

Antonio Padoa Schioppa

Verso una storia del diritto europeo¹

L'età contemporanea

[...] 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 Uri². 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 nazionali³. Il più lungimirante tentativo di riforma del sistema istituzionale comunitario – il Progetto del Parlamento europeo del 1984⁴ – fu promosso dall'altro grande padre ispiratore dell'Unione europea, l'italiano Altiero Spinelli⁵. 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.

¹ Queste sono le pagine finali della 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.

² J. Monnet, *Mémoires*, Paris 1976, pp. 348-359.

³ Commissione Europea, *Libro Bianco*: Doc. Comm. 310 (1985).

⁴ *Projet de Traité instituant l'Union européenne*, Février 1984, edito dal Parlamento Europeo.

⁵ A. Spinelli, *Discorsi al Parlamento europeo 1976-1986*, Bologna 1987.

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 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 1983⁶ 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 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 europei⁷. 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 dottrina⁸ – 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”.

⁶ H. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass. 1983.

⁷ 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.

⁸ 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.

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 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 evangelico⁹ – 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'analoga 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 liberi¹⁰) è scaturita nel corso della storia europea una

⁹ "Date a Cesare quel che è di Cesare, a Dio quel che è di Dio": Marco 12. 17; Matteo 22. 21; Luca 20. 25.

¹⁰ S. Paolo, *1Cor.* 12. 12-14; *Col.* 3.11.

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 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 giuridiche¹¹: 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 1079¹²; 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

¹¹ 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.

¹² Sinodo Lateranense III, c. 1 (= Liber Extra 1. 6. 6) in Conciliorum Oecumenicorum Decreta, Bologna 1975, p. 187.

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.

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 Brague¹³, 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 scientifica¹⁴.

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.

¹³ Europe, la voie romaine, Paris 1992, trad. it. Il futuro dell’Occidente, Milano 1998)

¹⁴ Irnerio “cepit per se studere in libris nostris et *studendo* incipit docere in legibus”: così Odofredo a proposito del fondatore della Scuola di Bologna.