HAL open science

L'influence du droit italien en France

Julien Giudicelli, Anna de Vita

To cite this version:

Julien Giudicelli, Anna de Vita. L'influence du droit italien en France. 2014. hal-01943703

HAL Id: hal-01943703

https://hal.science/hal-01943703v1

Submitted on 23 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Anna De Vita

L'influence du droit italien en France

Fragments pour une reconnaissance consciente

> *"Les Français ont sacrifié le monde à la France.*
>
> *Que feraient-ils à l'étranger ? – D'ailleurs, tant d'étrangers n'ont-ils pas sacrifié leur pays à Paris ? Ici se trouve peut-être l'explication indirecte de l'indifférence et du provincialisme français. Mais cette province a constitué un jour le contenu spirituel du continent. La France – comme la Grèce antique - a été une province* universelle »
>
> (E. M. Cioran , *De la France)*

1. Introduction: comment s'orienter?

Le thème préfigure une exploration à conduire en pleine autonomie, à travers des sillons à découvrir en vagabondant longuement l'esprit libre et curieux. Il préfigure fondamentalement, toutefois, un substrat qui peut être trouvé en recourant à des savoirs, curiosités, notions, mémoires, affinements techniques, pratiques, que des niveaux alternatifs de rapports avec le juriste allogène risquent de recueillir. On fait ici référence au spécialiste du droit, dans l'idéal comparatiste, conscient, à l'instar de l'historien, du sociologue et de l'anthropologue, du relativisme multidimensionnel du phénomène juridique dans l'espace et dans le temps. Ou en tout état de cause sensible à une évolution cosmopolite de ce phénomène, que des interprètes clairvoyants projettent au-delà de la raison municipale.

Ainsi que l'observe très justement Jean Carbonnier

« On ne connait pas de système juridique qui ait été seul sur la planète. Même le droit romain qui a le plus approché de l'universalité n'ignorait pas qu'il existait des lois barbares au-delà de ses frontières »[1].

Mario Losano, introduit par ailleurs son traité exemplaire sur les "grands syst-mes juridiques par ces mots

"Les langues et les droits ont été les produits culturels les plus exportés par l'Europe dans les temps passés"[2].

La trame doit être tissée avec patience et un certain goût du défit, sans empêchements ni présomptions.

Selon la structure complexe du *legal process* acquise dans la tradition continentale moderne, caractérisée par le primat du verbe législatif, il faut s'arrêter sur la composante, qui mieux que tout autre incarne la double nature du droit comme art et comme science. C'est-à-dire la doctrine, en particulier de droit privé, dont le rôle

---

[1] J.Carbonnier, *Sociologie juiridique*, , Ed. Quadrige,1ère éd, Paris1994. 374 ss.

[2] M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici . Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari , 2000, VII.

interprétatif et systémique, donc la force créative et régénératrice, à travers des phases cruciales de déclin et de renouvellement de sa méthode, demeure déterminante. Sans oublier qu'historiquement le *code civil* est un produit de la doctrine[3] et que, dans les siècles précédant le tournant fondamental des débuts du XIXe siècle, le droit européen naît de deux grandes sources : la doctrine et la coutume[4].

Actuellement, la question de l'essence et de la finalité de la doctrine a connu un heureux *revival* chez certains des protagonistes de la science juridique française, à la recherche du temps perdu des théories[5]. On en doit à cet égard une complète révision à l'oeuvre audacieuse de deux civilistes notables[6], dont l'écho a intensifié les contributions des spécialistes et inspiré des analyses nouvelles et sans concessions.

Eminence grise et également part constitutive du système juridique, la doctrine française dispose, pour les deux auteurs, de grands mérites de cohésion et de cohérence, sans sacrifier à l'indépendance de ses officiants. Son identité tient en vertu de l'adhésion à une dogmatique "bien tempérée", étrangère aux abstractions inutiles, mais revendiquée "*contre* les sciences humaines et sociales",, fidèle à la mission ressentie comme primaire, notamment dans le champ du droit civil, de rester le gardien vigilant du droit positif national :

"Le docteur reste un *agent actif du droit français* qui le pense et l'enseigne" [7] .

Fort heureusement et naturellement, le débat demeure ouvert, surtout sous l'aspect qui, aux yeux d'une partie de ces mêmes commentateurs français et de nombreux interprètes de cultures diverses, constitue au contraire une limite, dont un monde de plus en plus interconnecté prétend au dépassement. Aujourd'hui, la nécessité de replacer les disciplines, dites "annexes" – telles l'économie, la sociologie, l'anthropologie, le comparatisme, etc. –, de réagir aux coups des "forces altératrices"[8] de l'écroulement du binôme politico-idéologique entre droit et état national, pourra induire la communauté des docteurs à ouvrir de nouveaux et vastes "chantiers de recherche"[9].

Pour notre "entreprise", l'attention portée aux sources doctrinales permet une approche plus aisée, quoique partielle, pour tracer un parcours conceptuel, méthodologique et fonctionnel qui modèle et reflète les caractères distinctifs de la

---

3 Principalement A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français,* Paris, 1969*;* des remarques importantes in P.G. Monateri, *"Legal Doctrine" as a source of law. A transnational factor and a historical paradox,* in *Rapports nationaux italiens*, XII°Congrès International Droit Comparé, Milano, 1986,pp. 19 et s.

4 A. Padoa Schioppa – *Dal Codice Napoleonico al Codice civile del 1942*, in *Studi Sacco* II, Milano, 1994 , 923ss.

5 V., pour d'importantes références, et parmi tant, J. Ghestin, G.Goubeaux, M.Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction Générale*, Paris, 4ème éd.1994, 525 ss, ; de façon plus synthétique, Fr. Terré, *Introduction générale au droit,* 9ème éd., Paris, 2012, 164ss.

6 Ph.Jestaz- Ch.Jamin, *La Doctrine,* Paris, 2004 ; Fr. Terré. *La Doctrine de la Doctrine,* in *Études offertes au Doyen Philippe Simler,* Paris, 2006, 59 ss.

7 S. Pimont, *A'propos de l'activité doctrinale civiliste. Quelques questions dans l'air du temps*, RTDcivil, 2006, 707ss. ,713 (c'est nous qui soulignons).

8 F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto* , Bari, 1981, 226.

8 Cf. il brillante saggio di G. Goubeaux, *Il était un fois…la Doctrine,* RTDcivil, 2004, 239 ss.,250.

tradition française. La doctrine se manifeste dans une multitude de modalités d'expression inégales – des essais et manuels destinés à l'enseignement et à la pratique, aux œuvres scientifiquement plus exigeantes, aux articles chroniques et notes jurisprudentielles importantes, dont la concrétude donne corps et âme à l'excursus analytique, jusqu'aux communications qu'une presse sérieuse et avertie peut divulguer de façon intelligible pour la masse des lecteurs. Elle concrétise ainsi et conquiert son propre rôle, redéfinissable dans l'entrelacement dynamique avec les autres « moules » du système.

Pour le juriste italien, même de niveau modeste, se rapprocher du droit français a été, au moins depuis le XIXe siècle, une étape obligatoire de sa formation, un point d'abordage et de commencement. Il est naturel, voire peut être naïf, non pas tant de s'illusionner sur le fait de ne pas vivre une expérience d'« *unrequited love* », mais de mériter une sorte de prime de réciprocité, pour le patrimoine scientifique acquis portant son imagination et son intellect ailleurs. Retracer en terre française des signes non éphémères d'intérêt propre devient un exercice quasi introspectif, pour sortir ensuite à découvert, en proposant de nouveau des données objet d'une investigation propre de manière moins autoréférentielle, puisque recomposés dans l'optique de l'interlocuteur.

L'exploration peut serpenter en tout champ. A divers seuils de lecture et de densité de contenu, se révèlent soit des amorces, soit des réflexions plus articulées sur des terrains de pensée qui reflètent ou renouvellent les siens, selon l'attention ou les intéressés identifiés. Quant à la passion, elle procède d'une autre horizon qui, pour y accéder, ne résulte ni de recettes ni de précis, mais qui est question de tempéraments, de chances parfois, pas toujours désintéressés, mais provoqués par une sensibilité réceptive plus ou moins aigue, diversement cultivée dans les différents champs français.

Dès lors, en pratique, la recherche en mouvement peut seulement s'exercer de façon et avec des résultats, quand ils sont accessibles, sélectifs, en glanant dans un système complexe, auquel nous lie une hérédité commune d'appartenance à la même « famille » juridique. D'où la présomption d'une homogénéité naturelle avec notre perception de non profanes, et par conséquent d'une communicabilité plus simple, grâce à l'appareil de connaissance dont nous disposons. Toutefois, ceux qui ont entrepris des études spécifiques par rapport aux normes, institutions et constructions doctrinales et aux solutions jurisprudentielles du monde juridique français, regardant au-delà du châssis externe – à travers surtout des expériences didactiques internationales –, se sont rapidement rendu compte de la fausseté des impressions hâtives quant à la ressemblance d'approche spéculative et méthodologique.

L'observation pourrait concerner toute analyse comparative, persuadés que nous sommes de suivre, vraisemblablement, par intuition, obstination et peine, des pistes visant à fournir les fruits plus substantiels et avantageux du plaisir, indubitable, de céder à la séduction de grands horizons. Je simplifie, c'est évident, le raisonnement, négligeant des facteurs importants comme ceux de la langue, de l'arrière-pays scientifique, et au fond de l'aisance à se mouvoir dans une autre sphère de confrontation, d'autant plus attirante pour certains qu'elle est moins étrangère. Mais on pourrait tout autant affirmer le contraire. Et cette vérification est également connue, expérimentée et expérimentable, à travers les innombrables chemins de la comparaison.

Un *self-restraint* s'impose par conséquent. Tombe toute ambition d'organicité, en raison de la difficulté d'« assembler » des éléments de connaissance et d'évaluation utiles à l'hypothèse formulée. Le puzzle en résultant se situe dans notre époque, et se compose d'éléments et de témoignages qui émergent comme étant les plus significatifs, trouvés ou dénichés dans les œuvres, classiques ou plus éphémères, d'une série

hétérogène d'auteurs. S'en détachent surtout, *et pour cause*[*] , les philosophes, historiens et sociologues du droit – nous pensons à Michel Villey, Louis Halpérin, André-Jean Arnaud, Alain Supiot. Ou aux rares spécialistes, tels que Jean Carbonnier, personnalité absolument exceptionnelle « dans le monde français des juristes »[10], dont la culture, immense et raffinée, dont la densité et rigueur de pensée, la fantaisie et l'élégance du style, en font le génial témoin d'une tradition française qui n'est pas splendidement isolée.

S'ouvrent les limbes d'un système juridique, triomphant à ses propres yeux et à ceux du monde en raison de la création du *Code civil* des français. Heureux et fortuné archétype, lieu célèbre et célébré d'une mémoire collective, qui a longtemps nourri la vocation à l'export plutôt que la réception à l'import[11], sauf à mûrir graduellement des choix de signe contraire, justifiable en termes de pertinence et de fécondité par rapport à un certain type d'attente, ou à la satisfaction d'un certain type d'exigence.

Historiquement, toutes les grandes codifications ont été réalisées dans un contexte national. Les commentateurs du code civil français, malgré l'universalisme qui inspirait Portalis, ont préféré insister sur le caractère d'un texte fait « selon les moeurs, convenances et conditions de la nation française », qui deviendra le livre de la raison, mythe sûr, et œuvre de consolidation d'un ordre social donné.

Les paroles de Claude Witz sont éloquentes, dans ce bel essai contenu dans le « livre du bicentenaire » du code de 1804 :

« On s'est toujours beaucoup plu à étudier l'influence du Code civil français à l'étranger…Rarissimes en revanche sont les études consacrées à l'influence des codifications étrangères sur le code civil, ce qui se comprend aisément »[12].

Ou bien, comme le souligne l'auteur si le code civil français s'impose comme la première codification moderne, en nette rupture avec la codification des siècles précédents, cela n'a aucun sens de se préoccuper de l'influence des codifications étrangères, sauf en regard des réformes du code civil postérieures à 1804.

Mais en raison justement du lien complexe et génétique entre droit et culture, tout système juridique connote son propre degré d'évolution et de développement d'autant plus qu'il est enclin à chercher le contact, à « se contaminer » avec les autres[13], , à s'immerger dans la richesse des innombrables « flux »[14] de l'expérience juridique, à s'ouvrir à la « circulation des modèles juridiques »[15], en s'enrichissant en expériences de « transplantation »[16] et d'imitation créative, en rendant pénétrable et donc plus résistant son propre tissu connectif. La construction européenne secoue et bouleverse

---

[*] e n français dans le texte (*N.d.T.*).

[10] A.- J. Arnaud, Pou*r une pensée juridique européenne*, Paris,1991, 161 ; v. Égaleme , A.De Vita, *A colloquio con Jean Carbonnier :Passione e levità nel sentimento del diritto, Presentazione* à la traduction italienne di J. Carbonnier, *Flessibile diritto,* Milano, 1997, VII ss.

[11] « Après avoir mis des siècles à assimiler les deux sources essentielles de son inspiration…d'importateur qu'il fut à sa naissance, le droit français devint importateur », E. Agostini, *La circulation des modèles juridiques,* in R.I.D.C.1990, 461.

[12] C. Witz, *L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain,* in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Centenaire,* Paris, 2004, pp. 687 et s.

[13] O. Moreteau, *Des grands systèmes aux petits . La contamination des droits et des cultures juridiques,* in *Mélanges en l'honneur de* Camille Jauffreat-Spinosi, Paris, 2013, 617ss.,

[14] M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati, Traccia di un corso,* Napoli 2001, surtout. pp.60 et s.

[15] R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato,* V ed., Torino, 1993 ; ID. *Rapport de synthèse,* in *Travaux de l'Association Capitant, Tome XLIV, 1993, La circulation du modèle juridique français,* Paris, 1994, pp. 5 et s. ; P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato,* Vol. I , *Grandi Sistemi giuridici,* Seconda ed. , Torino, 2001.

[16] A. Watson, L*egal Transplants, An Approach to Comparative Law,* Atlanta, *1974*.

l'aménagement des systèmes des pays membres, induits d'une part à se réfugier dans le lit rassurant de leurs traditions pour tenir le choc de réalités moins familières, et d'autre part à en consolider les points de force, en affrontant les difficiles comparaisons[17].

2. Représentations du droit italien : des « cousins outre-alpins ».

Si le droit est, comme la langue, l'expression de l'identité d'un peuple, sur quels traits qualifiants pourrait se fonder le désir ou la prétention d'avoir des répercussions sur un ordre juridique étranger, ou bien par quelle stratégie dénicher une propension à l'ouverture de cet ordre ?

En ce sens, le système juridique italien, dans les schémas les plus accrédités de la littérature comparative, souffre d'un systématisme conditionné par une optique privatiste, qui en révèle plutôt la caractéristique de système intermédiaire entre le systèmes français et allemand, habituellement consacrés comme « systèmes phares de l'Europe continentale »[18]. Il en résulte une vision réductrice, pour ne pas dire hâtive, accueillant dans les grandes lignes les points de ressemblance, différence, dérivation, contraste, avec les deux modèles dominants. Vision peu encline à aller au-delà, en valorisant *pour soi* les résultats produits par une technique et une activité aptes à traiter et amalgamer des matériaux composites, fournissant des constructions originales.

Les exemples sont nombreux et tendent à se reproduire, presque par inertie.

Les choix et les omissions sont inévitables, chose compréhensible au plan du macro-comparatisme, où les systèmes visés sont pris dans leur totalité, de sorte que l'étude de larges spectres a pour contrepartie la mise à distance d'une configuration qui, intrinsèquement, ne pourrait être sans nocivité[19]. Dans l'absolu, même les études monographiques ou spécialisées ne sont pas immunes de lacunes : elles obligent de toute façon leurs auteurs à ne pas s'attarder longtemps sur des solutions d'une évidence immédiate. On pourrait présumer que, si la comparaison juridique est au service de la connaissance du droit[20], la nécessité irrésistible de plus grands approfondissements dicte ses lois.

Certaines omissions semblent toutefois injustifiables, au-delà du talent et de la compétence des savants. Mais l'oubli n'est pas concevable s'il n'exige pas un savoir a priori. Il est donc surprenant – pour prendre un exemple concret – qu'un spécialiste du calibre d'André Tunc, dans sa brillante synthèse comparatiste sur la responsabilité délictuelle[21], survole l'expérience italienne dans sa spécificité d

Saper dosare fra il contingente e il durevole, il profondo e il superficiale, alternare il particolare e l'universale, è da sempre un'arte e un metodo di faticoso apprendimento e coltivata maestria. Senza contare i ribaltamenti indotti dall'esigenza attuale di ripensare il diritto comparato da una prospettiva globale. L'*acquis* delle categorie di nobile e consacrato lignaggio, nelle catalogazioni dei sistemi giuridici, non sa più interpretare né dar fondo al contesto in cui operano. Il ricorso ad una bussola indefettibile per coordinare la varietà dei sistemi vigenti

[17] Cf. H. Collins, *European Private Law and the Cultural Identity of States,* in *Eur.Rev.Private Law*, 1995. 353 ss.

[18] R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains, Une approche comparative*, Paris, 2004, pp. 25 et s.

[19] Cf. J. Bell , *English law and French Law – not so different?,* in 48 *Current Legal Problems* 1995, pp. 63 ss..

[20] R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991.

[21] A.Tunc , *La responsabilité civile*, 2ème éd. Paris, 1989.

in "famiglie giuridiche" di semplificata caratterizzazione ha perso le sue attrattive, e la sua utilità è tutta da dimostrare[22]. Per non estraniarsi dalla storia, la dimensione socio-giuridica economica deve ridisegnare i propri spazi nel mondo aperto dalla globalizzazione. Non tanto incisiva nei processi di fondazione delle norme, dei loro contenuti e dei loro effetti, quanto in quelli della loro trasmissione, circolazione , intrusione e alterazione del tessuto dei sistemi naturalmente o coattivamente interagenti[23].

La crescita e il fiorire di una ricca letteratura comparativa nel panorama scientifico italiano, ha riempito spogli orizzonti, disvelando profili originali del nostro sistema nascosti sotto apparenze schematiche. La rassegna è vasta , a partire dalle opere dei maestri a quelle dei loro epigoni, da Mauro Cappelletti, Gino Gorla, Rodolfo Sacco ,Alessandro Pizzorusso, a Maurizio Lupoi, Antonio Gambaro, Paolo Gallo, Attilio Guarneri, per un promemoria essenziale [24].

I vuoti possono anche esser colmati da osservatori di più lontana provenienza e mirata propensione . Il pensiero corre qui a un interprete d'eccezione quale John Merryman, per l'ammirazione e l'amicizia che mi hanno legato a lui, sin dagli anni della mia formazione alla Facoltà giuridica fiorentina e di un fecondo tirocinio a Stanford, grazie anche a Mauro Cappelletti.

Durante una provvida esperienza a Roma, agli inizi degli anni '60 del secolo scorso, sotto la guida un maestro come Gino Gorla, Merryman ha elaborato con intelligenza e sentimento una sua personale visione del diritto italiano. Lo anima e lo sprona l'intento di cogliere il nucleo e la sostanza della *civil law* nella sua peculiarità, dall'angolo privilegiato di osservazione offerto, a suo parere, dal nostro diritto. La sua sagace e ben costruita indagine , ove emergono pregi e difetti dello "Stile italiano", convalida la felice intuizione che lo ha mosso all'impresa:

"To study French and German law to learn about the Civil law seemed like studying American law to learn about the Common law. I chose Italy because for civil lawyers it was the *fonte* and archetype, just as for common lawyers English law is the source and the model"[25].

Queste parole, è superfluo sottolinearlo, le ha scritte un grande comparatista, un conoscitore dei variegati profili del sapere dell'Italia, giuridico e non, e della sua lingua.

---

[22] E. Hondius, *Les grandes familles de droit: temps pour un enterrement?*.in *Liber Amicorum, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, 2013, 617 ss. ; v. altresì W. Twining, *Globalization and Comparative Law.* In *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 1999. 217 ss. ; G. Frankenberg, *Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law*, in *Harvard International.Law Journal*, 1985, 411 ss.

[23] J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat,*Paris, 2003, spec.78 ss. ; Beck, Bauman, Ferrarese

[24] M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà,* Milano, 1971; *New Perspectives for a Commmon law of Europe* (a cura di) Leyden.London-Boston/Bruxelles/ Stuttgart/ Roma ,1978; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato,* V ed., Torino, 1992, ; A. Gambaro- R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati,* Torino, 1996; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati,* Seconda ed. , Milano1998; Lupoi, *Sistemi*, cit.; P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato,* Vol. Primo, *Grandi Sistemi giuridici*, Seconda ed.., Torino, 2001; A. Guarneri, *Lineamenti di diritto comparato,* Quinta ed., Padova, 2012

[25] J.H. Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawyer. And Other Essays in Foreign and Comparative Law,* 175 ss.

Il sistema italiano ha acquistato dunque il rilievo che merita ai nostri occhi, non per riscattare una sorta di complesso di Cenerentola, ma per trasmettere un messaggio culturale di mutuo potenziamento a chi vuole riceverlo. Nelle disincantate notazioni di Rodolfo Sacco:

"nulla spinge tanto a fare bene quanto la convinzione che dobbiamo colmare uno svantaggio. L'umiltà è una grande consigliera"[26].

Ognuno lascia l'impronta della sua formazione culturale, di predilezioni vagliate grazie a una instancabile attività di confronto e scoperta non ingenua di altre esperienze. Quanto si riteneva familiare si reinventa , per renderlo comunicabile a studiosi pronti a seguire una sorta di mappa, che il giurista italiano ha saputo fornire loro quale "mode d'emploi" per diventare più empatici compagni di viaggio.

Il fine giustifica i mezzi, e l'obiettivo di far conoscere al pubblico francese, nel nostro caso, le ricerche giuridiche nazionali induce ad attrezzarsi per pubblicare i nostri scritti in quell'idioma. Sarebbe lungo stilare un elenco di tali provvidi e straordinari studiosi – da Mauro Cappelletti, Rodolfo Sacco, a Paolo Grossi, a Guido Alpa, a Mauro Bussani, a Francesco Busnelli, Silvia Ferreri, Piergiuseppe Monateri, e altri .

A un certo livello, tale scelta potrebbe sacrificare una libertà e un agio espressivi raggiunti come propria identità culturale per adeguarli agli usi e canoni argomentativi di chi non conosce la nostra lingua, per altro non assurta al rango di lingua della comunicazione scientifica internazionale nell'area giuridica. Il rischio di "impoverimento" del proprio patrimonio linguistico e tematico, più inquietante soprattutto per le discipline umanistiche e sociali[27], tuttavia può anche esser compensato dai progressi che metamorfosi e adattamenti metabolizzati nel profondo del nostro spirito e del nostro sentire aiutano a realizzare.

Il discorso naturalmente è molto più complesso sul piano teorico come pratico. Qui possiamo solo sfiorarlo, anche se tocca il punto nevralgico del perché la letteratura giuridica italiana raramente varca i nostri confini . Le ragioni non sono univoche, né neutrali.

In questa sorta di verifica , o faticosa "esplorazione", come l'abbiamo qualificata, del deludente grado di impatto culturale del diritto italiano in Francia può tuttavia riscontrarsi una sorta di "concorso di colpa" del giurista francese, viziato, nelle severe parole di André-Jean Arnaud , da un

"repli culturel – qui demeure encore , par une sorte de fatuité que nombre de nos intellectuels étalent trop souvent sous les yeux dénonciateurs de nos collègues étrangers à l'occasion des conférences internationales » [28] .

Il ripiegamento stigmatizzato dal brillante giurista sociologo si deve ancora ad una diffusa ignoranza della lingua e della letteratura estranea alla sfera

---

[26] R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, Milano 1992, 102, , nella parte dell'intervista condotta da A. Guarneri riguardo a *"L'area di civil law*").

[27] Cf. C. Galli, *La ricerca e l'italiano tradito,* in "*La Repubblica",* 20/9/2011.

[28] Arnaud, *Pour une pensée* , cit., , 158 ss. ,e *passim* **.**

francofona, ad una sorta di candido autocompiacimento , o "défaut glorieux d'une culture parfaite" [29], che rinserra nelle proprie certezze una sorprendente schiera di accademici, malgrado la densità e l' acume delle loro riflessioni. E anche malgrado innegabili visitazioni di dottrine straniere, specie tedesche – basta pensare alla magistrale opera di Raymond Saleilles[30] - ritenute utili, sin dal 19° secolo per reinterpretare il diritto francese. Non senza ambiguità però. Eloquente infatti l'atteggiamento di Planiol, che non esita a scrivere:

"on a fini par s'apercevoir que toutes les constructions techniques imaginées depuis une quarantaine d'année, et qui ont été en partie inspirées du Code civil allemand, ont singulièrement *troublé* notre conception du droit sans nous apporter rien de satisfaisant »[31]

Sembra quindi cogliere nel segno l'osservazione che, nella storia della nostra scienza giuridica, sin dagli anni fertili della fine dell'800, la migliore dottrina italiana ha mostrato invece un "appetito intellettuale" che continua a nutrirne il credo nel "diritto come ricerca" [32], la curiosità e una "sontuosa" immaginazione[33] . Ecco che nel nostro paese nei momenti più alti si è trovata a praticare, in una propria accezione, una "libera ricerca scientifica" [34], senza il freno e l'ingombrante peso di una insuperabile tradizione giuridica orgogliosamente nazionale.

3. Le occasioni di incontro : la vicenda del Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien *del 1927 e il successo del progetto "pavese" per un Codice europeo dei contratti del 2000.*

Nel 2007 , il Consiglio Nazionale Forense ha edito, a cura e accompagnata da una *Presentazione* e da una *Introduzione* di Guido Alpa e Giovanni Chiodi, una importante pubblicazione , integrata dai materiali e dai commenti dell'epoca sul *Progetto italo francese delle obbligazioni e dei contratti* del 1927[35] .

Iniziativa encomiabile, che i fermenti odierni per la rinascita di un diritto comune europeo rivalutano quale episodio che , alla fine degli anni '20, seppe tradurre i desideri e la generosa intelligenza giuridica di due "nazioni sorelle" in un articolato disegno di alleanza legislativa. Insieme avrebbero collaborato per redigere un codice delle obbligazioni e dei contratti che ambedue i sistemi avrebbero adottato, dotandosi di

---

[29] E. Cioran, *De la France*, Paris, 2009, 21.

[30] R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation après le premier projet du C.C,.pour l'Empire allemand*, 3ème éd., Paris, 1925.

[31] La citazione, tratta da *La règle morale dans les obligations civiles,* si deve a Pimont, *À propos de l'activité doctrinale,* cit., 714 (corsivo nostro).

[32] N. Irti, *Il diritto come ricerca,* in *Riv.dir.civ*., 1986, Parte I, 340 ss.

[33] Arnaud, *Pour une pensée,* cit. , 163 ss.

[34] L'espressione , notoriamente coniata da F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, qualifica così l'attività del giudice, e il ruolo fondamentale del suo apporto creativo e interpretativo

[35] Consiglio Nazionale Forense, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927) Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione,* Milano, 2007.

"un corps de lois qui …représentât le régime de droit le plus parfait réclamé par la science et par la pratique »[36].

La crisi all'epoca attraversata dal diritto privato imponeva di reagire, rinnovandone il nucleo più incrollabile, saldamente impiantato su antiche basi. In tutti i sistemi dell'occidente , e non solo continentali, il diritto delle obbligazioni è essenzialmente debitore del diritto romano, di cui anche la *common law* non ha mai ignorato la forza pervasiva [37] .

L'idea di elaborare un testo , di applicazione congiunta per la Francia e l'Italia, si deve notoriamente all'ispirazione di Vittorio Scialoja, ed è all'origine del progetto ove tradizione e innovazione dovevano fondersi, con l'obiettivo di difendere la cultura giuridica latina [38], portatrice dei valori di pace e giustizia sanciti nell'era delle codificazioni moderne. Scialoja, come altri grandi studiosi francesi, al pari di Demogue, auspicava l'unificazione del diritto patrimoniale, evocando le mete raggiunte dal diritto comune, che fino al 18° secolo aveva dominato la scena giuridica europea, come realtà storica e non solo fragile aspirazione.

Ecco che la Francia fu pronta a considerare con vivo interesse il patrimonio portato in dote dalla migliore dottrina italiana, e a condividerne l'ideale di porre fine allo sterile separatismo delle sovranità nazionali . Entusiasmo a cui non fu estranea una strategia di difesa del primato della codificazione francese, nel timore di una incombente supremazia del BGB. In tal senso, il Codice civile italiano del 1865 acquistava meriti e importanza in quanto grandemente tributario del *Code civil* .

In questa sede, non possiamo dedicare lo spazio che merita ad un'opera indubbiamente significativa. Il progetto, come sappiamo, rimase tale, eppure, come nota acutamente Guido Alpa

"non è un curioso reperto storico, e neppure un tentativo completamente frustrato"[39],

Bensì un lavoro di grande respiro, che ritrova un'attualità non marginale , anche sul piano tecnico, nelle odierne proposte per la realizzazione di un codice civile europeo. Al lavoro si sono dedicati, per dieci anni, insigni civilisti italiani e francesi che hanno messo le proprie conoscenze e la propria pratica al servizio di un sogno e una necessità[40].

---

[36] Cf. il bel saggio di D.Deroussin, *Le Projet du Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927: chant du cygne de la culture juridique latine?,* in *Clio@Themis,* n.2, Novembre 2009, 1 ss..,6.

[37] Per tutti v. F.H. Lawson, *A common lawyer looks at the civil law. Five lectures delivered at the Unversity of Michigan,* Ann Arbor, 1953.

[38] Cf. il bel saggio di D.Deroussin, *Le Projet du Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927: chant du cygne de la culture juridique latine?,* in *Clio@Themis,* n.2, Novembre 2009, 1 ss..

[39] Alpa, *La cultura delle regole*, cit, 260s.

[40] Per una completa e dettagliata analisi del Progetto, dei suoi contenuti e dei commenti suscitati all'epoca da studiosi italiani e stranieri, rinvio alla pubblicazione citata curata da G. Alpa e G. Chiodi (*supra* nota 35). Vorrei menzionare anche la seria e accurata ricerca svolta da Laura Cecchini, per la tesi di laurea di cui sono stata relatrice nella Facoltà giuridica fiorentina, L.Cecchini, *Il progetto di codice delle obbligazioni e le proposte odierne di codificazione civile europea,* Firenze, Anno accademico 2002-2003.

Lo stesso spirito rianima a distanza di vari decenni la scienza giuridica europea , sollecitata verso compiti sempre più ardui nell'odierna fase di transizione e pessimismo[41]. Dall'euforia alla consapevolezza della portata di un impegno che il Parlamento europeo aveva richiamato sin dalla nota Risoluzione del 1989, ove si preconizzava un'azione intesa al ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri. L'appello, così autorevolmente lanciato, che contempla la strutturazione di un "codice europeo comune del diritto privato" e segnatamente dei contratti, esorterà i giuristi più vigili all'evolversi del contesto politico istituzionale, specie fra i comparatisti e gli storici, a guidare il processo di acculturazione reciproca dei sistemi europei.

Su questa linea emerge l'operazione condotta con tenacia e ammirevole ingegnosità da Giuseppe Gandolfi , che, sotto gli auspici dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, coordinerà l'attività di alcuni fra i Maestri del diritto privato italiani e stranieri per realizzare con una forte impronta personale un "*Code européen des contrats*" [42]. Nel 1990 si costituirà a Pavia il gruppo di lavoro che parteciperà alle varie tappe della stesura dell'opera, vagliandone i problemi cruciali di opportunità, contenuto e metodo . L'originalità della visione di Gandolfi, nella prospettiva di una codificazione europea, deriva da uno schema operativo che, varcando la soglia dei due grandi pilastri di riferimento, utilizza come base di partenza uno dei codici in vigore, e segnatamente il codice civile italiano, che nel Quarto Libro offre inedite soluzioni di novità e modernità .[43]

Fu questa un'occasione ove in un'assise internazionale e in un dialogo *"inter pares*", grazie alla determinazione e all'intelligente mediazione culturale del suo promotore, si riconobbe un ruolo preminente al nostro diritto, conquistando il plauso e l'adesione dei giuristi di altri paesi europei e specie dei Francesi. André Tunc e Jean Carbonnier soprattutto, che, nelle *Réflexions marginales* premesse al volume, confessa di aver maturato gradualmente la sua condivisione al disegno dell'"*éminent maître de Pavie*". Confessa pertanto il suo scetticismo iniziale, ricordando come già il *Code civil,* malgrado la sua denominazione di Codice dei Francesi, muovesse da un'aspirazione all'universale che già brillava sull'orizzonte europeo. Tale scetticismo è dettato però anche dalla cautela imposta dall'elaborazione di un codice transnazionale. Compito di estrema difficoltà, che esige una padronanza elevata del metodo comparativo e una pronta familiarità con l'insieme dei diritti stranieri [44].

Incidentalmente, terrei a precisare qui che la posizione di Jean Carbonnier, intesa come idiosincrasia verso il diritto comparato, è sostanzialmente una lucida coscienza della problematicità di ricerche sovente abbagliate da attrazioni superficiali.

---

[41] Cf. V. Scalisi, *Il nostro compito nella nuova Europa,* in *Europa e diritto privato, 2007, 239 ss.*

[42] ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI, *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier,* Milano, 2001.

[43] Gandolfi ha illustrato e delucidato in numerose occasioni la costruzione del suo progetto. Ricordiamo qui in particolare: *Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea,* in *Riv.trim.dir.proc.civ,*, 1989, 217 ss., di cui è apparsa una versione in francese *Pour un code européen des contrats,* in *RTD civil* 1992, 707ss.

[44] J.Carbonnier, *Réflexions marginales,* in *Code européen des contrats,* cit, XVII ss. V. anche la *Présentation* di A. Tunc, ivi, XL, che ricorda come « unifier le droit dans un certain domaine, et même simplement à l'échelon d'un continent, est unoeuvre formidable »

Sintomatico il titolo di un suo noto scritto : *Á beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger* [45].

4. L'evoluzione del diritto non tollera chiusure: incoraggianti segni di "fraternité"

È quasi blasfemo dubitare che , nel profondo, curiosità e attrazione per il diverso non tocchino la mente e il cuore di un autentico uomo di scienza. L'impressione che la dottrina francese sia sostanzialmente restia a guardare altrove, e segnatamente verso il diritto italiano, *in primis* per ignoranza linguistica o per ignoranza *tout court* , si dilegua , come abbiamo già accennato, se incontriamo studiosi di più alte esigenze epistemologiche e naturale bisogno culturale di penetrare la complessità dei temi esaminati da sfaccettate angolazioni.

Così nell'originale e intelligente stile delle collezioni *Thémis*, la manualistica francese approfondisce nelle parti a caratteri più piccoli le ramificazioni e implicazioni della trattazione più lineare del discorso principale. Non è raro allora che concetti e teorie che vengono "di lontano" siano recepiti. Ad esempio, sempre Carbonnier, illustrando i regimi della responsabilità civile, ne approfondisce i caratteri e le varietà nella sezione di "*Théorie juridique* " interrogandosi anche sull' emergere della nozione di illecito nel diritto francese. L'utilità di percorsi della nostra come di altre dottrine straniere è percepita per elevare il livello di analisi. Del pari, trattando degli orientamenti politico-sociali in materia di proprietà [46]. E ancora, palesemente, una giurista di ampie vedute come Muriel Fabre-Magnan, versatile anche nella nostra lingua, nella terza edizione del volume sul diritto delle obbligazioni intitola la Prima Parte sulla responsabilità delittuale "Le dommage *injustement causé* à autrui". La suggestione dell'approccio del diritto italiano è innegabile [47]. Di nuovo, in tema di responsabilità civile, Philippe Remy e Jean- Sébastien Borghetti nella "*Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle*" inclusa nel volume sulla ricerca coordinata da François Terré, ispirandosi al modello tedesco e italiano parlano di "*différenciation des intérêts protégés"* e dell'illecito come*"élément constitutif du délit civil*"[48] .

La presenza di tali aperture denota un retroterra culturale più ricco e poliedrico.

Se nell'ambiente dei privatisti francesi, il radicamento nel diritto nazionale è ancora persistente, la dottrina costituzionalista è invece molto più versatile. Può permettersi infatti di muoversi agevolmente, non costretta da tenaci inclinazioni positiviste, né abbagliata da un proprio ruolo fondante , al pari della prestigiosa e nobile tradizione dei civilisti. In merito, forse non è irrilevante la collocazione riservata per lungo tempo al diritto costituzionale nel curriculum del giurista francese. Come

---

[45] In J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2ème éd., Paris 1995

[46] Carbonnier, *Droit civil*, Vol. II, 2315 s.1651 s.

[47] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations , 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*,3ème éd., Paris , Thémis, 2013, 5 ss.

[48] V. Fr. Terré (sous la direction), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, 2011, 61 ss. : di Borghetti segnaliamo anche il saggio *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, 2006, 145ss.

già sottolineava René David, con la consueta perspicacia , in una esemplare sintesi dei tratti fondamentali del diritto francese :

"L'étude du droit constitutionnel peut, en d'autres pays, être la base même de toute étude juridique, et une étude passionnante par l'ampleur des problèmes qu'elle soulève. Aux yeux d'un juriste français elle n'a pas un intérêt majeur »[49].

A distanza di oltre mezzo secolo, il sistema ha superato originari condizionamenti e non si dubiterebbe più dell'importanza del diritto costituzionale e dell'alta qualità della dottrina francese in materia. Il diritto italiano ha incontrato in questo campo una fortuna particolare, grazie a personalità che hanno operato, per amore e sintonia, alla sua diffusione, trasformando la Francia in paese importatore .

Pensiamo specialmente a Louis Favoreu, e sulla scia della sua luminosa scuola soprattutto a Jean- Claude Escarras, Preside della Facoltà giuridica di Tolone, appassionata e generosa figura di docente e di studioso, che ha vissuto il diritto comparato come un imperativo. Egli si è rivolto verso la patria di Dante, come la più consona alla sua indole di instancabile curiosità e appagamento nell'apertura verso l'altro. Si deve a queste qualità, umane e intellettuali, la fondazione, nel 1985 presso la sua Università, del *Centre de Droit et Politique Comparé (CDPC)* di cui assumerà la direzione , erigendo un laboratorio di studio e formazione verso il diritto italiano, oggi di fama internazionale.

Con infaticabile entusiasmo ed energia, Escarras e il valente gruppo dei suoi collaboratori, organizzano colloqui e incontri, pubblicano e curano numerosi e pregevoli studi. Per affinità spontanee e comunanza di intenti, si tessono così solidi legami con i più brillanti costituzionalisti del nostro paese e i loro numerosi discepoli. Il Centro ha lanciato programmi di ricerca sulla giustizia costituzionale in Francia e in Italia, l'evoluzione dei sistemi normativi e istituzionali italiani, le garanzie costituzionali franco-italiane nel contesto europeo e internazionale dei diritti fondamentali, e infine approfondimenti di diritto amministrativo comparato ed europeo.

La prematura scomparsa di Jean-Claude Escarras, nel 1996 , rimpianta da amici e sodali, non ha estinto l' impareggiabile patrimonio di iniziative , e pubblicazioni , tra cui la "*Lettre d'Italie*", Rivista di aggiornamento di attualità politica sul nostro paese. Nella Facoltà di Tolone, la Direzione del Centro è stata efficacemente ripresa, nello spirito del suo fondatore[50] da Maryse Baudrez e Thierry Di Manno , alla guida di un' équipe di studiosi, che hanno diffuso nella cultura francese architetture concettuali e linguaggi coniati dalla nostra dottrina costituzionalista, quali ad esempio il concetto di "droit vivant"[51].

5. Per concludere

Si parla di *influenza* evocando, nel senso più antico, "l'azione, secondo la quale scende dagli astri un fluido che si crede agisca sul destino degli uomini". Se ne è

---

[49] R. David, *Le droit français*, Tome I, *Les données fondamentales du droit français*, Paris, 1960, 111.

[50] Fedelmente testimoniato dal titolo degli Scritti in memoria : *La communicabilité entre systèmes juridiques, Liber Amicordum Jean Claude Escarras, Etudes coordonnées par* M. Baudrez et Th. Di Manno , Bruxelles, 2005.

[51] V. C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Paris 2003.

segnalata l'origine astrologica[52] . Ovvero, più genericamente, potremmo dire prosaicamente, il termine implica un'azione che si svolga "in modo graduale, continuo, quasi insensibile e cooperi con altre cause nella produzione dei suoi effetti" . Più in particolare, ancora, richiama l'autorità derivante da prestigio sulle idee o sulla volontà di altri. Nel Dizionario Devoto- Oli indica una "Possibilità effettiva di intervenire, direttamente o indirettamente, con un'azione corrispondente a carattere o interessi propri ".

Da questi significati suggestivi possiamo trarre una lezione di metodo per l'indagine condotta e qui interrotta. Non so se siamo riusciti o riusciremo a sfiorare i destini dei giuristi francesi, o a motivarne le scelte scientifiche e operazionali sul piano socio-giuridico. Ma perseverare gradualmente e credere in una possibilità di contatto e interazione dà un senso alle nostre aspirazioni e alle nostre fatiche.

* * *

[52] A. Lalande, Dizionario critico di filosofia, Milano 2° ed.it., 1975, *ad vocem*.