

Antonio Padoa Schioppa

Verso una storia del diritto europeo¹

Premessa

Il tema non è certo esauribile nello spazio breve di poche pagine. Ritengo tuttavia possibile delineare, attraverso il richiamo di alcuni canoni di metodo, di alcuni nodi storici cruciali e di alcuni esempi, i profili che si prospettano a chi intenda lavorare – con indagini monografiche o con tentativi di sintesi, nella ricerca e nell’insegnamento – ad una storia del diritto europeo.

Solo pochi anni orsono questa formula avrebbe destato qualche sorpresa. Uno sguardo ai testi e ai manuali d’Italia, Francia, Germania, Inghilterra, Spagna e di altri Paesi è in effetti sufficiente a mostrare come ancor oggi queste opere, tranne poche e recenti eccezioni, siano rivolte a ricostruire la storia dei rispettivi diritti nazionali. È un’impostazione che si spiega se si fa riferimento agli Stati europei che hanno alle spalle secoli di storia: la Francia, l’Inghilterra, la Spagna – ma anche i Paesi Bassi, la Svizzera, l’Austria, per tacere d’altri – hanno realizzato strutture riconducibili alla categoria politica dello Stato lungo un arco di tempo che va dai cinquecento ai mille anni; sicché per essi è naturale cercare di ricostruire le linee storiche di svolgimento delle istituzioni pubbliche e della legislazione dal medioevo sino al presente. Per Stati di formazione ben più recente – è il caso dell’Italia e della Germania – il dubbio sull’identità e sul fondamento metodologico di una storia del diritto (italiano o tedesco) che risalga assai più indietro nel tempo rispetto all’epoca di fondazione dello Stato unitario è stato affacciato più volte. Ed è stato superato con l’adozione di un criterio diverso, che fa coincidere l’oggetto della ricostruzione storico-giuridica con i confini geografici di quelle regioni che solo secoli più tardi entreranno a far parte di un unico Stato: un criterio peraltro adottato anche per tracciare la storia del diritto degli Stati di più antica formazione, che tutti ampliarono o modificarono ripetutamente, nel tempo, i loro confini politici.

Non dunque storia giuridica di uno Stato, ma storia del diritto nelle regioni che formarono gli Stati dell’Europa moderna e contemporanea. In effetti l’impostazione di metodo che riduce la storia del diritto alla storia dello Stato e delle sue istituzioni è senza dubbio deformante anche per un diverso ordine di ragioni. La legislazione costituisce solo uno spicchio della realtà del diritto, spesso non il più significativo. E la legislazione riconducibile allo stato costituisce a sua volta solo una parte dell’attività legislativa che nel passato venne esercitata anche da altri soggetti: dalle città,

¹ La pagine che seguono riproducono la prolusione all’anno accademico 1999-2000 tenuta all’Università degli studi di Milano e pubblicata in *Studi di storia del diritto*, Milano 2001, pp. 1-26 e in *A. Padoa-Schioppa, Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino 2003, pp. 567-596. La Nota bibliografica finale è aggiornata al 2016.

dai borghi, dalle corporazioni di mestiere, dai ceti sociali organizzati; al di sopra e al di fuori degli Stati si situa il massimo monumento legislativo dell'Europa dei secoli dal XII al XVIII, il *Corpus iuris* che raccoglie le quattro parti della grande compilazione di Giustiniano. Inoltre, per secoli il diritto si è realizzato in tutta l'Europa essenzialmente attraverso normative di tipo consuetudinario, non certo meno cogenti – e neppure meno dinamiche – delle norme legislative; e per altri lunghi secoli la dottrina dei giuristi di formazione romanistica e canonistica ha costituito una fonte diretta e fondamentale dell'ordinamento. Due grandi categorie, la consuetudine e la dottrina giuridica, che non coincidono affatto con la statualità e che debbono, anzi, considerarsi astatuali.

La storiografia giuridica rivolta allo studio dei diritti nazionali giustamente prescinde dunque dall'identificazione tra stato e diritto. Ma allora si comprende come l'idea di tracciare una storia del diritto dell'Europa medievale e moderna non urti contro l'ostacolo di metodo dell'assenza, sino ad oggi, di un vero Stato europeo, sia pur di modello federale. Ciò che invece si richiede, per giustificare il fondamento, sono due ordini di valutazioni. In primo luogo, occorre verificare se la storia del diritto in Europa abbia conosciuto – dal primo medioevo sino al presente – una circolazione interna di modelli legislativi, di consuetudini, di dottrine, di uomini e di idee che travalica i confini politici e che suggerisce di considerarla come un'unica storia. In secondo luogo si deve valutare se siano esistiti profili comuni ai tanti e tanto vari ordinamenti giuridici della storia d'Europa, tali da consentire (se non addirittura da imporre) la prospettiva di una identità storico-giuridica europea distinta da quella di altre civiltà.

A questi due profili dedicheremo le considerazioni che seguono.

Fonti e direzioni di ricerca

Oggi non si può certo parlare di nazionalismo storiografico a proposito dei manuali di storia del diritto italiani, francesi, tedeschi, inglesi, spagnoli. E tuttavia già si è ricordato che il baricentro rimane nella maggior parte di essi prevalentemente nazionale. Ciò non è di per sé censurabile, perché è assolutamente legittimo focalizzare l'attenzione sulla storia del proprio Paese e perché in effetti esistono elementi di identità nazionale del diritto non solo negli Stati di più antica formazione, ma anche in quelli di formazione recente; ed è tra l'altro da osservare che siamo ancora lontani dall'aver compiutamente studiato e messo in luce questi elementi di identità. Tuttavia l'ottica nazionale non solo rischia di sacrificare la dimensione municipale del diritto, vivissima nella storia d'Europa, non solo comprime la dimensione regionale, anch'essa fondamentale (basti rammentare gli statuti dei comuni italiani, le *coutumes* francesi, i *Landrechte* tedeschi, i *Fueros* spagnoli, le istituzioni pubbliche e private degli Stati preunitari italiani, o della Sassonia, o della Baviera, o delle stesse regioni storiche di Francia, dalla Bretagna a alla Provenza, sino alla rivoluzione del 1789), ma spesso dimentica o sottovaluta la dimensione sovrastatuale ed europea di tanta parte della storia del diritto.

La geografia delle norme e delle consuetudini storiche spesso non coincide con la geografia politica. Si pensi all'omogeneità delle consuetudini alpine, imposta dalla natura dei luoghi e dalle

condizioni di vita ma trasmessa anche per canali diretti: la disciplina degli alpeggi e dei pascoli comuni, l'intreccio tra la proprietà collettiva e la proprietà individuale di animali e di terre. Si consideri la frammentata geografia storica delle consuetudini successorie e familiari, che certamente travalica i confini politici: il regime della dote e della comunione dei beni tra coniugi, le regole della successione dei figli maschi e delle femmine, la primogenitura, i legami dei discendenti con la famiglia delle linee paterna e materna. Per altri aspetti, invece, la storia giuridica presenta straordinarie uniformità nello spazio: le medesime consuetudini di diritto marittimo si diffondono lungo le rotte dei traffici, e così pure le consuetudini commerciali, dalla cambiale alle società di persone e di capitali. Si rivela in ciò il doppio volto della consuetudine, che a seconda delle materie costituisce uno strumento di conservazione nel tempo delle specificità locali o di stirpe, ovvero una fonte di uniformità al di là delle frontiere quando un modello si impone per la sua superiorità funzionale rispetto ai modelli preesistenti e coevi.

La storia del diritto dovrebbe mirare a far rivivere questa varietà di modelli, che si rivelano non solo attraverso lo studio dei documenti e delle fonti propriamente giuridiche – atti notarili, atti processuali, pareri legali, opere di dottrina, consuetudini scritte – ma anche attraverso fonti letterarie e di altra natura. Una favola popolare raccolta da Jacob Grimm che racconta le traversie di un boscaiolo o di artigiano, una lettera al padre di uno studente universitario medievale, una novella di Matteo Bandello sui rapporti (giuridici e non) tra garzone e maestro di bottega², un episodio del Don Chisciotte di Cervantes sulla tortura giudiziaria e sulla sua inefficacia³, una scena di Molière che descrive la prassi delle suppliche al re di Francia⁴, alcuni rilievi dei *Mémoires* di Goldoni sulle diverse caratteristiche della difesa forense a Venezia e a Pisa⁵, un passo di Goethe su un processo per fedecommesso a Venezia nel 1786⁶, un romanzo di Balzac incentrato sull'ascesa della borghesia della Restaurazione e sulla "febbre delle accomandite"⁷, un inciso di Tolstoj sul rapporto tra padre e figlia nella scelta dello sposo nella Russia nobiliare dell'Ottocento⁸ (per limitarci a qualche esempio tra mille) possono risultare più illuminanti sulla realtà concreta del diritto vivente di tanti trattati e di tanti testi di legge.

Nonostante precedenti anche remoti sui quali non possiamo qui soffermarci – dalla Scuola culta del Cinquecento alla Scuola storica dell'Ottocento: due grandi scuole sicuramente svincolate, per distinti ordini di ragioni, da un'ottica nazionale e da una visione statuale del fenomeno giuridico –

² Bandello, *Novelle*, parte IV, novella 28.

³ Cervantes, *Don Chisciotte*, parte I, cap. 22.

⁴ Molière, *Les fâcheux*, III. 2.

⁵ Goldoni, *Mémoires*, parte I, cap. 24; 25; 49; 51.

⁶ Goethe, *Italienische Reise*, Venedig 1786.

⁷ Balzac, *César Birotteau* (1837); cf. *La société en commandite entre son passé et son avenir*, a cura di A. Viander, Paris 1983 (sulla "fièvre des commandites" nella Francia della prima metà dell'Ottocento).

⁸ Tolstoj, *Anna Karenina* (1875-77), I. 12.

la storia del diritto europeo è in gran parte ancora da studiare e da scrivere. Essa non può essere rappresentata né come una mera somma di storie particolari, né come una storia unica o unitaria.

Ritengo che le vie da percorrere per una corretta impostazione di questa storia siano: a) lo studio di istituzioni e di regole giuridiche proprie dell'ordinamento pubblico e privato di singoli paesi, regioni o gruppi sociali in un'ottica che ne riveli i nessi eventuali con altri modelli; b) l'analisi puntuale dei concreti modi di trasmissione tra le varie regioni d'Europa di regole giuridiche, istituzioni, metodi e teorie del diritto, professori, studenti, amministratori, opere a stampa e manoscritte: uomini e libri; c) la delineaazione degli elementi comuni – diacronicamente e sincronicamente – alle diverse storie giuridiche nazionali e locali; d) i profili del diritto pubblico e privato che risultino, nella prospettiva di una storia comparata del diritto, specifici della storia europea rispetto a quelli propri di altre civiltà.

Se si adotta questa visuale, risulta chiaro, anzitutto, come per nessun Paese la storia del diritto possa essere compresa chiudendosi entro i confini dell'orizzonte nazionale. Vorremmo illustrare questa affermazione attraverso una breve successione di riferimenti alle diverse età del diritto, dal medioevo all'età contemporanea.

Nell'età medievale

Tralascieremo qui ogni riferimento diretto al mondo antico, alle civiltà giuridiche della Grecia e di Roma, entrambe di capitale importanza per la storia del diritto in Europa, come pure alle regole, anch'esse fondamentali, dell'Antico e del Nuovo Testamento. L'intera storia del diritto europeo si è svolta, dal medioevo sino all'età contemporanea, sul fondamento di idee e valori, pagine e istituzioni nate da questi tre grandi filoni della civiltà antica, sicché in certo senso potrebbe essere raffigurata come la storia della continua trasformazione del patrimonio antico. Anche se va detto che una tale raffigurazione risulterebbe in verità deformante, perché rischierebbe di occultare proprio ciò che ogni età ha portato di nuovo e originale, pur attraverso il reimpiego di elementi preesistenti che in varia misura ogni civiltà conosce. Ma vogliamo almeno rammentare i più risalenti riferimenti testuale all'Europa, presenti nelle Storie di Erodoto⁹, e soprattutto la notazione di Aristotele che caratterizza l'Europa e la Grecia come la regione in cui dominano la libertà e l'impero della legge, rispetto all'Asia qualificata quale terra di dispotismo¹⁰. Ai nostri occhi assume un valore quasi simbolico che la prima e più antica identità della regione chiamata Europa venga espressa nel nome e sul terreno del diritto.

L'alto medioevo è stato spesso descritto come l'età del particolarismo giuridico. Le leggi dei Franchi, dei Burgundi, dei Visigoti, dei Longobardi, degli Anglo-sassoni hanno fissato i tratti specifici delle tradizioni di stirpe, entro la grande famiglia delle popolazioni germaniche stanziate

⁹ Erodoto, *Le storie*, IV. 33; 36; 37; 43.

¹⁰ Aristotele, *Politica*, VII (1327 b). Così nel secolo V già Ippocrate, su cui F. Chabod, *Storia dell'idea di Europa*, Bari 1974, p. 25.

in occidente. Eppure la ricerca storica ha mostrato che scambi e imitazioni vi furono: non solo regole giuridiche e proposizioni derivate alla lettera dai testi giuridici di Roma, ma trapianti di norme dalla legislazione visigotica di Leovigildo a quella del longobardo Rotari e a quella del duca dei Bavari Tassilo – da Toledo a Pavia e alla Baviera – o dal longobardo Rachis al franco Pipino il breve. Anche le formule degli atti privati trasmigrano: Giulio Vismara ha potuto mostrare ad esempio come la formula tecnica della permuta, adottata dai notai provenzali del secolo X, sia rinvenibile qualche anno più tardi in atti rogati a Gaeta¹¹, dove giunse per il tramite dei monaci benedettini, i messaggeri della cultura nell'Europa rurale di quei secoli. Ma neppure va dimenticato il principio cardinale della personalità della legge che consentiva, anzi imponeva entro certi limiti, la compresenza entro uno stesso ordinamento di più diritti di stirpe, tra loro spesso diversi nella norma e nello spirito; un principio che mostra tratti di insospettata attualità nella prospettiva odierna della coesistenza tra più ordinamenti e tra più etnie all'interno dell'Unione europea.

La varietà delle regole è grande, data la frammentazione delle consuetudini locali in mille specificità territoriali. I contratti agrari presentano clausole differenziate, spesso a distanza di poche leghe. Le *corvées* richieste ai coloni, gli usi legati ai rapporti giuridici personali e patrimoniali della famiglia, le procedure di attribuzione dei benefici ecclesiastici variano nel tempo e nello spazio. Eppure si è potuto sostenere che proprio questi sono i secoli di un diritto comune europeo inclusivo anche dell'Inghilterra¹², che in séguito alla conquista normanna intraprese un cammino diverso con la creazione del *common law*. L'Europa dei secoli dal VI all'XI è in effetti caratterizzata, ad un tempo, da una profonda unità e da un accentuato particolarismo.

Unità nei valori di fondo, nella comune fede cristiana, nelle istituzioni ecclesiastiche e monastiche, nella prevalenza della consuetudine come fonte del diritto, nell'accentuato carattere rurale dell'economia, nella struttura patriarcale della famiglia, nell'articolazione degli status personali, nella debolezza dei poteri di governo e in altri aspetti che direttamente modellano l'ordinamento. Particolarismo nei modi di realizzazione di queste tendenze di fondo, che in ogni luogo si cristallizzano secondo equilibri e procedure differenti, anche perché la mobilità delle persone – e dunque anche delle istituzioni – è molto ridotta. Va aggiunto che mancò, in questi secoli, la consapevolezza di una unità giuridica, invocata solo da poche voci isolate, quale fu quella del vescovo di Lione Agobardo¹³, quanto meno all'intero di un singolo regno.

La profonda svolta del secolo XI – religiosa, demografica, agraria, urbana, economica, intellettuale – ha certamente nell'Italia dei nascenti comuni un suo fondamentale centro di irradiazione. Ma la grande riforma della Chiesa, detta "gregoriana" ha avuto le sue scaturigini in centri di spiritualità

¹¹ G. Vismara, "Leges" e "canones" negli atti privati dell'alto medioevo, ora in Id., Scritti di storia giuridica, 2, Milano 1987, pp. 55-61.

¹² M. Lupoi, Alle radici del mondo giuridico europeo, Roma 1984.

¹³ Agobardo, Ep. 3. 4, ed. MGH, *Epistolae*, V, Berlino 1899, p. 159.

quali la Cluny benedettina di Maiolo e di Odilone e la Liegi del vescovo Wazo. Inizia qui la lunga stagione – durata oltre quattro secoli – nella quale, per il diritto, la storia d'Italia è davvero storia d'Europa: nel senso che l'origine di molti fondamentali profili del diritto, nati nella Penisola, trapassarono poi ben al di là dei nostri confini. Le istituzioni comunali con i consoli elettivi e temporanei, le corporazioni professionali e di mestiere, le autonomie giurisdizionali e normative delle città si diffusero in Europa lungo le vie dei traffici, dalla Borgogna alla Champagne, dalla valle del Reno alla Penisola iberica. In ogni luogo il risultato della circolazione dei modelli giuridici è insieme affine nei tratti di fondo e originale nelle realizzazioni: così come lo stile romanico delle chiese ha linee comuni ma anche inimitabili specificità locali, dalla Catalonia alla Baviera, dal Portogallo all'Inghilterra, dalla Toscana all'Austria. La struttura istituzionale del Regno normanno di Sicilia, precorritrice di taluni profili dello Stato moderno, è testimonianza di un fenomeno non solo italiano, se si pensa all'influenza storica e politica – che dalla Normandia si trasmise all'intero regno di Francia; e che comprende sia l'originale esperienza del regno normanno d'Inghilterra sia la creazione del regno di Sicilia – che questa popolazione scandinava ha raggiunto in Europa in virtù del proprio genio specifico per l'organizzazione del potere.

Italiano è il fenomeno capitale della nuova scienza giuridica di matrice bolognese (così come lo era stato, pochi decenni prima di Irnerio, la fioritura della Scuola di Pavia del secolo XI, primo segno in Europa di un rinato lavoro di analisi esegetica sui testi di legge¹⁴). Ma come dimenticare che la tecnica giuridica dei Glossatori bolognesi si diffuse quasi immediatamente in Europa, toccando la Francia meridionale con Rogerio e Piacentino e per una breve stagione – con il lombardo Vacario, il cremonese Giovanni Bassiano, il bolognese Francesco d'Accursio figlio dell'autore della Glossa ordinaria – persino il lontano regno d'Inghilterra? Come ignorare l'irradiazione europea di un metodo nuovo anche rispetto al grande modello del diritto romano? E come tacere che il secondo grande ramo della scienza giuridica di questi secoli, il diritto canonico, nato anch'esso a Bologna con l'opera del monaco Graziano, fiorì quasi subito non solo in Italia ma a Parigi, a Metz, a Colonia, in Normandia, in Inghilterra, con un intensissimo scambio opere e di uomini? Lorenzo e Vincenzo Ispano, Riccardo Anglico, Giovanni Teutonico e tanti altri nomi attestano la provenienza internazionale di molti maestri attivi in Italia. E viceversa.

Nella seconda metà del Duecento, gli inizi di quella che diverrà la Scuola dei commentatori sono da ricondurre ad una piccola università francese riservata ai soli chierici, Orléans, ove insegnavano professori, tra i quali Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche, che si erano formati secondo il metodo dei Glossatori bolognesi; a Orléans si era tra l'altro trasferito un dottore lombardo già studente a Bologna, il comasco Guido de Cumis, forse indotto a lasciare l'Italia dopo la brutta figura alla quale Accursio lo aveva esposto in occasione dell'esame di laurea¹⁵. Gli orleanesi

¹⁴ La testimonianza fondamentale è offerta dalla *Expositio ad Librum Papiensem*, ed. Boretius in MGH, *Leges*, IV, Hannover 1868.

¹⁵ Sulla vicenda, E. M. Meijers, *L'université d'Orléans au XIIIe siècle*, in Id., *Etudes d'histoire du droit*, Leyde 1959, p. 33.

adottarono un metodo più rigoroso e al tempo stesso più flessibile di interpretazione delle fonti del diritto romano. Pochi anni più tardi fu però la filiazione italiana della nuova Scuola ad imporsi nel corso del Trecento: con Cino da Pistoia, amico di Dante e poeta del dolce stil novo ma giurista di professione, e poi soprattutto con Bartolo da Sassoferrato, il principe dei commentatori, e con il suo grande allievo Baldo degli Ubaldi, le cui teorie godettero per secoli di autorità incontestata nell'intera Europa.

Neppure l'Inghilterra fu estranea alle correnti del diritto continentale. Se è vero che il *common law* fu una creazione originale delle Corti di Westminster, non vanno trascurati né l'influsso ivi esercitato dal diritto della Chiesa (ad esempio in materia di diritto matrimoniale e di testamenti), né i collegamenti del nuovo sistema di *equity* con lo *ius commune* civile e canonico del continente, né infine la penetrazione nell'isola delle consuetudini del diritto commerciale di matrice italiana: il *law merchant* inglese nacque da questo trapianto, dapprima amministrato in corti speciali e solo molto più tardi entrato a far parte del complesso ormai rigoglioso del diritto giurisprudenziale di *common law*¹⁶.

Nell'età moderna

Nel Quattrocento nasceva in Italia la Scuola umanistica del diritto, quale ramo collaterale della grande cultura dell'umanesimo letterario e artistico. A Pavia la critica corrosiva di Lorenzo Valla – di colui che aveva osato demolire con le armi della filologia il mito dell'autenticità del documento attestante la donazione del futuro stato pontificio al vescovo di Roma da parte dell'imperatore Costantino – non risparmiò la scienza giuridica dei glossatori e dei commentatori. Lo studio della tradizione testuale del *Corpus iuris*, avviata in Toscana con il poeta angelo Poliziano, raggiunse all'inizio del Cinquecento un vertice con l'opera del milanese Andrea Alciato, giurista completo e storico filologicamente agguerrito sui testi greci e latini, uscito dalla scuola dell'ultimo grande commentatore, il milanese e pavese Giasone del Maino. Ma proprio negli stessi anni uomini quali Guillaume Budé in Francia e Ulrico Zasius in Germania intraprendevano un'analoga via di indagine, mirando a ricollocare il patrimonio della tradizione giuridica di Roma entro il suo originario contesto storico e culturale. Ed è noto che Alciato trovò in Francia, nell'università di Bourges, l'ambiente pronto a recepire questo indirizzo di studi, osteggiato in Italia da studenti e professori perché considerato non solo difficile, ma inutile se non addirittura dannoso alla pratica del diritto. Invece dalla Scuola inaugurata da Alciato usciranno nell'arco di due generazioni i maggiori esponenti della Scuola culta, da Duareno a Connan, da Donello al grande Jacopo Cuiacio, da Baudouin a Hotman.

L'umanesimo giuridico fu un fenomeno di portata e di diffusione europea, nel quale motivi politici, religiosi e ideologici si intrecciarono secondo linee molto intricate e complesse. Esso operò presso i

¹⁶ Per tutti, J. H. Baker, *The Law Merchant and the Common Law*, in *The Legal Profession and the Common Law*, London 1986, pp. 341-368; nonché la tesi di S. E. Sachs, *The Law Merchant and the Fair Court of St. Yves, 1270-1324*, Thesis Harvard 2002 (accessibile via internet).

riformatori protestanti ma anche nei Paesi rimasti fedeli alla Chiesa di Roma. È un fatto che anche nelle università italiane ufficialmente ostili ai Culti le loro opere fossero ben note¹⁷, come d'altronde largamente utilizzate rimasero in Europa le ponderose trattazioni dei commentatori, con la loro articolata architettura gothicizzante. Senza l'apporto della matrice umanistica di origine italiana Johannes Sichard non avrebbe scritto il nuovo statuto cittadino di Friburgo in Bresgovia¹⁸. Senza la dottrina dei criminalisti italiani del Cinquecento non avrebbe visto la luce la codificazione penale tedesca del 1532, la Carolina (mentre più tardi, nel Seicento, sarà un giurista tedesco della Sassonia educato sulla Carolina, il Carpzov, a scrivere un'opera penalistica influente anche in Italia). Come in tutt'altro contesto è accaduto nel Novecento, l'emigrazione degli intellettuali cacciati dal loro Paese per ragioni politiche o religiose ha avuto un risultato fecondatore nelle terre di accoglienza: Donello, Hotman ed altri giuristi culti di fede riformata dovettero lasciare la Francia e accreditarono in terra germanica il loro metodo scientifico.

Negli stessi decenni del Cinquecento nel firmamento universitario europeo saliva una nuova costellazione, formata dai professori dell'università spagnola di Salamanca. Non giuristi ma teologi, domenicani o gesuiti, Francesco Vitoria e Domenico Soto, Molina e Mariana, i due Vasquez e Francesco Suarez furono i primi a sottoporre la vasta costruzione del *Corpus iuris*, con il suo ricchissimo corredo di regole, al vaglio di principî esterni e superiori: a misurarne cioè le singole norme e prescrizioni sul metro del diritto naturale, a sua volta modellato sui comandamenti divini. Né si trattò di speculazioni solo teoriche: basterebbe rammentare le tesi coraggiose di Vitoria sulla guerra giusta¹⁹ e quelle di lui stesso e di Las Casas sulla libertà religiosa e civile degli Indiani²⁰, conculcata dai conquistatori spagnoli, per mostrare le profonde implicazioni giuridiche e politiche della loro impostazione culturale. Chi consulti le opere di autori coevi orientati alla pratica – ad esempio quelle del maggiore giurista italiano del Seicento, il cardinale De Luca – si avvede che anche le teorie dei maestri spagnoli furono utilizzate nella concreta vita del diritto: la natura per così dire onnivora del diritto comune consentiva di incorporare nell'opera dei dottori opinioni e posizioni nate al di fuori del diritto positivo. E questo su scala europea.

Le ricerche storiografiche hanno mostrato con chiarezza che proprio alle idee dei professori della Salamanca controriformista (ma anche umanista: Vitoria aveva studiato a Parigi ed era conoscitore di Cicerone e di Seneca, oltre che di Tommaso d'Aquino) attingerà, pochi decenni più tardi, all'inizio del Seicento, il fondatore della Scuola giusnaturalistica moderna, il calvinista olandese Ugo Grozio. E dopo di lui, i tedeschi Samuel Pufendorf e Christian Wolff. Essi elaborarono – anche sulla base delle dottrine degli scolastici spagnoli – l'edificio imponente delle moderne dottrine del

¹⁷ G. Vismara, Vita di studenti e studio del diritto nell'Università di Pavia alla fine del Cinquecento, ora in Scritti di storia giuridica, 3, Milano 1987, pp. 147-215, alle pp. 197-199; M. C. Zorzoli, La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia (1535-1796), in "Studi di storia del diritto", I (1996), pp. 367-434.

¹⁸ H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, II, Neuzeit bis 1806, Karlsruhe 1966.

¹⁹ F. Vitoria, De Indis sive de iure belli Hispanorum, in Id., Relectio de Indis, Madrid 1967.

²⁰ B. de Las Casas, Brevísima relación de la destrucción de las Indias, Madrid [1999].

diritto naturale privato, pubblico e internazionale: nacquero così una teoria dei diritti inalienabili, una sistemazione nuova delle categorie giuridiche sulla base di concetti astratti e generali, un insieme di regole di diritto internazionale pubblico, una serie di formulazioni del fondamento contrattualistico del potere politico, una fondazione concettuale del diritto soggettivo ed altre dottrine di importanza basilare per il diritto privato e pubblico dell'età moderna²¹. Si moltiplicarono le teorie del contratto sociale, variamente formulate da Grozio, da Hobbes, da Pufendorf, da Locke e da molti altri. Da Salamanca a Leida (la grande università olandese del Seicento), da Leida ad Heidelberg (ove Pufendorf ricoprì nella facoltà di lettere la prima cattedra di diritto naturale in Europa, prima di trasferirsi a Lund in Svezia), dalla Spagna all'Olanda, dalla Francia alla Germania e da questa all'Austria e all'Italia; e viceversa – terre aspramente divise dalla politica e dalla religione – il transito di libri e di idee poteva sembrare impossibile: ma esso avvenne senza interruzione.

L'ambizione di disegnare le linee di un ordinamento giuridico eterno e assoluto, che può sembrare ingenua e utopistica, aprì ai giusnaturalisti la via per sottoporre le istituzioni del loro tempo, non di rado dotate di un radicamento plurisecolare, ad una critica implicita. Una critica che per le istituzioni politiche divenne invece esplicita nell'Inghilterra delle rivoluzioni del 1649 e del 1688 e che fu teorizzata dai Livellatori nei bellissimi dibattiti di Putnam del 1647²² e più tardi, diversamente, da Locke nei due *Trattati sul governo* del 1690. Essi sono alla base del moderno costituzionalismo europeo, con i principî sulla sovranità popolare, sulla separazione dei poteri, sui diritti di libertà dell'individuo.

Abbiamo qui la conferma di un fenomeno ricorrente nella storia: è spesso da circostanze storiche contingenti che nascono assetti istituzionali nuovi e nuove formulazioni teoriche destinate ad affermarsi in contesti anche molto lontani da quello originario. La specificità irripetibile della genesi di un istituto o di una regola giuridica non ne pregiudica necessariamente né l'irradiazione geografica né la durata nel tempo. Ancora in Inghilterra, fu la scarsa dimestichezza con la lingua inglese a distogliere il re Giorgio I di Hannover dal partecipare dopo il 1714 alle quotidiane riunioni del Consiglio di gabinetto²³: si affermò così una consuetudine destinata a prendere corpo in altri Stati moderni ispirati al modello inglese, ove le riunioni collegiali dei ministri presero a svolgersi non più alla presenza del re; il che condusse tra l'altro, nel tempo, all'ascesa del ruolo del primo ministro come presidente del consiglio.

Nato dal tronco della cultura giusnaturalistica, l'illuminismo giuridico settecentesco costituì, una volta di più, una corrente di pensiero non nazionale ma europea. La comune lingua della cultura, il latino, che tanto aveva facilitato la circolazione di libri ed idee dando vita in Europa a quella che si può ben chiamare una "repubblica della cultura giuridica", aveva ceduto il suo posto al francese: la

²¹ M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1986.

²² Putney, *Alle radici della democrazia moderna*, a cura di Marco Revelli, Milano 1997.

²³ F. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge 1950, p. 395.

lingua nella quale Maria Teresa d'Austria scriveva ai figli, nella quale l'opera sui delitti e sulle pene di uno sconosciuto patrizio milanese ventenne, una volta tradotta per iniziativa di Voltaire assurgeva in brevissimo tempo a notorietà europea, la lingua nella quale sino al primo Novecento dalla Spagna alla Russia si trattavano gli affari internazionali, le questioni politiche e persino le faccende di famiglia della borghesia e della nobiltà. Il grande dibattito sulle istituzioni aperto dal capolavoro di Montesquieu – a sua volta fondato su una conoscenza approfondita del modello costituzionale inglese – coinvolse ben presto l'Europa intera: la costituzione politica, l'amministrazione della giustizia, il sistema penale, la certezza del diritto, il regime fiscale, la libertà di stampa, i residui feudali, i privilegi del patriziato, le prerogative della Chiesa e tanti altri profili del diritto vennero sottoposti ad un vaglio critico al quale presero parte, come in contrappunto, intellettuali francesi, italiani, inglesi, tedeschi, olandesi e di molte altre terre d'Europa.

La grande svolta che condusse all'abbandono del diritto comune e all'avvento delle moderne codificazioni avvenne su questo terreno. L'esigenza, espressa già da Montesquieu, di leggi "semplici e chiare" e di giudici che si limitassero ad essere solo la "bouche de la loi"²⁴ condusse nel giro di pochi decenni alla riforma della giustizia civile e penale: e con essa all'istituzione di un ordine giudiziario e di una magistratura privati degli enormi poteri discrezionali usufruiti nell'*ancien régime*, all'abolizione della tortura, alla pubblicità dei processi, alla giuria popolare, alla codificazione del diritto civile, commerciale, penale e processuale. L'età delle Riforme – che conobbe i fasti asburgici del dispotismo illuminato e l'esplosione rivoluzionaria sul suolo di Francia – si comprende solo in questo contesto più ampio, in cui Voltaire e l'*Encyclopédie*, Beccaria e Filangieri, Locke e Bentham, Wolff e Kant costituiscono alcune voci in un coro polifonico nel quale, non va dimenticato, figurano anche i grandi protagonisti della rivoluzione federale americana, da Alexander Hamilton a Madison.

L'età contemporanea

Con le moderne codificazioni, tra la fine del Settecento e i primi anni dell'Ottocento, il diritto del continente si è per così dire statualizzato e nazionalizzato, non fosse che per l'abbandono del diritto romano comune – peraltro rimasto in vigore in Germania sino alla fine dell'Ottocento – e dei diritti particolari e locali. Assistiamo all'inizio di un'era, durata per due secoli sino al presente, caratterizzata dalla predominanza della legislazione statale quale fonte tendenzialmente esclusiva del diritto; anche se la cultura del romanticismo sovrappose a questa trama statualizzante la diversa prospettiva delle tradizioni nazionali e popolari (il *Volksgeist* di Savigny²⁵), rivalutando le radici romane e germaniche, antiche e medievali dei diritti europei. Scuola storica, razionalismo scientifico e positivismo legislativo – filiazioni rispettivamente dell'indirizzo culto, dell'indirizzo

²⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, VI. 3-4.

²⁵ F. C. von Savigny, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), Bologna 1968.

giusnaturalistico e dell'indirizzo riformatore – si intrecciano a formare il variopinto tessuto della cultura giuridica moderna²⁶.

A questo punto, con l'avvento dei codici e delle legislazioni nazionali, potrebbe sembrare cancellato il panorama di una plurisecolare civiltà comune del diritto europeo. Questo è vero se si riferisce all'esistenza di un comune diritto sovranazionale e sovrastatuale al di sopra dei tanti diritti locali e speciali. Ma proprio l'indagine storica rivela i mille legami che costantemente hanno connesso tra loro leggi, codici, dottrine, giurisprudenze dei diversi Paesi anche nel corso dell'età contemporanea. I diritti "nazionali" dell'Ottocento europeo sono il risultato di un continuo interscambio tra modelli legislativi e dottrinali che includono a pieno titolo anche il diritto inglese.

La giuria popolare introdotta in Francia nel 1791 si ispira espressamente al *trial by jury* del *common law*, anche se in realtà ne traspone le regole in un sistema profondamente diverso perché deliberatamente ostile alla cooperazione tra giudici togati e giudici popolari²⁷. A sua volta, il modello francese è alla base delle riforme processuali che introdussero la giuria sul continente alla metà dell'Ottocento. La variante tedesca dello scabinato – che vede riuniti in camera di consiglio giudici togati e giudici popolari, incaricati di decidere insieme sulla questioni di fatto e sulla questione di diritto – determina a sua volta le riforme introdotte nel corso del Novecento in Italia e in Francia riguardo alla struttura delle Corti d'assise. La disciplina germanica sulla cambiale introdotta nel 1848, caratterizzata dal principio dell'astrattezza che rende irrilevante la causa dell'obbligazione ai fini dell'esecutività, trapassa nelle leggi e nei codici degli altri Paesi europei. La legislazione commerciale inglese del secondo Ottocento sulle società per azioni, sugli assegni, sulle vendite all'asta, sull'ipoteca navale, sulle assicurazioni influenza direttamente la legislazione francese, la quale ispira a sua volta quella italiana²⁸. Il Belgio del secondo Ottocento adottò sui criteri di scelta dei giurati e sulle società per azioni soluzioni nuove che più tardi altri Paesi – tra i quali il Piemonte sabauda nel 1859 e il Regno d'Italia nel 1882 – recepirono con ulteriori perfezionamenti. Gli esempi di questo continuo e fittissimo interscambio potrebbero essere moltiplicati all'infinito, in ogni ramo del diritto.

Anche la giurisprudenza conobbe in taluni periodi una circolazione extranazionale: si pensi alle traduzioni italiane – soprattutto a Napoli – delle sentenze della Cassazione francese nella prima metà dell'Ottocento, quando i Codici della Restaurazione, derivati da quelli napoleonici, vennero commentati e applicati tenendo conto delle interpretazioni e dei precedenti giurisprudenziali francesi; o alle traduzioni italiane di sentenze austriache nel Lombardo veneto²⁹. Fu però soprattutto una parte della dottrina a favorire la conoscenza reciproca dei modelli legislativi

²⁶ F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* ed. it. a cura di U. Santarelli, Milano 1980.

²⁷ A. Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia dai Philosophes alla Costituente*, Milano 1994, p. 147-152.

²⁸ A. Padoa Schioppa, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992, pp. 79-88.

²⁹ M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia, repertorio delle opere tradotte nel secolo 19*, Napoli 1986-1987.

nazionali e locali. In Francia Jean Jacques Foelix e Ludwik Wolowski³⁰, in Germania Carl Anton Mittermaier, Joseph Kohler ed altri grandi giuristi e comparatisti, in Italia Emerico Amari³¹ documentarono sistematicamente, nelle pubblicazioni e nelle riviste giuridiche da loro dirette, le innovazioni legislative straniere favorendo un interscambio del quale l'esame dei lavori preparatorii dei Codici e delle leggi di ciascun Paese dimostra puntualmente la fecondità. Anche le discussioni parlamentari sono rivelatrici – nel regno sabauda prima e dopo l'Unità, in Francia, in Belgio, in Germania – di una cultura transnazionale.

Quanto alla dottrina giuridica, l'Ottocento fu percorso da una fitta trama di scambi intellettuali tra i diversi Paesi europei. Basterebbe rammentare le ramificazioni in Belgio o in Italia della Scuola dell'esegesi fiorita nella Francia post-napoleonica. E, più tardi, nella seconda metà del secolo, l'immensa fortuna europea della Scuola pandettistica germanica e del suo metodo scientifico culminato nell'opera di Bernard Windscheid³², sul quale si formarono generazioni di studiosi e di professori non solo italiani sino alla prima guerra mondiale. Ma anche le teorie innovatrici di François Gény sull'interpretazione³³, di Eugen Ehrlich sulla sociologia del diritto³⁴, di Georg Jellinek sul diritto pubblico³⁵ e di tanti altri studiosi anche italiani (si pensi a Vittorio Emanuele Orlando, a Giuseppe Chiovenda, a Cesare Vivante) ebbero fortuna europea.

È un processo che non si arrestò neppure nel corso della prima metà del ventesimo secolo, nell'epoca in cui pure il nazionalismo conobbe in Europa la sua apoteosi (e con essa le sue più nefaste degenerazioni). Si consideri, ad esempio, la formazione del Codice civile del 1942. Accanto alla matrice francese e napoleonica, accanto alla conservazione di non pochi elementi del Codice Pisanelli del 1865, accanto alle numerose innovazioni originali – introdotte in tema di persone fisiche e giuridiche, famiglia, diritti reali, obbligazioni e contratti, lavoro, impresa, società, tutela dei diritti – i lavori preparatorii del nostro Codice civile vigente dimostrano l'influenza di altri modelli: tra essi il Codice svizzero delle obbligazioni del 1882, che aveva unificato il diritto civile e il diritto commerciale; e il BGB tedesco del 1899, dal quale vennero tratte (tra l'altro) la disciplina dell'azione per arricchimento ingiusto e la frequente previsione legislativa delle cosiddette clausole generali, che fanno riferimento a canoni quali la correttezza o la buona fede o la

³⁰ "Themis", dal 1819; "Revue de législation et de jurisprudence", sous la direction de L. Wolowski, dal 1834; "Revue étrangère et française de législation" par Jean Jacques Foelix, dal 1844.

³¹ E. Jayme, *Emerico Amari e il diritto coparato come scienza*, in "Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova", 22 (1988-89), pp. 557-575.

³² B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, trad. it con note di C. Fadda e E. Bensa *Il diritto delle Pandette*, 5 voll..

³³ F. Gény, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 1919.

³⁴ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), trad. it. I fondamenti della sociologia del diritto, Milano 1976.

³⁵ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentilichen Rechten*, Tübingen 1905; trad. it. di V. E. orlando *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano 1912.

ragionevolezza, finalizzate ad affidare al giudice un margine di valutazione che si rapporta a criteri propri del comune sentire e della società e civile, criteri non necessariamente immutabili nel tempo.

Se infine osserviamo l'evoluzione del diritto nell'Europa della seconda metà del secolo appena concluso, gli elementi di una comune civiltà del diritto si accentuano ancora, perché al di là degli scambi tra modelli legislativi nazionali (invero non più molto frequenti), si manifesta il fenomeno nuovo e imponente della formazione di un diritto dell'Unione europea. Nasce così, al di sopra delle legislazioni nazionali, un diritto unico che a sua volta genera, in virtù dei trattati, un diritto uniforme sul terreno dell'economia. Il carattere europeo di questo grande sistema normativo non risiede soltanto nel fatto che esso è comune all'insieme dei paesi membri dell'Unione, ma anche nella varietà e nella complementarietà degli apporti nazionali che l'hanno creato e sviluppato.

L'impianto giuridico e istituzionale dei Trattati della Ceca e del Mercato comune (1951 e 1957) è dovuto all'iniziativa di un francese, Jean Monnet, coadiuvato da Pierre Uri³⁶. Ma l'impostazione mirante a far precedere l'unificazione politica del nostro continente dall'unificazione della legislazione economica si ispira al modello tedesco dell'Ottocento, allo *Zollverein* e al Codice di commercio germanico del 1861, dunque di alcuni anni precedente all'unione politica. Tale modello è stato più tardi, nel corso degli anni Ottanta, in parte superato dal diverso modello della "concorrenza tra norme" frutto del mutuo riconoscimento normativo tra i diversi ordinamenti nazionali³⁷. Il più lungimirante tentativo di riforma del sistema istituzionale comunitario – il Progetto del Parlamento europeo del 1984³⁸ – fu promosso dall'altro grande padre ispiratore dell'Unione europea, l'italiano Altiero Spinelli³⁹. Il mercato unico si è realizzato con la messa a punto di oltre 300 direttive comunitarie la cui mappa precisa e dettagliata fu disegnata da un inglese, Lord Cockfield. E gli esempi potrebbero continuare: senza dimenticare la giurisprudenza della Corte di giustizia, autrice di sentenze decise collegialmente da giudici di diversi paesi e di diversa formazione e tradizione. L'edificio comunitario è dunque il frutto dell'apporto di culture giuridiche e politiche di più Paesi europei.

Storie giuridiche nazionali e prospettiva europea

Se tutto questo è vero, se l'evoluzione del diritto in Europa rivela ad ogni passo l'esistenza di stretti rapporti reciproci tra regioni e tra stati, occorre allora porsi due interrogativi. È necessario, o quanto meno utile, adottare una prospettiva europea anche nello studio dei diritti nazionali, locali o particolari? Esistono profili di un'identità propria della storia del diritto in Europa, nel

³⁶ J. Monnet, *Mémoires*, Paris 1976, pp. 348-359.

³⁷ Commissione Europea, *Libro Bianco*: Doc. Comm. 310 (1985).

³⁸ *Projet de Traité instituant l'Union européenne*, Février 1984, edito dal Parlamento Europeo.

³⁹ A. Spinelli, *Discorsi al Parlamento europeo 1976-1986*, Bologna 1987.

duplice senso dell'esistenza di elementi comuni alla storia delle diverse regioni europee e di elementi specifici della civiltà giuridica europea rispetto ad altre civiltà?

Quanto al primo punto, sarà sufficiente osservare che là dove – in una riforma legislativa, in una consuetudine, in una dottrina – si rivela la traccia di modelli lontani nello spazio o nel tempo, lo studio del rapporto tra la matrice originaria e la sua traduzione in terre e contesti diversi è essenziale ai fini di una corretta comprensione storica. La conoscenza dei modelli italiani permette di cogliere le caratteristiche delle istituzioni comunali d'oltralpe dei secoli dal XII al XV che si ispirarono ai nostri comuni. La riforma che nel 1499, durante il breve dominio francese, introdusse nel ducato di Milano la suprema magistratura del Senato fu ispirata al modello del Parlamento di Parigi, con i suoi poteri di controllo formale e sostanziale sulla legislazione regia mediante la procedura della registrazione; e l'esame del modello d'oltralpe consente di cogliere quanto di tralazio (tramandato dall'età viscontea), quanto di imitativo rispetto al diritto francese, infine quanto di originale vi sia nella struttura del grande tribunale milanese che, recepito dal Carlo V nelle Costituzioni del 1541, dominò per quasi tre secoli, sino al Giuseppe II, la scena della giustizia lombarda.

Il confronto permette di cogliere i profili comuni e i profili originali di un istituto, di una dottrina, di una consuetudine. La fecondità di questi collegamenti nella ricerca storico-giuridica vale, naturalmente, anche per la trasmigrazione di modelli tra località vicine, ad esempio tra gli statuti delle città italiane confinanti, o tra le varie *coutumes* delle province francesi. E vale altresì per gli ordinamenti di derivazione europea più lontani nello spazio, dai territori di dominazione veneziana o genovese nel Mediterraneo alle colonie spagnole e portoghesi nell'America meridionale: perché va sottolineato che la storia del diritto europeo è anche la storia dei trapianti di moduli inglesi, francesi, spagnoli, tedeschi, olandesi ad altre regioni del pianeta. Sono trapianti spesso sorprendenti in ragione delle variazioni talora anche radicali apportate alle regole giuridiche dallo Stato dominante nell'atto di legiferare per le proprie colonie. Essi sono significativi sia per la storia delle terre dominate, sia per quella dello stato dominatore.

La storia del diritto degli Stati Uniti deve considerarsi una filiazione del *common law*: una filiazione originale nei risultati già a partire dalla costituzione federale del 1787, ma indubbiamente nata sul tronco di una cultura religiosa e civile di matrice europea. È a questo proposito assai significativo che proprio negli Stati Uniti si sia risvegliato, per merito precipuo di un professore di Harvard, un interesse acuto per le comuni radici storiche del diritto occidentale: un'opera di Harold Berman edita nel 1983⁴⁰ ha creato e diffuso la formula di una comune "tradizione giuridica occidentale" ("Western Legal Tradition") il cui insegnamento è ormai presente, in varia misura, nelle grandi Law Schools americane.

Storia del diritto occidentale, allora, o storia del diritto europeo? Senza affatto negare la possibilità della prima (che peraltro nessuno ha sin qui disegnato, poiché lo stesso Berman ha inteso scrivere

⁴⁰ H. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass. 1983.

una storia del diritto europeo per l'età precedente alla formazione degli Stati Uniti), ritengo che la seconda formula abbia la sua giustificazione non solo sino alla fine del Settecento ma anche con riferimento agli ultimi due secoli. La storia del diritto europeo (inclusiva del diritto inglese) ha in effetti sviluppato la sua evoluzione in modo autonomo rispetto a quella degli Stati Uniti sino a tempi alquanto recenti: è solo dagli anni Settanta del Novecento che il modello americano – specie nel diritto dell'economia – ha influito sempre più fortemente sulla legislazione, sulla dottrina e sulla prassi dei Paesi europei⁴¹. Senza peraltro, con ciò, sostituirsi ad una tradizione giuridica europea che tuttora mantiene – nella legislazione sociale, nella disciplina degli ordini professionali, nei rapporti agrari e industriali e in tanti altri campi; ed anche nell'impostazione di metodo della dottrina⁴² – profili suoi propri rispetto a quelli del diritto americano. Sono profili derivati dalla storia politica, culturale e sociale del nostro Continente, che è ben diversa – non fosse che per le influenze esercitate in Europa dal marxismo, dal socialismo democratico, dalla mutualità, dalla dottrina sociale della Chiesa, dagli stessi regimi autoritari tra le due guerre – da quella d'oltre Atlantico. Basterebbe a confermarlo un confronto tra il diritto dell'Unione europea e quello statunitense nei diritti sociali, nei rapporti di lavoro e nella disciplina della vita economica.

Per tracciare le linee della storia giuridica europea occorre dunque non trascurare la comparazione tra i modelli legislativi, dottrinali, giurisprudenziali o notarili trasmigrati da una terra ad un'altra, per forza propria o per imposizione politica. Ed è d'altra parte importante, se si voglia conseguire una visione di sintesi, il confronto con modelli storico-giuridici anche esterni all'Europa. Così come i tratti comuni alle istituzioni dei vari Stati italiani di *ancien régime* erano spesso colti più agevolmente dagli stranieri in visita durante il Grand Tour o dagli italiani emigrati a Londra o a Vienna o a Parigi, anche e soprattutto i profili originali della storia giuridica d'Europa si scorgono forse meglio collocandosi idealmente al di fuori dell'Europa stessa, nel confronto con realtà storicamente e geograficamente lontane: da Bisanzio all'Islam, dall'India alla Cina. Come insegnava Frederic Maitland, la storia implica la comparazione, “history involves comparison”.

L'identità europea nella storia del diritto

Quest'ultima considerazione conduce al secondo interrogativo che ci siamo posti, nella sua doppia articolazione: se al sopra delle distinte identità dei diritti municipali, regionali, nazionali del passato remoto e recente – identità legislative, consuetudinarie, giurisprudenziali – vi siano anche

⁴¹ Si pensi al *leasing*, o al *franchising*, o alla disciplina dei titoli mobiliari, o alla disciplina delle Autorità sulla concorrenza e sulla borsa, o alle istituzioni e alle procedure per la certificazione dei bilanci societari e così via; ma anche alla riforma italiana del processo penale del 1988, certo almeno in parte ispirata al modello accusatorio statunitense, che la televisione ha del resto ormai reso familiare anche ai non giuristi.

⁴² Per una efficacissima rappresentazione di questa perdurante estraneità della dottrina giuridica europea rispetto a quella statunitense, e viceversa, nonostante i molti contatti e scambi accademici, si vedano le considerazioni di R. Hyland, *Shall we dance?*, in *Codici, una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano 2002, pp. 377-407.

elementi che permettano di ravvisare un'identità europea nella storia del diritto. Si possono cioè enucleare profili comuni e profili specifici della storia giuridica dell'Europa?

Esistono anzitutto i due vasti complessi di regole e di istituzioni che, nate prima della formazione dell'Europa medievale, sono fondamentali per tutta la sua storia successiva: il diritto romano e il diritto della Chiesa. Entrambi questi diritti hanno avuto in Europa una storia complessa che li ha profondamente trasformati rispetto alle origini antiche. Il diritto romano del *Corpus iuris* – consegnato per il futuro ad un'Europa che ancora non esisteva da un imperatore bizantino senza il quale i tesori della giurisprudenza romana sarebbero andati per sempre perduti – ha assunto con la nuova scienza del diritto comune di matrice bolognese una struttura metodologica diversa sia da quella della Roma classica sia da quella del diritto dell'Oriente bizantino. Nuovo è in effetti il doppio canone fondamentale introdotto dai Glossatori, di interpretare ogni testo di legge nel contesto di tutti gli altri passi della compilazione e di applicare a tutti i casi possibili, in virtù del principio di analogia, la normativa scritta di un unico codice di leggi: due criteri sopravvissuti, tra l'altro, alla crisi del diritto comune e tuttora ben vivi nei sistemi di diritto codificato degli ultimi due secoli.

Il diritto canonico della Chiesa d'occidente – il diritto del Decreto di Graziano e delle raccolte di Decretali pontificie dei secoli XII e XIII – ha a sua volta conosciuto svolgimenti distinti da quelli della Chiesa d'Oriente, attraverso un cammino iniziato ben prima dello scisma del 1054. Fu la Chiesa a trasmettere alle regioni d'Europa che Roma non aveva conquistato, al di là del Reno e del Danubio, dalla Scandinavia alla Polonia, gli istituti e le regole del diritto canonico e, attraverso di esso, le regole del diritto romano che la Chiesa aveva recepito con larghezza. La Riforma protestante interruppe l'unità religiosa e istituzionale dell'Europa cristiana, ma non cancellò questa comune matrice.

Vi sono poi numerosi e importanti istituti giuridici che nel passato hanno conosciuto in Europa una fortuna generale, o comunque molto ampia e diffusa. Si pensi a istituti quali la signoria fondiaria, il vassallaggio, i regimi fiscali di natura reale e personale, le decime, i benefici ecclesiastici, lo *ius commune*, gli ordinamenti delle comunità urbane e rurali, le corporazioni di mestiere e professionali, lo statuto giuridico della donna, il processo civile romano-canonico, il sistema penale, le regole di governo e di autogoverno del patriziato. Si pensi alle dottrine sui limiti religiosi e legali del potere regio, di origine prevalentemente canonistica ma variamente riprese nel Duecento in Francia, in Germania, in Inghilterra da giuristi influenti quali Beaumanoir, Bracton e dall'autore del *Sachsenspiegel*, e vive per secoli sino alle moderne teorizzazioni di Jean Bodin, di Althusio e di tanti altri autori. Trasformate nel corso del tempo, e poi progressivamente abbandonate, queste e tante altre regole e istituzioni possono considerarsi patrimonio comune della storia d'Europa, anche se furono realizzate in forme molto varie nelle diverse regioni del Continente e nelle diverse età.

Naturalmente non va taciuto che l'Europa ha creato al suo interno e trasmesso all'esterno anche modelli giuridici e istituzionali di altro segno, alcuni dei quali ormai scomparsi, altri tuttora vivi in

gran parte del pianeta. Tra questi occorre menzionare almeno l'ideologia della sovranità illimitata dello Stato nazionale, esercitabile al di sopra e al di fuori di ogni precostituito limite legale o istituzionale. Nata alla fine del medioevo, questa ideologia ha dispiegato tutte le sue potenzialità solo nell'età moderna e contemporanea, allorché si è giunti a teorizzare lo Stato quale valore supremo e addirittura "sacro", per il quale il sacrificio della persona e della vita individuale e collettiva non è solo suggerito, ma imposto. Un'ideologia dalla quale sono scaturite due guerre mondiali, entrambe di matrice europea.

Vi sono infine profili del diritto pubblico e privato, istituti e principi che, nati in Europa, hanno caratterizzato sino al presente la nostra civiltà giuridica, non di rado affermandosi ben al di là del nostro Continente. Ci limitiamo a citarne alcuni di particolare rilevanza. Ognuno di essi ha formato l'oggetto di molteplici indagini storiche, ma il compito di tentarne una sintesi storica nel quadro della civiltà europea non è stato sinora affrontato adeguatamente e richiederà in futuro molta attenzione.

Fondamentale è la distinzione tra la sfera temporale e la sfera spirituale: una distinzione che – presente con mille variazioni nella storia dell'Europa occidentale dall'età di Ambrogio vescovo di Milano in poi ed ancorata ad un singolo detto evangelico⁴³ – non comporta affatto l'assenza di interrelazioni tra le due sfere. La storia del diritto europeo – da papa Gelasio I a Carlo Magno, da Gregorio VII a Filippo il Bello di Francia, da Enrico VIII d'Inghilterra a Filippo II di Spagna, da Giuseppe II d'Austria a Napoleone; e sino al presente – è in larga misura proprio la storia di queste interrelazioni, fondate su una comune fede religiosa. Il regime giuridico delle terre della chiesa, i rapporti tra le giurisdizioni secolari e quella ecclesiastica, le regole sul matrimonio, lo statuto giuridico del clero, la disciplina dei reati, il regime fiscale, la libertà religiosa, l'ordinamento scolastico e molti altri aspetti del diritto pubblico e privato segnano alcuni dei fronti sui quali si è svolto nei secoli, in Europa, il difficile rapporto tra Chiesa e Stato, tra sfera religiosa e sfera civile, nel tentativo di stabilire cosa va dato a Cesare e cosa a Dio. Un'analogia linea di tendenza verso la distinzione e la separazione delle due sfere non si riscontra, per ragioni storiche ogni volta profondamente differenti, né nell'Oriente bizantino, né nella tradizione ebraica, né nell'Islam, né nella Cina classica e moderna.

Un rilievo capitale riveste la concezione della pari dignità di ogni singola persona, anch'essa espressa nei testi evangelici. Dalla identica legittimazione religiosa di ogni essere umano (di fronte a Dio cade ogni distinzione tra schiavi e liberi⁴⁴) è scaturita nel corso della storia europea una infinita serie di conseguenze ideali e concrete. La condanna della schiavitù e della servitù, l'affermazione dei diritti dell'uomo, la parità giuridica della donna – ma anche le istituzioni che assicurano le libertà individuali, la partecipazione politica, la tutela dei lavoratori, il sostegno agli emarginati, la difesa del contraente debole nel diritto civile e tante altre ancora – costituiscono la

⁴³ "Date a Cesare quel che è di Cesare, a Dio quel che è di Dio": Marco 12. 17; Matteo 22. 21; Luca 20. 25.

⁴⁴ S. Paolo, *1Cor.* 12. 12-14; *Col.* 3.11.

versione secolarizzata di valori nati originariamente sul terreno religioso. Lo svolgimento di questo processo, le radici culturali di coloro che in diverse età e in diversi contesti storici scrissero e si batterono per ottenere riforme coerenti con questi valori – spesso in contrasto con tradizioni secolari e con interessi corposi accanitamente difesi dai ceti, dai sovrani e talora anche dalla stessa Chiesa – è in molti casi ancora da studiare. Va sottolineato che questa tensione ideale si è tradotta in regole giuridiche⁴⁵: forse proprio sul terreno del diritto essa ha conseguito i risultati più concreti e duraturi, lungo un arco di tempo che si misura con il metro dei secoli e che giunge sino al presente. È un cammino tuttora incompiuto, che innegabilmente trova in Europa le proprie radici storiche.

Di matrice europea sono le istituzioni della democrazia, concepite come insieme di regole fondate su una legittimazione del potere derivante dal consenso espresso dai singoli componenti di una comunità politica e periodicamente rinnovato: un processo che dalle vivacissime autonomie comunali giunge, con vistose oscillazioni, sino al moderno suffragio universale del XX secolo, attraverso una mutazione genetica che ha progressivamente trasformato i “sudditi” in “cittadini”. Europea è l’elaborazione delle regole sui modi di deliberazione collettiva, a cominciare dal principio maggioritario, che per l’elezione del papa il diritto canonico introdusse sin dall’anno 1079⁴⁶; una questione, quella delle decisioni a maggioranza, sulla quale oggi si sta giocando niente di meno che il futuro della costruzione europea. In Europa è nato il principio della separazione, o meglio dell’equilibrio tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario dello Stato: principio ignoto al mondo antico e medievale e protomoderno, realizzato per la prima volta nell’Inghilterra del Seicento e ripreso più tardi in forme diverse sul Continente a partire dal 1789.

Europea è l’istituzione di un ceto di giuristi di professione, formati nelle università (così gli avvocati e i giudici del continente) ovvero all’interno delle corporazioni professionali (così i giudici inglesi; così i notai dei paesi latini), responsabili per secoli non solo dell’amministrazione del diritto e della giustizia ma anche protagonisti diretti – prima della svolta di fine Settecento – dell’elaborazione di una gran parte delle regole giuridiche valide per l’intera società. Anche la storia delle strutture proprie del ceto forense è una storia europea. In Europa è nata una specifica branca del diritto per i rapporti economici, il diritto commerciale, assente nei sistemi giuridici della Roma classica e postclassica. Europea è l’elaborazione della moderna configurazione delle persone giuridiche a responsabilità limitata, la disciplina delle fondazioni e delle società per azioni. All’Europa del continente risale l’iniziativa della sistemazione del diritto pubblico e privato in testi organicamente concepiti e deliberatamente onnicomprensivi, i moderni codici. Europea è la configurazione dottrinale e costituzionale dello “stato di diritto”, che vincola anche il massimo ente politico, lo Stato sovrano, al rispetto delle regole legali nei confronti dei cittadini.

⁴⁵ Basti por mente alla Dichiarazione dei diritti francese del 1789 e alle sue numerose filiazioni, sino a quella delle Nazioni Unite del 1948 e alla Carta europea dei diritti approvata a Nizza nel 2000.

⁴⁶ Sinodo Lateranense III, c. 1 (= Liber Extra 1. 6. 6) in Conciliorum Oecumenicorum Decreta, Bologna 1975, p. 187.

E ancora. Tipico della civiltà giuridica europea è il richiamo alla storia e alla tradizione come leva per le riforme volute per il presente: un procedimento che ritroviamo sempre di nuovo, dai riferimenti al cristianesimo primitivo compiuti dalla Chiesa della riforma gregoriana alle citazioni umanistiche di testi stoici sulla giustizia, dai rinvii dei Costituenti francesi alle istituzioni della Roma repubblicana ai richiami di oggi alle radici medievali del principio di sussidiarietà. E così pure è tipica dell'Europa la capacità, messa in luce da un'opera recente di Rémi Brague⁴⁷, di ricavare sempre nuovi spunti innovativi da testi antichi – greci, ebraici, romani, cristiani; religiosi, poetici, filosofici, giuridici – conservati o riscoperti nella loro genuinità e continuamente riletti, analizzati, citati e valorizzati alla luce delle esigenze del presente: assimilati e riassimilati, ma non sino al punto da trascurarne la tradizione diretta (come fece per contro l'Islam, fuori che per il Corano), e dunque sempre di nuovo interpretabili. *Last not least*: europea è la creazione dell'università come centro di formazione superiore per le professioni intellettuali, ove l'insegnamento è impartito da professori che sono in pari tempo impegnati nella ricerca scientifica⁴⁸.

Basterà l'enunciazione di questi pochi elementi – cui altri se ne potrebbero aggiungere – per comprendere quanto complesso sia l'esame della loro genesi e quanto variamente modulata la loro storia nelle singole regioni d'Europa. Ma anche quanto vi sia di proprio e di comune all'Europa intera in questo insieme di principî, di istituzioni e di regole che per molti aspetti – ormai non più *ratione imperii* ma anche e soprattutto *imperio rationis* – sono divenute o stanno divenendo planetarie.

Conclusione

La ricerca storico-giuridica non potrà non dedicare anche in futuro la parte maggiore delle sue risorse allo studio di personaggi nati e operanti nei singoli Paesi e all'esame di specifiche realtà territoriali, valorizzando sempre meglio le caratteristiche e le infinite varietà delle tradizioni municipali, regionali ed anche nazionali. Ma la prospettiva europea sulla quale abbiamo qui attirato l'attenzione comporta una doppia direzione di marcia ulteriore: da un lato, l'attenzione rivolta ai contatti reciproci, agli scambi pressoché ininterrotti di modelli, alle fecondazioni incrociate di dottrine consuetudini leggi tra i diversi Paesi europei, dall'altro l'identificazione di ciò che è comune alla storia del diritto del nostro continente: comune perché fondato sui medesimi testi o sulla medesima tradizione antica, ovvero perché, nato in un luogo e in un momento preciso, si è poi diffuso, con variazioni, in altre terre d'Europa. Crediamo risulti evidente quanto vasto sia il campo di ricerche che si apre alla ricerca storico-giuridica delle prossime generazioni di studiosi, dal momento che l'esame di questi intrecci e il disegno ad alta definizione di questo immenso quadro richiede molteplici competenze linguistiche, storiche e giuridiche. Esso postula anche una fruttuosa collaborazione scientifica e didattica tra professori dei diversi Paesi europei.

⁴⁷ Europe, la voie romaine, Paris 1992, trad. it. Il futuro dell'Occidente, Milano 1998)

⁴⁸ Irnerio "cepit per se studere in libris nostris et *studendo* incipit docere in legibus": così Odofredo a proposito del fondatore della Scuola di Bologna.

Altrettanto evidente è la ricaduta di questa impostazione sull'insegnamento storico-giuridico presso le facoltà di giurisprudenza, attraverso la messa a punto di corsi di storia del diritto di taglio differenziato per territorio (municipale, regionale, nazionale ed europeo) ma anche per settore (civile, penale, processuale, amministrativo, internazionale e così via). Una formazione ben consapevole della storicità del diritto è funzionale alla formazione del giurista di domani, in un contesto di regole e di istituzioni nel quale le legislazioni nazionali non solo conoscono oggi una continua e rapidissima evoluzione, ma si avviano ad essere fortemente ridimensionate rispetto al ruolo svolto negli ultimi due secoli. Siamo ormai in presenza di un ordinamento a più livelli – municipale, regionale, nazionale, europeo – in cui il giurista dovrà sapersi muovere facendo spazio anche alle fonti sovrastatali e alle fonti non legislative, alla consuetudine, alla dottrina e alla giurisprudenza, ispirandosi in ciò ad una prospettiva che una volta di più affonda le sue radici nella storia giuridica europea.

Un'ultima osservazione. Non è un caso che proprio ora si impongano all'attenzione degli storici, accanto al modello della genesi dello stato nazionale di matrice inglese e francese, anche i modelli di stato propri di tradizioni differenti, i modelli delle autonomie locali e regionali, i modelli istituzionali dei piccoli Stati, propri di tante regioni d'Europa dal medioevo sino all'età moderna, ma anche il modello dell'impero sovranazionale e sovrastatale delineato da Cino da Pistoia e da Dante Alighieri con talune anticipazioni del principio di sussidiarietà che oggi ci appaiono sorprendenti. Più in generale, non è un caso che la prospettiva di una storia del diritto europeo si stia delineando in questi anni, così come le storie dei diritti nazionali si erano sviluppate nel corso dell'Ottocento.

Ora come allora è il presente a dischiudere vie nuove alla ricerca storica: la dimensione europea della storia del diritto è divenuta chiara solo quando il processo di integrazione politica ed economica del nostro continente ha iniziato il suo corso reale: "vita magistra historiae".

Nota bibliografica

Indichiamo qui alcune opere di sintesi – molto diverse tra loro quanto all'arco cronologico, al metodo, al taglio espositivo e ai temi trattati – che hanno in comune la scelta di una prospettiva europea:

Aguilera-Barchet B., *Entre Estado y Nación, Sociedad, poder y derecho de la prehistoria à la integración europea*, Madrid 2011; trad. ingl. Id., *A History of Western Public Law*, Springer CH 2015

Ascheri M., *Introduzione storica al diritto medievale*, Torino 2007

Ascheri M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino 2003

Ascheri M. (a cura di), *Lezioni di storia delle Codificazioni e delle Costituzioni*, Torino 2008

Barberis, *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna 2004

Berman H., *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) 1983;

Id., *Law and Revolution, II, The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) – London 2003

Birocchi I., *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002

- Caenegem R.C. van, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge 1992; Id., *Introduzione storica al diritto privato*, Bologna 2004
- Cannata C.A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, II, Dal Medioevo all'epoca contemporanea*, Torino 1989
- Caravale M., *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012
- Caravale M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994
- Cavanna A., *Storia del diritto in Europa, le fonti e il pensiero giuridico, I-II*, Milano 1984-2005
- Coing H. (hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 7 voll., München 1973-1986
- Coing H., *Europäisches Privatrecht*, 2 voll., München 1985-1989
- Cortese E., *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995, 2 voll.
- Dawson J.P., *Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968
- Fassò G., *Storia della filosofia del diritto*, 3 voll., Bologna 2001-2002
- Fioravanti M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino [1995]; Id.(ed.), *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002
- Gaudemet J., *Les naissances du droit*, Paris 1997
- Gordon G., *European Legal History: Sources and Institutions*, London 2000
- Gorla G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981
- Grossi P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007
- Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995
- Halpérin J.-L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris 2004
- Halpérin J.-L., *Five Legal Revolutions Since the 17th Century, An Analysis of a Global Legal History*, Springer Heidelberg 2014
- Hattenhauer H., *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 1992
- Hespanha A., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 2003
- Kelly A., *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna 1996
- Koschaker P., *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962
- Leca L., *La république européenne: introduction à l'histoire des institutions publiques et des droits communs de l'Europe*, Aix-en-Provence 2000
- Lesaffer Randall J.M., *European Legal History*, Cambridge 2009
- Mannori L. – Sordi B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001
- Oestmann P., *Wege zur Rechtsgeschichte, Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Wien 2015
- Padoa-Schioppa A. (ed.), *Legislation and Justice*, Oxford 1997
- Padoa-Schioppa A., *Il diritto nella storia d'Europa, Il medioevo, I*, Padova 2005
- Robinson O.F., Fergus T.D., Gordon W.M., *European Legal History*, London Edinburgh 2000

- Schmoeckel M., *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung: 2000 Jahre Recht in Europa*, Köln 2005
- Schulz (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektive der Forschung*, Berlin 1991
- Shaffern R.W., *Law and Justice from the Antiquity to Enlightenment*, Lanham Maryland 2009
- Stein P., *I fondamenti del diritto europeo: profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano, 1987
- Stein P., J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano 1981
- Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976
- Torrent Ruiz A., *Fundamentos del derecho europeo*, Madrid 2007
- Vincenti Umberto, *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari 2010
- Wesel Uwe, *Geschichte des Rechts, von den Frühformen bis zum Gegenwart*, München 2014⁴
- Wesel Uwe, *Geschichte des Rechts in Europa, Von den Griechen zum Vertrag von Lissabon*, Muenchen 2010
- Wesener G., *Storia del diritto privato in Europa*, Padova 1999
- Wieacker F., *Storia del diritto privato moderno*, 2 voll., Milano 1980