

Il diritto oltre il tempo e oltre il luogo

Le droit outre le temps et outre le lieu

Anzitutto, vorrei ringraziare gli organizzatori per l'onore fattomi di potere prendere la parola qui, nel quadro di questa manifestazione in onore di Antonio Palma!

Quando ripenso ad Antonio Palma penso in particolare a tre cose.

Prima di tutto ricordo la sua fedeltà alla SIHDA. Ci è venuto spesso, anche negli ultimi anni, quello che mi fa ovviamente molto piacere!

In secondo luogo, mi ricorda anche il contesto fiorentino. Dopo un certo numero di anni di amicizia con Patrizia Giunti, mi è capitato regolarmente di dare delle lezioni di diritto romano qua, anche nel quadro del corso di Antonio Palma. Confesso che per me, era un pò particolare, perché il titolare del corso non era presente in quelle occasioni. Questo ci fa ricordare che Antonio Palma era anzitutto napoletano!

Ed è così che raggiungo anche la mia terza evocazione di Antonio Palma. Dopo averlo sostituito puntualmente a Firenze, lui mi ha anche invitato a Napoli, dove ho anche avuto l'onore di fare una lezione nel quadro del suo insegnamento di diritto romano nel mese di ottobre 2019. E come dimenticare anche la grandiosa visita del conservatorio di musica, del quale era direttore e dove mi ha fatto visitare – con un orgoglio ben giustificato! – la brillante collezione di strumenti di musica e di partizioni!

Oggi, mi è stato chiesto di parlare sul tema del diritto oltre il tempo e oltre il luogo. L'ampiezza del tema ha i suoi vantaggi perché permette a tutti di trovare qualcosa da dire, ma è anche fonte di perplessità. Come si fa per dire una cosa sensata e interessante su un tema così ampio in solo 15 minuti?

Dopo averci pensato un attimo, la mia scelta è andata verso gli articoli 5.1 a 5.3 del nuovo codice civile belga.

Proverò anche di agganciarvi alla splendida conferenza del Professore Capogrossi Colognesi.

La mia presentazione si svolgerà anche in tre parti.

Prima vorrei introdurre un po' il tema della codificazione in corso nel Belgio. In un secondo tempo, vorrei brevemente fare una comparazione tra i processi di codificazione nei tempi della rivoluzione francese e oggi. E in un terzo tempo, vorrei precisamente concentrarmi sugli articoli 5.1 a 5.3.

I. Il nuovo codice civile belga

Il Belgio è uno stato indipendente dal 1830 e aveva avuto un solo codice civile. La spiegazione si può riassumere in poche parole, ma per una versione un po' più dettagliata, vi rinvio all'articolo che ho scritto nella rivista *Roma e America*¹, del mio amico Antonio Saccoccio qui presente. Come molti altri paesi europei, l'esercito rivoluzionario francese ha invaso il territorio belga alla fine del Settecento, e l'ha annesso. Nel 1804, questo territorio nostro era dunque territorio francese, ed è dunque come tale che si è visto applicare il codice Napoléon sin dal 1804. Durante la dominazione olandese tra 1815 e 1830, nuovi progetti di codificazione del diritto civile sono stati scritti, ma non sono entrati in vigore nel Belgio, soprattutto per mancanza di tempo e per causa della separazione dall'Olanda nel 1830.

Dopo l'indipendenza belga, ci sono stati altri tentativi di scrivere una codificazione autonomamente belga, ma di nuovo senza successo. Il codice francese è stato modificato per pezzi, ma mai riscritto. Le cose però sono cambiate

¹ Jean-François Gerken et Céline Mathieu, « Le nouveau code civil belge », in *Roma e America* 42 (2021) 285-298.

completamente nel 2014. Dieci anni or sono e un nuovo processo di codificazione del diritto civile è stato intrapreso in Belgio e sta portando frutta perché la metà del nuovo codice è già entrato in vigore!

La struttura del nuovo codice è divisa in 10 libri:

- Livre 1^{er}: Dispositions générales
- Livre 2: Les personnes, la famille et les relations patrimoniales de couples
- Livre 3: Les biens
- Livre 4: Les successions, donations et testaments
- Livre 5: Les obligations
- Livre 6: La responsabilité civile extracontractuelle
- Livre 7: Les contrats spéciaux
- Livre 8: La preuve
- Livre 9: Les sûretés
- Livre 10: La prescription

Ad oggi, 4 libri sono pienamente in vigore: i libri 1, 3, 5 e 8. I libri 2 e 4 sono parzialmente in vigore e il libro 6 è stato approvato dal Parlamento ma deve ancora essere promulgato. È ipotizzabile che il libro sulla responsabilità extracontrattuale entri in vigore il 1° gennaio 2025.

Per il Belgio, questa ricodificazione del diritto civile rappresenta quindi un'importante innovazione. Ma perché questo tentativo di ricodificazione ha funzionato mentre i tentativi precedenti non lo hanno? Potrei naturalmente rispondere a lungo, ma oggi preferisco darvi la versione breve: da un lato, il Codice napoleonico cominciava a sembrare davvero superato e, dall'altro, la politica perseguita non era - a priori - quella di rivoluzionare il diritto civile belga, ma semplicemente di modernizzarne la redazione. L'intenzione era quindi - almeno per alcuni - quella di codificare il diritto in modo che non cambiasse. Con un'ambizione iniziale così limitata, era indubbiamente più facile ottenere l'assenso di giuristi e parlamentari.

Questo mi porta anche già al secondo punto annunciato:

II. Una breve comparazione di diverse opzioni importanti ritenuta dai codificatori del 1804 e del 2023

Molto è stato scritto sulle tecniche di codificazione del diritto civile e non intendo fare una presentazione completa. Vorrei invece soffermarmi su alcuni aspetti relativi agli articoli che tratterò nella terza parte della mia breve presentazione.

In relazione al tema di questa sessione di lavoro e al diritto oltre il tempo, è sempre interessante ripercorrere il discorso preliminare al Codice Civile scritto da Portalis. Non c'è dubbio che egli sentisse un forte legame con il diritto romano. Ripeté più volte che non aveva intenzione di innovare:

Ainsi (p.4) : « Mais quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple ! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une institution totalement nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'exercice du passé, et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous, et qui forme l'esprit des siècles. »

Ma che compito sarebbe quello di elaborare una legislazione civile per un grande popolo! Il compito sarebbe al di là delle forze umane se si trattasse di dare a questo popolo un'istituzione totalmente nuova e se, dimenticando che occupa il primo posto tra le nazioni civilizzate, si disdegnasse l'opportunità di beneficiare dell'esercizio del passato e di quella tradizione di buon senso, di regole e di massime, che è giunta fino a noi e che forma lo spirito dei secoli".

P.5 : « *il faut être sobre avec les nouveautés en matière de législation* ». « *L'histoire ne nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles* ».

« Dobbiamo essere sobri con le nuove leggi". La storia ci offre appena la promulgazione di due o tre buone leggi nell'arco di diversi secoli".

E più precisamente a proposito del diritto delle obbligazioni, egli scrisse :

P.56 : « *Quant aux contrats, nous nous sommes réduits à retracer les règles communes. Sur cette matière, nous n'irons jamais au-delà des principes qui nous ont été transmis par l'antiquité et qui sont nés avec le genre humain* ».

Per quanto riguarda i contratti, ci siamo limitati a tracciare le regole comuni. Su questo argomento, non andremo mai oltre i principi che l'antichità ci ha tramandato e che sono nati con la razza umana.

Portalis ha quindi ammesso apertamente di non voler innovare, come del resto fa il legislatore belga moderna. Senza dubbio - oltre al senso comune della

permanenza della legge - si tratta anche di una postura volta a rassicurare coloro che sono interessati e timorosi di (nuove) rivoluzioni.

Un'altra questione interessante, in termini di stile di codificazione, riguarda l'inclusione o meno di definizioni nei testi giuridici. Cambacérès, il noto autore dei tre progetti di codice civile elaborati durante la Rivoluzione francese, era contrario all'inserimento di definizioni². Tuttavia, gli autori del codice napoleonico inclusero molte definizioni. Questo approccio, va detto, è in linea con il desiderio di rendere il diritto civile accessibile ai non giuristi. Napoleone stesso non era giurista e voleva che il Codice fosse di facile lettura. Di conseguenza, il Codice doveva anche educare il popolo. Da allora molto è stato scritto sull'argomento. È difficile negare però che il Codice civile stesso sia rimasto inaccessibile ai cittadini che non avevano ricevuto una formazione giuridica.

Oggi analizzerò alcune definizioni nel campo del diritto contrattuale. Vi ricordo brevemente il contesto. Il Codice Napoleonico fu diviso in tre libri, seguendo il piano delle Istituzioni di Gaio. La grande differenza, ovviamente, è che ciò che aveva molto senso per Gaio ne aveva meno nell'Ottocento. Mentre le prime due parti mantenevano il loro significato (1. Persone, 2. Cose), la terza (azioni in Gaio) doveva essere rinominata: "Dei diversi modi in cui la proprietà viene acquisita". Il modo di pensare il diritto si era infatti notevolmente evoluto rispetto all'epoca romana, e questo pensiero non si basava più tanto sulle azioni e le formule quanto sui diritti soggettivi. A questo proposito, non si può negare che il piano del codice non sia stato utile al cittadino non giurista. Come si poteva capire che la responsabilità aquiliana - i cui articoli si trovano nel Libro Terzo - era un modo

² En ce sens : Jean-François Niort, *Homo civilis*, Niort, J. 2004. Chapitre III. Les premières interprétations du Code Napoléon. In *Homo Civilis. Tome I et II : Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*. Presses universitaires d'Aix-Marseille. doi :10.4000/books.puam.425.

per acquisire la proprietà? A queste critiche, Planiol risponde in sostanza che il fatto che il Libro III sia un "pigliatutto" non è particolarmente imbarazzante³:

« L'entassement de toutes ces matières hétérogènes dans un livre unique est peu logique (...). L'ordre scientifique, qui convient à l'enseignement donné sous la forme du cours ou du livre, n'est point nécessaire ni même utile dans un code. L'enseignement est une initiation ; c'est pour cela qu'il a besoin d'une méthode particulière. Un code est fait pour des gens qui ont fini leurs études, pour des praticiens qui connaissent le droit. Il suffit que la répartition des matières soit claire et commode ».

Non ha molto senso stipare tutti questi argomenti eterogenei in un unico libro (...). L'ordine scientifico, che è appropriato per l'insegnamento sotto forma di corso o di libro, non è necessario e nemmeno utile in un codice. L'insegnamento è un'iniziazione, per questo ha bisogno di un metodo speciale. Un codice è pensato per persone che hanno terminato gli studi, per praticanti che conoscono la legge. È sufficiente che gli argomenti siano suddivisi in modo chiaro e conveniente.

I giuristi francesi sembrano dunque di avere fatto pace con l'idea che il codice civile debba educare le masse: era una idea sbagliata.

Per quanto riguarda la struttura del Codice Civile, si può dire che la struttura del nuovo Codice corrisponde meglio al modo in cui oggi studiamo il diritto civile.

Tuttavia, i primi due libri del nuovo Codice civile corrispondono ancora ai primi due libri delle Istituzioni di Gaius!

Gaius	Code civil belge 2023
Personnes	Personnes
Choses	Choses
Actions	Successions
	Obligations...

Ma torniamo alle definizioni giuridiche nell'ambito del diritto dei contratti e delle obbligazioni alle quale mi riferivo. Si trovano dunque nel libro III appena menzionato:

³ Les rédacteurs du Code — et en particulier de Maleville — étaient bien conscients des défauts de cette structure. Voy. Sh. HERMAN et D. HOSKINS, « Perspectives on Code Structure : Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations », in *Tulane Law Review*, vol. 54, 1980, pp. 992 et s.

Nel titolo III del libro III : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », il primo capitolo « Disposition préliminaires » contiene una serie di definizioni:

Livre III. Des différentes manières dont on acquiert la propriété

Titre 3. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général

Chapitre premier : Dispositions préliminaires

Article 1101 : Un contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Article 1102. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Article 1103 : Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement.

Etc.

Un po' più avanti, al capitolo II (del effetto delle obbligazioni) sez. II (dell'obbligazione di dare) :

Article 1136 : L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.

Che fine hanno fatto le definizioni del 1804 nel nuovo Codice civile belga? Tanto vale dirlo subito: il legislatore non ha rinunciato all'uso delle definizioni, anzi!

Nel nuovo Codice civile belga ci sono ancora più definizioni che nel Codice napoleonico. Le definizioni del 1804 che ho appena citato sono rimaste praticamente invariate. Le versioni del 1804 e del 2023 sono molto simili. Al massimo, c'è stata una certa modernizzazione della terminologia utilizzata. Le definizioni si trovano nel nuovo Libro 5 del Codice civile belga.

A prima vista, si potrebbe essere tentati di concludere che queste definizioni sono indiscutibili e chiare, poiché la loro stabilità si è dimostrata perfetta.

Article 1101 : Un contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Article 5.5. Définition du contrat

Le contrat, ou convention, est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes avec l'intention de faire naître des effets de droit

Article 1102. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Article 1103 : Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement.

Art. 5.6. Contrats synallagmatiques et unilatéraux

Le contrat est synallagmatique lorsque les parties sont obligées réciproquement les unes envers les autres.

Le contrat est unilatéral lorsqu'une partie est obligée envers une autre, sans que de la part de cette dernière il y ait d'obligation.

Altre definizioni del 1804 sono invece molti più discutibili:

Article 1892. Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

Article 1894. On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation, des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux : alors c'est un prêt à usage.

Gli articoli equivalenti del nuovo Codice Civile belga non sono ancora stati pubblicati, poiché saranno inclusi nel futuro Libro 7, dedicato ai contratti speciali. Non so quindi ancora come saranno scritte queste definizioni, ma non c'è dubbio che la definizione contenuta nell'attuale articolo 1894 sarà corretta. L'erroneità di questa distinzione tra *commodatum* e *mutuum* è nota da tempo e ci si può chiedere perché non sia mai stata corretta nel Codice Civile. La risposta sta probabilmente nel fatto che si tratta di una definizione e come tale non ha avuto alcun ruolo pratico. L'articolo 1894 non impedisce la conclusione di un *mutuum* relativo a maiali, aragoste, gamberi o pesciolini rossi. D'altra parte, ci si potrebbe anche chiedere cosa pensasse Portalis quando affermava che se un prestito riguardava un animale, era necessariamente un comodato. Se ripensiamo all'esempio di due pescivendoli che si prestano a vicenda un chilo di gamberi, la cosa diventa comica!

Insomma, il fatto che una definizione sia rimasta in un codice per più di due secoli non significa che sia una buona definizione! Questo mi spinge a tornare alla posizione di Cambacérès, che riteneva che le definizioni non dovessero essere incluse in un codice civile... e non era l'unico a pensarla in questo modo. Josef Unger, il famoso pandettista austriaco, ha mosso una critica simile all'ABGB:

queste definizioni non sono suscettibili di alcuna applicazione giudiziaria! Le definizioni sono una questione di dottrina, non di legislazione.

In sostanza, inserire definizioni in un testo legislativo è, allora come oggi, un tentativo di rivolgersi al lettore non giurista del Codice Civile. Eppure, allora come oggi, mi sembra più efficace rivolgersi ad un manuale introduttivo per iniziare lo studio del diritto che non ad un codice! Si potrebbe però anche considerare che il legislatore abbia voluto imporre le sue definizioni alla manualistica. Questo andrebbe verificato.

III. Gli articoli 5.1 a 5.3 del nuovo codice civile belga di 2023

Gli articoli da 5.1 a 5.3 non avevano un equivalente nel Codice Napoleonico. Tuttavia, non si può dire che costituiscano delle innovazioni nel campo del diritto civile, e credo che ve ne convincerete molto rapidamente.

Leggerò questi articoli e credo che capirete subito perché ne parlo, anche se li leggo in francese:

Livre 5. Les obligations

Titre 1^{er}. Dispositions introductives

Article 5.1. Obligation

L'obligation est un lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger, si nécessaire en justice, d'un débiteur l'exécution d'une prestation.

Art. 5.2. Obligation naturelle

L'obligation naturelle est une obligation dont l'exécution ne peut être exigée.

La restitution n'est pas admise à l'égard de l'obligation naturelle qui a été acquittée sans ignorance ni contrainte.

La reconnaissance, sans ignorance ni contrainte, d'une obligation naturelle donne naissance à une obligation.

Art. 5.3. Sources des obligations et portée des dispositions

Les obligations naissent d'un acte juridique, d'un quasi-contrat, de la responsabilité extracontractuelle ou de la loi.

(Les dispositions du présent livre sont supplétives, à moins qu'il résulte de leur texte ou de leur portée qu'elles présentent, en tout ou en partie, un caractère impératif ou d'ordre public).

Non ho dubbi che abbiate immediatamente fatto il collegamento tra questi articoli e le loro fonti di ispirazione romana. La necessità di incorporare queste nuove definizioni romane nel Codice Civile è sorprendente. Questa osservazione mi riporta al tema di questa sessione di lavoro: “il diritto oltre il tempo e oltre il luogo”. L'inclusione delle definizioni di obbligazione legale e di obbligazione

naturale nel nuovo Codice sembra conferirgli un certo grado di universalità. La vicinanza tra il testo degli Istituti di Giustiniano e il testo dell'articolo è ovviamente molto grande!

Article 5.1. Obligation

L'obligation est un lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger, si nécessaire en justice, d'un débiteur l'exécution d'une prestation.

Inst. lust. (*de obligationibus*) 3.13pr :

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

Si potrebbe deplorare l'uso della parola “prestation”, il cui significato moderno è molto lontano da quello romano, ma questo è solo un dettaglio. La cosa più sorprendente è che il legislatore abbia sentito il bisogno di aggiungere un tale riferimento romano al nuovo Codice. Potremmo pensare di trovarci di fronte a un legislatore moderna, grande studioso e conoscitore del diritto romano. La realtà è più complessa e un po' deludente. Senza mettere in dubbio l'erudizione dell'autore belga di questa traduzione, posso purtroppo assicurare che egli non sapeva che l'articolo 5.1 proposto era una traduzione di un testo delle Istituzioni di Giustiniano. Lo so perché ho avuto l'opportunità di porgli personalmente la domanda e sono rimasto molto sorpreso nell'apprenderlo. Per lui si trattava semplicemente di una definizione tradizionale! Si può vedere il bicchiere mezzo vuoto: i giuristi moderni - anche i migliori - non sanno nulla del diritto romano! Ma si può anche vedere il bicchiere mezzo pieno: il diritto romano è più forte di qualsiasi altra cosa e resiste nonostante l'ignoranza dei legislatori!

Tuttavia, ci si può chiedere per quale miracolo il testo dell'articolo 5.1 sia così vicino al suo originale giustiniano. Un indizio potrebbe risiedere nel fatto che l'autore dell'articolo ha studiato giurisprudenza presso la mia facoltà e ha seguito il corso di diritto romano di Roger Vigneron. Vigneron, che è anche il mio maestro, ha sempre utilizzato il testo delle Istituzioni per insegnare la natura

dell'obbligazione. E nella sua raccolta di testi di diritto romano, ha proposto la seguente traduzione⁴:

Institutes de Justinien, 3.13pr. :

Passons maintenant aux obligations. L'obligation est un lien de droit en vertu duquel nous sommes nécessairement contraints de payer quelque chose, selon les droits de notre État.

Forse, nonostante tutto quello che i nostri studenti dimenticano del corso di diritto romano una volta laureati, hanno ancora una solida base. Vorrei che questo fosse un incoraggiamento per l'insegnamento della nostra disciplina.

Per aggiungere a questa prima conclusione anche una conclusione romana, vediamo comunque che anche Giustiniano abbia fatto una commistione di generi, tra legislazione e insegnamento. Questo non è dunque un'invenzione della filosofia illuministica. Anche Giustiniano – o almeno Triboniano e i suoi accoliti – includevano già delle definizioni nei loro lavori legislativi. E all'epoca anche i meriti di questa pratica furono oggetto di discussione, poiché il Digesto di Giustiniano contiene un monito contro questo desiderio di produrre definizioni. L'avvertimento è attribuito a Giavoleno, ma non è stato quindi preso alla lettera da Triboniano, né dai legislatori antichi e moderni.

D. 50.17.202 (Iavolenus, liber 11 epistolarum)

Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.

Ogni definizione di diritto civile è pericolosa, perché si vuole poco per rovesciarla.

Grazie dell'attenzione!

⁴ Non è la stessa di quella di Hulo: « Nous devons maintenant passer aux obligations. L'obligation est un lien de droit qui nous impose la nécessité de payer quelque chose, conformément aux droits établis dans notre patrie ».