

LE INTERFERENZE NELL'AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE FRA TRADIZIONE ROMANISTICA E GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA

GIOVANNI LUCHETTI
Professore ordinario di Diritto romano
Università di Bologna

I. GLOBALIZZAZIONE, DIRITTO, SCIENZA GIURIDICA

Il processo di integrazione e l'affermarsi di una forte interdipendenza delle economie e dei mercati internazionali, favorito anche dal rapido progresso delle tecniche informatiche e telematiche, ha avuto, come sappiamo, significative ripercussioni sull'universo giuridico¹. Alla nascita di un nuovo modello di organizzazione degli scambi, ormai di dimensioni planetarie o globali, si è accompagnato, infatti, il contestuale declino delle tradizionali idee di Stato e di sovranità². I mercati mondiali esigono infatti regole uniformi. La globalizzazione dell'economia ha determinato la crisi, forse irreversibile, dei dogmi della statualità e della nazionalità del diritto³.

¹ L'incidenza dell'impiego delle nuove tecnologie nel processo di globalizzazione è sottolineata da P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il foro italiano*, 2002, V, coll. 154-155; sul punto, v. anche D. ZOLO, v. *Globalizzazione*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, II, Torino, 2005, p. 379 e pp. 387-391.

² GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 155-156; ZOLO, v. *Globalizzazione*, cit., pp. 391-397.

³ Cfr. sul punto F. GALGANO-F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, p. 19.

Le prassi seguite dagli operatori economici costituiscono oggi una fonte di produzione del diritto di origine astatale⁴. Le regole create dal ceto imprenditoriale senza la mediazione del potere legislativo degli stati sono state efficacemente definite nuova *lex mercatoria*, per alludere alla rinascita di un insieme di norme a carattere universale, nello stesso modo in cui fu universale il diritto dei mercanti medievali⁵.

Alla globalizzazione sono collegati dunque due fenomeni ulteriori: il raggiungimento di una maggiore complessità del fenomeno giuridico a seguito dell'affermarsi di una pluralità di fonti di produzione del diritto e la creazione del diritto privato da parte di privati, come è storicamente avvenuto prima dell'affermazione del monopolio dello stato moderno sulla creazione del diritto⁶.

Il giurista ha, nell'ormai mutato quadro, un ruolo attivo e propulsivo, che supera la tradizionale immagine dell'interprete vincolato alla semplice attività di esegesi di una fonte normativa scritta⁷. Costituiscono significativi esempi in questa direzione i tentativi volti ad enucleare in ambito transnazionale dei principi comuni, ordinanti la materia contrattuale: proprio la disciplina del contratto, il supporto giuridico del mercato, costituisce il nucleo fondamentale del diritto globalizzato⁸.

Mi riferisco, in particolare, per fare alcuni esempi, all'esperienza dei Principi dei contratti commerciali internazionali, editi a cura dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), con sede a Roma, e, in ambito più specificamente europeo, alla pubblicazione dei Principi di diritto europeo dei contratti da parte della Commissione presieduta dal giurista danese Ole Lando⁹.

⁴ V. ancora sulla questione GALGANO-MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., pp. 266-287.

⁵ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pp. 43-76; ID., *Lex mercatoria*⁵, Bologna, 2010, *praecipue* pp. 248-250. Per un'ampia ricognizione del dibattito dottrinale sul tema cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, pp. 633-724.

⁶ Questi aspetti sono efficacemente rimarcati da GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 158-162. Per ulteriori osservazioni dello stesso autore, cfr. ID., *Il costituzionalismo moderno tra mito e storia*, in *Mitologie giuridiche della modernità*³, Milano, 2007, pp. 229-232.

⁷ GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., col. 159; in quest'ordine di idee v. anche GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 72-76; ID., *Lex mercatoria*⁵, cit., pp. 284-287.

⁸ Cfr. sul punto GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 159-160; per una più ampia analisi del ruolo riservato al contratto nel diritto globalizzato v. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 93-114.

⁹ Cfr., rispettivamente, *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali 2010* (ed. M. J. Bonell), Roma, 2010, pp. 1-495 e *Principles of European Contract Law. Parts I and II* (eds. O. Lando and H. Beale), The Hague-London-Boston, 2000, pp. 1-561; *Principles of European Contract Law. Part III* (eds. O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann), The Hague-London-New York, 2003, pp. 1-291. Con specifico riguardo ai progetti per l'armonizzazione del diritto privato europeo, v. ora le osservazioni di K. P. BERGER, *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization*, in *Towards a European Civil Code*⁴, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 55-70.

Proprio quest'ultima iniziativa ha avuto nel recente passato ulteriori sviluppi. Sulla scia dell'attività già posta in essere dalla Commissione Lando fu costituito, infatti, uno *Study Group on a European Civil Code*, coordinato da Christian von Bar, che, unitamente ad un altro gruppo di lavoro, che operava con l'obiettivo principale di chiarire i contenuti del diritto comunitario, l'*Acquis Group*, ha pubblicato nel 2009, dopo alcuni anni di lavoro, il *Draft Common Frame of Reference*¹⁰.

II. L'ESPERIENZA EUROPEA: IL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

La pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference* si è inserita dunque nel più ampio contesto dei tentativi tesi a realizzare, come obiettivo finale, che non ne esclude altri intermedi minori, l'effetto dell'armonizzazione, se non proprio dell'unificazione, della disciplina contrattuale da applicare nei paesi membri dell'Unione Europea¹¹.

A differenza di altri progetti provenienti dal mondo accademico, come il Progetto preliminare di un Codice europeo dei contratti dell'Accademia di Pavia coordinato da Giuseppe Gandolfi o il *Common Core of European Private Law Project*, nato nel 1993 presso l'Università di Trento su iniziativa di Ugo Mattei e Mauro Bussani, il *Draft Common Frame of Reference* ha ricevuto un forte impulso dalle Istituzioni comunitarie¹². Sebbene la strada in concreto intrapresa da Bruxelles sia piuttosto oggi quella di procedere all'armonizzazione del diritto privato dei paesi dell'Unione solo attraverso l'adozione di discipline

¹⁰ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition* (eds. C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke), Munich, 2009, pp. 1-643; a questa edizione si è aggiunta quella munita di commento e di note, in ben sei volumi: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I-VI (eds. C. von Bar and E. Clive), Munich, 2009.

¹¹ V. sul punto G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Rivista di diritto civile* 54, 2008, pp. 141-147; U. PERFETTI, *Presentazione*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti e P. Zatti, Padova, 2009, p. xi.

¹² Cfr. *Code européen des contrats. Avant-projet* (coord. G. Gandolfi), I, Milano, 2004, pp. 752; II.1, Milano, 2007, pp. 197; II.2, Milano, 2008, pp. 847. Sul *Common Core of European Private Law Project* v. ora M. BUSSANI-M. INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010, pp. 146-152 (con indicazioni bibliografiche). Sull'impulso delle istituzioni comunitarie nell'elaborazione del DCFR, cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 2; ALPA – CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, cit., pp. 159-160; C. VON BAR, *Key Policy Issues in turning the DCFR into an optional instrument*, in *Draft Common Frame of Reference (DCFR), wat for?*, a cura di G. Alpa e G. Iudica, Milano, 2013, pp. 7-11.

settoriali – strada che ha portato, com'è noto, alla formulazione della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita (COM [2011] 635 def.) e, più di recente, a due proposte di direttive sui contratti di vendita *on line* e di fornitura di contenuto digitale¹³ – rimane a mio avviso ancora oggi intatto il valore del *Draft Common Frame of Reference* nella sua dimensione di significativa opera di riflessione e di sintesi condotta sugli elementi comuni che emergono dalla considerazione delle regole recepite dalle singole legislazioni nazionali.

III. IL DRAFT FRA TRADIZIONE ROMANISTICA E GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA

Affrontiamo ora la questione di come si collochi questa ipotesi di unificazione di ampi settori del diritto privato nel contesto della più che bimillena-

¹³ La Proposta è stata approvata, il 26 febbraio 2014, dal Parlamento europeo in prima lettura, ma la Commissione, nel dicembre 2014, ha deciso di ritirarla. Nel Programma di lavoro 2015, la stessa Commissione ha quindi manifestato l'intenzione di procedere alla creazione di un unico mercato digitale europeo (*Digital Single Market*). L'inversione di rotta ha portato all'elaborazione di due proposte di direttive, riguardanti la conformità dei beni di consumo venduti *on-line* (COM [2015] 635 def.) e delle forniture di contenuto digitale (Com. [2015] 634 def.). Giova in questa sede ricordare solo brevemente le principali tappe del percorso che ha portato, dopo la pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference*, alla formulazione della Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita. La Commissione europea ha provveduto ad istituire un gruppo di esperti, con il compito di predisporre un Quadro comune di riferimento (CFR) nel settore del diritto europeo dei contratti, selezionando le parti corrispondenti del *DCFR* e perfezionandole, anche alla luce di ulteriori studi e dell'*acquis* dell'Unione. Il gruppo di esperti ha pubblicato uno studio di fattibilità, che consta di un ampio articolato in materia di diritto contrattuale, concernente in particolare la vendita. Il lavoro del gruppo di esperti, apparso anche in una seconda versione il 19 agosto del 2011, è stato in larga parte trasfuso nella Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita. L'istituzione del gruppo di esperti è stata inoltre seguita, il 1° luglio del 2010, dalla pubblicazione del Libro verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (COM [2010] 348 def.), al fine di consultare cittadini, organizzazioni e stati membri su quale avrebbe dovuto essere la natura giuridica dello strumento di diritto europeo dei contratti. Le opzioni delineate dalla Commissione nel Libro verde spaziavano dalla semplice pubblicazione dei risultati del gruppo di esperti (opzione n. 1) all'adozione di un regolamento istitutivo di un codice civile europeo (opzione n. 7). In questo quadro, deve essere segnalata anche la posizione espressa dal Parlamento europeo con un'apposita risoluzione dell'8 giugno 2011, che ha auspicato l'adozione di uno strumento opzionale di diritto contrattuale attraverso un regolamento. Sui più recenti sviluppi del diritto contrattuale europeo, cfr. C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 4/2011, pp. 837-859; M. MELI, *Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita I-COM(2011) 635 def.)*, in *NLCC* 35, 1/2012, pp. 183-207; C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2/2012, pp. 289-317; ID., *Codice civile e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 3/2012, pp. 687-705; ID., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 4/2013, pp. 905-926; nonché A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino, 2018, in specie pp. 53-54.

ria tradizione giuridica del continente europeo, al fine di valutare se si sia trattato di qualcosa di avulso e indipendente da essa oppure se si riprendano, più o meno consapevolmente, alcuni suoi filoni, pur tendendo a valorizzarne solo quegli aspetti ancora utili alle esigenze concrete e attuali¹⁴.

Merita di essere ricordata la scelta effettuata in favore della soluzione di tipo codicistico in senso lato. Malgrado la profonda diversità del contesto storico ed economico-sociale rispetto a quello che ha dato vita alle codificazioni del XIX e della prima metà del XX secolo, è chiara la collocazione del *DCFR* nel loro solco in netta controtendenza agli orientamenti favorevoli ad una decodificazione del diritto privato¹⁵.

Un'ulteriore annotazione concerne l'esistenza di una parte generale delle obbligazioni, comprendente una disciplina applicabile non solo a quelle nascenti da contratto, ma anche a quelle derivanti da illecito, da gestione di affari altrui e da arricchimento senza causa. Si è optato così per l'unitarietà del concetto di obbligazione anche quando non sorga da un contratto e del relativo regime giuridico, con una decisa riaffermazione del modello romanistico (o di *Civil law*) rispetto a quello di *Common law*, che estromette, come è noto, la responsabilità extracontrattuale (il *torts law*) dal diritto delle obbligazioni. Una tale scelta rispecchia, come è risaputo, la sistematica adottata dalle Istituzioni di Giustiniano (I.3,13,2), e, prima ancora, almeno nel suo nucleo centrale, da quelle di Gaio (Gai. 3, 88), nonché dalle codificazioni europee del XIX e XX secolo¹⁶.

Le ragioni che hanno indotto ad aderirvi non si riconducono certamente a motivi di ossequio formale alla tradizione, ma di mero vantaggio, sottolineato dalle parole degli stessi gruppi redattori, quando rilevano che ogni altra alternativa avrebbe comportato «una quantità inaccettabile di ripetizioni non necessarie»¹⁷.

Restando sempre sul generale, si può cogliere anche la tendenza a concentrare il più possibile e a ordinare sotto un numero limitato di criteri (nozione di danno giuridicamente rilevante, imputabilità, nesso causale, cause di giustificazione e rimedi) il regime delle obbligazioni per danni causati ad altri e

¹⁴ Su questi interrogativi si sofferma A. PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, in *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, cit., pp. 23-27.

¹⁵ In questo senso v. PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., p. 24.

¹⁶ *Cfr.* sul punto ancora PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., p. 25.

¹⁷ V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 11.

della relativa responsabilità, con preferenza certamente per un modello più vicino alla tradizione romanistica, ruotante intorno alla *lex Aquilia*, piuttosto che per un modello caratterizzato da una casistica esasperata e frammentaria proprio del sistema dei *torts* del *Common law*¹⁸.

Rivestono poi particolare importanza alcune affermazioni esplicite compiute dai redattori del *DCFR* in sede di introduzione. Essi, infatti, dopo aver sottolineato l'autonomia rispetto al destino di un futuro e auspicato Quadro comune di riferimento (*CFR*) del Progetto in quanto «testo accademico», esprimevano l'auspicio che si potesse favorire, per suo tramite, la conoscenza del diritto privato europeo a livello sia di ordinamenti nazionali che di formazione ed educazione giuridica. In particolare, osservavano gli autori, il Progetto era anche funzionale a dimostrare quanto i diritti privati nazionali si assomiglino e quanto certamente questi diritti possano essere considerati come manifestazioni regionali di una sovrastante eredità comune europea¹⁹.

Una tale funzione si ritenne venisse rafforzata dalla pubblicazione anche di tutti i commenti e le note alle diverse regole-modello, dai quali emerge come solo in un numero relativamente piccolo di casi gli ordinamenti giuridici europei abbiano dato risposte del tutto differenti a problemi comuni. Già quindi i redattori si sono dimostrati consapevoli dell'esistenza di una «eredità comune europea» sottostante ai vari diritti privati nazionali, tanto da spingerli a qualificare questi ultimi come semplici varianti regionali di essa, facilitando così enormemente il compito di elaborazione di principi e regole uniformi²⁰.

Anche se si tace su quale sia detta eredità comune, quasi in ossequio ad una tendenza oggi purtroppo sempre più diffusa, non vi è dubbio che questa debba identificarsi con il complesso di principi e regole ereditati dal diritto romano e dalla successiva tradizione romanistica (o romano-canonica), che hanno rappresentato per secoli il *ius commune Europaeum*²¹.

Il diritto romano-giustiniano, nelle rielaborazioni offerte da glossatori e commentatori, è stato un tempo l'unico strumento che poteva essere conosciu-

¹⁸ Così PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., pp. 26-27.

¹⁹ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 4.

²⁰ Cfr. in specie PETRUCCI, *Introduzione. Il Progetto di «Quadro comune di riferimento» (DCFR)*, cit., pp. 26-27.

²¹ Sul *ius commune* europeo v. ampiamente R. ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e impresa / Europa* 14, 2009, pp. 101-143; ID., *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *Towards a European Civil Code*⁴, cit., pp. 27-53.

to in tutta Europa e che poteva essere utilizzato in ogni parte del continente²². Fino al momento dell'emanazione dei codici moderni si realizzò in Europa uno straordinario fenomeno di sviluppo culturale unitario, grazie alla flessibilità ed alle capacità di adattamento dello *ius commune*²³. Questo diritto ha permesso di superare le molteplici tradizioni locali che non erano in grado di rispondere alle esigenze di una società evolutasi verso un sistema di scambi molto più estesi e complessi²⁴.

Quando si parla di diritto romano si intende, come abbiamo già detto, il diritto romano elaborato ed adattato ai tempi da parte degli studiosi delle prime grandi Università europee²⁵. Il diritto romano-comune si è formato come «diritto dei giuristi»²⁶. Allo stesso modo sono proprio i giuristi, prima ancora che i legislatori, a stimolare e a progettare ora la creazione di un diritto privato europeo. In questo senso il ruolo dei giuristi dell'epoca potrebbe presentare alcuni parallelismi con il ruolo ricoperto dai giuristi di oggi che si adoperano per una moderna unificazione del diritto privato. In entrambi i casi la risposta alle mutate istanze della società non viene da organi statali, ma soprattutto dal lavoro degli studiosi e degli interpreti del diritto²⁷.

Parlare di uno *ius commune Europaeum* al giorno d'oggi non significa peraltro augurarsi un utopico ritorno a passate esperienze. La storia crea le radici per nuovi sviluppi, ma non ripete mai se stessa. Il nuovo diritto europeo comune o uniforme non sarà né una seconda rinascita del diritto romano, né una tardiva recezione del *Civil law* da parte del *Common law* anglosassone. Significa, piuttosto, effettuare sforzi verso un reciproco avvicinamento, coordinamento e armonizzazione²⁸.

In questa prospettiva, l'esperienza dello *ius commune* deve costituire qualcosa in più di un semplice strumento di comprensione delle dinamiche in atto a livello europeo. Un intervento normativo che parta dall'alto, imponendo un codice, risulterebbe votato all'insuccesso, o comunque destinato ad incon-

²² Cfr. sul punto G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, Padova, 2010, p. 179.

²³ ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, cit., pp. 108-110.

²⁴ Così BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., pp. 179-180.

²⁵ Sulla polisemia dell'espressione «diritto romano» cfr. ora G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, pp. 9-16.

²⁶ Cfr. sul punto L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Rivista critica del diritto privato* 10, 1992, p. 528 (= *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 331).

²⁷ Per questa osservazione, v. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., p. 180 e nt. 31.

²⁸ In quest'ordine di idee v. M. CAPPELLETTI, *Introduction*, in *New Perspectives for a common law of Europe* (ed. M. Cappelletti), Firenze, 1978, pp. 4-5; cui adde BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., p. 180, nt. 32.

trare maggiori difficoltà senza la riscoperta dell'esistenza di un'eredità giuridica comune e la progressiva affermazione della capacità degli operatori di dialogare e di confrontarsi²⁹.

Presupposto per l'armonizzazione o l'unificazione giuridica è anche la creazione (o, meglio, la riscoperta) di una cultura giuridica comune. Il recupero e la valorizzazione della tradizione storica è condizione imprescindibile per la formazione del giurista globale e l'effettivo superamento delle barriere nazionali e degli ostacoli che si frappongono all'armonizzazione del diritto privato³⁰.

Il fenomeno della globalizzazione impone di affrontare il problema della disciplina da offrire a rapporti giuridici che si dipanano ormai sempre più spesso tra continenti diversi, a livello mondiale. La formazione dell'operatore del diritto dovrà essere idonea a consentire il confronto con realtà diverse da quella nazionale e tale confronto potrà realizzarsi solo attraverso un approccio improntato ad una piena coscienza storica. Proprio da quest'ultimo angolo di visuale l'approccio che caratterizza il *Draft Common Frame of Reference* si presentava piuttosto carente: le note e i commenti lo accompagnano trascurano (come del resto già era accaduto con le note e i commenti che accompagnavano i *Principles of European Contract Law* elaborati dalla Commissione Lando) di prendere in considerazione le radici delle regole enunciate.

È invece del tutto auspicabile che in futuro, grazie all'apporto degli storici del diritto, si possa assistere a una più decisa valorizzazione degli strumenti offerti dalla comparazione in chiave diacronica³¹. Lo studio dei fondamenti delle varie *regulae iuris* potrà portare ad una più ampia comprensione della

²⁹ V. sul punto BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*⁵, cit., pp. 180-181, nt. 32.

³⁰ Manifesta tuttavia un certo scetticismo sul ruolo della romanistica nel dibattito scientifico relativo al diritto privato europeo S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 4-6. L'autore conclude osservando: «il *mainstream* dell'innovazione giuridica europea non è certo rappresentato dal diritto romano ma dal modo in cui i diversi sistemi nazionali stanno reagendo all'impatto del diritto di fonte comunitaria». Per una diversa impostazione, cfr. tuttavia le osservazioni di L. VACCA, *Interpretazione e scienza iuris. Problemi storici e attuali*, in *Europa e diritto privato*, 3/2011, pp. 661-679; EAD., *Storia, comparazione e scienza giuridica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, ricordando G. Crisculi, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2013, pp. 3-5. Più in generale, per un'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale sull'orientamento storico-comparatistico nella romanistica contemporanea cfr. L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese (1914-1995)*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, *praecipue* pp. 297-329.

³¹ Si muove senz'altro in questa direzione il recente volume *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven* (hrsg. F. J. Andrés Santos, C. Baldus, H. Dedek), München, 2011. Sulla valorizzazione della prospettiva storica come strumento per una migliore comprensione delle legislazioni nazionali e del dibattito *de iure condendo* che si sta svolgendo in ambito europeo, cfr. anche le osservazioni contenute nella recensione di M. TRIMARCHI, in *Europa e diritto privato*, 1/2013, pp. 299-303.

fenomenologia normativa. Merita di essere segnalata a tale ultimo proposito la recente esperienza cinese³². Com'è noto, l'opzione per il modello romanistico risale in Cina già al 1911, quando venne pubblicato un progetto di codice civile che, tuttavia, non entrò mai in vigore, e venne confermata con la promulgazione del codice del 1931 (tuttora vigente a Taiwan)³³. L'opzione per il modello codificato di *Civil law* si rese necessaria per rispondere alle esigenze di certezza e conoscibilità del diritto³⁴. La vicinanza geografica con il Giappone, che aveva già adottato il modello tedesco, determinò che anche la codificazione cinese fosse ispirata al BGB³⁵. La fondazione della Repubblica popolare cinese determinò però l'abrogazione del codice del 1931³⁶. Con la definitiva crisi del sistema di economia pianificata si è avviata negli ultimi anni una nuova fase di recezione del diritto romano in Cina³⁷. La recezione questa volta non avviene in modo acritico, attraverso l'adozione di un modello già codificato, ma attraverso l'attività di ricerca condotta dai giuristi cinesi direttamente sulle fonti giuridiche romane³⁸.

L'esperienza cinese conferma la grande vitalità della tradizione romanistica e dimostra come un approccio al fenomeno giuridico improntato a una piena coscienza storica possa risultare di qualche utilità anche per risolvere le nuove sfide presentate dalla globalizzazione³⁹.

³² Per un quadro d'insieme sull'esperienza giuridica cinese, anche in prospettiva storica *cf.* ora M. TIMOTEO, v. *Cina*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, V, Torino, 2010, pp. 181-238; L. MOCCIA, *Sguardo storico-comparativo sul 'diritto' in Cina*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2011, pp. 28-56.

³³ Sull'adozione del modello romanistico in Cina v. ampiamente S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 5, 1998, pp. 233-234; ID., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, pp. 71-74; *cui adde* ora M. MAZZA, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Milano, 2010, *praecipue* p. 67 e pp. 77-79.

³⁴ Sul punto v. da ultima C. CIOTOLA, *La presenza del diritto romano negli ordinamenti giuridici attuali*, in *Il mondo classico nell'immaginario contemporaneo*, a cura di B. Coccia, Roma, 2008, pp. 64-65.

³⁵ Sul diritto civile giapponese *cf.* A. ORTOLANI, v. *Giappone*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, pp. 438-442.

³⁶ *Cfr.* sul punto MAZZA, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, cit., pp. 104-105.

³⁷ Sul passaggio dal sistema di economia pianificata ad un moderno mercato socialista, avvenuto grazie all'opera di Deng Xiaoping, v. L. DONG, *Cina*, in *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, a cura di A. Diurni, Milano, 2008, p. 100.

³⁸ *Cfr.* sul punto SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, cit., pp. 238-239; ID., *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 76-77, che evidenzia come in Cina sia molto avvertita l'esigenza di disporre di traduzioni delle fonti giuridiche romane e dei principali lavori scientifici su di esse. Sul processo di recezione della tradizione romanistica in Cina, tuttora in corso e non privo di connotazioni originali, v. anche CIOTOLA, *La presenza del diritto romano negli ordinamenti giuridici attuali*, cit., pp. 66-68.

³⁹ A tale ultimo proposito mi sembra significativo ricordare quanto osserva L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, pp. xvii-xix e

IV. I FONDAMENTI ROMANISTICI DEL DIRITTO EUROPEO

Questo insieme di idee e di suggestioni non può trovare estraneo il mondo accademico e la comunità internazionale dei romanisti. In Italia una risposta attenta a queste esigenze è stata data con l'introduzione dell'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo nei piani didattici delle Scuole di specializzazione per le professioni legali e nel percorso formativo della laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza. Per quanto ciò sia avvenuto in maniera diversificata nelle singole sedi, mi sembra che la rinnovata coscienza dell'esistenza di un diritto comune europeo a base romanistica possa dirsi rifiorita, almeno in taluni casi, nelle aule universitarie italiane. In Italia due mi sembrano i principali obiettivi ancora da raggiungere pienamente. Il primo è quello di inserire stabilmente e in tutte le sedi l'insegnamento di Fondamenti nel percorso formativo della laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza e ciò senza rinunciare agli spazi che soprattutto ora si aprono, proprio per i Fondamenti, nella nuova laurea magistrale in scienze giuridiche. Il secondo è quello di rivendicare ai romanisti, senza eccezioni, l'insegnamento dei Fondamenti e ciò perché la dimensione diacronica dello studio e dell'insegnamento dei Fondamenti, pur richiedendo diverse competenze, presuppone una ineludibile conoscenza del diritto antico che solo il romanista può avere.

Ma il progetto dei Fondamenti non può non avere anche una dimensione scientifica che a mio avviso deve muoversi in due principali direzioni. Anzitutto sviluppare l'indagine in una logica di comparazione diacronica che coinvolga il diritto intermedio nella consapevolezza che non ci si può limitare alla comparazione fra «modelli» (quello antico e quello attuale) e contestualmente allarghi la comparazione sincronica alle principali codificazioni europee ed extraeuropee. In secondo luogo lavorare sulle fonti, non limitandoci in questo al diritto romano, ma allargando la prospettiva al diritto intermedio e contemporaneo per dare agli studenti nella didattica la piena consapevolezza delle continuità e delle discontinuità e la possibilità di «toccarle con mano».

In questa logica appare necessario studiare e mettere a confronto i principali Codici contemporanei, non limitandoci al dettato normativo, ma cercando di approfondire, caso per caso anche gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. Tutto ciò nella convinzione che i Fondamenti non possano essere studiati e insegnati in una dimensione neopandettistica che abbia come raffronto al diritto antico esclusivamente il diritto nazionale, ma che la comparazione dia-

pp. 16-21, secondo cui lo studio esegetico delle fonti giuridiche romane può essere utile al perseguimento dell'obiettivo della modernizzazione del diritto contrattuale cinese odierno.

cronica debba realizzarsi in un confronto serrato fra il diritto del passato e quello del mondo contemporaneo, intendendo come espressione di quest'ultimo i principali codici europei (in particolare Code civil, ABGB, Código civil español, BGB, Codice civile e delle obbligazioni svizzero, Código civil português, Codice civile olandese), ma senza perdere di vista una dimensione più ampia, estesa anche alle esperienze extraeuropee, fra cui si possono ricordare, fra le altre, quelle dei recenti Codici civili brasiliano e argentino o quella del Codice civile della provincia canadese del Québec.

L'idea del diritto comune europeo (inteso più come fenomeno culturale che come diritto vigente in un preciso contesto geografico e politico) è insomma a mio avviso una traccia che i romanisti devono perseguire nella consapevolezza che la transnazionalità della nostra disciplina possa aiutare a far risorgere l'idea che l'esigenza di un *ius commune Europaeum* non è una chimera del mondo contemporaneo, ma è una realtà storica forte ed evidente che va trasmessa, da noi per primi alle generazioni future.

V. INTERFERENZE NELL'AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE

Per documentare quanto appena detto, mi limiterò ad affrontare esemplificativamente una questione particolare (quella delle interferenze nell'avveramento della condizione), prendendo le mosse proprio dalla disciplina proposta dal *Draft Common Frame of Reference*.

a) *La regola.*

Diritti e obbligazioni condizionali (*Conditional rights and obligations*): art. III. – 1:106 (4): *When a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the obligation to co-operate, interferes with events so as to bring about the fulfilment or non-fulfilment of a condition to that party's advantage, the other party may treat the condition as not having been fulfilled or as having been fulfilled as the case may be* [Quando una parte, in contrasto con i doveri di buona fede e di correttezza o con l'obbligo di cooperazione, interferisce negli eventi così da determinare l'avveramento o il non avveramento di una condizione a proprio favore, l'altra può comportarsi, a seconda delle circostanze, come se la condizione non si fosse avverata o si fosse avverata].

Il paragrafo (4) dell'art. III. – 1:106 del *Draft*, enunciando una regola già prevista nei *Principles* elaborati dalla Commissione Lando, prevede dunque

che quando chi aveva interesse al non avveramento della condizione (o, al contrario, al suo avveramento) ne abbia impedito l'avverarsi (o, al contrario, ne abbia determinato l'avveramento), la condizione si deve considerare, a seconda dei casi, egualmente avverata o non avverata⁴⁰.

Viene quindi in questi termini sanzionato il comportamento di chi, contro buona fede o comunque in violazione dei doveri di correttezza e cooperazione gravanti sulle parti contraenti (cfr. artt. III.1:103 e 1:104 *DCFR*), interferisca con il proprio comportamento con l'avveramento o il non avveramento della condizione⁴¹.

b) *I referenti normativi.*

La regola, che si applica sia alle condizioni sospensive che a quelle risolutive, ha ampio riscontro nel diritto positivo dei paesi di *Civil law* e trova il suo più diretto e compiuto referente normativo nel § 162 del BGB, nel quale l'avveramento fittizio (o il non avveramento) della condizione viene previsto nel caso in cui il comportamento di chi avrebbe avuto interesse che la condizione non si avverasse (o altrimenti si avverasse) possa essere appunto considerato come tenuto in violazione dei precetti di buona fede e di correttezza (*Treu und Glauben*)⁴²:

⁴⁰ Cfr. PECL, art. 16:102: (*Interference with Conditions*). (1) *If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment would have operated to that party's disadvantage, the condition is deemed to be fulfilled.* (2) *If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment operates to that party's advantage, the condition is deemed not to be fulfilled* [(Interferenza nell'avveramento della condizione). (1) Se l'avveramento di una condizione è impedito dal comportamento di una parte contrario ai doveri di buona fede e di correttezza o di cooperazione e se l'avveramento avrebbe operato a svantaggio di detta parte, la condizione si considera avverata. (2) Se l'avveramento di una condizione sia provocato dal comportamento di una parte contrario ai doveri di buona fede e di correttezza o di cooperazione e se l'avveramento operi a favore di detta parte, la condizione si considera non avverata].

⁴¹ Il riferimento a quanto previsto in tema di buona fede e correttezza e di obbligo di cooperazione era già esplicito nella precedente scrittura della norma (il richiamo era, come è noto, agli artt. 1:201 e 1:202 dei *Principles*). Ora il riferimento è ulteriormente reso evidente dalla contiguità delle disposizioni nella redazione del *Draft*: sul punto, con riguardo specifico agli artt. III.1:103 e 1:104, v. A. PETRUCCI, *Buona fede e correttezza*, in *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, a cura di G. Luchetti e A. Petrucci, Bologna, 2010, in specie p. 41 e ss.

⁴² Va notato che la scelta del legislatore tedesco unitario aveva un precedente nell'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, che a sua volta prevedeva sia la finzione di avveramento (con riferimento alla condizione sospensiva, cfr. 1, 4, §§ 104-106), sia quella di non avveramento (con riferimento alla condizione risolutiva, cfr. 1, 4, §§ 117 e 119). Ciò tuttavia, a differenza del § 162 del BGB, avveniva senza alcun riferimento specifico ai precetti della buona fede e della correttezza. Al proposito è qui appena il caso di sottolineare che il BGB contiene nel § 242 un'esplicita ed ampia previsione del principio di buona fede e correttezza, espresso appunto nell'endiadi *Treu und Glauben*, sul punto v. ancora PETRUCCI,

BGB § 162: (*Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts*). (1) *Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.* (2) *Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt* [(Ingerenze inammissibili sulla condizione). (1) Se l'avveramento di una condizione è impedito, in contrasto con la buona fede e la correttezza, dalla parte a cui detrimento esso risulterebbe, la condizione si considera avverata. (2) Se l'avveramento di una condizione è provocato, in contrasto con la buona fede e la correttezza, dalla parte al cui vantaggio esso risulta, l'avveramento si reputa come non avvenuto].

Che il comportamento di chi abbia impedito l'avveramento della condizione o l'abbia provocato debba essere valutato alla stregua della buona fede è esplicitamente ripetuto, tra gli altri, nel Codice civile portoghese:

Código Civil português, art. 275 (2): (*Verificação e não verificação da condição*). *Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquela a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquela a quem aproveita, considera-se como não verificada* [(Avveramento e non avveramento della condizione). Se l'avveramento della condizione sia impedito, contro le regole della buona fede, da chi ne ha pregiudizio, 'la condizione' si considera come avverata; se il suo avveramento fu provocato, negli stessi termini, da chi ne ha vantaggio, si considera come non avverata].

Per non limitarci ai paesi dell'Unione Europea possiamo ricordare nello stesso senso si pronuncia l'art. 157 (3) del Codice della Repubblica federativa russa⁴³. In Brasile poi, per fare un ulteriore esempio, la disposizione era inse-

Buona fede e correttezza, cit., in specie p. 51 e ss. In dottrina, quanto al riferimento alla buona fede contenuto in alcuni codici moderni e particolarmente nel BGB, v., tra gli altri, in specie R. KNÜTEL, *Zur sogenannten Erfüllungs- und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung*, in *Juristische Blätter* 98, 1976, p. 613 e ss. e p. 616 e ss., che sottolinea come tale riferimento, lungi dal voler limitare la portata della regola, intendesse al contrario enfatizzarne l'ampio raggio di applicazione. Sul punto cfr. anche l'ulteriore letteratura indicata da ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 746, nt. 201, e, in precedenza, in particolare A. B. SCHWARTZ, *Bedingung*, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes* (Hrsg. F. Schlegelberger), II, Berlin, 1929, p. 414 e ss.

⁴³ Codice civile della Repubblica Federativa Russa, art. 157 (3): *If the ensuing of the condition is obstructed by a party not in good faith for whom the ensuing of the condition is disadvantageous, the condition shall be deemed to have ensued. If the ensuing of the condition is facilitated by a party not in good faith for whom the ensuing of the condition is advantageous, the condition shall be deemed not to have ensued* [Se l'avveramento della condizione è impedito non in buona fede da una parte per la quale l'avveramento della condizione è svantaggioso, la condizione si considererà come avverata. Se l'avveramento della condizione è favorito non in buona fede da una parte per la quale l'avveramento della condizione è vantaggioso, la condizione si considererà come non avverata]. Nello stesso senso, per quanto

rita già in forma biunivoca nell'art. 120 del Código civil brasiliano del 1916. La soluzione accolta da Clóvis Beviláqua è poi stata recepita, pressoché alla lettera, dall'art. 129 del nuovo codice civile:

Código civil brasileiro, art. 129: *Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento* [Si reputa verificata quanto agli effetti giuridici la condizione il cui avveramento sia stato dolosamente impedito dalla parte che ne avrebbe avuto svantaggio, considerandosi al contrario non avverata la condizione dolosamente condotta ad effetto da parte di colui che trae vantaggio dal suo avveramento].

A ciò si deve aggiungere che la regola trova ulteriore conferma nel Netherlands Burgerlijk Wetboek (art. 6.23), in cui pure, con una sfumatura appena diversa, non viene parametrata al dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza (o altresì, come avviene nel *Draft*, anche agli obblighi di cooperazione gravanti sulle parti contraenti), ma rinviando ad una valutazione della questione secondo ragionevolezza ed equità (*redelijkheid en billijkheid*)⁴⁴:

NBW, art. 6.23: (1) *Wanneer de partij die bij de niet-ervulling belang had, de vervulling heeft belet, geldt de voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.* (2) *Wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen* [(1) Se la ragionevolezza e l'equità lo richiedono, la condizione si considera come avverata rispetto all'evento il cui avverarsi sia stato impedito dalla parte che aveva interesse al

riguarda la legislazione dei Paesi aderenti all'Unione europea, v. anche, recentemente, l'art. 59 (4) dell'Obligacijski zakonik sloveno e il § 104 del Tsiviilseadustiku üldosa seadus estone, nonché in precedenza, in senso analogo, anche il § 36 (3) e (4) dei Codici civili ceco e slovacco e l'art. 93 del Codice civile polacco. Un divieto di interferenza è presente anche nel § 5:91 del nuovo Codice civile ungherese.

⁴⁴ A tale locuzione tenta di conferire contenuto concreto l'art. 3.12 dello stesso NBW, richiamandosi ai principi generali del diritto generalmente riconosciuti, alle concezioni giuridiche correnti in Olanda e agli specifici interessi personali e sociali del caso concreto: *Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken* [Nel determinare ciò che richiedono la ragionevolezza e l'equità, si deve tenere conto dei principi di diritto generalmente riconosciuti, delle concezioni giuridiche correnti nei Paesi Bassi così come degli interessi sociali e personali in causa]. Si può aggiungere che il concetto espresso nell'endiadi *redelijkheid en billijkheid* – e più volte ricorrente nel Codice olandese (cfr. anche artt. 6.2 e 6.248) – va considerato nella sostanza equivalente a quello di buona fede e correttezza: sul punto v. A. PETRUCCI, *Principio di ragionevolezza*, in *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, cit., in specie pp. 60-61.

suo non avveramento. (2) Se la ragionevolezza e l'equità lo richiedono, la condizione si considera come non avverata rispetto all'evento il cui avverarsi sia stato determinato dalla parte che aveva interesse al suo avveramento].

Se, nei termini accennati, alcuni ordinamenti di *Civil law* tendono dunque a focalizzare la propria attenzione sulla valutazione delle modalità che hanno portato al non avveramento o all'avveramento della condizione, va altresì notato che altrove (e più precisamente nel *Code civil* e nei codici di derivazione francese) la regola viene piuttosto enunciata senza alcun riferimento a tali modalità e soprattutto non nella forma biunivoca enunciata anche nel *Draft*, ma esclusivamente nella sua prima parte, consistente, come abbiamo visto, nel considerare avverata la condizione di cui sia stato appunto impedito l'avverarsi da parte di chi ne aveva contrario interesse. In questo senso deve essere ricordata la previsione del *Code civil*, art. 1178, nel testo vigente fino alla riforma del 2016:

Code civil, art. 1178: *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* [La condizione si ritiene avverata quando il debitore, obbligato sotto condizione, ne abbia impedito l'avveramento].

La disposizione ritorna quasi testualmente nel Codice civile spagnolo (art. 1119), nonché in quello italiano del 1942 (art. 1359), in cui pure si precisa esplicitamente che la condizione si debba avere per avverata quando il non avveramento sia dovuto a «causa imputabile» alla parte che aveva interesse a che non si avverasse⁴⁵:

Código civil, art. 1119: *Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento* [La condizione si avrà per avverata quando l'obbligato impedisca volontariamente il suo avveramento].

Codice civile, art. 1359: *La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa.*

All'ambito di operatività di quest'ultima previsione sono riconducibili sia le condizioni sospensive che quelle risolutive. Peraltro la norma dell'art. 1359,

⁴⁵ Su altro piano, ed in una dimensione essenzialmente storica, dal *Code civil* francese dipendono i codici preunitari italiani (cfr. Codice per il Regno delle due Sicilie, art. 1131: *La condizione si ha per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*; Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, art. 1152: *La condizione si ritiene per avverata, quando il debitore obbligato sotto la stessa condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*; Codice civile Albertino, art. 1269: *La condizione si riguarda come adempita, quando il debitore obbligato sotto condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*), nonché art. 1169 del Codice civile del 1865: *La condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento*.

secondo l'interpretazione della Cassazione, ha carattere eccezionale e non sarebbe suscettibile di interpretazione analogica. Secondo la Suprema Corte la condizione non può pertanto ritenersi non avverata nell'opposta ipotesi in cui il suo avveramento sia riconducibile al fatto imputabile alla parte che ne aveva interesse⁴⁶.

Si può auspicare che, anche in relazione alla previsione dell'art. II. – 1:106 (4) del *Draft*, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in Italia si adegui nell'interpretazione dell'art. 1359, alle scelte normative già compiute, tra gli altri, dal legislatore tedesco e olandese e sostanzialmente seguite ormai da larga parte delle più recenti legislazioni europee⁴⁷.

In questo senso è particolarmente interessante e significativa l'esperienza francese che nei lunghi anni di gestazione della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti ha allineato la disposizione ora contenuta nel *Code civil* a quella del *Draft*. La formulazione biunivoca era stata infatti prospettata già nell'art. 1177 dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations*, ripreso poi, pressoché letteralmente, nell'art. 120 del *Projet de réforme du droit des contrats* del 2008:

Art. 120: *La condition est réputée accomplie si celui qui avait intérêt à sa défaillance en a empêché l'accomplissement. Elle est réputée non réalisée si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt* [La condizione si considera avverata se colui che aveva interesse contrario all'avveramento l'ha impedito. Si reputa non avverata se il suo avveramento è stato provocato dalla parte che vi aveva interesse].

Con la riforma del 2016, la materia è stata trasfusa nell'attuale art. 1304-3, il quale dispone:

Art. 1304-3: (1) *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.* (2) *La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt* [(1) La condizione sospensiva si considera avverata se colui che vi aveva interesse ne ha impedito l'avveramento. (2) La condizione risolutiva si considera non avverata se il suo avveramento è stato provocato dalla parte che vi aveva interesse].

⁴⁶ Cfr. Cass., II sez., 16 dicembre 1991, n. 13519, in *Giurisprudenza civile*, 1992, I, p. 3095 e ss., con nota critica sul punto di G. COPPI, in specie pp. 3098-3099. Nel senso che la previsione contenuta nell'art. 1359 del Codice civile italiano abbia carattere eccezionale e che, pertanto, non sia suscettibile di interpretazione analogica, in forza di quanto disposto dall'art. 14 disp. prel., v. anche Cass., I sez., 22 aprile 2003, n. 6423, Cass., sez. lav., 8 novembre 2004, n. 21253, Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450.

⁴⁷ Del resto sul punto, per l'opinione che la norma dell'art. 1359 non sia di natura eccezionale, ma sia invece coerente rispetto al principio generale «secondo il quale l'autore dell'illecito non può trarre da questi effetti giuridici favorevoli», cfr. in particolare C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III², Milano, 2000, p. 556.

Appare interessante notare come l'attuale formulazione della disposizione, riprenda in parte, modificandola e ampliandola, la precedente dizione dell'originario art. 1178 del *Code civil*: non si fa, infatti, più riferimento alla figura del «*débiteur, obligé sous cette condition*», ma a quella di «*qui y avait intérêt*», mentre, distinguendo secondo la natura sospensiva o risolutiva della condizione (secondo uno schema che ha un precedente addirittura nel settecentesco *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), si formula, accanto alla finzione di avveramento (con riferimento alla condizione sospensiva), anche quella di non avveramento (con riferimento alla condizione risolutiva).

Dipende invece ancora dalla formulazione dell'art. 1178 del *Code civil*, ora abrogato, il Code civil del Québec:

Code civil du Québec, art. 1503: *L'obligation conditionnelle a tout son effet lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement* [L'obbligazione condizionale ha il suo pieno effetto quando il debitore, obbligato sotto condizione, ne ha impedito l'avveramento].

Si può ancora aggiungere che le regole in questione trovano altresì applicazione nel Codice civile greco (art. 207) e nel diritto austriaco (sia pure in via giurisprudenziale in assenza di una norma specifica nell'ABGB).

Quanto ai sistemi di *Common law* va ricordato che nel diritto scozzese l'avveramento (o il non avveramento) *ex lege* della condizione è previsto qualora sia stata assunta al proposito una specifica obbligazione di non interferenza. L'obbligazione di non interferenza è invece ritenuta implicita nel diritto inglese, che tuttavia non prevede l'avveramento «automatico» della condizione. Altrettanto avviene per il diritto irlandese, ove le corti giudicanti intervengono però solo in presenza dell'assunzione di una specifica obbligazione contrattuale⁴⁸.

c) *Le radici romanistiche.*

La regola trova corrispondenza nel diritto romano nella parte che riguarda l'avveramento della condizione di cui sia stato impedito l'avverarsi ad opera di chi ne aveva contrario interesse⁴⁹. L'adempimento fittizio della condizio-

⁴⁸ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 697.

⁴⁹ Sul punto, nella letteratura romanistica, cfr., per un quadro della questione, in specie, D. DAUBE, *Condition Prevented from Materializing*, in *TR* 28, 1960, p. 271 e ss., nonché A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 211 e ss.

ne, forse originariamente previsto in materia di manomissioni, nonché, in genere, di disposizioni testamentarie⁵⁰, venne esteso, già in epoca imperiale, ai negozi *inter vivos* e in particolare alla stipulazione e alla compravendita⁵¹. Di questo sviluppo danno in particolare conto un passo giuliano dei *digesta* (con particolare riferimento alla *stipulatio*) e un testo di Ulpiano in cui tra l'altro (con riguardo stavolta alla compravendita), nell'evidente evoluzione di pensiero tra l'antica opinione di Labeone e quella del giurista severiano si coglie, proprio sotto questo profilo, il punto d'approdo della giurisprudenza classica. Si tratta, rispettivamente, di D.35,1,24 (Iul. 55 *dig.*) e D.18,1,50 (Ulp. 11 *ad ed.*)⁵²:

D.35,1, 24 (Iul. 55 *dig.*): *Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem 'non' impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur,*

⁵⁰ Quanto alle manomissioni testamentarie *cfr.* in specie la testimonianza di Ep. Ulp. 2,5: *Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicioni pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset* [Se è dispo dall'erede che lo statulibero non adempia la condizione, egli diventa libero come se la condizione fosse stata adempiuta]. Peraltro altre fonti documentano la regola con specifico riferimento alle disposizioni *mortis causa* sottoposte alla condizione di matrimonio, *cfr.* in specie D.28,7,23 (Marc. 12 *dig.*): *'Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante heres esto'. aut nubit alteri aut non vult nubere. consobrinam qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur: plerumque enim haec condicio: 'si uxorem duxerit', 'si dederit', 'si fecerit' ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det aut faciat* ['Quello dei miei due fratelli che avrà sposato nostra cugina sia erede per tre quarti, quello che non la avrà sposata per un quarto'. O si sposa con un altro o non vuole sposarsi. Colui che tra loro sposò la cugina avrà i tre quarti, all'altro andrà il quarto. Se nessuno dei due l'abbia sposata, non perché non l'abbiano voluta sposare, ma perché quella non li abbia voluti sposare, entrambi sono ammessi all'eredità in parti uguali; per lo più queste condizioni 'se si sarà sposato', 'se avrà dato', 'se avrà fatto' devono intendersi nel senso che non dipenda da lui il non essersi sposato, il dare o il fare]. Sul punto v. anche C.6,25,1 (Sev. et Anton., a. 199): *Cum avum maternum ea condicione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset, non prius eam heredem existere, quam condicioni paruerit aut Anthylli filio recusante matrimonium impeditum fuerit, manifestum est* [In quanto riferisci che l'avo materno ha istituito erede tua figlia a condizione che abbia sposato il figlio di Antillio, è certo che ella non sarà erede prima che si sia avverata la condizione o che il matrimonio sia stato impedito dal rifiuto del figlio di Antillio]; C.6,45,1 (Anton., a. 211): *In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione observatur. sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quominus id quod tibi relictum est retineas, non oberit* [Certamente nei legati e nei fedecommissi si deve considerare come condizione anche l'onere imposto. Ma se non dipende da te di non conformarti alla volontà del testatore, ma da colui che ti è stato ordinato di sposare, ciò non ti impedirà di trattenere quanto ti è stato lasciato].

⁵¹ Sul punto, v. da ultimo S. DI SALVO, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in *BIDR* 105, 2011, pp. 135-143.

⁵² Con particolare riferimento al pensiero labeoniano in materia di *mora creditoris*, *cfr.* S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *AUPA* 29, 1962, pp. 218-219; più di recente, v. E. QUINTANA ORIVE, *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora creditoris*, in *RIDA* 3^o série 46, 1999, pp. 431-432. Per la puntuale esegesi di D.18,1,50, *cfr.* ampiamente R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37, 1983, pp. 108-114. Sulla fattispecie presa in considerazione e sulle teorie contrattualistiche di Labeone, *cfr.* anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone e Ulpiano*, Napoli, 1971, *praecipue* pp. 99-100; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura* 36, 1985, p. 21 e p. 58; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI* 55, 1989, p. 154; ID., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992, pp. 192-195.

ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret [È norma certa di diritto civile che, ogniqualvolta colui che abbia interesse al non avveramento della condizione si adoperi perché non si avveri, la condizione si consideri come se si fosse avverata: questa regola i più la hanno applicata ai legati e alle istituzioni d'erede. A questi esempi alcuni hanno correttamente reputato di aggiungere anche le stipulazioni, quando il promittente si sia adoperato in modo che lo stipulante non si conformasse alla condizione].

D.18,1,50 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur* [Labeone scrive che non si debba dubitare che si possa agire con un'*actio praescriptis verbis* qualora tu mi abbia venduto una biblioteca a condizione che i decurioni campani mi avessero venduto un luogo in cui sistemarla e dipenda da me il non averlo ottenuto dagli stessi decurioni campani. Io ritengo che si possa agire in virtù della compravendita come se si fosse avverata la condizione, dal momento che dipende dal compratore che non si sia avverata].

La regola è del resto già enunciata come tale nell'ultima giurisprudenza dall'epoca del Principato, come ben risulta documentato da due passi di Paolo riprodotti in D.45,1,85,7 (Paul. 75 *ad ed.*) e in D.35,1,81,1 (Paul 21 *quaest.*) che bene ne sintetizzano la portata:

D.45,1,85,7 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio exsisteret, nihilo minus obligatur* [Chiunque, obbligato sotto condizione, si sia adoperato perché la condizione non si avverasse, risulta ugualmente obbligato].

D.35,1,81,1 (Paul. 21 *quaest.*): *Tunc demum pro impleta habetur condicio, cum per eum stat, qui, si impleta esset, debitorus erat* [Allora la condizione deve effettivamente considerarsi avverata, quando sia in potere di colui che, se si fosse avverata, sarebbe stato debitore].

Il processo di generalizzazione matura definitivamente nel diritto giustiniano. Non a caso i compilatori inseriscono infatti proprio nel titolo 50,17 «*de diversis regulis iuris antiqui*» del Digesto⁵³ un frammento di Ulpiano che sig-

⁵³ Sulla compilazione e sulla funzione di D.50,17 «*de diversis regulis iuris antiqui*», v. in particolare A. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960, pp. 163-165 e P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966, pp. 114-123.

nificativamente riproduce testualmente, salvo minime varianti, il già ricordato passo di Giuliano conservato in D.35,1,24⁵⁴:

D.50,17,161 (Ulp. 77 ad ed.): *In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret* [È norma certa di diritto civile che, ogniqualvolta colui che abbia interesse al non avveramento della condizione si adoperi perché non si avveri, la condizione si consideri come se si fosse avverata: questa regola è stata applicata alle libertà, ai legati e alle istituzioni d'erede, esempi ai quali si aggiungono anche le stipulazioni quando il promittente si sia adoperato in modo che lo stipulante non si conformasse alla condizione].

Si tratta di un passo straordinariamente interessante sul piano della storia delle fonti, perché rientra con il gemello di Giuliano fra i testi geminati, appartenenti però a opere diverse. In questo caso si documenta fra l'altro la strettissima correlazione fra i *digesta* giulianeî e i *libri ad edictum* di Ulpiano, altresì testimoniata da un certo numero di altri passi delle due opere che presentano elementi di analogia contiguità.

A questo quadro, già ampiamente definito, si adegua successivamente il diritto intermedio. Particolarmente interessante in proposito, e per questo degna di essere esplicitamente ricordata, appare essere la chiara posizione assunta da Bartolo a commento di D.35,1,24:

BARTOLI DE SAXOFERRATO *Secunda super Infortiato...*, [Lugduni], 1533, f. 121 va, ad l. *Iure civili* (D.35,1,24): *Si per gravatum impeditur implementum conditionis pro impleta habetur tam in ultimis voluntatibus quam in contractibus...* [Se dall'obbligato è impedito l'avveramento della condizione la si ha per avverata tanto nelle disposizioni di ultima volontà quanto nei contratti...].

⁵⁴ Entrambi i frammenti sono escerpiti da contesti in cui si trattava della *cautio vadimonium sisti*. Sul punto, v. in specie P. VOCI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, p. 331. Ulteriore ipotesi in cui Ulpiano sembra far propria testualmente la posizione in precedenza assunta da Giuliano, senza citarlo espressamente, è dato riscontrare in D.46,1,16,3 (Iul. 53 dig.) e D. 44, 7, 10 (Ulp. 47 ad Sab.). Su questi brani, v. le osservazioni di L. DI CINTIO, *Natura debere. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, p. 204 e ss. Sul rapporto tra i libri di Ulpiano *ad Sabinum* e i *Digesta* di Giuliano, v. già P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 22, 1910, p. 160 ss. e nt. 2; cui adde ora le considerazioni di E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo, Ulpiano*, in *RDR* 1, 2001, pp. 346-347, nt. 7; per i ragguagli bibliografici essenziali sul tema dei testi gemini nel *Digesto*, si rinvia inoltre a M. J. GARCÍA GARRIDO, *Redacciones coincidentes (leges geminatae) y casos jurisprudenciales semejantes (capita similia)*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, I, Pamplona, 1987, *praecipue* pp. 517-521.

La regola in questione viene ripresa infine, nella sua formulazione generale, dai più eminenti giuristi francesi tra il XVI e il XVIII secolo ed in particolare prima da Doneau e poi da Pothier:

R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1831, p. 56, n. 212: *C'est une règle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies, lorsque le débiteur, qui s'est obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement...* [Una regola comune a tutte le condizioni apposte alle obbligazioni è che esse si devono ritenere per avverate quando il debitore, che è obbligato sotto condizione, ne ha impedito l'avveramento...].

Soprattutto per tramite di quest'ultimo, la finzione di avveramento della condizione passerà nel *Code Napoléon* e da lì, come sappiamo, nei moderni ordinamenti di *Civil law*⁵⁵.

Si chiude così un cerchio che dal *Code civil* riporta a ritroso all'elaborazione della scienza giuridica romana dell'epoca del Principato, vivificata e trasmessa ai posteri attraverso il Digesto. Quello che era una soluzione originariamente sorta nell'ambito dell'indagine casistica condotta dai giuristi è diventata regola nell'opera compilatoria giustiniana, poi da lì definitivamente cristallizzandosi nelle codificazioni moderne e contemporanee a partire da quella francese del 1804.

d) *Conclusioni.*

Si può dunque concludere col dire che la regola, già ampiamente enunciata nelle fonti romane (e in esse stesse, per molti aspetti, già generalizzata), trovò poi la sua piena espressione in termini di astrattezza nel Code civil francese (art. 1178) e venne successivamente razionalizzata nel BGB (§ 162). In tale ultimo contesto, oltre all'individuazione del parametro della buona fede e della correttezza al fine della valutazione delle interferenze delle parti nell'avveramento della condizione, venne anche formulata esplicitamente una disposizione corrispondente a quella dell'art. III.1:106 (4) del *Draft*, con riferimento alla previsione speculare, rispetto a quella prevista delle fonti romane

⁵⁵ Sull'opera di Rober Joseph Pothier nel quadro della tradizione romanistica, cfr. ora L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, II, Torino, 2010, pp. 60-64; nonché J. M. RAINER, *Das Römische Recht in Europa. Von Justinian zum BGB*, Wien, 2012, pp. 256-262. Per la forte influenza esercitata sulla codificazione napoleonica, v. da ultimo anche G. HAMZA, *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, Santiago de Compostela, 2013, p. 274.

e recepita nella codificazione napoleonica, del non avveramento fittizio della condizione il cui avveramento fosse stato determinato dal comportamento, appunto contro buona fede di chi ne aveva interesse. Tale previsione speculare tende sempre più ad affermarsi nelle moderne codificazioni, come testimonia anche la sua recente recezione in Francia nell'art. 1304-3, introdotto con la riforma del 2016.

Dalle osservazioni che precedono emerge in tutta evidenza come le regole recepite dalle moderne codificazioni non rappresentino altro che il prodotto finale di una lunga e travagliata evoluzione storica, che ha sempre visto nel diritto romano –e nella tradizione di studi che da esso ha tratto linfa vitale– un termine di confronto e un modello di riferimento imprescindibile, persino ogniquale volta le nuove istanze provenienti dai radicali mutamenti della realtà economico-sociale intervenuti nel corso dei secoli hanno imposto l'adozione di soluzioni normative in tutto o in parte diverse. Ritornando, così, al rapporto tra tradizione romanistica e globalizzazione, ritengo che conservino ancora grande attualità e possano costituire argomento di riflessione anche per il giurista che ambisca al confronto e al dialogo con esperienze diverse da quella nazionale le, ormai celebri, parole scritte da Augusto Teixeira de Freitas –permettetemi di concludere con questo piccolo omaggio ai colleghi e amici brasiliani, scusandomi come sempre per il mio claudicante portoghese– nella *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*, pubblicata il 22 ottobre del 1857 nel *Correio Mercantil* di Rio de Janeiro: «*E demais, não me podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito. Observai que ele é um direito vivo... e ponto de partida de tudo quanto se tem escrito, e se tem de escrever em matéria de jurisprudência*»⁵⁶.

⁵⁶ Cfr. J. C. MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas. Roma 12/14 dicembre 1983*, a cura di S. Schipani, Padova, 1988, p. 20.