



## LA PERSONA NEI DIVERSI ORDINAMENTI GIURIDICI

GELSOMINA SALITO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del concetto di persona. – 2. La persona nelle prime codificazioni moderne: profili introduttivi. – 3. L'esperienza francese: il *Code civil*. – 4. Il modello tedesco: il BGB. – 5. La soluzione austriaca ed il suo divergere dall'ARL prussiano. – 6. La deliberata incompletezza dello ZGB. – 7. Il *Codice civile* e la centralità costituzionale dell'individuo. – 8. La persona all'interno dell'ordinamento italiano. – 9. Le peculiarità del *common law* e la difficile enucleazione della nozione. – 10. Il modello americano di *common law*. – 11. La persona nel sistema islamico.

1. “*Parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*”(I, 1, 1, 12). Sin dall'antichità – come si evince dal celebre passo delle Istituzioni di Giustiniano – la persona ha costituito e rappresentato il fulcro del diritto, il *νοούμενον*, per così dire, di ciascun ordinamento, di cui kantianamente da sempre sottende i principi e la disciplina delle singole fattispecie normative. Eppure la relativa nozione non nasce in ambito giuridico, al quale, al contrario, almeno inizialmente, si rivela estranea, essendo finalizzata piuttosto a designare la “maschera” di teatro impiegata per amplificare (*per sonare*) la voce dell'attore. L'etimologia del termine (che deriva dall'etrusco *phersu* e, prima ancora, dal greco *πρόσωπον*) esprime, infatti, letteralmente “ciò che sta davanti allo sguardo”, e, quindi, nel concreto della rappresentazione teatrale, il costume indossato dagli interpreti per mettere in scena i diversi ruoli e comunicare al pubblico, attraverso il cambio delle vesti, il differente personaggio di volta in volta impersonato.

Il lemma *persona*, pertanto, solo in senso traslato designava l'individuo ed il suo agire sul palcoscenico del mondo, senza che ad esso potesse essere ascritta o ricondotta qualsivoglia allusione alla sua capacità all'interno del diritto. Espressioni quali *personam gerere* o *sua ipsa persona*, proprie del gergo ciceroniano, ancorché rinviassero precipuamente all'idea di “rappresentare qualcuno” o di “operare in nome proprio”, non superavano, tuttavia, la sfera del fatto, del dato materiale ed ontologico: il richiamo sottile ed a tratti impercettibile all'attività gestoria o, più in generale, al concetto di rappresentanza, che pur evocavano, restava, infatti, sullo sfondo, quale prodromo possibile della futura evoluzione giuridica. Difettava, altresì, una considerazione olistica della persona, in senso fisico e psichico e nelle rare ipotesi in cui affiorava risultava legata, comunque, a specifiche esigenze di diritto penale o criminale ovvero alla disciplina di *quod ad personas pertinet*, come nel I libro delle *Institutiones* di Gaio.

Per il resto, ai romani era sconosciuto il momento dell'elaborazione dogmatica dei concetti e parimenti ignota era l'idea di uguaglianza tra uomini e la formulazione di una teoria dei cosiddetti diritti della personalità: il soggetto rilevava per il diritto solo in quanto *sui iuris* o *alieni iuris*; cittadino o straniero; libero o schiavo. In relazione a ciascuna delle richiamate posizioni, infatti, esso godeva di una particolare disciplina incentrata sulle prerogative, i poteri e le correlate limitazioni derivanti dall'appartenenza all'una piuttosto che all'altra categoria sociale. La persona *sui iuris*, in particolare, se di sesso maschile e se non



aggregato ad altra *familia*, assumeva il ruolo di *pater familias*, indipendentemente dall'età e dall'aver o meno generato della prole, ed in tale qualità esercitava il suo potere decisionale nei riguardi di coloro (figli, discendenti o suoi affini) che erano *alieni iuris*. Il *cives*, a sua volta, era il destinatario eletto dello *ius civile* e come tale aveva diritto di voto, poteva contrarre matrimonio secondo il rito romano e trasmettere la cittadinanza ai suoi figli, laddove simili prerogative erano negate allo straniero. I *liberi*, infine, godevano di dignità giuridica che consentiva loro di possedere, conservare e trasmettere la ricchezza, nonché di formarsi una famiglia, a dispetto di quanto accadeva per gli schiavi la cui condizione era ritenuta infame e si concretizzava nel compimento delle più svariate attività al servizio del *dominus*. Eventuali ulteriori limitazioni alle prerogative individuali derivavano, poi, dal sesso, dall'età, dallo stato di salute, dall'esistenza di condanne penali: in nessun caso, tuttavia, ad essere in discussione era la categoria della capacità giuridica o di capacità d'agire, ritenuta – appunto – giuridicamente irrilevante.

Il riferimento all'individuo in termini di “qualità o posizione” affiora, infatti (e timidamente), solo nelle tarde scuole post-classiche, ove, lungi dall'assumere un significato unitario, si accompagna ancora all'idea per cui gli schiavi *non habent personam* ed all'esistenza all'interno dell'ordinamento dei più diversi privilegi e delle più svariate discriminazioni.

Bisogna, così, attendere Vultejus (1565-1634) perché il concetto venga utilizzato per la prima volta in senso tecnico nell'espressione *servus emin homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civilis, vocabulum* – espressione nella quale, tuttavia, il lemma “persona” conserva ancora un potenziale negativo in quanto impiegato per sottolineare (e segnare) una differenza sociale prima ancora che giuridica tra appartenenti a classi diverse. Le premesse normative per il superamento di ogni discriminazione giuridica tra l'uomo (lo schiavo) e la persona recano, invece, la successiva data del 1685, anno in cui viene promulgato da Luigi XIV il *Code Noir* francese che riconosce al primo una serie di rivendicazioni volte a renderne meno gravosa la posizione (il divieto di lavoro domenicale e nei giorni festivi; la libertà di stato della donna che avesse intrecciato una relazione con un uomo non sottoposto al regime della schiavitù) ed a consentirne l'affrancazione, con apposito atto formale, in presenza di determinate condizioni.

Il criticismo kantiano affranca, quindi, la nozione di persona da quella di *status* (nella sua triplice accezione di *status libertatis, civitatis, familiae* tramandata dalla tradizione latina) e le conferisce una propria autonomia concettuale ed una propria unitarietà, in nome di ragione e libertà che impediscono di scomporre e valutarne le concrete manifestazioni secondo graduazioni che conseguano all'appartenenza all'una o all'altra condizione sociale.

La traduzione normativa della conclusione è offerta dalla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* della Francia rivoluzionaria ove si afferma che “*tous les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit*»; ovvero, oltreoceano, dalla “Dichiarazione dei diritti” delle colonie americane, in cui il riconoscimento di diritti e libertà fondamentali (quali, ad esempio, la libertà di espressione e di religione) si coniuga ad istanze di più equa ridefinizione del momento giudiziario, con il divieto di essere giudicati più di una volta per il



medesimo reato (c.d. *ne bis in idem*) ovvero l'affermazione del diritto al giusto processo (c.d. *processo of laws*) per tutte le ipotesi di attentato alla vita, alla libertà, ai beni.

L'*iter* che conduce alla progressiva e completa affermazione dei diritti della persona trova poi ulteriore slancio nell'abolizione, in molti Paesi (e tra questi *in primis* alla Francia con la *loi du 8 juin* 1850 dapprima, e quindi in maniera definitiva con la *loi du 31 mai* 1854), dell'istituto della morte civile vera e propria *cessation de toute participation aux droits civils* e sostanziale negazione dell'individuo da parte del diritto, quante volte colpevole di delitti o autore di condotte nefande. L'epilogo di questa lenta ma costante conquista di civiltà si avverte nella precisa scelta sistemologica delle moderne codificazioni di dedicare il proprio *incipit* alle "persone fisiche" ovvero di riferire ad esse gran parte della successiva disciplina. Ed è singolare osservare come anche nell'area del *common law* – ove prevale un diritto di creazione giurisprudenziale che riflette la regola del *judge made law* – non si disdegni di riservare al profilo un'apposita normazione scritta alla quale affidare, in definitiva, il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali spettanti al singolo. Emblematico, in tal senso, lo *Human Rights Act* del 1998, in vigore dal 2000, che, nel dare esecuzione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo del 1950 ("to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights"), vincola le corti giudiziarie o i "tribunali di grado inferiore" a tener conto ("*must take into account*": cfr. art. 2) dei contenuti e delle garanzie posti della Convenzione medesima a tutela delle persone.

E' insegnamento condiviso, del resto, quello secondo cui sia l'esperienza di *civil law* sia quella di *common law* siano espressione di una medesima tradizione giuridica, nota come *Western Legal Tradition*, sviluppatasi all'epoca della riforma gregoriana per effetto della rifondazione, intellettuale e politica, della Chiesa di Roma. E' in questa fase comune della storia del pensiero giuridico che si delinea l'idea del diritto quale insieme coerente di regole, dotato, al suo interno, di meccanismi di autoregolamentazione che ne consentono l'evoluzione in sintonia con il mutare delle esigenze e che ne assicurano il prevalere rispetto ai moti ed alle istanze della politica. La legalità, in altri termini, si impone ovunque sin da subito come valore superiore alla stessa sovranità, in quanto basata su procedure ritenute più garantiste rispetto alla volontà del singolo ed in quanto tali maggiormente idonee ad assicurare la tutela della persona.

Di qui – lo si è detto – la peculiare strutturazione delle grandi codificazioni che dall'età illuminata ad oggi costellano il panorama normativo nazionale ed internazionale.

2. Afferma autorevole dottrina che "*pour pouvoir rationnellement classer les systèmes juridiques modernes il faut les étudier en eux mêmes*". Che tuttavia lo studio delle singole aree o la loro ancillare suddivisione in famiglie, propugnata da Renè David nel suo celebre *Traité élémentaire de droit civil comparé*, si riveli di per sé sola insufficiente a comprendere e spiegare le diverse realtà giuridiche è reso evidente dall'incompletezza che inevitabilmente connota ogni approccio ermeneutico che disdegni poi l'*apprehension globale* e, quindi, l'enucleazione delle analogie e delle affinità tra i singoli sistemi. La comparazione, infatti, deve accettare ed



accertare “l’universo dei modelli giuridici come universo di modelli tra i quali è ammessa la contraddizione”, dal momento che “non è possibile conoscere completamente un’entità se non conoscendo le sue caratteristiche differenziali in relazione ad altre entità”.

La nozione di persona non si sottrae ad un simile *Arbeitsmethode*, dal quale, al contrario, in ragione della sua natura pulsante ed in costante divenire, induce a bandire ogni approccio meramente statistico o classificatorio a tutto vantaggio del momento *functionelle et opérationelle*. Il diritto, pertanto, in ciascuna realtà giuridica, ne segue il *dasein* e ne scandisce il doveroso *mit dasein* attraverso la disciplina dei tradizionali istituti della capacità giuridica e d’agire ovvero della *legal capacity*, cui accompagna l’imprescindibile riconoscimento di diritti fondamentali ed inalienabili. L’idea dell’astratta e generale titolarità di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, e, correlativamente, della potenziale idoneità al loro esercizio trova così compiuta sintesi nelle diverse codificazioni europee e si pone – lo si è detto –, in maniera pressoché indifferenziata, quale *incipit* della successiva regolamentazione. La differente *Weltanschauung* di ciascun sistema spiega, quindi, le sfumature giuridiche – percettibili sin dall’analisi dei requisiti di volta in volta richiesti per l’acquisto delle due richiamate capacità – sullo sfondo della comune derivazione romanistica e della successiva influenza ora del modello tedesco ora di quello francese, che si ergono a prototipo delle principali codificazioni di *civil law*.

L’immagine della persona quale soggetto di diritto titolare di specifiche prerogative nonché l’elaborazione delle teorie sulla personalità e sulla soggettività riprendono, infatti, le suggestioni del Savigny; laddove la propensione al ricorso alla nozione di *status* ed, all’indomani della Rivoluzione, la predilezione verso principi di eguaglianza e di cittadinanza sembrano riecheggiare le elaborazioni dogmatiche di Domat. Gli esiti della scuola storica e quelli della Pandettistica ritornano, pertanto, puntuali nelle astratte teorizzazioni in tema di capacità, al pari dell’idea – propria dell’Autore tedesco – della sua possibile negazione “a taluni uomini singoli, in tutto od in parte”. In maniera non dissimile la descrizione del diritto delle persone in termini di diritto basato sulle diverse *qualità* che competono ad ogni individuo e che rispecchiano l’ordine della società ripropone, sotto molti aspetti, l’*Oeuvres complete* del giurista francese.

Eppure *tout système juridique se pose en s’opposant* e la conclusione è resa vieppiù evidente dalla comparazione con i sistemi di *common law*, nei quali l’assenza di codificazione scritta si traduce nella scelta – propria già dei primi commentatori – di una definizione (a tratti vera e propria elencazione) dei diritti assoluti della persona connessi con le antiche libertà civili, come si evince dalle opere di Blakstone o di Coke. È soltanto, dunque, dall’analisi delle singole esperienze, nel loro lento perfezionarsi nel tempo, che è possibile ricostruire e comprende il valore assunto nel corso dei secoli dalla nozione di persona in ambito giuridico. In quest’ottica rilievo decisivo assumono le due grandi codificazioni di inizio ottocento e novecento: il *Code Napoleon* ed il BGB tedesco.



3. Il *Code civil des Français*, generalmente indicato quale primo codice dell'età moderna e vero e proprio paradigma delle codificazioni privatistiche dei sistemi a base romanistica, segna in maniera decisa – come è stato affermato – la fine di un itinerario: il passaggio vale a dire dal *droit* alla *loi*, quale unica fonte capace di esprimere la volontà generale e lo spirito della nazione e di assicurare, nel suo porsi appunto in forma di Codice, unità, completezza ed esclusività. Le sue norme, entrate in vigore nel 1804, descrivono l'uomo del *tiers état* ("terzo stato"), il borghese, colui che ha combattuto durante la rivoluzione contro le strutture feudali dell'*Ancien Régime* e che nel corso della restaurazione ha sviluppato la propria autocoscienza ed il sentimento della propria importanza politica.

L'uomo ideale che ispira i redattori del *Code civil* non è, così, il protagonista della scena politica di quegli anni, vale a dire il piccolo commerciante o l'operaio, ma il *cives* dotato capacità di giudizio e ricchezza, il soggetto razionale e responsabile, esperto di affari e versato anche nelle questioni legali. Lo spirito nazionalistico aleggia, prepotente, sull'intera disciplina, sol che si rifletta, *inter alia*, sulla scelta sistematica dei redattori di incentrare le norme del Libro primo, *Des personnes* (artt. 7-15), Titre Ier ("*Des droits civils*"), sul godimento dei diritti civili, di cui *tout Français* può dirsi titolare e, quindi, sull'acquisto e la perdita della cittadinanza francese. In quest'ottica deve, altresì, essere riguardata la soluzione di dedicare un apposito titolo alla regolamentazione *des actes de l'état civil*, come il domicilio, l'assenza, il matrimonio ed il divorzio; la filiazione; l'adozione; la potestà del padre e alla tutela. Si tratta – a ben vedere – di istituti che rappresentano i pilastri della vita borghese che si impone, per tale via, quale garanzia di libertà personale e soprattutto di libertà economica ed imprenditoriale e, conseguentemente, quale presupposto del diritto di proprietà.

L'intero libro I del codice francese si fonda, così, su una (ri)trovata centralità dell'individuo, in nome della quale perseguire l'eliminazione di ogni gruppo intermedio – ad eccezione della famiglia, in cui l'individuo medesimo si completa e si realizza – che si frapponga al suo rapporto con lo Stato *post* rivoluzionario. Non sembra errato sostenere, allora, come il codice segni, in tal senso, il completamento, sul piano sostanziale, del nuovo ordine voluto dalla Rivoluzione ed invero le intenzioni dell'Assemblea costituente che già nella costituzione del 1791 ne aveva fatto presagire la natura allorquando ne aveva annunciato l'emanazione e lo stile "*simples, claires (...) et commune à tout le royaume*".

E, tuttavia, la difficoltà *de révolutionner un droit civil* radicato nei suoi *mœurs*, nelle sue *habitudes régionales*, nei suoi *comportements familiaux*, spiega i retaggi della tradizione che ancora contraddistinguono la prima stesura del testo, in materia, ad esempio, di diritto di famiglia, che chiaramente rievoca il *droit intermédiaire* ed il modello di stampo patriarcale in cui il marito assume il governo del nucleo familiare e vigila sulla moglie e sul suo patrimonio. Ciò che fu chiaro sin da subito fu, pertanto, la percezione che il *Code civil* non fosse solo "la conseguenza degli eventi rivoluzionari del 1789 e della volontà di Napoleone", ma la sapiente espressione di secoli di storia precedente e del fermento intellettuale che ne accompagnò il corso e che condusse alla progressiva elaborazione di un nuovo modo di concepire l'uomo, la società, lo Stato.



La ricchezza del testo normativo riposa, pertanto, sul suo rivelarsi “una sapiente miscela di tradizione giuridica, tecnicismo sistematico riguardo alle necessità del mercato, e precomprensione di una certa equità nelle soluzioni pratiche”, in ossequio al principio secondo cui “*l’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, le maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*”.

In simile scenario l’idea di Geny di un’esegesi che potesse svolgersi “attraverso il *code civil* ma anche al di là”, senza dunque arrestarsi alla lettera della legge ma ricercando elementi di indagine dalla “natura delle cose”, ed il suo invito alla giurisprudenza di porsi quale fonte secondaria del diritto rappresentano le premesse della successiva e progressiva penetrazione della concretezza dei rapporti umani all’interno delle disposizioni normative. L’uomo viene allora colto nel suo divenire, nella sua quotidianità, nel suo nudo essere titolare della *capacité de jouissance* e di quella *d’exercise*; nel suo ruolo di erede chiamato a compiere un *acte qui suppose nécessairement son intention d’accepter* (art. 778); nei suoi panni – ancora – di debitore che si sottrae alle conseguenze del suo inadempimento se dimostra le *cause étrangère qui ne peut lui être imputée* (art. 1147). Ed, infatti, al compito del legislatore di “*trouver dans chaque matière les principes les favorables au bien commun*” fa da *pendat* il ruolo del giudice di “*mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée*”. L’attuale formulazione del *Code civil*, frutto di una costante attività di novellazione, risente, non a caso, del deciso apporto della giurisprudenza che ha consentito il tradursi in norma delle più significative istanze del vivere civile, come è accaduto, da ultimo, con le importanti riforme *de la filiation* (v. di recente la *loi* n. 2009-61 du 16 janvier 2009) e degli strumenti di protezione degli incapaci con l’introduzione *du mandat de protection future*.

Sullo sfondo, l’originaria struttura del testo, null’affatto scalfito, restituisce l’immagine del *Code* quale *monumentum aere perennius*, su cui continua ad essere inciso il dovere della *loi* di assicurare la *primauté de la personne* (art. 16).

4. Se il *Code civil* segna – come è stato scritto – “l’audace inizio di un nuovo futuro”, il *Bürgerliches Gesetzbuch* (meglio noto con l’acronimo BGB), ad esso successivo di un secolo, incarna, al contrario, “un riassunto prudente del dato storico”, se è vero che le sue scelte sistemologiche di fondo rifuggono dall’accogliere le istanze ed i moti sottesi ai mutamenti sociali della Germania di fine XIX secolo e prediligono, al contrario, una riflessione normativa sui rapporti sociali dell’epoca bismarckiana. Di guisa che il testo di legge, pur riprendendo la scelta francese di non ergere a protagonista delle sue disposizioni l’operaio o il piccolo artigiano, che pur andavano affermandosi nelle grandi città tedesche dell’epoca, incentra, tuttavia, la sua attenzione sul ricco imprenditore, sul proprietario terriero, sul funzionario: in una parola sull’uomo assennato da cui ci si poteva e doveva attendere un agire razionale nel mondo dei traffici giuridici e della contrattazione, in particolare. La persona cui guarda il BGB, in altri termini, è dedita agli affari nei quali si contraddistingue; è in grado di esercitare attività di impresa e di concorrenza e di proteggersi da eventuali danni,



secondo i valori posti alla base della società borghese cui appartiene. Il *Volksgeist* (lo “spirito del Popolo”), tanto caro alla scuola storica tedesca, che nelle intenzioni del suo fondatore avrebbe dovuto invernare, al tempo stesso, il modello e lo slancio della nuova codificazione, cede il passo, invece, ad un codice che pandettisticamente indulge in disquisizioni dogmatiche; che parla una lingua alta ed erudita (e non già quello “comune” della gente sull’esempio del *Code civil*); che si rivolge ai dotti ed agli intellettuali, in quanto diretto al giurista di professione e non già al semplice cittadino, sprovvisto delle conoscenze necessarie per interpretarne i canoni e per comprenderne le nozioni astratte e generali, il linguaggio concettuale e speculativo, lo stile teorico e dottrinale.

E così, in maniera dissimile dal *Code civil* e dalle altre codificazioni più o meno coeve, la disciplina della persona, lungi dal trovare sede in un apposito libro del codice, è contenuta nell’*Allgemeiner Teil*, nella Parte generale (§§ 1-240), dove appunto si regolamentano gli istituti relativi alla *Natürliche Person* (capacità giuridica, maggiore età, emancipazione, residenza) ed alla *Juristische Person* (associazioni e fondazioni). Il *Juristenrecht* (il diritto dotto), voluto fortemente dalla Pandettistica, si traduce così in un codice conservatore e tradizionalista, lontano dalle pulsioni e dai fermenti della gente, che finisce, per tale via, con il tradire il modello del Savigny e, quindi, del Puchta nonché l’immagine hegeliana del diritto quale organismo vivo, diviso in altrettante parti organiche che si suppongono reciprocamente. Non stupisce pertanto se il BGB e le teorizzazioni sottese ai suoi contenuti abbiano scontato l’accusa di avere reintrodotta in Germania il diritto romano e con esso l’esaltazione dell’individuo, dei suoi *desiderata*, della sua proprietà a scapito e contro la volontà ed i bisogni del popolo tedesco, desideroso, all’inverso, di una legislazione che fosse espressione di una visione corporativa della vita e realizzasse l’idea di comunità anche a scapito della volontà, degli interessi, delle libertà del singolo – di una legislazione, in altri termini, che fuggesse lo spettro di una tradizione estranea allo spirito associativo ed al senso organico della società.

E’ la Costituzione di Weimar del 1919 che nella sua seconda parte, relativa alla Dichiarazione dei diritti, restituisce l’immagine del cittadino non più *uti singulus*, ma come parte di una dimensione collettiva rispetto alla quale l’esercizio degli affari e delle politiche di mercato trova un confine preciso nell’interesse comune. Ma la vera novità di siffatto testo normativo non riposa tanto o soltanto nell’aver indicato regole e limiti all’intervento dello Stato nella vita sociale ed economica del Paese, quanto nell’averne indicato la finalità nella piena realizzazione della persona. Recita, così, l’art. 151 della costituzione di Weimar che “l’organizzazione della vita economica deve corrispondere ai principi fondamentali della giustizia allo scopo di assicurare a tutti un’esistenza degna dell’uomo. In questi limiti è garantita la libertà economica del singolo”.

La conclusione – i cui echi è dato ritrovare nella legislazione successiva – non supera, tuttavia, il piano delle enunciazioni di carattere programmatico e non cogente: è noto, del resto, che fu proprio il fallimento della Costituzione di Weimar a condurre all’affermazione del terzo *Reicht* ed al secondo conflitto mondiale, con uno spaventoso oscurantismo dei diritti della persona, per effetto, ad esempio, dell’introduzione durante l’era nazista delle



leggi razziali e delle leggi di Norimberga del 1935, volte a statuire il primato della purezza del sangue tedesco, la restrizione dei diritti politici in capo agli stranieri, il divieto di relazioni personali tra ebrei e non ebrei, la confisca dei beni e dei patrimoni spettanti ai primi, l'istituzione di una serie di giurisdizioni speciali; l'abolizione delle riforme di Weimar in materia di lavoro; le riforme del matrimonio secondo regole eugenetiche e razziste.

Bisogna così attendere l'introduzione della *Grundgesetz* nel 1949 perché si affermi il principio di dignità che "appartiene al singolo concreto uomo" e perché si restituisca centralità all'uomo, alla luce di un ritrovato spirito egualitario che dalla famiglia (si pensi alla legge sulla parità del 1957, in attuazione del principio di eguaglianza del § 3 della *Grundgesetz*) trascorre alla materia penale (dove espressamente si afferma la regola dell'umanizzazione della pena) al diritto del lavoro (con una forte accentuazione della tutela dei lavoratori e delle lavoratrici). In simile scenario il ruolo decisivo della giurisprudenza, ed in particolare della Corte costituzionale federale, opera nel senso di assicurare in ogni stato e grado di giudizio la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, dal diritto generale della personalità fino a profili più specifici legati alla persona, come ad esempio la protezione del contraente debole in presenza di clausole imposte od il controllo sulle condizioni generali di contratto.

5. Tra le grandi codificazioni entrate in vigore in Europa verso la fine del secolo XVIII e l'inizio del XIX vi è, senza dubbio, l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, il codice austriaco del 1811, di poco successivo al *Code Napoleon*, dal quale, tuttavia, diverge per soluzioni di diritto. Se, infatti, da un lato, ripete e riprende lo spirito idealistico e razionale tipico dell'illuminismo, dall'altro, da esso finisce poi per discostarsi in nome di una concisione tendente quasi all'astrattezza e di una redazione eccessivamente chiara e comprensibile. Dalla filosofia che ne ispira i dettami, l'ABGB deriva comunque i principi sui quali si fonda: uguaglianza tra i cittadini, emancipazione dei rapporti di diritto privato dal controllo statale, libertà di iniziativa economica. Le suggestioni kantiane sono rese evidenti dalla peculiare concezione dell'individuo che traspare dalle singole disposizioni e dall'autonomia che imprescindibilmente gli compete e gli deve essere riconosciuta, in virtù dell'importante prescrizione del § 16 secondo cui "ogni uomo (...) in virtù dei suoi diritti innati, che vengono resi manifesti dalla ragione, ha diritto di essere trattato come persona".

La persona penetra, per tale via, nella struttura del Codice e diviene il fulcro dell'intera disciplina, sulla base di un principio di "libertà di arbitrio dell'uno" che deve coesistere "con la libertà di arbitrio dell'altro secondo una legge generale". L'esigenza di tutelare l'individuo è, anzi, a tal punto avvertita da essere ribadita e precisata sin dal *Preambolo*: "affinché i cittadini siano pienamente tranquilli e sicuri nell'esercizio dei loro diritti privati" – si legge nelle parole dell'Imperatore Francesco I, volte ad *imporre* il codice (imposizione, peraltro, abolita nel 1848) – "le leggi civili non solo devono basarsi sui principi della giustizia, ma devono anche essere determinate in conformità alle particolari relazioni degli abitanti dello stato, pubblicate in lingua intellegibile e riunite ordinatamente insieme". Ma vi è di più.



Una volta elevato l'individuo a persona, l'ulteriore corollario che ne deriva è l'eliminazione di tutti quei vincoli privati che ne impediscono lo sviluppo e l'agire e che non sono dettati da leggi di polizia: la schiavitù viene bandita; lo schiavo diventa libero una volta entrato in territorio austriaco e tutti i cittadini vengono definiti uguali davanti alla legge. Secondo il modello delle Istituzioni di Gaio, la disciplina della persona viene inserita nella prima delle tre Parti del Codice, caratterizzata da un'estrema varietà di disposizioni dirette a regolare i "diritti che si ricollegano a caratteristiche od a rapporti personali", con un succedersi di articoli sulla capacità giuridica, sulla tutela degli infermi di mente, sulla persona morale e, quindi, nel capitolo secondo, sul matrimonio. Le suggestioni della filosofia kantiana spiegano, poi, la maggiore snellezza del codice austriaco rispetto al corrispondente modello francese; il suo articolarsi in libri (tre, per l'esattezza) ed in paragrafi (non già, appunto, in articoli) nonché, incidendo sulla partizione sistematica di stampo Gaiano, la marcata distinzione tra diritti della persona e diritti sulle cose, a loro volta distinti in diritti reali e diritti obbligatori. Particolare rilievo viene ascrivito allo *status*, all'appartenenza, vale a dire, ad una piuttosto che ad un'altra categoria che diviene fonte di posizioni "privilegiate" per il riconoscimento di titoli, di nomi, di predicati nobiliari e di stemmi ed, in presenza della titolarità della proprietà immobiliare, per l'accesso al governo della cosa pubblica.

L'ABGB, in ragione delle sue peculiari caratteristiche che ne hanno fatto un codice longevo (essendo ancora oggi in vigore, sia pure in forma parziale) diverge – a ben vedere – da altre esperienze legislative dell'epoca ed, in particolare dall'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR), che segna – invero – la prima codificazione dell'età illuminata. Le differenze non attengono tanto (o soltanto) alla dichiarata natura onnicomprensiva di quest'ultimo, alla volontà cioè di riassumere in un unico testo le singole fattispecie del diritto civile, costituzionale, ecclesiastico, quanto piuttosto alla filosofia di fondo che rinviene nelle disposizioni concernenti la persona la sua più alta espressione. Lo spirito paternalistico che ne anima il dettato si traduce, infatti, in una totale e completa soggezione dei sudditi all'autorità superiore alla quale, in definitiva, spetta in via esclusiva il compito e la possibilità di assicurarne il benessere e la felicità, in virtù di un uso sapiente e consapevole della ragione e, quindi, dell'etica. Il pensiero illuministico dell'epoca, del resto, imponeva un rigoroso senso del dovere pubblico e, correlativamente, un'attenta osservazione delle condizioni del popolo.

La persona di cui discorre l'ARL è, pertanto, il suddito, il sottoposto, colui che non può sottrarsi alle regole dell'obbedienza e della fedeltà all'ordine costituito. In quest'ottica si comprende la sistematica esteriore del Codice che, riprendendo le soluzioni del Pufendorf, distingue nettamente la Prima Parte, relativa ai diritti patrimoniali del singolo, dalla Seconda Parte, incentrata, al contrario, sulla posizione del soggetto all'interno delle diverse comunità: sullo fondo, si intravede il sottile richiamo alla doppia natura dell'uomo, che opera nella società sia come singolo sia come componente di un gruppo più ampio, quale, di volta in volta, la famiglia, l'organizzazione domestica (comprensiva anche della servitù), le associazioni o le fondazioni o le società, il ceto ed, infine, lo Stato. Il *Landrecht* – in chiaro contrasto con il *Code civil* – rimane fedele ad una concezione della società suddivisa in classi



sociali, della quale si prefigge non già di modificare la struttura ma, semplicemente, di proporre una lettura fedele, cui si rivela estranea ogni tentazione sovversiva. Il cittadino non si sottrae né può sottrarsi all'ordine statale, soggetto com'è ad "un'amministrazione onnipotente" in grado di "regolare una volta per tutte qualsiasi relazione dei propri sudditi nei minimi particolari". Egli, in quanto parte di uno *Stand* (ceto) per origine o per attività svolta, deve attenersi alle regole della società minore alla quale appartiene.

Di qui il moltiplicarsi di disposizioni, differenti a seconda delle diverse caste, e la conseguente assenza di principi e clausole generali. Di qui, altresì, il dettato dei §§70-75 che sanciscono la prevalenza del bene comune sugli interessi individuali dei sudditi ovvero del §82 che, accanto alla nascita, espressamente richiama lo *Stand* quale fonte dei diritti spettanti a ciascuno. Ma di qui, ancora, il carattere popolare e lo spirito educatore che permea l'intero testo, in cui l'uomo, la persona resta pur sempre relegato al ceto d'origine, essendo la sua azione "un'opera mostruosa contraria allo spirito razionale".

6. Si è soliti asserire che dopo il codice civile tedesco del 1900, quello svizzero, lo *Zivilgesetzbuch* (meglio noto come ZGB), sia la seconda codificazione della Pandettistica mitteleuropea. Per certo, a differenza di quanto è accaduto in Italia, dove il modello germanico e quello francese "si stratificarono l'uno sull'altro per successiva ricezione", l'esperienza svizzera ha presentato sin da subito familiarità settoriali con entrambi, apprezzando l'innovatività e l'apporto che ciascuno aveva saputo portare allo sviluppo ed alla diffusione del diritto e della tutela della persona. Non stupisce, pertanto, che lo ZGB faccia propri gli spunti e gli esiti dell'una come dell'altra codificazione, riproducendone ora la partizione in libri (di cui uno rigorosamente riservato alla disciplina del diritto delle persone); ora la finalità (tipica, in vero, del *Code civil*) di porsi quale Codice del popolo, rivolto al popolo. In tal senso può dirsi che esso disdegna le riflessioni dommatiche e le astrattezze che avevano contribuito ad appesantire, non solo sul piano stilistico, il BGB, incarnando al contrario "l'ideale di un codice popolare".

La persona cui ha riguardo il codice elvetico è, così, "l'uomo ragionevole, che lo legge e che ha meditato sul suo tempo ed i suoi bisogni" e che nel far suo il dettato della norma "deve avere l'impressione che la legge sia stata dettata dal suo cuore".

Si spiega, in quest'ottica, la predilezione per la lingua comune, senza particolari inflessioni tecniche o rinvii tra disposizioni, in grado di "avere un senso anche per le persone che non hanno ricevuto un'educazione specialistica", come conferma, *inter alia*, il dettato dell'art. 1, dove la definizione della capacità è resa attraverso la formula generica per cui "tutti sono giuridicamente capaci". Si giustifica, in tal senso, la sua "deliberata incompletezza" e la scelta di rimettere, in definitiva, al giudice il potere di decidere "nei casi non previsti dalla legge" secondo consuetudine "e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore", ispirandosi alla dottrina ed alla giurisprudenza già formate (§1, comma 2). L'ampio potere accordato al giudice traspare, soprattutto, in relazione ai *persönlichen Verhältnisse*, ai rapporti personali e tra questi, in particolare, all'onore



ed alla personalità, all'interno di un ordinamento retto peraltro dalla clausola generale della *Treu und Glauben*, della buona fede, quale canone che deve ispirare la condotta di tutti (art. 2 ZGB).

7. La promulgazione, rispettivamente, del BGB e dello ZGB ha progressivamente vanificato in Germania ed in Svizzera l'influenza nell'Europa centrale del diritto francese, la quale *au contraire* ha continuato ad esercitare il suo fascino in aree quali la Spagna, il Portogallo e l'Italia. La vicenda spagnola si rivela, in vero, alquanto peculiare, in ragione della singolare vivacità dei *fueros*, ossia dei diritti locali particolari sviluppatisi nel corso del Medioevo nelle diverse province, nei dipartimenti e nelle città ed a tutt'oggi in vigore. In simile contesto la codificazione (il *Codigo civil* per l'esattezza) non brilla certo per originalità, limitandosi più che altro a riprendere e riproporre le soluzioni del *Code civil*, come accade, ad esempio, con chiara evidenza in tema di obbligazioni. Essa, inoltre, non realizza neppure – a ben vedere – l'auspicata unità normativa, avendo non di rado le sue disposizioni valore sussidiario rispetto al diritto regionale.

Se, così, è alla disciplina complessiva della persona che vuole aversi riguardo, occorre riferirsi alla Costituzione del 1978, giacché è solo *ivi* che l'interesse superindividuale del gruppo cede il passo alla tutela delle prerogative del singolo, alle sue aspettative di autonomia e di libertà, in un contesto normativo non appesantito da remore, da riserve, da ricorsi a passate opzioni. Il *Codigo civil*, lungi dall'abdicare dal suo ruolo centrale all'interno della legislazione ordinaria, deve nondimeno essere posposto al dettato più alto della Carta fondamentale, primo e vero statuto del cittadino, i cui articoli ed in particolare quelli da 1 a 10 indicano tra i valori preminenti a fondamento del diritto la libertà, la giustizia, l'eguaglianza ed il pluralismo politico. Si legge testualmente all'art. 9 – con formula non dissimile da quella impiegata all'art. 3 cost. it. – che è precipuo compito dello Stato “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. L'art. 10, a sua volta, pone a base dell'ordinamento *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad*.

Ma vi è di più.

Primaria espressione del descritto sistema di valori si rivela il capovolgimento della base stessa dell'ordinamento: il passaggio vale a dire dall'avere all'essere; il primato, in altri termini, delle situazioni esistenziali rispetto a quelle patrimoniali funzionalizzate alla piena realizzazione delle prime, di cui si pongono in posizione strumentale. Le vicende patrimoniali, anzi, ottengono tutela da parte della Costituzione nei limiti in cui riescono a garantire l'esercizio dei diritti fondamentali ed a promuovere lo sviluppo della persona umana. Si pensi, in tal senso, alla dicotomia capacità giuridica-capacità d'agire: sorta e sviluppatasi nell'ambito dell'attività negoziale di contenuto patrimoniale, essa denuncia i suoi limiti allorché si pretenda di applicarla anche alle situazioni esistenziali, laddove



probabilmente non è consentito scindere il momento della titolarità da quello dell'esercizio. Il legislatore spagnolo mostra, dal canto suo, di far proprio l'enunciato principio, accantonando in più di una occasione, la descritta partizione, come nel caso in cui, in ordine all'esercizio di atti relativi ai diritti della personalità (*“los actos relativos a derechos de la personalidad”*), non richiede il raggiungimento della capacità di agire (art. 162).

La soluzione riflette quello che potrebbe definirsi un fenomeno di depatrimonializzazione del diritto privato, in cui, appunto, i rapporti patrimoniali si colorano di “personalità” e si piegano a rispondere alle più moderne esigenze sociali ed individuali.

Ad esiti in parte divergenti è pervenuto l'ordinamento italiano.

8. *“Les lignes directrices du Code Napoléon peuvent être retrouvées au jourd'hui encore dans le Code civil italien, qui ne pourrait être bien compris si on ignorait la grande oeuvre français”*. Non v'è dubbio che la prima codificazione italiana abbia risentito, in sede di elaborazione, dell'influenza del corrispondente modello francese, in ragione sia della capacità del *Code Napoleon* di imporsi come modello di regolamentazione, sia delle vicende storico geografiche del Paese, che spiegano e giustificano la conquista, altresì giuridica, dei territori italiani da parte della Francia. Di qui lo stile tecnico del Codice del 1865, la cui originalità rimane circoscritta, al più, al contenuto di singole norme o di singoli istituti, ma non già estesa all'impianto logico-sistematico, che ricalca, in maniera pressoché fedele, la struttura e la matrice ideologica espressa dal codice d'oltralpe.

La prima codificazione italiana, così, si caratterizza per il suo essere interamente incentrata sulla proprietà e sulla ricchezza terriera con evidenti riflessi sulla disciplina della persona, che, pur essendo libera di agire nel mondo dei traffici giuridici senza alcuna mediazione sociale questa, per effetto dell'influsso dell'ideologia liberale post-rivoluzionaria, intrattiene principalmente, se non esclusivamente, relazioni di natura patrimoniale, in quanto parte di una società liberale fondata su rapporti individualistici tra proprietari. L'attenzione legislativa è, pertanto, tutta rivolta al soggetto “proprietario-libero contraente”, con scarso interesse ai profili personalistici, negletti già in sede di scelte sistematiche, come riprova l'assenza di organicità del codice, la sua frammentarietà ed incompletezza nella disciplina del libro dedicato alle persone, nonché la sua soluzione di affidare la regolamentazione di istituti quali la nascita, la commorienza, la premorienza al libro III dedicato diritto ereditario, omettendo del tutto un titolo generale contenente l'enunciazione di principi sulla capacità e sugli attributi della personalità.

La ri-codificazione del 1942, pur ovviando ai descritti inconvenienti strutturali, si presenta, a sua volta, almeno *prima facie*, ancora improntata ad una logica terriera e proprietaria: nella sua formulazione iniziale, la persona è ancora il proprietario, il contraente, il consumatore, i cui atti di amministrazione attengono alla gestione del patrimonio ed alla sua fruttificazione. Muta, tuttavia, l'impronta sistematica come attestano le disposizioni (ben dieci) che il codice dedica in apertura alla persona, distinguendo quelle riguardanti aspetti del



soggetto (capacità giuridica, capacità di agire, età, morte) e quelle concernenti profili della personalità (atti di disposizione del corpo, nome e pseudonimo, immagine). Muta, altresì, lo stile attraverso l'abbandono di formule di carattere didascalico, che rischiano di anticipare la disciplina di particolari istituti, e la predilezione verso locuzioni generali, come lo stesso termine di "persona" che sfugge a qualsivoglia precisa definizione.

A dispetto di quanto perseguito dal legislatore svizzero, quello italiano disdegna sul piano stilistico l'idea di un codice "popolare" e di una terminologia semplice in grado di essere compresa anche "da chi non fosse provvisto di cultura giuridica", optando piuttosto per l'impiego costante di espressioni tecnico giuridiche, quali appunto capacità, commorienza, ordine pubblico, buon costume e via enumerando.

È solo con l'avvento della Costituzione, nel 1948, per così dire, che le istanze personalistiche prendono il sopravvento. In maniera non dissimile da quanto accaduto poi in Spagna, si assiste ad un capovolgimento della tradizionale ipostatizzazione della persona, che viene posta al vertice dell'ordinamento quale criterio interpretativo cui ispirare le diverse letture normative ed a cui funzionalizzare l'esegesi delle singole vicende di carattere patrimoniale. In quest'ottica l'art. 1 c.c. mostra di recepire i valori fondamentali che devono improntarne la tutela di accogliere l'uomo nel mondo giuridico nella sua totalità, fisica e psichica, ponendo le premesse affinché egli possa essere considerato "soggetto di diritto".

«Persona» e «personalità», allora, se non sono "opera della stessa natura", si pongono come termini che esprimono l'appartenenza del singolo all'ordine sociale e che sottolineano la natura unitaria dell'individuo che non si presta ad essere riassunta in astratte e generali categorizzazioni, volte a coglierne, per così dire, ora il profilo passivo, ora quello attivo ed a descriverla in termini di idoneità alla titolarità di diritti e doveri giuridici. Peraltro, una volta superata la tendenza alle partizioni ed alle schematizzazioni (ed, *in primis*, la dicotomia capacità giuridica-personalità), si assiste, altresì, ad una (ri)scoperta della capacità naturale del soggetto, della sua maturità di intendere e di volere. E mentre la rigorosa lettera del codice (art. 2 c.c.) continua a fissare per le situazioni patrimoniali il limite del raggiungimento della maggiore età per accedere al loro esercizio, per quelle esistenziali si delinea in maniera sempre più netta il requisito della capacità di discernimento. La nozione trascorre dalle meditazioni di attenta dottrina alla penna del legislatore che con la legge n. 149/2001 prima e con la legge n. 54/2006 poi ne positivizza i contenuti, laddove, poi, la categoria non resta circoscritta al minore, rispetto al quale si era venuta delineando onde consentire la partecipazione ai traffici giuridici, ma si estende all'incapace maggiore di età, secondo quanto implicitamente riprova la legge n. 6/2004 (cfr. art. 427 c.c.).

Al giurista si richiede, così, di restare fedele ai valori costituzionali, superando tutte quelle impostazioni volte a riconoscere all'uomo l'astratta, potenziale titolarità senza l'effettiva attuazione dei valori di cui egli è portatore, con una conclusione che si impone, in particolare, per le situazioni giuridiche soggettive personali e personalissime, rispetto alle quali titolarità e realizzazione coincidono con l'esistenza stessa del valore.



9. “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”. Se, dunque, nessuna esperienza giuridica può concretamente essere intesa senza l’analisi del contesto storico nel quale si forma e si evolve, la conclusione vale soprattutto per lo studio del *Common law* che più di ogni altro dimostra quanto il diritto risenta, nel suo perfezionarsi, delle influenze politiche e sociali e delle vicende che si succedono all’interno di una precisa area geografica. Così, mentre in paesi quali la Francia, la Germania e l’Italia si assiste ad una recezione *in complexu* della tradizione romanistica, in Inghilterra il diritto romano scompare “con l’evacuazione dell’isola da parte delle legioni romane”.

Le stesse istanze giusnaturalistiche ed illuministiche non sono avvertite al punto da tradursi in forme più o meno espresse di codificazione, finalizzate a razionalizzare il diritto tradizionale, con la conseguenza, evidenziata in dottrina, per cui – a ben vedere – il diritto inglese e la tradizione giuridica alla quale ha dato luogo sono il prodotto autoctono del genio giuridico anglosassone, che predilige e favorisce il prevalere del formante giurisprudenziale e del modello del *judge made law*. Il termine di *common law*, nel suo significato più ristretto, individua, del resto, proprio il diritto di creazione giurisprudenziale (comprensivo di *common law*, appunto, e di *equity*), vale a dire l’insieme di regole create o scoperte dalle corti superiori come frutto incidentale della risoluzione di una controversia concreta tra individui, in opposizione alla *statute law*, al diritto cioè di formulazione legislativa espresso mediante *Statutes* od *Acts*.

I giudici sono ritenuti “gli oracoli viventi del diritto”, ai quali in definitiva, in un rigoroso quanto razionale ossequio al noto principio dello *stare decisis*, compete la definizione della soluzione normativa di volta in volta opportuna e la nascita della norma, laddove le codificazioni, tipiche del *civil law*, sembrano sostanzialmente estranee al diritto inglese: testi quali *The Code of Ine*, *The Code of Alfred*, *The Dooms of Cnut*, che pur ne hanno caratterizzato l’evoluzione, sono più che altro *declarations of custom*, ossia, in altri termini, convalide ufficiali di dichiarazioni già esistenti.

Una simile circostanza si traduce, sul piano della tutela della persona, nello svolgersi piuttosto lento e non sempre deciso del processo che conduce al pieno riconoscimento normativo dei suoi diritti, processo di cui, senza dubbio, una prima significativa tappa è rappresentata dalla *Magna Charta*, nel 1225, con la quale il re Enrico III concesse la garanzia a tutti gli uomini di non poter essere imprigionati senza prima aver sostenuto un regolare processo, da parte di una corte di *pari*, se nobili, o di tribunali regi, se contadini (c.c. principio del “*habeas corpus integrum*”): “*nullus liber homo capiatur vel imprisonetur nisi per iudicium parium suorum vel per legem terrae*”. Le ulteriori prerogative *in* poste riguardavano, in vero, solo determinate categorie sociali, e tra questi i nobili, chiamati a comporre la commissione dei 25 baroni con il compito di controllare il comportamento del re e di dichiarargli guerra quante volte si fosse sottratto ai suoi doveri, e gli ecclesiastici della Chiesa inglese, definita “libera” e con “tutti i suoi diritti integri e le sue libertà intatte”. È solo dal XIII secolo in poi che si inizia a delineare la tendenza all’ampliamento delle libertà dei singoli, come riprovano, sempre sul piano normativo in Inghilterra, la *Carta confirmationis regis Edwardi I* del 1297, lo *Statutum de tallagio non concedendo* dello stesso anno, la *Petition of Rights* del 1628, ma



soprattutto il *Bill of Rights* del 1689 (seguito nel 1701 dall'*Act of Settlement*) che consacra il principio della supremazia del Parlamento, secondo il quale depositario del potere legislativo (espresso mediante *Statute* o *Act of Parliament* e definito *unlimited*) è *The King in Parliament*, un organo complesso costituito dalla House of Commons, dalla House of Lords e dal Sovrano.

A decorrere dal 1965, peraltro, sono state istituite le *Law Commissions* con il compito di “to take and keep under review all the law with which they are respectively concerned with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, the reduction of the number of separate enactments and generally the simplification and modernisation of the law” (Law Commission Act 1965, section 3). Alle Commissioni spetta di “controllare” tutto il diritto che rientra nel proprio ambito di attribuzioni, onde verificare la possibilità di uno sviluppo sistematico e di una riforma della materia, altresì mediante la predisposizione di codici, l’eliminazione di anomalie, la soppressione di disposizioni obsolete e non necessarie, la riduzione del numero delle norme separate ed, in genere, la semplificazione e la modernizzazione del diritto”.

Vero è, però, che le resistenze politiche e culturali a tutt’oggi presenti rendono difficile realizzare la progressiva codificazione del *common law* e ciò pur a dispetto delle immancabili sollecitazioni in tal senso. Di guisa che, *rebus sic stantibus*, quando si ha riguardo alla figura dell’uomo nel mondo anglosassone, si è costretti, quasi necessariamente, a coglierne l’aspetto, per così dire, dinamico, a fotografarlo nel suo agire concreto, attraverso le letture della giurisprudenza, i riferimenti normativi, gli istituti tradizionalmente impiegati nei traffici giuridici. La persona, pertanto, assume, di volta in volta, le singole fattezze che gli derivano dal suo operare nel mondo del diritto: è *attorney, jurist, business man, testator, bargainer*. Ed ancora, stante l’ampia diffusione dell’istituto, è *trustee, settlor, beneficiary*, per il perseguimento di interessi che non necessariamente si risolvono in una dimensione patrimoniale, ma che quasi sempre involgono altresì quella personale.

In simile scenario i diritti e le libertà dei cittadini non sono consacrate in norme costituzionali, peraltro inesistenti, ma trovano la loro fonte in un complesso di principi e regole giurisprudenziali (cui si sono venuti affiancando quelli espressi in singole leggi scritte) nonché in talune procedure ed in una tradizione ed una cultura che le riconosce.

È, peraltro, singolare osservare come la recente storia inglese racconti di una “vera e pacifica rivoluzione costituzionale” che ha investito il paese e che ha riguardato, nella sua seconda fase, la protezione dei diritti fondamentali della persona. Si è trattato di un intervento quanto mai doveroso, volto, per così dire, a porre rimedio ad un contesto giuridico di per sé insufficiente ad assicurare il rispetto di Convenzioni internazionali finalizzate alla tutela delle primarie e più alte prerogative dell’uomo. Si ripete, del resto, che una delle ragioni dell’ibridazione del modello di *common law* con quello di *civil law* sia dovuta alla tematica dei diritti e dunque all’esigenza del primo dei due richiamati sistemi di porre rimedio ai propri “profili di inadeguatezza” rispetto alla tutela dei diritti (sociali, economici, culturali) della persona. In quest’ottica deve essere letto il caso australiano *Dietrich v. R* (1992) 177 CLR 292, nel quale si afferma che, qualora la *common law* non sia sufficientemente chiara, mancando una vera e propria codificazione in materia, è lecito ricorrere agli



strumenti internazionali di protezione dei diritti della persona. Ed a conclusioni non dissimili perviene l'*High Court* nella sentenza *Mabo*.

Quanto in particolare al Regno Unito, sebbene esso sia stato tra i primi paesi del Consiglio d'Europa a ratificare nel 1951 la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non è poi riuscito ad assicurarne la piena vigenza nello Stato, a causa dall'esistenza di regole del diritto costituzionale classico volte ad impedire che una convenzione internazionale potesse imporsi sul diritto interno e condizionarne l'interpretazione senza la previa incorporazione del suo contenuto nel testo di una legge speciale. Emblematico, in tal senso, il caso *Rayner Ltd v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC, 418. Si è così dovuta attendere l'emanazione dello *Human Rights Act* del 1998 (entrato in vigore il 2 ottobre 2000) perché i giudici potessero applicare direttamente la Convenzione, che tuttavia viene recepita nell'*Act* in maniera incompleta, ossia nei soli articoli elencati nella sezione I.

L'intervento normativo segna, comunque, il concretizzarsi di un'attenzione sempre crescente ai diritti della persona, di cui è espressione ora l'incremento dei casi portati all'attenzione della Corte di giustizia, volti a rivendicare il rispetto della Convenzione, ora il succedersi di determinazioni e di provvedimenti in favore dei soggetti deboli. Si pensi, al riguardo, ai *cases* in materia di autodeterminazione sanitaria e tra questi al significativo *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] AC 789, at p. 864) ove chiaramente si afferma che *the principle of self-determination requires that respect must be given to the wishes of the patient, so that if an adult patient of sound mind refuses, however unreasonably, to consent to treatment or care by which his life would or might be prolonged, the doctors responsible for his care must give effect to his wishes, even though they do not consider it to be in his best interests to do so ... To this extent, the principle of the sanctity of human life must yield to the principle of self-determination*". E la conclusione viene ripresa nel più recente pronunciato *Pretty v United Kingdom* - 2346/02 [2002] ECHR 427 (29 April 2002).

Ma non meno decisivi sono gli interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo, finalizzati ad assicurare il rispetto dei diritti dell'Uomo in ordine ai distinti profili della *privacy*, della tutela della famiglia, della giusta durata dei procedimenti giudiziari, e via enumerando, come riprovano i recenti casi *Joseph Grant v. the United Kingdom* - 10606/07 [2009] ECHR 26 (8 January 2009); *Bullen and Soneji v. The United Kingdom* - 3383/06 [2009] ECHR 28 (8 January 2009).

Accanto al formante giurisprudenziale, si accentua poi il ruolo di quello legislativo che si esprime in *Act* quali lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008, il *Mental Capacity Act* del 2007; il *Mental Health Act* del 2005.

10. "Il diritto degli Stati Uniti è, come quello inglese, un diritto essenzialmente giurisprudenziale". E, tuttavia, è proprio l'analisi della giurisprudenza e, quindi, della legislazione a segnare, al tempo stesso, la differenza tra i due sistemi. A dispetto, infatti, delle comuni vicende storiche, il cui più significativo precedente risale alla costituzione dei primi insediamenti inglesi nel continente nordamericano nel XVII secolo, quando vennero create colonie inglesi in Virginia (1607), nel Massachusetts (1630) e nel Maryland (1632), la



storia del diritto americano non ripete pedissequamente quella anglosassone, ma, sin dalla Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio 1776, si presenta caratterizzata da una maggiore familiarità e da un più facile ricorso al formante legislativo. Lo riprova, *in primis*, la presenza di una costituzione scritta – annoverata tra le più antiche costituzioni nazionali scritte tuttora vigenti – entrata in vigore nel 1788 e definita, non a caso, “legge suprema dello Stato”, con espressione che se riflette, da un lato, il sentimento americano di considerare la Carta come l’atto di fondazione del Paese, segna dall’altro anche la sua prevalenza rispetto alle altre leggi statali o federali. Tant’è che nel celebre processo *Marbury v. Madison*, deciso dalla Corte Suprema nel 1803, viene acclarato in via definitiva il principio del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi, anche federali, e ciò a dispetto del silenzio normativo sul punto.

La costituzione si apre con un *Preambolo* dall’*incipit* alquanto singolare e frequentemente citato (*We the people*: noi il popolo); si struttura in sette articoli ed ha un’articolazione che se riflette il principio della separazione dei poteri esecutivo, legislativo e giudiziario, preannuncia sin dalle prime norme (sette, per l’esattezza) l’idea della centralità della persona quale fonte ed ispirazione del diritto, cui competono i c.d. *Bill of Rights*, sintesi ed espressione degli ideali politici dei fondatori dello Stato americano. Si tratta di emendamenti delineati e definiti già nel lontano 1791, a tutela del soggetto, specie in sede di attuazione della giustizia federale penale e civile. I primi due emendamenti, in particolare, garantiscono la libertà di culto, parola e stampa, il diritto di riunirsi pacificamente, il diritto di appellarsi al governo per correggere i torti (I emendamento) nonché il diritto di possedere armi (II emendamento) e pongono, *ex altera parte*, il divieto per il governo di adottare una religione ufficiale. Il IV emendamento, a sua volta, protegge la persona, l’abitazione e la corrispondenza da perquisizioni e sequestri illegittimi, mentre il V sancisce il diritto a non testimoniare contro se stesse ed il principio del *ne bis in idem*, oltre a tutelare la libertà e la proprietà attraverso il *due process of law*. Gli emendamenti costituiscono oggi un tutto organico con la Costituzione. Di essi è stato scritto che “the logically critical thing (...) was not that the rights had been found in the Bill of Rights, but that they were deemed fundamental”.

In vero non è soltanto la presenza di una Costituzione scritta con il suo universo di valori a segnare il *discrimen* tra il *common law* americano e quello inglese: vi è altresì il crescente spazio assunto dal formante legislativo e l’importanza della *law schools* “cui corrisponde il diverso ruolo che la dottrina svolge da sempre negli Stati Uniti rispetto alla madrepatria”. Sul piano tecnico l’articolazione degli organi politici risponde a logiche precise: il congresso, organo bicamerale, ha competenza legislativa solo per le materie espressamente previste (moneta, tasse, difesa, diritto d’autore e via enumerando), salvo non si tratti di leggi *necessary and proper*. I singoli stati, invece, hanno attribuzioni nelle principali questioni di diritto privato, tra cui la disciplina della persona, della famiglia, delle successioni (ma altresì quella della responsabilità civile, dei contratti, del diritto societario) che è affidata alla giurisprudenza delle corti locali, con possibilità di orientamenti differenti nella diverse regioni.



11. Se ed in quale misura il *common law* possa avere risentito delle influenze del diritto islamico è interrogativo che da qualche tempo impegna la dottrina, attenta a verificare se effettivamente le influenze della *šari'a*, siano giunte nel Regno Unito all'indomani della conquista normanna dell'isola per effetto dello "stretto legame tra il regno normanno di Ruggero II di Sicilia e (...) Enrico II d'Inghilterra". Istituti quali *the royal english contract*, protetto mediante *the action of debt* o il *trust* – si afferma – deriverebbero, infatti, rispettivamente, dall'*Aqd* e dal *Waqf* islamici, come, parimenti – complice il comune impiego del *precedente* e dell'analogia (*qiyas*) – ulteriori somiglianze si rinverrebbero nelle regole che sovrintendono l'applicazione del diritto e lo svolgimento del processo. Di là da siffatte ipotesi ricostruttive, peraltro suggestive, è comunque innegabile la diversità sostanziale e strutturale tra le due aree giuridiche è accentuata dalla spiccata matrice religiosa dei paesi arabi che traspare sin dall'etimologia del termine *islam* (che letteralmente individua l'atto del "sottomettersi a Dio") e che trova la sua più alta espressione nel principale testo di legge, vale a dire la *šari'a*, "la via", rivelata da Dio alla "Gente del libro", ossia, in senso ampio, non soltanto i Musulmani, ma altresì gli Ebrei ed i Cattolici. In vero, il diritto *strictu sensu* comprende le sole prescrizioni del testo Sacro riguardanti gli *a 'mâl al badan* ("gli atti del corpo") che costituiscono il c.d. foro esterno detto anche *fiqh* e che "sono rivolte ai comportamenti esteriori che l'uomo deve tenere nelle relazioni con gli altri uomini", in un contesto giuridico e culturale caratterizzato da una concezione tendenzialmente "totalizzante" dell'esistenza umana e da una spiccata propensione del musulmano per la vita comunitaria in cui il singolo "svanisce nel tessuto sociale ed in cui i diritti individuali sono percepiti, e quindi riconosciuti, solo se compatibili con il modello di società islamica".

Ne deriva, *in primis*, un'accentuazione del momento personale che diviene elemento scriminante ai fini dell'applicazione delle disposizioni concernenti la persona, la famiglia e le successioni. Le relative regole divergono notevolmente da quelle della tradizione occidentale e si fondano sulla triplice contrapposizione tra musulmano e non musulmano, libero e schiavo, uomo e donna. La pienezza dei diritti compete solo al primo; il politeista, l'idolatra ed il non credente non hanno alcuna tutela giuridica; la donna è soggetta alla potestà dell'uomo; non può contrarre matrimonio con un cittadino (perlopiù straniero) di diversa fede religiosa o ateo e può essere ripudiata dal marito, che non è tenuto a fornire alcuna giustificazione in merito. Il diritto matrimoniale prevede, inoltre, la poligamia e consente all'uomo di sposare fino a quattro mogli, con l'obbligo tuttavia di dover provvedere al loro adeguato mantenimento: la donna, infatti, è vista come persona bisognosa di protezione, di una protezione cioè che si realizza soprattutto attraverso il matrimonio e che si traduce in una subordinazione totale rispetto al coniuge.

Una simile concezione della famiglia ha precisi risvolti nella disciplina della filiazione e delle successioni. La prima è caratterizzata anch'essa sia dalla primazia del ruolo del padre sui figli, educati necessariamente secondo la fede musulmana; sia dall'assenza di diversificazione di *status*, dal momento che la *šari'a* riconosce in via esclusiva solo la categoria dei figli legittimi, disdegnando quella dei figli naturali e di quelli adottivi. La presunzione di paternità ha, del resto, carattere assoluto ed è invincibile, tant'è che talune



scuole di pensiero (e quella hanafita, in particolare) ne predicano l'ultrattività fino ai tre o quattro anni successivi all'ultima possibilità di concepimento. Il corollario di tali scelte di politica legislativa è rappresentato dall'istituto della *kafalah*, estraneo agli altri sistemi occidentali (ma disciplinato da talune norme internazionali), che costituisce l'unica misura di protezione dei minori abbandonati, stante il generale divieto (con la sola eccezione del diritto tunisino) dell'adozione, in omaggio, appunto, al ruolo esclusivo assegnato al vincolo di sangue. Sul piano successorio, infine, gli eredi sono individuati direttamente dalla *šarī'a*, che ammette a succedere per quote differenti gli eredi c.d. *coranici*, di regola non agnati (fratelli uterini, vedovo, ascendenti) e quelli *'asaba*, agnati (figli, fratelli, consanguinei). Una regola basilare è, in ogni caso, quella che impone che la figlia riceva la metà del patrimonio spettante al figlio maschio<sup>•</sup>.

---

<sup>•</sup> *Parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*": è il noto passo delle Istituzioni di Giustiniano che, sulla falsariga della tradizione classica, si aprono, appunto, con la trattazione delle persone fisiche. La locuzione riprende una corrispondente citazione del codice di Ermogeniano, riportato nel Digesto, che si esprime nel famoso brocardo "*hominum causa ius constitutum*". Sul concetto di persona v. BONIOLO, DE ANNA, VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano, 2007. Per la ricostruzione storica della nozione e l'influsso del cattolicesimo sulla sua elaborazione, MILANO, *La trinità dei teologi e dei filosofi. L'intelligenza della persona in Dio*, in Pavan e Milano (a cura di), *Persona e personalismi*, Napoli, 1987, 1-286; BERTI, *Genesi e sviluppo del concetto di persona nella storia del pensiero occidentale*, in Castellano, *Persona e diritto*, Udine, 1990, 17-34.

Al diritto romano era estraneo il concetto di capacità di agire, mentre significativo rilievo assumeva quello di *status*. Una posizione particolare era, poi, quella riservata all'interno della *familia* allo schiavo (salvo l'eccezione del *servus sine domino*) che, sebbene privo di personalità giuridica, era nondimeno soggetto alla potestà del *pater*. Egli veniva riguardato e considerato alla stregua di una *res* e come tale era suscettibile di essere oggetto di qualsiasi rapporto patrimoniale (proprietà, possesso, oggetto di obbligazione o di atto di ultima volontà). Non poteva sposarsi, ma solo instaurare un *contubernium* ossia una relazione di fatto; non aveva, pertanto, diritti di famiglia o diritti successori; non aveva patrimonio; non poteva contrarre crediti o debiti né poteva agire o essere convenuto in giudizio. Singolare è il dettato della *lex Aquiliana* del III sec. a.C., che parificò l'uccisione dello schiavo altrui alla distruzione della proprietà. Per la dottrina italiana v. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XII ed., Napoli, 1954, 43; SCIASCIA, *Capacità giuridica (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 870; BURDESE, *Capacità (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 1. Per la dottrina straniera, invece, cfr. J.S. Mill, *On liberty*, 1861, trad. it. di Magistretti, *Saggio sulla libertà*, Milano 1981, *Introduzione*, 32-33; DUFF, *Personalità in Roman private law*, Cambridge, 1938. Più di recente, MIRKOVIC, *La notion de personne humaine*, Université de Paris II, Paris, 2001.

L'ordinamento romano era caratterizzato dai più vari privilegi, prerogative e discriminazioni; si spiega così la circostanza per cui la ricomposizione unitaria della persona umana si realizza concretamente per la prima volta solo a seguito delle dottrine giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII, venendo poi, in vario modo, ricollegata a Rosseau. In GROZIO si legge, ad esempio, come accanto ai tre *status* della tradizione vi sia quello *naturalis* spettante ad ogni uomo. Cfr. *De iure belli ac pacis*, L. I, c. II, 1, n. 5. Ma sul punto altresì PUFFENDORF, *De iure naturae et gentium*, L. 1, c. I, § q. 2., a. 1, ad. 2.

L'ulteriore illustrata nel capitolo del *civil law* e del *common law* quali espressioni della medesima tradizione giuridica si ritrova in BERMAN, *Law and devolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, 1983. La sua ricostruzione colloca l'affermarsi della tradizione giuridica occidentale intorno al secolo XI ed assegna un ruolo decisivo nella sua evoluzione alla riforma gregoriana ed al diritto canonico. Il pensiero del *Savigny* riportato nel testo è tratto, in particolare, dalla lettura della sua opera *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., V. Scialoja, Torino, 1886-1888, II, 60, 1 ss. Quello di



---

DOMAT dalla sua *Oeuvres complete*, Paris, 1835, t. 1. Ma in merito cfr., anche, POTHIER, *Oeuvres*, Paris, 1830, vol. IX. Nell'analisi dell'ordinamento svizzero e dello ZGB in particolare si è fatto riferimento, *inter alia*, a SACCO, GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2004, 392 ss.

A livello normativo, invece, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789 segna uno dei più importanti riconoscimenti dei diritti dell'uomo e si pone quale fonte ispiratrice delle moderne costituzioni. Il suo contenuto, non a caso, è confluito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dalle Nazioni Unite nel 1948. In argomento BOUTMY, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, in *Annales sc. pol.*, 1902, 415 ss. L'idea secondo cui “*pour pouvoir rationnellement classer les systèmes juridiques modernes il faut les étudier en eux mêmes*” è, al contrario, da ascrivere ad ARNION, NOLDE, WOLFF, *Traité de droit comparé*, 1950, 42-53, ed è stata poi ripresa e perfezionata dagli studiosi successivi. Tra questi, in particolare, da ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1998, i quali si soffermano ad analizzare, con acuto senso critico, lo stile dei singoli sistemi giuridici, ripercorrendo le diverse soluzioni suggerite dagli studiosi comparatisti. A RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, si deve invece la nota partizione dei sistemi giuridici in cinque grandi famiglie: i diritti occidentali, i diritti sovietici, il diritto musulmano, il diritto induista ed il diritto cinese, salvo poi egli stesso restringere l'analisi a tre grandi macroaree (quella romano germanica, quella di Common law e quella dei paesi socialisti), sussumendo le restanti fattispecie sotto la comune denominazione di *autres systèmes*. Cfr., al riguardo, *Les grands systèmes de droit contemporains*, (a cura di Jauffret-Spinozi, 1982). Non deve, peraltro, dimenticarsi come una corretta indagine di tipo comparato non possa prescindere dall'*apprehension globale* dei singoli sistemi di cui si prefigga poi di analizzare le peculiarità, come correttamente ammonisce ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, 1977, a giudizio del quale, appunto, “*le droit comparé consiste fondamentalement dans la constatation des points communs et des divergences qui existent entre deux ou plusieurs droits nationaux*”.

L'idea della contraddizione quale momento indefettibile della comparazione si legge in SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 35 e viene chiarita ed esplicitata nei suoi contenuti da AUTORINO, *Comparazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 1105 ss. Ma in argomento altresì PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, II ed., 1979, 44 ss. La comparazione per contrasto, di cui è sintesi l'espressione “*tout système juridique se pose en s'opposant*” trova uno dei suoi principali fautori in ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, 1971, 62. Nell'analisi delle singole codificazioni non si può non prendere le mosse dal *Code civil*, definito da CAPPELLINI, *Il Codice eterno, La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in Cappellini, Sordi (a cura di), *Codici: una riflessione di fine millennio* (atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000), Milano, 2002, il vero e proprio paradigma della modernità. Numerosi si rivelano i riferimenti bibliografici sul punto. Da ultimo VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2008, 123 ss. Per una ricostruzione storico giuridica del valore dell'uomo all'interno della prima codificazione francese, cfr. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, cit., 115. E' innegabile che le scelte di *policy* del *Code civil*, all'indomani della sua emanazione, abbiano riflesso un modello di diritto sotto molti aspetti già superato, caratterizzato, ad esempio, nella disciplina della famiglia, dal prevalere del modello patriarcale, dalla posizione deteriorata dei figli nati fuori dal matrimonio, dal sacrificio della libertà di testare e via enumerando. In merito, tra gli altri, AA.VV., *La révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale*, Paris, 1988, *passim*. Circa le difficoltà a sradicare il *droit civil* dalle tradizioni e dai costumi del passato, cfr. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris, 1992, 15 ss. Il giudizio sul codice espresso nel testo, circa lo stile, la sapiente miscela di tradizione giuridica, tecnicismo e soluzioni pratiche, riprende le conclusioni di CANNATA, GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. II. Dal medioevo all'epoca contemporanea*, IV ed., 1989, 316. L'idea che *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*, fu espressa da Portalis nel suo *Discours préliminaire au*



*projet de Code civil*. Per una ricostruzione del pensiero della scuola c.d. scientifica il riferimento imprescindibile è all'opera del suo fondatore, GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, 1899, *passim*.

Per quanto concerne, invece, la definizione del BGB in termini di “riassunto prudente del dato storico, piuttosto che audace inizio di un nuovo futuro”, si v. ZITELMANN, *DJZ*, 1990, 3. L'accusa al BGB di avere reintrodotta in Germania il diritto romano contro lo spirito del popolo tedesco trova uno dei suoi principali sostenitori in Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Lipsia, 1843. In argomento si legga, altresì, GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, Francoforte, 1883; ID., *Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht*, Lipsia, 1889. Sull'evoluzione della normativa tedesca VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 151 ss. La ricostruzione storica dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* è puntualmente tratteggiata da ZWIEGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, cit., 106 ss. Ma in merito cfr., anche, EBERT, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Ein Beitrag zur Zeit des späten Naturrechts in Österreich*, *SavZ/Germ.* 85, 1968; STEINWENTER, *Der Einfluß des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Österreich*, in *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker I*, 1954; UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*, 1892; von ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie I-VI*, 1811-1813. Per una ricostruzione del periodo storico in cui viene promulgata la Costituzione di Weimar, si legga, da ultimo, WEITZ, *La Germania di Weimar. Utopia e tragedia*, Torino, 2008, *passim*. Sul valore della Costituzione e dei diritti sociali, quali strumenti di una democrazia sostanziale “capace di integrare e supplire i limiti della sola democrazia politica” cfr. GOZZI, *Democrazia e diritti*, Bari, 1999, 84 ss. In argomento, altresì, CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Milano, 2002, 103. Peculiare influenza nell'elaborazione dell'ABGB ha avuto la filosofia kantiana cui si deve la regola – ripetuta nel testo – secondo cui “la libertà di arbitrio dell'uno coesista con la libertà di arbitrio dell'altro secondo una legge generale”.

Con riguardo all'ARL prussiano, riferimento dottrinale imprescindibile è rappresentato, ancora una volta, da ZWIEGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, cit., 169 ss. A KUNKEL, *SavZ/Rom.*, 1954, 71, è da ascrivere, invece, la considerazione circa la natura dell'amministrazione statale all'epoca di Federico II, in termini appunto di “amministrazione onnipotente”. Allo stesso Autore è da ricondurre la ricostruzione circa il valore riconosciuto all'interno dello Stato prussiano all'operato del suddito e del giudice e la loro immagine in termini di “opera mostruosa e contraria allo spirito razionale”. Per la dottrina straniera sul punto, tuttavia, v. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 1953. Circa l'affermazione dello ZGB quale “codice popolare”, cfr. ZWIEGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, cit., 217. E', tuttavia, solo attraverso l'opera di HUBER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf*, 1902, che è possibile risalire alla profonda *ratio* che anima le disposizioni dello ZGB. La vicenda costituzionale spagnola trova, invece, mirabile descrizione in Stanzone, *Principi costituzionali e diritto di famiglia nell'esperienza spagnola*, in AA.VV., *Sistemi giuridici comparati: ipotesi applicative*, Salerno, 1997, 191 ss.

Per il giudizio circa la chiara derivazione del Codice civile italiano dal corrispondente modello francese cfr. BERRI, *Travaux*, Paris, 1902. La storia dell'Italia spiega il diffondersi iniziale del modello francese all'interno del territorio. Basti, infatti, ricordare che all'indomani della Pace di Campoformio del 1796 i modelli di disciplina francesi furono imposti in varie regioni d'Italia, fin quando nel 1805 non fu adottato, dopo essere stato tradotto, il *Code civil* e, nel 1806, il codice di procedura civile d'oltralpe. Alla ricezione c.d. politica ne seguì, quindi, un'altra, dovuta al prestigio assunto dal modello francese nel corso del tempo. L'ossequio al modello tedesco, inizialmente giudicato eccessivamente astratto e dogmatico, è di epoca successiva, consegue al fascino esercitato dalle idee della pandettistica sulla dottrina italiana. Sul punto, tra gli altri, GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, Bari, 1985; BONINI, *Dal codice del 1865 al codice del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile*, vol. I, Milano, 1993. Il contenuto della Relazione della Commissione reale, che accompagna il codice del 1942, si legge, invece, in PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice civile, Libro I illustrato con i lavori preparatori*,



Milano, 1939. Particolari meriti nello studio della persona all'interno dell'ordinamento italiano sono da riconoscere a PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; ID., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino- Napoli, 1975; ID., *Tutela dei soggetti deboli*, Roma, 2004; ID., *Manuale di diritto privato*, Torino, 2006; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 446 ss.; ID., *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 11, 1145 ss; ID., *Interesse del minore e "statuto" dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, 351 ss. Di recente, altresì, STANZIONE, *Il diritto all'educazione del minore*, in AA.VV., *Studi sul diritto di famiglia*, Salerno, 2012, 191 ss.

DI HOLMES, *The Common law*, 1881, è la frase per cui "*The life of the law has not been logic: it has been experience*". VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991, 42 precisa, invece, l'origine storica del *Common law*, così chiamato "perché era comune agli uomini liberi d'Inghilterra, che ricadevano tutti sotto la giurisdizione diretta dei tribunali centrali reali". Circa la definizione dei giudici quali "depositari delle norme giuridiche" ossia "oracoli viventi del diritto", v., per primo, BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769. Per lo studio del diritto inglese, cfr., in particolare, CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2000; DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. a cura di Calliano, Cendon, Citarella, La Rosa, Sacco, Padova, 2004; MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, 2004. Circa l'esigua influenza del diritto romano sul diritto inglese v. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Padova, 1979. In ordine ai contenuti ed al valore della *Magna Charta*, tra gli altri, JACOB, *Inghilterra: Enrico III*, cap. V, vol. VI, *Declino dell'impero e del papato e sviluppo degli stati nazionali*, in *Storia del Mondo Medievale*, 1999, 198-234; JOHNSTONE, *Inghilterra: Edoardo I e Edoardo II*, cap. XVIII, vol. VI, *Declino dell'impero e del papato e sviluppo degli stati nazionali*, ibidem, 1999, 673 ss. Tra le codificazioni presenti in *Common law* è possibile ricordare il *Bill of Exchange Act* del 1882, *Sale of Goods Act* del 1897 ed il *Law Property Act* del 1925. In argomento, tra gli altri, VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 314 ss. "I profili di inadeguatezza" del *common law* nella tutela dei diritti della persona sono denunciati da Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, cit., 42. Ma la critica è condivisa anche da DARROW, ALSTON, *Bills of Rights in Comparative Perspective*, in Alston (a cura di), *Promoting Human Rights*, Oxford, 1999, 474 ss. Sulla rivoluzione costituzionale inglese, BELL, *La Révolution constitutionnelle au Royaume-Uni*, in *RD publ.*, 2000, 413 ss. La rivoluzione, in particolare, ha riguardato la devoluzione dei poteri alle assemblee parlamentari della Scozia e del Galles, la creazione di un'assemblea parlamentare nell'Irlanda del Nord e l'incorporazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dello *Human Rights Act* del 1998. Una seconda ondata di riforme ha interessato, invece, la protezione dei diritti fondamentali. Sul punto, ancora, BELL, *Les droits fondamentaux*, in *RFD const.*, 1999, 187 ss. Ma, altresì, ZUCCA, *Human rights act 1998. Point de vue d'un juriste continental*, in *L'Astrée: Reven de droit penal et des droits de l'homme*, 2000.

Sui contenuti del *Law Commission Act*, v., in particolare, MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., 259 ss. Minore rilievo ha, al contrario, la dottrina, il cui ruolo è da sempre, nell'area del *common law*, ben più circoscritto rispetto a quello svolto all'interno dei sistemi di *civil law* ed in ogni caso è caratterizzato dalla produzione di una letteratura prettamente specialistica e professionale, come tale rivolta in via esclusiva a lettori giuristi. Ne sono conferma, sin dai suoi più significativi esordi nel XI e nel XIII secolo, i trattati di GLANVILL e BRACON – intitolati *De legibus et consuetudinibus Angliae* – in cui l'oggetto principale dello scritto è costituito ora dall'analitica elencazione dei *writs* e delle diverse procedure derivanti da ciascuno di essi, ora dalla illustrazione di tutto il diritto inglese. Vero è, tuttavia, che nella successiva opera di un altro grande giurista, William Blackstone, si ritrova la partizione tipica dei corrispondenti modelli di *civil law*, con un'apposita parte (la prima, nella specie) dedicata ai *rights of persons*.

L'affermazione per cui "il diritto degli Stati Uniti è, come quello inglese, un diritto essenzialmente giurisprudenziale" è di David, JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, V ed., Padova, 2004, 367 ss., che argomentano la conclusione



dalla struttura del diritto e dalla stessa nozione di regola giuridica. Nella trattazione del *common law* americano è, peraltro, passaggio obbligato lo studio della Costituzione, completata il 17 settembre 1787 (con la sua adozione da parte della Convenzione costituzionale a Filadelfia), e quindi successivamente ratificata da speciali “Convenzioni” ad opera dei tredici Stati esistenti all’epoca. In merito al famoso caso *Marbury v. Madison* v. E. ZOLLER, *Grands arrêt de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, 71 ss. La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel *case* richiamato è una delle decisioni più importanti e citate nella storia della giurisprudenza statunitense, in quanto avente ad oggetto il primo giudizio di costituzionalità di una legge. Ad esso conseguì l’instaurarsi del *judicial review* esercitato dalle corti americane. In breve la vicenda: presidente della Corte Suprema all’epoca era John Marshall, un politico privo, fondamentalmente, di esperienza giuridica, alla cui attenzione fu portata una problematica dalla soluzione tutt’altro che agevole, che nasceva dalla nomina a giudice di pace di William Marbury da parte del presidente uscente Adams. Marbury, precisamente, accusava James Madison, segretario di Stato del neopresidente Jefferson, di non avergli notificato, nonostante il decreto presidenziale, la sua nomina a giudice. Il problema fondamentale di tutta la storia risiedeva nella circostanza per cui la Costituzione degli Stati Uniti d’America non riconosceva alla Corte Suprema la competenza a giudicare in casi simili a questo, a dispetto di una legge federale che assegnava la possibilità di emettere «*Writs of Mandamus*» nei confronti di chi esercitasse il potere in nome degli Stati Uniti d’America. Al *Chief Justice* Marshall, nondimeno, veniva richiesto dall’attore (peraltro aderente al suo stesso partito) di emettere un *Writ* che lo avrebbe integrato nella carica istituzionale di cui era stato incaricato dal presidente. A sostegno della pretesa veniva addotta un’altra legge federale che assegnava la competenza giurisdizionale su tale controversia alla Corte Suprema. Contro tale richiesta, invece, il convenuto eccepeva l’art. 3, sec. 2, della Costituzione degli Stati Uniti, a norma del quale: “in tutti i casi che riguardano un Ambasciatore, altri pubblici Ministri e Consoli, ed in cui è parte uno Stato, la Corte Suprema deve avere giurisdizione di primo grado. In tutti gli altri casi (...) la Corte Suprema avrà giurisdizione d’Appello”. Dunque, non ricoprendo Marbury alcuna delle cariche indicate dalla disposizione, non poteva a rigore adire la Corte Suprema quale giudice di primo grado. La decisione giunta il 24 febbraio 1803 e presa all’unanimità dalla Corte suprema, diede ragione a Madison, in nome della posizione gerarchica superiore della Costituzione rispetto alla legge, come dedotto dall’ VI della Costituzione medesima, e della natura costituzionalmente illegittima della legge federale. Sul punto *amplius* MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit. Quanto al giudizio critico sui *Bill of Rights* espresso nel testo esso è da ricondurre al giudice Harlan, nel *case* *Duncan v. Louisiana* 391 U.S. 145 (1968). Caratterizza l’evoluzione giuridica americana altresì la Dichiarazione d’indipendenza, scritta in prevalenza da T. Jefferson, ed approvata il 4 luglio 1776, dove si riconoscono ideali universali imperniati sul riconoscimento e sul rispetto delle libertà fondamentali. Tra queste possono ricordarsi il diritto ad un giudizio con giuria; il privilegio dell’*habeas corpus*; il principio di eguaglianza, il richiamo ai principi illuministici e giusnaturalisti ed ai “Diritti inalienabili”. Cfr. T. BONAZZI, *La dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d’America*, Padova, 1999. Si legge, in particolare, nella Dichiarazione di indipendenza che “tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità; che per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; che ogni qualvolta una qualsiasi forma di governo tende a negare questi fini, il popolo ha diritto di mutarla o abolirla e di istituire un nuovo governo fondato su tali principi e di organizzarne i poteri nella forma che sembri al popolo meglio atta a procurare la sua Sicurezza e la sua Felicità”. Sul ruolo della dottrina e della *law schools* in America v., in particolare, VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 322 ss. La tesi della possibile ed incisiva influenza del diritto islamico sulla *common law* inglese rinviene un suo dettagliato precedente nell’opera di MAKDISI, *The islamic origin of the common law*, in *North Carolina Law Review*, 1999, 168 ss. Per una descrizione analitica dei singoli istituti del diritto inglese derivati dal diritto islamico cfr. HUSSAIN, JAMILA (2001), *Book Review: The Justice of Islam* by Lawrence ROSEN, in *Melbourne University Law Review*, 2001. Il termine arabo *islam* proviene



---

dalla radice *sallâma*, che è comune anche alla parola *salâma*, che vuol dire “pace”. Sul punto, SAPIO, *Prolegomeni al diritto musulmano*, Pisa, 2003, *passim*, cui si rinvia anche per le attente considerazioni sulla concezione “tendenzialmente totalizzante dell’esistenza umana” nella società islamica. Sul punto v. però anche SACCO, GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 472. La legge islamica distingue le prescrizioni relative a *‘mâl al-qalb* (gli atti del cuore) da quelle relative a *‘mâl al badan* (“gli atti del corpo”). In generale, sul diritto di famiglia nei sistemi arabi e sulla sua “applicazione” in Italia, tra gli altri, da ultimo, CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, *ibidem*, 2008, 43 ss. Mentre per la donna sussiste il divieto di sposare un uomo di fede differente, analoga proibizione non esiste per l’uomo, il quale, al contrario, purché mussulmano sunnita può contrarre matrimonio con una donna che non professi la fede islamica, purché – beninteso – appartenga alle religioni ebraica o cristiana: ALDEEB ABU-SAHLEH, *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse*, in *Revue critique droit int. privé*, 2007, 504 ss. Sul ripudio nel diritto islamico, MAHEDDIN, *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l’un des époux en droit musulman et en droit algérien*, in *Revue int. droit comparé*, 2006, 92 ss. Circa la posizione ed i diritti dei figli cfr. MOULAY RCHID, *Les droits de l’enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit Int. de La Haye*, t. 268, 1997, 9 ss.; nonché, più in generale, CARLIER, VERWILGHEN (sous la dir. de), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, 1992, *passim*. Quanto, invece, all’istituto della *kafalab*, si legga, tra gli altri, VANZAN, MIAZZI, *Kafala e protezione del minore in Italia*, in *Dir. immigrazione citt.*, 2004, 2, 70 ss. Oltre a rappresentare uno strumento di tutela dei minori orfani o abbandonati, la *kafalab* può conseguire anche alla volontà dei genitori di affidare il figlio a un *kafil* (spesso il marito di una coppia di coniugi legati ai primi da un rapporto di parentela) affinché lo allevi, lo mantenga e lo educi sino al conseguimento della maggiore età, esercitando altresì la potestà parentale nei confronti del minore stesso. Tra le norme internazionali che contemplano l’istituto si annovera la Convenzione delle Nazioni Unite del 1989, relativi al diritto del fanciullo a conoscere e ad essere allevato dai suoi genitori e al diritto del medesimo a preservare i suoi rapporti familiari, per una cui lettura critica si rinvia a VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht-Boston-London, 1995, 41 ss.