

# “La tradizione giuridica occidentale” 2018 6° ed. di Varano-Barsotti

Ho applicato un colore diverso per ogni sezione del libro, ma i capitoli in **grigio** pare non vengano chiesti all'esame

## Cap.1.1 Storia del diritto comparato

L'interesse per gli altri sistemi vi è sempre stato fin dall'antichità, si possono ricordare le opere di Platone a riguardo. In epoca contemporanea, nel **XIX secolo** si assiste ad un allontanamento degli altri ordinamenti a causa delle crescenti **visioni nazionalistiche** ma che scemano nella II metà del secolo, quando iniziano a circolare riviste giuridiche comparatistiche, e culminano nell'anno **1900** con il **Congresso Internazionale di Parigi** sui sistemi giuridici comparati. Negli anni successivi vi è un grande interesse per i temi di un diritto che unifichi materie di diritto privato e risolva controversie internazionali. **Dopo la guerra** arriviamo alla consapevolezza che l'adeguamento alle esigenze del mondo contemporaneo è possibile grazie alla **ricerca di valori di istituti sovranazionali**, in sostanza non è più lecito, per ragioni politiche e storiche, considerare il diritto come fenomeno nazionale esente da influenze esterne.

## Cap.1.2 Natura del diritto comparato

### Definizione

*“Il diritto comparato è quella parte della scienza giuridica che si propone di sottoporre a confronto critico e ragionato sistemi (e in questo caso si parla di **macrocomparazione**) o istituti nazionali (e in questo caso si parla di **microcomparazione**)”*

### Diritto comparato e diritto positivo

**Il diritto comparato non è generalmente positivo**: non è un complesso di norme come il diritto privato o il diritto pubblico. È diverso dal diritto internazionale privato (che indica quale diritto applicare in caso di collegamenti stranieri), così come è diverso dal diritto internazionale pubblico (regola le relazioni fra stati). **Vi sono ipotesi nelle quali la comparazione può presentarsi come diritto positivo**, ad esempio all'art. 340 del Trattato della fondazione dell'Unione Europea (**TFUE**) si dice che in caso di responsabilità extracontrattuale la comunità risarcisce sulla base dei principi generali degli ordinamenti degli stati membri.

### Diritto comparato e diritto straniero

**Il diritto straniero è il presupposto del diritto comparato**. Conoscendo il primo, si possono effettuare le successive analisi di comparazione.

## Cap.1.3 Funzioni e fini del diritto comparato

- La prima funzione è la pura e semplice **conoscenza**
- Per **rendere universale la scienza giuridica**
- Per **comprendere** gli altri ordinamenti
- Per **comunicare** fra gli ordinamenti
- Nondimeno per **trarre ispirazione** per la politica legislativa e giudiziaria

## Dialogo tra corti?

Vediamo la prospettiva storica dell'ultimo punto. Oggi molte corti operano in forma comparativa come la **Corte di giustizia di Lussemburgo** e la **Corte dei diritti di Strasburgo**, rendendo la

comparazione uno strumento di interpretazione. Non tutti i giudici hanno la medesima propensione. Possiamo dividere a riguardo in **3 gruppi**:

1. **Non molto favorevoli**, fra questi scettici troviamo la Francia e l'Italia.
2. **Più favorevoli** sono il Regno Unito, la Corte costituzionale Ungherese e la Germania
3. Vi sono paesi che **ordinariamente utilizzano il diritto comparato come metodo di giudizio**, fra questi ricordiamo il Sud Africa e il Canada, entrambi per ragioni storiche.

Fra questi non abbiamo ricordato gli **Stati Uniti** che, sebbene di indubbia rilevanza, hanno presentato nel tempo delle **posizioni differenti** sulla questione. In prima istanza, con la sentenza ***Muller vs Oregon***, l'avvocato Brandeis convinse i giudici che fosse irragionevole una norma discriminatrice verso l'orario lavorativo delle donne perché contro le tendenze di molti altri paesi occidentali. Nel 1953 in ***Greenspan vs Slate*** la Corte Suprema accettò l'interpretazione secondo equity (accettata da molti paesi di civil law) per cui il mantenimento dei figli non fosse una obbligazione naturale (come secondo la common law). Le ultime posizioni sono state prese nella sentenza ***Lawrence vs Texas***, nella quale l'attore contestava la legittimità costituzionale di una legge che puniva il reato di sodomia. La sentenza vede l'attore vincente davanti alla *Supreme Court*, che decide prendendo spunto dal diritto straniero, ma con l'**aspro disappunto** del giudice Scalia.

## Unificazione e armonizzazione globale

L'obiettivo del congresso del 1900 a Parigi di unificare il diritto è palesemente un'**utopia**, ma abbiamo alcune manifestazioni per un'**armonizzazione del diritto**:

- **Convenzioni internazionali**: fra questi ricordiamo la *Convenzione di Ginevra su assegno e cambiale* (rispettivamente 1930-1931) o l'*Istituto per l'unificazione del diritto privato (Unidroit)*
- La **globalizzazione**: in particolare vediamo la nascita di molti organismi volti a creare normative e risolvere controversie internazionali. Di sicuro la più famosa è la *World Trade Organization (WTO)*
  - Diverso è il caso di imperialismo culturale, nel quale si impone la rinuncia a particolarità politiche o culturali in cambio di favorevoli esportazioni, ad esempio.

## Unificazione e armonizzazione regionale

- I **paesi scandinavi** dal XIX secolo hanno iniziato a disciplinare uniformemente ampie sezioni del diritto
- L'**Unione Europea** grazie all'impulso di alcuni organi come la Commissione (detiene la potestà legislativa) ha iniziato ad armonizzare il diritto dei paesi comunitari. Da tempo si è aperto il dibattito sull'opportunità di adottare un **codice civile europeo**, ma pare assai improbabile nel prossimo futuro.
- Il **Consiglio d'Europa** (**N.B.** diverso dal Consiglio Europeo: quest'ultimo è un organo dell'Unione Europea), fondato nel 1949 tende all'unificazione di tutta l'Europa. Tra le convenzioni prodotte spicca la *Convenzione (europea) per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

### Cap.1.4 La varietà dei diritti positivi

I diritti vigenti possono essere ordinati a seconda dell'**importanza** che gli ordinamenti danno alla **norma**:

- **Primato assoluto:** ruolo preminente nella società
- **Sottomessa ad una regola superiore,** come ad esempio un ordine religioso
- **Ruolo strumentale,** come nel caso dei paesi socialisti dove essa è la preparazione per un tipo di società futura. Quindi di fatto la norma è transitoria e nel futuro non esisterà, secondo la concezione marxista del diritto.

## Produzione e elaborazione della norma giuridica

Le principali forme di **fonti** sono la **dottrina, la legge e la giurisprudenza**. L'influenza che queste hanno nell'ordinamento cambia da sistema a sistema, ovviamente. Inoltre ricordiamo che la norma può avere minore o maggiore **generalità o astrattezza**.

## Interpretazione e applicazione della norma giuridica

Con riguardo all'**interpretazione** si può avere un approccio più **formalista** a seconda dell'importanza che si attribuisce alla lettera del testo. Vi è poi il ricorso al **principio equitativo**, ma scarsamente adoperato nei sistemi di common law e civil law. Invece con riguardo all'**applicazione**, consideriamo la questione sul termine **effettività**. Con questo ci si riferisce all'applicazione o osservanza di una norma, comprendendo in questo anche la durata del processo (in Italia assurdamente lunga, per dire).

### Cap.1.5 Classificazioni: le famiglie giuridiche

Per sistema giuridico s'intende "*un complesso operativo di istituzioni, procedure e norme giuridiche*" vigenti in un dato territorio. Le **tradizioni o famiglie giuridiche** condividono "*un complesso di atteggiamenti radicati*" sulla natura e ruolo del **diritto**, o sul modo in cui viene insegnato o studiato. In primo luogo è bene precisare che ormai è **inopportuno operare una secca distinzione fra civil e common law**, considerandole piuttosto come un'**unica tradizione giuridica occidentale**, essendoci sempre più convergenze importanti, ma sempre non minimizzando le differenze.

## Classificazioni proposte

Premessa che **ciascuna ha carattere relativo**, cioè tratta del diritto vigente al momento della proposta, le più rilevanti classificazioni sono:

- **Arminjon, Nolde e Wolff** (anni '50) in base al **contenuto intrinseco** individuano **7 famiglie**:
  - Gruppo francese
  - Gruppo tedesco
  - Gruppo inglese
  - Gruppo indù
  - Gruppo russo
  - Gruppo scandinavo
  - Gruppo islamico
- **Renè David** teneva conto del **fattore ideologico e tecnico giuridico**, così' nella sua ultima classificazione divide in **4 famiglie**:
  - Famiglia romano-germanica
  - Famiglia di common law
  - Famiglia dei paesi socialisti (il giudice si pone gli obiettivi del marxismo)
  - Famiglia religiosa o filosofica (il diritto si pone in maniera molto diversa rispetto ai paesi occidentali)

La **critica** più fondata riguarda l'ultimo gruppo, che assume carattere palesemente marginale. È una visione eurocentrica del diritto.

- **Zweigert e Kotz** (1986) propongono **5 criteri di distinzione** sulla quale basare la propria classificazione:
  - Particolare mentalità giuridica (diritto tedesco e francese tendono molto all'astrazione, ad esempio)
  - Evoluzione storica
  - Presenza di istituti giuridici particolari (come il trust o l'agency nella common law)
  - Fonti del diritto e metodi per la loro interpretazione
  - Ideologia (intesa come dottrina politico-economica, oppure come credenza religiosa)

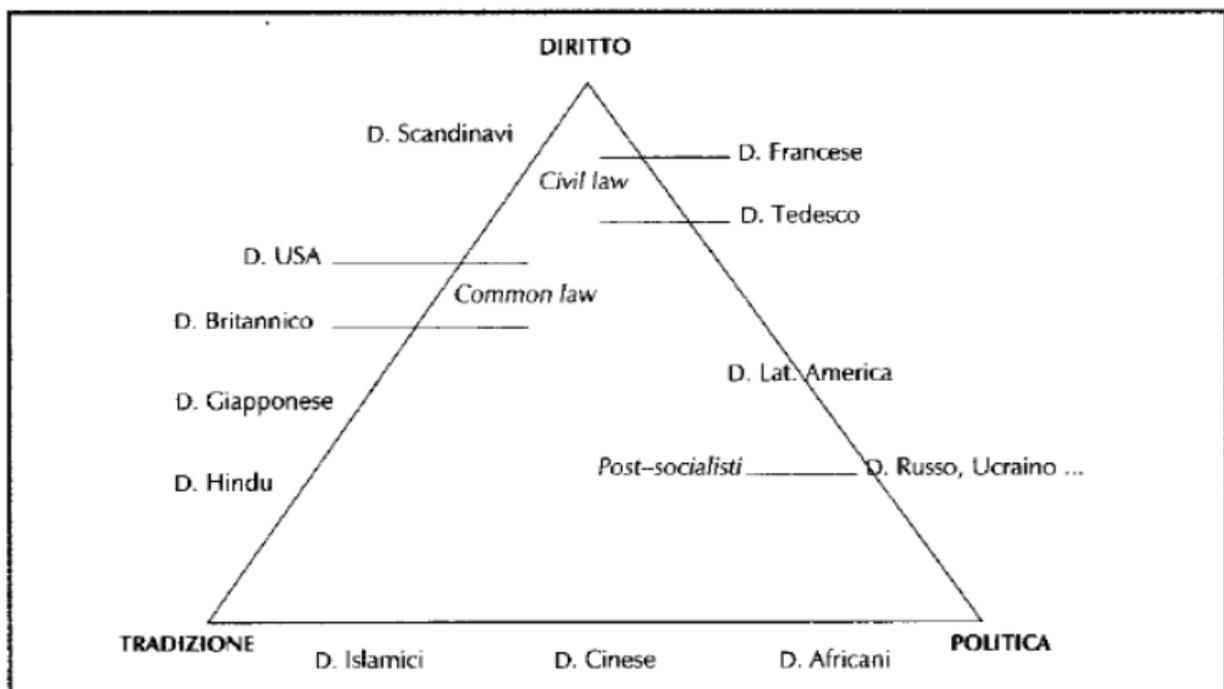
Alla luce di questi fattori, i due giuristi così dividono in **4 famiglie**:

- Famiglia romanistica
- Famiglia germanica
- Famiglia di common law
- Famiglia dei paesi nordici

Nell'ultima edizione della loro opera riservano sezioni speciali solo per **diritto indù, islamico e cinese**.

- **Ugo Mattei** propone la cosiddetta **tripartizione non eurocentrica del diritto** (nella sua opera "*Verso una tripartizione non eurocentrica del diritto*"): **tradizione, politica, diritto**.

#### DOCUMENTO 7: *Diritto, Politica, Tradizione*<sup>12</sup>



Visualizzazione grafica della proposta di Mattei, una delle più recenti classificazioni (2000).

A forte dei cambiamenti epocali del mondo (come il crollo dei regimi socialisti in Europa e in Cina) si è ritenuto necessario abbandonare l'eurocentrismo; così la collocazione è data dall'egemonia, dalla

**prevaricazione di un elemento nell'ordinamento.** A questo punto non sembra necessario riscrivere i modelli, ma ricollocare gli ordinamenti all'interno dello schema qualora lo si ritenga necessario.

- **Famiglia caratterizzata dall'egemonia del diritto.** È quella di matrice occidentale, la distinzione fra common law e civil law è solo una sottodistinzione. Quindi della famiglia fanno parte sia i sistemi di civil che di common law, oltre ai sistemi misti, cioè i sistemi nei quali il momento giuridico non incontra una concorrenza da parte di organizzazioni di tipo sociale alternativi.
- **Famiglia dell'egemonia della politica.** La famiglia contiene tutti i sistemi in cui non c'è stata una netta separazione fra diritto e politica. Comprende molti paesi ex-socialisti, tranne quelli in cui il socialismo ha avuto un'impronta meno profonda come in Polonia e in Ungheria, e comprende anche i paesi africani e latino americani. Secondo Mattei questa famiglia è caratterizzata dalla transitorietà.
- **Famiglia caratterizzata dall'egemonia della tradizione religiosa o filosofia.** Non c'è divorzio fra diritto e tradizione religiosa, comprende i paesi musulmani, i paesi indu e i paesi dell'estremo oriente a tradizione confuciana (come la Cina e il Giappone). Vi è la prevalenza del principio gerarchico piuttosto che quello democratico.
- **N.B. Questa proposta non è nel libro, pertanto non è (sarebbe) argomento d'esame.** A questi modelli si aggiunge poi la cosiddetta teoria del **flusso giuridico**, proposta da **M. Lupoi**. Secondo Lupoi questi schemi sono **insensati**; infatti le famiglie nascono solo qualora forziamo una **generalizzazione**, cosa che era possibile e comprensibile quando ancora non disponevamo di abbastanza conoscenze. Il flusso giuridico spiega che quando un elemento in un ordinamento si evolve in prospettiva storica, raggiunge nuovi orizzonti che creano momenti di squilibrio. Spetta all'ordinamento risolverli e ristabilire l'equilibrio

### Cap.2.1.1 La tradizione di civil law – Le origini

La tradizione di *civil law* ha fin dalle sue origini il suo centro in **Europa continentale**. Si può parlare di tradizione giuridica di *civil law* a partire dalla **fine del XI secolo**. Prima di ciò i sistemi si basavano esclusivamente sulle consuetudini, in un contesto di arretratezza e disorganica fisionomia del diritto.

#### Rinascimento giuridico (1100 circa)

Inizia con la nascita dell'Università, in un periodo di grande rinnovamento in tutti i campi, legato al rifiorire del commercio. Con **Rinascimento giuridico**, ben inteso, s'intende lo **studio del diritto romano** e, ovviamente, il **diritto romano giustiniano**, quello a noi giunto grazie alla celebre e immortale opera del **Corpus Juris Civilis**. Interessante che questo già nasca in contrapposizione al diritto allora vigente, e posa il proprio fulcro principale sulla **dottrina**.

Possiamo ora chiederci: **perché venne scelto il diritto romano? 3 principali motivi:**

- Esso **supera i diritti locali** corrispondendo al bisogno dei nuovi mercati
- Ha **grande prestigio**, è raffinato ed è custodito nel linguaggio della Chiesa (latino)
- È **affine all'ideologia imperiale**, allora dominante come ordine universale del mondo.

#### Scuole di giuristi fiorite nell'università

- I **glossatori** (1088-1250 ca), che non operavano esclusivamente nella chiarificazione del testo, la glossa fu infatti sempre animata da un spirito di sintesi. Avevano una concezione di tipo autoritaria nei confronti del diritto romano. Si distinguono nella pratica 3 annotazioni:
  - *Summulae*, note a margine in cui si riassumeva il contenuto giuridico di un testo normativo

- Tractatus, che mirano a dare ordine a materie le cui disposizioni si trovano sparse
- Summae, riunione di più summulae, precedute da un prologo e con ulteriore aggiunta di elementi.
- I **canonisti**, che tentavano di ordinare le fonti del diritto canonico. Particolarmente significativo è il loro contributo nella costruzione di un processo, argomento pressoché ignorato dai civilisti del tempo.
- I **commentatori** (Francia XIII sec.) che ponevano attenzione diretta al principio giuridico racchiuso nel testo, richiamando attenzione sulla pratica del diritto. Il loro commento si caratterizza per l'impulso creativo più accentuato e deciso e per il rinnovamento profondo del patrimonio culturale, pur rimanendo in continuità (ideale) con la tradizione di Bologna. Nel commento il rapporto diritto romano/iuria propria è ribaltato, al primo viene attribuito carattere sussidiario.
- Gli **umanisti** (Francia XVI sec) esprimono la reazione all'appiattimento provocato dalla communis opinio (cioè il commento di un autorevole maestro), ispirandosi al mos gallicus come approccio al diritto romano. Loro obiettivo era un recupero delle originarie fonti del diritto romano riportando in auge il senso originale e la sua portata autentica

### Cap.2.1.2 La recezione del diritto romano

Il diritto romano non viene **mai imposto**. I giuristi utilizzano distinzioni e concetti del diritto romano perché hanno una **forte autorità persuasiva**: viene quindi **recepito come idea**, come prodotto migliore.

Si sente il bisogno del **diritto romano come ratio scripta** e questo induce alla **recezione del diritto romano in tutta l'Europa** (compresa la Francia!), anche perché la legislazione si occupava di regolare il diritto pubblico e la giurisprudenza non tendeva ad elaborare concetti propri.

#### In particolare: la Germania

Come è noto la Germania ha **recepito interamente il diritto romano** grazie alla enorme **frammentazione** del territorio in stati sovrani, non permettendo quindi l'esistenza di un diritto privato tedesco e facendo spesso ricorrere i giudici all'**Aktenversendung**, cioè la pratica di chiedere agli accademici come risolvere un caso (che ovviamente risolvevano con il diritto romano che studiavano nelle università).

#### In particolare: nei paesi latini

Anche qui la **recezione è pressoché totale eccetto nel caso della Francia**, per via della sua forma di governo precocemente centralizzata.

#### La consuetudine

Le consuetudini invece sopravvivono solo grazie alle **compilazioni** (come il *Sachsenspiegel*) perché non funzionali ad un'economia più vasta.

### Cap.2.2.2 L'epoca delle codificazioni – il Code Civil des Français 1804

Rappresenta il **modello delle codificazioni privatistiche dei sistemi a base romanistica**. È il **primo codice dell'età moderna**, questo perché rappresenta una **svolta** rispetto al vecchio sistema di codici emanati dal sovrano in un'ottica di egemonia dello Stato assoluto. L'obiettivo del **Code Civil** è

semplicemente quello di ottenere un diritto coerente, secondo una concezione garantistica del diritto.

## Le radici del codice (prima del 1789)

Il codice civile non è solo la conseguenza degli eventi rivoluzionari del 1789 e la volontà di Napoleone, occorre collocarlo in una **dimensione storica più profonda**: è anche il frutto dell'elaborazione della dottrina di concepire l'uomo, la società, l'economia, lo Stato. Nondimeno è stato il contributo di Domat e di Pothier, il primo con la sua celebre opera le *leggi civili dell'ordine naturale*.

## Il droit intermédiaire (1789-1799)

La rivoluzione del 1789 rappresenta una rottura con l'ordinamento precedente. Con **diritto intermedio** parliamo del periodo fra questa e l'ascesa di Napoleone nel 1799, un periodo nel quale si instaura un diritto rivoluzionario. Le istanze della Rivoluzione portarono ad esempio all'affievolimento della patria potestà e cessazione di questa al compimento della maggiore età e l'obbligatorietà del matrimonio civile (inteso come vero e proprio contratto). Per quanto riguarda la codificazione, **Combacèrés** tentò per 3 volte di proporre un progetto di codice civile (tutti tentativi fallimentari), prima dell'impulso napoleonico.

## L'impulso di Napoleone (1804-1806)

**In soli 4 mesi** Napoleone affidò e concluse il codice entrato in vigore nel 1806 a seguito dell'approvazione del Tribunato (tribunato la cui composizione dovette essere cambiata apposta da Napoleone stesso per ottenere appunto l'approvazione). La commissione era composta da **4 giuristi**, 2 di origine meridionale e 2 di origine settentrionale della Francia: questo permise il confluire di due **diverse sensibilità all'interno del codice**: quella di matrice romanistica della Francia del sud e quella di matrice consuetudinaria della Francia del nord, lasciando spazio anche ad **istituti di origine germanica** (come la regola possesso vale titolo).

Non v'è dubbio che Napoleone abbia esercitato la **propria influenza nell'opera**, soprattutto nell'uso di una **terminologia chiara** adatta a non giuristi. Il codice non si configura come opera di imitazione o consolidazione, ma è **originale** e riflette l'esistenza di **3 condizioni fondamentali**:

- Potere politico deciso a codificare
- La volontà di creare un'opera di grande respiro, non casistico e non provvisorio
- L'elaborazione di una dottrina affiatata e prestigiosa

## Stile del Code Civil

- Stile letterario **molto semplice**, adatto (in teoria) ad un pubblico di non giuristi
- Si colloca a **metà strada fra casistica e principi generali**, di cui la casistica lasciata a fonti subordinate

## Struttura del codice (2281 articoli in 3 libri)

Del titolo introduttivo ricordiamo in particolare l'**artt.4-5**

- **Art.4** Divieto di non liquet (cioè il divieto del giudice di omettere la sentenza)
- **Art.5** Divieto del giudice di disporre in via generale e regolamentare (per il principio di separazione dei poteri)

Del primo libro, **delle persone** (artt.7-515), ricordiamo:

- **Art.8** afferma la volontà di rivolgere il diritto a solo i cittadini francesi (si denota lo spirito nazionalistico ma anche la centralità dell'individuo)

Del secondo libro, **della proprietà** (artt.516-710), ricordiamo:

- **Art.544**, "la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta". Riecheggia lo spirito di liberismo della borghesia vittoriosa nell'ancien regime.

Il terzo e ultimo libro, **dei modi di acquisto della proprietà**, contiene la disciplina di una **serie poco omogenea di istituti**, tutto funzionalmente al fatto che si tratterebbe di modi di acquisto della proprietà. In realtà, se andiamo a vedere, è difficile collegare, ad esempio, il risarcimento da illecito civile all'acquisto della proprietà. Non meno importante, al centro del code civil è affermata la **libertà contrattuale**, la libertà di agire in senso economico.

## Evoluzione del code civil - L'opera di adeguamento: la legislazione

Come può sopravvivere fino ai giorni nostri un codice così vetusto? **Due motivi:**

- In primo luogo perché attorno ad esso è ormai consolidata una sua **sacralità**
- in secondo luogo perché abbiamo assistito ad una **grande decodificazione** avvenuta nel tempo, come in Italia: troviamo infatti "codici" su vari ambiti del diritto come quello del consumatore, codice rurale, delle assicurazioni, tutti emanati dal legislatore contemporaneo. Il tentativo di ricodificazione integrale cade sempre nell'indifferenza.

A partire dal **II conflitto mondiale** ha avuto inizio un'opera di **novellazione** su articoli che non corrispondevano più alla coscienza sociale: riforme al diritto di famiglia, ad esempio sulla distinzione fra figli legittimi e illegittimi o le unioni civili. **Nel 2016** a seguito di un decennale iter si è anche giunti ad una **riforma delle obbligazioni**.

## L'opera di adeguamento: la giurisprudenza

Là dove il legislatore ha messo in atto deboli provvedimenti, **l'attività creativa** dei giudici ha permesso la perpetrazione delle norme del codice. Ad esempio agli artt.1382-1386 si afferma il **principio della colpa**, ma per **aggirarlo** (e permettere casi di responsabilità al di fuori del principio di colpa) il principio si configura anche nelle fattispecie quali infortuni sul lavoro, attività pericolose o danni da prodotto.

## L'opera di adeguamento: la dottrina – scuola dell'esegesi

Nei primi anni la dottrina risulta **poco creativa** e si limita alla semplice esegesi del testo. **A partire dal 1900** le opere dei giuristi tendono a fornire interpretazioni volte a superare i vecchi modelli del Code per una disciplina più funzionale ai moderni traffici. È la cosiddetta **scuola della libera ricerca scientifica**, che ritiene non più sufficiente la semplice esegesi.

## La diffusione del Code Civil

Imitazioni o traduzioni del *code civil* restano in vigore in **Italia** (Sardegna, Due Sicilie), nei territori ad **Ovest del Reno** e nel **cantone di Ginevra**. Il **Belgio** lo recepisce interamente, ma lo modifica e interpreta autonomamente a partire dal 1830, anno dell'indipendenza. I **primi codici italiani, portoghesi e olandesi** sono largamente ispirati, nondimeno gli **stati colonizzati in Asia, Africa e**

**America Latina.** Curiosamente vale lo stesso anche per lo stato della **Louisiana e il Québec**, anche se il primo ha senza dubbio subito forte influenza dalla *common law*.

### Cap.2.2.3 L'Allgemeines Landrecht (ALR) 1794

In territorio tedesco osserviamo uno **sviluppo autonomo** (rispetto alla Rivoluzione francese) del movimento favorevole alla codificazione. La prima codificazione è quella prussiana: l'**allgemeines landrecht fur die Preussischen Staaten**. Ha una peculiarità interessante: mira a **riordinare tutto il diritto** con i suoi 17.000 articoli. È il **prodotto più genuino della ragione**, con espressi richiami al **giusnaturalismo**. È stato definito come la traduzione prussiana del tardo assolutismo illuminato europeo.

Struttura, il codice in 17.000 articoli si divide in **3 parti**:

- **Introduzione** -> con il suo espresso richiamo al giusnaturalismo
- **Parte I – Diritti reali**
- **Parte II - Associazioni**

**Wieacker** ne sottolinea i limiti quali l'**acritica fede nella ragione**, la sfiducia nell'autoresponsabilità dei cittadini, la visione superata dalla società (ancora ancorata al tipo feudale). Non a caso viene catalogato tra le raccolte di leggi del 1700 e non fra i nuovi codici moderni che si distinguono per l'**omogeneità di materie** (codice penale, civile etc...)

**Influenze? Nessuna.** Rimase in vigore nei territori prussiani fino all'arrivo del *Burgerliches Gesetzbuch* (vedi **cap.2.2.5**).

### Cap.2.2.4 L'Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch (ABGB) 1811

Anche in Austria la codificazione ha alle spalle il **giusnaturalismo razionalista di sovrani illuminati**, e anche qui la gestazione fu molto lunga. Anch'esso è concesso al garantismo e all'ideologia statualistica (unica produttrice di diritto), unita alla fiducia che la certezza giuridica derivi dalla conoscibilità delle norme; tutti motivi ripresi nel **Preambolo**. Ha molti **punti di contatto** con il Code napoleonico, ma **non sono simili**. Ancora forte è il ricorso al giusnaturalismo e il suo diritto naturale, metodo di risoluzione delle controversie ove non sia possibile applicare l'analogia.

Struttura, preceduto da un'**Introduzione**, diviso in **3 libri su 1502 articoli**:

- Diritti delle persone
- Diritti sulle cose
- Disposizioni comuni

È un **codice illuminista in stridente contrasto con la realtà sociale dell'Austria del tempo**: solo con l'ondata rivoluzionaria del **1848** i precetti del codice si avvicinano alla realtà, ma che ricadono in contrasto nuovamente a causa della Restaurazione, soprattutto su alcuni istituti come il matrimonio. Solo gli anni '70-'80 dell'800 allineano il codice con i cittadini austriaci. Il **dopo-codice** è simile a Francia e Prussia (i giuristi si limitano alla semplice esegesi del testo), e negli anni 1914-1916 vengono colmate delle lacune con **3 Novelle**.

**Influenza all'estero? Minima.** Non molto di più che al di fuori dei confini dell'impero austriaco.

### Cap.2.2.5 Il Burgerliches Gesetzbuch (BGB) 1900 – Premesse

Ancora nel 1815, all'indomani del **Congresso di Vienna**, la Germania è **frammentata** e **manca di un forte potere politico**, così' la funzione unificante è data dalla **dottrina, la scienza giuridica**.

## La scuola storica e la Pandettistica

In Germania aveva largo successo l'**ideale razionalista** alla base della scienza giuridica, così' come lo era in Francia, ma mancavano le premesse politico-istituzionali per l'unificazione del diritto. Bisogna tuttavia dire che nel **1848** e nel **1861** vengono approvati la **Legge uniforme sui titoli di credito** e il **Codice di commercio**.

Come è noto Thibaut propose un codice nazionale ma **Savigny**, fondatore della **scuola storica**, repressa la proposta con toni aspri: il **diritto**, secondo Savigny, è il **prodotto incessante della storia**, è lo spirito del popolo, non può essere scritto in un codice ma deve essere **consuetudinario**. Il diritto del popolo, il **Volksrecht**, deve però essere formulato in modo tecnico: è questo il compito dei giuristi.

Se le consuetudini sono la fonte primaria, senza dubbio non si esauriscono tutti gli aspetti della società: ecco perché il diritto romano giustiniano fu individuato dai **Pandettisti** come la soluzione per risolvere questo vuoto normativo, anche perché considerato concettualmente superiore e meno frammentario delle consuetudini germaniche. Quindi la scuola dei Pandettisti era una scuola di giuristi sviluppata sulle basi di quella Storica, il cui obiettivo era un'elaborazione sistemica e dogmatica della codificazione giustiniana e quindi non creare regole giuridiche ma predisporre strumenti di conoscenza del diritto civile tedesco e definire i concetti giuridici. I concetti giuridici erano molto cari alla giurisprudenza tedesca, tanto da parlare di **giurisprudenza dei concetti**.

Il **metodo dei giuristi** deve quindi essere un metodo:

- **Dogmatico**, perché non si accettano eccezioni
- **Concettuale**, perché basata su concetti, su formulazioni astratte
- **Sistematico**, tende alla coerenza delle disposizioni

## Processo di codificazione

Le prime tendenze alle codificazioni si vedono con i già citati codice di commercio e unificazione dei titoli di credito, ma con l'**unificazione della Germania** con Bismark si compie un nuovo passo: così' nel **1898** viene completato il testo del **BGB, frutto maturo della pandettistica** tedesca con poche concessioni al diritto germanico e quello socialista (che si esprime nelle **clausole generali**). Il codice ha visto la propria stesura sotto due commissioni, di cui indubbiamente la prima risulta importantissima per la presenza di due giuristi della scuola pandettistica (Plank e Windscheid) che lasciò nel codice una profonda impronta astratta.

## Struttura, diviso in **5 parti e 2385 articoli**

- **Parte generale**
  - In questa parte vengono presentate tutte le regole generali sulle persone fisiche e giuridiche, definizioni di beni e concetto di negozio giuridico
- **Obbligazioni (241-853)**
- **Diritti sui beni (854-1296)**
  - Spicca la definizione di proprietà ancorata alla concezione individualista
- **Diritto di famiglia (1297-1921)**
- **Successioni (1922-2385)**