore le amicizie operose, possiamo continuare con fede il nostro lavoro di giuristi, e sperare ancora che il diritto possa servire prima o poi a riconciliare i popoli della Terra.

Dei due colleghi di cui Ella mi chiede non posso, nel momento, darle notizie recentissime. Ma io credo che la sistemazione sia più urgente, ora, per il L.⁴⁷, e credo che Ella farebbe bene a concentrare su lui le Sue cure. Se avessi notizie più precise mi affretterei a scriverLe.

Sono sempre in attesa delle notizie che Lei mi promise per la «Rivista»⁴⁸, sul movimento della scienza e della legislazione processuale nell'America latina: intanto, nel primo numero del 1939, dedicherò un capitolo della mia rassegna alla bella rivista diretta da Lei.

La prego di leggere in questa mia lettera assai più cordialità e gratitudine di quanta non Le esprimo: e gradisca, con i migliori auguri per il 1939, una affettuosa stretta di mano dal Suo aff.mo

Piero Calamandrei⁴⁹.

Dunque le dittature, le leggi razziali, la guerra alle porte non riuscivano a far tacere le ragioni scientifiche: alla fine, è sempre ad esse che il discorso ritornava. Tuttavia vi tornava non certo per un'incorreggibile deformazione professionale, ma perché solo così quelle generazioni potevano scrivere il loro collettivo *De consolatione philosophiae*.

4. Dall'Uruguay all'Europa: «quasi in pellegrinaggio»

Anche la lettera di Calamandrei riportata nel prossimo paragrafo è conservata nel suo archivio a Montevideo. Couture era un corrispondente accurato, quindi in Italia si incontrano altre importanti testimonianze della sua attività culturale, come ad esempio il carteggio con Giorgio Del Vecchio: un carteggio esemplare fra due studiosi accomunati dall'interesse scientifico, ma «verrebbe da aggiungere, – scrivevo presentando quel carteggio, – accomunati quasi unicamente dall'interesse scientifico, più che da altre comuni passioni, soprattutto

⁴⁷ Calamandrei si riferisce con ogni probabilità a Tullio Liebman.

⁴⁸ Si tratta della *Rivista di diritto processuale civile*, che dopo il 1948 si chiamò soltanto «Rivista di diritto processuale».

⁴⁹ Piero Calamandrei a Eduardo J. Couture, Firenze, 24 dicembre 1938, 2 pp. ms.; lettera conservata nell'archivio privato della famiglia Couture, Montevideo.

ideali o politiche. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, il corrispondente ideale di Couture fu Piero Calamandrei, che a lui indirizzava gli esuli italiani»⁵⁰. Quando gli esuli europei cercavano rifugio in Sudamerica, il piccolo e democratico Uruguay poteva accoglierli all'arrivo, ma non sistemarli tutti, e perciò Couture operò instancabilmente per collocare i colleghi europei anche in altri Stati: come si è detto, indirizzò James Goldschmidt e Renato Treves in Argentina, oppure Enrico Tullio Liebman e Tullio Ascarelli in Brasile.

Come tutti gli studiosi sudamericani, Couture sentiva che un suo viaggio in Europa sarebbe stato l'indispensabile coronamento della propria cultura. Tuttavia questo sogno venne infranto nel 1931 dalla svalutazione del *peso* uruguayano e, nel 1939, dallo scoppio della guerra. Terminato il conflitto, nel 1949 Couture visitò finalmente anche l'Italia e, in particolare, incontrò Calamandrei.

In Couture la visione del paesaggio italiano è sempre legata a reminiscenze culturali. A Viareggio, rivede «mi viejo y querido amigo: el mar», ma è un mare diverso dall'Oceano Atlantico di casa sua; è il mare del mondo classico, «es agua casi sagrada por tantos siglos de historia humana»⁵¹. Invece, in auto verso Siena con Calamandrei, prevale la passione giuridica: «Nosotros hablamos de procedimiento; pero la señora nos reprende porque no miramos la montaña»⁵². Della casa di Calamandrei a Poveromo Couture ci lascia un ritratto che fonde l'attenzione per l'*habitat* dell'amico con il ricordo della storia recente, il tutto pervaso da echi culturali, la cui emozione viene corretta da una finale nota ironica:

«Poveromo. Calamandrei tiene en este lugar, asolado por la artillería de la guerra (la línea gótica se hallava a un kilómetro [...]) una hermosa propiedad en un pinar. Fué ocupada por los alemanes y atacada por las bombas. Hubo que rehacerla casi de nuevo. Ahora están rehaciendo el pinar. Deberán esperar unos 150 años para tenerlo como antes. Adentro, una colección estupenda de Chirico con el apocalipsis. Arriba un mirador en el cual Calamandrei trabaja entre el mar y las montañas imponentes. En ellas nació Carducci, fué Goberna-

⁵⁰ Si veda il mio saggio *Il filosofo e il processualista. Il carteggio tra Giorgio Del Vecchio e Eduardo J. Couture (1904-1956)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, n. 1, pp. 3-46.

⁵¹ *Album*, p. 88, fasc. di 7 pp., (sabato 30), p. 1 s. I ricordi del viaggio in Europa sono contenuti in un *Album* (118 pp. + 1 nn.) di grande formato, in cui si alternano fotografie, ritagli di giornale e testi dattiloscritti quasi sempre di più pagine pinzate insieme per formare un fascicolo. Sono incollate anche lettere altrui, spesso più d'una nella stessa pagina. Quindi le pagine complessive dell'*Album* sono ben più delle 118 numerate: queste ultime, infatti, costituiscono spesso soltanto il supporto per gruppi di altre pagine. D'ora in poi citato come *Album*.

⁵² *Album*, p. 88, fasc. di 7 pp., (sabato 30), p. 1.

dor Ariosto y de ellas (porque allí están las canteras de mármol de Carrara, cuyo mármol se ve aún hasta la cumbre) extrajeron pedazos de piedra Miguel Angel, Donatello y los marmolistas de cementerio de la calle Yaguarón»⁵³.

Complessivamente l'Italia appena uscita dalla guerra lo sorprende. Ormai alla fine del viaggio, a Roma, visita le Terme di Diocleziano con il prof. Tito Ravà e si guarda attorno con stupore: «Frente al lujo que circula por la calle, a la belleza de las mujeres y a su elegancia, muy superiores a todo cuanto he visto en Europa, me pregunto: ¿Y este pueblo perdió la guerra? ¡Qué sería si la hubiera ganado!»⁵⁴.

La lettera riprodotta nel prossimo paragrafo venne scritta da Calamandrei quando il viaggio di Couture era ormai giunto a termine, e quindi fa riferimento ad avvenimenti legati non soltanto alle giornate fiorentine.

In un'Europa ancora ferita dalla guerra, la prebellica amicizia epistolare con Calamandrei si andava trasformando in una fraterna vicinanza. Ma quelle fitte righe di Calamandrei descrivono, oltre al dischiudersi di un intenso rapporto personale, anche l'atmosfera di quegli anni difficili in cui nasceva la nostra gracile repubblica: il parlamento in subbuglio, la conferenza di Couture alla «Sapienza» nel mezzo degli scontri fra studenti e polizia (episodio ricostruito nel § 6), il manifesto con la Venere di Botticelli (annuncio delle manifestazioni lorenziane) bloccato dal Questore di Roma perché ritenuto osceno. Infine, quelle pagine sono anche un richiamo utile per ricordare agli smemorati e agli ignari com'eravamo più di mezzo secolo fa. Non spero che questa lettera possa far ravvedere qualche revisionista, ma è certamente un frammento vivo di memoria da mettere a disposizione dei più giovani: vedano un po' com'era la destra *nei fatti*.

5. *La lunga lettera di Calamandrei: «quasi continuando un discorso iniziato da tempo»*

Il viaggio in Europa fu per Couture un'esperienza di eccezionale intensità intellettuale. Anni dopo si riferirà a quel viaggio chiamandolo semplicemente «*el inolvidable*». Raccolse i suoi ricordi, le foto, le cartoline in un albo, tra le cui pagine si trova incollata anche la

⁵³ *Album*, p. 88, fasc. di 7 pp., (sabato 30), p. 2.

⁵⁴ *Album*, p. 114, fasc. di 7 pp., domingo 15 maggio 1949 (ultimo giorno), p. 2.

lunga lettera che Calamandrei gli scrisse a mano con la data «Marina di Poveromo, Ronchi (Massa Apuana), 6. VIII. 1949», annotando sul margine superiore: «Scusa la lettera manoscritta, ma in questo studio è vietato l'ingresso alle dattilografe!». Poveromo era infatti il *buen retiro* in cui lavorare indisturbato; e nella quiete di quella casa i ricordi fluivano con serenità dalla penna del giurista fiorentino.

Carissimo prof. Couture,

Finalmente mi è riuscito di scappare da Roma e di prendere un po' di riposo in questo rifugio marino: e per prima cosa, da questo studio «aereo» che anch'Ella conosce⁵⁵ mi metto a scrivere senza la solita malaugurata fretta all'amico Couture: all'amico Couture al quale, con tutta la buona volontà di prestare ossequio al cerimoniale, non mi riesce proprio di continuare a dare del «Lei» e mi vien fatto di dare del «tu» come si fa coi vecchi amici. Caro Couture, io sono, ahimé, più vecchio di te: ed è il privilegio dell'età che mi dà il diritto di prendere questa iniziativa e di munirla subito della clausola di provvisoria esecuzione (a proposito: in quell'incidente in tema di provvisoria esecuzione che mi sentisti discutere, i giudici mi hanno dato torto: Amen!⁵⁶) scrivendoti in quello stesso linguaggio con cui ci si rivolge agli amici d'infanzia.

In verità, in quei troppo pochi giorni che abbiamo passati insieme, io ho avuto l'impressione di trovarmi non con il cittadino di un altro Continente, conosciuto per la prima volta in età matura, e accessibile a me soltanto per la comunanza degli studi, ma con un conterraneo nato e cresciuto nella stessa patria (che è poi questa *humanitas*, patria spirituale in cui si riconoscono fratelli tutti gli uomini civili), col quale, fin dal primo nostro incontro, ci veniva naturale di trovarci d'accordo sul modo di concepire il mondo e la vita, e di conversare senza riserve e senza sospetti, sicuri della consonanza, quasi continuando un discorso già iniziato da molto tempo...

Dunque, caro Couture, io ho da ringraziarti di molti doni (e mi dispiace di non averlo fatto subito dopo la tua partenza, ma proprio

⁵⁵ Proprio a questo studio alludeva Couture quando, nel suo diario di viaggio, descriveva la casa di Marina di Poveromo: «Arriba un mirador en el cual Calamandrei trabaja entre el mar y las montañas imponentes» (*Album di viaggio*, p. 88; qui sono incollate 7 pagine dattiloscritte e il testo qui citato si trova a p. 2 con la data sabato 30).

⁵⁶ Venerdì 29 maggio 1949 Couture aveva annotato nel suo diario di viaggio quanto l'avesse impressionato l'arringa di Calamandrei: «*Calamandrei abogado*. Voi a la Corte de Apelación donde Calamandrei 'discute' una causa. En realidad no discute nada. Simplemente aplasta al desgraciado abogado contrario con una exposición de tal orden, claridad y eficacia, que la Corte (que hasta ahora ha escuchado de mal humor todo cuanto se ha dicho, incluso a sus mismos miembros) se queda embelesada» (*Album*, p. 80; qui sono incollate sei pagine dattiloscritte e il testo qui citato si trova a p. 6 con la data *Viernes* 29).

non m'è stato possibile: figurati che una volta t'avevo cominciato a scrivere dalla Camera dei Deputati, durante una seduta, ma poi fui costretto a interrompermi, perché sulla mia testa passavano, come nuvole di frecce, le invettive scambiate fra i banchi dei democristiani e quelli dei comunisti...).

E per prima cosa ho da ringraziarti, in generale, di essere venuto in Italia e di avermi dato modo di rivedere con te qualche panorama naturale e qualche architettura o statua di questo paese nel quale purtroppo la vita mi condanna a vivere tutto concentrato nel mio lavoro frettoloso, senza accorgermi delle bellezze alle quali, chi vive in mezzo ad esse, passa accanto senza avvedersene. Nei giorni che abbiamo passato insieme in Toscana, eri tu che facevi da guida a me, e non viceversa! Così la tua compagnia è stata una parentesi di arte e di poesia in mezzo alla quotidiana prosa: e questa tua compagnia di uomo intelligente e sensibile, capace di vedere e di distinguere, è stato il più bel dono che mi hai portato dall'Uruguay.

Poi ho da ringraziarti di doni numerosi, più specifici e circostanziati: del telegramma che mi facesti da Roma prima di partire, al quale io risposi telegraficamente all'albergo la sera stessa, ma il mio telegramma mi tornò respinto perché giunto quando eri già partito; della fotografia che rappresenta due vecchi fedeli coniugi sulla scala di una villa; di un programma della Associazione culturale italo-uruguayana, dal quale si apprende che il prof. Couture il 14 di luglio tenne in Montevideo una conferenza su un argomento scelto dalla sua benevolenza di amico (della quale l'amico gli è profondamente grato), la quale conferenza penso che abbia interessato il pubblico unicamente per l'arte dell'oratore, la quale arte è capace di trasformare magicamente in bellezza anche i soggetti più umili...⁵⁷

E finalmente ho da ringraziarti del dono, giuntomi due giorni fa, de *Los Mandamientos del Abogado*⁵⁸, che mi accingo a leggere e a recensire in questo periodo, proprio mentre sto lavorando alla terza edizione dell'*Elogio dei giudici*⁵⁹. Ben volentieri scriverò, se lo desi-

⁵⁷ Nel settembre 1949 la *Asociación cultural italo-uruguayana* aveva organizzato a Montevideo una mostra del libro italiano. Il quotidiano di Montevideo «*El País*» del 7 settembre 1949, nel darne l'annuncio, pubblicò una fotografia degli organizzatori, fra cui è presente anche Couture. Il 14 settembre lo stesso quotidiano annunciava la conferenza di Couture intitolata *Piero Calamandrei, un jurista italiano que sabe algo más que derecho*: è a questa conferenza che si riferisce il testo di Calamandrei. Devo queste informazioni alla cortesia dell'amico Oscar Sarlo, dell'Universidad de la República di Montevideo.

⁵⁸ E.J. COUTURE, *Los mandamientos del abogado*, Depalma, Buenos Aires, 1949, 59 pp. Nella Biblioteca Giorgio Del Vecchio dell'Università «La Sapienza» di Roma sono conservati due esemplari di quest'opera, uno dei quali porta una dedica autografa: «Al Prof. Giorgio del Vecchio, Mensaje de cordial afecto de C.». Una recensione di Renato Treves a questo libro di Couture si trova in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 243-244.

⁵⁹ La revisione e l'ampliamento di quest'opera doveva durare ancora alcuni anni:

deri, una breve introduzione al tuo libretto, al quale auguro, ed è prevedibile che avrà, la meritata fortuna.

Nel numero di luglio del *Ponte*, che a quest'ora dovrebbe già esserti arrivato, vedrai che sei ricordato due volte: <*Calamandrei continua a scrivere sul bordo sinistro della lettera*> la prima per quell'incidente studentesco al quale ti trovasti testimone all'Università di Roma⁶⁰; la seconda per la pittura di Pedro Figari⁶¹, della quale io vorrei che si potesse tenere a Firenze una mostra nella prossima primavera. Sarà possibile?

Vedrai che in quella nota che ho scritto sul *Ponte* a proposito del Figari si allude in un punto alla Venere di Botticelli⁶². L'allusione, per te altrimenti incomprensibile, si riferisce a questo episodio: pochissimi giorni dopo che tu eri partito, la polizia di Roma vietò l'affissione di un manifesto della mostra fiorentina di Lorenzo <*sul bordo destro*> il Magnifico perché vi era riprodotta la immagine della Venere del Botticelli, considerata, dalla polizia democristiana, oscena e *contra bonos mores*... Allora io presentai al Ministro una interpellanza ironica, chiedendo che il quadro originale sia tolto dalla Galleria di Firenze, per non offendere il pudore del pubblico (te compreso). E allora il Ministro, temendo il ridicolo, revocò l'assurdo divieto!...

Arrivederci, caro Couture, scrivimi a lungo: ed anche a nome di mia moglie porgi i più cordiali ossequi alla Tua gentile Signora e alle tue bambine, che ci sembrano già persone di vecchia conoscenza... Un abbraccio dal tuo

Piero Calamandrei

Proporre oggi questa lettera per i lettori italiani vuol dire anche ricostruire qualche piccola tessera nel mosaico del dopoguerra ita-

P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Terza edizione raddoppiata, Le Monnier, Firenze, s.d. [ma 1954], XXVI-406 pp. La terza edizione risulta più che raddoppiata rispetto alla prima (1935, 145 pp.) e alla seconda (1938, XXIV-171 pp.). Ne esiste anche una traduzione spagnola: Góngora, Madrid, 1936.

⁶⁰ Cfr. *infra*, § 6; Calamandrei si riferisce agli scontri studenteschi avvenuti sabato 14 maggio 1949 nell'Università di Roma, proprio quando Couture doveva tenere la sua conferenza alla Facoltà di Giurisprudenza.

⁶¹ P. CALAMANDREI, *Scoperta di un pittore: Pedro Figari*, in *Il Ponte. Rivista mensile di politica e cultura diretta da Piero Calamandrei*, V, luglio 1949, n. 7, pp. 903 s. Il pittore Pedro Figari (1861-1939) suscitò un vivo interesse in Calamandrei, tuttavia a Firenze non ho trovato documenti sull'effettiva realizzazione della mostra auspicata in questa lettera.

⁶² Il passo cui si riferisce Calamandrei è contenuto in una parentesi aperta nel discorso sulla visita di Couture: «Ho avuto la gioia di fargli io stesso da guida per le strade e le gallerie di Firenze, riscoprendo con lui questi miracoli, commoventi della sua commozione e lasciandolo estasiato e rapito dinanzi alla Venere del Botticelli: senza rivelargli, per carità di patria, che i nostri paterni governanti... beh, lasciamo correre!» (P. CALAMANDREI, *Scoperta di un pittore: Pedro Figari*, cit., p. 903).

liano; e allora vale la pena ritornare sugli incidenti all'università di Roma, non soltanto per comprendere il contesto in cui si muoveva Couture, ma anche per ricordare come stava nascendo quella repubblica italiana che oggi si tende a vituperare, dimenticando quante libertà ci vengono dalla sua Costituzione, allora appena approvata e anch'essa oggi vituperata.

6. *Couture e gli incidenti alla «Sapienza» del 14 maggio 1949*

Cercherò di far parlare i giornali, oggi in parte scomparsi o trasformati. Già le testate lanciano un messaggio: nel 1949 la voce della destra, «Il Secolo d'Italia», non esisteva ancora (nascerà infatti nel 1952, come uno dei tanti frutti della guerra fredda, e dal 2012 sarà soltanto *on line*), mentre «L'Unità», voce della sinistra allora così forte ed estrema, dapprima ha taciuto (nel 2000), poi ha ripreso flebile.

Forse può sembrare che i giornali di allora avessero riservato poco spazio alla notizia degli scontri all'università romana, ma oggi – abituati ad affrontare quotidiani di oltre una cinquantina di pagine – ci è difficile immaginare che cosa fossero i giornali del dopoguerra: a metà maggio 1949, per esempio, in sole quattro pagine dovevano informare su un mondo in fermento – Shanghai stava cadendo in mano all'esercito di Mao Tse Tung, i tedeschi dell'Est eleggevano il loro nuovo governo su una lista unica, i socialisti italiani si riunivano in un congresso su cui incombeva la minaccia della scissione – e sulla cronaca nazionale e locale, lasciando anche spazio alla pubblicità e ai piccoli annunci economici. Il lunedì, poi, niente giornali; e negli altri giorni quattro pagine a quindici lire, perché la carta era razionata.

Il sabato 14 maggio 1949 Couture, che si era recato alla «Sapienza» per tenervi una conferenza, venne coinvolto negli scontri fra studenti di opposte affiliazioni politiche. I giornali diedero la notizia del tumulto nel numero della domenica, che, per «L'Unità», era un numero destinato ad essere diffuso con lo «strillonaggio» volontario degli iscritti al Partito Comunista. «L'Unità» è il giornale che dà maggior rilievo alla notizia dei fatti di Roma, riportandola in prima pagina con un breve articolo su due colonne: «Violenze fasciste all'Università di Roma. – I gravi incidenti si sono verificati proprio mentre Scelba proibiva il congresso dei giovani democratici»⁶³. Quest'ultimo sottotitolo esige una breve spiegazione. Proprio in quei giorni il Con-

⁶³ *L'Unità. Organo del Partito Comunista Italiano*, 15 maggio 1949, p. 1; poiché quella che viene qui citata è l'edizione dell'Italia settentrionale, non è escluso che notizie più dettagliate siano contenute nell'edizione romana.

siglio dei Ministri, di cui Mario Scelba faceva parte come Ministro degli Interni, aveva proibito una manifestazione per la pace – il tema della «pace» era allora appannaggio delle sinistre – che avrebbe portato a Roma centomila giovani da ogni parte d'Italia. Il divieto, su cui ritornano anche le ultime righe dell'articolo citato, era così formulato: «Allo scopo di evitare possibili turbamenti dell'ordine pubblico nella Capitale [il Consiglio dei Ministri] ha deliberato che tali concentrazioni non siano autorizzate»⁶⁴.

Il cronista dell'«Unità» non praticava certo una weberiana astinenza dai giudizi di valore, ma è dal suo articolo (debitamente sfrondata) che oggi – rispetto alle altre fonti giornalistiche che ho potuto vedere – si può desumere la maggior quantità di informazioni su fatti e antefatti. «L'Università di Roma, – queste le parole con cui si apre il resoconto de «L'Unità», – è stata ancora oggi teatro di una vergognosa aggressione fascista contro gli studenti. Già da alcuni giorni i giovani fascisti del M.S.I. avevano cercato di provocare incidenti durante le votazioni per il Consiglio interfacoltà, votazioni che si svolgono in seguito all'invalidazione delle precedenti elezioni nelle quali il M.S.I., in virtù di una serie di palesi imbrogli, aveva avuto la maggioranza»⁶⁵.

La descrizione del tumulto in cui venne a trovarsi Couture è precisa e, per così dire, tecnica, nel senso cioè di esser stilata da qualcuno che, di quel tipo scontri, doveva avere esperienza diretta: «Questa mattina una settantina di fascisti reclutati nei loro ritrovi abituali, i caffè della Capitale, facevano irruzione nell'aula della Facoltà di Legge nel tentativo di rovesciare le urne di votazione. Pochissimi erano tra loro gli universitari. I fascisti erano prontamente rintuzzati dagli universitari presenti nell'aula, ma ben presto, essendo armati di bastoni, spranghe di ferro, pugni di ferro, e dopo aver lanciato contro gli studenti bottiglie di ammoniaca, avevano il sopravvento. Gli aggressori iniziavano poi una vera battuta per i viali dell'Università, colpendo gli studenti isolati e assalendo chiunque si trovasse nei paraggi della Facoltà di Legge. Una quindicina di studenti risultavano feriti e molti dovevano essere ricoverati all'ospedale».

«L'Unità» inquadrava infine quegli scontri nel più vasto clima di tensione politica di quei giorni: «L'indignazione nell'università è fortissima. Conosciuta l'aggressione, circa quattrocento studenti si radunavano nel piazzale dell'Università per protestare. Non si mancava di rilevare ovunque che l'aggressione fascista è avvenuta proprio nel momento in cui Scelba annunciava limitazioni al diritto di organiz-

⁶⁴ *L'Unità*, 14 maggio 1949, p. 1.

⁶⁵ *L'Unità*, 15 maggio 1949, p. 1.

zazione delle forze democratiche studentesche», quando cioè veniva vietata quella manifestazione per la pace cui si accennava poco sopra.

Anche il «Corriere della Sera», pur occupandosi prevalentemente di notizie dell'Italia settentrionale, pubblicò nelle pagine interne un breve trafiletto, in cui menzionava anche l'involontario coinvolgimento degli uruguaiani. Il titolo è uguale a quello dell'«Unità», salvo che vi si parla di «missini» invece che di «fascisti»: «Violenze di 'missini' all'Università di Roma. – Una ventina di feriti – L'ambasciatore dell'Uruguay uscito illeso dalla zuffa». La sintetica descrizione del quotidiano milanese tiene conto del fatto che i suoi lettori non sono romani e che quindi non conoscono gli antecedenti dell'evento: «Un'ennesima zuffa, più violenta delle altre, si è accesa stamane all'Università, dove, come è noto, si stanno svolgendo le elezioni suppletive per il consiglio dell'Interfacoltà. Dopo gli incidenti dei giorni scorsi, causati – secondo un comunicato emesso ieri dai rappresentanti di tutti i partiti – da elementi neo-fascisti, stamane decine di goliardi si erano schierati davanti alle urne onde permettere che la votazione avvenisse liberamente, e per proteggere le urne stesse che ieri erano state fracassate. Improvvisamente, un gruppo di giovani penetrato nell'atrio tentava di impadronirsi delle urne: ne nasceva una colluttazione, nella quale rimaneva coinvolto anche l'ambasciatore dell'Uruguay, che si stava recando ad ascoltare una conferenza [quella di Couture] ma che si è trovato circondato da un mare di giovani urlanti. Fortunatamente, però, egli è uscito illeso dalla zuffa. Persino delle barricate venivano innalzate con i banchi e con le cattedre. La battaglia si è protratta per un'ora circa, finché, avvertita dagli stessi studenti, è giunta la 'Celere'. I feriti e i contusi ammontano a una ventina»⁶⁶.

La descrizione dei fatti coincide dunque tanto sul foglio della borghesia milanese, quanto sull'organo del maggior partito comunista dell'Occidente. Anzi, le ultime righe del «Corriere» trasmettono una visione più corale e più democratica della reazione a quell'aggressione: «I rappresentanti dei partiti democristiano, comunista, socialista, repubblicano, liberale e monarchico hanno diramato un altro comunicato in cui ribadiscono le accuse contro i 'missini, affermando, tra l'altro, che 'gruppi di facinorosi, formati da elementi non universitari, armati di manganelli, hanno fatto irruzione nella sala ove si svolgevano le elezioni, guidati da studenti di nome, ma non di fatto'. Da parte degli studenti afferenti al M.S.I. le accuse vengono ribattute».

Infine, nel diario di viaggio di Couture è incollato un ritaglio del

⁶⁶ *Il Corriere della Sera*, 15 maggio 1949, p. 4.

«Messaggero» di Roma, che annunciava nei titoli di testa: «Movimentate elezioni allo Studium Urbis – Per la prima volta la polizia entra nell'Università per sedare i violentissimi incidenti accaduti ieri mattina. – Facinorosi irrompono nell'aula delle votazioni. Il professore uruguayano Couture che doveva tenere una conferenza sorpreso dagli incidenti. Numerosi feriti»⁶⁷. Il quotidiano romano descrive l'irruzione nella sala delle votazioni e anche il salto dalla finestra d'un responsabile di seggio, per portare in salvo l'urna elettorale. E si sofferma anche su quanto stava capitando agli uruguayani convenuti per ascoltare Couture: «Uno spiacevolissimo episodio che gli studenti stessi hanno deplorato, – informa «Il Messaggero», – è accaduto quando è giunto il professore uruguayano Couture che doveva tenere una conferenza proprio nell'aula di Giurisprudenza. Il professor Couture era accompagnato dal Ministro dell'Uruguay e dal Rettore Magnifico. Mentre le personalità ascendevano la scalea di accesso all'aula sono esplosi gli incidenti più gravi, tanto che l'auto del Ministro, per ordine del Diplomatico stesso, ha trasportato al vicino Policlinico i feriti».

La cultura degli anni fascisti impregna ancora la lingua dei giornali democratici della borghesia: quelli che per «L'Unità» sono «bastoni» e «universitari», nel «Corriere della Sera» divengono «manganelli» e «goliardi», mentre nel «Messaggero» gli uruguayani non salivano la scalinata antistante la facoltà, ma «ascendevano la scalea».

Fin qui i fatti. Un commento politico illuminante sulla tensione ideologica di quei momenti viene dalla rubrica *Ritrovo* (in cui mensilmente veniva commentata l'attualità) del «Ponte» del luglio 1949. Diversamente dal solito, Enzo Enriques Agnoletti⁶⁸ apre quella rubrica con un corsivo senza titolo, che è uno smarrito commento alla *Cronaca dei fatti universitari*⁶⁹, pubblicata nelle pagine immediatamente successive. Commento smarrito, perché quella *Cronaca* riflette una vicinanza ideologica fra estrema sinistra ed estrema destra che a Enriques sembra quasi un ritorno di tempi weimariani.

Anche se non sono riuscito ad accertarne l'identità, l'autore di

⁶⁷ *Album*, cit., p. 112, cui è incollato un fascicolo di 5 pp. dattiloscritte e un ritaglio de *Il Messaggero* di domenica 15 maggio 1949.

⁶⁸ Enzo Enriques Agnoletti (1909-1986) si laureò con Calamandrei, di cui divenne poi assistente. Fu co-fondatore de *Il Ponte* e poi suo direttore dal 1956, alla morte di Calamandrei. In politica fu dapprima azionista, poi socialista finché Craxi lo espulse dal Partito Socialista Italiano (*Dizionario biografico degli italiani*, vol. 42, pp. 795-797).

⁶⁹ L.I., *Cronaca dei fatti universitari*, in *Il Ponte*, V, luglio 1949, n. 7, pp. 892-895. Non sono riuscito ad accertare chi sia L.I. Da queste pagine sono tratte le citazioni che seguono.

quella *Cronaca* è uno degli studenti feriti trasportato all'ospedale con l'automobile dell'ambasciatore uruguayano. È uno studente della sinistra rivoluzionaria, un fautore dell'«intransigenza operaia» contrario alla «nefasta politica di unità nazionale» del Partito Comunista Italiano. Nell'auto ne discute con un dirigente comunista proveniente dal Partito d'Azione, poi, all'ospedale, «mentre mi disinfettano, sento uno che mi chiama: è Giorgio Ciarrocca, noto dirigente neofascista, che avevo conosciuto nel '42 quando egli, corporativista di sinistra, aveva avuto amichevoli discussioni con me e con il mio amico Massimo Gizzio, ucciso poi dai fascisti nel '44. Ci mettiamo a discutere mentre ci fanno le cure del caso». Gli scontri, come si è detto, avvennero il sabato 14 maggio; lunedì 16 anche questo studente viene accompagnato all'Ufficio Politico della Questura, dove incontra alcuni neofascisti: con essi ha «un'interessante discussione» che rivela i dilemmi ideologici di tutti loro. «Musillo dichiara, – continua lo studente della sinistra rivoluzionaria, – che i giovani del MSI non vogliono più i gerarchi del ventennio, che hanno tradito le aspirazioni 'rivoluzionarie' del fascismo, e mi parla con aperto disprezzo del regime di Franco, che egli definisce 'non fascista, ma democristiano'. Parliamo anche delle interpretazioni 'eretiche' del Risorgimento; di Cattaneo, di Gobetti, di Dorso. A proposito delle correnti di opposizione nel fascismo, il mio interlocutore esprime il sospetto che l'incidente in cui morì Padovani sia stato provocato dai reazionari del fascismo» (cioè, per capirci, dai fascisti di destra). Segue una momentanea detenzione: «Nella cella ci sono due neofascisti giovanissimi, arrestati per aver fischiato il Capo del Governo [...]. Dopo esserci raccontati i nostri reati ci facciamo reciproche congratulazioni». Infine, viene la delusione per il mancato rinnovamento della giovane Repubblica italiana: «Ci portano tutti a Regina Coeli. Sei anni prima, esattamente quel giorno, c'ero stato portato dall'OVRA mussoliniana. Ma allora c'era il fascismo. Adesso invece c'è... la democrazia! Infatti gli agenti non hanno più i fasci, ma la sigla della repubblica. E non ci sono più sui muri neanche i cartelli con le frasi carneluttiane che facevano bella mostra di sé ancora nel dicembre del '47. Ci chiudono con dei collaborazionisti slavi, richiesti dall'URSS come criminali di guerra». Questa era, dunque, l'aria dei tempi: aria mossa da fedeli non tiepide.

Ancora una volta ritorna la solita e ambigua contiguità del fascismo-movimento con la sinistra rivoluzionaria, che esisteva negli anni Venti e che si ritrovava anche in certe sfuggenti e fuggevoli comunanze di vedute tra il neofascismo di Pino Rauti e certe frange della sinistra extraparlamentare. Certo, per chi come Enriques affrontava la costruzione della nuova repubblica animato dagli ideali rinnova-

tori della Resistenza, quell'intreccio risultava non solo indigesto, ma incomprensibile: di qui il suo sgomento davanti a quella *Cronaca*. «Raramente, – commenta, – abbiamo letto un documento che ci abbia fatto più impressione di quello che qui riportiamo». Quel mondo giovanile «spaccato in due come una mela» provoca in Enriques un senso di impotenza: «L'impotenza che ogni generazione sente per non riuscire a comunicare le proprie esperienze alle generazioni successive».

Il diario di viaggio di Couture associa nel ricordo l'università di Parigi e quella di Roma: mentre a Parigi, al momento di iniziare la conferenza, si era sentito nella 'fossa dei leoni' sotto il peso dei ricordi culturali, Roma fu per lui la discesa nella 'gabbia delle tigri sanguinarie'. Il parallelismo delle due formulazioni maschera però una marcata divergenza fra la realtà culturale parigina e la realtà politica romana. «Nel momento in cui giungiamo all'Università, – registra nel diario di viaggio, – con l'ambasciatore Giambruno [...], una valanga di studenti scende la scala portando un ragazzo con un braccio rotto, un altro con la testa insanguinata, un altro azzoppato; e tutto in mezzo a una gazzarra infernale. Questo era dunque il mio pubblico: sinceramente, lo trovavo un po' rumoroso». Mentre l'ambasciatore metteva la sua auto a disposizione dei feriti, ci si chiedeva se, in quelle condizioni, si sarebbe potuta tenere la conferenza. Infine subentrò un po' di calma, e la conferenza ebbe inizio.

Di fronte al consueto folklore d'ogni contestazione universitaria, il commento politico di Couture è pacato e colmo di spirito democratico non ostentato a parole, ma vissuto con naturalezza. Indubbiamente il tumulto lo aveva sorpreso e preoccupato: però «non tanto quanto gli italiani, – aggiunge, – che sono desolati e non sanno che spiegazione fornirmi. Io non do peso all'evento perché, a dire il vero, di tumulti studenteschi ne so qualcosa». Ma per gli italiani è diverso, nota Couture, perché «sono ancora abituati all'ordine 'polacco' (la pace di Varsavia fondata sulle baionette) dei bei tempi del fascismo, e non sanno come spiegarselo»⁷⁰. Dunque, la reazione di Couture è quella di chi è abituato alla democrazia, mentre quella dei suoi col-

⁷⁰ Ecco le parole dell'*Album* di Couture: «No tanto como los italianos, que están desolados y no saben qué esplicaciones darne. Yo le quito importancia al asunto, porque la verdad es que de algaradas estudiantiles conozco algo. Ellos que están todavía acostumbrados al orden 'polaco' (la paz de Varsovia apoyada en bayonetas) de los buenos tiempos del fascismo no le encuentran explicación». E poi: «Giambruno conduce en su auto a los heridos; se produce desconcierto en el sentido de saber si asistirá público a la conferencia; se arremolina la gente en un mundo de conjeturas y cuando una leve ráfaga de paz se cierne sobre la casa, se dispone que la conferencia comience» (112, fasc. di 5 pp.; ritaglio de *Il Messaggero*, domenica 15 maggio 1949).

leghi romani è quella di chi sta ancora abituandosi, e forse non senza qualche difficoltà: è chiaro quindi perché una salda affinità elettiva avesse legato Couture e Calamandrei istintivamente e fin dal primo momento, quando non s'erano mai visti e vivevano separati dall'oceano.

7. Comparazione giuridica e storia contemporanea del diritto

Le biografie dei giuristi traghettatori di idee fra i continenti e la storia contemporanea del diritto fanno parte di quella ricerca di base (*Grundlagenforschung*) che fornisce informazioni a più discipline e, quindi, favorisce la ricerca interdisciplinare. In particolare, le biografie dei giuristi e la storia contemporanea del diritto possono essere utili strumenti ausiliari per i comparatisti perché, illuminando il generale contesto culturale in cui avvengono il trasferimento e la recezione di idee e norme giuridiche, possono gettare luce sulle ragioni dell'accettazione o del rifiuto dell'una o dell'altra soluzione giuridica.

Queste biografie a noi vicine fanno parte della storia contemporanea del diritto. Essa si rivolge soprattutto al secolo XX ed ha una sua metodologia che, come ho cercato di dimostrare altrove, presenta una sua utilità non solo conoscitiva, ma anche pratica⁷¹. Vale dunque la pena di dedicarle attenzione: ma qui cominciano le difficoltà, soprattutto perché gli archivi giuridici contemporanei sono ancora magmatici. Mi limiterò ai soli archivi cartacei, cioè a quelli tradizionali, lasciando da parte quelli relativi alle immagini, ai suoni e all'informatica, che sono non meno importanti, ma che presentano difficoltà tecniche differenti. Lasciamo da parte anche gli archivi degli enti pubblici, che sono (o dovrebbero essere) ordinati e conservati, ma che spesso sono di fatto poco inaccessibili a causa delle barriere burocratiche. Lasciamo da parte pure gli archivi delle case editrici, strumenti insostituibili per ricostruire segmenti di storia della cultura.

Il momento cruciale per l'archivio personale di un giurista sono i primi decenni dopo la morte del suo titolare, quando i documenti non suscitano ancora la reverenza derivante dall'antichità, ma non presentano più l'utilità pratica derivante dall'attualità. Non sono né antichi né nuovi: sono solo vecchi. È in quel momento che bisogna intervenire per salvare l'archivio stesso dalla dispersione. Nei paesi latini d'ogni continente la difficoltà consiste non tanto nell'incuria degli eredi (che spesso anzi fanno sforzi encomiabili per salvare i do-

⁷¹ *Storia contemporanea del diritto e sociologia storica*, a cura di M.G. Losano, Franco Angeli, Milano, 1997, 265 pp., e la letteratura ivi citata.

cumenti), quanto nell'assenza di enti o istituzioni che si prendano cura del riordino, della conservazione e dell'apertura al pubblico dell'archivio. Ciascuno di questi tre passi è essenziale, ma richiede lavoro, spazi e personale. Beni rari, soprattutto in tempi di tagli ai bilanci.

Mi limiterò qui a illustrare il salvataggio dell'archivio di un giurista contemporaneo di Montevideo, cioè di quell'Eduardo Couture protagonista delle pagine precedenti. Il successo dell'impresa è stato favorito da alcune caratteristiche dell'Uruguay. Anzitutto, questo Stato ha avuto giuristi di rilevanza internazionale, con rapporti internazionali ramificati e intensi. In secondo luogo, poiché questi giuristi erano anche avvocati, i loro archivi erano stati tenuti in buon ordine nel corso di decenni da solerti segretarie: situazione pressoché impensabile per un professore *tout court*. In terzo luogo, la piccola dimensione dell'Uruguay evita la dispersione territoriale degli archivi privati: i principali archivi sono di fatto concentrati nella sola città di Montevideo. Negli Stati più vasti, invece, i trasferimenti di sede dei professori hanno in genere effetti devastanti sulla conservazione delle loro carte.

Nel 1998 venne costituito a Montevideo un «*Grupo de trabajo para la preservación de archivos jurídicos uruguayos*», sotto gli auspici della Facoltà di Giurisprudenza de la *Universidad de la República*⁷², di cui ho l'onore di far parte. La nostra attività è consistita dapprima nel riordinare i documenti conservati nell'archivio di Couture e, poi, nel registrarli su un supporto ottico. Trasferito su CD-Rom, questo archivio è oggi a disposizione di università e studiosi, contribuendo tanto alla conservazione, quanto alla diffusione della cultura giuridica uruguiana.

Nel marzo 2003 venne finalmente prodotto e distribuito il CD-Rom intitolato *Archivo privado del Dr. Eduardo J. Couture*, che sfruttava tutte le potenzialità di questo supporto informatico. Su di esso erano infatti riprodotti testi, immagini e anche suoni. La parte testuale comprende le carte dell'archivio Couture, cioè le lettere, le memorie personali e quelle di viaggio (di cui si è avuto un saggio nelle pagine precedenti), i documenti sulle sue attività accademiche, culturali e professionali, i ritagli di giornali e ogni altra documentazione a stampa che Couture aveva ritenuto utile conservare. La parte grafica comprende la riproduzione delle fotografie che documentano i contatti culturali e professionali, nonché alcuni momenti famigliari della vita di Couture. Infine, poiché la radio di Montevideo conser-

⁷² Cfr. *supra*, nota 27.

vava la registrazione di un discorso di Couture su *Trabajo y justicia*, anche questo documento sonoro è stato incluso nel CD-Rom in esame.

Però la digitalizzazione non presenta solo gli aspetti positivi finora visti. Con essa la conservazione dei documenti è di certo realizzabile con maggior ampiezza che con la carta stampata, ma la loro consultazione nel tempo, a lungo termine, si rivela più complessa proprio a causa dell'informatica. Oggi si può consultare senza difficoltà un'edizione dei Seicento, però non più i propri supporti informatici di dieci o vent'anni fa: per i «floppy disks» non sono neppure più reperibili le corrispondenti unità di lettura, per i cd. «dischetti» bisogna procurarsi un lettore esterno, perché gli odierni computer portatili non ne prevedono più l'uso. Ma a questi problemi strumentali, cioè di hardware, si aggiungono quelli dei programmi, cioè di software. Dopo un certo periodo, i programmi applicativi (e anche quelli di base, che li fanno funzionare) vengono modificati più volte, e poi abbandonati a favore di altri programmi non necessariamente compatibili con i programmi anteriori. A quel punto il nostro CD-Rom *conserva* le informazioni, ma l'utente non riesce più ad accedere ad esse: lo *storage* è ottimo, ma il *retrieval* non è più possibile.

Proprio il CD-Rom dell'archivio Couture dimostra che queste difficoltà tecniche non sono un esempio teorico. Quel CD-Rom è stato prodotto dieci anni fa, e oggi il programma statunitense che lo fa funzionare non è più gestito dalla società uruguaiana che ne ha acquistato la licenza per realizzare il CD-Rom. In altre parole, presto potremmo trovarci nella situazione di aver salvato e moltiplicato l'archivio Couture, ma di avere gravi difficoltà nell'accedere ai documenti salvati.

Questa difficoltà insita nella digitalizzazione applicata alle biblioteche e agli archivi è nota da decenni agli specialisti. Infatti le biblioteche devono gestire una quantità esponenzialmente crescente di testi digitalizzati, in parte perché li producono esse stesse (ad esempio, per salvaguardare i propri testi rari), in parte perché un numero crescente di testi viene prodotto soltanto in forma digitalizzata. Questa compresenza di carta stampata e documenti digitalizzati ha ormai trasformato le grandi biblioteche tradizionali in 'biblioteche ibride', con tutta una serie di esigenze (e di costi) loro propri⁷³. Basti qui ri-

⁷³ Sulla «*hybrid library*» esiste ormai un'estesa letteratura. Un quadro generale è nel testo bilingue di KLAUS KEMPF, *Der Sammlungsgedanke im digitalen Zeitalter: L'idea della collezione nell'età digitale*, Casalini Libri, Fiesole, 2013, 132 pp.; Cfr. inoltre, N. BENVENUTI, R. MORRIELLO (a cura di), *Gestione delle raccolte e cooperazione nella biblioteca ibrida*, in Atti del Convegno, Firenze, 13 ottobre 2005, Fi-

cordare che i testi giuridici sono i più adatti alla digitalizzazione, perché numerosi, vasti, ma caduchi nel tempo, e che quindi il comparatista si troverà sempre più spesso a dover cercare il materiale di diritto positivo in banche di dati non necessariamente coordinate, anche dal punto di vista del software.

Mi auguro di aver fornito una prima idea del campo di ricerca e dell'interesse che gli archivi personali e, più in generale, la storia contemporanea del diritto possono presentare anche per il comparatista. Per me, l'aspetto più appassionante di questa ricerca è proprio quello che ad essa viene rimproverato dagli storici 'classici': la mancanza di distanza, cioè la vicinanza (ritenuta eccessiva) dell'oggetto. Ma proprio questo è il suo aspetto più vivo: l'oggetto è vicino; nella ricerca si incontrano volti noti ed eventi di cui si è parlato con i vecchi maestri, e nelle carte quel colloquio continua anche quando i vecchi maestri non sono più con noi. Insomma, si partecipa in prima persona alla conservazione di un frammento della memoria storica del tempo in cui viviamo. Ed è naturale che sia così: la storia contemporanea la facciamo noi.

renze University Press, Firenze, 2006, 112 pp.; L. MARQUARDT, A. SALARELLI (a cura di), *Comunicare la conoscenza ai tempi del web. Ruolo e responsabilità della biblioteca ibrida*, Associazione Italiana Biblioteche, Roma, 2005, 168 pp. O. FOGLIENI (a cura di), *La biblioteca ibrida, Verso un servizio informativo integrato*, Bibliografica, Milano, 2003, 341 pp.

SANDRO SCHIPANI

Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in America Latina: il riconoscimento del sistema

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una esperienza. – 3. La formazione del sottosistema giuridico latinoamericano (cenni). – 3.1. Il sistema del diritto romano e l'avvio della trasfusione di esso nel Nuovo Mondo; la compresenza dei diritti indigeni. – 3.2. Codici dell'indipendenza e della trasfusione del diritto romano; individuazione del sottosistema giuridico latinoamericano. – 3.3. Espansione di alcune implicazioni del riconoscimento del sistema. – 4. Modalità della relazione della scienza giuridica e della legislazione italiana con il sistema giuridico latinoamericano. – 4.1. Sintonia nel rapporto con il diritto romano. – 4.2. Comunicazione scientifica; emersione di una asimmetria di prospettiva ed apertura al superamento della stessa. – 4.3. Piena acquisizione dell'esistenza del sistema giuridico latinoamericano e collaborazione nell'elaborazione delle prospettive che ne derivano di dialogo da sottosistema a sottosistema del comune sistema giuridico romanistico, in una prospettiva aperta. – 5. Riflessioni conclusive

1. *Premessa*

Desidero ringraziare il professor Sacco¹ e gli altri organizzatori di questo Convegno, in particolare il nostro ospite professor Sirena, che mi hanno incluso fra i relatori di una disciplina diversa dalla mia, e con i quali ritengo sia importante per me collaborare. Altri autorevoli colleghi romanisti hanno già goduto della possibilità di una tale collaborazione; mi si permetta ugualmente una breve premessa per sottolineare come veda io alcune delle linee di lavoro che abbiamo in comune e l'importanza di approfondirle.

È quasi abusata l'affermazione secondo la quale vi è una 'comparazione nello spazio' ed una 'nel tempo', e questa seconda sarebbe pro-

¹ Mi è grato ricordare qui l'intervista che ebbi il piacere di svolgere a Sacco: S. SCHIPANI, *I paesi latino-americani*, in R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, 1992, p. 151 ss., che egli ha recentemente citato in altra intervista di cui voglio fare menzione: R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco*, in *Rev. Chil. Der. Priv. Fernando Fueyo Laneri*, 17, 2011, p. 193 ss. In quest'ultima, mi ricorda (p. 219) l'impegno con lui assunto, del volume sul *Sistema giuridico latinoamericano* per il *Trattato*; di questo impegno, questo intervento vuole essere un inizio di adempimento mentre, contemporaneamente, gli rinnovo la promessa.

pria degli storici, come la prima dei comparatisti. Anche io condivido la centralità del comparare, e vorrei aggiungere una precisazione in merito ad essa, traendola dal metodo di procedere al quale Giustiniano esorta i giuristi della commissione che avrebbe composto i Digesti, traendolo dal metodo dei giuristi c.d. classici. Egli, infatti, in un rinnovato clima di studio del diritto ad un elevato livello, supera il metodo della anteriore c.d. legge delle citazioni, che, in caso di *ius controversum*, vincolava a criteri formali di maggioranza (C.Th. 1,4,3), e riapre la via ad una valutazione nel merito, ed alla enucleazione, rielaborazione, determinazione di ciò che fosse «migliore e più uguale» (Const. Deo auct. 6), sulla base della loro scienza. Il giurista del nostro sistema è tale, infatti, perché grazie alla *iuris peritia*, alla *iuris prudentia*, cioè, alla più estesa possibile conoscenza della realtà e della scienza del giusto che acquisisce nell'ascolto di altri autorevoli giuristi e nello studio, compara le diverse proposte e sceglie/elabora quella migliore e più produttiva dell'uguaglianza, e che riterrebbe tale anche per sé².

Un'altra precisazione che mi permetto di proporre è quella che distingue il sistema giuridico dagli ordinamenti. Per il primo, si deve tenere presente il filo di continuità di cui è testimonianza la sequenza costituita dal *generatim ius civile constituere* di Quinto Mucio (D. 1,2,2,41); *digerere/digesta*, che inizia con le opere di Alfenone e Aufidio Namusa (D. 1,2,2,44) e giunge a Giustiniano, ove si incontra con la versione in greco come *σὺστημα*, sequenza in cui si inserisce il *ius in artem redigere*, auspicato da Cicerone (*De Oratore*, 1,42,187-189) e la definizione del *ius* come *ars* compiuta da parte di Celso e citata da Ulpiano (D. 1,1,1pr.), solo nella quale a volte consiste il diritto (D. 1,2,2,12), che comunque senza il suo continuo migliorarlo non può stare saldo insieme (D. 1,2,2,13)³. La prospettiva di un ordine corrisponde piuttosto all'attività dei magistrati che, attraverso la *iuris dictio*, e la collaborazione dei giudici, governano la traduzione del diritto nei fatti, la sua effettività (D. 1,2,2,13)⁴.

² D. 2,2: «Che a ciascuno si applichi lo stesso diritto che abbia statuito nei confronti di un altro», come recita la rubrica nella quale si richiama l'editto del pretore C. Ottavio nel I sec. a.C. (cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3^a ed. 1927, 58 s.).

³ Sottolineo che il diritto civile è posto dalle leggi, nelle loro diverse forme, dai pareri dei giuristi, dall'editto del pretore, dalle consuetudini (cfr. gli elenchi delle fonti di produzione del diritto in Gai. 1,1-7; Papiniano in D. 1,1,7; Pomp. in D. 1,2,2,12; J. 1,2,3-11). Richiamo questi elenchi per evidenziare che quello a cui mi riferisco non potrebbe non essere qualificato come 'positivo' da quanti usano questa qualificazione; altrettanto 'positivo' sarebbe da qualificare il *ius gentium*. Ma l'uso di questa qualificazione crea un anacronismo e comporta equivoci su cui non mi posso trattenere in questa sede.

⁴ Sulla distinzione fra 'sistema' e 'ordinamenti', cfr. P. CATALANO, *Sistema y Ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, in *Mundus Novus. America. Sistema*

Infine, vorrei anche premettere che, pur studiando il diritto latinoamericano da anni, è per me un'occasione quasi nuova quella di riflettere sul modello giuridico italiano nelle sue relazioni con l'America Latina, su cui solo una volta ho prospettato un'osservazione con riferimento all'età del nostro Risorgimento e della Indipendenza dell'America Latina⁵. I contributi che ho ascoltato, per lo più orientati sul diritto di singoli Paesi, e gli altri esistenti che si svolgono secondo tale linea di lavoro, costituiscono una ricca base in relazione alla quale mi propongo di evidenziare i fili sottili della trama di una necessaria ricostruzione d'insieme che, anticipo subito, muove intorno alla prospettiva del riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano, al suo significato per noi e per la nostra relazione di giuristi italiani con essa.

2. Una esperienza

Per immetterci nel problema, vorrei iniziare aggiungendo ai contributi ascoltati un breve cenno relativo ad un'altra esperienza importante.

Il diritto processuale civile, più volte richiamato, è certamente un ambito nel quale la scienza giuridica italiana ha offerto un modello scientifico e legislativo che ha svolto un ruolo in America Latina.

Sulla base del 'diritto indiano', cioè del diritto scaturente dal complesso di fonti anteriori alla Indipendenza, e sulla base dei principi affermatasi con l'Indipendenza, vengono predisposti nel continente latinoamericano nell'Ottocento i nuovi codici, nel quadro di una complessiva comunicazione con la legislazione iberica (spagnola e portoghese) e con quella francese; e, poi, sui codici, si sviluppa una ulteriore dottrina attenta a quella iberica, a quella francese, ma anche, merita sottolinearlo, a quella che è stata chiamata la 'scuola legalistico-formalistica' italiana della fine Ottocento, inizio Novecento: L. Mattiolo (mi riferisco alle *Istituzioni di Diritto giudiziario civile*, e anche al monumentale *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, opere che hanno circolato sia in italiano che in spagnolo), e poi L. Mortara⁶.

giuridico latinoamericano. Congresso internazionale, a cura di S. Schipani, Roma, 2005, p. 19 ss. (= *Roma e America. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 18, 2004).

⁵ Cfr. S. SCHIPANI, *Codici civili del Risorgimento e codici dell'Indipendenza latinoamericana: base comune e consonanze (principi generali del diritto e considerazione giuridica degli stranieri)*, in *Il Risorgimento italiano in America Latina. Atti del Congresso internazionale. Genova 24-25-26 Novembre 2005*, Ancona, 2006, p. 209 ss.

⁶ S. SCHIPANI, *Intervento*, in S. SCHIPANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Un 'codice tipo' di procedura civile per l'America Latina*, Padova, 1990, p. 16 ss.

A questa presenza si sono successivamente affiancate, con molta maggiore incisività, le opere del ‘processualismo scientifico’, e quelle di G. Chiovenda, P. Calamandrei e F. Carnelutti hanno assunto un rilievo indiscusso: ad es., del primo, sono state tradotte in portoghese in Brasile, le *Instituições de Direito procesal civil* (una ristampa è di dieci anni fa: Campinas, 2002); *A ação no sistema dos direitos* (una ristampa è altrettanto recente: Belo Horizonte, 2003; colgo l’occasione per ricordare anche la ristampa della trad. sp. a Bogotà, 1986); del secondo sono stati tradotti in portoghese in Brasile ad es. il *Sistema de direito procesal civil* (una ristampa è São Paulo, 2000); le *Instituições do processo civil* (rist. Campinas, 1999); la *A prova civil. Parte geral: o conceito juridico da prova* (rist. 2003); la *Teoria geral do direito* ecc. Le menzionate ristampe riflettono il ruolo svolto da queste opere, e la rilevanza di questa presenza è stata tale che lo spagnolo N. Alcalá-Zamora y Castillo ha dedicato significative pagine a sottolineare il contributo ispanico alla diffusione della scienza processualistica italiana⁷ (anche riferendosi al dato materiale delle traduzioni-edizioni dobbiamo rilevare come, per lo spagnolo, molte siano avvenute in Spagna per poi avere un irraggiamento nell’intera ispanoamerica, dove, peraltro, ne sono state anche realizzate alcune, come quella degli *Ensayos de Derecho procesal civil* di Chiovenda, tradotti e pubblicati a Buenos Aires, o il *Derecho procesal civil y penal* e *La prueba civil* di Carnelutti, fino alla recente ristampa a Bogotà del libro di Chiovenda sull’azione nel sistema dei diritti, 1986).

La presenza in Brasile di E.T. Liebman ha ‘fondato’ la Scuola processualistica di San Paolo e Alfredo Buzaid ha potuto affermare: «Il diritto processuale civile brasiliano si può dividere in due fasi: prima di Liebman, dopo di Liebman. Liebman è il punto di intersezione in corrispondenza del quale finisce la prima e si inizia la seconda fase, autenticamente scientifica [...] L’attività intellettuale del Prof. Liebman in Brasile incomincia con le lezioni universitarie nella Facoltà di Giurisprudenza di San Paolo e continua con la pubblicazione delle note di riferimento al sistema brasiliano apposte alle *Istituzioni* di Chiovenda [sottolineo il significato di questo tipo di opera], nonché ai libri dello stesso Liebman [...] il Codice di procedura civile – ora tradotto in italiano a cura degli eminenti colleghi Picardi e Giuliani – viene qui presentato [...] [Esso] è il frutto e il risultato del lavoro scientifico del grande giurista durante un lustro d’insegnamento in Brasile»⁸

⁷ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Evolución de la doctrina procesal*, in *El Foro*, 1, 1950 (México), 107 ss. (= in *Estudios de Teoria general e Historia del proceso (1945-1972)*, México, 1974, p. 305 ss.

⁸ A. BUZAID, *Intervento* alla Presentazione del volume *Il processo civile brasi-*

G. Tarzia, in un convegno organizzato a Roma nel 1988 in occasione della discussione del progetto di 'Codice tipo' di procedura civile per l'America Latina, ha sottolineato: «Enrico Tullio Liebman non è stato solo, se così posso esprimermi, l'«esportatore» della sua dottrina e, filtrata da questa, della dottrina processualistica italiana di quel tempo nell'America Latina, e particolarmente in Brasile; è stato anche il primo «importatore» del diritto processuale brasiliano, come, più ampiamente, di quelli del continente Sudamericano, nel nostro ambiente culturale». E aggiungeva: «rileggiamo il saggio del 1948» e ne citava le parole sul punto ove Liebman osservava che l'indagine su quei diritti dell'America Latina ci riporta al «volto originario del Diritto comune europeo». Quindi Tarzia ha sottolineato: «il viaggio e l'insegnamento di Enrico Tullio Liebman hanno aperto una strada che non sarà più richiusa [...] riprova è il convegno sul 'codice modello' per i Paesi dell'America Latina che si sta svolgendo. Il confronto è giunto allo *jus condendum*, nella precisa percezione della comunanza [...] e delle diversità delle quali pure il legislatore deve tener conto». E aggiungeva: «e se potessi aggiungere ancora una parola al riguardo, vorrei dire che il 'codice modello' segna un approccio nuovo, col metodo delle normative-tipo per grandi aree [...] un metodo che anche la Comunità europea non potrà a lungo ignorare». Infine: «chissà se non verrà in mente a qualcuno di consultare questo libro [cioè la traduzione del Codice di procedura civile del Brasile] così come il 'codice modello' anche ai fini della riforma del processo civile nel nostro Paese»⁹.

In sintonia con questa osservazione, il dialogo con i processual-civilisti latinoamericani è proseguito dopo quel convegno, coinvolgendo anni dopo l'esame della Legge brasiliana 9.307/1996 sull'arbitrato e gli accordi del Mercosur del 1998 in materia di arbitrato commerciale internazionale¹⁰, e, poi, affrontando l'esame del *Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Hibernoamérica* nel 2004¹¹, mentre la discussione in Italia sulla materia era particolarmente viva.

Io non sono un processual-civilista, e, di questo lavoro, desidero piuttosto cogliere il profilo di come esso si orienti.

Ricapitolò gli aspetti che mi sembrano salienti: a) una base comune e altresì propria del continente, che accoglie e legge opere ita-

liano dedicato a E.T. Liebman, in S. SCHIPANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Un 'codice tipo'*, cit., p. 511.

⁹ G. TARZIA, *Intervento* alla Presentazione del volume *Il processo civile brasiliano* dedicato a E.T. Liebman, *ivi*, p. 512 ss.

¹⁰ Cfr. *Roma e America*, 3/1997, pp. 99-184; 5/1998, pp. 57-170 (cfr. anche l'estratto congiunto delle due sezioni della rivista)

¹¹ Cfr. *Roma e America*, 17/2004, p. 257 ss.

liane in un contesto di comunicazione giuridica a livello scientifico; b) su tale base si innestano dei contributi scientifici di spiccata qualità, contributi che possono dare una impronta; c) matura, quindi, un 'annotare' che è il risultato di un intenso calarsi nel contesto/di una assimilazione che rivela attenzione alle concordanze, alla de-contestualizzazione e ri-contestualizzazione dei testi, dei concetti, principi, istituti e norme; d) la ri-contestualizzazione è, poi, ulteriormente aperta a nuovi sviluppi, fra i quali emerge, forte, la necessità di armonizzare il diritto dell'intera America Latina; e) da questi sviluppi, però, scaturisce anche un ritorno verso di noi, che non dimentica le diversità, e che è aperto alla riflessione sul comune principio, sul suo articolarsi e sul permanere comune ad una pluralità di ordinamenti; sulla produzione di nuovo diritto.

Non continuo con esempi analoghi¹². Ma vorrei ora tentare di ri-

¹² Lo schematico cenno svolto per il diritto processuale civile potrebbe, a mio avviso, essere ripetuto per altri settori del diritto. Per il diritto commerciale, la presenza a San Paolo di T. Ascarelli arricchisce il dialogo con una collaborazione con il legislatore brasiliano per la redazione di testi legislativi in materia societaria e fiscale, ma cfr. altresì gli scritti *Lucros extraordinarios e imposto de renda*; in collaborazione con R. Gomes de Sousa e J. B. Pereira de Almeida, São Paulo, 1944; *Problemas de sociedades anónimas e direito comparado*, São Paulo, 1945; *Panorama do direito comercial*, São Paulo, 1947; *Sguardo sul Brasile*, Milano, 1949; *Ensaio e pareceres*, São Paulo, 1952, ecc. Anche questo contributo di spiccata qualità è preceduto e accompagnato da quello, meno diretto, di altri illustri Maestri: da C. VIVANTE (*Instituições de direito comercial*, São Paulo, 1928; *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1936 largamente diffuso come pure gli scritti in italiano) ad A. Asquini, e ad altri successivamente, come M. Rotondi, che sono espressione di un dibattito civilistico-commercialistico sulla unificazione del diritto delle obbligazioni civili e commerciali che ha avuto in Italia momenti diversi e una sua traduzione nel nostro Cc/1942, e che, diffusosi anche in altri Paesi dell'America Latina (si consideri il CcPerù/1984, o i diversi progetti di riforma del Cc. Argentina, ecc.), vede nel recente CcBrasile/2002 una ulteriore tappa, non certo l'ultima (su questo codice, cfr. *Roma e America*, 16/2003, e, per il diritto dell'impresa, 17/2004, 59-149 [= *Il nuovo codice civile del Brasile e il sistema giuridico latinoamericano. Atti convegno Roma 2003*]; AA.Vv., *Il nuovo codice civile brasiliano*, a cura di A. Calderale, Milano, 2003), che potrebbe ben essere al centro di una evidente specifica puntuale riflessione di presenza del modello scientifico e legislativo italiano. Il dibattito indicato poi, che investe l'impresa e il diritto del lavoro, ci rinvierebbe ad ulteriori ambiti di studi. Ma a me preme cogliere piuttosto il fatto che, in questi ambiti, emerge sempre e risulta particolarmente proficua la spinta verso un momento unitario e unificante, quale quella che si è recentemente concretizzata nella elaborazione di uno Statuto dell'impresa per il Mercosur (*Roma e America*, 1/1996, 154-247 = *Atti convegno Buenos Aires*) così come nella discussione di un possibile 'Codice tipo' di diritto del lavoro per l'America Latina (*Principi per un 'Codice tipo' di diritto del lavoro per l'America Latina. Atti Convegno Roma 1989*, a cura di G.C. Perone, S. Schipani, Padova, 1993), espressioni, entrambe, di una aspirazione ad uno strumento che, grazie alla unitarietà e qualità, potesse essere più resistente nei confronti di una destrutturazione di principi nella cui elabora-

flettere sulle coordinate entro le quali si è sviluppata questa esperienza per verificare l'esistenza di una'impostazione d'insieme. E ricomincio la mia esposizione per così dire dal principio¹³, articolandola in due parti: la prima, di cenni sulla formazione del sistema giuridico latinoamericano; la seconda, in cui cercherò di indicare un profilo del dialogo giuridico fra Italia e America Latina che mi sembra rilevante.

3. *La formazione del sottosistema giuridico latinoamericano (cenni)*

Il sottosistema giuridico latinoamericano si forma entro il sistema giuridico romanistico, e credo che la sua formazione possa essere utilmente scandita in tre momenti: A) il momento dell'avvio della trasfusione del diritto romano, dell'accrescimento e della compresenza dei diritti indigeni; B) il momento dei codici dell'indipendenza e della trasfusione del diritto romano, e dell'individuazione del sottosistema giuridico latinoamericano; C) il momento dell'espansione di tutte le implicazioni del *suis legibus uti* nel sistema.

3.1. *Il sistema del diritto romano e l'avvio della trasfusione di esso nel Nuovo Mondo, la compresenza dei diritti indigeni*

a) Il sistema giuridico romanistico assume dall'età della sua for-

zione il dialogo italo-latinoamericano è stato ricco e, per il diritto del lavoro, l'uso dello strumento codice in America Latina diffuso. Come il diritto processuale civile, anche la procedura penale potrebbe essere ricordata: al già citato contributo di F. Carnelutti, si può affiancare la presenza di V. Manzini (mi riferisco ad es. al *Trattato di diritto processuale penale*, tr. sp., Buenos Aires) e di altri, e di quel codice italiano di procedura penale che, nonostante il clima in cui era stato elaborato, come fu sottolineato «ha retto il confronto con le istituzioni democratiche [...] si da risultare per lunghi anni compatibile con la successiva Carta costituzionale repubblicana» (così A. Berardi, in *Diz. biogr. it.*, 69/2007). Nel contesto «delle forti tensioni della recente approvazione di un Codice di procedura penale» in Italia (1988), il dialogo con il diritto latinoamericano si è inserito con la presentazione di un 'codice modello' di procedura penale per l'America Latina che, come hanno sottolineato G. Conso, E. Massa ed altri, si presenta come «un punto di riferimento al di sopra dei contrasti» (Massa); come un contributo di dottrina che costituisce un esempio «di soluzioni comuni per un insieme di Paesi, così da collocarsi sul fronte opposto, facendo da freno ai frazionamenti, alle divisioni, alle contrapposizioni [ponendosi] sulla stessa linea lungo la quale si muove la Comunità europea» (Conso), come un richiamo ai principi che ha significativi punti di collegamento con la nostra legislazione, e differenze preziose da considerare giungendo da Paesi «avvinti da analoghe tradizioni giuridiche» (Conso).

¹³ Quanto al 'principio', cfr. D. 1,2,1, su cui S. SCHIPANI, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto (schede sulla formazione di un concetto)*, in *Ricerche dedicate a F. Gallo*, 3, Napoli, 1997, p. 631 ss. (= in S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, rist. 2011, p. 83 ss.).

mazione diverse caratteristiche fra le quali mi interessa ora richiamare brevemente le seguenti: universalismo e uso delle proprie leggi; il diritto è in funzione degli uomini dei quali tende a rendere uguale la libertà; il diritto è prodotto, oltre che dalle leggi espressione della volontà del popolo, dalla perizia e competenza dei giuristi; codici prodotti dal legislatore e dai giuristi; traduzione.

Cerco di chiarirle in poche parole.

La prospettiva di apertura universalistica del diritto è presente nel diritto romano fin dalla fondazione di Roma che si colloca nel quadro di una concezione dello stesso con al vertice la divinità inter-etnica *Iuppiter*, e la convinzione che il popolo, che si veniva costituendo e individuando su un concreto territorio proprio, aveva con gli altri popoli, noti o ancora ignoti, quelli che secoli dopo vennero indicati come *multa iura communia* (Cic., *de Off.*, 3,108). Venendosi a specializzare, a seguito della fondazione della città, il *ius Quiritium*, quella ‘comunione di molti complessi di diritto’ non veniva meno, e difatti, maturò poi in quello che è stato designato dai giuristi come *ius gentium* o, da altri giuristi, in modo più articolato, come *ius naturale* e *ius gentium* (Gai.1,1 = D. 1,1,9; Ulp. 1,1,1,3). Questa complementarietà è a volte dialettica (si consideri, ad es. il contrasto fra diritto naturale e diritto delle genti per la servitù: D. 1,5,4,1). Questa complementarietà, peraltro, per cui da un lato la città / cittadinanza si ‘fonda’ dandosi proprie leggi (D. 1,2,2,4: *civitas fundaretur legibus*), e altresì elaborando un diritto proprio dei *cives* / dei cittadini, e perciò ‘civile’, e trae identità dal *suis legibus uti, suo iure uti*, e d’altro lato è al contempo immersa in un ‘diritto comune di tutti gli uomini’; questa complementarietà è strutturale¹⁴.

La *civitas* riconosce, come detto, un proprio momento di ‘fondazione’ nel darsi proprie leggi che sono espressione della sua volontà, come popolo. Peraltro, questa ‘fondazione’ auto-identificativa della città/cittadinanza è tesa ad *aequare libertatem*/rendere sempre più uguale la libertà (Livio 3,31,7): tale obiettivo dinamico non è poi solo di quelle prime leggi, ma proprio delle leggi pubbliche, prodotte dal popolo. Tale obiettivo è proprio altresì del diritto come tale, che è definito appunto ‘sistema di ciò che è buono ed uguale’ (D. 1,1,1pr.: *ius est ars boni et aequi*) ed il cui uso è per gli uomini, in quanto tali (D. 1,5,2: *hominum causa omne ius constitutum est*), nella strutturale complementarietà fra proprio e universale sopra richiamata¹⁵.

¹⁴ Cfr. S. SCHIPANI, *Suis legibus uti/avvalersi delle proprie leggi*; in *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, a cura di S. Lanni, Napoli, 2011, p. 439 ss.

¹⁵ S. SCHIPANI, *I codici di Giustiniano come modello di ricerca della consonanza nelle trasformazioni e riforme del diritto e della società, e i codici moderni*, in *Il*

Le leggi vengono indicate dai giuristi come la prima fonte di produzione del diritto romano. Esse sono espressione della volontà del popolo e già le Leggi delle XII Tavole confermano ciò (XII,5 = Livio 7,17,12.). Ad esse sono affiancate altre fonti. I giuristi affiancano le leggi come già visto nella autoidentificazione nel diritto, e vanno oltre ad esse nella elaborazione del diritto comune a tutti gli uomini; nella ricerca dell'uguaglianza, che è essenza del loro lavoro; attraverso la loro quotidiana opera di 'miglioramento' di tutto il diritto che scaturisce da diverse fonti non gerarchizzate fra loro¹⁶, e che fanno 'stare saldo insieme'.

Questo sistema è codificato da Giustiniano e dai suoi giuristi¹⁷ per tutti gli uomini¹⁸.

Questo sistema è tradotto, rielaborato nei Basilici, proiettato verso i paesi slavi; è rilanciato da Bologna attraverso il lavoro dei giuristi e delle Università, fra le quali ricordo qui Salamanca; attraverso la Glossa, l'opera di Bartolo, o le *Siete Partidas*; esso alimenta il nascere e lo svilupparsi del diritto canonico di una Chiesa che 'vive secondo la legge romana', e che, a sua volta dà poi contributi importanti; esso orienta le vicende dell'Impero ed è alla base dell'attività del Tribunale Camerale Imperiale creato nel 1495. È questo sistema del diritto romano, accresciuto, che viene messo di fronte ad una novità inaspettata con il viaggio di Cristoforo Colombo¹⁹.

b) La riflessione giuridica che si apre con l'evento del 1492 contrassegna gli svolgimenti posteriori; attinge a principi radicati e li ripropone per orientare, di fronte al nuovo, condotte il cui adeguamento ad essi fu incerto, contraddittorio, ma che comunque avviano

libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro, a cura di M. Papa, G.M. Piccinelli, D. Scolart, 2, Napoli, 2011, p. 1057 ss.

¹⁶ Una certa, contraddittoria, gerarchizzazione delle fonti di produzione del diritto romano troviamo in età tardo-antica nei confronti della consuetudine: C. 8,52; diversa era la dottrina di Giuliano contenuta nei Digesti: D. 1,4,32.

¹⁷ Si noti: indico i giuristi a fianco all'imperatore per sottolineare che questi è espressione del potere del popolo di fare leggi, quelli della *prudentia*, *peritia* e conseguente *auctoritas* con la quale pure, come ricordato *supra*, si produce diritto, e vengono riconosciuti come 'fondatori' dei Digesti (Consta. Tanta 17). Nei codici, cioè, vi è il convergere delle due fonti di produzione del diritto, non il monopolio di una sola, e ciò spiega che, nel sistema, il diritto ha continuato ad essere non solo prodotto dalla legge, e fonti derivate, ma anche dalla scienza giuridica.

¹⁸ Si ricordi: con la cancellazione della categoria degli stranieri; ma senza perdere il contatto con la realtà della presenza, al di fuori dell'Impero, concepito come universale, di 'altre comunità politiche organizzate'.

¹⁹ Cfr. cenni in S. SCHIPANI, *Premessa*, in Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Testo e traduzione*, a cura di S. Schipani, I, Milano, 2005, p. VII ss.

una 'trasfusione' del diritto romano nel Nuovo Mondo; accresce il sistema²⁰.

Come ho altra volta indicato²¹, credo di non sbagliare rilevando che la discussione sulla vera natura di quegli individui che erano stati incontrati nei territori scoperti, cioè, se essi fossero dei bruti, degli animali, sia il segno della consapevolezza che, riconoscendoli come uomini, essi avevano i loro diritti. Mi pare che la controversia abbia un suo momento alto nella Bolla *Sublimis Deus* del 2 giugno 1537 del Papa Paolo III (Alessandro Farnese), fortemente ispirata dalla lettera del frate domenicano Julián Garcés, primo vescovo della Nuova Spagna: in questo testo si riconoscevano 'la libertà e la proprietà delle proprie cose', e in sostanza la validità dei diritti dei popoli che erano venuti, o sarebbero venuti in contatto con i cristiani, ai quali la Bolla si rivolgeva. Tale Bolla, nonostante la diffusione di essa sia stata fermata dall'Imperatore Carlo V, influi sulla legislazione che seppe ribadire il sopra richiamato principio di *suis legibus uti* (mi riferisco soprattutto alle due Cedole del 1530 e del 1555 raccolte poi nella *Recopilación de leyes de Indias*, 2,1,4; 5,2,22 che prescrivevano l'osservanza de *las costumbres y forma de vivir de los indios*, e mi riferisco alla *Instrucción* a Cañete del 1556 con la dottrina delle 'due repubbliche', o all'opera di Juan de Solórzano Pereira²²).

Relazioni fra gli uomini e lo spazio, e la terra; città e municipi; università (Messico, Lima nel 1551, e poi le altre) e libri; diritto romano, diritto canonico, *costumbres de los indios*, maturazione di una visione unitaria del continente anteriormente inesistente, sono alcuni degli assi portanti dell'accrescersi del sistema in un quadro teorico che affrontava quella realtà che solo la designazione 'Mondo nuovo' riusciva a rappresentare (non a caso, si è parlato di rottura dell' 'universalismo chiuso medioevale'²³).

²⁰ La categoria della 'trasfusione' è stata proposta dal romanista argentino A. DÍAZ BIALET, *La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el Derecho Común Americano*, in *Atti Congresso Internaz. St. Accursiani Bologna 1963*, Milano, 1968, p. 1007 ss., e poi dallo stesso utilizzata ad es. in *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código civil argentino (1864-1869)*, in *Studi Sassaresi*, 1977-1978, Milano, 1981 (= *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano. Atti Colloquio internazionale 1978*), p. 251 ss.

²¹ S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il diritto dei nuovi mondi*, Padova, 1994, p. 64 ss.

²² Cfr. A. LEVAGGI, *República de Indios y república de españoles en los reinos de Indias*, in *Rev. Est. Hist.-Jur.*, 23, 2001, p. 419 ss.; G. LOBRANO, *Continuidad entre las «dos repúblicas» del derecho indiano y el 'sistema republicano municipal' del derecho romano*, in *Roma e America*, 24, 2007, 1, p. 7 ss.

²³ Cfr. *Studi Sassaresi*, V, cit.; *Mundus Novus*, cit. e lett. ivi cit. Mette in luce tre

3.2. Codici dell'indipendenza e della trasfusione del diritto romano; individuazione del sottosistema giuridico latinoamericano

a) Il principio di 'fare uso di proprie leggi', con la spinta all'uguagliamento della libertà in esso incluso, è alla base delle dichiarazioni dell'indipendenza politica che scaturisce dai *cabildos* municipali nella prima metà dell'Ottocento²⁴, e che porta a rendere proprio al continente il sistema, la 'Roma americana'²⁵.

Costituzioni, codici, Università, che pongono nel loro centro ideale la Facoltà di Giurisprudenza, ne sono espressione.

Mi riferisco alla ricca serie di atti che si snoda dall'Atto di federazione delle Province Unite della Nuova Granata del 1811; al loro inserirsi sul precedente diritto conservato in vigore per quanto non contraddicesse i nuovi ordinamenti da esse tratteggiati.

Mi riferisco alla necessità di leggere tali costituzioni in connessione con i codici, di cui molte di esse prevedevano espressamente la composizione²⁶.

Mi riferisco alle Università, che vengono fondate *ex novo*, come in Brasile (dalla proposta del 1823 alla realizzazione piena del 1827) o rinnovate: il modello della *Universidad de Chile* rinnovata da Andrés Bello, suo primo Rettore (1843), pone al centro la formazione dell'*abogado*, il cittadino del continente che ha la lingua comune della convivenza in esso²⁷.

Mi riferisco alla ricerca di uguaglianza e di cancellazione delle differenze che tradisce in parte se stessa relegando nel silenzio i diritti indigeni di origine precolombiana, che però resistono.

In questo secolo, la formazione del sottosistema giuridico latinoamericano perviene alla sua maturazione attraverso l'elaborazione scientifica della propria identità.

elementi fondamentali di questo incontro P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Studia Pólay*, Szeged, 1985, p. 167 ss. (= in Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 114 ss.) parlando di un 'blocco etno-culturale romano-iberico-precolombiano'.

²⁴ Una piccola raccolta dei primi testi relativi a questi anni, curata da D. Esborraz, in *Roma e America*, 29/2010, p. 293 ss.

²⁵ L'espressione è di José da Silva Lisboa, e fu usata nel dibattito relativo alla città ove istituire un centro universitario di studi giuridici in Brasile che si svolse nella Assemblea costituente: cfr. VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR, *O Poder legislativo e a criação dos cursos jurídicos*, Brasília, 1977, p. 33.

²⁶ Cfr. *Il riferimento al termine 'código' nei primi documenti costituzionali latinoamericani*, in *Roma e America*, 12, 2001, p. 371 ss.

²⁷ Cfr. *Index*, 4, 1973 (= *Diritto romano e Università dell'America Latina*, indagine a cura di P. Catalano); H.-A. STÄGER, *Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Gütersloch, 1967.

b) Il continente e il suo nome: Indie, Ispanoamerica, Lusoamerica, Iberoamerica, Nostra America diventa America Latina. Ho già altre volte sottolineato l'importanza dell'elaborazione-affermazione di questa designazione²⁸.

È stato messo in luce come in Europa, soprattutto in Francia²⁹, ma con una prospettiva sovranazionale, nella prima metà dell'Ottocento sia riemerso, in studi attenti agli scenari nuovi che si venivano delineando, il riferimento alla 'latinità'. Alla dicotomia storiografica romani-germani, a cui si ateneva ancora Hegel³⁰ si sostituiva in quei decenni una quadripartizione latini-germani-anglosassoni-slavi. Questa qualificazione 'latino', a base etno-linguistica, è stata anche presente come strumento ideologico degli obiettivi di espansione francese al di fuori d'Europa³¹.

Il riferimento alla 'latinità' viene usato in America con un portata diversa di quella sviluppata in Francia, cosa che non è stata abbastanza evidenziata.

Di fronte alla espansione degli Stati Uniti del Nord America che occupano oltre metà del Messico nel 1847, ed alle imprese di William Walker nell'America Centrale, in Nicaragua e Costa Rica (1856), «estas acciones originaron la reacción del Continente entero que empezará a designar a sí mismo latinoamericano en contraposición con lo sajón de la otra agresiva América»³². La spinta a forme di unità, già ben presente fin dai tempi del Congresso Anfritrionico di Panama convocato da Bolívar (1826), produce un dibattito politico-istituzionale relativo alla creazione di una *Unión de las Repúblicas de América Latina* (1859), *Liga Latinoamericana* (1861), *Unión Latinoamericana* (1865), nello svolgimento del quale troviamo testimoniato negli scritti del cileno Francisco Bilbao e del colombiano José María

²⁸ S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, cit., p. 96 ss.; ID., *Latinità e sistema giuridico romanistico*, in *La latinité en question*, Paris, 2004, p. 300 ss.

²⁹ A. ARDAO, *Genesis de la idea y el nombre de América Latina*, Caracas, 1980; ID., *El encuentro lingüístico y la América Latina*, in *Quinientos Años de Historia, Sentido y Proyección*, a cura di L. Zea, México D.F., 1991, p. 48. Egli cita RAYNOUARD, *Choix des poésies originales des Troubadours*, 6, *Grammaire comparée des langues de la Europe Latine, dans ses relations avec la langue des Troubadours*, Paris, 1821 e ricorda che l'espressione era da tale autore già stata usata nel 1816; egli (*Genesis de la idea*, cit., p. 42 ss.) analizza altresì il dibattito storiografico, e politico, degli anni 1820-1840: Guizot, J. Michelet, A. Thierry.

³⁰ *Lezioni sulla filosofia della storia universale*, 1822-1830.

³¹ Per l'America, il riferimento più immediato è all'impresa di Massimiliano I d'Austria, sostenuta da Napoleone III, in Messico.

³² L. ZEA, *El descubrimiento de America y la universalización de la historia*, in L. ZEA (a cura di), *El descubrimiento de América y su Impacto en la Historia*, México D.F., 1991, p. 13.

Torres Caicedo il nome nuovo: *América Latina*³³. In questa nuova unità lessicale, *Latina*, con la lettera maiuscola, non è aggettivo, ma è assunto come un secondo nome che si affianca al primo³⁴. Sono autori certo consapevoli di quanto si elabora da Parigi quelli che lo usano, e credo si debba condividere che nell'uso dei citati autori latinoamericani sia dominante il contenuto 'no racial' del riferimento alla latinità, 'difensivo'³⁵.

c) Con questa autoidentificazione politico-giuridica del Continente, converge, nella scienza giuridica, grazie al brasiliano Clovis Beviláqua, l'individuazione della specificità delle *legislações da America*. Beviláqua, nel suo *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*³⁶, utilizzando e correggendo lo schema proposto dal francese Glasson, individua i diritti dell'America, che veniva ormai chiamandosi Latina, come quelli che più direttamente hanno assunto la base romanistica. A questa elaborazione, auto-identificazione costruttiva del sistema partecipano altri come João Pereira Monteiro (USP), Cândido Luiz María de Oliveira (URJ), Enrique Martínez Paz (U. Nacional Córdoba), Abelardo Saraiva da Cunha Lobo (UFRJ) e il flusso di tali analisi si consolida³⁷. Questa auto identificazione co-

³³ Cfr. i testi di F. BILBAO, J.M. TORRES CAICEDO, in A. ARDAO (a cura di), *Genesis*, cit., p. 171 ss. e la loro analisi, *ivi*, pp. 65 ss. e 99 ss.

³⁴ Cfr. A. ARDAO, *Genesis de la idea y el nombre de América Latina*, cit.

³⁵ J. Vasconcelos, presso Zea 14. Sull'uso del termine 'raza', da parte degli autori in esame vale l'osservazione dello stesso Torres Caicedo: «Empleamos la palabra, aun cuando no es rigurosamente exacta, para seguir el espíritu y el lenguaje de la convención que hoy domina» (cit. presso A. ARDAO, *Genesis*, cit., p. 86). D'altra parte, nel sistema del diritto romano, il riferimento a 'latino' non indica dei popoli legati fra loro sulla base di vincoli di sangue o razziali. Di grande interesse è anche il contributo di E. AYALA MORA, *El origen de la identidad latinoamericana a partir del discurso católico en el siglo XIX*, in *La latinité en question*, cit., p. 146 ss., che non contraddice gli elementi messi in luce da A. Ardao, a cui aderisco, ma indica una componente concorrente. Lo stesso riferimento alla latinità emerge, infatti, in quegli anni nella Chiesa Cattolica, con riferimento all'iniziativa del sacerdote cileno José Ignacio Eyzaguirre Portales, che promosse a Roma la costituzione del Pio Collegio Latinoamericano che iniziò la sua attività di Seminario nel 1858 (inizialmente denominato Seminario Americano, e poi certo già con la ancora attuale denominazione dal 1867).

Può essere interessante tenere presente che l'obiettivo di «impulsar el desarrollo de los conceptos de ciudadanía europea y latinoamericana» è stato affermato dalla XI Conferenza Interparlamentare CE/AL, São Paulo, 3-7/5/1993, *Acta final*, par. 22).

³⁶ 2^a ed., Bahia, 1897.

³⁷ Cfr. puntualmente P. CATALANO, *Il diritto romano attuale dell'America Latina*, in *Index*, 6, 1976, p. 92 s. (= in ID., *Diritto e persone*, cit., p. 135 s.). D. ESBORRAZ, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista*, I. *La labor de la Ciencia jurídica bra-*

struttiva del sistema che segue i codici della trasfusione del diritto romano e dell'indipendenza: sottrae definitivamente il diritto dell'America Latina a diritto di una periferia/espansione dell'Europa; lo costituisce in un altro centro dialogante con l'Europa su una base comune e universalisticamente aperta, che rende tale dialogo privilegiato e aperto.

3.3. *L'espansione di alcune implicazioni del riconoscimento del sistema*

L'individuazione del sistema sembra liberare il suo configurarsi sia in relazione a fattori radicati ma trascurati nella prima codificazione di esso sia a fattori nuovi. Provo a indicare tre linee di questo sviluppo: a) la riemersione delle istituzioni indigene di origine precolombiana; b) la diffusione e articolazione della ricerca dell'uguaglianza, fra solidarietà e individualismo; c) i 'codici tipo'.

a) Trascurando molti profili, vorrei qui solo indicare in primo luogo come la piena acquisizione del potenziale del principio del *suis legibus uti* in relazione all'auto-identificarsi da parte del sistema nel suo insieme, lo apre anche al suo interno: è il caso dei riconoscimenti delle istituzioni di origine precolombiana.

La nuova Costituzione del Messico del 1917, conseguente alla Rivoluzione iniziata nel 1910 intervenne prestando attenzione alle diverse realtà etno-culturali del Paese che vennero poi regolate da altre leggi: così, ad es., la Cost./1917, dedica direttive in materia di proprietà e uso della terra e dell'acqua, ai «nuclei di popolazione che, di fatto o di diritto, conservino lo stato di comunità <e che> avranno la capacità di sfruttare in comune le terre», alla protezione della «piccola proprietà agricola». Ne derivò una normativa relativa, ad es., agli *éjidos*. In Perù, la Costituzione del 1920 riconobbe le comunità indigene e la imprescrittibilità del loro diritto alle loro terre; la Cost./1933 dedicò ad esse tutto un titolo e dispose programmaticamente una legislazione speciale e il CcPerù/1936 include anche un titolo (art. 70 ss.) relativo alle comunità indigene, dichiarandole sottoposte alla Costituzione e ribadendo la necessità di legislazione speciale, così iniziando la ricerca degli strumenti, con esso collegati, adeguati ad una

sileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX; e II. *La contribución de la Ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, rispettivamente in *Roma e America*, 21, 2006, p. 5 ss.; 24, 2007, p. 33 ss. ha poi approfondito e arricchito la riflessione sulla elaborazione svolta in Brasile e in Argentina del sistema (soprattutto i contributi di João Pereira Monteiro [USP], Cândido Luiz Maria de Oliveira [URJ], Enrique Martínez Paz [U. Nacional Córdoba], Abelardo Saraiva da Cunha Lobo [UFRJ]) ponendo in luce il ruolo della comparazione.

ricerca dell'uguaglianza dei cittadini non solo affermata, ma da costruire anche attraverso diversità normative. S'innesta, peraltro, un'occasione di meticcio importante, perché il plurisecolare contatto tra le due esperienze giuridiche, la stessa scrittura e riflessione non antropologica ma giuridica riguardo alle istituzioni indigene di origine pre-colombiana è trasformazione, ed è immissione in un circuito vivo.

Non percorro oltre questa linea di accrescimento del sistema; mi basta averla richiamata e segnalare la sua crescita come una di quelle che continua la maturazione della specificità del sottosistema latinoamericano che, anche grazie al modello municipale (non a caso, una delle categorie utilizzate per avvicinarsi ad un inquadramento di questa esperienza è quella dei *municipios indigenas*), che fa coesistere una pluralità di centri autonomi di produzione del diritto, nel caso aventi una originarietà e originalità radicata (ma tali spesso erano i *municipia* anche proprio nell'età della formazione del sistema) che, in prospettiva, potrà forse interpretare altresì la diversità fra i confini dei territori dei popoli indigeni rispetto a quelli degli stati³⁸.

b) La spinta all'uguaglianza anche attraverso la maggiore articolazione delle normative permea anche altri profili della società, dal mondo della famiglia e dell'educazione a quello del lavoro, dalla campagna alle città, alla trasformazione delle forme della produzione e del modo di aggregare gli interessi intorno a questa (lavoratori-datori di lavoro; consumatori-produttori; produzione-importazione ecc.). Le grandi migrazioni hanno dato un loro contributo. Mutano rapidamente nell'arco del secolo le forme d'inserimento nel contesto internazionale, economico e finanziario, con ripercussioni che fanno crescere dipendenze nuove che tendono a scuotere il sistema dalle fondamenta, ma aprono altresì dinamiche nuove.

c) L'unità e specificità del sistema, combina la pluralità di repubbliche con lo sviluppo della propria unità del diritto. Tema presente nelle codificazioni sopra ricordate, nelle ricezioni in blocco o incrociate³⁹, esso si ripropone con il programma di armonizzazione costituito dai 'codici tipo' / 'codici modello', che ritengo sia qualificabile come specificamente latinoamericano, e che è volto ad orientare l'armonizzazione attraverso la elaborazione appunto di un modello co-

³⁸ Cfr. *I diritti dei popoli*, a cura di S. Lanni, cit.; s.v. S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema giuridico latinoamericano*, cit.

³⁹ «La unidad social de nuestro continente» era addotta da Manuel Arcísar in una lettera del 1856, come motivo per la ricezione nella Nueva Granada del codice civile elaborato da Andrés Bello e appena approvato in Cile: J. ARCÍSAR SORDO, *Relaciones entre Bello y Arcísar*, in *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario*, Caracas, 1981, p. 137 ss.

mune prodotto dai giuristi: esso è stato introdotto, infatti, nel 1963-1971, con riferimento al diritto penale (*Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General*⁴⁰), poi è stato provato in materia di Diritto tributario⁴¹, sviluppato in materia di procedura civile (*Anteproyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica*⁴²), di procedura penale (*Bases para orientar en Latinoamérica la Unificación Legislativa en Materia Procesal Penal*⁴³, e, successivamente il *Código procesal penal modelo para Iberoamérica*⁴⁴). Da ultimo, il Parlamento Latinoamericano ha elaborato i: *Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa* (2003)⁴⁵.

Altre linee di sviluppo potrebbero essere significativamente indicate⁴⁶; ma ritengo opportuno segnalare la convergenza fra due di esse che manifestano una sintonia con l'esperienza italiana che intendo evidenziare.

4. *Modalità della relazione della scienza giuridica e della legislazione italiana con il sistema giuridico latinoamericano*

Lascio da parte l'esame della base giuridica comune fra Italia e America Latina con riferimento alle manifestazioni di essa nel periodo anteriore all'indipendenza, e la lascio da parte anche se certo è vero il ruolo primario dell'elemento iberico, ma è anche vero che nell'insieme del diritto che si trasferiva vi è una presenza di giuristi e libri italiani, e di italiani, che merita attenzione, dalla Glossa⁴⁷ o dalle opere del *mos italicus* e dei suoi sviluppi⁴⁸ ai contributi più recenti

⁴⁰ A cura di F. Grisolia, 3 voll., Santiago, 1973; per il concetto di 'codice tipo', in particolare vol. 1, p. 140 ss. e vol. 2, p. 11 ss.

⁴¹ *Texto del anteproyecto de Código tributario interamericano*, Rosario, (Santa Fe-Argentina), 1982.

⁴² Montevideo, 1988.

⁴³ In *Bol. Col. Abog. Guatemala*, 29-2-1981, pp. 1-81

⁴⁴ Buenos Aires, 1990.

⁴⁵ In *Roma e America*, 21/2006, p. 331 ss.

⁴⁶ Cfr. anche S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, cit., p. 99 ss.

⁴⁷ Cfr. A. DÍAZ BIALET, *La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el Derecho Común Americano*, cit.

⁴⁸ La cultura giuridica di quella età è, nel suo insieme, così radicalmente comune che non consente di attribuire un particolare valore alle provenienze nazionali di opere giuridiche o di docenti di diritto. Può interessare, comunque, che, ad es., G. DOLEZALEK, *Libros jurídicos anteriores a 1800 en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX*, in *Studi Sassaresi*, V, cit., p. 491 ss. riscontra che su 156 libri giuridici presenti nel fondo antico della Biblioteca dell'Uni-

(limitandomi ad un es. di questi ultimi, basti citare Beccaria, la legislazione del Granducato di Toscana del 1786 e il divieto della pena di morte nella Costituzione del Venezuela del 1863).

Venendo al periodo delle costituzioni e codificazioni dell'indipendenza, della maturazione del sottosistema latinoamericano e dell'espansione di questa acquisizione, mi pare che si possano cogliere tre successive modalità della relazione della legislazione e della scienza giuridica italiana con il sistema giuridico latinoamericano: A) sintonia nel rapporto con la comune base romanistica; B) comunicazione scientifica; emersione di una asimmetria di prospettiva e apertura al superamento della stessa; C) piena acquisizione dell'esistenza del sistema giuridico latinoamericano e collaborazione nella elaborazione delle prospettive che ne derivano.

4.1. Sintonia nel rapporto con il diritto romano

L'Italia del Risorgimento compie un'importante rilettura del diritto romano. Non tocco l'ambito del diritto pubblico⁴⁹.

Con riferimento ai codici, la rilettura richiamata⁵⁰ ha due punti significativi per la relazione della scienza giuridica e dei codici stessi dell'Italia con il diritto dell'America Latina: a) il primo è quello del rinvio ai «principi generali del diritto» in caso di lacuna; b) il secondo è quello del riconoscimento a cittadini e stranieri dei diritti tutelati dal codice stesso.

a) È stato giustamente sottolineato che il riferimento ai 'principi generali del diritto', oltre che per la funzione specifica relativa alle lacune della legge, è da assumere come cifra per interpretare il modo

versità di San Marco di Lima, 56 furono stampati in Spagna, 28 in Italia, 20 in Francia ecc., e che gli autori spagnoli sono 56, gli italiani 31, i tedeschi 11 e i francesi 11, ecc.

⁴⁹ Cfr. soprattutto il filone di studi sviluppato da P. Catalano e G. Lobrano, e di cui, fra le prime discussioni in Italia, cfr. il Convegno *Stato e istituzioni rivoluzionarie in Roma antica. Atti Sassari 1973*, in *Index*, 7, 1977; più recentemente cfr. G. LOBRANO, *Il modello giuridico repubblicano romano nella Indipendenza latino-americana e nel Risorgimento italiano*, in *Il Risorgimento italiano*, cit., p. 189 ss.

⁵⁰ L'espressione che uso, 'rilettura', è per necessità sintetica e non può dire nulla sulle mediazioni attraverso le quali questa di volta in volta si realizza. Segnalo l'inserirsi fra queste dell'opera del A. SAINT-JOSEPH, *Concordances entre les codes civiles étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840. Di questa, è stato segnalato anche il ruolo per la relazione fra i codici europei e quelli latinoamericani: K.H. NADELMANN, *Kritische Notiz zu den Quellen der Rechte Sud- und Mittelamerikas. Anthoine de Saint-Joseph Tabellen*, in *RebelsZ.*, 20, 1955, p. 499 ss. L'opera del Saint-Joseph ha avuto anche una traduzione in spagnolo: F. Verlanga Huerta-J. Muñiz Miranda, Madrid, 1843.

in cui il legislatore si è rappresentato il rapporto del codice, e della legislazione in generale con il sistema giuridico entro cui quelli si inserivano, e con il giurista, interprete, ma anche fonte del codice stesso. Soprattutto per tale complessivo significato lo richiamo ora⁵¹.

Le impostazioni relative a questo tema emerse nei primi decenni della codificazione sono state in Europa, come sappiamo, diverse.

Il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756)⁵², non prevedeva né l'esistenza di lacune, né il 'riferimento al legislatore' in quanto le lacune stesse sarebbero state colmate dagli altri corpi di norme, e principalmente dal diritto romano⁵³.

Un'impostazione opposta è formulata nel rinvio ai 'principi generali di questo codice' dell'ALR/1794 Prussiano, Introd. par. 49, che, integrato dal riferimento al legislatore per il *casus dubius* (parr. 46-48), è espressione della volontà del legislatore di chiudere il testo di legge su se stesso e di escludere ogni altra fonte di diritto che non fosse dallo stesso ammessa e allo stesso subordinata⁵⁴; impostazione che è espressione dell'obiettivo che Federico II aveva lucidamente espresso mezzo secolo prima: «Principalmente deve essere abolito il diritto romano latino, ed essere approvato, su base prussiana, un diritto territoriale tedesco» (Estratto dall'Avis/Ordinanza 9 maggio 1746)⁵⁵.

L'impostazione che vede nuovamente inserito il codice nel sistema porta a proporre il rinvio all'*équité* nel Progetto dell'Anno VIII del Codice francese⁵⁶. Certo tale rinvio è stato eliminato nel *Code Na-*

⁵¹ Cfr. da ultimo A. GUZMÁN BRITO, *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales Códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid, 2011. Come il titolo esattamente dice, il contributo si riferisce al problema della interpretazione, ma tocca altresì il punto ora in esame [per alcune precisazioni che mi ha suscitato, cfr. S. SCHIPANI, *Relazione conclusiva, in Principi generali del diritto. Un ponte giuridico tra Italia e Argentina. Atti Brescia* (in corso di stampa)].

⁵² Richiamo questo codice perché esso rappresenta un'impostazione che risulta più condivisa di quanto sostiene la storiografia giuridica maggioritaria per influenza dello statual-legalismo divenuto posteriormente egemone.

⁵³ Nel Commento che il von Kreittmayr (vol. 5, 1758) scrisse al codice, è particolarmente interessante il ripetersi del riferimento ai *principia*, termine-concetto il cui ruolo viene crescendo.

⁵⁴ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto)*, in *Riv. dir. civ.*, 49/2, 1994, I, p. 359 ss.(= in S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit., p. 122 s.).

⁵⁵ La posteriore rilettura ha colto il molto materiale romanistico ugualmente presente; mi riferisco, ad es., a quanto emerge dall'opera del H. DERNBURG, *Preussisches Privatrecht*, 1871-1878 che investe tale codice con il metodo pandettistico. Lo qualifico però 'materiale' perché inserito in un disegno che voleva contrapporsi.

⁵⁶ C.E. DELVIN COURT, *Cours de code civil*, I, Paris, illustra la nozione di 'équité

poléon, il cui art. 4 non detta alcun criterio che costituisca guida per l'interprete, e la dottrina maggioritaria al momento della approvazione del codice stesso risulta orientata nel senso di una etero-integrazione che attinge al sistema del diritto romano e dei suoi sviluppi.

Il rinvio ai «principi del diritto naturale» del par. 7 dell'ABGB/1811⁵⁷ (la traduzione che uso è quella ufficiale del testo adottato per i territori italiani) introduce una etero-integrazione destinata ad essere guidata dalla ricca letteratura della Scuola del diritto naturale centroeuropea nei suoi diversi filoni, più e meno romanistici, e nel suo permanente inserimento in una dimensione sovranazionale, di presenza di un comune diritto, pur nelle trasformazioni dell'Impero del 1806⁵⁸.

Il rinvio ai «principi generali del diritto» dell'art. 15 del Codice albertino/1838 sappiamo che è il frutto della diffusa critica espressa da diversi organi del regno nei confronti del progetto del 1832 che adottava la soluzione austriaca. Invero, si devono forse opportunamente distinguere le regole d'interpretazione contenute nel par. predetto. Questo cambiamento è profondo, e comporta una differenza rispetto agli altri codici visti⁵⁹.

Tale formula rappresenta così un punto di equilibrio sottile, radicato in posizioni presenti nel dibattito dell'epoca e altresì, in certa misura, innovativo anche proprio per la carica di permanente romanismo e revisione critica e unificatrice di cui è portatore⁶⁰.

L'individuazione di questa cerniera fra testo del codice e sistema,

naturale' con riferimento al diritto romano, che è ritenuto alla base del codice, e di cui il codice è espressione; ancora più esplicito, «quant à l'équité», C.B.M. TOULIER, *Droit civil français suivant l'ordre du code*, I, Paris, 1819, p. 116 afferma: «C'est surtout dans les écrits des jurisconsultes romains qu'il [il giurice] trouvera des guides surs et des règles de decisions infailibles».

⁵⁷ «Nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen»; la traduzione in italiano sopra riportata è quella ufficiale per l'uso di tale codice nel Regno Lombardo Veneto.

⁵⁸ Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit., p. 123 ss. (non a caso lo J. UNGER, *System des österreichischen Privatrechts*, 3 voll., 1856-1864 osserverà: «Dieses Naturrecht glaubte man in jus gentium der Römer wiederfinden zu können» [3^a ed., Leipzig, 1876, p. 67, par. 11]).

⁵⁹ Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit., p. 128 s.

⁶⁰ Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit., p. 126 ss. Per alcuni significativi usi del termine 'principi' che precedono questa adozione da parte del Codice albertino, che, peraltro, lo precisa nel modo evidenziato, cfr. anche *supra* non solo il divergente uso dell'ALR, par. 49, ma anche n. 81; 86; 88. Vorrei aggiungere come esempio italiano il A. DE SIMONI, *Discorso preliminare al Progetto del Codice civile per la Repubblica italiana del 1803*: «20. La giurisprudenza è quella che deve regolare l'arbitrio del giudice, e magistrato per poter con i principi, e i dettami della civile prudenza penetrare lo spirito e la ragione finale della legge nell'oggetto e fine del legislatore, e nella sua analogia» (cfr. P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*, Milano, 1971, rispettivamente, p. 259 ss.).

nella sua complessa totalità e tradizione criticamente vagliata, aderiva, in ultima analisi, a convincimenti diffusi dei quali, eccettuata la linea di chiusura dell'ALR, finiva con il costituire una sintesi, riaffermando l'immersione dei codici nel sistema del diritto romano, di concetti, istituti, principi e norme del quale essi rappresentavano rilettura, accrescimento, sviluppo a volte innovativo.

Il Codice civile del regno d'Italia del 1865, all'articolo 3, accolse il riferimento ai 'principi generali del diritto' proprio del Cc. albertino. Il diritto dell'Italia del Risorgimento, la scelta del Cc. del 1865 valorizzano quindi la formulazione che più direttamente si riferisce al sistema giuridico romanistico nella sua unitarietà e coerenza. Il romanista bolognese Filippo Serafini⁶¹, chiamato nella Regia Università di Roma, ivi svolgeva la sua Prolusione nel 1872 indicando nel diritto romano non solo «l'elemento civilizzatore dell'Europa nascente dalle tenebre», ma soprattutto quella «pratica filosofia applicata al consorzio civile» che lo portava costantemente a cercare nel *Corpus Iuris* il modo di intervenire, di completare e correggere il Codice civile⁶².

Anche il Ccsp./1889 la fece propria, all'art. 6⁶³, isolandola quasi del tutto rispetto alla problematica dell'interpretazione della legge.

La formula del Codice albertino esprimeva adeguatamente il rapporto dello stesso con il sistema, che, come ha sottolineato Díaz Biallet, si era trasfuso e veniva, conforme alle parole di Bello, 'purificato' da quanto era in contrasto con le rivoluzioni dell'Indipendenza, e altresì conservato come patrimonio comune al continente, legato in unità.

Il Codice civile del Perù del 1852 all'art. IX del Tit. prel.⁶⁴, quello dell'Uruguay del 1868 all'art. 16, quello dell'Argentina del 1869 all'art. 16 fissano legislativamente il riferimento ai 'principi generali del

⁶¹ Cfr. S. SCHIPANI, *Le scuole di diritto romano nella cultura contemporanea a Roma*, in *Il classico nella Roma contemporanea. Mito, modelli, memoria*. Roma, 18-20 ottobre 2000, Istituto Nazionale di Studi Romani, 2, Roma, 2002, pp. 364 e 398.

⁶² F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare (Prolusione al corso di diritto romano nella R. Università di Roma)*, 1872 (= in *Opere minori. Parte prima. Scritti vari*, Modena, 1901, p. 201 ss.), su cui B. BRUGI, *Le opere minori di Filippo Serafini*, in *AG*, 68, 1902, p. 159 ss.; G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza*, Napoli, 1986, p. 41 ss.

⁶³ S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit., p. 139 ss.

⁶⁴ Esso recita: «Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, obscuridad ó insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverán, atendiendo: 1. al espíritu de la ley; 2. á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3. á los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, á fin de obtener una regla certa para los nuevos casos que ocurran».

diritto' già presente nel *Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay*, art. 7, del 1852 di E. Acevedo, e nel *Proyecto de Código civil de 1853*, art. 4 di A. Bello che non è poi stato accolto nel codice a motivo di quanto già disposto nella legge sulla motivazione delle sentenze.

Il riferimento ai «principi generali del diritto» si diffonde alla lettera in modo incontrastato ed univoco negli altri codici fino ai giorni nostri⁶⁵. Oppure, permanendo, introduce importanti aperture alla specificità del sistema giuridico latinoamericano stesso, come da ultimo sembra suggerire l'art. VIII Disp. Prel. Codice civile del Perù del 1984⁶⁶.

Anche se non si avvalgono del riferimento ai 'principi generali del diritto', non dissimile è l'impostazione degli altri codici dell'America Latina⁶⁷.

L'adozione di tale rinvio non è però segno di una dipendenza, ma di una sintonia che porta ad una immissione, peraltro, in un contesto diverso, che rimane tale: quello del diritto comune dell'America Latina; quello del sistema giuridico latinoamericano.

Questo rinvio rappresenta la risposta del diritto comune dell'America Latina al rischio di frammentazione del diritto connessa con le vicende dell'Indipendenza. Esso manifesta un permanente rapporto di eterointegrazione dei codici con il sistema; un loro vitale inserimento nel sistema. Esso costituisce altresì un punto di contatto con la codificazione del nostro Risorgimento. È la viva presenza dell'antichità, riletta attraverso i principi giuridici, che si propone nell'attualità⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. art. 20 Codice civile del Distretto Federale del Messico del 1870 e del 1884, ripreso nell'art. 19 del Codice civile del 1932; art. 7 Introduzione del Codice civile del Brasile del 1916, non modificata dal Codice del 2002; art. 4 Codice civile venezuelano del 1916, art. 4 Codice civile ven. del 1922, art. 4 Codice civile ven. del 1942 (con solo piccoli mutamenti redazionali dall'uno all'altro); art. 5 *Ley Orgánica del Poder Judicial* della Costa Rica del 1938; art. 1 comma 2 e art. 193 Codice di procedura civile boliviano del 1976 che ha modificato la precedente menzionata impostazione di rinvio al legislatore; art. 6 comma 2 Codice civile del Paraguay del 1985 (il precedente essendo il Codice civile di Vélez).

⁶⁶ Cfr. S. SCHIPANI, *El Código civil peruano de 1984 y el sistema Jurídico Latinoamericano (Apuntes para una investigación)*, in *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima dal 9 al 11 de Agosto de 1985*, Lima, 1986, p. 39 ss.

⁶⁷ Il Codice civile di Haiti del 1825, art. 8 dipende in effetti in modo assai diretto dal Code Napoléon; così pure il Codice civile di Oaxaca del 1827, all'art.12; il Codice civile boliviano del 1831, all'art. 1570, invece testimonia l'impostazione fedele alla necessità del 'rinvio al legislatore', nella sua complessa ascendenza giustiziana, castigliana, francese rivoluzionaria).

⁶⁸ Per il Ccalbertino, cfr. ad es. F. SCLOPIS, *Dello studio e dell'applicazione delle*

Sintonia di Risorgimenti, di Indipendenza, di *suis legibus uti* attraverso la rilettura del sistema del diritto romano.

Il nesso con il diritto romano che il risorgimento da un lato recuperava e d'altro lato voleva rielaborare, che si esprime nel Ccit./1865 e nella formula richiamata di rapporto-immersione del codice nel sistema, trova quindi una sintonia nell'indipendenza latinoamericana che si manifesta anche in un altro profilo emblematico: nel riconoscimento a tutti gli uomini della tutela dei diritti previsti dai codici.

b) Anche l'esame della considerazione giuridica dello straniero apre la via alla constatazione di una radicale consonanza⁶⁹. I Codici di Giustiniano e dei suoi giuristi hanno raccolto e portato avanti sviluppi di cui la Costituzione di Caracalla aveva segnato un momento rappresentativo: nelle Istituzioni di Giustiniano è eliminata la categoria stessa dei *peregrini*, e la estesa trattazione che ad essi davano le Istituzioni di Gaio. Momento essenziale è poi certo la glossa di Accursio alla *lex: cunctos populos* e poi la elaborazione svolta da Bartolo. Ma non è questa la sede per ripercorrere queste tappe, pur fondamentali del concreto universalismo del popolo in crescita.

Il Codice Napoleone, all'art. 11 statuisce una delle soluzioni che l'esperienza della concorrenza fra diritto romano comune e istituzioni giuridiche medioevali aveva elaborato, quella della reciprocità diplomatica⁷⁰. L'ABGB austriaco, dopo avere affermato al par. 16 che tutti gli uomini hanno diritti innati, al par. 33 afferma che agli stranieri spettano gli stessi diritti che ai nazionali, ma aggiunge che deve essere accertata la reciprocità, ponendo l'onere della prova a loro carico⁷¹. Il Codice austriaco era in vigore in Lombardia e Veneto. I Codici italiani preunitari e gli altri codici civili europei adottano varie soluzioni.

leggi. Discorso detto dinanzi all'eccellentissimo R. Senato di Piemonte nella solenne apertura dell'annuo corso giuridico, Torino, 1844, p. 17 ss. L'impostazione ad es. di Bello possiamo vederla espressa nelle note parole programmatiche: «eredi della legislazione del popolo re [...] la restituiscano alle istituzioni repubblicane [...] la purifichino dalle macchie che contrasse sotto l'influsso del dispotismo»; ha cioè presente la necessità di una rilettura del diritto romano critica e selettiva in funzione degli uomini, sempre attenta ai «principi dell'equità e della retta ragione» che in esso sono incorporati, e che sempre devono esserne tratti fuori: *Discurso de instalación de la Universidad*, Santiago de Chile, 1843, p. 28.

⁶⁹ Cfr. S. SCHIPANI, *Codici civili del Risorgimento e codici dell'Indipendenza latinoamericana*, cit.

⁷⁰ H. CONRAD, *Individuo e comunità nel diritto privato del XVIII e del principio del XIX secolo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 9, 1956, parte I, p. 31 ss.

⁷¹ S. SCHIPANI, *Il 'modello' romano del Code Napoléon: problemi del diritto delle persone*, in *La nozione di Romano tra cittadinanza e universalità. Da Roma alla Terza Roma*, Napoli, 1984, p. 135 ss.

Su questo punto, nei codici in Europa l'innovazione matura con il Cc. italiano del 1865⁷².

La preparazione del Codice civile unitario produce tensioni culturali e politiche, che si traducono in proposte diverse⁷³. Nello stesso tempo, come già evidenziato in relazione al rinvio ai 'principi generali del diritto', elemento comune è la consapevolezza della centralità del diritto romano, del quale proprio viene riattivato il significato più pieno proprio a cominciare da questo problema. Per quanto si riferisce agli stranieri, negli anni 1848-1849, nel Regno delle Due Sicilie viene presentata una proposta di legge per eliminare la regola della reciprocità e parificare la condizione giuridica dei regnicoli e degli italiani non regnicoli⁷⁴. Ed in questo clima culturale napoletano si inseriscono le lezioni napoletane di Pasquale Stanislao Mancini⁷⁵.

Nel 1860, il Cassinis propose il suo primo progetto di Codice civile, elaborato da una Commissione mista, che all'art. 34 stabilisce così una equiparazione con riserva dichiarata. Questo articolo fu eliminato nel secondo progetto, ma viene poi accolto nell'art. 3 del Cc. del 1865, nel quale vengono altresì eliminate le limitazioni che in tale primo progetto ancora lo oscuravano. Tale criterio era frutto del contributo dei giuristi emiliani, ed anche certamente del Mancini, e costituisce uno dei contributi più importanti che i giuristi del Risorgimento italiano hanno dato.

Anche in America Latina, le Costituzioni sono i documenti in cui, con l'Indipendenza, vengono poste le prime regole relative al punto in questione. In alcune, troviamo affermazioni fondamentali: la Costituzione della Gran Colombia, del 1821, art. 183, garantiva agli stranieri di qualunque nazione la stessa tutela delle loro persone e proprietà che agli altri cittadini⁷⁶. Numerose altre costituzioni hanno successivamente seguito questa linea⁷⁷.

⁷² Tale apertura universalistica, invero, si era già fatta presente. In Francia, la Costituzione del 1791, al Titolo VI, «Dei rapporti della Nazione Francese con le Nazioni straniere» garantiva agli «stranieri, stabiliti o no in Francia, di poter succedere ai loro parenti stranieri o francesi [...] di stipulare contratti, acquistare e ricevere dei beni siti in Francia, e disporne, come ogni cittadino francese, con tutti i mezzi autorizzati dalla legge».

⁷³ S. SOLIMANO, «Il letto di Procuste». *Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003.

⁷⁴ Cfr. l'esame del contributo del Savarese in C. STORTI STORCHI, *Ricerche*, cit., p. 294 ss.

⁷⁵ Cfr. S. SOLIMANO, *op. cit.*, p. 279, n. 54.

⁷⁶ Cfr. *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830*, I, Caracas, 1961, p. 368.

⁷⁷ Cfr. H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado; em base histórica e compa-*

Poi, i Codici civili, una volta superata la diretta influenza del Codice civile francese⁷⁸, cominciando dal Cc. del Cile/1855, opera del grande romanista Andrés Bello, seguono la linea tracciata dalle citate costituzioni: «La legge non riconosce differenza fra il cileno e lo straniero per quanto attiene all'acquisto e godimento dei diritti civili regolati da questo codice» (art. 57, già così formulato nel Progetto del 1853⁷⁹, coincidente, nella sostanza, con il Progetto del 1852, di Acevedo, per la Repubblica Orientale dell'Uruguay, art. 15). Questa regola fu generalmente seguita⁸⁰.

Il fondamento lo troviamo implicito nelle scelte romanistiche di Andrés Bello: questi, infatti, nelle sue *Instituciones de Derecho Romano*, non aveva introdotto distinzioni relative alla cittadinanza, a differenza di quanto aveva invece fatto l'Álvarez⁸¹.

Il fondamento lo troviamo espresso esplicitamente, poi, dal brasiliano A. Teixeira de Freitas che polemizza con il Codice Napoleone e, nel 1858, nella Introduzione alla *Consolidação das Leis Civis*, annota: «La differenza fra stranieri e cittadini venne successivamente scomparendo, vi furono gradi intermedi fin quando non fu abolita (L. 17 Dig. *De stat. hom.*). Essendo venuta meno questa differenza, cessò la distinzione fra il *jus civile* e il *jus gentium*, che si identificarono. Corrispettivamente, non essendo mai esistito in Portogallo, né esistendo fra noi un Diritto civile dei cittadini in contrasto con un altro Diritto civile degli stranieri, è venuta meno, nell'ambito del Diritto civile, la differenza fra cittadini e stranieri. A questo stesso risultato perviene Savigny [...]»⁸². Ribadendo poi nella Nota all'art. 38 del *Codigo Civil. Esboço*, «Questo è il nostro diritto, sono questi i

rativa, positiva doutrinaria, specialmente dos Estados americanos, I, *Introdução e Parte Geral*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1980, p. 390.

⁷⁸ Cfr. l'influenza diretta del *Code* ancora nel Cc. Bolivia/1831, art. 7 e nel Código General. República de Costa Rica, Materia civil/1841 art. 7; nel Cc. Perù/1852, art. 33 ss.

⁷⁹ Cfr. ANDRÉS BELLO, *Obras Completas Caracas*, XII, *Código Civil de la República de Chile*, Caracas, 1954.

⁸⁰ Cfr. ad es. non solo lo stesso codice di Bello, quale recepito in Ecuador, nel 1860, art. 43; nella Confederación Granadina, ad es. in quello del Cauca del 1869, art. 58; nel Venezuela del 1862, Tit. I, L. 1, art. 5 ripreso in quello del 1867, art. 23, e del 1873, art. 17; ma anche nel Codice civile dell'Uruguay del 1868, art. 22 co. 2; dell'Argentina, del 1869, art. 53. ed altri una rassegna in H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, cit.

⁸¹ A. BELLO, *Obras Completas Caracas*, 14, *Derecho Romano*, Caracas, 1959, p. 11 ss.; J.M. ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, Guatemala, 1818-1820 (rist. della edizione messicana, México, 1982, I, p. 82 ss.), opera con diverse riedizioni, sia in Spagna che in America Latina.

⁸² A. FREITAS TEIXEIRA DE, *Consolidação das Leis Civis*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1915, p. XC, n. 213.

nostri costumi. In Francia è il contrario, nella teoria del Cod. Nap., criticata da quasi tutti gli autori, e già molto modificata: ivi, nel codice citato è prevista la reciprocità diplomatica all'art. 11 [...]»⁸³.

Anche in relazione a questo problema, il principio che si è affermato si alimenta nella apertura strutturale del sistema del diritto romano a tutti gli uomini, e nel comune radicarsi in esso delle spinte migliori del nostro Risorgimento e della Rivoluzione per l'Indipendenza dell'America Latina. Ma ne assume una specifica lettura, che potremmo qualificare la più fedele alla linea di fondo di tendenziale unificazione della considerazione giuridica della persona.

Ritengo che non vada sottovalutata questa consonanza, e capacità di cogliere le esigenze degli uomini, della pluralità di repubbliche che si veniva configurando, e di prospettare, attraverso l'approfondimento delle basi del sistema, la ricerca dei principi generali comuni che regolino, senza distinguerli, i diritti dei cittadini e degli stranieri, cioè di tutti gli uomini.

4.2. *Comunicazione scientifica; emersione di una asimmetria di prospettiva e apertura al superamento della stessa*

Questa sintonia fra Italia e America Latina si travasa nelle esperienze del genere di quella da cui ho tratto il punto di partenza di questa relazione, e si confronta con un'asimmetria profonda.

È stato sottolineato che «le relazioni tra diritti latino-americani e diritto italiano si sono sviluppate più ancora sul piano delle costruzioni teoriche, e cioè del pensiero, che su quello del vero e proprio riferimento a modelli legislativi». E si è precisato che i «fattori reali di esercizio di un'influenza estranea sullo sviluppo del diritto nazionale» possono essere «di un tipo di pressione – od oppressione – politica *tout court* che incide sul tessuto legislativo di un dato stato; o di una pressione economica che determini certi riflessi sul piano politico legislativo; ovvero di uno sviluppo di esperienze, operative e di studio, che vengono fatte proprie da un dato ordinamento. Per quanto concerne l'America Latina, se l'influenza di altri Paesi può essere riferita ai primi due tipi [...] per quanto concerne l'Italia il discorso può porsi esclusivamente nella prospettiva del terzo tipo sopraindicato. [...] Muovendo da testi legislativi affini, tutti scaturenti da una matrice comune, il pensiero giuridico italiano si è sviluppato, specie nei primi decenni del secolo, in misura superiore e più accessibile di quella di altri. [...] La propensione della dottrina italiana ad un mag-

⁸³ A. FREITAS TEIXEIRA DE, *Codigo Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, 1864 (rist. 1983), p. 27 ss.

gior rigore di costruzioni dogmatiche, avvertita dagli studiosi latinoamericani, ha finito per far preferire istintivamente tale dottrina a quella francese»⁸⁴.

Credo che questo sia da condividere, ma ritengo che, nello svolgimento di questa comunicazione scientifica, vi sia anche stato di più; cioè, che alla base di essa vi fossero i germi di una più corretta e completa comprensione, come emerge dall'esempio inizialmente da me riferito e dagli altri che potrei richiamare, e che fonda un punto di vista, che è anche una via di sviluppo, che ritengo attuale. Dobbiamo parlare di acquisizione e condivisione – inizialmente in parte implicita e su cui gli studiosi italiani si interrogavano – dei risultati scientifici raggiunti dai colleghi latinoamericani e di avvio del superamento di ciò che fonda la asimmetria segnalata. Cioè, dai primi decenni del secolo passato, il modo di operare dei giuristi italiani sopra richiamati ha percepito la rilevanza fondamentale:

- del risultato scientifico dell'autoriconoscimento-costitutivo da parte dei giuristi latinoamericani del sistema giuridico latinoamericano e

- della necessità che il dialogo si svolgesse a partire dal livello del sistema.

La 'novità' del Nuovo Mondo si è rivelata ancora attiva: l'acquisizione compiuta da parte della scienza giuridica latinoamericana della fine dell'800-inizio '900, che aveva messo in luce la specificità del sottosistema latinoamericano, si collocava in un momento in cui le vicende dei grandi complessi di esperienza giuridica vedono l'affiancarsi/il sostituirsi della ricezione del Code civil, a cui aveva fatto seguito con maggiore estensione quella della Scuola dell'Esegesi, con quella della Pandettistica e del BGB mentre si erano allargati e si continuavano ad allargare gli orizzonti in Russia/Paesi slavi, Africa, Estremo Oriente.

Nei primi decenni del secolo passato, però, gli studi comparatistici non solo dedicavano, al massimo, qualche limitata attenzione agli ordinamenti di alcuni Paesi (Argentina, Brasile, Bolivia, Messico ecc.) e non facevano spazio all'esistenza di un sistema giuridico latinoamericano (A. Esmain; G. Sauser-Hall; H. Lévy-Ullman), bensì sottolineavano che tali legislazioni erano imitazioni del diritto continentale europeo, e massimamente di quello francese, o comunque si riferivano all'ordinamento di questo o quel singolo stato europeo⁸⁵. Dalla metà

⁸⁴ P. VERRUCOLI, *Situazione e prospettive di sviluppo dei rapporti tra sistema giuridico latinoamericano e diritto italiano*, in *Quad. Latinoam.*, 1, 1977, pp. 30 e 33.

⁸⁵ Cfr. D. ESBORRAZ, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano*, cit., I, p. 9 s.

del secolo passato, si avvia poi una svolta, nelle opere di David, di Felipe de Solá Cañizares, José Castán Tobeñas, [...], ma mi pare che l'impostazione resti eurocentrica e così legata alla propria prospettiva statual-legalista che veniva proiettata su una realtà diversa, e, diciamo francamente, anche con modalità tali da influenzare questa diversa realtà⁸⁶. Anche l'opera di R. David, *Les grandes systèmes juridiques contemporaines*, della metà del secolo scorso, che per tanti altri aspetti ammiro, non riusciva a superare in modo maturo questo limite.

Per andare alla radice del problema, credo che dobbiamo tenere conto del fatto che dalla fine dell'Ottocento e in modo programmatico ed esplicito fino oltre la metà del secolo scorso, ma spesso per molti studiosi in modo implicito fino ad ora, si è creata una divergenza di fondo fra Italia, ed Europa da un lato, e America Latina dall'altro. Mentre l'America Latina rimane prevalentemente in equilibrio fra costruzione degli ordinamenti delle repubbliche e coscienza del proprio diritto comune, la riflessione sul diritto in Europa era egemonizzata, a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento, dallo statual-legalismo, che un filosofo del diritto italiano (G. del Vecchio) qualificò come «miope statolatria»; statual-legalismo dalle radici ben più risalenti, ma che ora traeva la propria forza dal coniugarsi con quello che un giurista colombiano (A. Valencia Zea) qualificherà «nazionalismo giuridico che schiavizza l'Europa»⁸⁷.

Alla fine dell'800, infatti, in Europa il nazionalismo diventa egemone, e si traduce anche in 'nazionalismo giuridico'; i codici 'diventano' strumenti dello stato territoriale nazionale, della chiusura dei rispettivi ordinamenti su se stessi. Il positivismo delle fonti alimenta lo statual-legalismo prodotto dalla dottrina che, nel contempo, rinuncia al proprio ruolo di fonte del diritto, e lo riconosce solo alla legge. La prospettiva dell'ALR, in termini solo apparentemente mutati, si generalizza, anche se senza mutare i testi delle leggi, e sarà solo il Cc.it./1942 a registrare all'art. 12 delle Disp. Prel., il passaggio dal 'diritto' allo 'ordinamento giuridico dello Stato', che era già in atto da decenni. Con riferimento all'Italia, alla posizione di Serafini, già ricordata, si può emblematicamente contrapporre quella che si avvia con Fadda e Bensa che fanno discendere dal fatto che il codice abbia 'adottato' certi principi (del diritto romano) il fatto che ad essi si possa, anzi 'sia obbligatorio' fare riferimento⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. D. ESBORRAZ, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano*, cit., I, p. 10 ss.

⁸⁷ Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit.

⁸⁸ C. FADDA, E. BENZA, *Note a B. WINDSCHAEID, Diritto delle pandette*, tr. it. degli stessi, Torino-Roma-Napoli, 1902, nota *t* al par. 23, p. 128 ss.; cfr. S. SCHIPANI,

La scienza giuridica europea ha stentato a vedere la novità e capirla perché il discorso latinoamericano sul sistema si collocava sul livello del sistema, e non su quello degli ordinamenti degli stati nel quale la scienza giuridica europea, e la comparazione da essa svolta rimaneva imprigionata.

Vorrei insistere, anche se forse sono fili assai sottili quelli che cerco di raccogliere e condurre alla composizione di un tessuto. Come è stato sottolineato in uno studio recente, la comparazione nasce e si sviluppa in America Latina, sulla base della ricerca del diritto migliore⁸⁹. Se le *Note* del codice di Vélez sono un chiaro programma di questo genere⁹⁰, il lavoro che si sviluppa in Brasile lo è ancora di più. Si tratta di un *digerere* il diritto del sistema e di enuclearne il proprio, quello che viene a costituire il sistema latinoamericano. La prospettiva latinoamericana era l'affermazione, l'elaborazione, il miglioramento del proprio diritto comune, che non viene cancellato o frantumato. Non a caso l'art. 1807 del CcBras/1917 non dichiara revocato il diritto romano neppure per «as materias de derecho civil reguladas neste Código». La intensa assunzione della base romanistica, segnalata da Beviláqua, come da altri, nel riconoscimento del sistema, è il motore del sottile equilibrio della persistente corretta lettura non statual-legalista del riferimento ai 'principi generali del diritto' presente nel sistema latinoamericano.

Il civilista Filippo Vassalli, padre del nostro Cc. del 1942, proprio viaggiando in America Latina è indotto ad un «Esame di coscienza di un giurista europeo» (secondo il titolo della Conferenza svolta nell'Aula Magna dell'Università di Buenos Aires nel 1951) e alla affermazione della «Extrastatualità del diritto civile» (secondo il titolo della conferenza tenuta a Córdoba – Argentina)⁹¹. È delicato evidenziare delle contraddi-

La codificazione, cit., p. 156 ss. Per il coinvolgimento degli studiosi del diritto romano in questa divisione di orientamenti, un cenno in S. SCHIPANI, *Le scuole di diritto romano nella cultura contemporanea a Roma*, cit., (in *Iuris vincula. Studi Talamanca*, 7, Napoli, 2001, p. 327 ss.).

⁸⁹ D. ESBORRAZ, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano*, cit.

⁹⁰ Sulle *Note* al Ccarg. di Vélez Sarsfield, cfr. L. MOISSET DE ESPANÉS, *Reflexiones sobre las Notas del Código civil argentino*, in *Studi sassaresi*, cit., p. 445 ss.; M.O. COBAS, J.A. ZAGO, *La influencia de las 'Notas' del Código civil en la ciencia del derecho argentino y latinoamericano*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, cit., p. 141 ss. Per le fonti romane nelle note, cfr. A. DIAZ BIALET, *El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield, en los manuscritos del Código Civil Argentino*, vol. I, II, III, Córdoba, 1949, 1950, 1952; *Código Civil de la República Argentina con la traducción de las fuentes romanas citadas...*, a cura di S. Schipani, S. Lanni, Buenos Aires, 2007.

⁹¹ Cfr. F. VASSALLI, *Scritti giuridici*, III, 2, Milano, 1960, pp. 753 ss. e 765 ss.

zioni, ma i suoi testi rivelano come la sua critica al monopolio dello stato nella produzione del diritto sia immersa nella realtà italiana («Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, come è avvenuto nella sua fase più recente»); rivelano la ricerca del superamento a partire proprio dal riconoscimento della base del diritto romano, dei principi generali del diritto la cui «validità valica i limiti di una determinata legislazione positiva», e dall'obiettivo della unificazione del diritto a partire dalla «opera lenta e sottile che compiono i giuristi»; rivelano la fiducia nella recettività dell'ascoltatore, il cui ordinamento giuridico (che rimane il suo termine di riferimento) ha però la stessa base, gli stessi principi, lo stesso possibile obiettivo. La dimensione del sistema e del suo valore euristico è solo indiretta, iniziale, ma presente. Preziosa.

Mi pare che osservazioni analoghe possono essere svolte sulle considerazioni di Betti, o di Ascarelli (e cito due posizioni che sono, per diversi aspetti, opposte), o di Sciascia⁹². Il condizionamento dell'identificazione dell'ordinamento giuridico dello stato e del sistema giuridico è di ostacolo; ma la prospettiva romanistica consente di vedere una diversa possibilità. Grossi, certo non amico della prospettiva romanistica, per Vassalli, osserva che «è inserito nel grande filone della tradizione romanistica, però, al contrario del suo maestro Scialoia, nella familiarità del diritto romano apprende una visione pluralista dell'ordinamento»⁹³. Superare la concezione del monopolio del legislatore, dello stato nella produzione del diritto, e potersi aprire al riconoscimento del sistema giuridico nella sua dimensione non statutale è un frutto che mi sembra fondamentale, che caratterizza i successivi decenni della presenza nel dialogo con l'America Latina almeno di una parte della scienza giuridica italiana, perché ascoltare, capire è una modalità nella relazione, un modello per una presenza, un presupposto per una corretta impostazione scientifica.

4.3. *Piena acquisizione dell'esistenza del sistema giuridico latinoamericano e collaborazione nell'elaborazione delle prospettive che ne derivano di dialogo da sottosistema a sottosistema del comune sistema giuridico romanistico, in una prospettiva aperta*

a) Il sistema giuridico latinoamericano non è monolitico; il suo

⁹² Cfr. T. ASCARELLI, *Diritti dell'America Latina e dottrina italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1949 (= ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952); G. SCIASCIA, *Direito romano e direito civil brasileiro*, São Paulo, 1947; ID., *Varietà giuridiche. Scritti brasiliani di diritto romano e moderno*, Milano, 1956.

⁹³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, p. 285.

sviluppo non è unilineare; ma il riconoscimento e la persistenza di esso riapre per tutto il nostro sistema una prospettiva importante. Esso, peraltro, va inteso in senso pieno: una concettualizzazione dell'unità degli ordinamenti giuridici dell'America Latina come 'famiglia giuridica' fondata sulla continuità di una 'tradizione giuridica' sarebbe una prospettiva debole, con cui contrastano gli elementi richiamati, i principi generali del diritto comuni sulla cui base è naturale e necessaria un'interpretazione sistematica armonizzante, unitaria, e altresì aperta universalisticamente⁹⁴.

Nel diritto pubblico, nella costruzione delle nuove comunità politiche indipendenti, nell'800 sono presenti in America Latina diversi modelli in contrasto tra loro, e, pur di fronte ad altre prospettive, che nelle alternative proposte da S. Bolívar e J. G. de Francia trovano le espressioni più significative, prevale il modello dello stato nazionale territoriale moderno mutuato dall'Europa e che poi, però, in assenza o in contrasto con la base del/dei popoli dell'America Latina⁹⁵, e con elementi tratti dal modello nord-americano, vive una lunga profonda instabilità.

Anche sul diritto privato, lo statual-legalismo che ha prevalso in Europa in connessione con il nazionalismo, monopolizzatore della produzione del diritto, preme anche in America Latina per una chiusura degli ordinamenti su se stessi in contrasto con il diritto comune dell'America Latina che, come accennato, è però vitale.

b) L'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani-ASSLA ha colto gli spunti indicati e ha prospettato una impostazione, di cui si può notare: a) il riconoscimento del sistema latinoamericano; b) l'attenzione all'Italia; c) l'attenzione alla dimensione europea, sia nella sua distinzione sistemologica da quella latinoamericana, sia nella sua complessità nella quale l'ordinamento giuridico italiano è parte e senza della quale si rischiano le ricadute della asimmetria che compara ordinamenti statali con sistemi giuridici sopra segnalata⁹⁶.

⁹⁴ S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in *Roma e America*, 24, 2007, p. 3 ss.

⁹⁵ Cfr. H.-A. STÄGER, *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina*, in *Index*, 14, 1986 (= *Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*), p. 59 ss.; sul 'costituzionalismo latino' cfr. soprattutto i contributi di P. Catalano e G. Lobrano (cenni in S. SCHIPANI, *Latinità e sistema*, cit., p. 319 s.); cfr. altresì G. LOMBARDI, *Il costituzionalismo latino-americano. Originalità di un modello*, in *Il diritto dei nuovi mondi*, cit., p. 155 ss.

⁹⁶ Cfr. il primo seminario interdisciplinare dell'ASSLA su: «America Latina e Italia. Aspetti istituzionali», articolato «muovendo da due punti di vista convergenti: quello dell'unità (ideale e materiale) della grande 'nazione' latinoamericana e quello dell'apporto italiano (passato e futuro) a tale unità», inserito quest'ultimo nell'esame

In effetti, mi sembra vero quello che è stato sottolineato⁹⁷, che l'ASSLA ha riletto le osservazioni di David, di Castan Tobenas, di Solà Canizares, ecc., ancora imprigionate nello statual-legalismo, ma che avevano percepito le originalità latinoamericane; le ha rilette alla luce dei menzionati contributi latinoamericani fondanti, al livello scientifico, il sistema; e facendone propria la sollecitazione a porsi sul piano del sistema, ha potuto proporre il superamento dell'asimmetria che impediva il riconoscimento del sistema, e quasi lo schiacciava con l'espansione dello statual-legalismo stesso, e, nello stesso tempo riacquisire tale dimensione con riferimento al sistema del diritto romano nella sua totalità, e nelle sue articolazioni in Europa.

In questo superamento, emerge il valore euristico della sinergia dell'impostazione dell'ASSLA con quella del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano che, nella sua attenzione all'America Latina, riflette sul ruolo del diritto romano in tale continente con una ricerca partecipante che anima, tra l'altro, l'importante serie dei *Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano* (si è svolto a Lima nel 2011 il XVII), organizzati da un *Comité Latinoamericano* con il quale il citato Gruppo di ricerca collabora⁹⁸. La collaborazione romanistica, infatti, ha potuto cogliere e realizzare un confronto che supera i limiti dei consueti settori disciplinari e dei confini degli ordinamenti statali, e si basa sulla centralità del diritto romano e dei suoi sviluppi come lingua franca dell'avvocato del Continente latinoamericano⁹⁹, come *mos Latinoamericanus iura legendi*¹⁰⁰ che è oggetto di scontro fra sistema latinoamericano e *common law*¹⁰¹; che è impegnato nel ri-

di «un nuovo possibile modello di relazioni tra America Latina e Europa»: P. Catalano, *Nota*, in *Quad. latinoam.*, 1, 1977, p. 7 ss.

⁹⁷ D. ESBORRAZ, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano*, cit.

⁹⁸ Cfr. delle brevi notizie in *Index*, 6, 1976, pp. 146 ss. e 156 ss., a cura di S. Schipani, e più in generale l'intera sezione *Congressi di Diritto romano* di quel volume con *Nota introduttiva* di P. CATALANO (p. 129 ss.).

⁹⁹ Sul punto, cfr. il già cit. *Index*, 4, 1974

¹⁰⁰ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Mos latinoamericanus iura legendi. Palabras de saludo en la inauguración del IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Jalapa. 1994*, in *Roma e America*, 1, 1996, p. 15 ss.

¹⁰¹ Sul punto, e sulla percezione già avuta da E. Betti anche di una sensibilità presente nei giuristi latinoamericani alla divergenza/concorrenza fra il loro diritto (in particolare, egli si riferisce al Brasile) e quello degli USA, correlativa ad una diversa sensibilità culturale (egli fa riferimento – cito – «alla concezione utilitaristica che va sotto il nome di 'american way of life'»), richiama l'attenzione P. CATALANO, *Il diritto romano attuale*, cit., p. 124. Un vero scontro nella formazione del giurista è sicuramente in atto, avendo avuto un momento acuto negli anni '70 del secolo passato, e protraendosi ora in modo meno appariscente, ma quantitativamente massiccio in assenza di un'adeguata consapevolezza della rilevanza del problema.

conoscimento e costruzione del sistema odierno, e nella cui ottica si sviluppa il continuo ricco dibattito sul diritto pubblico¹⁰², così come quello sul tema della armonizzazione/unificazione del diritto privato delle obbligazioni¹⁰³, o della persona¹⁰⁴, o quello sulle istituzioni indigene di origine pre-colombiana, che affianca la dimensione conservativa delle stesse con un originale sforzo di lettura giuridica¹⁰⁵ ecc.

Questa sinergia e questa connessa riscoperta del sistema si è manifestata ricca di risultati nella riflessione sui codici: da quelli dell'800: i codici di Andrés Bello, di Dalmacio Vélez Sarsfield, la *Consolidação e l'Esboço* di A. Teixeira de Freitas, vere guide della trasfusione del diritto romano e dell'indipendenza¹⁰⁶; ai più recenti del Perù, del Pa-

¹⁰² Cfr. S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel nuovo mondo*, cit., p. 104 ss.; ed anche ad es. il Convegno: «La Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela» (Roma, 17-18 dicembre 2002); la ricerca «Costituzionalismo latino e principi costituzionali democratici» di cui dà notizia l'ITTIG-CNR; la *relazione* di M. RUBIO CORREA al citato ultimo Congresso Latinoamericano de Derecho Romano, Lima, 2011, su: *Proyecto de Constitución romanista*.

¹⁰³ Cfr. in particolare la *Memoria del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, in *Externado. Rev. Extern. Colombia*, 2, 1985, p. 125 ss. (v. anche le *Conclusioni*, p. 440 s.), e poi la sezione in materia nei congressi posteriori (sulla anteriore attenzione alla unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina, cfr. la breve notizia relativa al *I Congreso Latinoamericano*, in *Index*, 6, 1976, cit., p. 148 s.).

¹⁰⁴ Cfr., ad es., sul problema della tutela del concepito, la sensibilità che si manifesta nell'art. 1 co. 2 del CcPerù/1984 e la convergente, ma diversamente elaborata, rilettura delle fonti di P. CATALANO, *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 1, p. 45 ss. (= in *Id.*, *Diritto e persone*, cit., p. 195 ss.) che suscita altri contributi al *VII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Rio de Janeiro, 1990: S. CHINELLATO Y ALMEIDA, *Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do Direito Romano*; D. RINALDI, *El derecho romano acepta el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción en el seno materno*, in *Rev. brasil. dir. comp.*, 13, 1992, rispettivamente pp. 107 ss. e 122 ss.

¹⁰⁵ Cfr. in modo particolare il *IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Xalapa, 1994, che ha incluso la tematica nel suo stesso titolo: *El Derecho Romano y los Derechos Indígenas: Síntesis de América Latina*. e il contributo di M. GAYOSSO Y NAVARRETE, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Xalapa, 1992 che costituisce un primo frutto degli studi avviati in tali occasioni.

¹⁰⁶ Cfr. S. SCHIPANI, *Il Codice civile di Dalmacio Vélez Sarsfield (in vigore in Argentina)*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, 7, Napoli, 2007, p. 5099 ss.; S. SCHIPANI, *El Código civil de Andrés Bello vigente en Chile, Ecuador y Colombia. Nota introductiva a su traducción en idioma chino*, in *Sesquicentenario del Código civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, vol. 1, Santiago, 2005, p. 111 ss.; AA.Vv., *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano. Atti congresso Roma 1986*, a cura di S. Schipani, Padova, 1991; AA.Vv., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Atti congresso Roma*

raguay, del Brasile¹⁰⁷, che si confrontano maggiormente con la dimensione latinoamericana¹⁰⁸. Certo, comunque, essa non si limita ai codici, ed altri ambiti del sistema risultano poter essere ricostruiti più correttamente solo in tale prospettiva: si pensi alla materia dell'ambiente, a quella della tutela del consumatore ecc.¹⁰⁹.

La centralità del discorso sul sistema non implica certo l'omissione della ricerca sulla presenza di rapporti specifici fra un testo legislativo europeo ed uno latinoamericano, o fra metodi di ricerca e/o contributi scientifici, e la valorizzazione di questi risultati è importante, ma occorre che non venga mai perduta la consapevolezza del fatto che, inserendosi in un sistema diverso, anche lo stesso elemento può mutare di significato e che il permanente ruolo di principi del sistema orienta l'interpretazione ed esige che la prospettiva sia centrata sul sistema e sui sottosistemi in cui quello si articola, intesi in senso forte.

c) Dalle diverse direzioni di lavoro predette, la sinergia per l'armonizzazione del diritto privato è confluita nel dialogo sui 'codici tipo', raccogliendo idee e progetti latinoamericani, avanzando proposte e discussioni ulteriori: il già citato Congresso di Roma del 1988 sul pre-progetto di codice di procedura civile¹¹⁰; il Congresso di Roma

1983, a cura di S. Schipani, Padova, 1988; AA.Vv., *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, cit.

¹⁰⁷ Cfr. *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Congreso Lima 1985*, (a cura di C. Fernández Sessarego-S. Schipani), Lima, 1986; L. MARTÍNEZ MILTOS, *El nuevo Código civil paraguay y el Código de Vélez Sarsfield*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield*, cit., p. 585 ss.; *Il nuovo codice civile del Brasile e il sistema giuridico latinoamericano. Atti convegno Roma 2003*, in *Roma e America*, 16, 2003, cit.; AA.Vv., *Il nuovo codice civile brasiliano*, cit. Cfr. altresì: *La formazione del sistema giuridico latinoamericano: codici e giuristi. Atti Salerno-Amalfi 2001*, a cura di R. Cardilli, in *Roma e America*, 12, 2001 e 13, 2002.

¹⁰⁸ Il CcPerù/1984 in particolare offre una formulazione del riferimento ai principi generali del diritto che apre la via ad una interpretazione di esso come attenta altresì alla specificità latinoamericana (cfr. *supra*) e tale possibilità è stata raccolta nella proposta di riformulazione dell'articolo stesso avanzata da M. RUBIO CORREA, sulla quale cfr. S. CHIPANI, *Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano*, in *Código Civil Peruano. Diez Años. Balance y perspectivas*, 1, Lima, 1995, p. 13 ss. (= in *Id.*, *La codificazione*, cit., p. 175 ss.

¹⁰⁹ Cfr. ad es. S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, 2005; G. ACUÑA SOLÓRZANO, *Responsabilidad civil por daño ambiental. Área centroamericana y del Panamá*, San José, 2005. Altri momenti di verifica della produttività della impostazione, cfr. in A. SACCOCCIO, *La c.d. datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico*, 2002 (= in *Roma e America*, 14/2002, p. 18 ss.); I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano. Una verifica*, Torino, 2011.

¹¹⁰ *Un «Codice tipo» di procedura civile per l'America Latina. Atti*, a cura di S. Schipani, R. Vaccarella, Padova, 1990 (il testo del Progetto a p. 515 ss.).

del 1989 per un codice di diritto del lavoro¹¹¹; il Congresso di Roma del 1991 sul pre-progetto di codice di procedura penale¹¹²; il Congresso di Roma del 1995 sui rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili¹¹³; il Colloquio di Roma del 1999 sui processi di integrazione e la soluzione delle controversie dei singoli¹¹⁴; il Congresso di Bogotá del 1991 con riferimento alla materia propria dei Cc., per il diritto delle persone¹¹⁵; il Colloquio di Buenos Aires per il diritto dell'impresa¹¹⁶; i numerosi Colloqui per il diritto della obbligazioni¹¹⁷, integrati altresì da esperienze di alta formazione nel quadro del Programma europeo America Latina Formazione Accademica-ALFA, alimentati sempre nel confronto fra esperienza europea ed esperienza latinoamericana¹¹⁸; sono stati tutti momenti di una col-

¹¹¹ *Principi per un «Codice tipo» di diritto del lavoro per l'America Latina*, Atti a cura di G. Perone, S. Schipani, Padova, 1993.

¹¹² *Un «Codice tipo» di procedura penale per l'America Latina*, Atti a cura di M. Massa, S. Schipani, Padova, 1994 (il testo a p. 395 ss.); A. PELLEGRINI GRINOVER, *O Código modelo de proceso penal para Ibero-América 10 anos depois*, in *Roma e America*, 9, 2000, p. 299 ss.

¹¹³ Cfr. *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano*. Atti Roma 1995, in *Roma e America*, 3, 1997, p. 99 ss. e 5, 1998, p. 57 ss.

¹¹⁴ Cfr. *Processi di integrazione e soluzione delle controversie dal contenzioso fra gli stati alla tutela dei singoli*. Europa e America Latina, in *Roma e America*, 9, 2000.

¹¹⁵ *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano*. *Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas*, Bogotá, 1995.

¹¹⁶ *Statuto dell'impresa e Mercosur*. Atti, in *Roma e America*, 1, 1996, p. 153 ss. (il testo è a pp. 165-170).

¹¹⁷ *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano*. *Bases para Código Latinoamericano Tipo*, I, Bogotá, 1998 (*ivi*, p. 105, n. 19-20 il richiamo di anteriori contributi scientifici); II, Bogotá, 2001; *Roma y América*. *Coloquio de jussprivatistas para la armonización del derecho privado latinoamericano*. Rosario 2008, in *Roma e America*, 26, 2008; Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano, *Obligaciones*. *Memoria reunión 2009*, Bogotá, 2011; *Roma e America*, 30, 2010, p. 77 ss. (= *Tecniche di armonizzazione del diritto in America Latina tra strumenti e sistema*. Roma 2010) [adde: *Las obligaciones en general*. *Coloquio de iusprivatistas de Roma y America*. *Cuarta reunión de trabajo*. Lima 2011, a cura di R. Morales Hervias, G.F. Priori Posada, Lima, 2012].

¹¹⁸ Cfr. *Roma e America*, 8, 1999, p. 329 ss.; 9, 2000, p. 391 s.; 17, 2006, p. 345 ss.; AA.VV., *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho*, e *Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho de los Contratos*, *Cuadernos del Curso de Máster*, a cura di D.F. Esborraz, México D.F., 2006; al corso di Magister segue il Dottorato omonimo, delle cui tesi alcune costituiscono monografie significative nella Collana *Roma e America*. *Monografie*: D. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, Santa Fe, 2006; M.L. NEME VILLAREAL, *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, 2010; L.C. SAN MARTÍN NEIRA, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, 2012; J.F. CHAMIE, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*. *De la vis cuius resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Bogotá,

laborazione da sottosistema a sottosistema del sistema giuridico romanistico attento a elaborare il diritto con una interpretazione sistematica in senso pieno, del/i sistema/i, ed a mettere a frutto le implicazioni del dialogo fra sottosistemi in entrambe le direzioni¹¹⁹.

d) La ricordata sinergia e la connessa riscoperta del sistema si sono rivelate proficue negli approfondimenti in materia di diritto delle obbligazioni anche sotto un altro profilo: in rapporto a questo settore essa è stata altresì impegnata a riflettere sulle violazioni dei principi di esso compiute nella grave crisi, non conclusa, del c.d. 'debito internazionale dell'America Latina', cioè di quel debito sorto nella seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, e la cui crisi esplose nella prima metà degli anni Ottanta, a seguito di atti e con una gestione della stessa che hanno avuto il carattere di una guerra economica e finanziaria. Nel contesto di questa circostanze, il sistema latinoamericano si è mosso in nome della vigenza dei principi propri e dei comuni (in particolare, ha fatto inizialmente riferimento alla violazione del divieto di interessi usurari¹²⁰) per fare appello alla giustizia sovranazionale. Esso ha trovato rispondenza in dottrina in Italia e in Europa, le cui scienze giuridiche hanno riconosciuto in un comune approfondimento anche altre violazioni (mancata considerazione della sopravvenienza, della *laesio enormis*, della responsabilità di chi ha avuto l'iniziativa negoziale, della buona fede, della causalità, dell'equità, del *favor debitoris*, del *beneficium competentiae* / diritti ai beni essenziali per la vita, e in generale alla tutela dei diritti fondamentali, alla autodeterminazione dei popoli, ecc.)¹²¹, e riflettuto e riletto, anche grazie al contributo proveniente dalle diversità di punto di osservazione compresenti, tali principi, riconoscendoli come propri e riconoscendo l'importanza della riaffermazione della loro piena vigenza¹²². Questa prospettiva principiale e universalisticamente

2013; vedi anche V. ABELENDA, *Beneficio de competencia: fuentes romanas, derecho intermedio y latinoamericano. Ejemplos y propuestas de extensión en su proyección contemporánea*, Buenos Aires, 2010.

¹¹⁹ Con riferimento al diritto delle obbligazioni, cfr. l'occasione costituita dai 'Principi per i contratti commerciali internazionali di Unidroit' su cui cfr. *Principi dei contratti commerciali internazionali e sistema latinoamericano. Convegno Roma*, a cura di J. Bonell, S. Schipani, Padova, 1996; cfr., poi, l'attenzione all'esperienza europea a cui richiama S. SCHIPANI, *El Contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, in *El Contrato*, cit., p. 93 ss., ma altresì la necessità di attenzione, anche in questo ambito, alle peculiarità dei sottosistemi.

¹²⁰ Cfr. M.A. ESPECHE GIL, *Unlawfulness of Unilateral Increases in External-Debt Interest Rates*, in IHLADI, XV Congress, Madrid, 1989.

¹²¹ Una sintetica enunciazione di detti principi in *Carta di Sant'Agata dei Goti. Dichiarazione su usura e debito internazionale*, 2007.

¹²² Per un bilancio dei contributi prodotti nei diversi incontri di studio che si

aperta ha trovato sostegno altresì nei rappresentanti dei popoli europei e latinoamericani¹²³, e lo stesso legislatore italiano l'ha fatta propria ed ha fatto propria altresì la necessità di appello alla giustizia a livello internazionale¹²⁴.

La fiducia nei principi non è stata in grado, nella circostanza richiamata, di resistere a ricatti esercitati a livello internazionale sui governanti e da ultimo emerge una consapevolezza dell'utilità di una unitaria fissazione/codificazione dei principi in questione, indicando nel 'codice tipo/modello' uno strumento per renderli più resistenti, ed anche più comunicabili¹²⁵.

e) Alle necessità di più estesa comunicazione si collega un'ultima osservazione sull'universalismo del sistema del diritto romano, già inizialmente ricordato, condiviso con i sottosistemi di esso; un universalismo che sembra crescere nelle concrete vicende nelle quali deve essere cercato appunto ciò che porta meglio innanzi l'uguaglianza.

La riflessione sui principi generali del diritto, che avrebbero dovuto essere rispettati in relazione al debito internazionale dell'America Latina, si è allargata al confronto con il diritto mussulmano cogliendo convergenze significative che dovranno essere fatte oggetto di ulteriori studi che mi limito a segnalare, ma la cui emersione è rientrata anche nel quadro delle modalità delle relazioni fra la nostra scienza giuridica e quella latinoamericana.

La riflessione sui codici e sulla formazione del giurista ha portato il presidente della Commissione per la codificazione in Cina, Jiang Ping, al *Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Lima 1996,

sono svolti, cfr. P. CATALANO, S. SCHIPANI, *Promemoria sul debito internazionale*, in *Roma e America*, 23, 2007, p. 185 ss.

¹²³ Cfr. le mozioni approvate all'unanimità dalle Conferenze Interparlamentari Europa-America Latina del 1993 a São Paulo, e del 1995 a Bruxelles, pubblicate rispettivamente in *Debito internazionale. Principi generali del diritto. Corte internazionale di Giustizia. Atti Seminario Roma 1992*, a cura di D.J. Andrés, S. Schipani, Roma, 1993, 395; *Il debito internazionale. Atti Convegno Roma 1995*, a cura di D. Andrés Gutierrez, S. Schipani, Roma, 1998, p. 475.

¹²⁴ Mi riferisco all'art. 7 della Legge 209/2000, su cui cfr. S. SCHIPANI, *[Principi e regole per il debito internazionale]*. *La prospettiva romanistico-civilistica*, in *Iustitia*, 54/3, 2001, p. 361 ss. Mi pare importante sottolineare la forte spinta alla considerazione della vigenza dei principi sulla base del sistema e della sua apertura che è pervenuta dalla dottrina latinoamericana, in contrasto con lo statualismo legalistico, ed alla consonanza con una modalità italiana – ma condivisa a livello europeo – di intendere il diritto e il sistema che si è trasfusa in questo articolo di legge.

¹²⁵ Cfr. la mozione approvata a São Paulo, a conclusione del Seminario su «*Dívida externa dos países em desenvolvimento*» organizzato dal Parlamento Latinoamericano, dal Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL, dalla Faculdade de Direito della USP, dalla Facoltà di Giurisprudenza della «Sapienza» Università di Roma, punto 4, in *Roma e America*, 23, 2007, p. 323.

ed alla traduzione in cinese dei codici civili di A. Bello, di D. Vélez Sarsfiel e del Cc. del Brasile del 2003: è in via di organizzazione un Colloquio a Macao su: «Il sistema giuridico romanistico: un ponte tra diritti propri e diritto comune dell'Europa continentale, della Cina e dell'America Latina»¹²⁶. D'altra parte, il BRICS non è, come pretende di ritenere una diffusa pubblicistica, solo un luogo di incontro per discutere problemi di carattere economico e finanziario fra i paesi che coinvolge, e, premesso che il Brasile è, forse, presenza esponenziale per tutto il sistema latinoamericano, assistiamo ad un incontro che può incidere sui sistemi giuridici¹²⁷ e la modalità italiana di porsi è stata quella di aprire immediatamente un dialogo sul diritto con una prima Tavola rotonda all'Università di Roma «La Sapienza» e poi con un importante Incontro di studio a San Pietroburgo¹²⁸, ed uno è in preparazione a Roma secondo la modalità di ascolto sopra indicata di fronte ad una possibile convergenza del sottosistema latinoamericano nei confronti di altri sottosistemi.

5. Riflessioni conclusive

Concludendo, e senza voler riepilogare singoli problemi che ho cercato di indicare, si può rilevare che la riflessione sul diritto in Europa era egemonizzata dallo statual-legalismo, che la chiudeva, teoricamente, all'interno degli ordinamenti dei singoli stati, anche se poi la base continuava ad operare fondando una dottrina in scambio mutuo costante. Di fronte a queste chiusure, la dimensione sovranazionale essenziale si riproponeva con tutte le sue esigenze, oscillando fra la produzione di convenzioni produttive di norme di diritto uniforme che nel corso del secolo XX crescono poi esponenzialmente e il ricorso ai «principi generali del diritto» richiamati negli statuti delle Corti internazionali, e poi, da ultimo, ripresi fra dubbi da parte di Unidroit.

La prospettiva latinoamericana, pur consapevole della varietà delle legislazioni, valorizza, proprio nell'identificarsi, il momento comune.

¹²⁶ Mi permetto di segnalare che la recente monografia di Xu Guodong, *Explicatio principiorum iuris civilis. Expositio historiae, usus, et philosophiae legis principii bonae fidei*, Pechino, 2013, fra la estesa bibliografia che utilizza, fa riferimento anche a quella di M.L. NEME VILLAREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit.

¹²⁷ Cfr. S. SCHIPANI, *Ius Romanum commune ed eguaglianza tra i popoli nelle prospettive del BRICS*, in AA.Vv., *Aspetti giuridici*, cit., nota *infra*, p. 48 ss. (testo completo in *Roma e America*, 33, 2012).

¹²⁸ Cfr. AA.Vv., *Aspetti giuridici del BRICS. Convegno San Pietroburgo 2011*, San Pietroburgo, 2011.

Mi pare esatta l'osservazione secondo cui 'il romanismo è sbocato nel riconoscimento dell'autenticità latinoamericana' e il sistema vigente continua ad alimentare con i suoi principi la crescita del diritto, ad ispirare gli ordinamenti.

La sintonia italiana di base con il sistema latinoamericano che scaturisce dalla forte presenza della formazione romanistica e dalla sua rilettura, consentono alla scienza giuridica italiana il riconoscimento del messaggio che perviene dal sistema giuridico latinoamericano e la valorizzazione del discorso scientifico al livello del sistema, e delle sue articolazioni in sottosistemi. Questa modalità del rapportarsi con il diritto dell'America Latina si inserisce sulle permanenze della dimensione del/i sistema/i nella scienza giuridica nell'Europa continentale, superando l'asimmetria che invece induce in modo esclusivo, e quasi aggressivo, alla ricerca di propri contributi nazionali negli altri ordinamenti, che impedisce di riconoscere correttamente le logiche entro le quali questi contributi si inseriscono, e che ostacola l'esame della reciprocità degli apporti e la disponibilità ad acquisire punti di vista diversi¹²⁹. Essa, dall'inserimento europeo, rafforza il suo porsi da sottosistema a sottosistema, e può collocare correttamente la varietà dei contributi particolari.

La maturazione di modalità che integrano le diverse prospettive, che consentono una analisi sistemologica corretta, e che cercano poi di enucleare i principi per proporre *quod aequius et melius est*/la soluzione migliore e che meglio produce lo sviluppo dell'eguaglianza, secondo quanto accennavo inizialmente essere proprio del nostro sistema; che, radicate nel sistema, sostengono l'armonizzazione dei diversi ordinamenti; questa maturazione ritengo costituisca un'impostazione che apre possibilità di cogliere profili del diritto che altrimenti sfuggono, e penso possa e debba svilupparsi ancora molto.

¹²⁹ Mi permetto di segnalare, a solo titolo di esempio, indirizzi diffusi della scienza giuridica francese, e delle stesse organizzazioni bilaterali delle associazioni di giuristi dei colleghi tedeschi.

PARTE QUARTA

Asia

LIHONG ZHANG

*La diffusione della cultura giuridica italiana in Cina:
l'aspetto del modello scientifico italiano*

SOMMARIO: 1. La penetrazione della cultura giuridica italiana in Cina e la sua essenziale dipendenza dal diritto romano. – 2. Traduzioni e pubblicazioni di giuristi italiani. – 3. Istituzione di centri di ricerca della cultura giuridica italiana e formazione di persone competenti nel diritto cinese che conoscono il diritto italiano. – 4. Conclusioni.

L'Italia, in lingua cinese, *Yidali*, viene intesa come il Paese di giustizia. La cultura giuridica italiana ha origini remote, avendo per base il diritto romano e riassumendo in sé il diritto francese e tedesco; rappresenta un *unicum* nel sistema giuridico continentale ed esercita una profonda influenza non solo sul Portogallo, la Spagna e i paesi dell'America Latina, ma svolge un ruolo propulsivo anche nella modernizzazione del diritto cinese. La diffusione della cultura giuridica italiana si articola in un duplice aspetto: il modello scientifico e quello legislativo. Qui, mi limito a segnalare sinteticamente la situazione della diffusione del modello scientifico italiano in Cina.

1. *La penetrazione della cultura giuridica italiana in Cina e la sua essenziale dipendenza dal diritto romano*

Con diritto romano s'intende la scienza giuridica creata dagli antichi Romani. Esso, insieme con la filosofia greca e il cristianesimo, è considerato una delle tre grandi scaturigini della cultura occidentale.

La diffusione in Cina della cultura giuridica italiana prese le mosse innanzitutto dalla sua base storica, il diritto romano, che è l'origine del diritto italiano moderno. Alla fine del sec. XIX, il periodo durante il quale la Cina cominciò ad esporsi al pensiero giuridico occidentale, si cominciò dallo studio del diritto romano, introducendo così sia pure indirettamente la cultura giuridica italiana. L'Accademia Sinoccidentale di Tianjin (*Tian Jin Zhong Xi Xue Tang*), fondata in

quella città su ispirazione dell'allora primo ministro cinese, Li Hongzhang [1823-1901], il 2 ottobre 1895, fu la scuola che adottò per prima, nella storia cinese, un sistema moderno di istruzione. Nel corso di diritto che essa istituì fu inserito il diritto romano¹. Nel 1899, Wang Chonghui [1881-1958], uno dei massimi giuristi della storia moderna della Cina, ministro della giustizia della Repubblica di Cina, ministro degli esteri del governo nazionalista, giudice della Corte Internazionale dell'Aia e uno dei creatori della Carta dell'ONU, studiò il diritto romano alla Scuola, risultando uno dei migliori nel primo scaglione di studenti. Nel 1903, l'Accademia mutò nome, divenendo l'Università del Beiyang (Università del Mar Settentrionale), la prima università della storia cinese fondata dai Cinesi stessi; fin dagli inizi vi si insegnò il diritto romano, in un corso diviso in due sezioni, diritto pubblico e diritto romano privato. Il diritto romano vi fu sempre insegnato, fino a che, nel 1918, la Facoltà di Diritto dell'Università del Beiyang si fuse con la Grande Accademia di Pechino (*Jing Shi Da Xue Tang*)², che riprese la brillante tradizione d'insegnamento di diritto romano della prima. Dal 1912 alla fondazione della Repubblica Popolare di Cina, nel 1949, furono circa 50 gli atenei, fra cui l'Università di Pechino, l'Università Qinghua, l'Università Chaoyang, l'Università Centrale, l'Università dello Wu Orientale, l'Università di Amoy, l'Università del Hunan ecc., che istituirono corsi di diritto romano. In questo periodo, alcune delle più celebri opere giuridiche italiane sono state tradotte anche in cinese, fra cui, il libro del famoso studioso italiano, filosofo del diritto, Luigi Miraglia (1846-1903) «La filosofia giuridica comparata» (1940).

Nel periodo che va dal 1949 al 1978, la Cina attraversò il periodo del cosiddetto «nichilismo» e l'insegnamento giuridico ne fu grandemente compromesso. Ciò nondimeno, fra gli studenti di diritto che la Cina inviò in Unione Sovietica a studiare legge, molti studiarono il diritto romano. Per esempio, uno dei più celebri giuristi cinesi contemporanei, il prof. Jiang Ping, studiò diritto romano in Russia dal 1951 al 1956³. Dalla riapertura delle scuole di diritto, con il varo della politica di riforme e apertura, nel 1979, furono istituiti molti corsi di

¹ Cfr. WANG JIAN, *L'insegnamento giuridico nella Cina moderna (Zhongguo jindai de faxue jiaoyu)*, Pechino, 2001, pp. 153-154.

² Fondata nel 1898, prima università pubblica cinese, diventerà più tardi l'Università di Pechino.

³ Prof. Jiang Ping è il professore a vita e ex rettore dell'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina e ex vice direttore della Commissione Giuridica dell'Assemblea Popolare Nazionale. Per la sua storia di studio del diritto romano alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Mosca, vedi la sua bibliografia: JIANG PING, *Salita-discesa e fioritura-asciugatura (Chengfu yu kurong)*, Pechino, 2010, p. 91.

diritto romano. Nel periodo compreso fra il 1979 e il 1989, la Cina ha pubblicato almeno una decina di manuali di diritto romano ed ha dato alla stampa oltre quaranta saggi in materia.

Il 1989 rappresenta un punto di svolta negli scambi giuridici sino-italiani. Nel febbraio di quell'anno, grazie al forte impulso dato dal prof. Sandro Schipani, membro del Gruppo di Diffusione del Diritto Romano e dal prof. Jiang Ping, già rettore dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina (Pechino), l'Università di Roma «Tor Vergata» e l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina firmarono una convenzione per lo studio del diritto romano, per la formazione di romanisti cinesi e per la traduzione di testi originali di diritto romano. In base alla convenzione, l'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina a partire dal 1993 avrebbe cominciato a inviare giovani studiosi a Roma per fare studi e ricerche in materia. Dal 1992 al 2005, l'Università di «Tor Vergata» accolse 14 giovani studiosi cinesi⁴, che divennero in gran parte, compiuti gli studi e ritornati in patria, gli animatori dell'insegnamento e delle ricerche di diritto romano in Cina. Nel giugno 1999 e nel 2002 l'Università di Roma «Tor Vergata», il Ministro degli Affari Esteri e il Ministero di Grazia e Giustizia organizzarono per i procuratori e i giudici della RPC due corsi rispettivamente di diritto penale e di procedura penale italiana, che formarono una sessantina di giudici e procuratori cinesi. Dal 23 ottobre 2003 al 12 novembre 2003, con l'organizzazione di chi scrive, la Procura di Shanghai ha organizzato a Roma un corso sul sistema penale italiano, inviando una delegazione di 21 procuratori.

Grazie all'instancabile impegno degli studiosi cinesi in Italia e al costante aiuto degli studiosi italiani⁵ nel campo delle ricerche cinesi

⁴ I principali fra loro sono (nell'ordine di arrivo a Roma): Huan Feng (attualmente docente presso l'Università Magistrale di Pechino), Ding Mei (attualmente docente presso l'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina), Mi Jian (attualmente docente presso l'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina e presso l'Università di Scienza e Tecnica di Amoy), Fan Huaijun (non si occupa più di attività accademica), Fei Anling (attualmente docente presso l'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina), Xu Guodong (attualmente docente presso l'Università di Amoy), Zhang Lihong (attualmente docente presso l'Università di Scienze Politiche e Diritto della Cina Orientale; addottoratosi nel 2003 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza», è il primo dottore di ricerca in diritto romano di Cina), Liu Jia'an (attualmente docente presso l'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina), Xue Jun (attualmente docente presso l'Università di Pechino), Chen Han e Luo Zhimin (attualmente docenti presso l'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina).

⁵ Si trattò soprattutto dei docenti che allora insegnavano presso l'Università «Tor Vergata»: il prof. Sandro Schipani, attualmente docente della Sapienza, il prof. Aldo

di diritto romano, dal 1993 a oggi tali ricerche hanno ottenuto enormi successi e brillanti risultati, che si concretano soprattutto nei campi seguenti:

1) Traduzione e pubblicazione di un gran numero di testi originali di diritto romano. Fino all'aprile del 2013, la Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina ha pubblicato 12 *Fragmenta selecta* del *Corpus iuris civilis* selezionati dal prof. Sandro Schipani, e 9 capitoli interi di totali 50 capitoli del Digesta del *Corpus Iuris Civilis*.

2) Traduzione e pubblicazione di un gran numero di testi sul diritto romano di studiosi italiani. Fra i più rappresentativi si annoverano:

a) le «Istituzioni di diritto romano», del celebre studioso Pietro Bonfante, tradotto in cinese da Huang Feng, professore dell'Università Magistrale di Pechino, e pubblicato nel 1992 dalla Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina col titolo *Luomafa Jiaokeshu*; si tratta della prima traduzione nella storia cinese di un testo di diritto romano. Il testo ha esercitato una profonda influenza negli ambienti accademici, è stato spesso utilizzato in diritto romano e diritto civile e più volte ripubblicato;

b) oltre al testo del Bonfante, Huang Feng ha tradotto e pubblicato nel 1994 con la medesima casa editrice anche le «Lezioni di storia del diritto romano» di Giuseppe Grosso, celebre studioso italiano di diritto romano, col titolo di *Luomafashi*. Le «Lezioni» del Grosso hanno svolto una funzione di stimolo straordinario alle ricerche cinesi di diritto pubblico romano;

c) Wang Huansheng, latinista dell'Accademia delle Scienze Sociali di Cina, ha tradotto e pubblicato, con l'aiuto del prof. Sandro Schipani e per i tipi della Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e giurisprudenza di Cina, il «De Republica» e il «De Legibus» (1997, *Lun Gongheguo lun falü*), il «De officiis» (1999, *Lun yiwu*), il «De oratore» (2003, *Lun yanshuojia*) di Cicerone e «Ab urbe condita» di Tito Livio (libri da I a X) (2009, *Zi jiancheng yilai*). Lo studioso dell'Università di Pechino Xue Jun ha posto inoltre messo mano alla traduzione dall'italiano della monumentale «Storia della Costituzione romana» (*Luoma xianzhengshi*) del celebre studioso di diritto pubblico romano Francesco De Martino, pubblicandone nel 2009 il primo volume, per i tipi della Casa Editrice dell'Università di Pechino. Oltre a ciò, dal 1979 a oggi, secondo

Petrucci dell'Università di Pisa e il ricercatore Giuseppe Terracina dell'Università di «Tor Vergata».

statistiche non definitive, i saggi di studiosi italiani sul diritto romano tradotti e pubblicati da studiosi cinesi ammontano a circa 60 titoli. I testi più importanti di noti studiosi del diritto romano, quali Mario Talamanca, Massimo Brutti, Luigi Capogrossi Colognesi, Cesare Mirabelli, Francesco Giuzzi, Oliviero Diliberto, Sandro Schipani, Pierangelo Catalano, Luigi Labruna, Francesco Paolo Casavola, Carlo Augusto Cannata, Giuliano Crifò, Letizia Vacca, Giuseppe Chioventa, Aldo Petrucci, e altri ancora sono stati tutti tradotti in cinese⁶.

3) Contestualmente alla traduzione attivamente realizzata di documenti originali e di testi sul diritto romano di studiosi italiani, gli studiosi cinesi hanno scritto di loro pugno un gran numero di libri e saggi in materia, i più importanti dei quali sono:

a) *Luomafa yuanlun* [«Principi di diritto romano»] di Zhou Dan, voll. II, Casa editrice Commercial Press, 1994, attualmente il più completo, più ricco e più autorevole manuale di diritto romano in cinese, ampiamente citato;

b) dal 1979 a oggi, i Cinesi hanno pubblicato circa 18 manuali di diritto romano e circa 20 monografie. Fra queste ultime, è particolarmente degno di menzione «Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e Aristone» [*Luomafazhong dee wuming hetong – Labei'ao he Alisidun de lilun*], in italiano, opera dello scrivente, pubblicata a Milano dalla Casa Editrice Giuffrè nel 2007.

⁶ La versione cinese di questi articoli appaiono principalmente nelle seguenti pubblicazioni: AA.Vv., *Digesta (Xueshuo huizhuan)*, a cura di Fei Anling, 1-2, Pechino, 2007-2012; AA.Vv., *Diritto: Storia e Comparazione (Falii: lishi he bi jiao)*, a cura di Zhang Lihong, I-II, Pechino, 2013; AA.Vv., *Diritto Romano e diritto civile moderno (Luoma fayu xiandai mingfa)*, a cura di Xu Guodong, 1-8, Pechino, 2000-2013. Inoltre, si vedono anche in quattro atti di Convegni internazionali sul diritto romano, diritto cinese e la codificazione del diritto civile, svolti a Pechino dal 1994 fin'ora. Cfr. AA.Vv., *Il diritto romano, il diritto cinese e la codificazione del diritto civile (Luomafa zhongguofa he minfa fadianhua)*, Atti del I Convegno internazionale sul diritto romano, il diritto cinese e la codificazione del diritto civile, a cura di Yang Zhenshan, S. Schipani, 1998; AA.Vv., *Studi di diritto romano, diritto cinese e diritti reali e obbligazioni (Wuquan he Zaiquan zhi Yanjiu)*, Atti del II Convegno internazionale sul diritto romano, il diritto cinese e la codificazione del diritto civile, a cura di Yang Zhenshan, S. Schipani, II, 2001; AA.Vv., *La legge sui diritti reali, la legge sulla responsabilità per atti illeciti, la legge commerciale, (Luomafa yu wuquanfa, shanfazhiyanjiu)*, Atti del III Convegno internazionale sul diritto romano, il diritto cinese e la codificazione del diritto civile, a cura di S. Schipani, Jiang Ping, Pechino, 2008; AA.Vv., *Dal diritto dell'antica Roma al diritto cinese e al diritto moderno: colloqui su storia e realtà (Chong gudailuomafa zhonghuafaxi da xiandafa: lishi yu xianshi de duihua)*, Atti del IV Convegno internazionale sul diritto romano, il diritto cinese e la codificazione del diritto civile, a cura di S. Schipani, Zhu Yong, Pechino, 2011.

La monografia in italiano, riguardante i contratti innominati nel diritto romano, è la prima monografia sul diritto romano pubblicata da un asiatico in una lingua europea. Dopo la sua pubblicazione, il testo è stato favorevolmente accolto negli ambienti del diritto romano, estendendo l'influenza degli studi cinesi di diritto romano in campo internazionale. La sua versione, ampliata sulla base di quella italiana, verrà pubblicata nel corso di questo anno;

c) gli studiosi cinesi hanno scritto anche molti saggi di diritto romano. Fin'ora, sono state pubblicate tre monografie sul diritto romano: Ding Mei, «Responsabilità contrattuale nel diritto romano» (*Luomafa qiye zeren yanjiu*), Pechino, 1998; Fei Anling, «Studi sul diritto ereditario» (*Luoma jichengfa yanjiu*), Pechino, 2004; Chen Kefeng, «Studi sulla costituzione romana» (*Luoma Xianzheng Yanjiu*), Pechino, 2007. Secondo statistiche ancora provvisorie, dal 1979 a oggi il numero dei saggi in materia pubblicati in cinese in Cina supera le tre centinaia. Gran parte di essi figurano nella «Bibliografia romanistica pubblicata in Cina, 1978-2003», redatta dallo studioso italiano Giuseppe Terracina, comparsa sul n. XXXII del 2004 della rivista italiana «Index». Secondo la bibliografia, dal 1979 al 2003 gli studiosi cinesi hanno scritto circa 220 saggi di diritto romano.

Attualmente, gli studiosi cinesi sono coscienti del valore del diritto romano per la codificazione contemporanea e ritengono tale diritto una ricchezza comune del mondo; nella stesura di saggi sul diritto civile e nelle analisi dei costituzionalisti, lo studio e la consultazione delle opere tradotte e redatte dagli studiosi cinesi è diventata la norma. Con queste modalità, il diritto romano ha contribuito alla modernizzazione del diritto cinese⁷.

Nell'analisi dei problemi giuridici moderni, non di rado, gli studiosi cinesi focalizzano la propria ricerca sul diritto italiano d'oggi, con l'intenzione di attingere gli spunti da esso. In questa direzione, l'opera monografica più significativa è: «Studi sull'autonomia privata degli effetti della risoluzione di contratto. L'esperienza italiana» (*Hetong jiechu xiaoguo de yisi zizhi yanjiu: yi yidalifa wei beijing de kaocha*), Pechino, 2011, scritto dal giovane studioso dell'Università di Zhejiang, Dott. Lu Qing, il dottorato di ricerca in diritto civile all'Università di Verona.

⁷ Per il dettaglio, cfr. LIU DAOYUN, *Diritto romano e diritto civile cinese. Storia e prospettiva (Luomafa yu dandai zhongguo mingfa -Lishi yu weilai)*, in *Amm. dir. (Xingzheng yu fa)*, 3, 2011.

2. Traduzioni e pubblicazioni di giuristi italiani

Oltre ai testi sul diritto romano sopra ricordati, gli studiosi della legislazione romana, che hanno studiato in Italia, hanno anche pubblicato, con l'aiuto dei colleghi italiani e il sostegno finanziario del governo italiano, un'ampia messe di testi sul diritto italiano, così come hanno tradotto e pubblicato opere di studiosi italiani sulle altre branche del diritto, ed hanno quindi in tal modo diffuso attivamente la cultura giuridica italiana.

Dopo il varo della politica di riforma e apertura, la prima opera sulla cultura giuridica italiana a essere stata pubblicata è stata quella del penalista italiano Cesare Beccaria condotto dal prof. Huang Feng «*Beikaliya jiqi xingfa sixiang*» [«Il diritto penale nel pensiero del Beccaria», Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina, 1997]. L'Italia è la culla del diritto penale moderno, di cui il Beccaria fu il precursore, e riveste un peso decisivo negli studi di diritto penale attuale nel mondo.

I giuristi cinesi hanno sempre dato la massima importanza al diritto e al sistema penale italiano, come ne sono esempio la traduzione e la pubblicazione dei principali testi normativi:

- «Il codice penale italiano» (*Yidali xingfadian*, trad. di Huang Feng, Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina, 1998 e Casa Editrice Giuridica, 2007);
- «Il codice di procedura penale italiano» (*Yidali xingshi susong fadian*, tr. di Huang Feng, Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina, 1994);
- «Il codice penale militare italiano» (*Yidali junshi xingfadian*, tr. di Huang Feng, Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina, 1997),

Quest'attenzione verso il diritto penale emerge anche con riferimento alla traduzione e pubblicazione delle opere dei più celebri penalisti e criminologi italiani, per esempio:

- Cesare Beccaria, «Dei delitti e delle pene» (*Lun fanzui yu xingfa*, tr. di Huang Feng, Casa Editrice dell'Enciclopedia Sinica, 1990);
- Enrico Ferri, «Sociologia criminale» (*Fanzui shehuixue*, tr. di Guo Jian'an, Casa Editrice dell'Università di Pubblica Sicurezza del Popolo Cinese, 1990);
- Raffaele Garofalo, «Criminologia» (*Fanzuixue*, tr. di Geng Wei e Wang Xin, Casa Editrice dell'Enciclopedia Sinica, 1996);
- Cesare Lombroso, considerato padre della Criminologia, «L'uomo delinquente» (*Fanzuiren lun*), anch'esso tradotto dal prof. Huang Feng (Casa Editrice Giuridica Cinese, 2005), un classico imprescindibile per la criminologia cinese.

È poi da segnalare che anche il *magnum opus* del massimo penalista italiano contemporaneo, il prof. Tullio Padovani, «Diritto penale» (*Yidali xingfaxue yuanli*) è stato tradotto in cinese da il prof. Chen Zhonglin dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza del Sudest, il primo studioso cinese che ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto penale in Italia (Casa Editrice Giuridica, 1998; Casa Editrice dell'Università del Popolo Cinese, 2004, edizione ampliata e rivista). Sulla base delle acquisizioni nello studio del diritto penale italiano, il prof. Chen Zhonglin ha scritto il «Trattato di diritto penale italiano» (*Yidali xingfa gangyao*, Casa Editrice dell'Università del Popolo Cinese, 1999). Queste pubblicazioni in cinese sul diritto penale italiano hanno fornito molti spunti per la riforma del Codice penale cinese del 1979 (modificato ben 8 volte dopo 1999, recentemente 25.2.2011) e il Codice procedura penale cinese del 1979 (modificato nel 1996 e in corso dell'emendamento).

Dal 1986, il legislatore cinese è impegnato nella codificazione del diritto civile. Gli studiosi cinesi che hanno studiato in Italia hanno tradotto e pubblicato, sulla base dello studio del diritto romano, il Codice civile italiano (*Yidali minfadian*, tr. di Fei Anling, Ding Mei e Zhang Mi, Casa Editrice dell'Università del Popolo Cinese, 1998, rivista e ristampa 2004)⁸. Il codice civile italiano del 1942 è uno dei modelli di codificazione del diritto del XX secolo; esso accoglie il meglio del «*Bürgerliches Gesetzbuch*» del 1900 e del «*Code civil Français*» del 1804 e l'edizione in cinese non ha solo dato la possibilità ai Cinesi di capire il sistema giuridico civile italiano ma rappresenta un importante testo di consultazione per il legislatore cinese impegnato nella codificazione e nella riforma del sistema civile. La «Legge sui contratti» del 1999, la «Legge sui diritti reali» del 2007 e la «Legge sulla responsabilità civile per gli atti illeciti» del 2009 della R.P.C. fanno tutte riferimento anche agli istituti del codice civile italiano. Il libro curato da chi scrive, intitolato «Codificazione, decodificazione e anticodificazione del diritto civile» (*Minfa fadianhua he fang fadianhua*, Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina, 2008), in cui vengono raccolti molti saggi dei più illustri civilisti italiani, ad esempio, quelli Natalino Irti, Massimo Bianca e Alessio Zaccaria, serve come punto di riferimento essenziale per la codificazione del diritto civile in corso.

I testi degli studiosi italiani di diritto comparato e di diritto civile, Rodolfo Sacco, Franco A. Cappelletti, Gianmaria Ajani, Gabriele Cre-

⁸ Recentemente, la versione cinese del «Codice civile italiano», tradotta da uno studioso cinese che non ha studiato in Italia è stata pubblicata in Cina. Cfr. *Codice civile italiano (Yidali minfadian)*, tr. di Chen Guozhu, Pechino, 2010).

spi Reghizzi e i celebri civilisti Pietro Rescigno, Natalino Irti, Massimo Bianca, Francesco Busnelli, Guido Alpa, Alessio Zaccaria, Stefano Troiano e altri sono stati tradotti in cinese e pubblicati⁹.

Inoltre, gli studiosi cinesi di storia del diritto straniero, che prestano grandissima attenzione al diritto italiano, hanno pubblicato alcune opere di storia del diritto italiano. L'opera più rappresentativa è *Yidali falü fadashi* («Storia dello sviluppo giuridico italiano», Casa Editrice Giuridica, 2006), curati dai Prof. He Qinhua e la Prof.ssa Li Xiuqing, entrambe docenti dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina Orientale. Recentemente, il campo di studi sul diritto italiano in Cina è esteso anche al diritto del lavoro. L'opera di Tiziano Treu «*Labour Law and Industrial Relations in Italy*» è stata tradotta in cinese (da Liu Yigong e Liu Jiming) e pubblicata nell'anno 2012 a Pechino dalla famosa Casa editrice Commercial Press.

3. *Istituzione di centri di ricerca della cultura giuridica italiana e formazione di persone competenti nel diritto cinese che conoscono il diritto italiano*

Dal 1992, i giuristi cinesi che hanno studiato in Italia hanno fondato un po' dappertutto in Cina centri di ricerca sul diritto romano e sul diritto italiano, al fine di diffonderli.

Dal 1992 ad oggi, avendo per nucleo gli studiosi cinesi di diritto romano che hanno studiato in Italia, sono stati fondati in Cina cinque centri di ricerca sul diritto romano, più ampiamente dedicati allo studio del diritto romano e del diritto europeo, compreso quello italiano. Elencati per ordine di data di fondazione, si possono richiamare:

1. il 'Centro di ricerca sul diritto romano e il Diritto Italiano' presso l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina, direttori le proff. Fei Anling e Ding Mei, fondato nel 1992 dal compianto prof. Yang Zhenshan;

⁹ I saggi vengono pubblicati principalmente nelle riviste «Diritto comparato» (*Bijiaofa*) e «Global Law Review» (*Huanqiu falü pinglun*), e alcune opere: AA.Vv., *Codificazione, Decodificazione e Anticodificazione del diritto civile (Minfa fadianhua he fang fadianhua)*, a cura di Zhang Lihong, Pechino, 2008; AA.Vv., *Diritto comparato e storia del diritto (Bijiaofa he falü shi)*, a cura di Zhang Lihong, I-II, Pechino, 2013; AA.Vv., *La Cina contemporanea negli occhi degli esperti italiani (Yidaliren Yangzhong de zhongguo)*, a cura di Zhang Lihong, S. Beretta, Pechino, 2012, p. 188 ss.; nonché 4 Atti di convegni intitolati «Il diritto romano, il diritto cinese e la codificazione del diritto civile» (*supra*, nota 6).

2. il 'Dipartimento del diritto romano' presso l'Università di Amoy, direttore prof. Xu Guodong, fondato nel 2000;

3. il 'Centro di ricerca sul diritto romano e diritto Europeo' presso l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina Orientale, direttore chi scrive, fondato nel 2004;

4. il 'Centro di ricerca sul diritto romano' presso l'Università del Hunan, direttore prof. Xu Diyu, fondato nel 2007;

5. il 'Centro di ricerca sul diritto romano' presso l'Università Normale di Pechino, direttore prof. Huang Feng, fondato nel 2009.

Il ruolo svolto dai suddetti centri nella diffusione della cultura giuridica italiana in Cina è duplice:

1) Formare docenti e ricercatori di diritto romano e diritto italiano. A tutt'oggi, partendo dal 2005, questi 5 centri hanno inviato a specializzarsi sul diritto romano e sul diritto italiano presso l'Università di «Tor Vergata» 20 studenti, 8 dei quali hanno frequentato dottorati di ricerca, gli altri 12 il corso post-laurea su «Diritto romano e diritto dell'integrazione». Tuttavia, a partire dal 2005, gli studenti cinesi che studiano il diritto in Italia, non studiano più solo a Roma, ma anche a Torino, Bologna, Verona, Firenze e altrove, dove studiano non solo diritto romano ma anche diritto civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto comparato, diritto medioevale ecc. Dal 1992 al 2011, 8 studiosi cinesi hanno conseguito il dottorato di ricerca in Italia e hanno poi fatto ritorno in Cina. In particolare, con l'aiuto dei comparatisti torinesi, in particolare, Rodolfo Sacco, Gianmaria Ajani e Michele Graziadei, la dott.ssa Hu Xiaoqian dopo avere conseguito il suo master a Shanghai e il suo dottorato a Torino, è stata anche ammessa a frequentare il corso di dottorato a partire dall'anno 2012 all'Università Harvard degli USA e sta acquisendo una conoscenza giuridica comparatistica a 360 gradi. Inoltre, negli ultimi anni, gli studenti cinesi che sono andati in Italia a studiare diritto, attraverso programmi di studio e di scambio (in particolare il Progetto Marco Polo), sono andati costantemente aumentando, superando il centinaio.

Il 3 giugno 2008, è stato ufficialmente inaugurato a Roma l'«Osservatorio sulla Codificazione e sulla Formazione del Giurista in Cina nel Quadro del Sistema Giuridico Romanistico», diretto dal Prof. Sandro Schipani, e promosso su iniziativa del Ministero per i Beni e le Attività Culturali della Repubblica Italiana, dell'Università «Sapienza», dell'Università «Tor Vergata» e dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina. Nel 2008, l'Osservatorio e l'Università di Roma «Tor Vergata» hanno organizzato congiuntamente un seminario italo-cinese per la formazione di docenti di diritto romano, al quale hanno partecipato 20 studiosi cinesi, che hanno ascoltato le

lezioni impartite per l'occasione da svariati docenti italiani della materia.

Le università che ospitano i suddetti centri del diritto romano hanno istituito corsi di diritto romano come materia obbligatoria. In particolare, l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina Orientale e l'Università di Amoy hanno istituito corsi di latino per i propri specializzandi in diritto civile e commerciale e hanno invitato docenti italiani a tenere presso di loro corsi di latino giuridico. Il corso di latino giuridico presso l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina Orientale, tenuto da alcuni docenti italiani e tedeschi, prevede 6 lezioni settimanali e dura un anno accademico. Istituito nel 2008, ha ottenuto ottimi risultati didattici. Sull'iniziativa del Prof. Giorgio Cassachia dell'Istituto della cultura del Consolato italiano a Shanghai, il 'Centro di ricerca sul diritto romano e Europeo' presso l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina Orientale è attualmente impegnato nella redazione di un manuale di latino giuridico a uso dei studenti cinesi.

2) Valendosi dei Centri, si tengono convegni internazionali e si pubblicano riviste di diritto romano e diritto italiano, in un fitto scambio con l'Italia.

Il 'Centro di ricerca sul diritto romano' e il 'Centro di ricerca sul Diritto Italiano' dell'Università di Scienze Politiche e Diritto di Cina, in collaborazione con «Tor Vergata», ha tenuto a Pechino 4 Convegni Internazionali sul Diritto Romano e la Codificazione del Diritto Cinese¹⁰. Questi convegni internazionali riuniscono studiosi italiani, tedeschi, giapponesi, coreani, peruviani ecc. e studiosi cinesi di una decina di istituzioni accademiche, per un totale di oltre il centinaio di convenuti, a discutere insieme di diritto romano, di diritto italiano, di tradizione giuridica cinese e del regime giuridico civilista della Cina contemporanea. Gli atti del III Convegno sono stati pubblicati dalla Casa Editrice dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina, svolgendo un'importante funzione nella diffusione del diritto romano in Cina e nell'intensificazione degli scambi con l'estero in materia¹¹.

Il 'Centro di ricerca sul diritto romano e Europeo' presso l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina Orientale ha tenuto nell'aprile 2005 un convegno internazionale su «Codificazione, decodificazione e anti-codificazione» che ha visto la partecipazione di oltre 30 studiosi non cinesi e oltre 120 studiosi cinesi; vi hanno

¹⁰ Il I si tenne dal 3 al 6 ottobre 1994, il II dal 16 al 17 ottobre 1999, il III dal 14 al 15 ottobre 2005, il IV dal 24 al 25 ottobre 2009.

¹¹ Per gli atti dei quattro Convegni già svolti, *supra* nota, 6.

partecipato otto italiani, fra cui i celebri civilisti Massimo Bianca e Natalino Irti. Nell'aprile 2007, in collaborazione con Centro di Eccellenza in diritto europeo «Giovanni Pugliese» della Università di «Roma Tre», lo stesso Centro cinese ha tenuto il convegno internazionale «Diritti reali: esperienze storiche e sviluppi moderni e prospettiva comparatistica nel sistema giuridico continentale», cui hanno partecipato 9 giuristi italiani, fra i quali Augusto Cannata, Letizia Vacca, Ugo Petronio e Salvatore Patti, che hanno tenuto le relazioni sui diritti reali nel diritto romano e il diritto italiano. Gli atti del primo convegno sono stati pubblicati nel 2008 dalla Casa Editrice dell'Università del Popolo Cinese con lo stesso titolo del convegno, e hanno esercitato una profonda influenza sulla codificazione del diritto civile cinese, mentre gli atti del secondo convegno saranno pubblicati quest'anno, sempre con lo stesso titolo del convegno, insieme a molti saggi di diritto italiano. Dal 10 al 12 ottobre 2010, il Centro, il Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale e l'Università del Popolo Cinese hanno tenuto un convegno internazionale su «Tutela dei diritti della persona: i fondamenti nel diritto romano, gli sviluppi e le sfide moderne», con la partecipazione di oltre 100 studiosi cinesi e stranieri, fra cui gli studiosi italiani Pietro Rescigno, Sandro Schipani e Giorgio Resta. Si è trattato del più importante convegno a tutt'oggi tenutosi in Cina sulla tutela dei diritti della persona. Nel mese del novembre 2012, in occasione del 1800 anniversario della *Constitutio Antoniniana* dell'imperatore Caracalla, il Centro ha organizzato, in collaborazione con l'Istituto di cultura italiana in Cina, un Colloquio internazionale «Ieri e Oggi: Imperi, Cittadinanze e Globalizzazioni».

L'Istituto per l'insegnamento e lo studio del diritto romano' presso l'Università di Amoy ha tenuto dal 17 al 18 giugno 2008 il I convegno sulla terminologia giuridica latina, al quale hanno partecipato numerosi studiosi di diritto romano italiani e cinesi. Al convegno si è discusso di come tradurre la terminologia romanistica.

Inoltre, il 'Centro di ricerca sul diritto romano' presso l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina e l'Istituto per l'insegnamento e lo studio del diritto romano' presso l'Università di Amoy hanno fondato alcune riviste accademiche per la pubblicazione di saggi di romanistica. Anche il 'Centro di ricerca sul diritto romano' presso l'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Cina dispone di una sua rivista, la «Digesta» (*Xue-shuo huizuan*), di cui sono comparsi due numeri, nel 2007 e nel 2009: Fei Anling (a cura di), n. 1, Casa Editrice della Proprietà Intellettuale, 2007; Fei Anling (a cura di), n. 2, Casa Editrice della Proprietà Intellettuale, 2009. Della pubblicazione fondata dall'Isti-

tuto per l'insegnamento e lo studio del diritto romano' presso l'Università di Amoy e curata da Xu Guodong, «Il diritto romano e il diritto civile moderno» (*Luomafa yu xiandai minfa*) sono usciti, dal 2000 al 2013, otto numeri, per i tipi della Casa Editrice Sistema Giuridico Cinese.

Centro di ricerca sul diritto romano presso l'università di Hunan ha pubblicato una rivista intitolata «*Ius romanum comune*» (*Luomafa yu gongtong fa*), uscito nel 2012 presso la casa editrice del diritto (*Falü*). Anche il 'Centro di ricerca sul diritto romano e Europeo' presso l'Università di Scienze Politiche e Diritto della Cina Orientale, diretto da chi scrive, pubblicherà dall'anno 2013 una collana, «Classici delle opere giuridiche italiane» (*Yadali faxue mingzhu yichong*), per diffondere in Cina il diritto occidentale e la cultura giuridica comparatistica, e in particolare quella italiana. In questa collana, alcune delle più celebri opere giuridiche italiane, per esempio, «Sistemi giuridici comparati» di R. Sacco-Antonio Gambaro, «Antropologia giuridica» di Rodolfo Sacco, «L'Europa del diritto» di Paolo Grossi, «Il contratto» di Massimo Bianca e «Storia del diritto in Europa dal medioevo all'età contemporanea» di Padoa Schioppa, sono già state tradotte in cinese e in corso di revisione e stampa.

4. Conclusioni

La cultura giuridica italiana, fondata sul diritto romano, si diffuse in Cina fin dalla fine del secolo XIX. Da circa un secolo, in seguito al costante fiorire della romanistica in terra cinese, la cultura giuridica italiana si è impetuosamente sviluppata in Cina – con la traduzione e la pubblicazione di un gran numero di testi normativi e di opere scientifiche dov'essa è riflessa – ed è transitata dal diritto romano al diritto penale, al diritto civile e ad altre discipline.

È ormai arrivato un momento decisivo per la modernizzazione dell'ordinamento giuridico cinese. Rispetto ai paesi sviluppati, i quali spesso corrono involontariamente su binari fissati, la Cina si trova in una posizione vantaggiosa e ha una maggiore flessibilità di scegliere il modo di sviluppo più efficiente. Nel campo giuridico, davanti ai giuristi cinesi, ci sono i diversi modelli giuridici stranieri da studiare e imparare e «*E pluribus unum*» costituisce proprio un compito storico per tutti i giuristi cinesi. Il diritto italiano indubbiamente è un modello decisamente importante per i cinesi. Tuttavia, in Cina, fra l'influenza del diritto italiano e l'influenza del diritto statunitense, inglese, tedesco e francese, c'è ancora una grande distanza, per cui è

necessario intensificare ulteriormente la cooperazione nell'insegnamento e nello studio del diritto italiano in Cina, di modo che la pubblicazione e la traduzione in Cina di un numero ancora maggiore delle opere giuridiche italiane più significative, come pure la formazione di specialisti del diritto italiano, rappresentano il punto chiave di questo percorso.

MARINA TIMOTEO

La circolazione del modello legislativo italiano in Cina

SOMMARIO: 1. Il primo Novecento: il modello legislativo italiano fra *yingmei* e *deri*. – 2. Le riforme di fine secolo: il modello italiano nell'elaborazione delle grandi leggi per la Cina del «socialismo di mercato con caratteri cinesi». – 3. Spunti dal modello legislativo italiano nel contesto dei processi globali di *legal transplants*.

1. *Il primo Novecento: il modello legislativo italiano fra yingmei e deri*

La nostra ricostruzione parte dalla data che ufficialmente segna il passaggio alla storia cinese contemporanea, il 1911, ultimo anno di vita dell'Impero. La Cina era occupata già da mezzo secolo dalle potenze colonialiste europee. I trattati ineguali che l'Occidente le aveva imposto sottolineavano l'inferiorità giuridica dell'Impero di Mezzo con le clausole di extraterritorialità che stabilivano la giurisdizione consolare straniera finché il governo cinese non si fosse dotato di un ordinamento giuridico di modello europeo¹.

L'imperativo per la Cina era codificare e codificare, in primo luogo, in quel settore del diritto considerato il grande demarcatore della civiltà giuridica europea che stava dominando l'intera Asia orientale, il diritto civile.

Nel 1911 i tre alti commissari incaricati di redigere il codice civile per il governo Qing, Shen Jiaben, Yu Liansan, Ying Rui, assistiti in quest'opera dal consigliere giapponese Matsukora Yoshitada e da giuristi cinesi che avevano studiato in Giappone o in Occidente, portarono a compimento l'incarico. Il 5 settembre 1911 il commissario Yu Liansan nel presentare all'Imperatore Xuan Tong il 大清民律草案 (*Da Qing Minlu Cao'Can*), progetto di codice civile della Grande Dinastia Qing²,

¹ Su questi trattati cfr. R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, Milano, 1999, p. 109 ss.

² Composto da cinque libri di cui i primi tre (parte generale, diritto delle obbligazioni, diritti reali) seguivano l'impostazione dei corrispondenti libri del codice civile giapponese e dei suoi modelli europei di riferimento, mentre gli ultimi due

spiegava, nel memoriale di presentazione³, che la scelta della commissione per la codificazione era stata di allinearsi alla grande tradizione civilista che derivava dal diritto romano: «tutti i sistemi di diritto civile dei vari paesi derivano dai codici giustiniani; dopo è venuto il codice napoleone. La maggiore parte dei diritti civili, fra cui il diritto giapponese, tedesco, italiano hanno questa origine»⁴. Il riferimento verbale al diritto italiano, accanto ai grandi modelli sui quali era stato costruito il progetto di codice, e che avrebbero continuato a ispirare le riforme moderne del diritto cinese⁵, può essere interpretato come un tributo a un Paese che nell'immaginario delle classi dirigenti locali era oggetto di una rappresentazione consolidata, quella secondo la quale l'Italia, grazie alla sua storia, era portatrice di un modello culturale forte, in grado di porsi in comunicazione con la millenaria civiltà cinese.

L'immagine del nostro Paese come espressione di una cultura alta, che si esprimeva anche nel momento giuridico, perché distesa sulla linea lunga della storia che rimontava al mondo classico, si era radicata già diversi secoli prima che i modelli giuridici europei penetrassero in Cina attraverso l'imperialismo. È, soprattutto, all'azione missionaria dei gesuiti, a partire da colui che i cinesi riconoscono come principale figura di riferimento dei rapporti culturali italo-cinesi, ossia Matteo Ricci, che si deve l'apertura di importanti canali di comunicazione interculturale, attraverso la redazione di opere sulla cultura occidentale in lingua cinese⁶. Fra queste annoveriamo anche una raccolta di ordinanze manoscritte, risalenti alla metà del XVII secolo, rinvenuta nella biblioteca di Beitang, chiesa cattolica costruita a Pechino, contenenti prescrizioni della disciplina canonistica⁷.

Quando a cavallo fra Otto e Novecento, la Cina si ritrovò costretta a mettersi alla scuola dei diritti stranieri, per potersi emanci-

(diritto di famiglia e successioni) erano stati redatti sotto l'egida del Ministero dei riti (礼部, *Libu*), con l'intento dichiarato di preservare il nucleo dei valori culturali cinesi nel contesto della modernizzazione giuridica.

³ Pubblicato nella raccolta 清末筹备立宪档案史料 (*Qingmo choubei lixian dang'an shiliao*) (Materiali sul costituzionalismo alla fine della Dinastia Qing), Dipartimento degli archivi delle dinastie Ming e Qing, vol. 2, *sub vocem*, Beijing, 1979.

⁴ Cfr. YANG YOUJONG, *近代中国立法史 (Jindai zhongguo lifa shi)* (Storia legislativa della Cina moderna), 2^a ed., Beijing, 1966, p. 73.

⁵ Ossia Germania e Francia, penetrati in Cina via Giappone.

⁶ Sul ruolo di mediazione e di veicolo interculturale di Padre Matteo Ricci v., fra gli altri, J.D. SPENCE, *Il palazzo della memoria di Matteo Ricci*, Milano, 1987.

⁷ Su queste ordinanze custodite a Beitang (Chiesa settentrionale) – costruita dopo che Matteo Ricci aveva edificato, nel 1604, la prima chiesa cattolica a Pechino, la Nantang (Chiesa meridionale) – v. H. PAZZAGLINI, *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 76, 1991, p. 49.

pare dalla posizione di dipendenza in cui l'avevano collocata i Trattati ineguali, l'origine romanistica di quei diritti rappresentò, dunque, un fondamentale aspetto legittimante e finì per sollecitare l'attenzione, come effetto collaterale, sulle vicende legislative italiane. Il codice civile italiano fu studiato all'epoca della prima codificazione. Quest'attenzione si levò nonostante il ruolo marginale rivestito dall'Italia nello scenario dell'occupazione imperialista del Paese asiatico. In questo scenario l'Italia, vantava, piuttosto, un primato in negativo, essendo stata respinta, nel 1899, dal governo imperiale, unica fra le nazioni europee, nella richiesta di stabilire una concessione extraterritoriale nella baia di Sanmen. Questa vicenda, nota come «il fiasco di Sanmen», è considerata dagli storici della diplomazia l'unica occasione in cui il debolissimo governo dei Qing, destinato di lì a poco a una fine ingloriosa, riuscì a dire di no a un paese occidentale⁸.

Nonostante il basso livello di prestigio e forza, sul piano politico, nella prima fase della modernizzazione del diritto cinese, lungo tutto il corso del processo di codificazione, l'esperienza codicistica italiana venne seguita con attenzione. Negli anni Trenta, quando furono emanati i codici del governo nazionalista, troviamo un riferimento all'Italia per sostenere le ragioni di un codice unico da preferirsi al doppio codice, civile e commerciale. Anche se sappiamo che il grande punto di riferimento per questa opzione era stato il codice svizzero delle obbligazioni⁹, vediamo che nel Rapporto sull'unificazione del diritto civile e commerciale della Repubblica cinese, 民国时期“民商法划一省查报告书» (*Minguo shiqi minshangfabuay shencha baogao shu*) redatto dalla commissione parlamentare *Lifayuan*, 立法院, la scelta monistica veniva giustificata in parte facendo riferimento alla storia cinese (sostenendosi che nella storia del diritto cinese, fin dalla dinastia Han non c'è stata separazione fra diritto civile e diritto commerciale), in parte attraverso due richiami esemplari, ossia il richiamo al caso inglese, ove il superamento della separazione fra diritto civile e commerciale si era accompagnata a ritmi notevoli di sviluppo economico, e il richiamo all'Italia, definito «商业发达最早之国» (*shangye fada zuizaozhiguo*), ossia «paese che si caratterizza per un precoce sviluppo delle attività commerciali», nel quale la dottrina (理论, *lilun*) stava spingendo per l'unificazione dei due codici.¹⁰

⁸ Sulla vicenda v. M.F. PINI, *Italia e Cina 60 anni fra passato e futuro*, Roma, 2011 p. 24 ss.

⁹ Che aveva largamente ispirato, con il BGB, il processo di codificazione, cfr. TSUNG-FU CHEN, *Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution*, in *Nat. Taiwan Univ. Law Rev.*, 1, 2011, p. 399 ss.

¹⁰ Il Rapporto, con il riferimento di cui nel testo, è stato pubblicato a cura della

Il diritto legislativo italiano dunque, in questa prima fase della modernizzazione giuridica cinese, venne seguito nei suoi sviluppi principali e utilizzato, nelle declamazioni che accompagnarono il processo di codificazione, non tanto quale modello da riprodurre quanto come fonte di legittimazione dell'«operazione codici», il che nel contesto della cultura cinese, tutta costruita sulla forza legittimante dei modelli esemplari, significava davvero molto. Il riferimento al diritto italiano proiettava il nuovo diritto cinese codificato nell'ombra lunga del diritto romano, quindi della storia, una garanzia quanto meno formale per una civiltà che sul senso della storia aveva fondato la propria identità.

Quanto a una influenza sui contenuti normativi, il modello italiano rimaneva sullo sfondo di un contesto di trapianti in cui si contendevano i due fronti *yingmei* e *deri* (英美, 德日), ossia angloamericano e nipotedesco e che, come sappiamo, vedeva il *deri* (modello nipotedesco) dominare la scena¹¹.

Nel frattempo, alcuni decenni dopo il fiasco di Sanmen, l'Italia fascista e la Cina nazionalista costruirono su basi più solide un rapporto politico e diplomatico che ebbe risvolti anche sul piano giuridico: l'Italia piazzava un proprio giurista nei lavori per la revisione del codice penale cinese. Si trattava di Attilio Lavagna, Consigliere della Corte di Cassazione del Regno d'Italia, già segretario particolare di Giolitti, il quale fu inviato in Cina dall'ottobre 1933 all'ottobre 1935, dopo che il Ministro degli Esteri e della Giustizia cinese Luo Wengan aveva espresso a Ciano il desiderio che un giurista italiano collaborasse alla revisione del codice penale cinese. Lavagna curò la traduzione in cinese del codice Rocco tenne cicli di lezioni presso l'Accademia dei Magistrati di Nanchino, intervenne nella elaborazione del nuovo codice penale. Quest'ultimo entrò in vigore il 1° luglio 1935, recando tracce importanti, oltre che dei soliti modelli tedesco e francese (nello specifico del progetto di riforma del codice penale francese), anche del nostro Codice, il quale lasciò la propria impronta nella disciplina delle misure di sicurezza¹².

Segreteria dello Yuan legislativo della Repubblica cinese: 民商法划一提案审查报告书, 立法院秘书处编辑: 《立法专刊》, settembre 1929 n. 1.

¹¹ Per una accurata ricostruzione del confronto *yingmei-deri* v. L.V. TAHIRIH, *Orienting Lawyers at China's International Tribunals Before 1949*, in *Maryland J. Int. Law*, 27, 2012, p. 179.

¹² Sul lavoro di Lavagna in Cina v. P. CORRADINI, *Popoli e società in cinque millenni di storia*, 2^a ed., Firenze, 2006, p. 437. G. CRESPI REGHIZZI, *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, in *Quad. fiorentini*, 15, 1986, p. 554.

2. *Le riforme di fine secolo: il modello italiano nell'elaborazione delle grandi leggi per la Cina del «socialismo di mercato con caratteri cinesi»*

Dopo il trasferimento dei codici nazionalisti nell'isola di Taiwan, al seguito del governo di Jiang Jieshi, è partita per la Cina una nuova fase di riforma giuridica, entro uno Stato d'ispirazione socialista, che, nei primi due decenni della sua esistenza, è passato, attraverso un periodo di isolamento diplomatico da parte dei paesi occidentali. L'Italia è stato uno degli ultimi Paesi europei a stabilire relazioni diplomatiche con la Repubblica popolare cinese, nel 1970¹³.

Dopo un lungo *black out*, i collegamenti con i diritti occidentali sono stati ripresi nel quadro della politica di 改革开放, *gaige kaifang* «riforma e apertura» lanciata, alla fine degli anni Settanta, da Deng Xiaoping, che ha riportato la norma legale al centro del sistema giuridico. In parallelo a questo nuovo corso sono stati rivitalizzati i canali tradizionali di circolazione dei modelli legislativi, quelli degli accordi intergovernativi e interuniversitari nel cui ambito si organizzano la formazione di giuristi cinesi all'estero e la consulenza legislativa per il *drafting* delle nuove leggi¹⁴.

Il fronte più ampio per l'apertura di un dialogo con il modello legislativo italiano, è quello che si apre per mano della dottrina nell'ambito dei rapporti di cooperazione interuniversitaria.

In tale direzione passaggi importanti sono rappresentati per noi dalla traduzione dei nostri codici penale, civile e di procedura penale. Quest'ultimo è stato tradotto in vista della riforma della legge processualpenalistica del 1979 e utilizzato nel corso dei lavori preparatori della nuova legge del 17 marzo 1996, volta ad introdurre una riforma del rito in senso accusatorio¹⁵: nella prima fase di transizione verso una procedura di tipo *adversary*, il codice italiano è studiato perché considerato vicino dal punto di vista storico-culturale a quello cinese, avendo mantenuto per un tempo molto lungo il sistema inquisitorio. Il traduttore dei codici penale e di procedura penale è

¹³ Cfr. M.F. PINI, *Italia e Cina 60 anni fra passato e futuro*, cit., p. 100 ss.

¹⁴ Leggi che, all'alba delle riforme, devono essere redatte per ogni settore del diritto.

¹⁵ La riforma ha modificato oltre 100 disposizioni del previgente testo e introdotto 61 nuove disposizioni, il che ha indotto i commentatori a parlare di 'nuovo codice'. Sulla riforma e sui suoi modelli ispiratori cfr., L. LUPARIA-SUN WEIPING, *Lineamenti essenziali del nuovo processo penale cinese*, in *Riv. it. dir. proced. pen.*, 2002, p. 1345 ss; SIDA LIU-T.C. HALLIDAY, *Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China's Criminal Procedure Law*, in *Law & Social Inquiry*, 34, 2009, p. 911.

Huang Feng che è venuto per la prima volta in Italia nel 1988, ospite dell'Università di Bologna, e poi ha proseguito la sua preparazione nell'Università di Macerata e a Roma, presso l'Università di «Tor Vergata»¹⁶.

L'altro importante lavoro di traduzione, che ha veicolato a vario titolo il modello legislativo italiano nel sistema cinese, è stato quello che ha avuto ad oggetto il nostro codice civile. La prima edizione della traduzione cinese del nostro codice è del 1998, ed è opera di due giuriste che si sono formate presso l'Università di «Tor Vergata», Fei Anling e Ding Mei, e una linguista, Zhang Mi¹⁷. Nel 2004 è stata pubblicata una seconda versione, aggiornata, della traduzione, che è l'esito di un soggiorno presso l'Università di Bologna, di circa un anno, come *visiting researcher*, di Fei Anling. A Bologna la professoressa Fei rivede la parte sul diritto societario, in stretto dialogo con il compianto Maestro Francesco Galgano, il quale era stato presidente di una delle sottocommissioni che hanno elaborato l'articolato della riforma del diritto societario.

Grazie a questa traduzione troviamo il codice civile italiano sempre presente fra i materiali di consultazione utilizzati per l'elaborazione dei progetti di codice civile e durante i lavori preparatori delle grandi normative civilistiche cinesi degli ultimi vent'anni.

Della redazione di un codice civile si discute in Cina da oltre un decennio e diversi progetti sono stati presentati da autorevoli giuristi, alcuni dei quali sono coinvolti nel processo legislativo a livello ufficiale. Dei tre progetti più rilevanti, facenti capo a, rispettivamente a Liang Huixing (*Chinese academy of Social Sciences*), Wang Liming (*People's University*), Xu Guodong (*Xiamen University*), quello di Xu Guodong è certamente più influenzato dal diritto italiano, considerando che Xu è uno degli studiosi che si sono formati a «Tor Vergata». Questo è però anche il progetto meno autorevole, non essendo stato avallato a livello ufficiale, come nel caso dei progetti di Wang Liming e Liang Huixing che sono entrambi membri della commissione di codificazione costituita dal governo cinese. Fra i due progetti quello che maggiormente dedica riferimenti al codice civile italiano è quello di Wang Liming, giurista eclettico, che ha stabilito un ampio dialogo con giuristi italiani, pur non essendo un italianista¹⁸.

¹⁶ Cfr. HUANG FENG, *意大利刑事诉讼法典 (Yidali xingfa susongfadian)* (Codice di procedura penale italiano), Beijing, 1994; HUANG FENG, *意大利刑法典 (Yidali Xingfadian)*, (Codice penale italiano), Beijing, 2007.

¹⁷ FEI ANLING, DING MEI, ZHANG MI, *意大利民法典 (Yidali minfadian)* (Codice civile italiano), Beijing, 1998.

¹⁸ Dei tre progetti – WANG LIMING, *中国民法典建议稿及说明 (Zhongguo Min-*

Sullo sfondo del lavoro per l'elaborazione di un codice civile cinese, che allo stato attuale è ancora in forma di progetto, è proseguita incessante l'attività di redazione legislativa in attuazione degli obiettivi – posti nel Piano quinquennale legislativo varato nel 2004 – di copertura, entro il 2010, di tutti i principali settori del diritto civile cinese: fra le principali normative emanate negli ultimi 15 anni ricordiamo la legge sui diritti reali del 2007¹⁹ e la legge sulla responsabilità civile del 2009²⁰, che sono andate ad affiancarsi alla legge sul contratto del 1999²¹.

Nel corso dei lavori di preparazione di queste leggi civilistiche il nostro codice civile è stato regolarmente utilizzato nel quadro di un ampio lavoro di legislazione comparata che in questi anni ha sempre accompagnato l'attività di redazione delle leggi in Cina. La posizione del diritto italiano resta, evidentemente, sullo sfondo di una circolazione in cui continua a essere determinante l'impronta dominata del modello tedesco. Ho esaminato i due volumi pubblicati dall'Ufficio di diritto civile della commissione legislativa dell'Assemblea nazionale del popolo (ANP) in occasione dell'approvazione delle leggi sul contratto e sulla responsabilità civile. Mentre il volume relativo alla legge sulla responsabilità civile²² contiene solo una citazione degli articoli esaminati nel corso dell'elaborazione della legge, elencati e riportati nel loro testo (e ci sono tutte le disposizioni del Codice italiano in materia), il volume sul contratto²³ ha un contenuto più articolato, che comprende il commento di alcuni articoli di codici stranieri consultati ed alcuni inserti della dottrina straniera. Questo commento è contenuto nell'ultima parte dedicata ai materiali normativi stranieri con-

fadian jianyi gaoji shuomin), (*The suggestive draft of Chinese civil code and explanation*), Beijing, 2004; XU GUODONG, *绿色民法典草案 (Luse minfadian cao an)* (Progetto di codice civile verde), Beijing, 2004; LIANG HUIXING, *中国民法典草案建议稿附理由 (Zhongguo Minfadian jianyi gaofu liyou)* (Progetto e fondamenti per il codice civile cinese), Beijing, 2010 – quello di Liang è stato pubblicato e commentato anche in inglese: *The Draft Civil Code of the People's Republic of China*, Leiden, 2010 (2^a ed., Beijing, 2011).

¹⁹ 中华人民共和国物权法, (*Zhonghua renmin gongheguo wuquanfa*) approvata il 16 marzo 2007, entrata in vigore il primo ottobre 2007.

²⁰ 中华人民共和国侵权责任法, (*Zhonghua renmin gongheguo qinquan zerenfa*), approvata il 26 dicembre 2009, entrata in vigore il primo luglio 2010.

²¹ 中华人民共和国合同法, (*Zhonghua renmin gongheguo hetong fa*), approvata il 15 marzo 1999, in vigore dal primo ottobre 1999.

²² 中华人民共和国侵权责任法立法资料选 (*Zhonghua renmin gongheguo qinquan zerenfa lifa ziliao xuan*) (Selezione dei materiali di riferimento per la legge sulla responsabilità civile della Repubblica popolare cinese), Beijing, 2009.

²³ 中华人民共和国合同法立法资料选 (*Zhonghua renmin gongheguo hetongfa lifa ziliao xuan*) (Selezione dei materiali di riferimento per la legge sui contratti della Repubblica popolare cinese), Beijing, 1999.

sultati nel corso della redazione. Qui troviamo centoventi pagine dedicate prevalentemente ai diritti occidentali; inoltre per l'Asia orientale, si tratta di Giappone, Taiwan, Hong Kong. Di queste centoventi pagine, una pagina e mezza circa riguarda, in totale, l'Italia, con riferimenti sparsi, in relazione ai singoli capitoli della legge. Questi riferimenti si trovano all'interno del paragrafo sugli «altri diritti stranieri», mentre paragrafi interamente dedicati a singoli diritti sono stati redatti per la Germania, Stati Uniti, Inghilterra; la Francia è trattata a parte, ma insieme a Giappone e Taiwan. Alla Germania sono riservate circa trenta pagine e fra queste troviamo anche un saggio di Herbert Kronke sulla riforma del diritto dei contratti in Germania analizzata in prospettiva comparatistica. Qui troviamo un riferimento al codice civile italiano come prima codificazione del 1900 che, con la unificazione di diritto civile e commerciale, ha aperto la strada al processo di elaborazione del diritto uniforme del contratto di vendita internazionale.

Nel volume il Codice civile italiano, dopo essere stato presentato nella sua struttura generale, viene menzionato per alcune disposizioni che sono state oggetto di specifica analisi nel corso dei lavori preparatori della legge. In particolare il riferimento è al principio di buona fede precontrattuale, che è oggetto di una specifica disciplina nella legge cinese sul contratto²⁴, alla nostra disposizione sulla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, a cui fa eco nella legge cinese la previsione della nullità del contratto per violazione di disposizioni vincolanti di leggi e regolamenti (art. 52 n. 5). Si illustra poi la disciplina contenuta nel nostro codice relativamente all'annullabilità del contratto per errore (novità della legge del 1999) e all'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti di durata, non espressamente disciplinata dal legislatore cinese, ma indicata come implicitamente accolta attraverso le disposizioni sulla buona fede²⁵.

²⁴ La prima delle due disposizioni prevede l'obbligo del risarcimento dei danni per la parte che, nel corso delle formazioni del contratto, determina una perdita nella controparte conducendo trattative senza la reale volontà di concludere il contratto, deliberatamente occultando fatti importanti o fornendo false informazioni relative alla conclusione del contratto, compiendo in generale atti contrari al principio di buona fede (art. 42); l'articolo seguente dispone l'obbligo di risarcimento del danno per la parte che riveli o utilizzi in maniera impropria le informazioni riservate di cui sia venuta a conoscenza durante le trattative.

²⁵ 中华人民共和国合同法立法资料选 (*Zhonghua renmin gongheguo hetongfa lifa ziliao xuan*), cit., nt. 22, p. 283 ss.

3. Spunti dal modello legislativo italiano nel contesto dei processi globali di legal transplants.

Il codice civile italiano, nella redazione della nuova legislazione cinese, è dunque oggetto di uno studio più attento, grazie al fatto che abbiamo la traduzione del codice e che i romanisti formati in Italia iniziano un'opera di diffusione più capillare nel panorama accademico e politico cinese. Il ruolo giocato è, in ogni caso, pur sempre un ruolo da comprimario, in ciò proseguendo nella linea lunga di una vicenda circolatoria che demarca il nostro modello legislativo soprattutto per i suoi natali illustri.

Se dalle grandi leggi, che hanno ricostruito l'intelaiatura del sistema, ci spostiamo su altri fronti normativi la situazione non cambia di molto.

Guardando ai diversi settori che sono stati oggetto di una nuova disciplina legislativa nell'ultimo trentennio, l'indagine sull'influsso dei modelli legislativi esterni sul diritto cinese mostra uno scenario estremamente complesso che vede il legislatore cinese procedere affiancato da una schiera di esperti e *donors* stranieri che si è fatta via via sempre più affollata nel corso degli anni: di fianco ai canali tradizionali di circolazione dei modelli legislativi, si sono fatti strada i soggetti e i processi che nell'epoca globale si affermano come i protagonisti della *governance* delle dinamiche circolatorie da Ovest verso Est (oltre che da Nord verso Sud) attraverso i progetti di cooperazione giuridica internazionale.

È un reticolato fittissimo di azioni bi e multilaterali quello che in pochi anni si è disteso sull'ordinamento cinese e lo ha collegato sempre più strettamente con i sistemi occidentali: a tracciare le linee guida in questa rete sono intervenute agenzie statali e di sviluppo internazionale, organizzazioni non governative e fondazioni provenienti soprattutto dai Paesi che nella seconda metà del Novecento si sono affermati come capofila della cooperazione internazionale, ossia Stati Uniti e, per l'Europa, soprattutto Germania, Francia, Regno Unito e Paesi Scandinavi²⁶.

Questi enti, in collaborazione diretta con gli organismi protago-

²⁶ Per un'introduzione a protagonisti e temi che animano questo scenario di vedano T. CAROTHERS (a cura di), *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 2006; J. DELISLE, *Lex Americana? United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, in *U.Pa. J. Int'l Econ. L.*, 20, 1999, p. 179; M.S. ERIE, *Legal Education Reform in China Through U.S.-Inspired Transplants*, in *J. Legal Educ.*, 59, 2009, p. 60; R. PEREMBOOM, *China's Long March toward the Rule of Law*, Cambridge, 2002.

nisti del processo legislativo cinese, in primis la Commissione Legislativa dell'Assemblea Nazionale del Popolo, e l'Ufficio per gli affari legislativi del Consiglio di Stato, sono intervenuti nel processo di elaborazione del nuovo diritto cinese, (ritagliandosi sfere di competenza nei diversi settori dell'ordinamento), divenendo veicoli privilegiati dell'importazione in Cina dei modelli legislativi nazionali²⁷.

In questo contesto l'intervento italiano, a livello governativo, è stato settoriale ed ha avuto ricadute limitate sul piano della circolazione del nostro modello legislativo. Nell'ambito della cooperazione internazionale il programma di punta in cui l'Italia è stata ed è tuttora impegnata è il «*Sino-Italian cooperation program for environmental protection*²⁸», sviluppato dal Ministero per la Protezione dell'Ambiente a partire dal 2000, il quale ha aperto anche una finestra sul fronte normativo. In particolare nella materia ambientale – in cui, peraltro, i modelli giuridici nazionali si stemperano fortemente entro il calco omologante dei modelli globali – il programma italiano è impegnato, con la partecipazione della Banca mondiale, nell'assistenza alla creazione del quadro normativo efficace per la promozione dell'economia circolare²⁹. Un altro settore in cui l'Italia ha sviluppato un autonomo programma di cooperazione è quello della tutela dei diritti umani delle persone con disabilità, un settore da sempre critico in Cina, in cui l'Italia, dal punto di vista legislativo, è considerata a livello internazionale portatrice di *best practices*³⁰. Con la Cina è stato

²⁷ I diversi soggetti impegnati in questo scenario condividono, in particolare nei primi due decenni della riforma cinese, una missione di fondo, ossia la creazione di una cornice normativa per la transizione all'economia di mercato e l'apertura a investimenti stranieri e commercio con l'estero in ossequio alla strategia formulata dal governo cinese di dar vita a una «economia di mercato regolata da norme giuridiche» (市场经济就是法制经济).

²⁸ Che il governo italiano ha sviluppato in collaborazione con l'Agenzia per la Protezione dell'Ambiente cinese (SEPA), il Ministero della Scienza e della Tecnologia cinese (MOST), l'Accademia delle Scienze Sociali (CASS) e con le Municipalità di Pechino e Shanghai. Il programma è ampiamente descritto all'indirizzo: <http://www.sinoitaenvironment.org/indexe02.asp> (ultima consultazione 21 agosto 2012)

²⁹ Come indicato nel sito cit. alla nt. precedente, sotto il titolo «*Political and legal framework for the promotion of circular economy*»: «The cooperation project is financed by the Italian Ministry for the Environment, Land and Sea (IMELS) through its World Bank fund. This study is conducted by MEP and the Chinese People's National Congress, with the support of Italian and international experts. It led to the drafting of institutional and political recommendations to promote circular economy nationwide. By implementing these recommendations, China will make its use of natural resources more efficient, will promote waste reuse and recycling, and will develop sustainable energy production and consumption models».

³⁰ Secondo quanto riferiscono Lo Muscio, Venier e Viezzoli le quali ricordano che «In riconoscimento dei progressi legislativi e di politiche in questo settore, il 17

sviluppato un progetto per il triennio 2006-2009, che ha condotto alla revisione, nel 2008, della legge quadro cinese per la tutela delle persone con disabilità, revisione che ha incluso nel nuovo testo molte disposizioni direttamente ispirate alla normativa italiana del 1992.

Nel contesto della cooperazione giuridica gestita dall'Unione Europea, l'Italia è, nel complesso, abbastanza presente ma più per prestare la propria *expertise* dottrinale sul fronte comparatistico o del diritto dell'UE che per veicolare il diritto legislativo italiano.

Tuttavia, pur restando fermo questo dato di marginalità nella circolazione del nostro modello legislativo, osserviamo che si aprono nuovi spazi di comunicazione, nel contesto di un'epoca di grande ibridazione nella quale il quadro legislativo delle riforme cinesi è stato disegnato sulla base di un mosaico di modelli normativi³¹. Ciò, da una parte ha aperto spazi per influssi anche solo settoriali, come è stato nel caso delle regole sulla buona fede contrattuale, dall'altra ha iniziato a veicolare nel sistema cinese aspetti finora poco conosciuti del nostro modello che vengono analizzati e discussi anche in prospettiva *de iure condendo* o in chiave interpretativa di norme legislative cinesi che presentano criticità nel momento applicativo. Penso ad esempio ai lavori di Xue Jun, professore presso la *Peking University*, fra gli italianisti più brillanti che si sono formati alla scuola di «Tor Vergata», che negli ultimi anni ha pubblicato molti articoli su riviste prestigiose in cui analizza e fa conoscere con un livello di dettaglio nuovo norme importanti del nostro diritto privato, come l'art. 1324 del codice civile³², o la nostra nozione di

novembre 2003 l'Italia ha ricevuto l'«*International Disability Award*» dal Franklin and Eleanor Roosevelt Institute». Il cardine della vigente legislazione è la legge-quadro 5 febbraio 1992 n. 104 «Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone con disabilità». Cfr. MINA LOMUSCIO, MARIA CHIARA VENIER, MAURA VIEZZOLI, *Disabilità, cooperazione internazionale e sviluppo. L'esperienza della cooperazione italiana 2000-2008*, il documento è consultabile all'indirizzo http://www.cooperazioneallosviluppo.esteri.it/pdgs/italiano/pubblicazioni/AltrePubblicazioni/Pdf/Vol.2_Italian_Cooperazione_ITA.pdf (ultima consultazione 17 agosto 2012).

³¹ Com'è riconosciuto dallo stesso Governo cinese che, nel Libro Bianco del 2008 sullo sviluppo del *Rule of Law* in Cina, contestando l'idea di una rigida ascrizione del sistema cinese al mondo di *Civil Law* afferma chiaramente che la Cina, per la realizzazione delle proprie riforme legislative, ha tratto ispirazione da molteplici ordinamenti appartenenti sia al mondo di *Common Law* sia a quello di *Civil Law*. Cfr. State Council White Paper, *China's Efforts and Achievements in Promoting the Rule of Law*, 28 febbraio 2008, p. 30. http://www.china.org.cn/government/news/2008-02/28/content_11025486.htm.

³² Che Xue Jun propone, in vista dell'elaborazione del codice civile, quale modello alternativo al sistema fondato sul modello tedesco del negozio giuridico, disciplinato dai Principi generali del diritto civile 法律行为理论影响民法典立法模式的重要因素,

danno ingiusto³³ o, infine, la disciplina dei diritti della personalità³⁴, tutti temi su cui in Cina è aperto un acceso dibattito in connessione con la prosecuzione del lavoro di riforma in ambito civilistico. L'esame del *citation index* mostra un crescente interesse della dottrina cinese verso questi lavori di Xue Jun: dalle otto citazioni del primo lavoro di analisi su negozio giuridico e sul nostro articolo 1324, siamo saliti a una somma di 33 citazioni per i successivi tre interventi dell'autore su questo tema. La riflessione in materia di illecito civile, con sviluppi recenti nella materia dei diritti della personalità, attualmente oggetto di grande dibattito in Cina, ha avuto dal 2004, 82 citazioni³⁵.

Certo, i numeri che ho riportato non sono altissimi e riguardano un solo autore, che è fra i pochi che hanno la possibilità di accedere direttamente e compiutamente al nostro diritto.

Pur non eclatanti, tuttavia, questi numeri e, soprattutto, i lavori a cui essi si riferiscono, mi paiono un significativo segnale dell'inizio di una nuova fase, nella quale la scienza giuridica cinese esce dalla prospettiva dell'importazione dei modelli come fine ultimo e si apre alla più alta creatività di una visione problematica, volgendo l'attenzione ai problemi che vengono emergono, sul fronte operativo, nel nuovo sistema giuridico cinese, ai problemi prima che alle soluzioni esterne da importare come modelli ideali.

(*Falvixingwei lilun yingxiang minfadian lifa moshi de zhongyao yinsu*) (Elementi caratterizzanti nei modelli per l'elaborazione di un codice civile e loro riflessi sulla teoria del negozio giuridico), in *法商研究 (Fashang Yanju)*, 2004, 3, p. 40 ss.

³³ Che l'autore indica come soluzione di un conflitto fra i modelli francese e tedesco manifestatosi in sede di applicazione della legge sul fatto illecito del 2009: cfr., *损害的概念与中国侵权责任制度的体系化建构 (Sunhai de gainian yu zhongguo qinquan zeren zhidu de tixi huagou jian)* (Il concetto di danno e la definizione di una sistematica della responsabilità civile in Cina), in *广东社会科学 (Guandong shehui kexue)* (*Guandong shehui kexue*), 2011, 1, p. 233 ss.

³⁴ *人格权的两种基本理论模式与中国的人格权立法, (Renge quan de liang zhong jiben lilun moshi yu zhongguo de renge quanli fa)* (Due modelli teorici di base per i diritti della personalità e la loro disciplina normativa), in *法商研究 (Fashang Yanju)*, 2006, 4, p. 63 ss.

³⁵ Cfr. l'indice all'indirizzo *中国知网 (Zhongguo zhiwang)*, in *www.cinki.net* (ultima consultazione 21 agosto 2012).

ANDREA ORTOLANI

*Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Giappone**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2.1 Il periodo Meiji: caratteri generali. - 2.2 Alessandro Paternostro: il consigliere giuridico italiano. - 2.3 Le altre opere italiane - 2.4 Il periodo Meiji: conclusioni. - 3.1 Il Novecento: cenni generali. - 3.2 Le opere. - 3.3 Il Novecento: analisi e conclusioni. - 4.1 Il terzo periodo: dal «decennio perduto» ad oggi. - 4.2 Esempi notevoli. - 5. Conclusioni. - 6. Appendice: articoli nelle riviste giapponesi, risultati per parole chiave e variazione percentuale.

1. *Introduzione*

Questo contributo analizza l'influenza esercitata dal formante legislativo e dal formante dottrinale italiano sul sistema giuridico giapponese moderno.

L'analisi si sviluppa in tre parti, corrispondenti ai tre grandi periodi in cui si può dividere la storia della circolazione del modello italiano in Giappone. Questi periodi non coincidono con le periodizzazioni del diritto giapponese moderno proposte dagli storici del diritto¹, poiché in questo studio si intende mettere a fuoco

* L'autore ringrazia il prof. Michele Graziadei per i preziosi suggerimenti ed il prof. Masao Kotani per le importantissime informazioni, in particolare per quanto riguarda le sezioni 2 e 3. Naturalmente, errori, sviste e mancanze sono dell'autore. Nomi e vocaboli giapponesi sono trascritti secondo il sistema Hepburn. Non è segnato l'eventuale allungamento della vocale nei termini e nomi giapponesi. Tutti i nomi propri sono riportati secondo l'ordine occidentale: Nome, Cognome.

¹ Gli storici del diritto giapponese hanno proposto diverse periodizzazioni. La data di inizio della modernizzazione del Giappone viene da alcuni fatta risalire all'arrivo delle navi da guerra del commodoro statunitense Perry nella baia di Tokyo nel 1853, da altri a movimenti di riforma che avevano agitato Osaka e altre parti del Giappone negli anni 1830. Allo stesso modo, non vi è accordo unanime degli studiosi sulla sua data finale: secondo alcuni essa coincide con proteste e ribellioni avvenute negli anni 1870-80, secondo altri con la promulgazione della Costituzione nel 1889 o con la prima seduta del Parlamento giapponese nel 1890. Questo contributo, pur riconoscendo che germi di cambiamento erano pre-

esclusivamente le vicende della circolazione del modello giuridico italiano.

Il primo periodo corrisponde al periodo formativo del diritto giapponese moderno: il cosiddetto periodo Meiji (1868-1912). Il secondo periodo è il Novecento, un secolo breve anche per quanto riguarda la storia del diritto italiano in Giappone, che si estende dalla fine del periodo Meiji al 1989, anno della morte del sovrano Hirohito. Il terzo periodo parte a fine secolo e prosegue fino ai giorni nostri.

In ciascuno di questi periodi si possono rintracciare caratteristiche comuni della circolazione del modello italiano. Nonostante non costituisca per il legislatore o per la dottrina giapponese un modello di prestigio, esso non è stato del tutto ignorato e, specialmente in tempi recenti, si può notare un rinnovato interesse.

2.1. *Il periodo Meiji: caratteri generali*

La storia del diritto giapponese moderno può essere fatta iniziare convenzionalmente nel 1868².

Il 3 gennaio 1868 l'imperatore Mutsuhito, passato alla storia con il nome di Meiji, dichiara estinto il potere degli *Shogun* e annuncia la restaurazione del potere imperiale. La rivoluzione politica si accompagna ad una rivoluzione sociale e culturale. Consapevole del fatto che i due secoli di isolamento dal mondo esterno avevano lasciato il Giappone in uno stato di arretratezza che poteva rendere il paese facile preda delle mire imperialistiche delle potenze dell'epoca, Mutsuhito e le *élites* del paese decidono di intraprendere con convinzione la via della modernizzazione.

L'ambito giuridico fu uno dei campi in cui la necessità di modernizzare il Giappone fu più sentita, soprattutto a causa del fatto che, a partire dal 1854, la sovranità del Giappone era stata limitata dai cosiddetti trattati ineguali. L'edificazione di un sistema giuridico di prestigio che potesse essere considerato alla pari dei sistemi occidentali era il primo obiettivo da conseguire per dimostrare alla comunità internazionale il progresso compiuto dal paese, al fine di giungere alla revisione dei trattati da una posizione di parità. L'altro obiettivo per-

senti prima del 1868, e che nello stesso periodo Meiji si possono distinguere almeno un primo periodo d'introduzione del sistema giuridico ed un secondo di consolidamento, adotta il criterio formale corrispondente all'era di regno dell'imperatore Mutsuhito. Cfr. W. ROHL, *History of Law in Japan since 1868*, Leiden-Boston, 2005, p. 1 ss.

² Cfr. la nota precedente sulle varie proposte di periodizzazione del diritto giapponese moderno.

seguito per mezzo della modernizzazione giuridica era il raggiungimento di una posizione di supremazia regionale.

La modernizzazione del sistema giuridico partì dunque nella seconda metà del XIX secolo. Poiché l'edificazione di un sistema giuridico originale avrebbe richiesto competenze che nell'Arcipelago non erano presenti, ed un lasso di tempo che il paese non poteva permettersi di attendere, l'unico modo per introdurre in tempi brevi un sistema giuridico moderno era l'imitazione. Il dilemma era dunque a quale modello rivolgersi: alla *common law* inglese o al diritto europeo continentale? L'importazione del modello di *common law*, con il suo complesso corpus di precedenti, non apparve una scelta praticabile vista l'urgenza del compito. La scelta ricadde dunque sul diritto continentale che si esprimeva attraverso codici, la cui importazione era vista come più semplice e rapida. E poiché il modello giuridico dominante nel 1868 in Europa era quello francese, la scelta del modello di riferimento non poté che ricadere sulla Francia. Iniziò dunque un'alacre opera di traduzione dei codici e della dottrina francese. La sconfitta francese nella guerra franco-prussiana del 1870-71 incrinò però il prestigio quasi incontrastato goduto dalla Francia, stimolando l'interesse verso il modello prussiano, in particolare in campo costituzionale.

L'opera di studio, traduzione ed adattamento della legislazione e della dottrina straniera fu condotta a tappe forzate, fino a giungere alla promulgazione della Costituzione nel 1889 e del codice civile nel 1898, mentre diversi altri codici erano già stati promulgati negli anni precedenti.

2.2. Alessandro Paternostro: il consigliere giuridico italiano

L'obiettivo urgente era dunque quello di promulgare una costituzione e dei codici, e al contempo aiutare la giovane scienza giuridica giapponese a muovere i primi passi. Il governo giapponese adottò per la scienza giuridica l'approccio che aveva adottato negli altri campi delle scienze, delle arti e della tecnica: invitare specialisti occidentali sull'Arcipelago. Furono circa 2400 gli stranieri invitati in Giappone tra il 1868 ed il 1900. Fra essi, 1034 erano inglesi, 401 francesi, 351 americani, 279 tedeschi, 95 cinesi, 99 olandesi³. Passò nell'uso comune anche una parola per indicarli: gli *oyatoi gaikokujin*, cioè gli onorevoli (il prefisso «-o» ha valore di onorifico in giapponese) stranieri

³ H.J. JONES, *Live Machines*, Vancouver, 1980, p. 145. Cfr. numeri leggermente differenti in M.G. LOSANO, *Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno*, in *Mater. st. cult. giur.*, III-1, 1973, p. 517 s.

(*gaikokujin*) assunti/al servizio (*yatoi*). Dall'Italia andarono in Giappone per periodi piú o meno lunghi lo scultore palermitano Vincenzo Ragusa, il pittore e incisore Fontanesi e l'incisore ligure Edoardo Chiossone, che fu direttore dell'Officina carte e valori del Ministero delle finanze giapponese⁴.

Nel campo del diritto, 29 stranieri lavorarono al servizio del Ministero della giustizia giapponese in quel periodo: 14 francesi, 5 tedeschi, 6 inglesi, 2 americani, un olandese ed un italiano⁵. Questi numeri confermano l'importanza del diritto francese nel periodo in esame: mentre sul totale degli *oyatoi gaikokujin* gli anglofoni erano piú della metà⁶ ed i francesi erano meno di un terzo degli anglofoni (401 su 1385) e un sesto del totale, al contrario in campo giuridico i consiglieri francesi erano quasi la metà del totale (14 su 30), piú del doppio degli inglesi e sette volte gli americani. In ragione del loro numero, essi potevano dedicarsi ai compiti collegati alla produzione legislativa, mentre i consiglieri inglesi americani e tedeschi, vista la scarsa consistenza numerica, erano assorbiti in larga misura dalle esigenze relative all'interpretazione di tribunale⁷.

L'unico italiano fra i consiglieri in campo giuridico era Alessandro Paternostro⁸.

⁴ Intitolato a Chiossone è il Museo di Arte Orientale di Genova, che ospita una delle piú importanti collezioni di arte orientale d'Europa.

⁵ H.J. JONES, *op. cit.*, p. 145.

⁶ I consiglieri inglesi e americani nel periodo considerato sono un totale di 1385 su 2400. A questi potrebbe essere aggiunto un numero di consiglieri canadesi (totale dei consiglieri canadesi: 11) ma le fonti non permettono di distinguere tra canadesi anglofoni e francofoni.

⁷ H.J. JONES, *op. cit.*, p. 9

⁸ Sulla figura di Paternostro, in lingua italiana cfr. gli studi di Losano: M.G. LOSANO, *Il corso di filosofia del diritto del consigliere giuridico Alessandro Paternostro a Tokyo nel 1889*, in T. CIAPPARONI, P. FEDI, M.T. LUCIDI (a cura di), *Atti del Convegno Internazionale Italiani nel Giappone Meiji (1868-1912)*, Dipartimento di Studi Orientali, Università «La Sapienza», 8-11 novembre 2000, Roma, 2007, pp. 181-205; M.G. LOSANO, *Tre consiglieri giuridici europei*, cit. In giapponese, cfr. S. MORI, *Meiji seifu oyatoi horitsu homon Paterunosutoro to Igakukyokai [Alessandro Paternostro e la Società Italo-Giapponese]*, in *Nichi-I Bunka Kenkyu*, XXXVI (1998), p. 25; S. MORI, *Paterunosutoro to joyaku kaisei [Paternostro e la revisione dei trattati]*, in *Hogaku Kenkyu*, 69-1 (1996), p. 43 s.; S. MORI, *Shihosho oyatoi gaikokujin A. Paterunosutoro no mita Meiji no Nihon «Nihon ni tsuite oboegaki daiikkai» shokai (Presentazione delle «Memorie del Giappone n. 1»)*, il Giappone Meiji visto da uno straniero al servizio come consigliere giuridico del Ministero della Giustizia: A. Paternostro, in *Hogaku kenkyu*, 64-1 (1991), p. 11 s.; SEIICHI MORI, *Shihosho oyatoi itarijin Aressandoro Paterunosutoro rainichi no keii (Le vicende della venuta in Giappone dell'italiano Alessandro Paternostro, al servizio del Ministero della Giustizia)*, in *Hogaku kenkyu*, 53-12 (1980), p. 1911 s. Vedi anche NORIO YAMAOKA, *Meiji no horitsu homon paterunosutoro (Paternostro: un consulente legale nel Meiji periodo)*,

Paternostro nacque ad Alessandria d'Egitto nel 1852. La sua famiglia rientrò in Italia quando il piccolo Alessandro aveva sette anni. Paternostro si laureò in giurisprudenza a Roma nel 1875 ed intraprese la carriera universitaria. Insegnò dapprima storia dei trattati a Napoli, quindi fu chiamato nel 1882 all'Università di Palermo come professore di diritto costituzionale. Accanto all'attività accademica coltivò l'attività politica, e nel 1886 fu eletto alla Camera dei deputati nello stesso collegio del futuro primo ministro Francesco Crispi, Palermo I. Da Crispi lo divideva la fede politica: Paternostro apparteneva alla sinistra radicale e presto sorsero dissidi e contrasti con il Primo Ministro. Nel 1888 il Ministro della giustizia Zanardelli ricevette dall'Ambasciatore del Giappone in Italia la richiesta di proporre un esperto di diritto pubblico da inviare in Giappone come consigliere giuridico⁹. Crispi approvò il nome di Paternostro, che gli veniva proposto formalmente da Zanardelli come candidato alla missione in Estremo Oriente, e anche Paternostro, che si era dimesso dalla Camera dei Deputati, accettò di buon grado l'incarico.

Paternostro rimase sull'Arcipelago per i tre anni previsti dal contratto originario, estesi a quattro su sua stessa richiesta, e precisamente dal dicembre 1888 al dicembre 1892. La sua attività si sviluppò in due ambiti: da un lato egli si mise al servizio del governo giapponese come consigliere in questioni diplomatiche, dall'altro proseguì la sua attività accademica insegnando corsi di diritto¹⁰. Presso le biblioteche del Parlamento, dell'Università di Tokyo e di altre università giapponesi sono conservati gli appunti dei corsi tenuti da Paternostro, tradotti in lingua giapponese. Non possiamo sapere se alcuni volumi siano andati perduti nel grande terremoto che colpì Tokyo nel 1925, o durante i bombardamenti della Seconda guerra mondiale. I materiali al momento presenti sono:

- *Horigaku kogi* (Lezioni di giurisprudenza), tradotte da Kozo Miyagi, 1889.
- *Kokusai ho kogi* (Lezioni di diritto internazionale), tradotte da Ichiro Honno, 1894.
- *Kokusai ho kogi* (Lezioni di diritto internazionale), tradotte oralmente da Mineichiro Adachi e trascritte da Tonoshin Nakamura, 1897.

in *Itaria shobo*, 37 (2007), p. 8. Scritti, lettere ed altri materiali di e su Paternostro, raccolti sotto il titolo di «Alessandro Paternostro al Giappone: documenti, ricordi fotografici, 1888-1892» sono consultabili attraverso il sito della Biblioteca Statale della Baviera, in Monaco, raggiungibile all'indirizzo <https://opaclus.bsb-muenchen.de/>.

⁹ M.G. LOSANO, *Il corso di filosofia del diritto*, cit., p. 184.

¹⁰ Secondo Losano, i corsi insegnati sono stati diritto costituzionale e filosofia del diritto. Cfr. LOSANO, *Il corso di filosofia del diritto*, cit., p. 185.

- *Gyosei ho kogi* (Lezioni di diritto amministrativo), anno ed. sconosciuto.

Estratti delle lezioni di Paternostro si trovano anche rilegati insieme a un'esposizione della struttura dei tribunali francesi¹¹, ed in un volume che raccoglie studi in vari settori delle scienze sociali¹². Due articoli di Paternostro furono tradotti e pubblicati sulla rivista giuridica dell'Università di Tokyo, la *Hogaku kyokai zasshi*. La biblioteca del Parlamento conserva inoltre il parere riguardante l'aumento del bilancio del Parlamento¹³, ed una lezione sul diritto internazionale e la modifica dei trattati¹⁴.

Non è facile valutare quale fu il lascito di Paternostro alla scienza giuridica giapponese, ed in particolare il suo lascito in quanto giurista italiano.

Occorre innanzitutto notare che Paternostro, al fine di facilitare il compito del suo interprete Mineichiro Adachi, molto probabilmente tenne le sue lezioni in francese¹⁵, rinforzando lo status di lingua di prestigio del francese e confermando così l'italiano nel rango delle lingue «di seconda classe». Da quanto risulta dalla dettagliata analisi di Losano, non vi sono caratteristiche tipicamente «italiane» nel corso di filosofia del diritto¹⁶ di Paternostro.

L'attività di Paternostro non contribuì in maniera significativa alla redazione di testi di legge, ed è probabilmente questo il motivo prin-

¹¹ Y. MAGAKI, *Futsukoku saibansho kosei taiyo* (Grande schema della struttura dei tribunali dello Stato francese) e A. PATERNOSTRO, *Gyoseiho kogi* (Lezioni di diritto amministrativo).

¹² TAMEYUKI AMANO, *Keizaigaku kenkyuho* (Il metodo di ricerca della scienza economica), KAZUMA JO, *Keiho genri* (Principi di diritto penale), KENZO ISHIHARA, *Seiji genron* (Teoria della politica), ALESSANDRO PATERNOSTRO, *Gyosei ho kogi* (Lezioni di diritto amministrativo), FUJIRO SAGANE, *Keizai genri* (Principi di economia), KOMATARO MAKI, *Hogaku tsuron* (Introduzione alla giurisprudenza), Tokyo, 1890.

¹³ *Giin no yosan zoka ni kakaru ikensho* (Parere riguardante l'aumento del bilancio del Parlamento), tradotto da Goichiro Shikano, 1891.

¹⁴ *Kokusaiho oyobi joyaku kaisei ni kakaru enjutsu* (Lezione sul diritto internazionale e la modifica dei trattati), tradotto da Mineichiro Adachi, 1891.

¹⁵ Questo si può dedurre dal fatto che la corrispondenza tenuta con Mineichiro Adachi era in lingua francese. Cfr. TAKAO TAMAI, *Adachi Mineichiro to Paterunostoro no soko* (Le note di Mineichiro Adachi e di Paternostro), in *Daigaku shikieiyō*, 11 (2007), p. 258. Inoltre, anche gli appunti preparati da Paternostro per le lezioni di filosofia del diritto sono in francese. Cfr. LOSANO, *Il corso di filosofia del diritto*, cit., p. 190 e ss.

¹⁶ Il lettore attento avrà notato l'assenza degli appunti di filosofia del diritto da quelli citati. Ci pare che essi possano essere quelli del volume «*Horigaku*», che in giapponese corrente si traduce letteralmente come «Scienza della teoria del diritto» o più semplicemente «Giurisprudenza». Il termine odierno per indicare la filosofia del diritto è «*hotetsugaku*».

cipale per cui egli non ha ottenuto la fama di cui godono altri consiglieri giuridici occidentali.

La sua attività più importante è dunque stata quella di consigliere giuridico per le questioni diplomatiche e politiche. Vi sono un centinaio di pareri scritti da Paternostro per il governo in materia di diritto parlamentare ed internazionale¹⁷. Tra le questioni più importanti e più spinose su cui fu richiesto un parere a Paternostro ricordiamo: il diritto dell'esecutivo di modificare il bilancio approvato dal Parlamento¹⁸, l'incidente di Otsu¹⁹, il problema della modifica dei trattati ineguali²⁰, e un caso di interferenza di un ministro nel regolare svolgimento delle elezioni, che si concluse come suggerito da Paternostro, con l'allontanamento del ministro.

Forse il suo lascito più importante fu qualcosa di difficilmente documentabile: non possiamo fare a meno di notare che le persone che furono più vicine a Paternostro sul lato professionale durante il suo soggiorno sull'Arcipelago, andarono incontro a una brillante carriera. Kentaro Kaneko, membro insieme a Paternostro dell'Associazione di studi italiani (*Igaku kyokai*), e preside della Scuola giapponese di diritto²¹ quando vi insegnava Paternostro, divenne il primo membro associato giapponese dell'Istituto di diritto internazionale e fu un importante intellettuale nel Giappone del primo Novecento. Mineichiro Adachi, che come accennato in precedenza fu l'interprete dei corsi di Paternostro e traduttore dei suoi pareri scritti, fece una brillante carriera diplomatica e politica, e fu il primo presidente asiatico della Corte permanente di giustizia internazionale della Società delle Nazioni, dal 1931 al 1934, anno della sua morte.

¹⁷ LOSANO, *Tre consiglieri giuridici europei*, cit., p. 598.

¹⁸ Di questo parere rimane il documento citato in precedenza alla nota 10. Cfr. YAMAOKA, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹ Nel 1891 un poliziotto giapponese tentò di uccidere il principe ereditario russo Nikolai Aleksandrovic che si trovava in visita in Giappone. Il problema giuridico che si poneva era quello di punire il colpevole dell'aggressione per evitare rappresaglie russe, senza tuttavia sovvertire i principi fondamentali dello stato di diritto e del diritto penale, tra i quali il principio di irretroattività della legge penale e del *nulla poena sine lege*. I codici in vigore all'epoca infatti non prevedevano il reato di attentato a membri di famiglie reali straniere, per cui l'attentatore non poteva che essere accusato di un «semplice» tentato omicidio.

²⁰ Di questo parere rimane il documento citato in precedenza alla nota 11. Cfr. YAMAOKA, *op. cit.*, p. 10.

²¹ Al tempo si trattava della *Nihon horitsu gakko*, oggi *Nihon Daigaku*, la più grande università privata del Giappone.

2.3. *Le altre opere italiane*

La circolazione del modello giuridico italiano nel Giappone Meiji non si limita alla missione di Paternostro. Il Giappone dell'epoca, al fine di colmare nel tempo più breve possibile il divario scientifico che lo separava dalle nazioni avanzate, traduceva. La letteratura sulle traduzioni compiute in epoca Meiji è vastissima. Qui ci limiteremo a citare le traduzioni che hanno per oggetto diretto opere di dottrina o legislazione italiana di cui è rimasta traccia.

Conformemente al progetto di modernizzazione prospettato dal governo, per alcuni aspetti semplicistico ma efficace, le più importanti e prime opere ad essere tradotte non potevano che essere i codici. Alcuni codici italiani furono tradotti, talvolta con stupefacente rapidità. Il codice di commercio fu tradotto nel 1880 a partire da una traduzione francese²². Il codice civile unitario del 1865 fu tradotto nel 1882 da Zaburo Komyoji sulla base della versione francese di Joseph Orsier²³. Nello stesso anno comparve in giapponese la comparazione di Théophile Huc tra il Code Napoléon ed il codice civile italiano²⁴. Il codice penale militare italiano fu tradotto nel 1888 da Sei Sakurai con il titolo *Itari rikugun ritsu* (Codice italiano dell'esercito).

Infine, il diritto penale era un settore in cui il modello italiano era considerato all'avanguardia nel periodo in considerazione. Il codice Zanardelli era visto come una delle espressioni migliori e più avanzate della scienza giuspenalistica dell'epoca. Fu naturale per i giapponesi nutrire curiosità nei suoi confronti: una traduzione del progetto del codice Zanardelli apparve già nel 1888²⁵ e la traduzione del codice stesso fu pubblicata in tempi rapidissimi nel 1890, cioè meno di un anno dopo la sua promulgazione in Italia²⁶. Occorre rilevare tuttavia che il codice penale del 1907 non seguirà il modello italiano ma quello tedesco²⁷.

2.4. *Il periodo Meiji: conclusioni*

La circolazione del modello giuridico italiano in Giappone nel pe-

²² *Itari shobo*, tradotto da Naomi Matsushita e Keihi Nagamori.

²³ Titolo del volume è *Itari okoku minpo*.

²⁴ *Ifutsu minpo hikaku ronpyo*, pubblicato nel 1882 grazie alla traduzione di Saburo Komyoji.

²⁵ *Itari okoku keiho soan*, pubblicato dal Ministero della giustizia nel 1888.

²⁶ *Itari keiho*, tradotto da Yukinaga Magaki nel 1890.

²⁷ Una ricognizione della dottrina occidentale tradotta in epoca Meiji si può trovare in A. ORTOLANI, *La lingua giuridica giapponese. Nascita, evoluzione e problemi attuali*, in *Mater. st. cult. giur.*, 42-1, (2012), p. 35 s.

riodo Meiji non fu dunque un fenomeno di dimensioni rilevanti. Non vi fu nessuno dei motivi tipici che di solito stanno alla base della circolazione dei modelli giuridici: naturalmente non vi era stata una conquista militare, e l'Italia, che portava a termine il cammino verso l'unità proprio nei primi anni di Meiji, non possedeva un sufficiente prestigio internazionale. Inoltre la distanza impediva che vi fosse un'apprezzabile circolazione di persone o importanti rapporti commerciali tra i due Paesi. Non siamo inoltre al corrente di giovani giuristi giapponesi inviati in Italia nel diciannovesimo secolo per fare i propri studi, come è invece avvenuto per la Francia e per la Germania.

Si nota tuttavia una caratteristica che, nonostante lo iato costituito dal periodo Showa, ritornerà negli anni 1990 e continuerà fino ad oggi: nonostante sia ben chiaro quali siano i modelli di prestigio ed i modelli ai quali la legislazione si ispira, non è assente una certa curiosità nei confronti degli altri modelli, il che può caratterizzare la scienza giuridica giapponese dell'epoca come un formante «onnivoro».

3.1. *Il Novecento: cenni generali*

Gli anni che vanno dalla fine del periodo Meiji (1912) alla fine del periodo Showa (1989) presentano, limitatamente a quanto riguarda la circolazione del modello giuridico italiano in Giappone, caratteristiche comuni e possono essere considerati come un solo, lungo, periodo.

Si tratta del periodo meno interessante per quanto riguarda la vita del diritto italiano in Giappone: i modelli affermatasi nel periodo Meiji, e cioè Francia, Germania ed il modello della *common law* anglo-americana consolidarono la loro posizione di modelli di prestigio: nelle università dell'Arcipelago sorsero cattedre di diritto francese, tedesco ed angloamericano. Non risultano cattedre di diritto italiano.

Nel periodo in considerazione il diritto italiano non è del tutto ignorato, ma l'interesse verso l'Italia ed il suo sistema giuridico pare essere alimentato soprattutto dall'attualità o da curiosità verso settori del tutto particolari del sistema giuridico. Nonostante i risultati raggiunti da alcuni studi isolati, non ci pare che si sia raggiunta una massa critica di studi capace di costituire la base per uno studio articolato e completo del sistema giuridico italiano.

3.2. *Le opere*

Possiamo domandarci se lo studio delle traduzioni sia davvero elemento rivelatore dell'influenza giuridica straniera in un dato Paese,

oppure se l'accesso diretto alla letteratura straniera non sia invece un fatto ancor più significativo. Per il momento, ecco quanto si ricava da un rapido spoglio di alcune banche dati giapponesi. Tra le monografie che risultano da una ricerca condotta sulla banca dati bibliografica dell'Università di Tokyo²⁸, questi sono i volumi che riportano l'espressione «*Itaria ho*» [diritto Italia(no)] nel campo del titolo²⁹:

- UFFICIO RICERCHE DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Raccolta dei progetti di codice penale: Svizzera 1918, Austria 1922, Italia 1921*, Tokyo, 1927.
- UFFICIO RICERCHE DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (tr. e cura), *Progetto preparatorio del codice penale italiano – 1927*, Tokyo, 1928.
- COMMISSIONE RIFORME GIURIDICHE DELLA CAMERA DI COMMERCIO DI TOKYO, *Regolamenti in materia di attività di magazzino commerciale in Germania e Francia, appendice sui regolamenti in materia di attività di magazzino nel progetto di riforma del diritto commerciale in Italia*, Tokyo, 1931.
- UFFICIO RICERCHE DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (tr.), *Codice di procedura penale italiano*, Tokyo, 1935.
- UFFICIO RICERCHE DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (tr. e cura), *Rapporto sul codice di procedura penale italiano*, Tokyo, 1936.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Trattato di amicizia, di conciliazione e di regolamento giudiziario italo-austriaco del 1930*, Tokyo, 1937.
- UFFICIO RICERCHE DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (tr. e cura), *Rapporto sul progetto preparatorio di codice di procedura civile italiano*, Tokyo, 1940.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *1. Trattato per la determinazione dei confini fra il Regno d'Italia ed il Regno di Croazia – 2. Accordo su questioni di carattere militare concernenti la zona litoranea adriatica – 3. Trattato di garanzia e collaborazione fra Regno d'Italia ed il Regno di Croazia*, Tokyo, 1941.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Patto tra Giappone, Germania e Italia*, Tokyo, 1941.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Convenzione culturale fra il Regno d'Italia e il Regno d'Ungheria*, Tokyo, 1942.

²⁸ Raggiungibile all'indirizzo <https://opac.dl.itc.u-tokyo.ac.jp/opac/>.

²⁹ Ovviamente le opere ed i relativi titoli sono in lingua giapponese. Si è deciso tuttavia di riportare i dati bibliografici in traduzione italiana.

- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Accordo per lo scambio di insegnanti e studenti, Italia-Francia*, Tokyo, 1942.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Patto per la cooperazione economica tra Giappone e Italia*, Tokyo, 1943.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Patto sul Centro per la ricerca del mare di Rovigno tra Giappone e Italia*, Tokyo, 1943.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra l'Italia e la Thailandia*, Tokyo, 1943.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Trattati tra Italia e Santa Sede che fondano lo Stato del Vaticano (Patti Lateranensi)*, Tokyo, 1943.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Dichiarazioni congiunte delle quattro nazioni presso la Conferenza di Mosca*, Tokyo, 1943.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Accordo per la retrocessione della concessione di Tien-tsin tra Italia e Cina*, Tokyo, 1944.
- UFFICIO TRATTATI DEL MINISTERO DEGLI ESTERI, *Accordo di pace con l'Italia*, Tokyo, 1947.
- UFFICIO LEGISLATIVO DELLA CAMERA DEI RAPPRESENTANTI, *Raccolta di Costituzioni*, Tokyo, 1955-59.
- UFFICIO RICERCHE DEL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA, *Raccolta di leggi e regolamenti relativi all'organizzazione giudiziaria italiana e alla Corte costituzionale*, Tokyo, 1958.
- MARIO MATTEUCCI (tr. Masahata Kubo), *Relazione relativa alle disposizioni in materia di diritti umani nella Costituzione della Repubblica italiana*, Tokyo, 1960.
- SOFO BORGHESE (tr. Shiro Okabe), *Nozioni di diritto costituzionale*, Tokyo, 1969.
- TSURUHISA KAZAMA (a cura di), *Codice civile italiano: diritto civile, diritto commerciale, diritto del lavoro – Traduzione integrale*, Kyoto, 1974 (2^a ed. 1977).
- TOSHIYOSHI MIYAZAWA, *Raccolta di Costituzioni del mondo*, Tokyo, 1980.
- TADASHI MORISHITA, *Introduzione all'analisi del diritto penale italiano*, Tokyo, 1985.

Come si può notare, la maggioranza dei risultati è costituita da traduzioni di strumenti internazionali o di testi di legge promosse dal Ministero degli esteri o dal Ministero della giustizia.

Le uniche due opere di particolare importanza nate fuori dagli ambienti governativi sono la traduzione del codice civile italiano di

Kazama e l'introduzione al diritto penale italiano di Morishita. Un'altra opera che merita di essere ricordata è la traduzione della Costituzione italiana compiuta da uno dei maggiori costituzionalisti giapponesi del dopoguerra, Toshiyoshi Miyazawa, che compare in un volume che raccoglie le costituzioni di vari paesi del mondo.

Una ricerca attraverso la banca dati CiNii³⁰ degli articoli che riportano nel campo del titolo l'espressione «diritto italiano», con la chiave di ricerca «*Itaria ho*» [Italia diritto], pubblicati sulle riviste giapponesi tra il 1912 ed il 1988, restituisce 482 risultati. Non è possibile tuttavia fare pieno affidamento su questi risultati: poiché il carattere di «diritto» («*ho*») può assumere in certi composti il significato di «metodo, modo, tecnica», molti dei 482 risultati non sono attinenti al diritto: ad esempio il carattere «*ho*» compare in titoli come «La tecnica del bel canto italiano», «Il metodo di ripresa fotografica del realismo italiano» e così via.

Ricerche compiute utilizzando la chiave di ricerca «*Itaria horitsu*» [legge Italia(na)] e «*Itariabo*» [diritto italiano] paiono essere oltremodo restrittive, poiché restituiscono rispettivamente solo 41 e 14 risultati, ma non includono risultati spuri e possono dunque essere presentate e analizzate nella loro completezza.

Nel primo corpus di risultati (chiave di ricerca «*Itaria horitsu*», [legge Italia(na)]) il primo risultato in ordine cronologico risale al 1955; nel secondo (chiave di ricerca «*Itariabo*» [diritto italiano]), al 1961. In altre parole, da questa ricerca risulta che tra il 1912 e la metà degli anni 1950 nessun articolo in nessuna rivista giapponese abbia esaminato in via principale il diritto italiano. I risultati sono i seguenti³¹:

Chiave di ricerca: «*Itaria horitsu*»

- TADASHI MORISHITA, *Evoluzione del diritto penale nell'Italia del dopoguerra*, 1955.
- NARIKAZU ANAMI, *Il pensiero giuridico italiano: storia e particolarità*, 1958.
- UFFICIO PER LA RICERCA LEGISLATIVA DELLA BIBLIOTECA NAZIONALE DEL PARLAMENTO, *La legge italiana sulla regolamentazione dell'orario di lavoro dei lavoratori degli autobus extraurbani*, 1959.

³⁰ CiNii (Scholarly and Academic Information Navigator), è una banca dati di articoli scientifici pubblicati in riviste accademiche giapponesi ed articoli inclusi nel database dei periodici della biblioteca del Parlamento giapponese. È raggiungibile all'indirizzo <http://ci.nii.ac.jp/>.

³¹ Per non appesantire troppo il testo, si riportano esclusivamente autore, titolo e anno della pubblicazione.

- TADASHI MORISHITA, *La situazione dei lavori di riforma del codice penale – Rapporti sul diritto straniero: l'Italia*, 1959.
- JUNJIRO YAMADA, *La questione di diritto e la questione di fatto nei procedimenti amministrativi in Germania Occidentale, Francia e Italia*, 1962.
- TADASHI MORISHITA, *I problemi della proposta di riforma del codice penale*, 1962.
- TSURUHISA KAZAMA, *Nullità parziale dell'atto giuridico: intorno all'art. 1419 del codice civile italiano*, 1967.
- SHIGETO KAWAGOE, *La legge italiana sulle norme sui licenziamenti individuali*, 1968.
- SHIGEYOSHI NISHIDAIRA, *Le istituzioni e le elezioni europee: 4. L'Italia – sistema proporzionale*, 1968.
- TORAO FUKUSHIMA, *Italia (Rapporto sul diritto straniero)*, 1969.
- JUN KAJIYAMA, *Lineamenti della teoria italiana dei titoli di credito*, 1970.
- KATSUICHI MIYAZAWA, *Le condizioni sociali per l'abolizione della pena di morte – Con particolare riferimento ai casi della Germania Ovest e dell'Italia*, 1970.
- TSUTOMU SEKI, *Diario sulla politica criminale italiana, 1970-71 (in 5 parti)*.
- RYUICHI KOIKE, CHIYO MATSUURA, *La nuova legge italiana sul divorzio*, 1971.
- YASUSHI ITO, SHOICHI NAKAHARA, TSUTOMU SEKI, *L'influenza della legislazione sul divorzio in Italia*, 1971.
- TSUTOMU SEKI, *Le misure di sicurezza in Italia*, 1972.
- TSURUHISA KAZAMA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, 1973.
- TSUTOMU SEKI, *Funzionamento e risultati del diritto minorile in Italia*, 1974.
- FUKUSHIMA TORAO, *La Legge 25 maggio 1970, n. 352. Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*, 1975.
- TSUTOMU SEKI, *Trattamento e prevenzione della delinquenza minorile in Italia*, 1975.
- ANTONIO MOLINARI (tr. Emiko Shibayama), *Il contratto collettivo di lavoro per il lavoro domestico e la lotta per il diritto: dalla guerra ai giorni nostri*, 1976.
- SALVATORE SENESE (tr. Hidesato Shimazu), *Il sistema di amministrazione della giustizia in Italia dopo la seconda guerra mondiale*, 1976 (in due parti).
- NORIHIKO NARITA, GEN OGAWA, *L. 2 maggio 1974, n. 195. Contributo dello Stato al finanziamento dei partiti politici*, 1976.

- SHINTARO SHIINA, *Legge sulla protezione del patrimonio culturale*, 1976.
- SHIGERU WAKITA, *Italia (diritto di sciopero)*, 1976.
- EIICHI IZUMIDA, *Traduzione della legge italiana del 7 giugno 1974, n. 216*, 1977.
- TOSHIKI ODANAKA, HIDEAKI KAWASAKI, *La custodia cautelare preventiva nel mondo: Italia e Austria*, 1977.
- KINKO NAKATANI, CHIYO MATSUURA, *La legge italiana sull'aborto*, 1978.
- SATO INO, *Parità e protezione del lavoro femminile in Italia*, 1978.
- TADASHI MORISHITA, *Le leggi per la prevenzione dei reati gravi in Italia*, 1978.
- TADASHI MORISHITA, *La legge per la prevenzione del terrorismo*, 1978.
- CHU WATANABE, *L'istituto della Corte costituzionale italiana*, 1978.
- SEIICHI MORI, *Le vicende relative alla venuta in Giappone del consulente del Ministero della giustizia Alessandro Paternostro*, 1980.
- TADASHI MORISHITA, *La nuova legge per la prevenzione del terrorismo*, 1980.
- TADASHI MORISHITA, *Una visita all'Ospedale psichiatrico giudiziario di Aversa*, 1982.
- SHIGEO IZUKA, *L'arbitrato in Italia*, 1982.
- TADASHI MORISHITA, *Una visita agli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, 1983.
- MASATO DOGAUCHI, *Un caso di azione per la libertà personale di un fanciullo sottratto in Italia e portato in Giappone*, 1985.
- SHIGEO IZUKA, *Le tendenze della riforma del diritto di procedura civile in Italia, con particolare attenzione alla procedura che porta alla sentenza*, 1986.
- CHIYO MATSUURA, *Il nuovo regime delle adozioni in Italia: introduzione alla legge 184 del 1983*, 1988.
- CHIYO MATSUURA, *Riforma della legge sul divorzio in Italia – Con traduzione della legge 74 del 1987 e 436 del 1978*, 1988.

Chiave di ricerca: «*Itariaho*»

- HIROSHI MATSUMOTO, *La divisione delle mansioni e dei poteri tra amministratori nel diritto italiano*, 1961.
- TADASHI MORISHITA, *Il perdono giudiziale in Italia*, 1962.
- KIMIO NAKAMURA, *La «Crisi del diritto» ed il diritto di natura nel pensiero giuridico italiano contemporaneo*, 1970.

- KAZUHIKO KURITA, *L'ordine di consegna in diritto italiano*, 1974.
- MITSUO YASUI, *Lo scioglimento del matrimonio in Italia: contrasto tra diritto canonico e diritto italiano*, 1976.
- SHOJI OKAMOTO, *Le azioni possessorie in diritto italiano: lineamenti e appunti di ricerca*, 1976-81 (in quattro parti).
- KAORU IMAI, *Alcuni problemi in materia di clausola compromissoria nel diritto italiano*, 1980.
- KAORU IMAI, *Sulla natura giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni nel diritto italiano*, 1980.
- YOSHIKAZU MURAKAMI, *Tendenze e punti problematici della storia del diritto italiana*, 1982.
- SEIICHI MORI, *Sguardo d'insieme sulla «Teoria del conflitto di leggi» di Bartolo da Sassoferrato: Il «Mos Italicus» della giurisprudenza italiana medievale*, 1982.
- KAORU IMAI, *Lo sviluppo della teoria sull'assicurazione anti-infortunistica in Italia*, 1983-85 (in due parti).
- KAZUHIKO KURITA, *Il nolo marittimo nel diritto italiano: Sulla base della teoria del prof. Romanelli*, 1984 (in 3 parti).
- YUGEN KUDO, *Un breve scritto sulla funzione dell'azione surrogatoria in diritto italiano*, 1988.
- SHOJI OKAMOTO, *L'usucapione delle servitù di passaggio*, 1988.

3.3. *Il Novecento: analisi e conclusioni*

Il quadro che si delinea sulla base di questi risultati è, come si diceva in apertura del capitolo, quello di uno studio sporadico e a macchia di leopardo, con alcune eccezioni notevoli.

La più vistosa è quella costituita dal diritto penale: il prof. Morishita ha dedicato gran parte della sua carriera allo studio del diritto penale italiano, che raggiunge il suo apice nella pubblicazione nel 1985 di un volume di introduzione al diritto penale italiano. Oltre agli studi strettamente penalistici, l'Italia è nota per la sua scuola di criminologia, e per le scelte legislative collegate al diritto penale: nel periodo in questione sono molto noti e studiati Cesare Lombroso e la scuola positiva, e si registra un certo interesse verso il diritto penale minorile, testimoniato anche dalle pubblicazioni in materia.

Il diritto del lavoro è il secondo ambito in cui il diritto italiano è studiato con attenzione. Lo statuto dei lavoratori è una legge conosciuta e di cui si apprezza l'importanza. Oltre all'accademia, i settori più politicizzati dell'avvocatura hanno dimostrato vivo interesse verso il diritto del lavoro ed il diritto sindacale italiano.

Altri ambiti di interesse sono il diritto costituzionale, verso il

quale l'interesse nasce dalla constatazione di una storia simile tra gli anni 1930 ed il 1945: totalitarismo, militarismo, guerra e una nuova costituzione redatta sotto l'influenza delle potenze vincitrici. Per quanto riguarda il diritto civile, alcune ricerche, come quelle in materia di diritti reali ed in particolare sulle servitù, nascono dalla vicinanza tra le soluzioni italiane e quelle recepite nel codice civile giapponese. In altri casi, come in quello del diritto marittimo, l'Italia è vista come il paese con la tradizione più antica e più intimamente legato a tale settore e che pertanto deve essere annoverato tra i modelli notevoli.

Infine, l'immagine dell'Italia come il paese in cui è più forte la tradizione cattolica ha stimolato interesse verso il diritto di famiglia italiano. Era nota l'assenza di una legislazione sul divorzio fino alla riforma del 1970, e parte della curiosità si indirizzò verso la riforma; più in generale, l'interesse verso l'Italia come oggetto di studio deriva dal fatto che per via dell'influenza della Chiesa e della religione cattolica essa è percepita, su questioni di famiglia, come uno tra i modelli più lontani da quello giapponese, dove invece l'influenza diretta della religione cattolica e della Chiesa è trascurabile. Spesso questi studi provenivano da studiosi cattolici o da studiosi affiliati ad università private fondate da religiosi³².

In definitiva, da una parte bisogna registrare che il modello italiano non è stato del tutto ignorato dalla dottrina giapponese. Non sarebbe d'altronde pensabile che le istituzioni di istruzione superiori di un Paese come il Giappone ignorino un Paese come l'Italia, la cui scienza giuridica può vantare una lunga tradizione e un ruolo importante nel dibattito scientifico internazionale. Occorre però rilevare che lo studio del modello italiano in questo periodo non ha portato a evidenti circolazioni del modello.

L'importanza di questi studi è tuttavia cruciale in quanto essi pongono le basi per la rinascita dell'interesse verso l'Italia che si verifica nel terzo periodo, di cui si parlerà nel capitolo che segue.

4.1. *Il terzo periodo: dal «decennio perduto» ad oggi*

La fine del periodo Showa, nel 1989, può essere considerata idealmente come l'evento che separa il secondo ed il terzo periodo della circolazione del modello giuridico italiano in Giappone. Il ventennio 1990-2010 è caratterizzato dallo scoppio della bolla speculativa e da

³² A Tokyo, l'Università Sophia (in giapponese *Jochi Daigaku*) è gestita dall'Ordine dei Gesuiti; l'università *Aoyama Gakuin* è stata fondata dalla chiesa metodista; la *International Christian University* è stata fondata dalla chiesa presbiteriana.

una lunga crisi economica negli anni 1990, e da una timida ripresa nei primi anni 2000, interrotta bruscamente dalla crisi finanziaria mondiale del 2008.

La crisi economica ebbe profonde ripercussioni sociali ed i suoi effetti si fecero sentire anche in campo giuridico. In particolare, fu rivalutato il ruolo del diritto e delle leggi in quanto strumenti per rilanciare l'economia, ed i governi che si succedettero promossero riforme del sistema giuridico, nell'ottica di rilanciare la crescita economica del Paese.

Le tendenze che si possono riscontrare in questo periodo sono due. In primo luogo, l'Italia diviene sistema giuridico «di consultazione», cioè uno dei sistemi cui il legislatore guarda come esempio, oggetto di studio in occasione di riforme legislative. In altre parole, mentre in precedenza la situazione cristallizzata era quella di una forte differenziazione tra i sistemi di Germania, Francia e della *common law* da una parte, e dall'altra gli altri sistemi meno prestigiosi, più recentemente questo approccio sembra essere stato sostituito da un atteggiamento improntato ad un maggiore interesse e desiderio di conoscere ed imitare soluzioni dai sistemi considerati fino a questo momento «minori». Questo nuovo approccio non è limitato al diritto italiano, ma di sicuro lo studio del diritto italiano ne ha tratto una spinta importante.

Ciò si accompagna ad una più facile circolazione delle persone e tra Italia e Giappone, il che aiuta ovviamente gli scambi e la circolazione della conoscenza.

4.2. Esempi notevoli

Non è possibile in questa sede analizzare in maniera esaustiva le opere che hanno ad oggetto il diritto italiano apparse in questo periodo. Nei soli 24 anni presi in considerazione, sono 153 gli articoli che risultano da una ricerca effettuata con la chiave «*Italia horitsu*» [legge Italia(na)], e 67 i risultati in base alla chiave «*itariabo*» [diritto italiano]. In altre parole, in un lasso di tempo di circa un terzo si registra una produzione aumentata del 150% rispetto al periodo precedente³³.

³³ Cfr. la tabella riportata in Appendice. I dati relativi all'Italia, sui quali si basa la valutazione di un incremento del 150% sono leggermente diversi da quelli riportati nel capitolo 2 poiché per questa statistica si è deciso di utilizzare i numeri restituiti dal database senza valutare la presenza di risultati marginali o di saggi pubblicati a puntate, in modo da poter comparare i risultati relativi all'Italia con i dati relativi agli altri Paesi.

In questo paragrafo si cercherà di mettere ordine tra i dati che risultano e presentare un quadro per quanto possibile organico, citando gli studi di maggiore importanza e impatto, anche sulla base delle informazioni acquisite attraverso la conoscenza e l'osservazione diretta.

Il primo segnale importante di un rinnovato interesse verso il diritto italiano risale al 1994, anno in cui l'Associazione degli avvocati democratici pubblica in una sezione speciale della propria rivista il rapporto della missione in Italia compiuta l'anno precedente³⁴. Lo speciale comprende articoli sulla situazione della giustizia civile e penale, sul diritto del lavoro, rapporti delle visite a Magistratura Democratica, ad uno studio legale, alla sede di un movimento per i diritti civili e all'Ordine degli avvocati di Roma.

Dal 2001 è attivo presso la Biblioteca nazionale del Parlamento di Tokyo il Gruppo di ricerca sul diritto italiano. Esso è un organo interno della Biblioteca, che comprende 8 ricercatori che si riuniscono con cadenza bimensile. Il gruppo ha come obiettivo quello di condurre ricerche sul diritto italiano e tradurre testi di legge. I risultati delle ricerche dei membri del Gruppo di ricerca sono pubblicati di solito in due riviste: articoli e studi compaiono solitamente sull'importante rivista giuridica *Jurisuto* (Jurist), nella pagina della rubrica «Rapporti sulle leggi d'oltremare» (*Kaigai horitsu joho*). Negli ultimi anni i temi dei rapporti sono stati: il codice del processo amministrativo (gennaio 2011), la riforma universitaria (aprile 2011), la situazione dell'amministrazione della giustizia (luglio 2011), la disciplina e gli effetti del referendum abrogativo (ottobre 2011), il diritto di sciopero nei servizi pubblici (dicembre 2011), la proposta di eliminazione delle province (numero speciale, supplemento trimestrale 1-2012). La prima pubblicazione dei rapporti sul diritto italiano risale al 2001; in totale ne sono stati pubblicati 41. L'autore di tutti i rapporti è Jun Ashida, coordinatore del Gruppo di ricerca sul diritto italiano. Le traduzioni di testi di legge ed altri rapporti sono pubblicati sulla rivista *Gaikoku no rippo* (Legislazione straniera). Le ultime leggi tradotte sono state: la legge su accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore (maggio 2010), la legge sulle minoranze linguistiche storiche e la legge sul turismo (settembre 2010), le nuove norme in materia di disturbi specifici di apprendimento in ambito scolastico (marzo 2011), le norme sull'etichettatura «*Made in Italy*» e sulle indicazioni geografiche degli alimenti (luglio 2010 e aprile 2011). Le prime leggi

³⁴ Rivista *Ho to minshushugi* [Diritto e democrazia], 1994/4, vol. 286.

italiane tradotte in questa rivista risalgono al 1975. In totale sono comparsi su *Gaikoku no rippo* 59 traduzioni di leggi italiane o articoli dedicati all'Italia; di questi, 3 risalgono al biennio 1975-76, mentre i restanti 56 sono stati pubblicati dopo il 1989. La rivista non contiene tuttavia solo traduzioni di testi legislativi, ma anche articoli di dottrina o analisi delle politiche legislative o degli indirizzi di governo.

Vi sono altri segni che testimoniano un rinnovato interesse verso l'Italia ed il diritto italiano. Tra i più importanti si possono citare le statistiche giudiziarie dell'Istituto di scienze sociali dell'Università di Tokyo, che per la prima volta affiancano ai tradizionali sistemi di prestigio Francia, Germania ed Inghilterra, anche l'Italia³⁵. Classici del pensiero giuridico italiano, già conosciuti in Giappone, vengono ritradotti. È il caso di Cesare Beccaria, il cui «*Dei delitti e delle pene*» è stato tradotto nuovamente nel 2011 da Masao Kotani³⁶, con un importante apparato di note ed un saggio finale: ciò testimonia l'interesse tuttora vivo in Giappone verso il pensiero del giurista italiano.

Le aree in cui l'interesse verso l'Italia è maggiore sono tuttavia quelle del diritto del lavoro, e del diritto e della procedura penale. Questo deriva da fatto che lo studio del diritto italiano in questi campi affonda le sue radici, come accennato in precedenza, negli anni 1970. Per quanto riguarda il diritto del lavoro, nonostante vi siano numerosi studi e molti giuslavoristi giapponesi conoscano bene il sistema italiano e abbiano contatti con l'Italia³⁷, non pare possa dirsi che vi sia stata una recezione del modello da parte del Giappone.

La circolazione del modello italiano non può invece essere esclusa nel campo del diritto e della procedura penale. Ciò può essere dovuto al fatto che la giustizia penale giapponese ha problemi gravi legati allo stampo inquisitorio del procedimento: l'Italia, con il passaggio più o meno riuscito dal modello inquisitorio al modello accusatorio del nuovo codice costituiva sicuramente un modello interessante a cui guardare. Nel 1997 il Ministero della Giustizia pubblicava una traduzione del codice di procedura penale italiano. Inoltre, una delle maggiori riforme degli anni 2000, cioè l'introduzione

³⁵ I. SATO, M. KOTANI, M. HAYASHI, *Yooroppa no shiho tokei II: Doitsu, Italia, Nihon* [Statistiche giudiziarie europee vol. 2: Germania, Italia, Giappone], Tokyo, 2010.

³⁶ CESARE BECCARIA (tr. Masao Kotani), *Hanzai to keibatsu* [Dei delitti e delle pene], Tokyo, 2011.

³⁷ Tra di essi, ricordiamo Koichiro Yamaguchi e Shin'ya Ouchi.

della giuria mista in materia penale, è stata condotta dopo attenti studi di molti sistemi giuridici stranieri; fra essi il diritto italiano è stato studiato con attenzione, il che può far dire senza troppe esagerazioni che gli studi recenti più dettagliati sulla Corte d'Assise italiana sono al momento pubblicati in giapponese in Giappone³⁸. L'esperto in questa materia è il professore di diritto e procedura penale dell'Università di Osaka, Takeshi Matsuda. L'interesse della dottrina testimonia, oltre all'interesse scientifico, l'interesse del legislatore; è assai difficile però dire con precisione e sicurezza se la disciplina introdotta nel 2004 ed entrata in vigore nel 2009 abbia effettivamente recepito il modello italiano. Il legislatore giapponese ha infatti voluto trasmettere l'idea di un sistema nuovo ed originale, ritagliato su misura sulle particolarità del sistema giuridico e del popolo giapponese, attraverso la creazione del neologismo *sai-ban'in seido* per indicare l'istituto, e attraverso un'opera di «cancellazione delle tracce» che potessero rimandare a un sistema particolare come sistema di riferimento. Ciononostante, è inevitabile notare somiglianze importanti tra la disciplina della Corte d'Assise e quella del *sai-ban'in seido*, in particolare per quanto riguarda il processo decisionale del collegio, il computo dei voti e la disciplina del segreto³⁹.

L'interesse verso l'Italia tuttavia non si limita a questi campi: il diritto costituzionale italiano, a causa delle vicende storiche che accomunano la genesi delle costituzioni dei due Paesi, è stato oggetto di studi approfonditi⁴⁰; gli studi sul diritto di famiglia italiano, iniziati da Chiyo Matsuura, sono stati proseguiti da una nuova generazione di studiosi, tra cui ricordiamo Noriko Shiina; in altre aree in cui l'Italia è vista come un modello dalla lunga tradizione, il diritto italiano è studiato con attenzione: nel diritto fallimentare ricordiamo Masaki Sakuramoto. Per quanto riguarda il diritto civile, la vastità della materia non permette ancora di dire che vi sia uno studio ad ampio

³⁸ Lo studio più importante è quello condotto dalla Corte Suprema del Giappone: SAIKO SAIBANSHO JIMU SOKYOKU [UFFICIO GENERALE DELLA CORTE SUPREMA], *Baishin – Sanshin seido: Itaria hen [Giurie – Giurie miste: L'Italia]*, Tokyo, 2004. Il volume contiene un'analisi della storia, del funzionamento e dei problemi della Corte d'Assise italiana, oltre al resoconto di un processo di fronte alla Corte d'Assise di Firenze e alla traduzione integrale della legge 287/1951 sulla Corte d'Assise.

³⁹ Sulla giuria mista giapponese in lingua italiana, vedi A. ORTOLANI, *La giuria mista in Giappone*, in GIORGIO FABIO COLOMBO (a cura di), *Giappone: un diritto originale alla prova della globalizzazione*, Venezia, 2011, p. 99 s.

⁴⁰ Tra tutti, ricordiamo gli studi di Ken Ishida e Toshiyasu Takahashi.

spettro, ma alcune aree sono oggetto di attenzione: i diritti reali⁴¹, il diritto dei consumatori⁴².

5. Conclusioni

Cosa ha caratterizzato dunque la circolazione del modello italiano in Giappone?

In primo luogo si nota un fenomeno, inevitabile, di *path dependency*: le dinamiche relative all'influenza straniera, in principio fluide, si sono velocemente cristallizzate una volta decisi i sistemi giuridici stranieri ai quali ispirarsi. L'Italia non entrò nel club ristretto dei sistemi di prestigio, e se si volge lo sguardo all'accademia, gli studi che per lunghi decenni hanno portato i giovani studiosi in cattedra erano analisi comparatistiche che di regola avevano come oggetto di studio o come termine di comparazione gli istituti del diritto francese, o tedesco, o la *common law*.

La situazione è rimasta dunque immobile per un lungo periodo e solo recentemente, e a causa dei profondi shock che hanno coinvolto il tessuto sociale, si sono viste spinte verso un approccio diverso e una maggiore curiosità verso sistemi giuridici fino a quel momento quasi inesplorati.

Gli ultimi anni, come accennato, sembrano testimoniare un'inversione di tendenza, grazie anche ai contatti che si stanno intensificando tra i giuristi dei due Paesi.

Una testimonianza di questo rinnovato clima sono le attività scientifiche ed i convegni dedicati alla comparazione giuridica italo-giapponese, che hanno visto la partecipazione di numerosi studiosi italiani e giapponesi: ricordiamo qui la giornata di studio del 27 maggio 2010 all'Università di Venezia⁴³ e la tavola rotonda tenuta presso l'ISEAS di Kyoto il 17 dicembre 2011⁴⁴.

Infine, un ultimo segno della vitalità della comparazione italo-giapponese è la costituzione nel luglio 2012 dell'Associazione italo-giapponese per il diritto comparato (in giapponese, *Nichi'i hikakuho kenkyukai*), che ha tenuto il suo primo convegno il 29 giugno 2013,

⁴¹ Ricordiamo in questo campo gli studi di Shoji Okamoto.

⁴² In questo campo gli studi sul diritto italiano sono condotti dalla professoressa Keiko Tanimoto dell'Università Ritsumeikan di Kyoto.

⁴³ Le relazioni presentate al convegno sono raccolte nel volume di G.F. COLOMBO (a cura di), *Giappone*, cit.

⁴⁴ La tavola rotonda fu organizzata dalla Scuola Italiana di Studi sull'Asia Orientale (ISEAS) di Kyoto, e vi parteciparono Giorgio F. Colombo, Takeshi Matsuda, Andrea Ortolani e Keiko Tanimoto.

presso l'Istituto Italiano di Cultura di Tokyo. Si tratta, per la dottrina giuscomparatistica dei due paesi, del punto di arrivo dei contatti ultrasecolari esaminati in questo contributo, e allo stesso tempo di un punto di partenza, nell'auspicio di un futuro con contatti più stretti e proficui tra i due sistemi.

6. *Appendice: articoli nelle riviste giapponesi, risultati per parole chiave e variazione percentuale*

Paese	Chiave di ricerca (titolo)	Risultati periodo 1912-1988	Risultati periodo 1989-2012	Variazione
Francia	<i>Furansuho</i>			
	Diritto francese	331	500	+ 51%
	<i>Furansu horitsu</i>			
	Legge Francia (francese)	369	681	+ 84%
	Totale	670	1.181	+76%
Stati Uniti	<i>Amerikaho</i>			
	Diritto americano	1.654	1.957	+18%
	<i>Amerika horitsu</i>			
	Legge America(na)	620	999	+61%
	Totale	2.274	2.956	+30%
Germania	<i>Doitsuho</i>			
	Diritto tedesco	455	707	+55%
	<i>Doitsu horitsu</i>			
	Legge Germania (tedesca)	758	1033	+36%
	Totale	1.213	1.740	+43%
Italia	<i>Itariabo</i>			
	Diritto italiano	23	67	+191%
	<i>Itaria horitsu</i>			
	Legge Italia(na)	65	153	+135%
	Totale	88	220	+150%

Fonte: CiNii ARTICLES, ci. nii. Ac. JP

DOMENICO FRANCAVILLA

Il modello giuridico italiano in India

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'influenza della Costituzione italiana sull'Assemblea Costituente indiana e sulla giurisprudenza della Corte Suprema. – 3. L'idea di codice e il dibattito sull'*Uniform Civil Code* – 4. Il peso del modello giuridico italiano.

1. *Introduzione*

Il sistema giuridico indiano è un sistema giuridico complesso in cui nel corso dei secoli si sono stratificati e hanno interagito molti diritti. Le tracce di questa complessità storica rimangono oggi in un sistema caratterizzato da una forte presenza del modello del *common law* inglese e, contemporaneamente, dalla persistenza di modelli tradizionali¹. In questo quadro sembrerebbe essere marginale l'influenza del diritto dei paesi di *civil law*, ma sappiamo che modelli di *civil law* sono penetrati nel diritto indiano a seguito delle pur limitate esperienze coloniali francese e portoghese e che la recezione del diritto inglese in India non ha impedito la circolazione di modelli di *civil law* sul piano dottrinale e attraverso il ricorso alla codificazione. Ma, pur ammessa una limitata influenza in India del *civil law* rimane non ovvia l'influenza del diritto italiano, che nel quadro degli stessi paesi di *civil law* ha del resto uno status particolare rispetto ai modelli francese e tedesco.

Ciononostante, un'indagine sull'influenza giuridica italiana in India merita di essere condotta per una serie di motivi. Il primo è che da un punto di vista scientifico il dato negativo non è meno importante del dato positivo. Un'indagine condotta da più autori sull'influenza del modello italiano – scientifico e legislativo – fuori dell'Europa deve essere proiettata con ampiezza e deve tracciare influenze maggiori ma anche influenze minori e anche eventualmente assenza

¹ Si veda, in generale, D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea. Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, 2010.

di influenze se non proprio di rapporti *tout court*. Arrivare a poter escludere una qualsiasi influenza di un determinato diritto su di un altro sarebbe un risultato tanto importante quanto quello dell'accertamento dell'influenza. Si tratterebbe in realtà di un risultato molto difficile sul piano epistemologico. Che l'osservatore non riesca a trovare delle relazioni non significa necessariamente che non ci siano, e l'affermazione dell'assenza di rapporti resterebbe sempre aperta a nuovi dati che potrebbero falsificare l'ipotesi. Un risultato più robusto – ed elegante, nell'accezione che si dà in matematica a questo termine – si avrebbe se si riuscisse a costruire una teoria dell'impossibilità di questa relazione. Nelle scienze sociali la questione è in realtà estremamente complessa. Ad esempio, si possono trovare relazioni esplicite ed implicite, dirette ed indirette. Inoltre, una relazione accertata sul piano fattuale non è ancora necessariamente un'influenza degna di nota. Su alcune di queste questioni si rifletterà alla fine di questo scritto. Ma, per cominciare, la semplice individuazione fattuale di riferimenti al diritto italiano nell'esperienza giuridica indiana può essere significativa. Quasi si desidererebbe che non ce ne fossero, ma, seppur limitati, ce ne sono².

In fondo questo non stupisce – sarebbe strano il contrario – ma l'esistenza di riferimenti non vuol dire ancora che queste relazioni siano realmente significative, che un incontro abbia lasciato una traccia. Dati minimi possono avere realmente significato per lo studio dei sistemi giuridici? Su questo punto, si può introdurre il discorso con una frase di un comparatista inglese esperto di diritto buddhista, Andrew Huxley, secondo il quale:

I genitori costituiscono i migliori indicatori della natura di un sistema giuridico. Si prenda l'esempio della Repubblica democratica e popolare del Laos. Il modo più rapido per individuare l'essenza del suo sistema giuridico è considerare i suoi genitori: il padre marxista e la madre francese e coloniale. Se si vogliono maggiori informazioni, si possono considerare i nonni (tra cui Napoleone e Rama I di Bangkok) e i bisnonni (tra cui Bartolo e Shin Dammavilasa di Pagan)³.

In una prospettiva di tassonomie genealogiche, un determinato sistema giuridico ha alcuni genitori, nonni, antenati. Qui i memi cul-

² Una ricerca grossolana sulla banca dati *Indian Kanoon* dà la seguente indicazione di massima: una ricerca di «*English law*» restituisce 6415 risultati; «*French law*» 148; «*German law*» 53; «*Portuguese law*» 50; «*Italian law*» 32; «*Spanish law*» 4.

³ A. HUXLEY, *Si può parlare di sistemi giuridici religiosi?*, in *Daimon*, 1/2001, p. 190.

turali prendono il posto dei geni⁴. La prospettiva di ricerca della memetica nel diritto rimane una prospettiva promettente, per quanto rischi di rimanere una metafora e sia difficile da condurre sino in fondo. In una ipotetica genealogia del diritto indiano, che parta da diritto vedico e dravidico e arrivi a genitori che potrebbero essere individuati in *common law* inglese, diritto hindu e diritto musulmano, non vi è spazio per genitori di *civil law* e tantomeno per un modello italiano⁵. Non ci si può insomma attendere che il diritto italiano sia un genitore o anche un parente più o meno lontano – come invece potrebbe essere il diritto francese – del diritto indiano. Ciononostante nello studio della trasmissione culturale contano anche influenze minori, le unità culturali che possono essere trasmesse non solo dai genitori ma anche da amici e conoscenti, anche su tratti molto delimitati di una determinata esperienza giuridica. In quest’ottica possono divenire importanti anche dati minimi.

In questo scritto mi concentrerò sull’influenza del modello italiano sul diritto dell’India indipendente. Il tema potrebbe essere impostato in modo più ampio, ricercando contatti e influenze risalenti a periodi più antichi nella storia del diritto. Alcune scoperte, ad esempio, potrebbero essere fatte considerando l’esistenza di comunità cristiane in India da tempi molto antichi e con esse la circolazione anche in India del diritto canonico. Alcuni cenni possono essere fatti con riferimento al periodo coloniale. In prospettiva storica, la massiccia penetrazione del *common law* inglese nel periodo coloniale non deve far dimenticare che ci sono state anche una colonizzazione portoghese, una olandese e una francese e che rimangono tracce dell’influenza di *civil law* in alcune zone. Ma, soprattutto, lo stesso diritto coloniale non è una mera replica del diritto inglese. Gli inglesi sapevano bene che non potevano riprodurre l’esperienza della madre patria in India.

Un interessante riferimento all’Italia, medievale, si trova in una fase cruciale dell’elaborazione della politica del diritto coloniale. Lord Macaulay, presidente della prima Law Commission e padre della codificazione in India, così descriveva la situazione indiana:

I believe that no country ever stood so much in need of a code of law as India, and I believe also that there never was a country in which the want might be so easily supplied. I said that there were

⁴ Nella definizione di Dawkins un meme (mimeme) è un elemento culturale che può trasmettersi per via non genetica, in particolare per imitazione, come del resto risulta dal significato etimologico.

⁵ Lo stesso Huxley evidenzia il fatto che una tassonomia genealogica può identificare più di due «genitori».

many points of analogy between the state of that country and the fall of the Moghul Empire, and the state of Europe after the fall of the Roman Empire. In one respect this is very striking. As there were in Europe then, so there are in India now, several systems of law widely differing from each other but co-existing and co-equal. As there were established in Italy at one and the same time, the Roman law, the Lombard law, the Ripurian law, the Bavarian law, the Salic law, so we have in our Eastern Empire Hindu law, Mahomeddan law, Parsee law, English law, perpetually mingling with each other and disturbing each other, varying with the person, varying with the place. In one and the same cause the proves and pleading are in the fashion of one nation, the judgment is according to the laws of another. An issue is evolved according to the rules of Westminster and decided according to those of Banaras. We must know that respect must be paid to feelings generated by differences of religion, of nation and caste [...] We propose no rush innovation [...] Our principle is simply this – uniformity where you can have it – diversity where you must have it – but in all cases certainty⁶.

A parte questo suggestivo riferimento, non deve essere sottovalutata la penetrazione culturale in India della tradizione romanistica. Giudici coloniali come Thomas Erskine Perry erano educati anche nel diritto romano. Erskine è l'autore di una traduzione in inglese di Savigny: *Von Savigny's Treatise on possession, or, The jus possessionis of the civil law translated from the German* (1848). È notevole che nella prefazione la traduzione venga presentata come opera utile agli stessi giudici coloniali in India. La penetrazione del modello di *common law* non impedisce una rilevanza del *civil law* in modo più marcato in alcune zone dell'India, come Goa e Pondichéry, ma dappertutto come modello scientifico secondario ma non irrilevante o come modello legislativo-codicistico, in quanto strumento più che nei contenuti.

Ma è il diritto dell'India contemporanea ad essere particolarmente interessante perché con l'Indipendenza del 1947 si è avuta una maggiore apertura verso le esperienze giuridiche straniere da parte degli stessi indiani. L'emancipazione del diritto indiano dal diritto inglese e l'elaborazione di una *jurisprudence* propriamente indiana è passata attraverso il recupero di alcuni concetti tradizionali, una rivendicazione della propria specificità non solo culturale ma anche sociale, una reinterpretazione di alcune dottrine del *common law*, ma anche un'apertura a più modelli, cercando di imitare con libertà le soluzioni

⁶ Debate in Parliament on the Charter Bill, 10 July 1833, citato in J.K. MITTAL, *Indian Legal and Constitutional History*, Allahabad, 2004, p. 210.

che si presentassero utili per lo sviluppo socio-giuridico della nuova India.

Nei prossimi paragrafi si cercherà di individuare alcune influenze del modello italiano in India. Alcune possono essere ricondotte all'impatto della Costituzione italiana sui lavori dell'Assemblea Costituente e, successivamente, sulla giurisprudenza della Supreme Court. Altre, alla forza dell'idea di codice con riferimento al dibattito sull'adozione dello *Uniform civil code* in India. Altre influenze si collocano a un livello di maggiore dettaglio. Infine verranno svolte alcune osservazioni sul significato di tali influenze.

2. *L'influenza della Costituzione italiana sull'Assemblea Costituente indiana e sulla giurisprudenza della Corte Suprema*

La Costituzione indiana, promulgata nel 1949 ed entrata in vigore nel 1950, è immediatamente successiva a quella italiana. Nella stesura della Costituzione indiana vennero consapevolmente assunti come modello i testi costituzionali di diversi paesi. Ad esempio, il modello adottato per la parte sui diritti fondamentali è quello statunitense, mentre il sistema parlamentare è ispirato a quello inglese. L'idea di inserire una parte dedicata ai *Directive Principles of State Policy* è stata presa dalla Costituzione dell'Irlanda. La controversa parte relativa allo stato di emergenza trova la sua base nel modello del *Reich* tedesco e nel *Government of India Act, 1935*⁷. In seno all'Assemblea costituente vi furono alcune opinioni molto critiche sull'utilizzo di questi modelli stranieri, e ciò è indicativo del fatto che sin dall'inizio della storia dell'India indipendente si manifestò la tensione tra due modi, entrambi indiani, di intendere la propria identità giuridica. Da una parte le idee di coloro che consideravano i modelli occidentali non estranei e comunque importanti per la modernizzazione del paese e, dall'altra, le idee di coloro che aspiravano a un distacco da questi modelli, nel momento in cui non erano più imposti dal potere coloniale, e a una maggiore autonomia da fondare su valori indigeni. La mediazione tra queste posizioni estreme può essere espressa con le parole di uno dei padri costituenti dell'India, Ambedkar⁸, secondo cui:

⁷ Sulla genesi e i caratteri della Costituzione indiana si veda D.D. BASU, *Introduction to the Constitution of India*, New Delhi, 2004.

⁸ La citazione proviene dai lavori dell'Assemblea Costituente ed è riportata da BASU, *Introduction to the Constitution of India*, cit.

One could ask whether there can be anything new in a Constitution framed at this hour in the history of the world. More than hundred years have rolled when the first written Constitution was drafted... Given these facts, all Constitutions in their main provisions must look similar. The only new things, if there be any, in a Constitution framed so late in the day are the variations made to remove the faults and to accommodate it to the needs of the country.

Questa opinione, che divenne maggioritaria nei lavori dell'Assemblea costituente, mostra come l'India indipendente non abbia voluto intendere se stessa come separata dalle migliori espressioni della cultura giuridica occidentale e abbia liberamente scelto di porsi nel loro solco. I modelli sono stati scelti però in modo critico, come risulta dal fatto che più esperienze costituzionali furono prese in considerazione, valutando per ognuna oltre all'aspetto formale anche le difficoltà che si erano palesate nel loro funzionamento, al fine di evitare per quanto possibile di ripeterne gli errori. L'aspetto più interessante nella frase di Ambedkar citata è però il riferimento all'adattamento dei modelli ai bisogni del paese, che si trovava a fronteggiare enormi problemi di coesione sociale e di sviluppo.

La Costituzione si basa sull'incorporazione di più modelli costituzionali e combina nella sua struttura parti che sono presenti in alcune costituzioni e non in altre. Da questo punto di vista, la lunghezza della Costituzione indiana si spiega anche in base al metodo seguito, visto che l'utilizzo di molti modelli la rende più lunga dei singoli modelli originari⁹. Come osserva Amirante «va sottolineato quanto i padri fondatori abbiano attinto a piene mani al diritto costituzionale comparato, dimostrando una conoscenza delle costituzioni straniere pari soltanto all'arditezza nell'assemblare istituti mutuati da ordinamenti diversi fra loro»¹⁰. A ciò bisogna aggiungere che la Costituzione indiana non ha utilizzato solo i testi costituzionali ma ha anche inglobato ed esplicitato alcuni punti sviluppati dalle giurisprudenze costituzionali nei modelli considerati¹¹.

Non mancano in questo quadro riferimenti alla Costituzione italiana già nel dibattito costituente e successivamente nella giurisprudenza della Corte Suprema indiana.

Un primo motivo di interesse è che l'esperienza italiana viene citata in alcune importanti sentenze relative alla revisione della Costi-

⁹ La Costituzione originaria era composta da 395 articoli e 8 allegati. Era quindi estremamente lunga ed è ancora più lunga oggi, considerando i successivi emendamenti, alcuni additivi e altri abrogativi.

¹⁰ D. AMIRANTE, *India*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 53.

¹¹ BASU, *Introduction to the Constitution of India*, cit.

tuzione indiana, in cui viene elaborata la fondamentale dottrina della *basic structure*.

Fino alla fine degli anni '60 l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza era che la Costituzione non poneva limiti alla sua revisione. Nel 1967 la Corte Suprema si pronunciò, nel caso *Golak Nath*¹², stabilendo che la parte relativa ai diritti fondamentali era sottratta alla revisione costituzionale, argomentando che anche una legge di emendamento costituzionale doveva intendersi inclusa nella previsione dell'art. 13(2) della Costituzione, in base al quale «The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void».

Questa sentenza della Corte Suprema portò a un conflitto con il Parlamento, il quale approvò il *Constitution (24th Amendment) Act* del 1971, con il quale si chiariva che un emendamento costituzionale approvato in base all'art 368 non doveva intendersi come «law» ai sensi dell'art. 13. La questione tornò subito all'esame della Corte Suprema nel caso *Keshavananda* del 1973, basato proprio sulla valutazione della costituzionalità dell'emendamento del 1971¹³, e i giudici si pronunciarono a favore della sua validità, ritornando alla dottrina della possibilità di emendare la parte della Costituzione relativa ai diritti fondamentali. Ma nella stessa sentenza venne invece confermato un altro principio già sostenuto nel caso *Golak Nath*, vale a dire il principio della non modificabilità della «*basic structure*» della Costituzione. In base a questa dottrina, come osservato da Jain¹⁴:

while Parliament can amend any constitutional provision by virtue of Art. 368, such a power is not absolute and unlimited and the courts can still go into the question whether or not an amendment destroys a fundamental or basic feature of the Constitution. If an amendment does so, it will be constitutionally invalid. The justification for this judicial view is that the expression 'amend' in Art. 368 has a restrictive connotation and could not comprise a fundamental change in the Constitution.

La definizione dei caratteri della Costituzione che compongono la *basic structure* è stata compiuta solo in modo esemplificativo nel caso *Keshvananda* e rimane oggetto dell'interpretazione costituzionale. In ogni caso, la dottrina della *basic structure* è stata enucleata con particolare riguardo alla forma di governo repubblicana e democratica,

¹² *L.C. Golak Nath v. State of Punjab*, AIR 1967 SC 1643.

¹³ *Keshavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461.

¹⁴ M.P.JAIN, *Indian Constitutional Law*, New Delhi, 2004, p. 1629.

alla struttura federale, al principio della separazione dei poteri, al carattere laico (*secular*) della Repubblica e al nucleo dei diritti fondamentali, nel senso che, pur essendo possibile modificare la parte III, non sono possibili compressioni sostanziali dei diritti fondamentali e dello stesso *judicial review*.

Nel quadro di un'ampia discussione di vari testi costituzionali, che non può essere qui ripercorsa, la Corte Suprema nel caso *Keshavananda* fa un riferimento puntuale all'Italia e osserva che:

Thus, the true ground of division, by virtue of the nature of the Constitution, is whether it is flexible or rigid. That depends upon whether the process of Constitutional law-making is or is not identical with the process of ordinary law-making. A typical instance of a flexible Constitution is that of the United Kingdom. The Constitution of the former Kingdom of Italy was also flexible, so flexible indeed, that Mussolini was able profoundly to violate the spirit of the Constitution without having to denounce it. The Constitution of the United States is rigid, as it cannot be amended without the special machinery being set in motion for that purpose.

Anche nel caso *Golak Nath* si trovano alcuni riferimenti all'Italia e al referendum costituzionale¹⁵. Nella stessa sentenza viene poi citato un lungo passo di C. F. Strong, tratto dall'opera *Modern Political Constitutions* (ed. 1963), sui limiti della sovranità del Parlamento, nel quale si fa riferimento alla Costituzione italiana come esempio di costituzione recente. In particolare il passo di Strong fa riferimento alla non modificabilità della forma di governo repubblicana. Evidentemente i riferimenti maggiori vengono fatti alla Costituzione statunitense, ma non è privo di importanza che in questo quadro non manchino riferimenti all'Italia¹⁶.

Se nella interpretazione costituzionale sulla revisione della Costituzione, l'esperienza italiana entra «a supporto», assieme a molte altre esperienze, nei lavori dell'Assemblea Costituente sembra emergere un aspetto, limitato ma qualificante, che rende particolarmente significativa la Costituzione italiana: il suo carattere post-totalitario. L'As-

¹⁵ Descrivendo i possibili metodi per l'emendamento della costituzione, viene menzionato che uno di questi metodi «demands a popular vote, referendum, or plebiscite as in Switzerland, Australia, Ireland, Italy, France and Denmark».

¹⁶ «Thus, for example, the American Constitution, the oldest of the existing Constitutions, asserts that by no process of amendment shall any State, without its own consent, be deprived of its equal suffrage in the Senate, while among the Constitutions more recently promulgated, those of the Republics of France and Italy, each containing a clause stating that the republican form of government cannot be the subject of an amending proposals».

semblea Costituente indiana operò in un contesto difficile, di transizione dal periodo della dominazione coloniale, in cui bisognava dare composizione attraverso la legge fondamentale a profonde tensioni.

Nei lavori dell'Assemblea Costituente indiana il 4 agosto 1949 si discutono aspetti di grande importanza: il rapporto tra il potere esecutivo e Parlamento, la proclamazione dello stato di emergenza e la sospensione dei diritti fondamentali. Shri Kamath fa un intervento che merita di essere riportato per intero. Rimarcando come la situazione indiana sia una situazione di crisi viene fatto riferimento alla situazione italiana, la cui memoria era ancora molto presente, lodando la capacità dell'Assemblea Costituente italiana di prevedere contrappesi adeguati al potere dell'esecutivo e quindi di tutelare i diritti:

We are pleading, Sir, in season and out of season, that we are passing through a crisis. I am sure that the Italian Constituent Assembly, when it met two years ago soon after World War II was over, was faced with no less grave a crisis. There was danger of upheaval within the State and Communist were rising against the State. Italy was a border State between the Russian bloc and the Western bloc and it was wedged in between the two, and it, was thus subjected to various stresses and strains. Even then, the Italian Constituent Assembly which adopted the Constitution in 1947 did not go so far as we are going today. What did they do? They were faced with a very grave crisis, the Communist near-insurrection within the State: and as we all read in the papers the other day, there were free fights within the Chamber of Deputies in the Italian Assembly when the Atlantic Pact was ratified. The Constituent Assembly adopted, however, an article, with a view to meeting the grave crisis confronting the State, but they provided adequate safeguards, and the relevant article in their Constitution reads thus «When in extraordinary cases of necessity and urgency, the Government of its own responsibility adopts provisional measures having the force of law, it must on the same day» (in the U.K. the Act provides that Parliament must be summoned in five days) «present it for conversion into law by the Chamber which, if dissolved, should be convoked for the purpose and assemble within five days. The decrees lose effect as on the date of issue if not converted into law within-60 days of their publication. The Chambers may, nevertheless, regulate by law political relationships arising from decrees not converted into law»¹⁷.

Il riferimento è all'art. 77 della Costituzione italiana¹⁸. Traccia di

¹⁷ Constituent Assembly of India – vol. IX (4th august 1949).

¹⁸ Art. 77 Cost.: «Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di

questo dibattito rimane nell'esigenza del passaggio parlamentare anche nel caso di proclamazione dell'Emergenza, come previsto dall'art. 352¹⁹. Indubbiamente anche le esperienze costituzionali del Regno Unito e degli Stati Uniti furono considerate della massima importanza, ma l'esperienza costituzionale italiana, per la sua vicinanza temporale e le molte somiglianze nel contesto ha un impatto significativo e, diversamente dai casi in cui viene citata assieme a molte altre in «rassegna», un impatto distintivo.

3. *L'idea di codice e il dibattito sull'Uniform Civil Code*

Dopo l'Indipendenza, in India vi fu un esteso dibattito su quali provvedimenti adottare per riformare il sistema dei diritti personali che arrivava nella modernità dal passato. In base a questo sistema, che ha radici antichissime nella tradizione giuridica indiana, anche se la sua istituzionalizzazione è stata uno degli elementi qualificanti della politica coloniale, con l'introduzione del sistema dei *listed subjects* del 1772, in materia di famiglia e successioni agli hindu si applica il diritto hindu, ai musulmani il diritto musulmano e agli appartenenti ad altre comunità il loro diritto peculiare.

L'Assemblea Costituente si trovò di fronte a una situazione particolarmente complessa relativamente ai diritti personali. Molti rite-

necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti». Si osservi l'erronea traduzione di «rapporti giuridici» con «political relationships».

¹⁹ Art. 352, Constitution of India: «Proclamation of Emergency: (4) Every Proclamation issued under this article shall be laid before each House of Parliament and shall, except where it is a Proclamation revoking a previous Proclamation, cease to operate at the expiration of one month unless before the expiration of that period it has been approved by resolutions of both Houses of Parliament Provided that if any such Proclamation (not being a Proclamation revoking a previous Proclamation) is issued at a time when the House of the People has been dissolved, or the dissolution of the House of the People takes place during the period of one month referred to in this clause, and if a resolution approving the Proclamation has been passed by the Council of States, but no resolution with respect to such Proclamation has been passed by the House of the People before the expiration of that period, the Proclamation shall cease to operate at the expiration of thirty days from the date on which the House of the People first sits after its reconstitution, unless before the expiration of the said period of thirty days a resolution approving the Proclamation has been also passed by the House of the People».

nevano che un diritto civile uniforme sarebbe stato l'incarnazione migliore del principio della laicità indiana, segnando in modo netto la separazione del diritto dalla religione. D'altra parte, procedere alla redazione del codice civile uniforme all'inizio dell'esperienza giuridica della Repubblica indiana avrebbe rappresentato una prova molto impegnativa e pericolosa, dato il rischio di aumentare la conflittualità sociale. Il cuore del problema era quello della uniformità o diversità del diritto. Per questo motivo il progetto venne abbandonato e venne solo adottata una norma costituzionale di carattere programmatico, inserita nella parte dedicata ai *directive principles*, l'art. 44, in base al quale: «The State shall endeavour to secure for the citizens a uniform civil code throughout the territory of India».

Il dibattito dell'Assemblea Costituente sul futuro art. 44 fu naturalmente molto acceso. Due passi possono essere citati con riferimento al nostro tema. Il primo unifica le esperienze dei paesi dell'Europa continentale e indica la presenza di codici civili come prova del fatto che l'uniformità non può essere considerata lesiva delle minoranze:

When you want to consolidate a community, you have to take into consideration the benefit which may accrue to the whole community and not to the customs of a part of it. If you look at the countries in Europe, which have a Civil Code, everyone who goes there from any part of the world and every minority has to submit to that Civil Code. It is not felt to be tyrannical to the minority²⁰.

Un secondo passo, ancora più incisivo, contiene un riferimento diretto all'Italia:

Now again there are Muslims and there are Hindus, there are Catholics, there are Christians, there are Jews, in different European countries. I should like to know whether different personal laws are perpetuated in France, in Germany, in Italy and in all the continental countries of Europe²¹.

Già nei lavori dell'Assemblea Costituente l'Italia entra quindi nel dibattito sul codice civile uniforme, come esempio di paese a diritto civile codificato, e non è privo di importanza che i paesi citati siano tre e l'Italia figuri con Francia e Germania.

A sessanta anni dalla Costituzione, il sistema dei diritti personali resiste ancora, per quanto il dibattito sull'esigenza di una maggiore

²⁰ Constituent Assembly of India – vol. VII, Thursday (9th December, 1948).

²¹ *Ibidem*.

uniformità giuridica si riaccenda periodicamente. L'oggetto della discussione è l'utilità e desiderabilità di procedere all'uniformazione del diritto di famiglia, soprattutto se si considera che il codice civile uniforme dovrebbe essere il frutto di scelte fatte dall'alto, in contrasto con il pluralismo tipico della società indiana.

I termini della questione sono ben espressi nella sentenza pronunciata dalla Corte Suprema nel caso *Shah Bano*²², che si conclude proprio con una *observation* relativa all'opportunità di adottare il codice civile uniforme. Richiamando l'art. 44 della Costituzione, rimasto «dead letter», e osservando che non si riscontra nessuna iniziativa ufficiale per dotare il paese di un codice civile comune, la Corte osserva:

A common Civil Code will help the cause of national integration by removing disparate loyalties to laws, which have conflicting ideologies. It is the State which is charged with the duty of securing a uniform civil code for the citizens of the country and, unquestionably, it has the legislative competence to do so. A beginning has to be made if the Constitution is to have any meaning. Inevitably, the role of the reformer has to be assumed by the courts because it is beyond the endurance of sensitive minds to allow injustice to be suffered when it is so palpable. But piecemeal attempts of courts to bridge the gap between personal laws cannot take the place of a common Civil Code.

In altri termini, solo il legislatore ha la competenza di realizzare questa parte della Costituzione rimasta inattuata e, in mancanza di questa riforma strutturale, il compito dei giudici è quello di provvedere alla tutela dei diritti nei limiti posti dall'ordinamento. Il raggiungimento dell'uniformità viene da molti sentito come necessario per una modernizzazione dell'ordinamento giuridico.

Altri riferimenti all'importanza dell'Italia per l'idea di codice si trovano in una recente sentenza, in cui ancora una volta giudici indiani si esprimono a favore del codice civile uniforme²³. Facendo riferimento alla specificità di Goa, Daman e Diu si osserva che almeno in quest'area dell'India esiste un'esperienza di diritto di famiglia uniforme, che ha le sue origini nel codice civile portoghese del 1867:

It is stated that the Code is the outcome of teachings of the contemporaneous French, German and Italian jurists. Civil Code regu-

²² *Mohammad Ahmed Khan v. Shah Bano Begum*, AIR 1985 SC 945, 954.

²³ *Shri Damodar Ramnath Alve v. Shri Gokuldas Ramnath Alve*, 1997 (4) BomCR 653.

lates matter relating to family, contracts, succession and property. This was universally followed by all communities, Hindus, Muslims and Christians. This Code has the unique distinction and the privilege of already having a «Uniform Civil Code», as envisaged by the Founding Fathers of the Constitution under Article 44 of the Constitution of India, which equally governs and regulates the juridical relations of its citizens, irrespective of their race, sex, caste or creed.

Anche da questo passo emerge il «prestigio» italiano con riguardo alla forma codice. Per quanto possa capitare di leggere una frase che potrebbe scuotere questo prestigio: «Does India need the Uniform Civil Code? Of course, it does. *Even* Italy has one, as do the rest of the developed world. It is high time that India had a uniform law dealing with marriage, divorce, succession, inheritance and maintenance»²⁴, rimane che il modello legislativo italiano ha un peso nel dibattito su una delle questioni più delicate del diritto indiano contemporaneo.

Se quanto detto vale con riferimento all'idea stessa di codice, altri riferimenti al diritto italiano possono trovarsi su questioni civili-liche più di dettaglio. Ad esempio un interessante riferimento è fatto in un caso giurisprudenziale²⁵, relativamente alla tutela del possesso, a una regola introdotta già nel periodo coloniale e contenuta nello *Specific Relief Act* 1963 (1877):

Under the German and Italian Civil Codes, the right of possession exists even in the case of possession that is wrongful as against the owner of the property; under these Codes possession is recognised even as a provisional or temporary title against the true owner; and even the true owner cannot claim back the property summarily or by force, for otherwise there may be a breach of the peace. The same principle, has under the Specific Relief Act, been followed in India. The law requires that the true owner should bring an action at law for the restitution of his right of possession. If this is not done, i.e., if possession is forcibly recovered, the person dispossessed has a remedy to regain his possession; that remedy is called a possessory remedy. But the owner also has his remedy against the wrongful possessor, and that is called a proprietary remedy; Possessorium, i.e., a possessory right is a possessory remedy, and petitorium, that is a proprietary suit, is the remedy for the disturbance of proprietary right.

²⁴ R. HAZARIKA, *Should India have a Uniform Civil Code?*, 2010, p. 8, paper non pubblicato disponibile su SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1697580 [corsivo dell'Autore].

²⁵ *Kanthammal v. Bysani Sriramulu Chetti And Anr.*, 1986 (1987) 1 MLJ 300.

Qui troviamo una regola che emerge da una complessa vicenda di circolazione di modelli romanistici già nel periodo coloniale e che riemerge nella giurisprudenza con un riferimento ai codici civili italiani e tedesco.

4. *Il peso del modello giuridico italiano*

Altri esempi di riferimenti all'Italia nel dibattito dell'Assemblea Costituente o nella giurisprudenza indiana potrebbero essere elencati. Ad esempio, nel caso *Bachan Singh*, che è il caso fondamentale sulla pena di morte in India, viene fatto un riferimento all'abolizione della pena di morte in Italia, certo nel quadro di una rassegna mondiale e quindi senza che a ciò possa attribuirsi particolare significato²⁶. Ugualmente marginale ma interessante culturalmente è un riferimento colto all'Italia nel quadro del dibattito costituente sul problema del multilinguismo:

Therefore, I believe we will have to wait till the time when a language in India develops itself and matures to that stage when we can make it our official language and our national language. To replace an international language like English, very expressive, rich ill vocabulary, easy and simple in construction, and one which is recommended to be the international auxiliary language, is almost impossible. Probably Shakespeare decided the national language of England once for all, and for Italy probably Dante decided it. Like that, some literary genius will in future, according to me, decide the national language for India. A national language can be, decided upon only by mutual agreement. It cannot be done by taking votes; that is what I believe. No language can be imposed upon an unwilling people. No nation has ever succeeded in imposing the language of the majority upon the minority²⁷.

Un altro riferimento in una sentenza della Supreme Court, mediato da studi di autori di lingua inglese, è fatto alla nomina dei giudici, ma sempre in via di rassegna²⁸. La questione della (non) conoscenza della lingua italiana o della difficoltà di accesso alle fonti non è ovviamente un dato di poco conto, come emerge da questo passaggio in un'altra sentenza in cui si discute di formazione del go-

²⁶ *Bachan Singh Etc. v. State Of Punjab Etc.*, 1982 AIR 1325, 1983 SCR (1) 145.

²⁷ *Constituent Assembly of India* – Volume IX (12th September 1949).

²⁸ *S.P. Gupta v. President Of India And Ors.*, 1981, AIR 1982 SC 149.

verno e in cui il giudice, pur ritenendo interessante l'esperienza italiana, si duole di non essere riuscito ad analizzarla:

It may be pointed out that France and Italy have witnessed fractured verdicts over several decades in their Parliaments, unlike in British where except on three or four occasions a single party has commanded the majority in the House. Hence the experience of France and Italy in formation of their Governments could have thrown some light on the problem with which we are faced, but unfortunately I am handicapped as despite my best efforts I have not been able to get any literature from those countries²⁹.

Più significativi sono i casi in cui l'esperienza italiana viene considerata per la rilevanza che hanno avuto alcuni problemi specifici. Un esempio è il caso del diritto delle telecomunicazioni. In una sentenza su diritti televisivi, monopoli e libertà di espressione³⁰, la Corte fa riferimento a un libro di Eric Barendt, *Broadcasting Law* (1993), che presenta uno studio comparativo di Gran Bretagna, Francia, Germania, Italia e Stati Uniti, e a un articolo dello stesso autore, «The influence of the German and Italian Constitutional courts on their National Broadcasting systems», *Public Law*, Spring 1991, da cui attinge a piene mani. Per questa via può capitare di leggere in una sentenza indiana della RAI e di Berlusconi³¹.

Per quanto riguarda l'influenza del modello italiano sulla scienza giuridica indiana, bisogna osservare che la dottrina indiana nel complesso non è stata tradizionalmente caratterizzata da un livello di ap-

²⁹ *H.S. Jain And Ors., Etc. v. Union Of India (Uoi) And Ors., Etc.* 1996, (1997) 1 UPLBEC 594.

³⁰ *The Secretary, Ministry Of Information and Broadcasting vs Cricket Association Of Bengal*, 1995 AIR 1236, 1995 SCC (2) 161.

³¹ «In Italy too, the broadcasting was under State control, to start with. In 1944, Radio audizioni Italia (RAI) was created having a monopoly in broadcasting. [...] In 1976, the Constitutional Court ruled (Decision 202/76 (1976) Giurisprudenza Costituzionale 1276) that while at the national level, the monopoly of RAI is valid, at the local level, it is not, since at the local level there is no danger of private monopolies or oligopolies emerging a hope belied by subsequent developments. This ambiguous decision resulted in establishment of a large number of private radio stations in Italy notwithstanding the re-affirmation of RAI's national monopoly in 1981 by the court. One of the major rather the largest – private television and radio networks which thus came into existence is the \$7 billion Fininvest Company, controlled by Silvio Berlusconi (the Ex-Prime Minister of Italy, who resigned in December, 1994). It owns three major TV networks in Italy. This development prompted the Constitutional Court, in 1988, to call for a prompt and comprehensive regulation of private broadcasting containing adequate anti-trust and other anti-monopolistic provisions to safeguard pluralism. Accordingly, a law was made in 1990 which devised a system for licensing private radio and television stations».

profondimento e di studio critico dei problemi di particolare spicco, anche se ci sono naturalmente delle eccezioni e anche se la situazione sta rapidamente cambiando grazie all'alto livello di formazione offerto dalle National Law Schools. Anche qui esiste un ostacolo linguistico, ma la circolazione può essere mediata da opere in lingua inglese, traduzioni di autori italiani o opere che parlano di diritto italiano. Bisogna osservare a questo proposito che l'insegnamento del diritto comparato non è ancora diffuso in India.

In conclusione, il modello giuridico italiano ha avuto un'influenza sul diritto indiano, ma il peso di questa influenza è difficile da valutare. Il semplice fatto che sia possibile trovare alcuni riferimenti all'Italia nelle sentenze o in altre fonti indiane non dice ancora molto sui caratteri di questa influenza.

Bisogna fare alcune distinzioni. Una curiosità intellettuale può condurre a un'influenza ma secondo percorsi complessi. Si può benissimo conoscere senza essere in realtà influenzati, se non nel senso molto generale per cui tutto ciò con cui entriamo in contatto ci influenza. Altro aspetto è che si può essere influenzati da qualcosa senza farvi riferimento, si può benissimo essere influenzati senza che ve ne sia traccia evidente. Influenza non vuol dire di per sé recezione. L'influenza può essere diretta o indiretta. Ma il presupposto è sempre la conoscenza, la considerazione di un determinato diritto come esperienza giuridica significativa. È possibile che nel fare riferimento ad alcuni aspetti del diritto italiano questo sia frainteso o eccessivamente semplificato, in ogni caso riportato in una formulazione distorta. Il fare riferimento a un'esperienza giuridica dal punto di vista di un'altra può avere anche varie funzioni sul piano pragmatico. Si può citare selettivamente un modello per valorizzare una determinata soluzione ma anche per screditarla. L'influenza di un modello giuridico può essere favorita da una sensazione di somiglianza sul piano culturale generale. Può essere resa possibile oltre che dall'interesse di singoli da programmi strutturali di cooperazione, punto sul quale l'Italia è indubbiamente indietro rispetto ad altri paesi europei non anglofoni come la Francia e la Germania.

L'influenza italiana sul diritto indiano si è svolta lungo la linea di una percezione di somiglianza, con riferimento in particolare ad alcuni aspetti dell'esperienza costituzionale e sul piano più strettamente civilistico nel quadro di una generale influenza dei paesi di *civil law*. A ciò si può aggiungere che l'influenza del diritto italiano è e sarà sempre più mediata come influenza del diritto europeo in India. Esiste infine una dimensione dinamica della questione che riguarda le possibili influenze future del modello italiano sul diritto indiano, che dovrebbero essere pensate assieme alle influenze inverse, nel quadro

di un dialogo. Esistono sistemi più o meno aperti al dialogo con altri modelli e quello indiano può essere considerato un sistema aperto. Nel corso di una sua visita in Italia, Mahendra Pal Singh, un costituzionalista che è stato direttore dell'*Indian Law Institute*, vice-chancellor della *National University of Juridical Sciences* di Calcutta, oltre che professore all'Università di Delhi, mi disse che a suo parere i giuristi indiani dovrebbero dialogare di più con i giuristi di *civil law* perché hanno molte più cose in comune di quel che si pensi normalmente. I giuristi indiani e italiani hanno interesse a dialogare tra loro, sempre di più nella misura in cui giuristi di varia formazione e provenienza sono impegnati nel 'pensare giuridicamente' le soluzioni a problemi comuni e globali.

ANDREA SERAFINO

Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Indocina

SOMMARIO: 1. Il contesto geografico. – 2. L'eterogeneità linguistica. – 3. Il differente stato della riforma giuridica. – 4. Quale modello? – 5. Il modello italiano in Indocina.

1. Il contesto geografico

Il tema dell'influenza del diritto italiano nel sistema giuridico (o meglio nei sistemi giuridici) dell'Indocina, implica preliminarmente una scelta riguardante l'oggetto geografico dell'indagine. Cosa si intende per Indocina oggi? È possibile darne una definizione che goda di un generalizzato consenso? Dal punto di vista della geografia fisica per Indocina generalmente si intende la penisola indocinese nel suo complesso, includente non solo il Vietnam, il Laos e la Cambogia, ma anche la Birmania, la Thailandia, la Malesia peninsulare e Singapore. Successivamente all'occupazione francese dei primi tre Paesi, il termine Indocina è stato generalmente riferito all'insieme di questi, con esclusione dei Paesi che non hanno conosciuto l'articolato sistema di amministrazione francese. In seguito all'esperienza coloniale francese il termine Indocina lo si è continuato ad utilizzare per fare riferimento all'insieme dei tre Paesi sovrani ed indipendenti del Vietnam, Laos e Cambogia, anche se formalmente di un'Indocina politica con caratteri unificanti, come quella francese, non si può più parlare dal 1945 con la proclamazione della Repubblica Democratica del Vietnam del Nord, ed ancor di più dal 1954 a seguito della definitiva sconfitta militare dei francesi nella piana di Dien Bien Phu.

La messa a fuoco dell'oggetto (geografico in questo caso) di studio e di analisi non è problema secondario per il comparatista. Diverse possono essere le conclusioni a seconda che si adottino, qui come in altre aree geografiche, un criterio di definizione piuttosto che un altro. Non solo l'influenza di un modello giuridico esterno può essere verificata e registrata in modo differenziato a seconda delle diverse opzioni temporali o di estensione del campo di studio, ma an-

che nel caso in cui il riscontro sia negativo ('non si rileva alcuna influenza di un dato sistema giuridico esterno in una particolare area') le motivazioni potrebbero essere differenti a seconda delle varie scelte percorribili.

Ciò offre un qualche conforto al comparatista incaricato di verificare l'eventuale influenza del modello giuridico italiano, nel suo complesso o in particolari settori del diritto, in un'area nella quale tale influenza è difficilmente riscontrabile. L'oggetto della verifica potrà, di conseguenza, estendersi anche al perché non v'è stata una tale diffusione, tenendo in conto anche il differente contesto temporale in cui si è espressa l'idea di Indocina.

2. *L'eterogeneità linguistica*

Scegliendo quindi di fare riferimento ad un'idea di Indocina coincidente con i Paesi del Vietnam, del Laos e della Cambogia, risulta sin da subito come gli stessi abbiano una struttura linguistica fortemente differenziata. Ciò costituisce una rilevante difficoltà per il comparatista, che solo all'apparenza si trova a studiare un'area corrispondente ad un'idea geografica unitaria.

Il Vietnam, sino alla translitterazione in caratteri latini della propria lingua scritta, utilizzava caratteri di derivazione cinese, sebbene con differenziazioni di pronuncia e di tono, peraltro riscontrabili anche nelle diverse zone della medesima Cina. L'influenza della lingua cinese in Vietnam la si fa risalire al tempo della dinastia Han, periodo in cui i cinesi hanno vissuto nello stesso territorio vietnamita¹.

La semplificazione o volgarizzazione della struttura linguistica vietnamita se da un lato ha consentito una maggiore diffusione della cultura scritta (non più prevalentemente dotta, ma accessibile ai più), dall'altro ha determinato la perdita di molti di quei significati che la struttura linguistica a caratteri include. Ciò ha reso, inoltre, difficoltosa la ricerca di radici comuni nei significati dei termini giuridici cinesi e vietnamiti, essendo venuto meno, da tempo, uno strumento facilitatore della comparazione linguistica, cioè l'utilizzo dei medesimi caratteri. Salvo che ci si limiti ad uno studio storico, comparando i

¹ Questo dimostrerebbe che i toni della lingua vietnamita e il lessico che richiama quello cinese non sono tratti distintivi originari della lingua vietnamita, che ora viene generalmente classificata nell'ambito del gruppo delle lingue austro asiatiche. Le ricerche tese ad identificare un ceppo originario della lingua vietnamita non hanno dato i frutti auspicati, sì che si tende a considerare la medesima come il risultato di una mescolanza di lingue e dialetti che si compenetrarono a seguito dei contatti tra la civiltà vietnamita e gli stranieri.

codici dinastici cinesi, con i codici vietnamiti anteriori alla latinizzazione della lingua vietnamita.

La lingua cambogiana (il *Khmer*), anch'essa appartenente al gruppo austroasiatico, ha invece subito l'influenza del sanscrito e del pali, veicolati per il tramite della diffusione del buddismo e dell'induismo. Si differenzia, inoltre, dal Vietnamita e dal laotiano in quanto non tonale.

Da ultimo, la lingua laotiana (il *Lao*) appartiene alla famiglia linguistica *tai*, con un alfabeto simile a quello della lingua thailandese, seppur influenzato dal contatto con le lingue occidentali per quanto riguarda l'utilizzo degli spazi tra le parole e segni di punteggiatura simili a quelli degli idiomi occidentali.

L'approccio linguistico è, inoltre, reso ancor più difficoltoso dalla diversificazione dei dialetti con cui si presenta la lingua ufficiale² e dalla presenza di una moltitudine di lingue (talune solo orali), espressione delle caratteristiche culturali delle numerose minoranza etniche presenti nella penisola indocinese³.

L'elemento unificatore più importante nella storia dei tre Paesi è stata la rilevante (anche se non totale) diffusione della lingua francese durante il lungo periodo coloniale, anche se occorre precisare che i differenti livelli di controllo militare e politico esercitato dai francesi nei diversi territori della regione indocinese, determinarono uno sviluppo differenziato del diritto in tale periodo, il quale confluitò in un unico sistema solo nel 1919, trentadue anni dopo la costituzione dell'Unione Indocinese⁴. Inoltre, il territorio dell'Indocina francese prevedeva una suddivisione dell'odierno Vietnam in tre aree, ciascuna dotata di una specifica forma di governo⁵. Se da un lato si può, in

² In Laos si riscontrano 5 dialetti riferibili alla lingua lao, dei quali quello parlato a Vientiane viene considerato lingua ufficiale.

³ Basti pensare che in Laos la lingua *lao* è una delle 89 lingue parlate nell'ambito del territorio nazionale e che in Vietnam si riscontrano all'incirca 54 ceppi linguistici corrispondenti ad altrettanti gruppi etnici.

⁴ Si veda tra le numerose l'opera di V. THOMPSON, *French Indo-China*, New York, 1942, il quale descrive la scansione temporale dell'occupazione francese nei diversi territori indocinesi: nel 1861 si completò l'occupazione della bassa Cocincina, nel 1863 la protezione francese fu estesa alla Cambogia, nel 1866 finirono sotto il controllo francese le province occidentali della Cocincina. L'occupazione francese in seguito si estese verso il nord, con la presa dei territori della corte imperiale di Hué nel 1884 e la successiva occupazione, nel 1887, dell'Annam e del Tonchino, corrispondenti rispettivamente al Vietnam centrale e del nord, ma con inclusa anche buona parte della regione corrispondente all'attuale Laos. In tale anno fu costituita l'Unione Indocinese, retta da un governatore civile francese.

⁵ Il territorio corrispondente all'odierno Vietnam era suddiviso in tre paesi distinti (Cocincina, Annam, Tonchino). Alcuni dei territori dell'area indocinese erano

un simile contesto, parlare di un'unificazione linguistica nel campo del diritto, dall'altro lato non si riscontrò tale unificazione nell'ambito delle regole operative, ancora fortemente influenzate, almeno per quanto riguardava l'Annam ed il Tonchino, dalle norme di diritto positivo vietnamita riferite al Codice della Dinastia Gia-Long dell'inizio del XIX secolo. Così come il protettorato dell'Annam, anche quello del Tonchino fu costituito tramite il Trattato del 6 giugno 1984. In parte simile a quello dell'Annam, il sistema giuridico del Tonchino si distinse in taluni settori (diritto penale, questioni inerenti all'ordine pubblico) dando vita ad un sistema misto franco-vietnamita, caratterizzato da un complesso di competenze legislative ed amministrative ripartite tra i delegati francesi ed i ministeri vietnamiti⁶.

Un rilevante numero di Ordinanze Reali e di decisioni del Residente Superiore francese costituirono i presupposti per la riorganizzazione del sistema giuridico del Tonchino, intervenuta con l'Ordinanza Reale del 16 luglio 1917 che prevedeva la promulgazione di quattro codici (tra questi non v'era compreso il codice civile), entrati in vigore il 1 gennaio 1918⁷.

Tali codici furono sottratti alla competenza dei giudici indigeni. Giu-

sottoposti direttamente alla sovranità francese mentre in altri il controllo veniva esercitato tramite la forma del protettorato. Si richiama la distinzione tra *pays de souveraineté française* e *pays de protectorat*.

⁶ Una dettagliata descrizione della ripartizione delle competenze tra francesi e vietnamiti nel funzionamento del meccanismo giudiziario del Tonchino viene fornita da L.A. HABERT, *Le Tonkin*, in H. MORCHÉ *et al.*, *La Justice en Indochine*, 1931, p. 175 ss.

⁷ Nello specifico, si trattava del Codice dell'organizzazione giudiziaria indigena, il Codice di procedura civile e commerciale, il Codice di procedura penale ed il Codice penale. Il primo prevedeva un sistema di disposizioni applicabile esclusivamente nei rapporti tra vietnamiti. Le corti di primo e secondo grado erano composte unicamente da mandarini di differente rango e la competenza per materia era limitata alle vertenze il cui valore non superasse, in secondo grado, la somma di cento piastre. In materia penale le sanzioni più severe erano sottoposte al vaglio della Seconda Camera della Corte d'Appello di Indocina a Hanoi, svolgente, inoltre, funzioni di giudice di appello avverso le decisioni della giustizia indigena. Il codice penale richiamava in parte le disposizioni già contenute nel codice Gia Long, ma introduceva la distinzione delle fattispecie a seconda della natura dell'offesa, secondo la tradizione francese. Alcune pene furono abolite, tra le quali alcune tipologie particolari di tortura. La procedura penale rimaneva profondamente intrisa delle prassi processuali tradizionali. Il codice di procedura civile e commerciale, promulgato solo nel 1931. Prima di tale data la materia era disciplinata dal codice Gia Long e da un certo numero di Ordinanze Reali raccolte in una compilazione del 1951 (*Hoi-Dien*) e da consuetudini non scritte. Tali fonti vennero in seguito selezionate e riorganizzate tramite la promulgazione nel 1912 da parte dei francesi di un testo fondamentale in materia civile e commerciale sul diritto annamita in materia civile e commerciale (Decisione del Governatore Generale del 24 gennaio 1912).

dici francesi dovettero di conseguenza essere reclutati per garantirne l'applicazione, così dando vita alla diffusione in loco della linguistica giuridica francese. Un sistema a due gradi di giudizio vide comunque parzialmente coinvolti dei mandarini, qualificati, riduttivamente, come assistenti dei giudici francesi. Alcuni di essi ricoprivano particolari funzioni, ma il loro apporto all'amministrazione della giustizia fu confinato ad ipotesi particolari, senza consentire che progressivamente si formasse e si sviluppasse una classe di giuristi indigeni locali⁸.

A differenza dei territori dell'Annam e del Tonchino, nei quali al sistema giuridico tradizionale locale fu comunque lasciata un'ampia autonomia, in Cocincina le autorità coloniali decisero l'applicazione diretta del diritto francese, determinando una particolare attitudine alla recezione dei concetti giuridici stranieri di derivazione occidentale. Il *Code Napoléon* entrò formalmente in vigore nei territori occupati dai francesi tramite l'emanazione del decreto del Governatore Generale di Indocina del 21 dicembre 1864. Per quanto riguarda la sfera di applicabilità del diritto civile francese, ai vietnamiti fu concesso di attenersi alle regole del diritto tradizionale in residuali settori del diritto civile (e di conseguenza furono mantenuti in vita, seppur con competenze limitate, i tribunali indigeni). I vietnamiti poterono comunque optare per l'applicazione del diritto civile francese ove lo richiedessero.

Per bilanciare la prevalente legislazione coloniale e per indurre ad una maggiore partecipazione dei vietnamiti all'amministrazione della giustizia, nel 1921 fu costituito l'ufficio del *Justice de Paix Indigène*, composto da funzionari nominati dal Governatore Generale e competente a pronunciarsi sulle vertenze insorte tra cittadini vietnamiti (o persone 'assimilabili').

Se tutti i residenti nel territorio erano soggetti al giudizio delle corti francesi, almeno in ultima istanza, il diritto positivo si differenziava a seconda della cittadinanza dei soggetti interessati. Il diritto francese si applicava ai residenti francesi, agli europei ed a altri soggetti equiparabili (occidentali). Il diritto indigeno (per i francesi *statut annamite*) era invece indirizzato ai vietnamiti e, più in generale, a tutti gli asiatici presenti nel territorio⁹.

⁸ Tra le diverse figure, si possono ricordare quella di *Juge d'instruction* e di *Juge enqueteur civil*. Nel 1923 un'ordinanza prevede la creazione di un corpo di giudici mandarini, ma il progetto non riuscì a concretizzarsi nella creazione di una riconosciuta ed ampia categoria d'appartenenza. Cfr. L.A. HABERT, *Le Tonkin*, in MORCHÉ (a cura di), *La justice en Indochine*, Hanoi, 1931, p. 188.

⁹ E.A.F. GARRIGUES, *La Cochinchine*, in H. MORCHÉ (a cura di), *La Justice en Cochinchine*, cit., p. 41 ss.

Il legislatore civile coloniale, oltre che a riferirsi al codice civile francese, si premurò di delineare la regolamentazione giuridica dello status personale del cittadino vietnamita. Ciò fu fatto tenendo conto delle consuetudini esistenti in tema di filiazione, matrimonio e divorzio, tutela e diritti dei minori d'età, emancipazione e tutela¹⁰. Successivamente, con il progressivo processo di naturalizzazione degli indigeni, si pose il problema dell'applicabilità diretta o meno del diritto francese a chi avesse visto elevare il suo status a quello di cittadino francese.

I problemi derivanti dall'applicazione del diritto francese sorsero prevalentemente in tema di diritto fondiario. Vi fu, infatti, il tentativo di estendere ai vietnamiti alcune disposizioni del codice civile francese in tema di servitù e di compravendita di beni immobiliari. In particolare, suscitò difficoltà interpretative la disciplina dell'ipoteca, la cui regolamentazione, in parte adattata al contesto vietnamita, non riuscì pienamente ad integrarsi nel sistema dei rapporti fondiari.

Per quanto riguarda l'intervento del linguaggio giuridico francese in Laos si può sottolineare come quest'ultimo, pur essendo un paese a sovranità francese al pari della Cocincina, godette sino al 1906 di un'amministrazione separata della giustizia¹¹. Nei primi anni del XX secolo il processo di codificazione testimoniò il tentativo di preservare alcuni istituti locali, inserendoli in un contesto sistematico che richiamava il modello dei codici francesi.

Il primo momento di codificazione in Laos contribuì ad inaugurare la fase della formalizzazione di alcune regole di diritto incardinate in un tessuto sistematico francese. Dal punto di vista del contenuto, i codici risultarono di difficile applicazione. Il permanere di una regolamentazione eccessivamente vaga in relazione ad istituti irrinunciabili nell'ambito della tradizione laotiana, quale ad esempio il rapporto di servitù personale, unica forma di soggezione personale dopo l'abrogazione dell'istituto della schiavitù, costrinsero gli interpreti ad utilizzare fonti alternative od integrative non codificate.

Si manifestò, di conseguenza, l'esigenza di rielaborare i testi codicistici in occasione dell'invio in Laos, nel 1923, di funzionari francesi

¹⁰ Sulle tradizioni indigene al riguardo cfr. TRAN VAN TRAI, *La Famille Patriarcale Annamite*, Paris, 1942 e NGUYEN HUY LAI, *Les Régimes Matrimoniaux en Droit Annamite*, Paris, 1934.

¹¹ La Decisione del Governatore Generale dell'Indocina del 30 settembre 1895 decretò il mantenimento delle corti indigene e del diritto civile e penale locale nei rapporti fra i locali, fatta eccezione per la competenza relativa ai delitti che comportavano sanzioni particolarmente gravi, la cui competenza ricadeva sul *Tribunal de Commissarie du Gouvernement*. Cfr. M.B. HOOKER, *A Concise Legal History of East-Asia*, Oxford, 1978, p. 161.

incaricati dal Governatore Generale¹² di rinnovare il sistema giuridico per mezzo della codificazione dei costumi locali dell'etnia laotiana principale e delle altre minoranze etniche che occupavano gran parte del territorio¹³.

I codici furono formalmente promulgati il 20 novembre 1922, ma nella sola versione francese. I testi risultarono di conseguenza inutilizzabili dai giuristi e dai cittadini laotiani, se non attraverso il difficoltoso ed incerto filtro dell'amministrazione coloniale francese. I codici del 1922 presupponevano l'esistenza di una classe di funzionari laotiani al tempo non esistente ed i concetti riportati non vennero presentati in modo tale da esser assimilati dalla cultura giuridica indigena. La traduzione in lingua locale richiese un lavoro durato quasi cinque anni ed i codici furono infine promulgati in lingua nativa solo il 15 ottobre 1927, dopo che la commissione incaricata della traduzione dei medesimi mise in atto un'opera di riduzione e semplificazione del testo del 1922¹⁴.

In Cambogia, anch'essa recettore dell'apparato linguistico tecnico-giuridico francese, fu costituito un Protettorato francese sin dal 1863. Essa entrò in contatto con il diritto francese nel 1884 a seguito della stipula della Convenzione tra la Francia ed il Re di Cambogia¹⁵.

Solo nel 1911 furono istituite delle commissioni di giuristi per disegnare la codificazione del diritto. Il 1° luglio 1912 entrarono in vigore il Codice dell'istruttoria penale e dell'organizzazione dell'ordinamento giudiziario, il Codice penale ed il primo libro del Codice Civile. Riflettendo l'esperienza della prima codificazione laotiana, anche questi codici non riuscirono di fatto ad essere applicati. Il carente sistema delle fonti scritte e la scarsa preparazione tecnica dei giudici locali (mandarini) nel gestire le procedure formali determinò un nuovo impegno dell'amministrazione francese nell'ambito della giustizia cambogiana, con la conseguente redazione e promulgazione di una nuova serie di codici: un Codice civile nel 1920, una legge sull'organizzazione dell'ordinamento giudiziario ed una sul suo controllo, ed un testo sullo statuto personale dei cambogiani¹⁶.

¹² Si precisa come l'incarico ai funzionari giuristi sia stato formalizzato nelle Decisioni del Governatore generale di Indocina del 6 settembre 1917, 18 ottobre 1918 e del 30 agosto 1923.

¹³ Riguardo alle vicende della codificazione coloniale in Laos cfr. M.P.E. CRESSENT, *Le Laos*, in H. MORCHÉ (a cura di), *La Justice in Indochine*, cit., p. 82 ss.

¹⁴ M.B. HOOKER, *op. ult. cit.*, p. 163.

¹⁵ Sull'evoluzione storica delle relazioni giuridiche e politiche tra la Cambogia e la Francia cfr. L.P. NICHOLAS, *Le Cambodge*, in H. MORCHÉ (a cura di), *La Justice en Indochine*, cit., p. 113 ss.

¹⁶ Rispettivamente a seguito della promulgazione delle Ordinanze Reali del 25 febbraio 1920 e del 14 settembre 1922 e della Decisione del 3 ottobre 1922.

Il nuovo diritto civile abbandonava gli schemi classificatori del diritto indigeno¹⁷ concentrandosi in particolare sull'introduzione nel contesto cambogiano delle definizioni e regole relative alla proprietà, all'usufrutto ed all'ipoteca, così dando un rinnovato impulso alla circolazione del modello linguistico francese.

Malgrado l'esperienza del periodo coloniale sia stata interpretata nella linea di una netta discontinuità con il diritto cambogiano successivo, da parte di alcuni autori è stata invece ravvisata una continuità tra la regolamentazione degli istituti previsti nella codificazione del 1920 ed il diritto cambogiano attuale¹⁸.

Successivamente al periodo dominato dall'influenza del diritto e della lingua francese, si poté in seguito assistere in tutti e tre i Paesi dell'area indocinese (con alcune differenze di ordine temporale, in particolar modo per il Vietnam) all'influenza della lingua russa (coincidente con l'espansione del modello giuridico socialista sovietico) e, più recentemente, al ruolo della lingua inglese quale veicolo prescelto per le traduzioni ufficiali dei documenti legislativi di tutti e tre i Paesi.

3. *Il differente stato della riforma giuridica*

A riprova della non unitarietà del sistema indocinese, si può evidenziare come i tre Paesi, successivamente al periodo coloniale francese, abbiano presentato delle dinamiche fortemente differenziate in termini di processo di riforma giuridica.

Il Vietnam presenta un sistema giuridico più complesso, con un elevato numero di documenti legislativi promulgati ogni anno ed una fitta rete di decreti attuativi, che richiama in parte ancor oggi un sistema delle fonti di derivazione socialista, con una prevalenza di fonti sub-legali di tipo regolamentare e decretale.

Il Laos presenta un sistema giuridico meno articolato con rilevanti vuoti normativi. Se il Vietnam, successivamente all'inaugurazione della fase del Rinnovamento Nazionale (*Doi Moi*) nel 1986 provvedeva in tempi alla promulgazione della Costituzione (1992) e del primo Codice Civile (1995), in Laos il codice civile è solo ora in fase di pro-

¹⁷ Il codice fu diviso in quattro libri: persone, proprietà, obbligazioni e procedura.

¹⁸ Si vedano, in particolare, B. PRUNIÈRES, *L'Organisation des juridictions administratives au Cambodge*, in *Rev. Jur. Pol. Indép. Coopér.*, 24, 1970, p. 81 ss.; ANG BUNTHAI, *Réserve héréditaire en droit Khmer*, in *Rev. Jur. Pol. Indép. Coopér.*, 26, 1972, p. 979 ss.; S. SIEUV, *Etude de la liquidation successorale en droit Khmer*, in *Rev. Jur. Pol. Indép. Coopér.*, 26, 1972, p. 985 ss.

gettazione. Si pongono, tra l'altro, per quanto riguarda il Laos, i medesimi problemi di accesso ai dati che si ponevano in Vietnam prima del 1995, laddove i progetti del codice civile non erano liberamente consultabili.

La struttura del sistema giuridico della Cambogia da un lato risente degli ancor recenti eventi che hanno visto smantellarsi l'intera struttura sociale, politica ed istituzionale negli anni '70, ma dall'altro presenta alcuni elementi fondanti di un sistema giuridico 'moderno', come un Codice Civile dalla struttura abbastanza articolata.

Il differente stato delle riforme pone un ulteriore elemento di cautela per il comparatista, il quale dovrà tener conto della differente complessità dei sistemi giuridici dell'area, e verificarne per quanto possibile le cause. Da uno sguardo d'insieme ai tre Paesi dell'area indocinese, si può constatare che la riforma giuridica in essi segua una velocità differente, e ciò sia per quanto riguarda il mero dato legislativo, sia per quanto riguarda lo sviluppo dell'apparato giudiziario e delle professioni legali. Al riguardo, le riflessioni riguardanti la misurazione del diritto¹⁹ possono trovare un ulteriore spunto applicativo per quanto concerne la misurazione temporale delle riforme giuridiche nei tre Paesi interessati dell'area indocinese.

4. *Quale modello?*

Per tentare di offrire una risposta alla domanda se vi sia o meno un'influenza del diritto italiano in Indocina, occorre probabilmente abbandonare un'idea unitaria di modello giuridico. A seconda che ci si concentri prevalentemente su di un modello cultural-giuridico o su di un modello meramente legislativo la verifica può spingersi verso direzioni diverse.

Se ci si limita all'aspetto legislativo e sistematico, allora si potrà dire che la struttura del codice civile cambogiano richiama per certi aspetti quella del codice italiano, oltre che ad altri del codice civile giapponese. Le regole operative, invece, costituiscono un melange di soluzioni sottoposte alla non prevedibile interpretazione in sede attuativa. È il primo elemento, di prevalente natura sistematica, sufficiente a consentirci di ritenere di trovarci di fronte alla presenza anche, ma forse non solo, di un modello italiano?

La disciplina formale della proprietà nel codice cambogiano richiama un modello storicamente riferibile alla tradizione giuridica oc-

¹⁹ Si veda A. GAMBARO, *Misurare il diritto*, in *Le nuove frontiere della comparazione*, Atti del I Convegno Nazionale della SIRD, Trento, 2012, pp. 3-17.

cidentale continentale, ma anche in altri Paesi dell'Asia Orientale tale impostazione è già stata, per lo meno formalmente, acquisita da tempo. Difficile, allora dirsi, se la spinta per la circolazione del modello non avvenga ad opera di questi ultimi piuttosto che da Paesi dell'Europa continentale. Ed anche se si fa riferimento ad una circolazione di modelli basata sul prestigio (tradizionalmente ancorato alla produzione normativa di alcuni Paesi appartenenti alla tradizione giuridica occidentale), probabilmente occorrerà riflettere se questo elemento non viene oggi attribuito anche a sistemi giuridici di Paesi dell'Asia Orientale (Giappone in primo luogo).

A solo titolo esemplificativo, uno dei soggetti più attivi nella redazione di progetti di leggi e di codici nell'area indocinese è la JICA²⁰, un'agenzia giapponese di cooperazione tecnica e consulenza, anche giuridica, che già caratterizzò la sistematica ed il contenuto di alcuni libri dei codici civili del Vietnam del 1995 e del 2005 (i quali in altre parti continuavano a richiamarsi ad un'impostazione derivante dal modello socialista, quale la frammentazione delle forme di appartenenza o alcuni elementi del diritto dei contratti). La diffusione di alcuni tratti del modello giapponese nell'area è un comune esempio di circolazione indiretta dei modelli giuridici nell'area dell'Asia Orientale (si può ricordare, ad esempio, l'influenza del diritto tedesco, filtrato e recepito per il tramite del diritto giapponese, nella codificazione cinese del periodo del *Guomindang*).

Si può allora, per tentare di dare una risposta alla domanda sull'influenza del diritto italiano, parlare di influenza indiretta del modello negli stessi termini con cui ci si riferisce ad una recezione diretta?

E sino a che punto il modello originario può ancora definirsi tale o diventa qualcosa d'altro, in conseguenza dei progressivi adattamenti ai quali lo stesso può andare incontro?

Se si opta per una verifica che ha come oggetto il modello puro, allora si può sostenere che nelle principali espressioni dei sistemi giuridici dell'area indocinese sia difficile rinvenire un modello italiano.

Se si vuole verificare la presenza di qualche similitudine di natura sistematica, con carattere di frammentarietà, forse un qualche riferimento al sistema giuridico italiano lo si può intravedere, ma con il prevalente scopo di meglio inquadrare il contenuto ed il significato delle riforme in loco, più che di attribuire un ruolo diretto della cultura giuridica italiana nei tratti fondanti i sistemi dell'area indocinese.

Inoltre, occorre anche mettere in evidenza che molto spesso il

²⁰ Japan International Cooperation Agency.

comparatista italiano che studia i sistemi di alcune particolari aree geografiche, non ha come scopo primario la ricerca dell'eventuale influenza del diritto italiano in loco e, spesso, non è neanche egli portatore di tale modello.

Sovente il consulente giuridico italiano, spesso impegnato nella redazione di progetti di legge nei Paesi dell'area indocinese, lavora proponendo non il proprio modello di appartenenza, ma un modello diverso (modello tedesco, ad esempio, nelle varie collaborazioni che hanno visto coinvolti giuristi italiani in loco nell'ambito di progetti del GTZ), o un modello 'misto' disegnato ad hoc, in una sorta di architettura giuridica che si ritiene sia meglio recepibile nel contesto culturale, sociale e politico del Paese destinatario del trapianto.

Altre volte il consulente opera in modo interstiziale nel sistema di questi Paesi. Il giurista statunitense John Bentley, tra la fine degli anni novanta e l'inizio degli anni duemila, usufruiva di un proprio ufficio presso il Ministero della Giustizia a Hanoi. Egli forniva consulenze nei settori della contrattualistica internazionale e degli investimenti diretti in Vietnam, che si formalizzavano sotto la luce di specifici decreti di attuazione di leggi previamente adottate dall'Assemblea Nazionale del Vietnam.

In tali casi la circolazione del modello esterno indirizza il diritto per il tramite di un intervento espresso sulla base di una fonte sub-legale, spesso destinata a non offrire una caratterizzazione del sistema giuridico (in conseguenza del rilevante grado di dettaglio del dato normativo in oggetto) e quindi a durare poco nel tempo.

In tali casi, il modesto impatto del modello esterno sul complesso del sistema giuridico spiega il perché della tolleranza nei confronti di fonti (per l'appunto sub-legali) dal contenuto ideologicamente distante dall'orientamento politico in essere nei Paesi dell'area indocinese. D'altro canto, la scelta consapevole di inquadrare tali norme in un ambito di apparente scarsa rilevanza per il sistema, consente all'ordinamento delle aperture astrattamente non compatibili con prevalenti orientamenti formali costituzionali ed istituzionali (in particolar modo nel Vietnam).

5. *Il modello italiano in Indocina*

Se sino ad ora ci si è forse rifugiati dietro la descrittività dell'influenza occidentale nei tre Paesi dell'area indocinese, ripiegando, seppur spero legittimamente, anche su questioni di metodo (quali sono le molteplici vie per analizzare la circolazione dei modelli) o concettuali (cosa si intende per modello giuridico, e cioè quali sono le ca-

ratteristiche che il frammento o il settore di un sistema deve avere per assurgere alla dignità di modello giuridico circolante e recepito), occorrerà adesso tentare di dare una risposta al quesito posto in sede di Convegno.

Se l'influenza della cultura in senso lato racchiude anche una potenziale trasmissione di principi giuridici, si può evidenziare come, in particolar modo in Vietnam, l'interscambio di valori tra Italia e Vietnam, trasmessi per il tramite di vie non prettamente giuridiche, sia stato negli ultimi vent'anni rilevante.

La letteratura italiana ha trovato un terreno fertile in ambiente universitario ed ha portato già da molti anni alla costituzione di un Dipartimento della Letteratura italiana presso l'Università Nazionale di Hanoi. In tale sede sono stati portati avanti significativi progetti scientifici, quale, tra gli altri, la traduzione in lingua vietnamita della Divina Commedia (*Than Khuc*) ad opera del prof. Nguyen Van Hoan, presentata ufficialmente nel 2009.

Più nel dettaglio, la cultura giuridica italiana la si riscontra prevalentemente nelle università del Vietnam e viene rappresentata da opere di autori italiani tradotte in lingua inglese o francese.

Per quanto riguarda nello specifico il campo del diritto positivo, il codice civile italiano ha sempre esercitato una forte attrazione nel mondo accademico vietnamita ed anche cambogiano. Gli stessi redattori del codice civile cambogiano hanno confermato di aver preso visione del codice civile italiano (nella sua versione in lingua inglese) nell'ambito dei lavori preparatori del proprio codice. Così come gli stessi giapponesi, che spesso forniscono consulenze in alcuni settori chiave del diritto in tutti e tre i Paesi dell'area indocinese, sovente hanno a disposizione, e consultano, copie in lingua inglese dei codici italiani.

Un altro aspetto concerne in particolare il campo dello sviluppo dei *curricula* universitari. Si può, al riguardo, evidenziare come l'Università Nazionale di Hanoi abbia sottoscritto nel 1998 un accordo di cooperazione culturale con l'Università degli Studi di Torino, che ha portato negli anni 1999, 2000 e 2001 ad un intervento italiano nella didattica universitaria in loco nei settori del diritto privato italiano, del diritto comparato e del diritto dell'Unione Europea, con l'accordo che tali corsi sarebbero stati tenuti dal 2002 in avanti da docenti vietnamiti.

Ci si è resi però conto, sin dall'inizio del progetto di cooperazione accademica, che i tratti distintivi del diritto italiano venivano dai docenti e dagli studenti vietnamiti anche, se non prevalentemente, ricercati nell'ambito del diritto romano, sì che l'originalità del diritto italiano contemporaneo, quale momento di particolare incontro tra il

modello francese e quello tedesco, veniva apparentemente sottovalutata a favore della ricerca di una primigenia originalità fondata su di un diritto diverso.

Anche se quanto scritto evidenzia una situazione di residualità dell'influenza del diritto italiano in Indocina, la diffusione della cultura giuridica italiana secondo le modalità descritte non dovrebbe essere sottostimata, anche se non ha portato ad una significativa recezione formale del modello.

Il fatto che giuristi di altri Paesi conoscano e tengano in considerazione il diritto positivo e la cultura giuridica italiana, seppur prevalentemente filtrati in una lingua concettualmente distante come l'inglese, può essere comunque considerata una forma, sebbene attenuata, di circolazione del modello, sì che si può concludere che non si possa negare, in toto, alcuna influenza del diritto italiano nei sistemi giuridici dei Paesi appartenenti all'area ancor oggi indicata come Indocina²¹.

²¹ L'attualità del concetto di Indocina, anche nel campo del diritto, come di un'area composta da Paesi per certi versi assimilabili, lo prova l'esistenza di riviste specialistiche che portano ancor oggi il nome di *Indochina Law* (tra le numerose la rivista edita dallo Studio legale Baker & Mc Kenzie, pubblicata trimestralmente a Hanoi).

ANTONIO GAMBARO

Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa. Riflessioni conclusive

Come sempre le riflessioni sintetiche che si collocano a suggello di un Convegno, o di un incontro di studio, non possono ambire a costituirne una sintesi, almeno se per sintesi si intende un sommario ragionato di tutto ciò che è stato esposto nel corso dell'evento.

Piuttosto si può approfittare della relativa atematicità che caratterizza le relazioni finali per ampliare il raggio dell'osservazione contribuendo a contestualizzare la riflessione collettiva che si è svolta in queste intense giornate in un ambito più vasto.

Due mi paiono le direttrici maggiormente degno di interesse.

L'una attiene al carattere cosmopolita dell'esperienza giuridica italiana. L'altra attiene alle forti discontinuità che si sono qui registrate parlando dell'irraggiamento del modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa.

Iniziando, ovviamente, dalla prima direttrice, direi che partendo dalla sponda sud del Mediterraneo e poi addentrandosi nel continente africano si trovano interessanti tracce di legami, connessioni, flussi informativi che partendo dall'Italia si innestano sulle esperienze giuridiche locali generando reazioni a catena non sempre di facile decifrazione, ma che rimangono analizzabili come tutti i fatti storici. Lo stesso fenomeno si può osservare, anche se qui le tracce sono minuscole, in Asia, mentre acquista dimensioni imponenti in America Latina.

Ciò sta ad indicare che l'esperienza giuridica italiana, almeno nei suoi formanti dottrinali e legali, è per sua tradizione una cultura aperta e perciò ho utilizzato l'aggettivo cosmopolita.

Noi siamo abituati a riconoscere che l'esperienza giuridica italiana è una localizzazione dell'esperienza giuridica europea ed in quest'ottica storici e comparatisti si sono soffermati a lungo, scavando in profondità, sulle vicende delle recezioni in Italia dei modelli elaborati altrove: in Francia, nel mondo giuridico tedesco, in quello di *common law*. Occorre riconoscere che in tema di circolazione di modelli esiste anche l'altra direzione che parte dall'Italia e si irradia nel mondo.

L'accento posto su questa bidirezionalità delle vicende circolatorie in cui è implicata la cultura giuridica italiana non è per niente destinata ad alimentare sentimenti di orgoglio nazionalistico; sentimento che in tema di circolazione di modelli giuridici è particolarmente inappropriato perché induce a pregiare i pastrocchi giuridici fatti in casa ed a spregiare l'imitazione di modelli efficienti collaudati altrove, imitazione che inoltre non costa nulla ed è quindi assai sciocco rifiutare.

Mi sembra, invece, che il riconoscimento di caratteri cosmopoliti nell'esperienza giuridica italiana possa offrire un argomento in più per rifiutare la visione provinciale, ancora fortemente presente negli strati più bassi di essa, per cui il *proprium* di ogni esperienza giuridica non può che essere locale, non solo perché è localmente che si ancorano le norme positive vigenti, ma anche perché è a livello locale che si manifestano i bisogni concreti delle comunità che fruiscono del diritto.

Si deve allora osservare che ciò che chiamiamo sinteticamente «diritto» si compone di diversi formanti ciascuno dei quali può esprimersi a diversi livelli di generalità e che esistono prove empiriche per cui alcuni aspetti dell'universo giuridico tendono a delocalizzarsi e ciò riguarda anche l'esperienza giuridica italiana. Se infatti questa fosse tutta rattappata nella dimensione locale non riuscirebbe né a ricevere né a dare, mentre le evidenze che abbiamo raccolto in questi giorni dimostrano il contrario.

L'osservazione dei percorsi delle idee giuridiche dall'Italia verso il mondo suggerisce però una riflessione ulteriore. Ci si può chiedere infatti quale sia il livello semantico più propizio alla loro esportazione.

Ho usato di proposito l'espressione «livello semantico» per indicare che il tipo di circolazione che abbiamo esplorato riguarda una porzione, sia pure rilevante dell'esperienza giuridica, quella che si esprime in forma linguistica. Ciò perché se è vero che le mentalità giuridiche sono una componente essenziale di ogni esperienza giuridica, tuttavia le loro manifestazioni sono difficilmente tracciabili nei loro percorsi extraterritoriali, perciò giustamente non ne abbiamo parlato. Giova anche premettere che il titolo, sapientemente calibrato, del nostro convegno fa riferimento al modello italiano sapienziale e legale, non solo perché si è avvertito che la circolazione extraterritoriale dei prodotti della giurisprudenza è fortemente ostacolata da numerosi e noti fattori: dallo stile delle nostre sentenze ai problemi di traduzione, ma per la consapevolezza delle molto maggiori difficoltà di raccolta dei dati¹.

¹ Ne è prova l'esito, piuttosto deludente, cui hanno posto capo ricerche, anche molto accurate, che sono state dedicate all'analisi del formante giurisprudenziale sia

Livello semantico è quindi sintagma che intende denotare quale sia il livello ottimale di formulazione dell'idee giuridiche che le rende suscettibili di essere recepite e trasposte in altri ambienti giuridici. Sotto questo profilo uno spunto importante che può emergere dal nostro incontro è che uno dei connotati delle idee che metaforicamente camminano, hanno una durata e meritano di essere ricordate assieme ai loro autori sono quelle che ottengono di essere ascoltate in ambienti diversi da quello in cui nate. Il che non solo rappresenta un capovolgimento di prospettiva rispetto al metro di valutazione normalmente praticato; ma induce a ritenere che il livello semantico delle idee giuridiche dotate di maggior vitalità sia sensibilmente più astratto del livello che si considera localmente ottimale.

Su questa prima direttrice mi pare che occorrerà approfondire le indicazioni che si possono trarre dai dati che sono stati esposti in queste sede, ma mi pare indubbio che è stata tracciato un itinerario di ricerca che merita attenzione.

La seconda direttrice cui facevo cenno riguarda le vistose discontinuità che si sono registrate in tema di irraggiamento della esperienza giuridica italiana nel mondo. Udendo i rapporti dal Nord America e da alcune importanti regioni dell'Asia veniva alla mente il celebre bollettino: «*Im Westen nichts Neues*»; come dire: nulla da segnalare.

Eppure, si sa, che anche in fisica il vuoto è pieno di dati interessanti. L'analisi è quindi rivolta a mettere in risalto gli ostacoli ad una qualche presenza di tracce della esperienza giuridica italiana in vaste aree del mondo. Certo i fattori più evidenti vengono alla mente senza bisogno di riunirsi a convegno. Il rango non elevato del prestigio del sistema paese; la scarsa diffusione della lingua italiana in tutti i settori delle scienze dure come delle scienze sociali (l'ambito eccezionale è notoriamente il settore musicale); l'assenza di ogni attività organizzata di accreditamento dei prodotti della nostra esperienza giuridica che lascia spazio alla diffusa, lamentosa critica dispregiativa di singoli. Tutto ciò però non spiega veramente il vuoto.

Al riguardo, una volta esaminati i dati storici che per noi giuristi sono l'equivalente delle evidenze empiriche, si possono azzardare alcune congetture, nel formulare le quali è opportuno distinguere i modelli legislativi da quelli sapienziali.

al fine di verificare le influenze che sulla giurisprudenza hanno avuto opere dottrinali, sia per verificare in che misura la giurisprudenza di un sistema giuridico si avvale della giurisprudenza di altri sistemi. Il problema fondamentale al riguardo, che sotto altri aspetti è venuto ad emersione nella prospettiva di una valutazione attraverso dati bibliometrici, è costituito dal fatto che nelle sentenze della giurisprudenza la maggior parte dei prestiti sono occulti, mentre le citazioni sono spesso *ad pompam*.

Tale distinzione è suggerita solo dalla considerazione che la dinamica dei modelli legislativi opera per ragioni diverse da quella che opera in riferimento ai modelli sapienziali. Geneticamente infatti i due modelli sono assai spesso prossimi l'uno all'altro. Se si pensa infatti alle grandi leggi organiche che sono il più frequente esempio di circolazione fuori dai patri confini è quasi impossibile separare il prodotto legislativo dall'elaborazione sapienziale che lo ha preceduto.

Se però si ha riguardo ai fattori dinamici, è facile ipotizzare che l'interesse rivolto ad un modello legislativo estero tragga alimento da valutazioni che attengono ai risultati pratici che ha ottenuto in patria o altrove. Tali valutazioni possono essere fondate o meno, razionali o irrazionali, ma mi sembrerebbe difficile immaginare che possano avere rilievo considerazioni diverse. Tutta le discussioni che si sono svolte attorno alle tesi della *New Institutional Economic* e quelle ancora più diffuse ed agitate che sono state suscitate dai suggerimenti del *Doing Business* indicano che si è molto disputato attorno alle inferenze che si volevano addurre tra modello giuridico legale ed esiti economici misurabili, ma non si è messo in dubbio che la correlazione essenziale sia esattamente quella tra modello giuridico e sviluppo economico. Si può quindi suggerire che sia questa la correlazione che conta agli occhi di chi è in cerca di modelli legislativi cui ispirarsi, posto che si registra un universale consenso attorno all'equazione: prestigio di un modello legislativo = efficacia vera o presunta del medesimo nel promuovere lo sviluppo economico. Al riguardo è da tener presente come sino a due decenni fa, l'Italia è stato uno dei sistemi di maggior successo quanto a tassi di sviluppo. Da ciò si possono trarre alcune considerazioni. In primo luogo occorre che la correlazione tra modello legislativo ed esito pratico favorevole sia facile da cogliere o da immaginarsi e ciò implica, a contrario, che non deve trattarsi di correlazione contrastata, discussa ed incerta. Una situazione che ha poche epifanie nel caso dei modelli legislativi italiani.

I modelli sapienziali invece non si accreditano per il loro successo pratico, o almeno, non direttamente. Se si osservano le caratteristiche dei modelli sapienziali che hanno conosciuto la maggiore diffusione nel mondo moderno, si può arguire che il fattore più rilevante della loro dinamica espansiva è la capacità ordinatrice. Un modello è tanto più apprezzato quanto più è promettente nella sua efficacia ordinante i materiali giuridici. Ciò che si cerca nei modelli dottrinali infatti è relativo alla funzione di trasmissione del sapere giuridico e solo in secondo battuta si pregiano i modelli dottrinali in funzione di provvista di risorse argomentative. I modelli dottrinali americani che attualmente dilagano nel mondo sono accreditati dalle promesse della

loro efficacia nella trasmissione del sapere accademico anche quando si presentano come modelli di decostruzione critica degli insegnamenti tradizionali, mentre il prestigio del sistema complessivo americano non è stato sufficiente ad accreditare in America Latina, o in Asia, per non parlare dell'Europa, i modelli giuridici che erano in auge negli Stati Uniti nell'immediato dopo guerra, quando il prestigio del sistema paese era allo zenit².

Accanto a queste caratteristiche ne possono rilevare altre come le affinità di sostrato che si creano nel medio periodo storico, ma il punto fondamentale è che noi possiamo osservare il fenomeno di una recezione più o meno parziale e da tale osservazione congetturare ipotesi circa le sue cause. Solo quando possiamo individuare episodi storici come la presenza e l'insegnamento di uno studioso di rilievo in un dato paese, si pensi all'insegnamento di Ascarelli e di Liebman in Brasile, di Rodolfo Sacco in Somalia, abbiamo strumenti atti a ricostruire un percorso ideale suscettibile di riscontri. È vero però che episodi isolati non testimoniano una circolazione di modelli. A tal fine rileva infatti la continuità nel tempo del rapporto di attenzione che si può instaurare tra esperienze giuridiche geograficamente lontane, ed a tale proposito mi pare sia importante rilevare come proprio dalle discontinuità che si sono qui evidenziate si possono trarre elementi di riflessione che conducano ad approfondire l'analisi dei fattori vettoriali che operano in tema di circolazione dei modelli giuridici.

È infatti scontato che la circolazione di un modello giuridico è la risultante di molti fattori che operano in modo sinergico tra loro. In generale, quando un evento è multifattoriale diviene essenziale comprendere non solo quali fattori siano effettivamente implicati nella sua produzione, ma in quale misura lo sono. Al fine della comprensione scientificamente orientata di tale dinamica diviene quindi fondamentale utilizzare l'effetto contrasto, studiando gli esiti negativi che si ottengono quando uno dei fattori presuntivamente implicati viene rimosso. Grosso modo, questo è il modello epistemologico della sperimentazione clinica che ha consentito di chiarire i fattori eziologici di molte patologie multifattoriali. Possiamo quindi dire che in questi giorni abbiamo condotto test clinici molto estesi, anche se parecchio

² L'interesse rivolto al realismo giuridico americano rimase confinato ai ristretti ambienti dei teorici generali del diritto, mentre si deve ricordare che essendo – falsamente – presentata come una razionalizzazione dell'esperienza giurisprudenziale anche un'opera legislativa importante come l'UCC, che di per sé sembrerebbe di facile imitazione, rimase trascurata.

rimane da mettere a punto sotto il profilo metodologico e molto rimane da esplorare sotto il profilo delle tematiche da analizzare.

Non da oggi il mio convincimento è che gli studi comparatistici sono ancora in una fase pionieristica, ben lungi da una fase matura. Il che implica non solo riconoscere la nostra ignoranza, ma anche la consapevolezza di quanto rimane aperto alle conquiste di chi ci seguirà. Per il momento possiamo accontentarci di quanto abbiamo conquistato adottando la prospettiva che è celebrata in quello che sta diventando il motto della SIRD: «è più bello comparare in compagnia!».

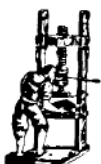
Autori

- YEHUDA ADAR, *Professor of Law* nell'*University of Haifa* (Israele)
- ROBERTA ALUFFI BECK PECCOZ, Professore Associato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Torino
- ALFREDO CALDERALE, Professore Associato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Foggia
- PAOLO G. CAROZZA, *Professor of Law* nell'*University of Notre Dame* (Indiana)
- ELEONORA CECCHERINI, Professore Associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Genova
- ÉDGAR CORTÉS, *Professor Titular di Derecho Civil* nella *Universidad Externado de Colombia*
- MARIA CRISTINA DE CICCO, Professore Associato di Diritto privato dell'Università degli Studi di Camerino
- DAVID FABIO ESBORRAZ, Ricercatore di Diritto civile comparato del CNR; *Professor Adjunto di Derecho Civil* nell'*Universidad Nacional de Rosario* (Argentina)
- GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ, *Professor Ordinario di Derecho Civil* della *Pontificia Universidad Católica* (Perù)
- DOMENICO FRANCAVILLA, Professore Associato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Torino
- ANTONIO GAMBARO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi di Milano
- SABRINA LANNI, Ricercatore di Diritto civile comparato del CNR; Professore a c. di Diritto privato comparato nell'università «Magna Graecia» di Catanzaro
- LEYSSER LEÓN, *Professor Asociado di Derecho Civil* nella *Pontificia Universidad Católica* (Perù)
- GIORGIO LICCI, Professore Associato di Diritto penale nell'Università degli Studi di Torino
- MARIO LOSANO, Professore Emerito nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»
- EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università «Luigi Bocconi» di Milano
- SALVATORE MANCUSO, *Chair di Comparative Law in Africa*, nell'*University of Cape Town* (Sud Africa)

- ANDREA ORTOLANI, Ricercatore del Centro di Diritto Comparato e Transnazionale (Torino); Professore a c. della Scuola di diritto dell'Università Hitotsubashi (Giappone)
- MASSIMO PAPA, Professore Ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»
- GIAN MARIA PICCINELLI, Professore Ordinario di Diritto privato comparato nella Seconda Università degli Studi di Napoli
- SHERALDINE PINTO, *Professor Asociado* di *Derecho Civil* nella *Universidad Metropolitana* (Venezuela)
- PAOLO PITTARO, Professore Associato di Diritto penale nell'Università degli Studi di Trieste
- RODOLFO SACCO, Professore Emerito nell'Università degli Studi di Torino
- SANDRO SCHIPANI, Professore *Senior* di Diritto romano nella «Sapienza» Università di Roma
- ANDREA SERAFINO, Professore Aggregato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»
- PIETRO SIRENA, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi di Siena
- ROBERTO SUCCIO, Professore a c. di Diritto Tributario nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»
- MARINA TIMOTEO, Professore Ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Bologna
- CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *Professor Asociado* di *Direito civil* della *Universidade de São Paulo* (Brasile)
- LIHONG ZHANG, *Professor* di *Civil Law and Roman Law* nella *East University of Political Science and Law* (Shanghai, Cina)

Nella stessa collana:

1. PIETRO SIRENA (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico». In onore di Angelo Falzea*, 2012.
2. SARA LANDINI, *Le invalidità del negozio testamentario*, 2012.
3. ANNA BIZZARRO, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, 2012.
4. ADRIANA ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, 2012.
5. ELISA DE BELVIS, *La successione necessaria tra storie e riforme*, 2013.
6. ROSSANA PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, 2013.
7. ANGELO SPATUZZI, *La prelazione di fonte volontaria*, 2013.
8. STEFANO PAGLIANTINI e ALBERTO M. BENEDETTI, *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, 2013.



Questo volume è stato impresso
nel mese di febbraio dell'anno 2014
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

