

Convegno Internazionale
2018 · Wuhan



I giuristi e la formazione del diritto.

*Dagli *Scriptores iuris Romani* alla codificazione del diritto in Cina*

Atti del Convegno

Enti organizzativi:

ERC Advanced Grant "*Scriptores iuris Romani*"

Università Sapienza di Roma

Zhongnan University of Economics and Law



INDICE

| | |
|--|--------------------------------|
| Avviso | 1 |
| La costruzione dogmatica del "negozio giuridico" e la giurisprudenza romana | Aldo Schiavone 2 |
| La rule of law nella modernità: il sogno della riforma di Shen Jiaben..... | Li Guilian 7 |
| I nuovi assetti istituzionali della tarda antichità e la giurisprudenza | Lucio De Giovanni 9 |
| Hart sul problema della legge e della morale. Dal "dissenso" all'autocontraddizione | Wu Yuzhang 16 |
| The research of the chequered history of the Chinese legal system..... | He Qinhua 19 |
| Chinese legal circle: cross-cultural contemporary Chinese law..... | Zheng Yongliu 22 |
| Le fonti del diritto di Gaio..... | Fara Nasti 27 |
| The origin of 38 authors of Digesta and the cultural identity of Roman law | Xu Guodong 39 |
| L'insegnamento del diritto nella Roma antica come formazione della classe dirigente | Oliviero Diliberto 42 |
| Agreement, Rule and Comment. On the Essence of Law: Judgement of the Third-Party ---According to the Sources of the Roman Law | Zhang Hengshan 48 |
| Lo <i>ius controversum</i> quale espressione dell'artificialità del diritto romano e <i>l'officium iudicis</i> | Antonio Palma 51 |
| Qualche considerazione su equità e limiti dell'autonomia privata | Antonio Banfi 60 |
| Approvazione, recezione e contraddizione: regolamentazione e miglioramento degli usi nei principi generali del c.c. della R.P.C. | Gao Qicai 65 |
| The Influence of Soviet Law to China in the 1950s —Based on the analysis of Marriage Law (1950)..... | Li Xiuqing 69 |
| La legge Aquilia sul danno tra norma e interpretazione..... | Sanna Maria Virginia 73 |
| Come il diritto tradizionale deve rispondere alla difficile situazione relativa all'ordine degli eredi legittimi..... | Zhao Xiaogeng 78 |
| I giuristi della dinastia Song nella codificazione Tang sheng ling: Pang Ji | Chen Jingliang 82 |
| Okada Asataro e la modernizzazione del diritto cinese..... | Li Qicheng 86 |

| | |
|--|---------------------------|
| Les Juristes Français du 19 ^e Siècle et la Codification: Une Obsession à Géométrie Variable | Nader Hakim 88 |
| La tecnica legislativa della dinastia Qin | Yan Xiaojun 98 |
| I giuristi a partire da Kant e la costruzione del sistema teorico dei Rapporti giuridici | Tang Xiaoqing 102 |
| Il gioco degli Specchi. Diritto e Giurisprudenza nella Letteratura Latina | Rachele Hassan 105 |
| Appendice 1 Cronologia delle dinastie cinesi | 111 |
| Appendice 2 General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China | 112 |
| Appendice 3 General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China [Effective] | 137 |
| Appendice 4 Marriage Law of the People's Republic of China (2001 Amendment) [Effective] | 168 |

Qualche considerazione su equità e limiti dell'autonomia privata

Antonio Banfi

Università degli Studi di Bergamo

Prendo spunto, in queste brevi considerazioni, dallo scritto del prof. Xu Guodong, apparso nel volume 2016 del *Bullettino dell'Istituto Romano "Vittorio Scialoja"* (*La base romanistica della parte generale del codice civile cinese*).

Parlare di autonomia privata, con riferimento al mondo romano, è questione certamente complessa, in particolare quando si pensa al mondo romano arcaico. Non meno complesso, anche se per altri motivi, il discorso sull'*aequitas*, un termine chiave del pensiero giuridico romano (*ius est ars boni et aequi* – il celeberrimo motto si legge su alcuni dei palazzi di giustizia italiani) spesso menzionato nel pensiero giuridico (e politico) europeo. Una frase che nella sua apparente semplicità, mantiene qualcosa di sfuggente e difficilmente definibile almeno secondo le categorie di un sistema che, nel pensiero moderno, dovrebbe essere logicamente stringente. Eppure la questione è capitale. Essa riguarda non soltanto la definizione delle regole che possono utilmente limitare l'autonomia del singolo in vista di interessi generali, ma anche la valutazione della formulazione dei limiti anzidetti: in quale misura la flessibilità della regola giuridica, intesa a renderla adattabile alle circostanze del caso concreto (e quindi fonte di una decisione equa), è compatibile con l'esigenza che le conseguenze della propria condotta siano prevedibili? Il che, tradotto in termini istituzionali, si risolve nel noto problema del punto di equilibrio tra il potere del legislatore e quello del giudice.

E' noto che è pressoché impossibile parlare di autonomia privata per il mondo romano arcaico; non solo per l'assenza del concetto come tale nel pensiero dell'epoca (esso, si sa, ha origini moderne, collocabili a ridosso della rivoluzione industriale). Ma anche perché, come ha scritto efficacemente Giovanni Pugliese, il cittadino romano dell'epoca arcaica aveva a disposizione per realizzare la propria vita economica una tastiera molto ridotta, che può produrre poche melodie e pochi accordi. Perché tutto ciò? Una risposta sta per certi versi già in Marx (*Forme economiche precapitalistiche*): nei mondi arcaici «gli individui non si comportano come lavoratori ma come proprietari [...] lo scopo di questo lavoro non è la creazione di valore [...] ma il mantenimento del singolo

proprietario e della sua famiglia, come di tutta la comunità». Detto in altri termini, parafrasando l'analisi di Karl Polanyi, la sfera economica non è autonoma rispetto alla sfera sociale. Sociale ed economico si intrecciano in modo indissolubile e non sono in alcun modo separabili.

La macchinosità e la solennità di buona parte dei primi atti negoziali della storia del diritto romano esprimono proprio questo: una esigenza di "lentezza", di ponderazione, di controllo familiare e sociale su quanto viene concluso. Su questi temi si potrebbe discutere a lungo e non ho certo la pretesa, in questa sede, di trattarli se non in modo giocoforza superficiale. Basterebbe però pensare alla struttura degli atti negoziali di trasferimento della proprietà (la *mancipatio*) dei beni cosiddetti più preziosi (*res pretiosiores*) per una economia agro-pastorale, per rendersi conto che tale macchinosità e solennità ha anche la funzione di evitare scelte troppo rapidamente assunte, improvvise, e che potrebbero arrecare danni irreparabili al gruppo familiare allargato e per questa via alla collettività tutta. Insomma, una economia che ancora si lega al suo significato originario (*οικονομία*, amministrazione e gestione della "casa") che nulla ha a che fare con la separazione e l'autonomizzazione dell'elemento economico ancora molto di là da venire: in proposito si potrebbero menzionare anche le considerazioni di Benveniste a proposito dell'assenza della parola "commercio" nel "vocabolario delle istituzioni indoeuropee" («il commercio è professione di un uomo, di un agente. Costituisce un mestiere *individuale*. Vendere il sovrappiù, acquistare per la propria sopravvivenza è una cosa; acquistare, vendere per altri è un'altra»).

A tutto ciò si unisce una mentalità che molti hanno definito (credo giustamente) "magica": il compimento dell'atto o rito produce effetti di per sé a prescindere da quale sia la effettiva volontà del singolo che vi partecipa. Da un certo punto di vista siamo davanti a un paradosso: se nella società romana arcaica l'esatta riproduzione dell'atto rituale era di per sé produttiva di effetti, in epoche a noi assai più vicine alcuni dei teorici dell'attività negoziale sembrano avere spostato queste magiche proprietà sulla volontà del singolo. Trattando del negozio giuridico, principale espressione dell'autonomia privata, Emilio Betti – studioso fecondissimo, romanista e fra i padri del Codice Civile italiano, criticava duramente l' "elaborazione arbitraria delle fonti romane" e così si esprimeva: «l'istituto del negozio giuridico non consacra la facoltà di volere a vuoto come piace affermare a certo individualismo [...] piuttosto esso garantisce e protegge l'autonomia privata nella vita di relazione, in quanto si volge a dare assetto a interessi degni di tutela nei rapporti che li concernono». Betti intendeva criticare una

visione monadica, individualista e del tutto soggettivista del soggetto privato, tanto monadica da voler perfino prescindere dall'ordinamento quale quadro fondativo della validità degli atti giuridici del singolo. Insomma, la volontà per sé nulla può, essa vige e vale se si iscrive in un complesso quadro di regole che scriminano ciò che è ritenuto e ciò che non è ritenuto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. E' appunto la questione del riconoscimento della causa come funzione economico-sociale del negozio meritevole di tutela, in difetto della quale il mondo del diritto svanisce e rimangono le semplici pratiche sociali, irrilevanti o riprovate, a seconda dei casi.

Tra il formalismo esasperato della Roma arcaica e il soggettivismo volontaristico di alcuni teorici passano millenni: di certo – se mi si permette l'ardire – non è necessario attendere tanto a lungo per vedere apparire anche nel mondo antico un individualismo sociale ed economico che è parente di quello successivo alle cosiddette rivoluzioni borghesi. La questione è da sempre controversa e da decenni si scontrano “modernisti” e “primitivisti”, con i secondi – specie di scuola anglosassone e idealmente capitanati da M.I. Finley – ostinati negatori degli sviluppi dell'economia ellenistico-romana in un senso pienamente “precapitalistico”. Personalmente ho sempre trovato le tesi di Finley animate da un eccessivo scetticismo e da una visione forse eccessivamente “archeologica” del passato greco-romano, quasi che la storia si muovesse in modo lineare lungo la linea del “progresso” senza possibili arretramenti. Non credo affatto che sia così, e recenti studi sul sapere scientifico-tecnologico ellenistico-romano (L. Russo), rimasto per secoli ineguagliato, mi rafforzano in questa idea. Detto in poche parole: se la società romana arcaica dovette in qualche modo sforzarsi per superare la forza performativa del “rito”, riconoscendo – peraltro in tempi piuttosto brevi – che la formazione della volontà del singolo aveva un peso determinante rispetto alla validità dell'atto negoziale (penso al riconoscimento, per varie vie, di dolo e minaccia quali cause di invalidità o inefficacia dell'atto), credo che sia difficile negare che la romanità matura, nel periodo preclassico, classico e postclassico, fosse già caratterizzata – se non altro in modo embrionale – da aspetti di proto-industrializzazione diffusa, sviluppo di strumenti finanziari e creditizi, reti commerciali, e da un sistema giuridico adatto a tali condizioni. E qui vengo al punto: un contesto economico sviluppato esige che siano posti limiti all'esercizio dell'autonomia privata, assai diversi da quelli richiesti da un mondo arcaico all'interno del quale di autonomia privata si fatica perfino a parlare. Non si tratta dunque solo di interrogarsi sulla validità dell'atto, ma sui contenuti dell'atto in un dato contesto, per vagliarne la congruità con principi generali di equità e giustizia. A

questo proposito, il prof. Guodong sviluppa alcune considerazioni relative all'art. 151 della parte generale del codice civile della RPC; l'articolo in questione dispone, in buona sostanza, la possibilità di invalidare negozi giuridici palesemente iniqui, ossia nei quali una parte si sia avvantaggiata della debolezza o fragilità altrui (sia essa di carattere personale o economico). Giustamente la disposizione è letta come una limitazione dell'autonomia del privato, anzi essa «rappresenta la ricerca del valore della giustizia del diritto». Secondo Guodong, l'art. 151 realizzerebbe una "giustizia sostanziale", mentre le disposizioni in materia di nullità per dolo e violenza darebbero luogo a una "giustizia formale". Confesso che questa distinzione non mi è chiara, ma forse ciò è dovuto a un problema di traduzione. In ogni caso, Guodong osserva che le origini dell'articolo possano essere individuate in C. 4.44.2, la famosa e commentatissima costituzione di Diocleziano e Massimiano (285 d.C.) in materia di *laesio enormis*: la vendita di un fondo a meno della metà del valore effettivo comporta l'invalidità del contratto, o il pagamento di quanto non percepito da parte del venditore, rispetto al "vero prezzo" (intendendosi con ciò il prezzo pieno).

La costituzione, che come dicevo ha sollecitato l'attenzione dei commentatori ed è richiamata in alcune leggi di età moderna (penso soprattutto alla Francia del XVI secolo) si limita alla compravendita di beni immobili: ed infatti la *ratio legis* è ben intuibile se si pensano alle circostanze del tempo. Sul finire del terzo secolo alcune regioni dell'Impero, in particolare in occidente, sono già da tempo soggette a una significativa crisi economica, in parte dovuta al nuovo regime fiscale introdotto dallo stesso Diocleziano, in forza del quale la tassazione fondiaria non era commisurata alla effettiva produzione dell'anno (che come si sa è soggetta a fluttuazioni dovute a una serie di fattori), ma all'estensione dell'appezzamento (*iuga*) e al numero di lavoratori su di esso impegnati (*capita*). Questa "brutale" semplificazione del sistema tributario (Rostovzeff) insieme ad altri provvedimenti economici dello stesso imperatore, acuirono ulteriormente la crisi: dovettero così moltiplicarsi i casi di soggetti in sofferenza, disposti a vendere a prezzi anche stracciati le loro terre. La disposizione del 285, dunque, rispondeva a una precisa situazione di crisi, in modo per certi versi analogo ad altre, successive, come per esempio la cosiddetta *lex anastasiana* del 506 in materia di recupero dei crediti da parte di terzi cessionari. Comunque sia, Guodong traccia efficacemente, sia pure in poche righe, la storia e l'influenza della nostra costituzione, menzionando in particolare il par. 138 c. 2 del BGB quale punto di arrivo di questa vicenda storiografica (analogamente dispone l'art. 1448 del nostro codice civile).

In realtà, il problema della tutela delle “figure deboli” era già noto al diritto romano, ben prima del 285 d.C. Non penso tanto agli istituti di tutela e curatela, la cui funzione è – anzi – alle origini più potestativa (di conservazione del patrimonio) che protettiva (di tutela della persona). Penso piuttosto alla cosiddetta *lex Laetoria*, risalente addirittura al terzo secolo a.C., che colpiva con una pena pecuniaria chi avesse indotto un maggiorenne, ancorché minore di venticinque anni e per questa ragione soggetto fragile in quanto inesperto o non sufficientemente esperto delle faccende del mondo, a compiere un atto per lui in qualche modo pregiudizievole. Come è noto, la legge diede luogo a rimedi pretori in grado di invalidare (privare di effetti) l’atto pregiudizievole e la sua portata venne successivamente estesa a casi diversi da quelli della “circonvenzione”, coprendo il ben più ampio ambito dell’errore. Senza addentrarmi nella complessa questione di tale disposizione legislativa, mi limito a ricordare che, come risulta dalle Sentenze di Paolo (D. 44,1,7,1), «non sempre gli affari conclusi con minori [di 25 anni] debbono essere rescissi, ma vanno ricondotti al buono e al giusto» (non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt). Il diritto romano, dunque, anche nel suo periodo più maturo, era tutt’altro che all’oscuro dei rischi che un esercizio indiscriminato dell’autonomia privata porta con sé e non mancava una certa sensibilità relativamente alla tutela dei soggetti deboli, sia che tale debolezza derivasse da caratteristiche personali (ad esempio l’età) sia che essa derivasse dal contesto (ad esempio una situazione di difficoltà economica o finanziaria).

Di certo, la questione non è di poco momento: si trattava (e si tratta) infatti, di raggiungere un non sempre facile equilibrio l’autonomia privata e l’equità in senso lato, senza con ciò pregiudicare il valore essenziale della certezza del diritto, che potrebbe essere compromesso dall’imprevedibilità degli esiti applicativi di disposizioni aperte all’equità nel caso concreto. Questioni che, al di là della polemica fra primitivisti e modernisti, erano già attuali molti secoli fa: a noi il compito di non trascurare quanto trasmesso dalla tradizione, tratti in inganno dalla illusione della singolarità del presente.