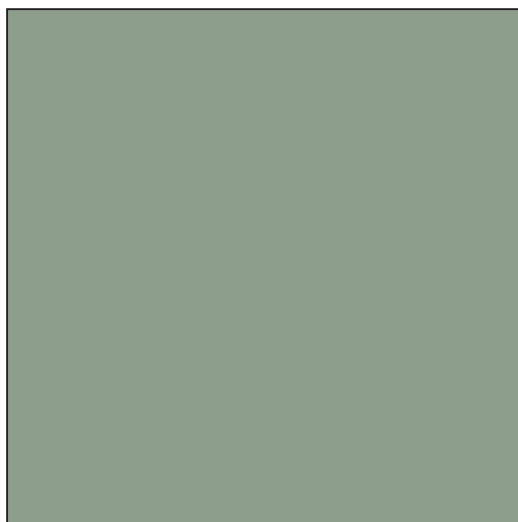


**per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno**

**51**

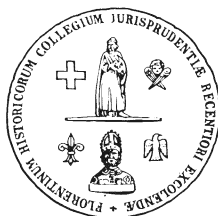


PIO CARONI

**SAGGI  
SULLA STORIA  
DELLA  
CODIFICAZIONE**

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA  
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

---

---

VOLUME CINQUANTUNESIMO

PIO CARONI

**SAGGI SULLA STORIA  
DELLA CODIFICAZIONE**



*Milano - Giuffrè Editore*

## PRIMA CHE IL LIBRO SCIENTIFICO MUOIA

Il libro scientifico è un organismo che si basa su un equilibrio delicato. Gli elevati costi iniziali (le ore di lavoro necessarie all'autore, ai redattori, ai compositori, agli illustratori) sono recuperati se le vendite raggiungono un certo volume.

La fotocopia in un primo tempo riduce le vendite e perciò contribuisce alla crescita del prezzo. In un secondo tempo elimina alla radice la possibilità economica di produrre nuovi libri, soprattutto scientifici.

Per la legge italiana la fotocopia di un libro (o parte di esso) coperto da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che eviti l'acquisto di un libro è reato.

La fotocopia non soltanto è illecita, ma minaccia la sopravvivenza di un modo di trasmettere la scienza.

Chi fotocopie un libro, chi mette a disposizione i mezzi per fotocopiare, chi comunque favorisce questa pratica è contro la legge, ma soprattutto è nella situazione di chi raccoglie un fiore di una specie protetta, forse sta per cogliere l'ultimo fiore di quella specie.

*TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.*

ISBN 9788814189296

© Copyright 1998 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

*a Karin e Martina*



## INTRODUZIONE

*The woods are lovely, dark and deep.*

ROBERT FROST

Chi mi rimprovera, amichevolmente, di essere testardo e magari recidivo, ha molte buone ragioni per farlo. Può persino allegarle con facilità disarmante, scegliendo ad esempio l'argomento esplorato in questo libro. Su di esso ho infatti debuttato quasi trent'anni fa: male, fra l'altro, poiché lo feci scrivendo una lunga voce d'enciclopedia. Per di più in un momento, in cui la codificazione usciva da un lungo letargo e si imponeva così lentamente alla curiosità degli storici per motivi, che quella mia sintesi giovanile per forza di cose non poteva ancora intuire o registrare. Ma da allora ho continuato a frequentarlo ed oggi in realtà lo abito, quel tema: attratto com'ero (e come sono tuttora) dalle sue variegature, dall'incredibile serie di umori — spesso poco o punto convergenti — che ha raccolto nel corso degli anni, come anche dall'intensità delle connessioni con molti altri momenti costitutivi della storia giuridica moderna. In questi trent'anni ho tentato anch'io di dissodare il terreno che lo circondava e quasi lo nascondeva, impedendo un po' a tutti di riconoscerne l'ubiquità, perciò anche la valenza propriamente simbolica. Già per questo fatto assorbe e quasi cattura: questo libro tenta proprio, come può, di dar conto di questa assiduità (altrimenti difficilmente comprensibile, e men che meno giustificabile) e dei ripensamenti che ha via via provocato. Lo fa allineando materiali apparentemente poco omogenei e quindi senza nessuna pretesa specifica, lasciando finalmente il lettore libero di interpretarli e combinarli secondo le proprie inclinazioni. Ma sarebbe ugualmente poco prudente omettere di orientarlo preliminarmente su quelle

opzioni di fondo alle quali l'autore, scrivendo queste pagine, ha ritenuto preferibile attenersi.

1. Quando i cultori del diritto positivo ragionano sulla storia della loro disciplina (capita, ancorché raramente) amano ribadire la necessità di coltivarla e persino suggeriscono temi degni di essere svolti; ma sperano anche — più o meno esplicitamente — che tutto ciò avvenga con moderazione, rispettivamente senza trascorrere i limiti canonici. Tengono a tal modo discorsi che generalmente mi interessano: li seguo con attenzione, ne registro le perifrasi (tanto interminabili quanto eleganti, comunque sempre proporzionali all'imbarazzo che nascondono), ammiro occasionalmente anche la perizia usata per aggirare gli ostacoli o evitare i tranelli. Mentre prima questi ragionamenti finivano per irritarmi, oggi mi limito a sorriderne. Perché a furia di sentire le stesse cose mi sono accorto che il loro desiderio di tracciare con largo anticipo i limiti entro cui occuparsi di storia delle norme giuridiche poteva (*scil.* può) ancora essere ritenuto auspicabile o anche solo ragionevole, rampollava meno da lungimiranza che da paura. E più concretamente dalla paura che lo storico del diritto, se non opportunamente istruito (ossia preventivamente addomesticato) si mettesse a ritagliarselo lui, il suo spazio vitale, invadendo magari quello già occupato da altri, annettendoselo senza troppi complimenti, rivendicando così una competenza che finora gli era sempre stata negata. Con conseguenze facilmente intuibili, non appena si pensi al destino poco rassicurante cui potrebbe andare incontro un dogma giuridico, se abbandonato fra le mani dissacranti, perciò anche possibilmente dissolvitrici, di uno storico del diritto. Ciò non può sorprendere: cedendo a questi timori e combattendo ogni indebita dilatazione del campo dell'indagine storica, il giurista bada solo alle proprie esigenze, peraltro note e scontate, massime a quella di non mettere in discussione le premesse giuspolitiche dei propri dogmi. Il che lo induce ad ostacolare tempestivamente tutti quegli approcci, quegli sguardi e quegli interrogativi, che — propiziando dubbi e moltiplicando le perplessità — sono suscettibili di far vacillare secolari certezze.

Tutto questo insegna che lo storico deve preferibilmente muoversi senza attendere aiuti o « stimoli » esterni, se solo aspira a *recuperare* uno spazio funzionale non tanto alle paure dei cultori del



diritto positivo, quanto all'ampiezza delle proprie ricerche ed alla specificità delle proprie domande. Ove il verbo *recuperare* ha qui una valenza semantica di rara pregnanza. Segnala anzitutto l'urgenza di riappropriarci di quanto legislatori e giudici da duecento anni a questa parte hanno sistematicamente ignorato, espunto o rimosso, ossia trasferito in àmbiti poi pudicamente sottratti ai nostri sguardi indiscreti. Parimenti sottolinea la determinazione di opporsi a quell'ideologia che vede in tale dislocazione una giusta condanna, ossia la logica conseguenza di una svalutazione di taluni elementi dell'ordine giuridico. È importante ricordarlo, questo, se è vero che gli argomenti e gli istituti così evacuati dal diritto codificato non lo furono casualmente, ma in sequela ad una loro presunta valenza negativa, quindi anche per « purificare », « razionalizzare » o « ripulire » il resto.

Se dovessi ora mettermi a descrivere la storia della codificazione ottemperando alle direttive care ai civilisti, dovrei attenermi esclusivamente agli esiti, ossia alle formule scheletriche ed astratte proposte dagli articoli del codice ed ai dogmi loro premurosamente sottesi dai cultori del diritto positivo. Solo da essi dovrei partire e non anche da quelle regole che, valide magari *ab immemorabili*, il codice ha poi rinnegato o preventivamente rimosso; e finalmente ad esse dovrei riapprodare, dopo averne tracciato la storia (gagliarda ed ovviamente sempre vincente) nel corso dei secoli. Ed alla fine questa castigatissima storia della codificazione fornirebbe una scontata, ma non per questo meno gradita, omologazione del diritto vigente.

Ma oggi penso con sempre maggior insistenza che la strada da battere debba essere un'altra. Una comunque meno comoda, poiché ci impone di guardare a questo spezzone di passato in modo più sottile e differenziato, disposti anzitutto a distinguere fra *storia della codificazione* e *storia del diritto codificato*. Se non altro già perché il messaggio trasmesso dal codice fu — a ben vedere — *ambivalente*: astratto, ma anche cifrato.

a) Fu *astratto* vis-à-vis del passato: e più precisamente di un passato al quale la lunga procedura codificatrice, provocando un globale allineamento di materiali disparati e in realtà difficilmente radunabili, aveva deliberatamente inteso porre fine. Per questo motivo ad operazione conclusa, gli articoli del codice ci scorrono davanti asettici e trasparenti, proprio come l'acqua che esce dal

depuratore: poiché tutti, prima di venir attratti nel gomitolo del codice, furono sottratti al loro retroterra naturale ed organico, persino privati della loro storia. Appaiono, in quest'ottica, siccome rovine di un mondo superato ed ormai remoto: al quale occorre risalire — recuperando appunto quanto l'astrazione aveva rimosso o rinnegato — se appena si aspira a misurare l'intensità del cambiamento.

b) Ma, da sola, l'astrattezza ingannerebbe. Potrebbe alla fine accreditare anche l'idea di un codice clamorosamente indifferente alle necessità ed ai desideri della nuova società, ugualmente accessibile a tutti i suoi membri, pronto perciò a secondare richieste di stampo difforme, persino contrario. Sarà un'idea seducente, ne convengo, ma anche irritante e un pò cervelotica. Perché comunque non agevola l'analisi dell'impatto del nuovo diritto codificato sul tessuto sociale, preferisco allora vedere nel codice — in questo diverso contesto — un messaggio *cifrato*: se non visibilmente aderente, certo implicitamente funzionale a progetti ed attese di quella società concreta, che la codificazione l'aveva prima vagheggiata, poi finalmente ottenuta, accettando nel contempo di venirne almeno parzialmente disciplinata. Se di fronte ad un messaggio astratto, che rinviava involontariamente al passato, urgeva recuperare, al cospetto di uno *cifrato*, che in un certo modo anticipa il futuro, si imporranno altre strategie. Per decifrarlo, questo messaggio, non basterà allora muoversi sul terreno della logica formale e del sistema (che resta pur sempre l'ambito preferito dal giurista). Sarà necessario leggerlo diversamente, sullo sfondo di una società concreta perché storicamente appurabile, delle sue articolazioni, dei suoi antagonismi, dei suoi programmi: e quindi anche tenuto conto delle ragioni di chi in quella società aveva il vento in poppa, emergeva e pensava anzitutto a coltivare i propri interessi, sfruttando i favori della congiuntura.

Tutti questi motivi suggeriscono oggi una lettura « diversa » della storia della codificazione, come anche di quella — finora in verità poco praticata — del diritto codificato; « diversa » perché ora aperta alle sollecitazioni (mai puramente marginali) che le vengono dalla storia sociale. Muta di conseguenza anche il nostro atteggiamento culturale di fronte a questa tematica. Sempre meno si appaga di registrare ed ordinare le soluzioni codicistiche (quasi fossero fondi da intavolare a registro fondiario), sempre più aspira ad

integrarle e storicizzarle: poiché sospetta che da sole, isolate ed autonome come le monadi leibniziane, possano diffondere messaggi poco attendibili o addirittura fuorvianti.

2. Sul « concetto » di codificazione sono già stati scritti libri interi: senza esiti concreti, si vorrebbe aggiungere, se è vero che un consenso, anche solo di massima, non è stato finora raggiunto. Convivono così le opinioni più disparate: quando non si integrano o escludono, si sopportano con glaciale indifferenza. Tutto ciò non sorprende, nemmeno è difficile da spiegare: deriva infatti da un atteggiamento, del quale non saprei dire se corrisponda ad inclinazione o scelta, comunque più propenso a spiegare la società partendo dal suo diritto che non seguendo l'itinerario inverso. È ovvio che in quest'ottica, condivisa senza troppe riserve da molti « addetti », la codificazione (ossia il prodotto finale) prima o poi si imponesse. Separata dall'evoluzione politica e sociale che l'aveva preceduta nel tempo, attratta in un'orbita che le era congeniale (ovviamente quella giuridica), diventò ben presto oggetto autonomo ed autoreferente di indagine, destinataria di un'attenzione esclusiva, perché monopolizzante. Voglio dire con questo che si offerse agli sguardi degli storici del diritto con la stessa nitida insularità, con la quale la cittadella (anche quella di Saint-Exupéry) si chiudeva sul deserto circostante. La ricerca del concetto di codificazione, che poteva così finalmente decollare, evocò ben presto le discussioni dei generali. Era infatti indirizzata a scoprire quell'*unico* concetto, che *da solo* permettesse poi di spiegare logicamente *tutte* le regole dei codici; proprio come i ragionamenti dei generali tentavano di approntare la strategia più indicata per espugnare la cittadella. Con i favori di tale congiuntura si costituì così una nuova branca della storia giuridica, si inaugurò un nuovo genere letterario, con i suoi maestri e gli immancabili discepoli.

Non è con sarcasmo che lo ricordo: anche questo libro, bene o male, si inserisce infatti in questo nuovo filone di ricerche. Ma lo fa, debbo pur sottolineare, muovendo da altre premesse. Una la ricordo subito, poiché spinge poi la ricerca in direzioni finora poco esplorate. Ci esorta infatti a non dimenticare che ogni codificazione volle essere anzitutto *una risposta storica ad interrogativi concreti* e più precisamente a quelli che agitarono le società postrivoluzionarie nel

momento in cui tentarono di organizzarsi secondo gli ideali vincenti, occupando spazi finora gestiti dall'intervenzionismo statale. Rimarrebbero spesso formule impenetrabili e misteriose, queste codificazioni, se non le considerassimo su questo sfondo, se non vedessimo in esse tentativi di risolvere problemi cruciali della nuova società borghese.

Per questo motivo, semplice ma anche fondamentale, non posso aderire alle tendenze appena ricordate ed in particolare a quella di isolare il tema codificatorio dal suo *entourage* storico e sociale; non vedo le ragioni di farne argomento autonomo di indagine e quindi di lanciarmi alla ricerca di quell'« unico » concetto di codificazione che sia in grado — proprio a causa della sua « giustizia » — di aprire tutte le porte e di risolvere tutti gli enigmi. E men che meno mi attira l'idea di condannare come fuorvianti o persino eretici tutti quegli approcci e quelle ricostruzioni che non rientrano nella logica di questa unica, canonica concezione o che da essa non si lasciano ghermire.

Tento di riassumere: proprio perché aspira ad affrontare e risolvere conflitti sociali, ogni codificazione *risulta*: intendo dire che ad essa si approda, come ad *effetto di cause concrete* e troppo importanti, per poi venir dimenticate od anche solo messe nell'ombra. Non è la cittadella chiusa fra mura ben presidiate, non è nemmeno l'isola finalmente e felicemente scoperta; *non preesiste all'indagine dello storico*, ma viene da lui circoscritta ed interpretata in capo ad una ricostruzione mai troppo minuziosa delle situazioni, dei conflitti, anche delle *impasses* che il codice tenta poi — come può — di appianare o comunque gestire.

Ho anch'io qualche buon motivo per insistere sull'utilità di questo approccio, persino per raccomandarlo ai cultori di questa nuova disciplina. Il *primo* la investe un po' tutta, merita perciò di essere ricordato qui. Chi si abitua a vedere nelle codificazioni risposte ad interrogativi specifici e perciò non le sottrae senza motivo alla loro storia si accorge, prima o poi, dell'*improponibilità di una storia globale e complessiva del fenomeno (o del movimento) codificatorio*. Certo, possiamo concepirla e progettare, questa storia: dovrebbe far posto a tutte quelle raccolte « complete » e « sistematiche » di norme giuridiche, che nel corso dell'Ottocento si fregiarono del titolo di codice: da quello civile a quello penale, da quello

commerciale a quelli dedicati alle varie procedure, per non citare che gli esempi più conosciuti. Ma sarebbe una storia vaga ed approssimativa, eternamente a metà strada fra la realtà e l'artificio: perché volendo contemporaneamente abbracciare cose materialmente tanto diverse, dovrebbe aggrapparsi ad aspetti formali e quindi anche accontentarsi di un concetto sbiadito o persino incolore. Con il rischio di agguantare solo il dettaglio e di ingigantirlo o, se si vuole, di prendere lucciole per lanterne. Se questo libro è dedicato esclusivamente alla codificazione *giusprivatistica*, non perché l'autore sia prevenuto o anche solo inspiegabilmente miope. E nemmeno perché abbia voluto — così facendo — aggiungere un nuovo capitolo ad una (mitica) storia dell'idea codificatrice. In realtà mi interessavano (e mi interessano tuttora) ben altre faccende: mi ero proposto di appurare e poi descrivere la tipica strategia posta in atto per comporre i conflitti interpersonali (e massime quelli a sfondo patrimoniale) secondo le scelte di una società prima ingolfata nei problemi posti dalla rivoluzione industriale, poi dedita ad organizzare un mercato sempre più autonomo ed efficiente. È seguendo questo itinerario che mi sono imbattuto nelle codificazioni del diritto privato. Se qui ho ritenuto opportuno sostare, *pour cause*: poiché proprio così furono chiamate operazioni deputate a rivoluzionare, nel corso degli anni, la forma ed i contenuti del vecchio diritto. Come hanno l'ambizione di dimostrare molte pagine di questa pubblicazione. Le quali perdipiù si sforzeranno di non dimenticare che tanto al dilà della Manica come anche in gran parte dell'area germanofona agli stessi quesiti furono date ben altre risposte, più conformi alle tradizioni giuridiche locali, ma non per questo meno appropriate.

Ribadire tutto ciò, ed in particolare la disponibilità a leggere le codificazioni sulla falsariga di specifiche istanze sociali offre poi un *secondo* e non trascurabile vantaggio: permette di affrontare in modo meno concitato le crisi eventuali del sistema, persino di accettare che la codificazione venga più o meno durevolmente svigorita da una tendenza centrifuga. Il dibattito di questi anni sull'incombente, attuale o già trascorsa, comunque sempre paventata *decodificazione* è in merito istruttivo, se non proprio consolante. Lungi dal rinviare alle cause politiche e sociali dell'emergente policentrismo — sulla cui valutazione i giudizi sono regolarmente controversi e che co-

munque andrebbero preferibilmente approfondite — viene spesso sterilito da un polemico scambio di colpi (risp. di affermazioni di principio) fra fautori ed avversari di quella peculiare uniformità legislativa, che il codice aveva a suo tempo inteso realizzare. Può anche irritare, tutto questo, se solo si pensa che l'unità codificatoria non fu inizialmente postulata (e tanto meno rivendicata) quale conquista di una strategia astrattamente emancipatrice, ma si affermò perché aderente ad un nuovo assetto sociale e politico. Modificandosi il quale prima o poi, e quasi automaticamente, vien rimesso in discussione il primato del codice. Dire che la codificazione fu una risposta contingente significa perciò implicitamente accettarne la provvisorietà, ammettere che nel corso degli anni, e non necessariamente in modo traumatico, possa venir aggiornata, relativizzata, poi finalmente accantonata: non perché se ne siano scoperti improvvisamente i difetti, ma perché la sua parabola si sarà conclusa. Di quelli che imperterriti sfilano vestendo abiti oramai desueti diciamo, non a caso, che hanno fatto il loro tempo.

3. Detto questo, poche righe basteranno ora per giustificare un'ultima scelta: quella che mi ha indotto a privilegiare un solo aspetto (fondamentale, ma appunto non esclusivo) di una problematica notoriamente ampia, articolata e complessa. Intendo quello della *procedura codificatrice*, ossia della codificazione in senso stretto, che in tedesco, con un neologismo tanto univoco quanto ingombrante, vien chiamata *Durchkodifizierung*. Fu questa in verità solo la fase terminale o conclusiva di un'evoluzione talora secolare: in capo ad essa il codice diventò finalmente realtà, scese cioè dall'olimpico delle idee per diventare prassi quotidiana o, se si preferisce, diritto positivo. Sarà stata lunga e tormentata, quest'ultima fase. Ma fu pure preceduta e seguita da avvenimenti, ai quali queste pagine dedicano davvero poco spazio, o che persino passeranno sotto silenzio. Così il lettore si accorgerà tosto, magari con disappunto o persino cavadone motivo di biasimo, che sulla lenta elaborazione dell'idea di codificazione (dall'umanesimo giuridico francese alla critica illuministica, passando attraverso il giusnaturalismo, tanto per intenderci) generalmente sorvolo; e che anche all'ultima arrivata, ossia alla storia del diritto codificato, che inizia il giorno in cui si conclude quella della procedura codificatrice, non dedico quelle attenzioni che pur

meriterebbe. Come capire queste lacune e come giustificare queste unilateralità?

La risposta a questi legittimi interrogativi non va necessariamente cercata lontano. Risulta piuttosto, a ben vedere, dai ragionamenti svolti fin qui. Dai quali si può facilmente dedurre che, dovendo pur scegliere, abbia preferito dedicarmi non tanto alla ricostruzione meticolosa di idee e progetti rimasti tali o immagazzinati in attesa di venir, prima o poi, utilizzati, quanto alla descrizione di quei momenti di un'evoluzione politica e sociale, nei quali l'ignoranza, l'indifferenza o il rifiuto *vis-à-vis* di una teoria oramai disponibile (e nel nostro caso di una concezione alternativa del sistema delle fonti) fecero finalmente posto alla volontà di realizzarla. Vista in questa luce la mia scelta mi pare accettabile, se non proprio indiscutibile: anzitutto perché non ignora la storia dell'idea codificatrice (peraltro nota e certo meno bisognosa di ripensamenti), ma la presuppone. Non può oggettivamente non tenerne conto, poiché in definitiva si propone di ragionare proprio sulla recezione sociale di un'idea finora nota solo su un piano teorico. Secondariamente perché anche in questo caso, come del resto in tutti quelli che tematizzano la trasmissione di un messaggio, l'ultima e decisiva parola spetta al destinatario. Ciò significa che, come ho già potuto dimostrare concretamente, le concezioni teoriche, anche quelle più univoche ed agguerrite, vengono regolarmente « stravolte » da chi le riceve, a livello individuale o sociale. Il che avviene non per qualche difetto nella trasmissione, men che meno per mancanza di rispetto nei confronti del mittente, ma *necessariamente*, se è vero che la disposizione soggettiva del ricevente (quella che oggi viene chiamata « precomprensione » e che rinvia a sua volta alla « struttura pre-narrativa » dell'esperienza) seleziona inevitabilmente ogni messaggio, non potendo operare diversamente. Proprio come ogni lettore inventa di volta in volta il libro che tiene fra le mani, magari allontanandosi vistosamente dalle intenzioni dell'autore, così la società borghese rinnovò il sistema del diritto privato: aderendo sì alle proposte dei giusnaturalisti e degli illuministi, ma adattandole nel contempo ai propri programmi e quindi alle proprie necessità concrete. Se il diritto davvero è un fatto sociale, la sua storia ne deve pur tener conto. Insistere allora su questi aspetti, persino privilegiarli, non dovrebbe essere arbitrario.

4. Prima di concludere vorrei indicare un'ultima traccia: permetterò, a chi la seguisse, di capire (se non proprio condividere) le ragioni del fascino, con il quale il tema codificatorio regolarmente mi aspetta dietro all'angolo e mi cattura.

Non ho scelto, neanch'io, di venir al mondo proprio in questo lembo d'Europa, nascosto fra le pieghe di un fazzoletto, eternamente in bilico fra centro e periferia. Non lo dico per scagionarmi: più tardi, infatti, quando potevo anche andarmene, ho preferito restarci. Ma ho capito presto che si poteva sopravvivere (a livello culturale, naturalmente) solo a patto di ribaltare le situazioni, cioè di considerare *chances* irripetibili e salutari tutto quanto può generalmente creare imbarazzo o destare malumori. In un paese così generosamente « irregolare » come la Svizzera, queste situazioni non si contano: penso alla localizzazione irrimediabilmente provinciale, all'eterna ed ubiquitaria incombenza del confine (mio nonno era doganiere, e dalla finestra di casa mia vedo, quando soffia il favonio, le colline del Comasco), alla cronica situazione minoritaria, all'impotenza dello stato minuscolo *vis-à-vis* dei colossi nazionali, agli squilibri che nasconde ed alle reazioni (spesso inconsulte, altre volte sproporzionate) che provoca; alla serie interminabile di problemi, piccoli e grandi ma non solo giuridici, provocati dalle strutture un pò vecchiotte del federalismo; alla ricerca di un equilibrio fra le culture che poi, se finalmente raggiunto, è difficile da conservare, visto che la cultura non è faccenda da affidare ai contabili, non si lascia imbavagliare dai nostri compromessi e soprattutto si ribella ai nostri pragmatismi. Ce ne sarebbe davvero abbastanza per ridurci tutti all'impotenza. Ma — come dicevo — ben presto mi sono accorto che vi è un rovescio della medaglia, perché questo paese, così bizzarro ed imprevedibile, fu sempre anche un *carrefour* frequentatissimo ed un laboratorio stimolante. Basta scegliere gli occhiali appropriati per squadrarlo: ed allora non si nasconderà e non tradirà le nostre attese.

Pure in tema di codificazioni la Svizzera ottocentesca fu un cantiere incredibilmente fecondo. I Cantoni, che fino al 1874/1898 ne avevano serbato la relativa competenza, elaborarono nel corso del secolo una ventina di codici civili. Lo avevano fatto assecondando magari tendenze e mode, ma non semplicemente « copiando » i grandi modelli che imperversavano allora nel continente. A metà



secolo, poi, questa febbrile attività legislativa raggiunse un traguardo ragguardevole: se è vero che il Codice civile del Canton Zurigo, voluto ed elaborato dai migliori discepoli svizzeri di Savigny e messo in vigore fra il 1854 e il 1856, si meritò le lodi di mezza Europa. Comunque non furono né l'intensità, né il livello scientifico raggiunto dalla legislazione civilistica a suggerire di frequentare questo laboratorio, quanto il *singolare contesto politico* entro il quale operava. Voglio dire: l'eccezionale valore didascalico dell'esperienza codificatrice svizzera è radicato proprio in questo particolare ambito costituzionale, che fu quello *democratico e repubblicano*. Esso ha costretto l'*iter* codificatorio entro l'alveo delle procedure democratiche: che se è notoriamente più tortuoso ed imponderabile di quello proprio ai regimi monarchici, è anche più difficile da mascherare, al punto da garantire una quasi assoluta trasparenza. Per cui alla fine mi sono convinto di un fatto: che proprio questa scomoda prassi repubblicana — unita all'estensione in fin dei conti modesta degli stati cantonali — abbia provvidenzialmente scoraggiato ogni descrizione iperbolica dell'unificazione legislativa: già perché ne svelava in modo impietoso i retroscena, talora poco edificanti. Era allergica a trionfalismi e celebrazioni, ma offriva in compenso allo storico materiali di prima mano per ragionare sulla storia della codificazione senza cadere nelle diverse trappole di una ideologia trionfalistica o nazionalista, per intuirne la logica, finalmente — e questo è davvero importante — per smitizzarla. Chi abbia frequentato con qualche assiduità questa impegnativa « scuola », non si fida ormai più delle parole. Non si lascia più sedurre dal loro canto, ma scava voglioso attorno ad esse, per capire su quale terreno allignarono, cosa vollero dire e nascondere, come furono intese da chi le pronunciò come anche da chi, successivamente, ne fece (più o meno) tesoro.

Se ho un merito, in tutto ciò, solo quello di aver intuito a tempo la peculiarità, per non dire il valore simbolico, di questo straordinario microcosmo elvetico. Mi sono accorto di come fosse importante avvalersene per guardare — e possibilmente vedere — al di là delle parole, delle formule, delle proclamazioni e dei programmi, quindi anche per conferire all'epopea codificatrice (se accettiamo di chiamarla così, magari un po' enfatizzando) una collocazione certamente più attendibile, anche se più modesta.

5. Il primo saggio di questa raccolta riassume i temi svolti nell'ambito di un seminario di terzo ciclo dedicato a « Poder i dret a Catalunya ». Fu organizzato dall'Àrea d'Història del Dret della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Barcellona ed ebbe luogo nel maggio del 1993. Non è ovviamente la riproduzione fedele di quanto raccontai in quell'occasione: poiché parlai a braccio, servendomi unicamente di qualche appunto riassuntivo. Più tardi il Prof. Aquilino Iglesia Ferreirós, che mi aveva invitato ad intervenire al seminario per svolgervi il tema codificatorio, manifestò il desiderio di pubblicare il testo del corso. Per corrispondermi ho rielaborato completamente nell'estate del 1994 i miei appunti — tenendo debito conto delle cose davvero dette e delle critiche affiorate durante le animate discussioni — e li ho arricchiti di qualche nuova riflessione, senza per questo volerne modificare sostanzialmente taglio e tono. Il mio testo, che fu magistralmente tradotto in castigliano dallo stesso Prof. Iglesia Ferreirós, venne poi pubblicato all'inizio del 1996 con un titolo (dimesso, ma anche singolarmente impegnativo) che avevo desiderato io: « Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación » (ed. Marcial Pons, Madrid).

L'occasione ed anche la destinazione di queste pagine spiegano a sufficienza talune proprietà del testo: spesso riassuntivo, quando non apodittico e generalizzante, non ama il chiaroscuro, evita il dettaglio, fa a meno delle note e di riferimenti concreti. Sarebbero tutti difetti intollerabili, questi, se non venissero compensati, almeno in parte, dagli orientamenti bibliografici che introducono di volta in volta i singoli capitoli e da una breve raccolta di fonti. I primi privilegiano comprensibilmente la pubblicistica recente e rinviano a quelle opere, la cui lettura mi pare comunque utile, anche se non sempre ugualmente indispensabile. La seconda non intende offrire un quadro completo ed equilibrato di un'evoluzione difficilmente documentabile in poche pagine, ma si accontenta di qualche riscontro concreto legato a ragionamenti svolti (talora solo *en passant*) durante le lezioni.

Ma dato che anche questi accorgimenti non potranno purtroppo ristabilire quell'equilibrio, che una materia così complessa rivendica, faccio volentieri capo alla squisita ospitalità offertami dal Direttore di questa collana ed aggiungo a questo lungo saggio

iniziale tre studi recenti, che riprendono ed approfondiscono argomenti solo sfiorati nel testo delle lezioni.

Se vedono ora la luce nella versione originale, queste pagine, lo debbono esclusivamente all'iniziativa di un Maestro, al quale mi lega un'antica amicizia, ossia del Prof. Paolo Grossi. Mi aveva ospitato nella sua Firenze vent'anni fa, per un sabbatico indimenticabile; con la stessa signorile generosità mi ha ora incitato a pubblicare questi testi nella sua prestigiosa collana, cosa che mi onora oltre misura e di cui gli sono molto grato. Già perché, così facendo, mi ha indotto ad interrompere, nel posto e nel momento davvero più indicati, il mio lungo ed imprevedibile itinerario. Che spero comunque di riprendere, dopo questa *séance de réflexion*. I codici e la loro storia, lungi dall'aver oramai saziato la mia curiosità, mi ricordano infatti sempre più i boschi frostiani ammirati «nella serata più buia dell'anno». Prima o poi tornerò a frequentarli perché sono, anche loro, «bellissimi, oscuri e profondi».

Rancate (Canton Ticino), 19 luglio 1997.

Per la loro costante collaborazione come anche per l'amichevole pazienza ringrazio Eva Aeschbacher, Roy Garré, Marianne Reinhart ed Elena Ramelli, attivi in questi anni nel Seminario di Storia del diritto dell'Università di Berna. Queste pagine — senza di loro — la luce del giorno l'avrebbero al massimo intravvista.



## LE LEZIONI CATALANE

### *Lezione prima*

PER ACCEDERE AL LABIRINTO

#### 1. *Quale concetto di codificazione?*

SOLARI Gioele, *Filosofia del diritto privato*, volume I, *Individualismo e diritto privato*, Torino 1911 (ristampa 1959); volume II, *Storicismo e diritto privato*, Torino 1940 (ristampa 1971); volume III, *Socialismo e diritto privato*, 1906 (ed. postuma a cura di P. Ungari, Milano 1980); WALINE Marcel, *L'individualisme et le droit*, 2. edizione, Montchrestien 1949; ZYCHA Adolf, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. edizione, Marburg/Lahn 1949; GAGNÉR Sten, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg 1960; KOSCHAKER Paul, *Europa und das römische Recht*, 4. edizione, München-Berlin 1966; WIEACKER Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. edizione, Göttingen 1967 (trad. italiana: *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, Milano 1980); AA.VV., *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (curatori H. COING e W. WILHELM), 6 volumi, Frankfurt a. Main 1974-1982; AA.VV., *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (curato da H. COING), volume II (Epoca moderna), due tomi, München 1976-1977; volume III (XIX secolo), soprattutto i primi tre tomi, München 1982-1986; MIAILLE Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris 1976; TARELLO Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I (unico uscito): *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976 (con notevoli recensioni di C.A. CANNATA nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, 832-860, di Ugo PETRONIO in *Quaderni fiorentini* 7, 1978, 500 - 508 e di Mario A. CATTANEO in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, 54, 1977, 387-413); AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa - Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze 1977; WESENER Gunter, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 4. edizione, Wien-Köln-Graz 1985; ORESTANO Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987; CARONI Pio, « *Privatrecht* »: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel-Frankfurt am Main 1988; EBEL Wilhelm, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 3. edizione, Göttingen 1988.

Che senso può avere, all'inizio di una serie di riflessioni sulla storia della codificazione, appurarne preliminarmente il concetto? Non esiste magari *contradictio in adjecto* tra questa storia e il relativo concetto? Nel senso che la prima si *svolge*, perennemente trasformando e rinnovando quanto incontra, mentre il secondo sfida la storia, le si oppone con la forza disperata della norma, tentando così di sottrarsi alla sua opera dissolvitrice? Non sarebbe allora più indicato accontentarsi dei fatti, sforzarsi di reperirli, ordinarli e decifrarli, e lasciar perdere i concetti?

Questo interrogativo preliminare si giustifica anche per un secondo motivo: nella storia del diritto si parla di codice in ordine a molti « prodotti » palesemente diversi e disparati, il che può suscitare qualche giustificata perplessità. Cito qualche esempio, per documentare che non esagero: il *Codex Hammurapi* (del 1700 a.C.), il *Codex Justinianus* (del 529), lo *Speculum saxonicum* (*Sachsenspiegel*, del 1230), il *Code Napoléon* (del 1804) ed il Codice civile olandese, entrato in vigore all'inizio del 1992. Ci si può (e forse ci si deve) chiedere, al cospetto di questa eccezionale sequela di esempi,

a) se abbia ancora senso ragionare su un concetto storico di codice, visto che cose tanto diverse vengono chiamate allo stesso modo;

b) ma anche se, al contrario, abbia senso chiamare cose così diverse allo stesso modo; se questa attività abbia ancora qualcosa in comune con quello che noi siamo abituati a chiamare storiografia o non sia, per caso, un nuovo gioco di società.

Questi ragionamenti mi inducono a ritenere che lo spazio per una riflessione critica sul concetto di codice, da sviluppare possibilmente in via preliminare, e volta a svelare le regole del gioco che sto iniziando, ci sia, e che sia non solo auspicabile, ma persino imprescindibile occuparlo. Ma non vorrei affermarlo senza nel contempo confessare che mi rendo ben conto del pericolo nel quale incorro. Poiché se occupo questo spazio in realtà impongo un mio concetto, tendo implicitamente a ritenere e far credere che esso sia più giusto, credibile e vero di altri concetti, poiché spiega in modo più convincente o svela in modo più radicale. Perciò mi preme ricordare che il concetto che tenterò ora di elaborare non è per nulla oggettivamente più vero, logico o appropriato di altri: è semplicemente quello che, in questo momento e qui, mi appare maggiormente idoneo a far luce

su alcuni momenti fondamentali dell'evoluzione giuridica continentale degli ultimi trecento anni. Proprio solo per questo motivo lo preferisco.

## 2. Una prima serie di elementi.

J.D. MEIJER, *De la codification en général*, Amsterdam 1830; ROTH Paul, *Ueber Codification des Privatrechts*, in *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, 5, 1858, 303-347; GLASSON E., *La codification en Europe au XIXe siècle*, in *Revue politique et parlementaire*, 1, 1894, tome 2, 201-426; tome 3, 198-228; ROGUIN Ernest, *Observations sur la codification des lois civiles*, in *Recueil publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'Exposition nationale suisse*, Lausanne 1896, 73-134; ASCARELLI Tullio, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano 1949, 41-81; FILOMUSI GUELFI Francesco, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, a cura di G. Del Vecchio, Milano 1949, 181-207; WIEACKER Franz, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, *Festschrift für G. Böbmer*, Bonn 1954, 34-50; PIANO MORTARI Vincenzo, *Codice-Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, 228-236; J. VANDERLINDEN, *Aspects de l'idée de codification*, *Rapports belges VI. Congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1962, 41-54; GUTZWILLER Max, *Weltanschauliche Grundlagen in den grossen Privatrechtskodifikationen der Neueren Zeit*, in *Elemente der Rechtsidee-Ausgewählte Aufsätze und Reden*, Basel-Stuttgart 1964, 64-104; VANDERLINDEN Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle*, Bruxelles 1967; GRZYBOWSKI Stefan, *Les lumières et les ombres de la codification à l'avenir prochain*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense* 2, 1969, 81-103; TARELLO Giovanni, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova 1971 (con la recensione di M. SBRICCOLI nei *Quaderni fiorentini* 1, 1972, 422-429); LIVER Peter, *Das schweizerische Gesetzbuch-Kodifikation und Rechtswissenschaft*, in *Privatrechtliche Abhandlungen*, Bern 1972, 85-121; UNGARI Paolo, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini* 1, 1972, 207-227; WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. edizione, Tübingen 1972 (in part. il cap. VII della seconda parte, *Rechtssoziologie*); SÓJKA-ZIELIŃSKA Katarzyna, *Wielkie Kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973; UNGARI Paolo, *Saggi recenti in tema di codificazioni*, in *Quaderni fiorentini* 2, 1973, 778-787; TEUBNER Werner, *Kodifikation und Rechtsreform in England-Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des englischen Rechts*, Berlin 1974; ELSENER Ferdinand, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter bes. Berücksichtigung des Privatrechts-Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1975; MOHNHAUPT Heinz, *Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert*, *Ius commune* 5, 1975, 71-121; AA.VV., *Problems of codification* (curato da S.J. STOLJAR), Canberra 1977; CARONI Pio, *Kodifikation*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1978, col. 907-922; CREMONINI C., *Il codice: breve viaggio attorno ad un'idea*, in *Studi parmensi* XXIX, 1981, 95-139; AA.VV., *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*-1.

Symposion der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» (curato da O. BEHRENDIS e Chr. LINK), *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse*, 3. Folge N. 157, Göttingen 1987; SOJKA-ZIELIŃSKA K., *Codification*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A.-J. Arnaud, Paris-Bruxelles 1988, 44-47; JOHN Michael, *Politics and the Law in late nineteenth-century Germany: The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989; AA.VV., *Questions of civil law codification* (curato da A. HARMATHY e A. NEMETH), Budapest 1990; LOKIN-ZWALWE, *Hoofstukken uit de Europese Codifikatiegeschiedenis*, Groningen 1990; VARGA Csaba, *Codification as a socio-historical Phenomenon*, Budapest 1991 (ove vengono ripresi e rielaborati saggi precedentemente pubblicati negli *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, in particolare nelle annate 16/1974, 17/1975 e 19/1977); BONINI Roberto, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, 3. edizione, Bologna 1993; AA.VV., *Kodifikace-Mezníky právních dějin* (curato da Karel V. MALÝ), Praga 1994; AA.VV., *Rechtscodifizierung und soziale Normen im interkulturellen Vergleich* (curato da H.-J. GEHRKE e E. WIRBELAUER), Tübingen 1994; AA.VV., *European Legal Traditions and Israel-Essays on Legal History, Civil Law and Codification, European Law, Israeli Law* (curato da A.M. RABELLO), Jerusalem 1994; ZIMMERMANN Reinhard, *Codification: History and present significance of an idea-A propos the recodification of private law in the Czech Republic*, in *European Review of Private Law* 3, 1995, 95-120; AA.VV., *De la ilustración al liberalismo-Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, con introduzione di Fr. Tomás y Valiente, Madrid 1995; OPPEIT BRUNO, *De la codification*, in BEIGNIER Bernard (curatore), *La codification - Actes du colloque organisé les 27 et 28 octobre 1995*, Paris 1996, 9-18; VAN DEN BERG Peter A.J., *Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811*, 1996; AA.VV., *La codification I*, in: *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* 24, 1996, 3-143; AA.VV., *La codification II*, in: *Droits, ibidem*, 26, 1997, 3-182; AA.VV., *La codification III*, in *Droits, ibidem*, 27, 1998, 3-184.

Tento dunque di avvicinarmi a tappe a questo concetto, partendo da alcune premesse scontate, per arrivare a lambire (più che davvero approfondire) qualche aspetto più remoto e perciò raramente connesso all'idea di codificazione.

a) *Codex* evoca comprensibilmente (già per l'indubbia etimologia), l'idea della *scrittura*. Indica infatti il tronco di un albero e ricorda così le tavole, sulle quali una volta si scriveva, non meno che il libro composto dalle singole tavole. *Codex* diventa dunque sinonimo di raccolta di regole giuridiche scritte e convalidate, poiché condivise o comunque accettate da quella comunità, alla quale si riferiscono. Ove mi pare importante non sottovalutare l'effetto immobilizzante e persino estraniante della scrittura: perché è uno dei grandi temi della cultura europea, a far data dal *Phaidros*



platonico, e si ripropone periodicamente anche all'attenzione del giurista, se è vero — come io credo fermamente — che interpretare significhi anche recuperare (e talora persino « ripristinare ») i valori persi al momento della *Verschriiftung* (per usare un termine familiare agli antichisti germanofoni) di una regola trasmessa finora solo oralmente.

Comunque sia: questo primo concetto viene spesso usato per designare tutte quelle raccolte, così disperatamente disperate, che ho appena ricordate. Perché finalmente tutte si trasmettevano per il tramite della scrittura. Quindi corrisponde sostanzialmente a quello di fonte giuridica messa per iscritto. Ma, se è così, perché si parla allora, con esplicito riferimento ad evoluzioni specifiche e recenti, di un'« epoca della codificazione » e persino — per designare un fenomeno che sta prendendo forma sotto i nostri occhi ancora increduli e sul quale ragionerò concludendo — di un'« epoca della decodificazione »? Si intende forse evocare a tal modo l'incombente estinzione della trasmissione scritta del diritto? Non lo credo. Ne deduco che a questo primo accertamento dobbiamo ora aggiungere altri.

b) « Codice » non designa allora qualunque raccolta scritta di regole giuridiche. Indica anche, e più compiutamente, un libro che aspira, in un modo o nell'altro, alla completezza. Al codice noi associamo istintivamente l'*idea della completezza*: può essere concepita diversamente e può quindi essere raggiunta battendo strade diverse. Ma senza di essa il codice sarebbe come un deserto senza sabbia. In fondo potrei anche dire: l'aspirazione alla completezza è funzionale al desiderio del codice di imporsi, di dominare, di considerarsi per sua natura o vocazione l'epicentro dell'ordinamento giuridico. Il che può anche avverarsi in diversi modi, tutti storicamente documentabili:

*ovvero* pretendendo di essere materialmente completo, quindi di riassumere ed esaurire tutto l'universo giuridico, ed a tal modo risolvere preventivamente ogni e qualsiasi conflitto giuridico;

*ovvero* considerandosi la fonte giuridica prevalente, quella che regge, domina e spiega tutte le altre, che le tollera in via sussidiaria, ma al contempo le sovrasta, che dà loro la luce necessaria, obbligandole con ciò a condividere la propria logica.

c) Quest'ultima ipotesi introduce un terzo ed ultimo elemento nel nostro discorso. Poiché indica finalmente quella funzione,

che il codice storicamente è sempre stato chiamato ad assolvere, ossia la *funzione unificatrice*, che ci appare anche come un corollario dell'aspirazione alla completezza. Insisto su questo aspetto, perché mi rendo conto che proprio per la storia che intendo qui esporre, questo è l'elemento qualificante o meglio ancora costitutivo. Non per nulla permette di cogliere in modo quasi profetico il collegamento fra la codificazione ed il programma sociale, giuridico ed economico della borghesia continentale. Programma che si nutrive letteralmente dell'idea di unità, e che in questo senso specifico può essere interpretato quale sistematico superamento di diversità. Se non di tutte, certamente di tutte quelle che, in un modo o nell'altro, frenavano od ostacolavano la piena realizzazione degli ambiziosi piani borghesi.

Riassumendo, prima di continuare: d'ora in avanti parlando di codice mi riferirò sempre a quella raccolta scritta di regole giuridiche, che ambisce ad essere completa e già per questo motivo unifica a diversi, ma non indistinti livelli. Ed in questa direzione si muove non tanto per corrispondere ad un'atavica tendenza dell'animo umano o ad un piacere vagamente estetico, quanto perché solo così assume un taglio idoneo a corrispondere alle attese ed alle rivendicazioni del gruppo sociale, che era uscito vittorioso dalle rivoluzioni liberali.

### 3. Cosa significa « unificare »?

ROTH Paul v., *Unifikation und Codification*, in *Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht* 1, 1873, 1-27; EGGER August, *Rechtseinheit*, in *Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, III/1, Bern 1911, 404-422; MÜLLER Otto, *Vom Zivilgesetzbuch und der Schweizerischen Rechtseinheit*, in *Wissen und Leben* 16, 1922/1923, 690-699; BRUNNER Heinrich, *Die Rechtseinheit, Festrede am 22. März 1877*, in *Gesammelte Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, Weimar 1931, II, 361 ff.; AQUARONE A., *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960; GETZ Heinrich, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966; GHISALBERTI Carlo, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia-La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari 1979; AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, Atti del Congresso Internazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari, Milano 1979; CLAVERO Bartolomé, *El código y el fuero-De la cuestion regional en la España contemporanea*, Madrid 1982; AA.VV., *L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle-Méthodes et problèmes*, Enseignement de 3e cycle de droit 1985 (curato da P. CARONI), Fribourg 1986; GRIMM Dieter, *Historische Erfahrungen mit der Rechtsvereinheitlichung-Das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland*, in *Rabels*

*Zeitschrift* 50, 1986, 61-76; BUCHHOLZ Stephan, *Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Rabels Zeitschrift* 50, 1986, 77-110; CARONI Pio, *Rechtseinheit-Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel-Frankfurt am Main 1986; AA.VV., *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze-Bedingungen, Ziele, Methoden*. 5. Symposium der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» (curato da Chr. STARCK), *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse*, 3. Folge, N. 197, Göttingen 1992; AA.VV., *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit-Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992*, *Rättshistoriska Studier* Band XIX, Lund 1993; BALDUS Manfred, *Die Einheit der Rechtsordnung-Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlin 1995.

Mi capita ogni tanto di suggerire ai miei studenti di seguire clandestinamente (ossia all'insaputa dei loro docenti) un corso di « fantasia giuridica » o di meditare sull'aureo saggio di H. Dernburg, « Die Phantasie im Recht » (1894). Generalmente ciò avviene quando li sento ragionare sull'unificazione del diritto: poiché mai come in tale occasione mi accorgo degli effetti devastanti della mancanza di fantasia. Un po' tutti, chi più chi meno, l'abbiamo ridotta, questa unificazione, ad un'operazioncina cosmetica, fondamentalmente asettica, a sfondo esclusivamente ornamentale, volta a sopprimere una moltitudine di diritti locali mediante l'emanazione di una legge unificante-unica-uniforme. Ecco, qui ci vorrebbe un po' di fantasia, penso, per superare questa visione semplicistica ed appiattita, quindi anche grossolanamente stravolta, di uno dei fenomeni più sconvolgenti del nostro Ottocento giuridico. Ci vorrebbe fantasia per andare oltre, cogliere e valorizzare la straordinaria ricchezza semantica di questo vocabolo-chiave, per capire che non può essere impunemente ridotto ad una ipotesi (quella della unificazione territoriale), poiché da solo riassume in realtà il senso dell'avvenuta rivoluzione giuridica. « Unificare », per farla breve, significa molte cose, fra loro magari distinte, ma tutte riconducibili ad una stessa strategia: a quella strategia che ha portato alla progressiva costituzione di un nuovo ordine giusprivatistico. Vediamo di esaminarne qualche momento.

a) Unificare significa anzitutto modificare l'*assetto tecnico-sistemico* del diritto, superando a tal modo il frazionamento legislativo che lo connotava finora. Questa operazione si svolge a diversi livelli: poiché se è vero che il codice riassume i contenuti di una legislazione occasionale e perciò disorganica, sostituendosi ora li-

nearmente ad essa, è anche vero che non si limita a risucchiare questa materia, ma subito la riordina e la dispone secondo un piano minuziosamente preordinato. Si sostituisce (o sovrasta) ad una miriade indescrivibile di fonti giuridiche, seguendo un modello teorico: riassume e struttura la materia giuridica in sequela ad un preciso « sistema », fedele anche in questo — come vedremo — alle intuizioni fondamentali del giusnaturalismo europeo.

Ritengo sia fondamentale insistere su questo primo aspetto e collegarlo a quel desiderio di « completezza », che da sempre aveva animato l'idea della codificazione. Visto in questa luce, il codice era completo, sistematico, univoco: si poneva al centro dell'ordinamento giuridico, si riteneva autonomo, rispettivamente autoreferenziale. Era latore di principi ispiratori di *tutto* questo ordinamento, quindi non tollerava di esser letto, interpretato od integrato secondo criteri estranei. Riconosceva, certo — anche perché in realtà non poteva farne a meno — fonti sussidiarie: ma imponeva loro le proprie scelte, la propria « filosofia ». Le tollerava, ma solo se non mettevano in discussione il suo primato, se si piegavano sotto il peso delle sue opzioni e dei suoi orientamenti. Le dominava, in altre parole, e proprio per questo fatto, perché non si limitava a riassetamenti settoriali, ma obbediva ad una strategia globale, poteva ambire a superare di slancio il « disordine », o, se si vuole, l'« ingovernabilità », perciò anche l'« irrazionalità » del diritto vigente.

Il codice non fu quindi solo una legge ben riuscita, frutto (magari) di meditata elaborazione dottrinale e sistematica. Ben più si propose quale vero *epicentro di un nuovo sistema delle fonti*, e più precisamente di quel sistema che ha avuto la funzione storica di sostituire quello, oramai politicamente superato, perciò inopportuno ed insostenibile, del diritto comune. Per questo preciso motivo la storia della codificazione assume una valenza specifica: è anche la storia di quella particolare procedura che sanziona, in modo diverso da paese a paese, il declino e poi la scomparsa di un sistema delle fonti, che fu seguito in molti paesi europei dal XIII al XIX secolo. Scomparve, finalmente, non tanto per la gravità dei suoi difetti o per l'intensità della sua degenerazione, quanto poiché venne meno l'ordine politico e sociale sul quale si era istaurato, ossia quella struttura cetuale dell'*Ancien régime*, della quale si dirà più in dettaglio. Da cui si deve ovviamente inferire che il nuovo sistema

non si affermò per virtù proprie, non in base ad una indiscussa supremazia intrinseca, ma unicamente quale fedele riflesso di una nuova organizzazione politica e sociale. In questo senso molto specifico può essere ragionevolmente affermato che il Code civil del 1804 fu la conseguenza giuridica della Rivoluzione francese.

b) Unificare indica poi anche un'operazione, che si svolge in un determinato ambito geografico, volta a sopprimere le fonti giuridiche locali di vecchia e nuova data e a sostituire loro una regola unica ed uniforme. A descriverla così, questa operazione, non appare problematica: ma solo a condizione di ragionare con la logica del contabile o con il metro dell'agrimensore. Storicamente è stata invece spesso, quasi regolarmente, un'operazione difficile, complessa e traumatica: perché dietro al frazionamento (o alla polverizzazione, se si preferisce) geografico del diritto non si nascondevano solo, come spesso si è detto, paure ancestrali o comode letargie. I giuristi del XIX secolo, che si permettevano di squalificare in questo modo poco serio secoli di storia « diversa », e che ciò facendo confessavano implicitamente tutta la debolezza del proprio approccio teorico, non potevano capire o anche solo immaginare che dietro alle frantumazioni geografiche del diritto stessero in realtà spezzoni di storia reale; che in esse si rispecchiasse la « diversità » strutturale di una società (ancora ed « inspiegabilmente ») immobile, di un'economia naturale, di un mondo non ancora sconvolto dalla sfida della mobilità, non ancora trafitto dalla logica del mercato. Per non parlare del desiderio delle minoranze, di tutte le minoranze (etniche, linguistiche, religiose, economiche) di non essere sopraffatte da un diritto unitario, che le avrebbe schiacciate ed inevitabilmente obbligate ad allinearsi su schemi e modelli ritenuti estranei, quindi né ambìti, né condivisi. Il che spiega anche perché spesso queste operazioni unificatrici abbiano potuto durare per decenni, soprattutto laddove, come in Svizzera, un sistema politico democratico-repubblicano permetteva alle minoranze di inserirsi efficacemente nel dibattito politico, di articolare il proprio dissenso e di ostacolare — fin dove ciò era possibile — le aspirazioni accentratrici dei liberali ottocenteschi.

Resta da chiedersi, e la domanda non è eludibile, per quale motivo questa unificazione territoriale sia stata così intensamente desiderata e non raramente imposta. Non escludo che si debba

parlare, anche in questo caso, di una *convergenza di interessi* e meglio ancora di una (né fortunosa né sterile) consonanza fra un progetto politico ed un programma economico. In base alla quale la soppressione del frazionamento giuridico era funzionale

— sia ai desideri dei politici, che in essa vedevano un ambito rafforzamento dello Stato nazionale, e meglio ancora una procedura volta a facilitare l'inserimento di gruppi e regioni, come anche di tutte le minoranze, in un nuovo Stato, come illustra egregiamente l'esempio italiano (Codice civile del 1865);

— che alle aspirazioni degli economisti, ai quali l'unificazione del diritto privato appariva come l'ultima misura da attuare affinché il territorio nazionale, già unificato a livello economico con l'abolizione delle dogane interne e con la proclamazione di principi costituzionali che sancivano la mobilità delle persone e delle merci, ora potesse finalmente iniziare a funzionare quale omogeneo mercato. Il che spiega perché spesso l'unificazione sia stata sollecitata e raggiunta con largo anticipo proprio nelle materie attinenti ai traffici ed ai commerci, quindi anche più scopertamente legate alle esigenze del mercato.

Mi preme poi precisare, prima di concludere su questo punto, che per semplificare le cose do per scontato un fatto, e cioè che l'unificazione territoriale qui all'esame sia avvenuta per il tramite della codificazione. Anche se so che talvolta — ma in via eccezionale — un assetto geograficamente uniforme del diritto potè essere raggiunto anche percorrendo altre strade (fra le quali ricordo qui i concordati, l'istituzione di un'unica istanza giudiziaria, la rielaborazione scientifica di comuni principi dottrinali, del resto già praticata dai giuristi del diritto comune). Ma il fatto è che la borghesia del XIX secolo ha regolarmente dimostrato di preferire la soluzione codicistica (il che giustifica la mia semplificazione), perché unificava più globalmente e radicalmente, anche in ciò fedelmente ripetendo e comunque assecondando le esigenze del mercato.

c) E finalmente unificare può riferirsi anche a quella preliminare operazione di livellamento sociale, che permette poi agevolmente di imporre la stessa ed unica legge (ossia il codice) a tutti gli abitanti di uno stato, senza tener conto delle differenze ancora molto marcate che, al di là dell'ipotesi egualitaria, purtuttavia fra loro sussistono. Ovviamente questa unificazione sociale (possiamo anche

chiamarla così) sarebbe un intollerabile sopruso, se fosse proprio solo figlia della finzione, se davvero fra i così diversi destinatari della stessa legge non esistesse qualche tratto comune a giustificazione dell'uguale trattamento da parte della legge. In realtà questo tratto comune esiste, e da solo diventa la chiave di volta dell'edificio codificatorio. Lo ricorda solennemente il Code civil, quando prescrive che « tout Français jouira des droits civils » (art. 8). Il che vale a dire: preliminarmente la codificazione registra l'avvenuta trasformazione degli abitanti in soggetti giuridici. Muovendo da questa premessa recapita loro lo stesso programma e tutti indistintamente incita a valorizzare l'autonomia indissolubilmente legata (e perciò in realtà inerente) alla soggettività giuridica. Non è davvero cosa da poco, come tenterò di dimostrare.

#### 4. *L'ambivalenza di questo concetto.*

Approntata così un'ipotesi concettuale, che viene regolarmente confortata da reperti storici, ma che non pretende già per questo motivo di essere l'unica pensabile o plausibile, dovrei ora evocare la lunga storia che sbocca dapprima nell'archetipo della codificazione borghese e che poi continua, fra applausi, denunce e contraccolpi, per sfociare finalmente nel presente. Ma al momento di prendere il largo intravvedo davanti a me non una, ma due direzioni; ed intuisco che ci saranno perciò anche due (diverse) storie della codificazione. Lo voglio segnalare subito, anche se questa scoperta non mi procura nessun disagio. Diversa sarebbe la mia reazione, se fossi obbligato a scegliere e a decidermi — preliminarmente e definitivamente — per l'una o per l'altra direzione. Ma in realtà nulla e nessuno me lo impongono. In fondo questo bivio è anche salutare, poiché ricorda la necessità di approntare occhiali diversi, a seconda dei difetti che vanno corretti: quelli per presbiti, che permettono di vedere più nitidamente gli oggetti vicini, e quelli per miopi, che permettono di distinguere meglio gli oggetti lontani.

a) Vi è anzitutto una *storia dogmatica*, che analizza e descrive la progressiva elaborazione di una teoria della codificazione, ad es. di quella a cui ho implicitamente aderito formulando un certo concetto. In realtà questa prima storia è solo un frammento di quella che

descrive le alterne vicende della *scienza giuridica*, attenta com'è all'opera degli studiosi e dei sapienti, a quello che dicono e scrivono giuristi, filosofi, politici e teologi in tema di codificazione. Do per scontato che non si interessa tanto dei tempi e dei luoghi, meno ancora dei contesti politici e sociali nell'ambito dei quali queste idee presero corpo. Si occupa proprio solo di esse, le separa dal loro naturale *entourage* per farne tasselli di un mosaico che lentamente si compone, prende forma, si arricchisce, fino a svelare il tema di fondo. Ed ovviamente vede, negli studiosi appena ricordati, *precursori* del moderno concetto di codificazione. Considerata in quest'ottica particolare, la storia della codificazione mostra la lenta epifania di un'idea, il faticoso emergere di una dottrina sempre meno vaga dal magma delle intuizioni. Inizia, come vedremo, con l'umanesimo giuridico e si conclude nell'apoteosi dell'illuminismo.

b) Accanto ad essa corre parallela una *storia sociale* della codificazione, che indaga non tanto sul formarsi dei concetti, quanto sulla loro realizzazione. Quindi ragiona preferibilmente su quel particolare momento, in cui una teoria smette di essere tale, per diventare appunto qualcosa di concreto, di pratico, che tocca, sconvolge, trasforma la società. Ben sapendo che le teorie non si trasformano automaticamente in realtà per il fatto di essere intrinsecamente « vere » e « giuste », ma che ciò capita solo quando una società le ritiene utili, ossia funzionali ad un certo programma, questa seconda storia si interessa della società, dei suoi progetti, della sua evoluzione, anche delle sue contraddizioni e dei suoi antagonismi. È convinta (non senza buoni motivi) che solo in sequela ad una tale analisi si potrà capire e spiegare l'affermazione della strategia codificatrice. In funzione non tanto di una sua superiorità teorica o dottrinale, quanto della sua idoneità a realizzare aspirazioni fondamentali di una concreta società storica.

c) Tenterò, come posso, di seguirle ambedue, queste direzioni parallele, senza sbilanciarmi troppo, ma anche senza nascondere qualche preferenza. Se alla fine il lettore mi vorrà considerare partigiano, poiché avrò dedicato maggior spazio alla storia sociale, avrà i suoi buoni motivi per farlo. Quanto a me, gli debbo solo questa giustificazione:

può darsi, ovviamente, che tale *penchant* sia radicato nella mia biografia, e debba come tale essere accettato senza speranza di



ulteriore spiegazione. Ciò non escluderebbe comunque il contemporaneo ricorrere di ragioni molto più serie e finalmente (con)vincenti. Mi pare infatti di aver capito che la storia della codificazione fu finora preferibilmente concepita quale storia dottrinale e culta; solo nel corso degli ultimi vent'anni ci siamo resi conto dell'unilateralità (e quindi della parzialità) di questo approccio ed abbiamo tentato di correggerlo, rispettivamente integrarlo, ragionando maggiormente sulle strutture e sulle contraddizioni di quelle società che aderirono entusiasticamente alla proposta codificatrice. Anche noi siamo figli del nostro tempo: voglio dire che a monte dell'attrazione oggigiorno esercitata dalla storia sociale stanno meno preferenze personali che una evoluzione politica, culturale, sociale. Ci induce a formulare nuove domande, premia la nostra curiosità svelandoci cose nuove. Ne ho parlato diffusamente nel secondo saggio pubblicato in questo volume; alla sua lettura desidero rinviare il lettore avido di più ampi dettagli.

## Lezione seconda

LA STORIA DI UNA TEORIA

### 1. Il contributo dell'umanesimo giuridico.

BARON Julius, *Franz Hotman's Antitribonian-Ein Beitrag zu den Codifications-Bestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert*, Bern 1888; v. KAN J., *F. Hotman en de Codificatiepolitiek van zijn Tijd*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 3, 1922, 1-11; WIEACKER Franz, *Humanismus und Rezeption-Eine Studie zu Johann Apels Dialogus de studio iuris recte instituendo*, in *Gründer und Bewabrer*, Göttingen 1959, 44-91; PIANO MORTARI Vincenzo, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962; MAFFEI Domenico, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1964; PIANO MORTARI Vincenzo, *Aspetti del pensiero giuridico del secolo XVI*, Napoli 1970; PIANO MORTARI Vincenzo, *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978; PIANO MORTARI Vincenzo, *Bodin e l'idea cinquecentesca della codificazione*, in *La République di Jean Bodin*, Atti del Convegno tenuto a Perugia nel novembre 1980, Firenze 1981.

L'umanesimo giuridico fu una stagione breve ma intensa della scienza giuridica continentale, feconda come poche altre di intuizioni, progetti e sollecitazioni. Fra di essi primeggiano le riflessioni volte a propiziare la riformulazione di una materia tralatizia e familiare (quella romanistica), che molti umanisti vollero esplicitamente confermare: nella sostanza se non, appunto, nell'*ordo*. Questo *ordo* gli umanisti lo ritenevano casuale, arbitrario, caotico, oramai indecifrabile, perciò anche palesemente antipedagogico. Questa fu la ragione dei loro reiterati appelli all'Imperatore, nel quale videro — *pour cause* — un « novello Giustiniano » e dal quale si attendevano perciò una redazione più snella ed ordinata di quel diritto, della cui « positività » (quantomeno in funzione sussidiaria) non dubitavano minimamente.

Altri umanisti si spinsero oltre: non si accontentarono di auspicare la semplice rifusione del contenuto del *Corpus iuris*, ma contestarono in tronco l'universalismo del diritto romano, quella sua pretesa di condizionare la lettura, l'interpretazione e l'applicazione

di ogni e qualsiasi fonte giuridica, fosse anche esterna al *Corpus iuris* e perciò estranea alla tradizione romanistica. Sono le idee e proposte di questi umanisti che mi preme ricordare qui. Poiché essi avevano chiaramente intuito che il rifiuto concreto di singole soluzioni romanistiche sarebbe stato poco efficace, se avesse lasciato sussistere intatta la pretesa universalistica appena ricordata; e che questo universalismo poteva finalmente essere superato solo contrapponendogli quasi specularmente un altro universalismo, ad esempio quello di una codificazione, peraltro ancora tutta da inventare nei contenuti e nella forma. Se l'umanesimo ci appare degno di essere evocato in questo contesto specifico, certo non a causa delle molte proposte concrete via via elaborate da giuristi (soprattutto francesi), che variavano a seconda dei paesi, dei tempi e dell'orientamento politico dei loro autori, quanto proprio per questa intuizione di fondo: secondo la quale un sistema delle fonti, che non era più generalmente condiviso, poteva essere vinto e spodestato solo opponendogli un altro sistema delle fonti.

Vi è un'opera conclusiva ed emblematica dell'umanesimo giuridico francese, nella quale la critica storicistica del diritto romano e quindi il rifiuto di esso quale epicentro di un sistema delle fonti sboccano, in modo prevedibile e quasi necessario, nel postulato della codificazione. Si tratta dell'*Antitribonian*, scritto nel 1567 da François Hotman, ma pubblicato solo nel 1603. Si conclude con l'esplicita richiesta di un intervento legislativo tale da rendere oramai superfluo il ricorso al diritto romano, sia quale fonte sussidiaria, sia quale modello pedagogico. Hotman pensava ad una compilazione complessiva, che riassume tutto il diritto vigente, quello pubblico non meno di quello privato, fosse redatta in lingua volgare e nella quale confluissero materiali di diversa origine e provenienza, comunque tutti preliminarmente adattati « *à l'état et forme de la république Française* ».

## 2. *Le formule giusnaturalistiche.*

VOLTELINI Hans v., *Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jahrhunderts*, *Historische Zeitschrift* 105, 1910, 65-104; THIEME Hans, *Die Zeit des späten Naturrechts-Eine privatrechtsgeschichtliche Studie*, 1936 (ora in *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte-Gesammelte Schriften*, Köln-Wien 1986, II, 633-694); MOLITOR Erich,

*Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, in *L'Europa e il diritto romano*, Studi Koschaker, Milano 1954, I, 359 ss.; THIEME Hans, *Das Naturrecht und die europäische Rechtsgeschichte*, 1954 (ora in *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte-Gesammelte Schriften*, Köln-Wien 1986, II, 822-870); STURM Fritz, *Das römische Recht in der Sicht von Leibniz*, Karlsruhe 1968; COING Helmut, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo congresso internazionale (citati supra) 1977, volume II, 797 ss.; THIEME Hans (curatore), *Humanismus und Naturrecht in Berlin-Brandenburg-Preussen*, Berlin-New York 1979; LIPP Martin, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlin 1980; KRAUSE Peter, *Naturrecht und Kodifikation*, in KRAUSE Peter (curatore), *Vernunftrecht und Rechtsreform, Aufklärung 3*, 1988, volume 2, 7-27; PETERSON Claes, *Rechtsvereinheitlichung durch Naturrecht? Zur Frage des Naturrechts in der schulphilosophischen Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts*, in *Quaderni fiorentini* 21, 1992, 7-35.

Dei ragionamenti giusnaturalistici va preliminarmente sottolineato che sono complessivamente importanti per la teoria della codificazione: perché hanno generalmente propiziato analisi molto vicine al nostro tema, e quindi suscettibili, a diversi titoli, di diventare parte integrante o comunque sempre di arricchirlo. Ricordo almeno due momenti, che mi sembrano centrali.

a) Anzitutto il contributo di una corrente di pensiero avversa all'assolutismo politico. Se combatte gli eccessi del sistema ed in particolare la pretesa volontaristica del principe di rappresentare l'unica (quindi esclusiva e completa) fonte del diritto, già lo fece in nome di quell'*autonomia privata* che diventerà presto — come vedremo — la colonna portante delle codificazioni borghesi e che pertanto giustificherà la generalizzazione del soggetto giuridico. Di questo giusnaturalismo, professato soprattutto da S. Pufendorf e Chr. Thomasius, si può perciò ritenere che anticipi in un certo senso Kant e talune sue intuizioni giuridiche (la distinzione fra diritto e morale, l'eternità e quindi il formalismo del diritto), delle quali non è avventato dire che diverranno presto i fondamenti filosofici di una nuova scienza giusprivatistica.

b) Ad una seconda corrente, più propriamente razionalista, siamo per contro debitori di talune certezze meno scopertamente giuspolitiche, perché legate al progetto di un nuovo *ordo* giuridico, strutturato ad immagine e somiglianza di quello (fisico), che reggeva il mondo esterno. Filosofi e giuristi che aderivano a questo indirizzo

non contestarono l'assolutismo politico, anzi riconobbero esplicitamente, fra i diversi *iura majestatis*, anche quello del sovrano di legiferare esclusivamente ed atteggiarsi così a simbolo di quella *lex animata*, che le formule giuridiche postclassiche avevano fedelmente tramandato e che ora venivano riscoperte con malcelata soddisfazione. Ma insisterono in compenso sull'impellente necessità di razionalizzare, ossia rielaborare in modo più sistematico e organico il diritto esistente. Lo desideravano non per mere ambizioni estetiche. Ritenevano infatti che solo una nuova e più meditata disposizione della materia potesse poi permettere deduzioni certe ed indiscutibili — come certe ed indiscutibili erano quelle che conseguivano ai ragionamenti dei matematici — e così garantire la certezza e l'attendibilità del diritto. Questo del resto era stato anche l'antico sogno di Leibniz: la riduzione del diritto ad un modello matematico. Istanza poi ripresa, condivisa e portata alle sue estreme conseguenze da Chr. Wolff. Nel *Candide* Voltaire disegnò una feroce satira di Christian Wolff, alias Pangloss: lo ritenne filosofo ingenuamente ligio al principio dell'armonia necessaria e prestabilita, della *ratio sufficiens*, ecc. Ma questa stroncatura non ha impedito al deduzionismo wolfiano di affermarsi ed anche di fare proseliti. Se è vero che nel secolo scorso vi aderirono tanto i primi codificatori, quanto i loro antagonisti tedeschi.

Già da questi primi e fugaci accertamenti emerge una convinzione di fondo: il giusnaturalismo *non* ha proposto una propria teoria della codificazione, e già per questo fatto appare discutibile (o quantomeno equivoco) chiamare « codificazioni giusnaturalistiche » i primi tre codici promulgati sul continente fra il 1794 ed il 1811, dei quali mi occuperò. Ma ha in compenso elaborato tutta una serie di dottrine e ragionamenti, che furono ripresi più tardi da molti autori di svariata estrazione ideologica e da loro liberamente incastonati in una dottrina della codificazione, che risultò poi ampiamente vincente.

### 3. *La svolta illuministica.*

FREDERIC II, Roi de Prusse, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1749), in *Oeuvres complètes*, 1792, Tome VI, 89-122; BENTHAM Jeremy, *Oeuvres* (nella traduzione francese di Etienne Dumont), volume I, Bruxelles 1829, 8 ss. (*Principes de*

*législation*), 51 ss. (*Principes du Code civil*), 305 ss. (*Vue générale d'un corps complet de législation*); Volume III, Bruxelles 1830, 87 ss. (*De la codification*); DONATI B., L.A. Muratori e la giurisprudenza del suo tempo, Modena 1935; PECORELLA Corrado, *Studi sul settecento giuridico*, I, L.A. Muratori e i difetti della giurisprudenza, Milano 1964; VANDERLINDEN Jacques, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 32, 1964, 45 ss.; D'AMELIO Giuliana, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; BUSSI Emilio, *Stato e amministrazione nel pensiero di Carl Gottlieb Svarez, precettore di Federico Guglielmo III di Prussia*, Milano 1966; CATTANEO Mario A., *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966; GOLDMANN Lucien, *L'illuminismo e la società moderna-Storia e funzione attuale dei valori di « libertà », « eguaglianza » « tolleranza »*, Torino 1967; AJELLO Raffaele, *Arcana juris-Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976; COMANDUCCI Paolo, *L'illuminismo giuridico-Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1978; D. DIDEROT-A.-G. BOUCHER D'ARGIS-L. CHEVALIER DE JAUCOURT, *Le droit romain et l'Encyclopédie*, 31 Articles (1751-1765), ristampa Napoli 1986 (con una nota di lettura di W. WOŁODKIEWICZ); BONINI Roberto, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, 2. edizione, Bologna 1988; GOSE Walther-KRAUSE Peter (curatori), *Aufklärung und Gesetzgebung-200 Jahre Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten*, Trier 1988; BONINI Roberto, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Torino 1991; BARANGER Denis, *Bentham et la codification, Droits* 27, 1998, 17-37.

Raffrontato agli episodi appena ricordati, l'illuminismo appare quale spettacolo pirotecnico, per l'intensità della luce non meno che per l'originalità delle combinazioni: già perché la codificazione ne divenne tosto il postulato costitutivo. Ad essa gli illuministi attribuirono virtù taumaturgiche: ne fecero il simbolo di un rinnovamento radicale e si adoperarono assiduamente per attuarla, convinti come erano di vedere in ciò un riflesso, se non proprio la prova, della vitalità del loro programma. Fra tutti i temi evocati finora, questo è già stato affrontato con costanza ed impegno davvero singolari. Per cui ritengo di potermi limitare a qualche breve accenno.

a) Sotto i colpi della critica illuministica, irrispettosa e mordace, crolla nel Settecento il mito di Giustiniano e della sua « legislazione ». Un ordinamento giuridico che si era lentamente arricchito di nuovi elementi, tutti ugualmente pervasi dal primato del diritto comune, appare oramai superato. Non tanto per il fatto che molte sue regole, e massime quelle di origine romanistica, apparissero ora superate, irrimediabilmente desuete. Peso ben maggiore ebbe, in tutto questo, il deciso rifiuto del sistema delle fonti come tale, ossia di un regime che da sempre aveva preferito il giurista al legislatore. Nella particolare congiuntura politica e sociale del XVIII

secolo, tale scelta veniva sempre meno condivisa, sollevava dubbi e perplessità a non finire. Di colpo si scopriva così l'inadeguatezza, il disordine, la contraddittorietà delle fonti; ed in essi si vedeva la causa di quei mali tipici dell'amministrazione della giustizia (gli « abusi » dei giuristi, l'« incertezza » dei sudditi), contro i quali si muoveva la crociata degli illuministi. Questo primo episodio anticipa e riassume emblematicamente il grande cambiamento: sarà bene riproporlo alla nostra attenzione.

b) Smontato così l'edificio del diritto comune, finalmente liberi dalle catene secolari che *auctoritas* e *traditio* loro avevano imposto, fiduciosi nella forza creatrice della ragione umana, gli illuministi rivendicarono il potere dell'uomo, rispettivamente di ogni generazione, di elaborare un proprio diritto, senza dover passivamente subire le regole tramandate dalla storia. Il diritto loro apparve come *fattibile*: poteva essere liberamente pensato, inventato, ridisegnato; e ciò permetteva anche di adattarlo alle necessità del momento, ed oggi diremmo di renderlo maggiormente operativo. Logicamente doveva essere questo non il diritto astratto ed universale vagheggiato da taluni giusnaturalisti, ma quello maggiormente aderente alle concrete realtà sociali e quindi funzionale alle necessità specifiche di una società storica. Se quasi è di prammatica, qui, la notissima citazione di Montesquieu (*Esprit des lois* I/3), meno noto è il fatto che proprio tale convinzione fosse pure condivisa da uno dei mitici codificatori dell'epoca illuministica, ossia da Federico il Grande di Prussia.

c) Anche in merito alla forma da conferire al nuovo diritto, gli illuministi non nutrono grossi dubbi. È nota la loro generale predilezione per la *legislazione*, che preferirono ad ogni altra modalità, ed in particolare a quelle meno affidabili a livello di certezza giuridica. Anzi, si può dire di più: perché così facendo propiziarono pure quella concentrazione di fonti, che imponeva la tendenziale soppressione di ogni diritto concorrente (ed in particolare della consuetudine) a tutto favore di una identificazione quasi ossessiva e comunque ritenuta intoccabile: il diritto stava tutto nella legge.

d) Identificazione questa che riproponeva con nuova urgenza ed in modo quasi drammatico l'antico interrogativo: quello attinente alla *completezza*. Poiché l'equazione così implicitamente istituita fra diritto e legge appariva credibile solo se la legge (*scil.* la codifica-

zione) fosse stata completa, avesse risposto d'*emblée* ad ogni attesa giuridica presente e futura, sopprimendo così (perché oramai inutile) ogni ricorso sussidiario ad una fonte esterna al codice. L'immane citazione qui è per l'opera di J. Bentham e per l'intima convinzione che la percorre: per essa il codice aveva da essere « *all comprehensive* ».

C'è da dire — riassumendo — che il consenso su questi principi a sostegno della indiscutibile necessità di emanare una legislazione completa, fu pressoché generale. Il che può forse essere spiegato ricordando la decisiva convergenza realizzatasi proprio su questo punto fra le ambizioni statualistiche dell'assolutismo e le rivendicazioni garantistiche di chi incarnava, o quantomeno condivideva le aspirazioni umanitarie dell'illuminismo. Postulandola, questa completezza, combattevano in realtà lo stesso nemico, anche se lo facevano per motivi diversi e persino contrapposti. Appunto per motivi diversi e talora contrapposti intendevano mettere fine ad una situazione comunemente ritenuta pregiudizievole, perché connotata dalla totale disponibilità dell'ordinamento. E quindi la completezza era un po' per tutti funzionale alla necessità di sottrarre il diritto alla libera disponibilità di giudici ed avvocati, ossia di tutti quegli operatori, ai quali il vecchio sistema aveva offerto regolarmente ampi (ma ora odiatissimi) spazi di manovra. Per cui doveva ora sembrare urgente fissarlo e garantirlo, questo diritto, riversarlo in regole complete ed univoche, formularlo in quella sola lingua che poteva facilitarne la conoscenza concreta, ossia nella lingua del paese.

L'ampiezza (e l'efficacia) di questa convergenza, come anche l'influsso che finalmente esercitò sulla storia della codificazione, impongono una descrizione più dettagliata degli attori di quella memorabile battaglia.

Da una parte stava dunque il monarca assoluto, al quale faceva comodo inserire la legislazione fra i diritti riservati alla corona e così insistere sull'esclusività di questa fonte giuridica. Il che postulava automaticamente la soppressione di tutte le altre fonti giuridiche, ed in particolare di quelle consuetudinarie, portatrici di ambizioni politicamente inopportune (perché tendenzialmente repubblicane).

Su un fronte opposto operavano quegli illuministi (filosofi, giuristi, teologi) che, fedeli al programma kantiano, si adoperavano per conferire applicazione pratica all'istanza emancipatrice. Anche il



diritto ne era toccato e poteva contribuirvi. Ma ciò imponeva scelte precise: formulazione chiara ed accessibile, completezza del contenuto, esclusività della vigenza, promulgazione pubblica ed ufficiale. Ed oltre a ciò tutta una serie di accorgimenti, vòlti a conferire al codice quella stabilità e durevolezza, senza le quali i sudditi sarebbero tosto ricaduti in balia di magistrati e patrocinatori: divieto di interpretare e di commentare i testi legislativi, ricorso al *référé législatif* nel malaugurato caso della lacuna.

Per riassumere: la teoria della codificazione che prende lentamente corpo nell'epoca dei lumi, è abitata in realtà da due anime: da una *statualistica* e da una *garantistica*. La prima incoraggia su larga scala la produzione statuale del diritto per il tramite della legislazione, in sequela alle aspirazioni del sovrano assoluto ed in particolare al suo desiderio di riprodurre a livello giuridico l'assolutezza (e quindi l'esclusività) del suo potere politico. La seconda vede nella fissazione del diritto la premessa della certezza giuridica e quindi della emancipazione del cittadino *vis-à-vis* dell'apparato burocratico. Due anime che si incontrano nel sostenere un progetto di codificazione, la cui realizzazione paradossalmente (ma non troppo) inaugura l'epoca giuspositivistica: in altre parole, la codificazione consegue alla morte ed alla trasfigurazione del diritto naturale.

## Lezione terza

### IL CODICE PER UNA NUOVA SOCIETÀ

#### 1. *Un frutto ancora acerbo.*

KANT Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797; v. HUMBOLDT Wilhelm, *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, Breslau 1851 (trad. italiana: *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, a cura di G. PERTICONE, Milano 1965); Sir Henry MAINE, *Ancient Law*, London 1861; PUCHTA Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, 8. edizione curata da P. KRUEGER, 2 volumi, Leipzig 1875; J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1942; GARAUD Marcel, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, due volumi: I, *La Révolution et l'égalité civile*, Paris 1953; II, *La Révolution et la propriété foncière*, Paris 1958; NEUMANN Franz, *The Democratic and the Authoritarian State*, New York 1957 (trad. italiana: *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973); KOSELLECK Reinhart, *Kritik und Krise-Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Freiburg-München 1959 (traduzione italiana: *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna 1972); LUMIA Giuseppe, *La dottrina kantiana del diritto e dello stato*, Milano 1960; KRAUSE Hermann, *Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung*, in *Juristische Schulung* 10, 1970, 313-321; AA.VV., *Abstraktion*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, I, Basel-Stuttgart 1971, 42-65; CORRADINI Domenico, *Garantismo e statualismo-Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971; CERRONI Umberto, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano 1972; COTTURRI Giuseppe, *Diritto eguale e società di classi*, Bari 1972; POLANYI Karl, *La grande trasformazione-Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino 1974 (originale: *The Great Transformation*, New York 1944); WIEACKER Franz, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974 (traduzione italiana: *Diritto privato e società industriale*, Introduzione di G. Liberati, Napoli 1983); BOHNERT Joachim, *Ueber die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)*, Karlsruhe 1975; PASUKANIS Evgenij B., *La teoria generale del diritto e il marxismo (1924)*, a cura di U. CERRONI, Bari 1975; DUMONT Louis, *Homo aequalis-Génèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977; RAMBALDI Enrico, *Astratto/concreto*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. I, Torino 1977, 1011-1060; ORESTANO Riccardo, *Azione-Diritti soggettivi-Persone giuridiche*, Bologna 1978; WAGNER Wolfgang, *Die Privatisierung des Lebensrechts*, in W. SELB-H. HOFMEISTER, *Forschungsband Franz von Zeiller*, Wien-Graz-Köln 1980, 226-247; DUMONT Louis, *Essais sur l'individualisme-Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris 1983; MAYER Arno, *La persistance de l'ancien Régime-L'Europe de 1848 à la Grande*

*Guerre*, Paris 1983; BRAUDEL Fernand, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985; WALLERSTEIN Immanuel, *Le capitalisme historique*, Paris 1985; GRIMM Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987; AA.VV., *Le sujet de droit*, in *Archives de philosophie du droit* 34, 1989, 9-207; SCHULZE Reiner, *Der nexus feudalis in Vernunftrecht und in der historischen Rechtsschule*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germ. Abteilung 106, 1989, 68 -114; AA.VV., *Derecho privado y revolución burguesa*, II. Seminario de Historia del Derecho privado (curato da Carlos PETIT), Madrid 1990; CARONI Pio, *Ungleiches Recht für alle-Vom Werden des ungleichen und nicht systemwidrigen Privatrechts*, in: *Zentrum und Peripherie*, Festschrift für Richard Bäuml, Chur/Zürich 1992, 107-133; CARONI Pio, *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, in G. ARZT-P. CARONI-W. KÄLIN (curatori), *Juristenausbildung als Denkmalpflege?*, Bern-Stuttgart-Wien 1994, 27-56.

L'impressione destata dai nostri ragionamenti sul robusto dibattito illuministico attorno al tema della codificazione è un po' quella di una battaglia animata soprattutto da dotti, studiosi e sapienti. Iniziata già ai tempi dell'umanesimo, a più voci, ma quasi esclusivamente culta; fu provocata da un esame critico della reale situazione giuridica, ed approdò poi a postulare incisivi cambiamenti sia formali che sostanziali, appunto tramite la codificazione. Ma alla fine prende corpo il sospetto che manchi il colpo d'ala, che tutto si blocchi allo stato progettuale, che faccia difetto l'energia necessaria per volgere in realtà tale ambizioso programma. Tradizionalmente, quando dobbiamo giustificare l'inattuazione o il fallimento di riforme persino auspiccate con insistenza, amiamo un po' tutti fuggire per la tangente e ricorrere ad un artificio che è al contempo ingenuo e smaliziato, ma che per davvero non spiega nulla. Diciamo allora che la società non è ancora matura per recepire e valorizzare il nuovo messaggio. Anche a me capita ovviamente di ripeterla, questa frase senza senso. Ma poi mi ravvedo e debbo sorridere, se penso al fatto che molte società, in rapporto a cambiamenti ritenuti urgenti e perciò progettati fin nei dettagli, non sono mai maturate, anche se avevano a disposizione migliaia d'anni...

Comunque sia: nel caso concreto, del quale mi occupo qui, questa innocente giustificazione coglie per una volta nel segno. Infatti la società del XVIII secolo non è omogenea ed egualitaria, come vorrebbe la codificazione nel suo impeto riformatore. Si sottrae a questa « semplificazione », a questo « livellamento » generalizzato, poiché esso contraddice alla sua natura. È una società suddivisa in ceti (*états*, *Stände*) e gruppi diversi (che la lingua del

tempo chiamava con classica breviloquenza *ordines*, rispettivamente *corpora intermedia*), che davvero illustrano, nella loro pluralità, le strutture costitutive dello stato dell'*Ancien Régime*. Non da ultimo perché rivendicano, fra altre prerogative, anche quella di un proprio diritto. Già per questo motivo la vecchia società prerivoluzionaria si oppone all'istanza codificatrice, non le concede nessun spazio, non può darle libero corso senza nel contempo rinnegarsi.

Mi pare importante insistere su questa congenita incompatibilità. Essa ci induce a ritenere che la codificazione, così come l'abbiamo descritta, non sia un modello realizzabile in un qualsiasi contesto politico e sociale, non sia una strategia esperibile astrattamente, ma è legata a specifiche premesse e condizioni di natura sia politica che sociale; per di più a premesse e condizioni, che il vecchio stato aristocratico avversava, dato che contraddicevano apertamente ai principi sui quali era fondato. Dovremo ricordarci di queste cose, quando tenteremo di ragionare sulla codificazione prussiana del 1794.

## 2. *La necessità di una rivoluzione politica e sociale.*

Di qual natura erano queste premesse? Per intuirlo basta analizzare i programmi, alla cui realizzazione tendevano le cosiddette rivoluzioni borghesi, prima fra tutte quella francese. Postulavano essi riforme di natura politica e sociale, volte a neutralizzare l'incidenza politica dei ceti ed a conferire il potere al terzo stato. Il quale, a rivoluzione conclusa, se ne avvale per organizzare lo stato e la società secondo le proprie scelte ed in consonanza alle proprie attese. Occorre insistere su questo punto, anche se pare ovvio: perché la borghesia si fece interprete di *tutta la nazione*, di aspirazioni ritenute (a torto o a ragione) generali e seppe quindi (ma questo è solo il rovescio della medaglia) dar vita ad un modello sociale apparentemente aperto ed egualitario, perciò suscettibile di incontrare un consenso generale. Come avremo occasione di verificare. Per ora basti sottolineare l'importanza di questo nesso:

la rivoluzione politica, eliminando i ceti, incitò a descrivere diversamente la società, permise di scoprirne (rispettivamente valorizzarne) l'elemento egualitario, quindi anche di imporle in modo uniforme la stessa legge. Che sarebbe poi come dire: solo con la

codificazione del diritto poteva, questa rivoluzione, ritenersi davvero conclusa.

### 3. *Dove si nascondono le disuguaglianze?*

Ma è utile non accontentarsi di questo accertamento, peraltro palesemente sommario, ed andare più a fondo, esaminando con occhio critico *la vera natura* di questa società postrivoluzionaria, dal codice comunque ritenuta egualitaria. Era *nuova*, d'accordo: già perché strutturata al di fuori dello Stato, e meglio ancora sorta sullo spazio da esso liberato; quindi formalmente autonoma nei confronti del potere politico, libera di autoregolarsi senza dover paventare controlli o imposizioni. Ma era davvero anche egualitaria, come poteva finalmente suggerire il fatto che era stata modellata secondo canoni unitari? E se egualitaria lo era davvero, in che senso ed entro quali limiti? Mi pare ovvio rilevare che ponendo questi interrogativi, e quindi tentando di ragionare sulla natura e composizione di questa nuova società borghese, desidero solo stabilire il senso esatto dell'affermazione ricordata or ora, secondo la quale ad una tale società venne ora imposto in modo uniforme lo stesso Codice.

Se la guardiamo da vicino, scopriamo nitidamente qualche non trascurabile dettaglio. Ne voglio ricordare almeno due:

a) I ceti e gli altri organismi intermedi, dei quali noi talvolta (ed un po' sbrigativamente) affermiamo che sono stati soppressi dalla rivoluzione, in realtà sopravvivono. Dalla rivoluzione non furono inghiottiti, ma solo *neutralizzati*, ossia « spolicizzati ». In sequela all'ondata defeudalizzatrice, che aveva traumatizzato parte del paese, ma che non fu né marginale, né casuale, persero tutte le loro prerogative di natura politica. Furono logicamente estromessi da uno Stato che, faticosamente e non senza ricadute, stava ora organizzandosi sulla base delle coordinate democratiche suggerite da Rousseau. Ma restavano pure, questi ceti, con il loro variopinto séguito, elementi talora ingombranti della nuova società, ove magari vivevano ed operavano alla stregua di ogni medio borghese, mantenendo comunque intatto il ricordo di un sopruso.

b) Anche a voler prescindere dai ceti, appare subito evidente che la società uscita dall'incubo rivoluzionario e da noi frettolosa-

mente ritenuta egualitaria, *egualitaria davvero non è*. Pullula letteralmente di diseguali, ossia di persone che in sequela ad una diversa connotazione sociale vivono destini diversi e contrapposti: come possono essere diversi e contrapposti quelli del ricco e del povero, dei contadini e dei cittadini, degli operai e dei professionisti, dei commercianti e dei rentiers, per non citare che gli esempi più palesi. Queste macroscopiche disuguaglianze di natura sociale sottese alla nuova società formalmente egualitaria, sono di tutta evidenza. È impossibile non accorgersi di esse; il nostro sguardo, per fugace o parziale che sia, ne viene subito catturato e le registra. Ma lo storico del diritto raramente se ne dà conto, oppure marginalizza questi fenomeni, poiché li ritiene conseguenze di evoluzioni imprevedute, sfuggite provvisoriamente di mano ai politici, ma comunque tosto emendabili. Ma perché non vede quello che abbaglia tutti gli altri? Una risposta c'è, a questa domanda, ed è quasi scontata. Ma pone a sua volta una serie di ulteriori interrogativi, ai quali proprio ora non possiamo sottrarci.

La risposta potrebbe dunque essere questa: dato che generalmente lo storico del diritto (per vocazione o per deformazione) guarda alla società non ad occhio nudo, bensì inforcando gli occhiali del codice, percepisce logicamente solo quello che gli occhiali gli permettono di vedere. Ma il codice è egualitario ed uniforme, quindi accredita una immagine egualitaria ed uniforme della società. Il codice non registra le disuguaglianze, non ne parla esplicitamente, si comporta come se fossero inesistenti o insignificanti, e induce così lo storico a condividere questa sua sorprendente miopia.

Il problema si sposta così dallo storico al codice, a questo suo ostinato rifiuto di riconoscere l'evidenza. Perché evita di parlarne? Perché ritiene che non lo tocchino, queste disuguaglianze, o perché se ne vergogna? Per il momento avanzo un'ipotesi, che tenterò più tardi di approfondire:

dato che gli scompensi sociali, gli scarti economici e le conseguenti, ovvie disparità di prospettive che ne derivano sono situazioni *constitutive* (anche) della società borghese, ed in questo senso ne stanno al centro, è semplicemente impensabile che il legislatore, all'atto di elaborare il codice, non le abbia viste. Analogamente è impensabile che, una volta verificate, le abbia considerate estranee al proprio lavoro, ne sia cioè rimasto indifferente. Per me è unicamente

accettabile e plausibile il contrario, che vorrei formulare così: anche se il codice non parla esplicitamente di queste situazioni e persino evita accuratamente di nominarle, ne è certo al corrente, accetta di « regolare » una società, nella quale ognuno le vede e soprattutto le vive. Quindi, in un modo o nell'altro, quasi sempre solo implicitamente (magari tacendo od ammiccando), *si riferisce ad esse*: generalmente per confermarle e sfruttarle, eccezionalmente per combatterle o mitigarle. In un modo o nell'altro sono presenti nei ragionamenti del legislatore e fra le pieghe del codice, anche se formalmente vengono taciute. Non dovrebbe essere arduo accettarlo, questo fatto così emblematico, se solo pensiamo a quanto viviamo spesso anche nei nostri rapporti interpersonali: quante volte noi stessi siamo assenti, volendo con ciò marcare una particolare presenza?

#### 4. *La fotografia e la radiografia.*

Prima di continuare, una breve considerazione interlocutoria, nel tentativo di essere ancora più esplicito. Ragionando sul silenzio del codice (che davvero non è inspiegabile, come vedremo) scopriamo anche dove corre la linea di demarcazione fra il diritto feudale (nel quale si riflettevano le strutture dell'*Ancien Régime*) e quello borghese. Premesso un fatto, del quale raramente teniamo conto, anche se è di solare evidenza, ossia che ambedue regolavano una società *antagonistica* e quindi percorsa strutturalmente da lotte, opposizioni e contraddizioni, che si esprimevano o lasciavano comunque tracce di sé anche a livello giuridico; l'unica differenza davvero fondamentale che li contrassegna tocca il rapporto che intrattengono con il mondo delle diseguaglianze:

il diritto feudale vi si riferiva *direttamente*, aderiva alla loro logica, si strutturava su di esse ed in questo senso molto specifico le rifletteva in modo fedele. Garantiva così una trasparenza assoluta, per verificare la quale poteva bastare uno sguardo fugace, una rapida lettura dei testi, oppure una fotografia;

il diritto borghese, invece, *non riflette più direttamente* questo antagonismo. Ufficialmente non lo vede, quindi non vi si può riferire. Ma nei fatti, come sappiamo e come vedremo, ne è permeato

fino al midollo. Solo che, per rendersene conto, una semplice lettura delle sue regole non basta più: l'opacità del messaggio nasconde oramai anche aspetti costitutivi di questo diritto. E quanto alla fotografia, riuscirebbe incolore e sbiadita. Per scoprire quello che realmente conta, ci vuole ora una radiografia.

##### 5. *La violenza dell'astrazione.*

Resta, alla fine, un ultimo enigma: come si può imporre una stessa ed unica legge ad una società di « diversi »? Come deve essere formulato un codice, su cosa dovrà insistere, a cosa potrà appellarsi, per essere uniformemente accettato da destinatari tanto disparati?

Questo difficile *rebus* non coglie impreparati i giuristi: da sempre amano rispondere a queste scomode domande servendosi di un metodo davvero taumaturgico, che è quello dell'*astrazione*. La quale, preferisco ricordarlo subito per non essere frainteso, è una *forma di violenza* che si addice perfettamente alla funzione esplicita dal diritto, che è quella normativa. È familiare al giurista perché, come altre strategie da lui preferite, opera in modo tanto pulito, silenzioso ed impercettibile, quanto efficiente. E per di più è una forma di violenza sommamente « civile » ed ossequiosa: nessuno grida, schiamazza, si ribella, contrattacca. Nessun'arma buttata in fretta dietro al cespuglio, nessuna macchia di sangue. E poi, per finire, ci vuole magari molto tempo (insieme con una buona dose di coraggio) per registrare gli effetti devastanti dell'astrazione. Nel frattempo la catastrofe cresce, ingigantisce, si istituzionalizza. Per diventare finalmente uno di quei dati di fatto « dai quali non è oramai più possibile prescindere ».

Nel nostro caso l'astrazione aveva permesso al legislatore di evacuare preliminarmente dall'ambito del diritto privato (e quindi del nascente codice) tutte le situazioni ricollegabili al mondo della disuguaglianza, poiché in diversi modi favorivano o accentuavano gli antagonismi sociali. Fare astrazione da esse, che ovviamente non potevano costituire il fondamento di un codice unitario, significava spostarle, dislocarle, trasferirle in altri ambiti, tutti formalmente esterni al mondo del diritto privato: poteva essere quello del diritto pubblico, dell'economia, della morale, ecc. Con l'ovvia (ma anche



auspicata) conseguenza, che a furia di smaterializzare il diritto privato, liberandolo dalle situazioni non generalizzabili, restavano davvero poche cose comuni a tutti, per cui il codice non poté scegliere: doveva necessariamente far capo ad esse, quasi promuoverle a proprio fondamento.

Con il che si spiegano due cose: che alla fine, quale residuo elemento comune, restasse solo la *capacità giuridica*. E che tale elemento potesse essere ritenuto comune proprio solo perché, senza per ora incidere sulla sostanza delle cose, si accontentava di ammettere che ogni abitante del paese fosse in futuro da considerare quale soggetto giuridico. La generalizzazione della soggettività giuridica — che ho già ricordato in tema di unificazione sociale — fu una mossa fondamentale ed al contempo emblematica: milioni di individui, ai quali la soppressione delle strutture comunitarie dell'*Ancien Régime* aveva irrimediabilmente sottratto ogni possibilità di identificazione sociale, e che in questo senso erano spaesati e disorganizzati, di colpo divennero attori di un gioco che li trascendeva, possibili destinatari di diritti ed obblighi, potenziali titolari di rapporti giuridici. Il codice poteva comodamente prendere le mosse da questa convinzione di fondo, poteva ora credibilmente rivolgere lo stesso messaggio a tutti: perché in tale passiva attitudine di semplici ascoltatori (e quindi di involontari precursori di quel sinistro fenomeno che l'attualità ci propone e che chiamiamo l'udienza) davvero tutti erano eguali. Come una lunga serie di muti attaccapanni in attesa di possibili cappotti, o una fila di contenitori vuoti in attesa di probabili ma non prevedibili contenuti.

#### 6. *Cosa produce e cosa permette questa violenza.*

Se è facile descriverla, questa operazione che smaterializza il diritto privato, è notoriamente più difficile valutarne l'impatto sulla realtà. Poiché se vi è il pericolo di sottovalutarlo, interpretando il tutto quale un semplice ed innocuo riordinamento di materie senza nessuna ambizione normativa, vi è anche quello contrario, di gonfiare ad arte la valenza di queste operazioni, accollando loro responsabilità che visibilmente non poterono avere. Prima di pronunciar-

mi in merito preferisco perciò accennare a qualche conseguenza pratica.

a) L'astrazione affrancò anzitutto il legislatore dall'obbligo (presumibilmente molesto) di corrispondere al desiderio di gruppi e ceti, elaborando e attribuendo loro codici separati. Incise a tal modo positivamente sul volume del codice: che si proponeva ora come messaggio essenziale, agile, uniforme. Il che corrispondeva specularmente alla forma di quella nuova società, che doveva concorrere a regolare. Era strutturalmente avversa ad ogni settorialità corporativistica. Si organizzava, si muoveva, operava in sequela ad *un* comando, che raggiungeva *tutti* e nel quale ognuno spontaneamente si poteva identificare. Un comando che era tanto poco astratto, quanto il programma al quale si richiamava. La borghesia aveva finalmente « regalato » al paese il proprio programma, l'aveva generosamente « generalizzato ». Di colpo tutti ne erano stati ammaliati, forse anche convinti. Il codice ora uniforme suggellava questa felice metamorfosi, poteva davvero diventare il simbolo di questa nuova età.

Naturalmente nel frattempo anche la nostra conoscenza di questo singolare metabolismo si è approfondita e differenziata. Ci permette oggi un giudizio diverso e sicuramente meno ingenuo di una transizione, che ha segnato profondamente anche i nostri destini. E se anche ci decidessimo ad usare parole forti per descriverla, questa transizione; se anche parlassimo (ma la cosa ovviamente non è ritenuta di buon gusto) di inganno, finzione, menzogna, trappola, tranello, aggiramento, ecc., resterebbe comunque un ultimo, inquietante interrogativo: come poté « riuscire » tutto questo? Quale fu la strategia che permise — almeno inizialmente — di convincere milioni di persone, che al terzo stato avevano sempre guardato con ostilità (o diffidenza), che proprio quello del terzo stato era il programma generalmente conveniente e che quindi poteva essere non solo saggio, ma persino utile allinearsi? Quando tentiamo di rispondere a questo interrogativo, dobbiamo ricordarci di due cose. Anzitutto del fatto che questa generalizzazione rifletteva un *livellamento realmente avvenuto*: infatti il borghese a tal modo idealizzato conseguiva alla soppressione di privilegi (quelli dei nobili o del clero) come anche di soggezioni e dipendenze (quelle dei contadini). Secondariamente è fondamentale considerare con la dovuta circo-

speziazione la forma esterna conferita al programma borghese, anche a quello giuridico: non era la forma provocante ed indisponente dell'obbligo, ma quella *suadente e luminosa della libertà*. Presentata così, senza precisarne il contesto, senza indicarne contenuti e funzione, senza ragionare sugli eventuali limiti o sulle premesse che sole ne potevano garantire l'efficienza; presentata così, dicevo, in questa forma vaga e non precisamente impegnativa, la libertà assurde, veloce come il vento, a degno compimento di un sogno universale.

b) Chi ricorda che il codice evacua, rispettivamente espelle tutto quanto offusca la sua visione onirica dell'eguaglianza, già perché potrebbe incrinare la sua credibilità di messaggio omogeneizzante, evoca non fumose vaghezze, ma fatti concreti e facilmente documentabili. In loro sequela vennero davvero espunte dal novero codicistico tutte quelle materie che in un modo o nell'altro si riferivano a situazioni particolari, individuali, settoriali. Cito fra esse il diritto processuale, poi quello penale, militare, commerciale, cambiario e feudale. Erano questi diritti attinenti ad àmbiti limitati e perciò parziali: non generalizzabili e quindi nemmeno passibili di trovar posto in un ordinamento generale ed uniforme. Non connotavano la nascente società borghese con la stessa essenzialità inerente alle ricordate libertà. Per questo motivo mi pare utile ricordare lo sfondo istituzionale di questa dislocazione: è rappresentato dalla progressiva separazione fra Stato e società, rispettivamente dal rapido organizzarsi di una società che proprio ora, perché finalmente libera di autoregolarsi, si riconosce nella figura dell'*autonomia*. Trasferendo materie giuridiche da un àmbito all'altro e modificando a tal modo le condizioni della loro valenza, si contribuiva così a sanzionare, nel campo del diritto, la separazione fra Stato e società.

c) Quando Stato e società erano momenti ancora connessi ed imbricati di quell'unità, che fu fenomeno caratteristico del mondo feudale, un diritto privato era, sì, pensabile, ma non certo autoreferente. Occupava, sarei tentato di dire, le smagliature e gli interstizi dello Stato: di quello feudale prima, di quello assolutistico poi. Se quest'ultimo eccezionalmente lo prevedeva e lo disciplinava, ne predisponava anche tassativamente scopi e funzioni. Obbligava così i destinatari delle sue regole giusprivatistiche ad avvalersi di esse non *ad libitum*, ma solo per raggiungere obbiettivi prestabiliti ed a tal

modo sottratti alla libera determinazione dei singoli. Comportandosi in questo modo ed appoggiandosi a note dottrine giusnaturalistiche, lo Stato assolutista in realtà costringeva i sudditi ad operare quali propri funzionari.

Il nuovo diritto privato ottocentesco, autonomo nel senso appena ricordato, ribaltò la situazione ed inaugurò a tal modo quella che potremmo chiamare la *soggettivazione* dell'ordinamento giusprivatistico: nella quale si può agevolmente intravedere un'ulteriore modalità dell'*astrazione* qui all'esame. Perché limitandosi a conferire diritti soggettivi, ossia una potenza non finalizzata, ed in questo senso specifico « astratta », si ferma in realtà sulla soglia dell'autonomia privata, ne riconosce il primato assoluto, abdica — potremmo quasi dire — a suo favore. Da cui deriva finalmente quel carattere costitutivo del nuovo diritto privato, nel quale si riassume anche la novità del codice, ossia l'*esternità*. Se davvero il diritto privato si limita a generalizzare la soggettività giuridica e quindi a proclamare il principio dell'autonomia privata, deve per necessità di causa ritirarsi da ambiti finora occupati, per delegarli ad un'altra istanza, quella rappresentata dal soggetto giuridico. Per il futuro disciplinerà allora unicamente *momenti esterni all'autonomia privata*, quindi non attinenti agli scopi, per realizzare i quali venne conferita (risp. « riconosciuta »). E dovrà in particolare accontentarsi di fissare quelle condizioni e premesse *procedurali*, che sole potranno garantire ai soggetti di diritto un contemporaneo ed ottimale esercizio della propria autonomia. La citazione d'obbligo, qui, è naturalmente quella kantiana.

Se dovessi riassumere il messaggio che emana da queste singole situazioni, per capire meglio quello che si può raggiungere grazie all'astrazione, e magari anche per convincere il mio lettore che questo esito davvero non è estraneo al mondo della violenza, citerei qualche frase di Puchta. In particolare certe sue affermazioni, che sono al contempo profetiche e problematiche, perché cercano di spiegare in qual modo al diritto privato riesca di far convivere cose così diverse e (forse) contraddittorie come l'uguaglianza formale (delle possibilità astratte, caratterizzata dalla soggettività giuridica) e la disuguaglianza materiale (determinata dal fatto che non tutti i soggetti giuridici sono in grado di esercitare utilmente le libertà loro concesse e di occupare a loro vantaggio gli spazi messi a disposizione

dall'ordinamento giuridico borghese). Secondo Puchta l'uguaglianza e la disuguaglianza *coesistono* nell'ambito dell'ordinamento giuridico borghese. Il che può anche solo voler dire: si incontrano per caso, convivono, vanno persino d'accordo.

### 7. *Necessità e centralità della disuguaglianza.*

È una formula brillante, certo. Piace, ma lascia anche un pò l'amaro in bocca, come analoghe formule usate da Kant e dai suoi seguaci. Perché se ci determina ad accettare questa coesistenza come fenomeno regolare e non patologico, non ci stimola a riflettere sul senso pratico di questo accoppiamento, e meglio ancora a porci il problema se, al di là di questa forse solo casuale contiguità, fra queste due posizioni apparentemente così contraddittorie non esista un *collegamento preciso*, che permetta o persino imponga di recuperare talune di quelle posizioni, che l'astrazione aveva sottratto alla vista dei soggetti giuridici.

Se tento quindi di riprendere il discorso ove Puchta l'ha concluso, credo si debbano ricordare qui le seguenti verità:

a) Se è vero che l'astrazione evacua dall'ambito giusprivatistico le disuguaglianze, ciò non significa che esse vengano abbandonate al loro destino, perché non interessano più, come ogni tanto facciamo noi con i mobili di casa nostra che non ci servono più. L'astrazione non implica un commiato, non espelle le situazioni che colpisce dall'ambito giuridico, non le condanna all'irrilevanza giuridica. *È vero il contrario*: se le trasferisce all'esterno del codice, lo fa solo per collegarle meglio a quello che nel codice restava: e comunque perché solo così localizzate potevano rendere quel servizio, che i codificatori implicitamente loro avevano assegnato.

b) Ma qual era questo servizio? Ce lo svelano gli storici dell'economia, quando indagano sulle condizioni che hanno favorito l'avvento e poi l'espansione del sistema capitalistico. Poiché è assodato che il capitalismo le disparità e le disuguaglianze magari non le ha create, ma certamente se ne è avvalso, le ha sfruttate, si è organizzato in funzione di una loro ottimale valorizzazione. Ora a me pare fuori discussione che il diritto borghese abbia distinto fra uguaglianza formale e disuguaglianza materiale, che abbia promosso

la prima a regola fondamentale del codice, dopo aver espunto la seconda dall'ambito codicistico, proprio per garantire o comunque facilitare la realizzazione di questo ambizioso programma.

c) Generalizzare la capacità giuridica significava infatti anche — e noi spesso questo lo dimentichiamo — *obbligare* tutti i soggetti giuridici a partecipare al gioco selvaggio della concorrenza. A quel macabro gioco che, conclusa la rivoluzione industriale ed istituzionalizzato il mercato, era diventato il gioco sociale *tout court*. Il conferimento della capacità giuridica non permetteva ormai più al giocatore inesperto, maldestro o anche solo a corto di fiato di stare a guardare e sottrarsi così alla pressione del giocatore più forte, più furbo, più navigato. Lo costringe a presentarsi all'inizio del gioco quale soggetto più debole, comodamente sfruttabile e perciò prevedibile vittima di un'incombente aggressione.

d) Tento allora di concludere su questo punto cruciale ricordando che l'astrazione sposta talune situazioni finora inserite nell'area giusprivatistica all'esterno di quest'area, per permettere una loro maggiore aderenza al nuovo sistema economico. Visto in questa luce, il suo impatto non può essere valutato senza prima recuperare le cose espunte e dislocate. Se le ricollegiamo a quelle che da sole rimasero nel codice, ci accorgiamo che sono in realtà due facce della stessa medaglia: non si incontrano per puro caso, come vecchi amici che scendono contemporaneamente da treni diversi e si abbracciano, ma stanno l'una in funzione dell'altra. E meglio ancora, la capacità giuridica appare funzione della necessità di addurre al mercato e rendere così commerciabili (rispettivamente, viste le condizioni concrete, sfruttabili) le differenze e gli scarti economici inerenti al sistema capitalistico. Non solo afferma la possibilità di un rapporto giuridico fra diseguali. *In realtà lo impone*, per cui poté diventare l'accorgimento preferito per legalizzare lo sfruttamento e legittimare la dipendenza.

## 8. *Il tramonto dell'antica sicurezza.*

Arrivati fin qui, val la pena di gettare uno sguardo riassuntivo sull'evoluzione or ora descritta: ha modificato radicalmente il carattere della società, facendo emergere tutta una serie di nuovi pro-

blemi organizzativi, alla cui soluzione ha largamente contribuito anche la codificazione del diritto. Nella sua semplicità come nella sua uniformità, la codificazione rifletteva fedelmente quell'invenzione, che da sola simboleggiava il cambiamento: quella del soggetto giuridico. Il soggetto giuridico generalizzato, titolare dell'autonomia privata e finalmente artefice esclusivo del proprio destino, appare così come il segno più visibile del tramonto di un mondo, che non sapeva ancora chi fossero gli « individui », ma che in compenso era popolato da « membri ». La società prerivoluzionaria era infatti strutturalmente comunitaria. Faceva capo a forme organizzate, quali potevano essere la famiglia, il comune, la corporazione professionale, la confraternita, l'associazione, ecc. Si riferiva ad esse, si esprimeva in esse, agiva per loro tramite. Se era comunitaria, non certo per libera scelta, ma per necessità, perché in un'economia di sussistenza solo questo modello garantiva la sopravvivenza. Magari oggi dovremmo parlare, riferendoci a questa realtà, di una *società olistica*, nella quale i bisogni del singolo erano subordinati a quelli della comunità, e dove le funzioni individuali avevano senso solo se riferite alla totalità. Questa società viveva sostanzialmente senza dover concludere contratti: poiché diritti e doveri del singolo non erano frutto di una libera stipulazione fra individui autonomi, ma risultavano (automaticamente, direi) dall'appartenenza del singolo all'associazione, e meglio ancora dalla sua precisa collocazione all'interno di questa associazione.

Questo mondo, lo abbiamo visto, è stato rimosso e sostituito da un altro, quello moderno e liberale, frutto di opzioni tutte riconducibili all'illuminismo: dal razionalismo all'antivincolismo, per non parlare dell'exasperato culto del progresso. Ha scoperto, questo diverso mondo, la superiorità del modello sociale individualistico, al cui centro campeggia non più la comunità, ma l'individuo, l'autonomia della sua volontà, la sua soggettività giuridica. Questa nuova società non è oramai più olistica. Se non ignora i bisogni comunitari, li subordina chiaramente a quelli dell'individuo. In questa diversa società, i rapporti giuridici non si istaurano più in sequela all'appartenenza a qualche *corpus* o altra struttura organica, come potrebbe essere anche la signoria patrimoniale, ma nascono per il tramite del contratto. Il contratto garantisce ora, secondo la notissima intuizio-

ne di Sir Henry Maine, la funzione finora espletata dallo *status* personale.

Capita anche a me di interrogarmi (spesso segretamente), sulla reale natura di questo cambiamento. E se capita, è segno che anche qui non ho certezze da offrire. Perciò non temo di formulare quegli interrogativi, che molti giuristi (ma non solo loro) considerano una provocazione, tanto è scontata ed indiscutibile per loro la risposta positiva: qual'è la valenza concreta di questo cambiamento? Ha migliorato il destino dell'uomo, ha inciso positivamente sulle sue condizioni di vita, è stato finalmente un *progresso*?

Anche a volerlo, è difficile rispondere in due parole, senza distinzioni e riserve. Proporrei comunque di non dimenticare due riflessioni:

a) La soggettività giuridica, generalizzando la quale diventò non solo pensabile, ma anche concretamente esperibile la codificazione del diritto, ha un carattere formale ed astratto. Darne un giudizio giuspolitico non è possibile senza averne preliminarmente appurato l'impiego pratico, cioè senza sapere quale funzione concreta assolse e quali esiti propiziò. Può ben darsi che la diffusione dell'idea, secondo cui ogni individuo gode della medesima capacità civile, sia in sé riconducibile ad una strategia emancipatrice, o debba esser vista quale conseguenza automatica di quella teoria che ammetteva l'esistenza di diritti innati (*iura connata*). Ma alla prova dei fatti mi accorgo che questa idea, cammin facendo, si è comunque caricata di un contenuto molto specifico. Perché, come abbiamo visto, e magari contrariamente a quelle che furono le intenzioni dei suoi antichi sostenitori, fu anch'essa attratta (per non dire sedotta) dal fascino davvero irresistibile del mercato, e contribuì a permettere o facilitare, rispettivamente legalizzare, lo sfruttamento dei contraenti meno agguerriti. Qui ognuno scelga per conto suo: se lo approva, questo sfruttamento, magnifichi la generalizzazione della capacità giuridica; se invece lo condanna, la consideri pure un esecrabile stratagemma.

b) Secondariamente sarà bene, quando ci decideremo a ragionare seriamente su questo scomodo quesito, non dimenticare le testimonianze dei diretti interessati. Anche se, diversamente da quanto amiamo sperare, non sono sempre e solo euforiche, oppure disposte a celebrare nel nuovo ordine l'emancipazione dell'indi-



duo. Non mancano commenti preoccupati e rassegnati, tendenzialmente negativi: anzi, col passare del tempo, man mano che il nuovo ordine esce allo scoperto e mostra il suo vero viso, si moltiplicano ed infoltiscono. Prima o poi ci si accorse, verrebbe la voglia di dire, che per ottenere l'autonomia l'individuo aveva dovuto sborsare un prezzo sproporzionato. Infatti l'abolizione del sistema associazionistico aveva anche sanzionato il tramonto di quelle numerose istituzioni sociali, che per secoli avevano aiutato o protetto i loro membri, conferendo loro una sicurezza tanto naturale quanto necessaria, senza chiedere nessun riscontro. E meglio secondo l'antico principio, da noi singolarmente (ma non casualmente) stravolto nel suo significato: *noblesse oblige*. Orbato di questa tutela, l'individuo oramai abbandonato a sè e in realtà del tutto sguarnito, ha poi forzatamente dovuto affrontare il gioco della concorrenza: dimostrando subito i suoi limiti ed i suoi condizionamenti, e dovendosi perciò piegare al volere del giocatore più forte. Il quale non si riteneva più tenuto a nessun particolare riguardo, visto che ora tutti i « giocatori » si incontravano su una linea di parità formale, quella tracciata dal contratto che, secondo i dogmi dei civilisti, viveva nel segno della concorde e reciproca volontà dei contraenti. Alla prova dei fatti, l'emancipazione spesso aveva generato non la libertà, ma l'isolamento. O meglio ancora, per dirla con Schumpeter: la libertà diventò un cappio, offerto al contadino per impiccarsi. Ripensando alle sicurezze oramai definitivamente tramontate, in molti dovettero amaramente concludere che la servitù prerivoluzionaria era magari preferibile alla libertà magnificata dalla rivoluzione.

La codificazione del diritto — lo dico ora per rientrare in tema — non è ovviamente estranea a tutto questo discorso. Essendo funzionale all'autonomia delle parti, ne condivise il destino; giustificò così l'euforia di chi prevaleva come anche la disperazione di chi soccombeva.

## Lezione quarta

### IL CODICE E I SUOI DINTORNI

Riassunte così le due storie, delle quali inizialmente si diceva — quella del concetto teorico come quella della società che decide di trasformarlo in realtà — diventa ora più facile appurare le peculiarità del codice, e finalmente valutarlo. A questo scopo può essere utile percorrerne i dintorni, ossia quelle situazioni contigue, con le quali ha intrattenuto rapporti complessi e mutevoli. Già per la legge naturale del contrasto, il loro esame ci aiuterà a capire meglio l'universo codicistico, verso il quale si sentono attratte, o dal quale desiderano distinguersi.

#### 1. *Codificazione e diritto comune.*

STAMMLER Rudolf, *Die Behandlung des römischen Rechts in dem juristischen Studium nach Einführung des Deutschen Rechts-Civilgesetzbuches*, Freiburg i.Br. 1885; LENEL Otto, *BGB und Studium des römischen Rechts, Rektoratsrede*, Strassburg 1896; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI J., *Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB für das Kaisertum Oesterreich*, in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, Wien 1911, I, 211-294; PARTSCH Josef, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität*, Bonn 1920; VIOIRA Mario E., *Le costituzioni piemontesi-Storia esterna della compilazione*, Milano-Torino-Roma 1928 (ristampa 1986); MOR Carlo Guido, *Il nuovo Codice e la tradizione giuridica italiana del diritto comune*, Roma 1943; CALASSO Francesco, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, *passim*; STEINWENTER Arthur, *Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Oesterreich*, in *L'Europa e il diritto romano, Studi Koschaker*, Milano 1954, I, 405-426; CALASSO Francesco, *Storicità del diritto*, Milano 1966, specialmente 205 ss.; FERNÁNDEZ-BARREIRO Alejandro, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoléon*, Roma-Madrid 1970; PIANO MORTARI Vincenzo, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII*, Napoli 1971; GAGNER Sten, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (citato supra), volume I, Frankfurt am Main 1974, 1-118; OGRIS Werner, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allge-*

*meine bürgerliche Gesetzbuch*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (citato supra), volume I, Frankfurt am Main 1974, 153-172; WAGNER Wolfgang, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (citato supra), volume I, Frankfurt am Main 1974, 119-152; BECK Alexander, *Das gemeine Recht als Rechtsquelle?*, in *Itinera iuris-Arbeiten zum römischen Recht und seinem Fortleben*, Bern 1980, 235-263; PENE VIDARI Gian Savino, *Dritto romano e codificazione-Vicende storiche e questioni di metodo*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 53/54, 1980-1981, 171-186; SCHIAVONE Aldo, *Un'identità perduta: La parabola del diritto romano in Italia*, in SCHIAVONE A. (curatore), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, 275-302; AA.VV., *Freiherr von Kreittmayr-Ein Leben für Recht, Staat und Politik, Festschrift zum 200. Todestag*, München 1991; v. CAENEGEM Raoul C., *I signori del diritto-Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991; GROSSI Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, *Rivista di storia del diritto italiano* 64, 1991, 5-17; ASCHERI Mario, *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in A. IGLESIA FERREIRÓS (curatore), *El dret comú i Catalunya-«Ius proprium-Ius commune a Europa»*, Barcelona 1993, 71-83; CARONI Pio, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit-Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16, 1994, 85-100; VALENTINO Mario, *Romanistica e codice civile-Spunti per l'analisi di uno storico «connubium»*, in *Labeo* 41, 1995, 181-228; SCHIPANI Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996; VALENTINO Mario, *La codificazione dei diritti nell'ottica romanistica*, in *Labeo* 43, 1997, 274-280.

Che a questi dintorni appartenesse anche il diritto comune, lo si può già arguire dal fatto che spesso l'ho dovuto menzionare, pur volendo parlare *in primis* del codice. Dove non è tanto il contatto fra le due situazioni, che fu continuo e costante, a meritare qualche commento, quanto la sua particolare natura: più frizione che intesa, più scontro che incontro. Vediamo di capirne le cause.

a) Diritto comune e codificazione vanno anzitutto intesi come *epicentri* di rispettivi sistemi delle fonti. Vi fu un'epoca storica, nella quale dapprima concorsero, per poi alternarsi: la codificazione nacque infatti anche come sistema opposto ed alternativo a quello del diritto comune, e perseguiva lo scopo dichiarato di spodestarlo e sostituirlo. La tensione che ne nacque e le strategie che furono messe in atto per difendere il primo o affrettare l'avvento della seconda occupano un lungo e cruciale momento della storia giuridica continentale, fra il 1750 ed il 1900. Di una storia diversa da luogo a luogo, va aggiunto, poiché in essa operavano cause politiche, sociali e culturali, disparate e diversamente combinate da paese a paese.

Le differenze esistenti fra i due sistemi sono ovviamente molte e

non mette conto elencarle tutte. Una sola va sottolineata, quella che segue, come vedremo, la linea di demarcazione che separa non solo due sistemi, ma anche due diversi modi di guardare al diritto, di crearlo e di farne oggetto di riflessione scientifica.

*aa)* Al centro del sistema del diritto comune stava una fonte giuridica esplicitamente ancorata nella storia. Quindi solo uno sguardo retrospettivo poteva rivelare se fosse sempre ed ancora applicabile, al pari di ogni altro diritto positivo. Il che spiega almeno due cose: anzitutto la difformità delle risposte (provocata dalla diversità delle indagini, come anche dalla ineluttabile soggettività dei giudizi che vi erano collegati), con le note, problematiche conseguenze in tema di certezza del diritto. Secondariamente la funzione ancora *scopertamente applicativa* svolta dall'indagine storica. Alla quale fu affidato un *compito preliminare, ma essenziale*, che in realtà — come vedremo — esulava del tutto dalla natura dell'impegno storiografico, come viene modernamente inteso: quello di stabilire quanti e quali materiali storici erano da ritenere tuttora vigenti, e quindi applicabili. Un compito, lo si sarà già intravvisto, cui la scuola storica del XIX secolo si dedicò con rinnovato, inarrestabile impegno, convincendo, ma forse anche esagerando. Dal che è anche lecito dedurre, che l'avvento della codificazione, liberando la storia da questo servizio ancillare, le ha finalmente riconsegnato un suo ambito peculiare ed autonomo: del quale tuttavia gli storici — come del resto tento di documentare nell'ultimo saggio di questo volume — hanno fatto un uso modesto e tutto sommato marginale.

*bb)* Al centro del sistema codificatorio campeggia invece una fonte giuridica, la cui positività non è oramai più determinata dalla vigenza storica. Risulta piuttosto da un intervento autoritario dello Stato, che elenca tassativamente le regole giuridiche applicabili, sottraendole così alla storia, risp. sbarrando ora quelle strade, che per secoli i giuristi avevano percorse con disinvoltura, alla ricerca di un diritto ancora praticabile. Le risposte venivano ora impartite in modo più semplice, rapido e (apparentemente) sicuro da una legge tendenzialmente completa ed ordinata, esplicitamente promulgata dalla competente autorità statale in capo ad una procedura prestabilita. Questa legge è il codice.

Il pericolo insito in questa contrapposizione, e che qui vorrei almeno segnalare, è quello di *sottovalutarla*, ritenendola un pro-

blema di natura meramente tecnica, magari solo l'espressione di una controversia giuridica, la cui portata pratica già per questo è ridotta e può ben sfuggire alla sensibilità o all'attenzione dei non iniziati. È proprio per scongiurarlo, questo pericolo, che non mi accontento delle cose appena dette, ma desidero offrire qualche ulteriore dettaglio.

b) La radicalità dell'alternativa sottesa ai due sistemi venne riassunta, all'inizio del XIX secolo, dal notissimo *pamphlet* programmatico di Savigny. Contrapponeva esso specularmente la scienza giuridica alla legislazione e preannunciava inequivocabilmente la tattica scelta: rinnovare la prima per demotivare la seconda. In questa prospettiva davvero fondamentale.

aa) il sistema del diritto comune era connotato dal *primato della scienza*, alla quale veniva sostanzialmente delegata la produzione di regole giuridiche. In sequela a tale primato, il giurista diventava la pietra d'angolo di un edificio imponente e problematico. Costretto a lavorare con materiali sparsi, non sempre attendibili, talvolta contraddittori, spesso di dubbia valenza, il suo sforzo era tutto rivolto ad aggiornare antichi testi, a « leggerli » in modo da farne risaltare l'idoneità a comporre nuovi conflitti, a offrire nuove risposte. La sua *interpretatio* non ripeteva il senso « originario » di questi antichi testi: in realtà, operando su di essi, « poneva », ossia creava e sanzionava nuovo diritto, proprio quello immediatamente applicabile. Con conseguenze facilmente intuibili — almeno per chi voglia aderire ad un'ottica tipicamente settecentesca — per la certezza del diritto. Come documenta del resto la violenza della critica illuministica ed il conseguente desiderio di concentrare in futuro la produzione giuridica nelle mani dello Stato, sottraendola ai giuristi, rispettivamente agli uomini di scienza, ed affidandola ai politici.

bb) La codificazione, l'abbiamo già ricordato, fu il coronamento di questi sforzi. Frutto dello statualismo, ossia del dilatarsi del potere statale fino ad assorbire e *monopolizzare la produzione del diritto*, modifica radicalmente il ruolo tradizionalmente assegnato al giurista, ridimensionandolo e quasi svalutandolo. Si fa così strada una nuova civilistica, più artigianale e forse anche più modesta. L'antico interprete si trasforma in semplice esegeta, deve inizialmente solo spiegare le norme del codice, attenersi supinamente a quanto prevedono. Magari il cambiamento è stato traumatico, ha

potuto far pensare ad una vera e propria *espropriazione*. Ne sanno qualcosa quegli stati che, dopo aver promulgato nuovi codici, subito dovettero ristrutturare l'insegnamento accademico del diritto, come la Francia e l'Austria. Perché la legislazione, anche su questo punto, poneva interrogativi diversi ed esigeva perciò nuovi approcci.

Pare allora lecito ammettere che dietro ai due sistemi stavano contrapposizioni di principio, divergenze che non si limitavano all'ambito tecnico del diritto, ma lo trascendevano palesemente: implicavano pure opzioni politiche, sociali, culturali, si riferivano all'area magmatica e complessa delle mentalità. Li separava, in poche parole, lo spartiacque di due mondi: di quello feudale e di quello moderno.

c) Spia utile, ma non sempre affidabile, della transizione oramai in atto, può essere considerata quella disposizione dei primi codici che vietava esplicitamente il ricorso sussidiario al diritto romano comune. Era una regola logica e scontata, perché impediva di riciclare alternative già soppresse. Ma sarebbe esagerato considerarla una premessa imprescindibile della codificazione, di quella almeno da noi descritta o ipotizzata. Codificazioni « imperfette », poiché ribadirono la forza sussidiaria del diritto comune, ce ne furono davvero: ma fortunatamente a nessuno è venuto in mente di inferirne, già per questo, l'estraneità al movimento codificatorio. Penso a quelle *compilazioni settecentesche*, che intendevano unicamente risistemare la materia giuridica, e che ci sono note allo stato sia progettuale (*Corpus iuris Fridericiani* 1749; *Codex Theresianus* 1766; progetto per la Toscana di P. Neri 1747), che di leggi realmente promulgate (*Codex maximilianeus bavaricus civilis* 1756; *Costituzioni piemontesi* 1770). Se confermavano l'antico ruolo del diritto comune, queste compilazioni non lo facevano per errore, ma unicamente in ossequio ad una situazione politica e sociale, che ancora non permetteva l'unificazione sociale. Stavano a cavallo fra il vecchio ed il nuovo, ma erano tuttavia costrette a fare i conti con la frammentazione ancora cetuale della società.

Diversa è ovviamente la situazione, nella quale si trovavano quei (pochi) codici borghesi, che in pieno XIX secolo confermarono la forza sussidiaria del diritto comune. In tale inattesa conferma (la cui portata pratica dovrebbe essere appurata caso per caso, e che comunque non andrebbe gonfiata d'*emblée*) va visto il riflesso di una

secolare tradizione culturale, che nel diritto comune identificava tuttora la sede di quei principii generali del diritto, ai quali il giudice, all'atto di colmare una lacuna, prima o poi si appellava. Per non insistere sulla valenza politico-nazionale, che la romanistica italiana indubbiamente ebbe nel corso del XIX secolo, e che suggerì una concessione esplicita, sotto forma di tale rinvio.

d) Se analizziamo il contenuto dei codici, il giudizio può (anzi, deve) essere diverso. È notorio infatti che i codici pullulano letteralmente di disposizioni tolte di peso dal diritto comune, o che in quello hanno un ascendente dogmatico. Si verifica allora una (non troppo sorprendente) coesistenza fra il rifiuto del valore sussidiario del diritto comune, e la valorizzazione *puntuale* di concetti, istituti e regole in esso radicate. Questo fatto, aggiungo ironicamente, ha spesso riconciliato i romanisti con la realtà del nuovo diritto, incitandoli a compilare inventari dettagliati e talora grotteschi di tutte quelle disposizioni del codice, che sembravano confermare sostanzialmente analoghe regole del diritto romano. Magari per dedurne che anche questa nuova legge e questo nuovo sistema dipendevano pur sempre ed ancora dal diritto comune. *Quod erat demonstrandum*.

e) Quest'ultimo ragionamento, in realtà agrodolce, induce ad una riflessione metodologica di fondo, poiché investe in pieno il rapporto che la codificazione intrattiene con la propria storia.

A far data dal ricordato scritto di Savigny del 1814, la codificazione venne tradizionalmente ritenuta quale esito di una *strategia doppiamente antistorica*, poiché rinnegava il passato e bloccava il futuro: di qui l'automatica ed implacabile condanna. Alla quale hanno aderito soprattutto i romanisti: un po' dappertutto e fino al giorno d'oggi. Con una costanza ed uno slancio che, se non cessano di sorprendere, devono pure avere i loro motivi. Si potrà (e si dovrà) criticarlo, questo atteggiamento, ma non senza prima averne sottolineata la logica. Logico era infatti vedere nella codificazione il segno scandalizzante di una ribellione di fronte alla storia, ossia il rifiuto di un passato, dal quale non era né lecito né consigliabile scostarsi. E logico era condannarlo, questo rifiuto, se il passato veniva indistintamente ritenuto dispensatore di luce. Logico era finalmente squalificarla *a limine*, la codificazione, già per un semplice fatto personale: i romanisti se ne sentirono aggrediti, appunto « espropriati »,

come i giudici francesi ed austriaci del secolo XIX, dei quali ho appena parlato. Non era necessario analizzarne i motivi, scandagliarne i contenuti, tentare di « capirla », per poi discreditarla. E se — dopo aver superato la tradizionale ritrosia — decidevano di farne eccezionalmente oggetto di indagine, anche l'esito di questa era largamente scontato. Perché in capo a ricerche sempre molto culte e minuziose poteva facilmente essere dimostrato che si erano affermate solo quelle codificazioni, che avevano integrato consistenti apporti romanistici, mentre quelle che si scostavano in modo troppo vistoso dalle soluzioni del diritto comune avevano inevitabilmente mancato il bersaglio.

Se dunque critico questo atteggiamento, non perché gli faccia difetto la logica, lo ripeto: ma perché essa non è al servizio della storia, non aiuta a capire perché avvennero certe cose e perché altre furono invece ostacolate, restando così inattuato. Ed è comunque una cattiva consigliera, se impone di analizzare il codice esclusivamente in base al criterio della sua fedeltà al passato, se subito lo presenta come una più o meno riuscita miscela di ingredienti storici. Poiché così facendo dimentica quella solare verità, che Portalis nel suo *Discours préliminaire* aveva così riassunta: « *Tout ce qui est ancien a été nouveau* » (Fenet, *Recueil complet*, I p. 481). A tal modo *nega la storicità del codice*, ignora che non è stato elaborato e promulgato per confermare, ma preferibilmente per innovare. E quindi mi pare che il metodo più idoneo ed accettabile per studiarlo e capirlo sia quello volto a rintracciare le novità davvero introdotte, a discuterle, a misurarne gli effetti, e *non* quello interessato solo a verificare la più o meno grande fedeltà alla tradizione. *Il codice non ha mai voluto essere uno specchio del passato*: sarebbe perciò anti-storico volerlo giudicare come tale.

## 2. Codificazione e legislazione.

Le due realtà appaiono subito contigue, persino difficilmente distinguibili: già perché crescono su una comune esperienza istituzionale, quella di uno Stato che rivendica l'esclusività del potere legislativo e si ritiene perciò legittimato sia ad emanare precetti astratti (ossia validi per una generalità indeterminata di destinatari)



che a gestire il necessario apparato coercitivo per imporli concretamente a tutti in modo uniforme. In questa precisa prospettiva storica, la grande epoca della legislazione fa da sfondo anche alla storia della codificazione:

decollano nel XVIII secolo, stanno ambedue nel segno dello *statualismo* (che ho già più volte ricordato, poiché lo ritengo la cartina di tornasole dell'avvenuto *revirement*), celebrano proverbiali trionfi in quello successivo. Sembrerebbe lecito aggiungere che l'unica percepibile differenza fra le due cose sia di natura esclusivamente quantitativa: nel senso che la codificazione altro non sarebbe che una legislazione complessiva e dettagliata, mentre la « semplice » legislazione si limiterebbe ad argomenti specifici, settoriali e circoscritti.

La differenza quantitativa è accertata ed indiscutibile. Ma è la spia di qualcosa d'altro e più essenziale: perché la maggior consistenza consegue al desiderio del codice di essere in qualche modo completo, e questo desiderio è connesso alla pretesa di dominare il sistema delle fonti evocando tutti quei principi e valori, che in futuro renderanno superflua l'eterointegrazione. Il che non contraddice alla ovvia e non più contestata lacunosità del codice: atteso che le lacune vanno poi colmate facendo capo a fonti sussidiarie, che (nella teoria e spesso anche nella pratica) *dipendono dal codice*, quasi ne formano un'appendice. Nulla vieta di includere fra questi reperti integrativi anche quelle *leggi speciali*, che per tradizione oppure in ossequio ad una precisa scelta giuspolitica, regolano in modo separato ma non autonomo una materia speciale e delimitata. Interpretarle significherebbe allora inserirle nell'armonia del codice, senza provocare frizioni o contrasti. In tale gerarchia sta il criterio che permette di distinguere fra il codice ed il resto della legislazione.

### 3. *Codificazione e costituzione.*

OFTINGER Karl, *Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, Ein Hinweis*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 37, 1940/1941, 225-230, 241-246; HOMBURGER Eric, *Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit*, Aarau 1948; BULLINGER Martin, *Öffentliches Recht und Privatrecht-Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968; BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang (curatore), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976; RAISER Ludwig, *Grundgesetz und Privatrechtsordnung*, in

*Die Aufgabe des Privatrechts-Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg/Ts 1977, 162-189; GALGANO Francesco, *Il diritto privato fra Codice e costituzione*, Bologna 1980; GRIMM Dieter, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*, in COING H. (curatore), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (citato *supra*, ad I), volume III/1, München 1982, 17-173; LUCHAIRE Fr., *Les fondements constitutionnels du droit civil*, *Revue trimestrielle de droit civil* 81, 1982, 245-328; AA.VV., *Code et constitution-Mélanges historiques*, *Liber Amicorum John Gilissen*, Antwerpen 1983; FEHRENBACH Elisabeth, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3. edizione, Göttingen 1983; BRECCIA U., *Problema costituzionale e sistema privatistico*, *Rivista critica del diritto privato*, 1984, 687 ss.; CARONI Pio, *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*, Rektoratsrede 1988, Bern/Stuttgart 1988 (traduzione italiana: *Costituzione liberale e codice civile nel XIX secolo*, in *Repertorio di giurisprudenza patria* 1989, 3-24); CLAVERO Bartolomé, *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio*, in *Quaderni fiorentini* 18, 1989, 79-145; CLAVERO Bartolomé, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici fra costituzione e codice*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 19, 1989, 95-129; STOLLEIS Michael, *Die Entstehung des Interventionstaates und das öffentliche Recht*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 11, 1989, 129-147; TOMÁS Y VALIENTE Francisco, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989; ZÄCH Roger, *Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* 85, 1989, 1-12, 25-27; HALLER M.-HAUSER H.-ZÄCH R. (curatori), *Verfassung und Privatrecht*, in: *Ergänzungen, Ergebnisse der wissenschaftlichen Tagung anlässlich der Einweihung des Ergänzungsbaues der Hochschule St.Gallen*, Bern-Stuttgart 1990, 503-545; CORRADINI Domenico, *Il processo costituzionale nella Francia rivoluzionaria e il diritto privato*, in *Diritto e stato nella filosofia della rivoluzione francese*, Milano 1992, 173-187; NÖRR Knut Wolfgang, *From codification to constitution*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 60, 1992, 145-155.

Codificazione e costituzione: diversamente da quella appena analizzata, questa nuova contrapposizione sorprende e spaesa, denuncia a tal modo — questa almeno è la mia interpretazione — i limiti della nostra visione storica, rispettivamente i debiti da essa malauguratamente contratti nei confronti della dogmatica giuridica moderna. Di una dogmatica che ci ha indotti a distinguere più o meno esclusivamente fra diritto pubblico e diritto privato, a disporre tutte le materie dell'ordinamento giuridico secondo un criterio logico, anche se tuttora controverso. Un po' tutti figli della convinzione che tale dicotomia potesse offrire qualcosa di più che un primo provvisorio orientamento, ci fa ora specie veder accostata la costituzione alla codificazione. Proviamo poi un certo disagio se viene concretamente proposta la tesi, che vede nel codice e nella costituzione *non* cose divise, distinte o separate, sibbene due facce della

stessa realtà, due momenti della stessa evoluzione. Che si succedono nel tempo, come tappe progressive di un programma globale, volto a fissare per iscritto tutta la materia giuridica. Sarebbero così parti di un unico progetto rivoluzionario, figlio delle stesse scelte e di uguali valori, che andavano realizzati prima sul piano politico, più tardi su quello sociale.

Ha dell'incredibile, questa « lettura » della storia recente: perché di colpo rinnega la dicotomia della quale parlavo e ci riaccosta a situazioni tipiche di una realtà storica più remota, addirittura prerivoluzionaria, che davvero identificava, sovrapponendole, le due sfere.

Un esame critico di questa tesi non è possibile senza precisare preliminarmente i concetti che contrappone. Quello di codificazione è già stato appurato. Quanto alla costituzione, se ne parla qui nell'accezione che si richiama al costituzionalismo, intendendo quindi per essa un ordinamento scritto, fondamentale e programmatico, legato ad un compiuto sistema di valori e corrispondente alle aspirazioni della borghesia liberale. Così intesa, la costituzione si distingue per un *taglio individualistico e garantistico*, come venne dapprima auspicato negli Stati nordamericani, poi nella Francia rivoluzionaria. Il che corrisponde a quanto proclama l'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

a) Un primo esempio concreto dell'ipotizzato rapporto fra codificazione e costituzione è deducibile dalle finalità, rispettivamente dagli scopi cui corrispondevano le prime costituzioni liberali ottocentesche. Erano essi di duplice natura, politica e sociale. Politicamente le costituzioni ambivano ad organizzare uno Stato fondato sulla sovranità popolare. A livello sociale intendevano fissare tutte quelle premesse, che dovevano poi permettere (o facilitare) l'avvento e l'organizzazione della società borghese. Alla realizzazione di questo duplice scopo dovevano servire i *diritti fondamentali*, che tutte queste costituzioni garantivano. Per istituire la *democrazia liberale* concedevano diritti politici, come la libertà di stampa, di opinione, di riunione e di petizione. Per strutturare il nuovo diritto privato della *società borghese* incoraggiavano dapprima l'abolizione (risp. il riscatto) degli oneri feudali e garantivano poi l'uguaglianza dei

cittadini davanti alla legge, la libertà di industria e commercio, la proprietà privata. Fissando questi diritti, la costituzione in realtà *prefigurava le strutture della società*. Di una società che, se voleva essere fedele alla costituzione, doveva necessariamente essere liberale ed egualitaria, perciò fondata sull'autonomia privata, sulla libertà contrattuale e sulla proprietà privata. La costituzione assegnava poi al futuro codice il compito di regolare il dettaglio, emanando regole che avevano perciò un carattere essenzialmente esecutivo. Dovevano a tal modo colmare gli spazi definiti (ma non occupati) dal disegno progettuale dei diritti fondamentali.

Come funzionasse nel caso concreto questo collegamento, lo illustra l'esempio della libertà di industria e commercio. Fu garantita dallo Stato all'atto di ritirarsi dall'ambito economico, abbandonato ora all'autogoverno dei cittadini. Garantirla in modo esplicito era stato anche un modo tanto discreto, quanto efficace per ricordare ai cittadini (ora tutti soggetti di diritto), che non erano liberi di occuparlo *ad libitum*, quello spazio, ma che dovevano farlo secondo regole prestabilite. Secondo quelle stesse regole che avevano ispirato la garanzia della libertà di commercio e che, trasferite ora dopo gli opportuni adattamenti al rapporto orizzontale, praticamente imponevano quale massima della nuova economia la *libertà contrattuale*. Libertà di commercio e libertà contrattuale disciplinavano così analogamente due aspetti o àmbiti, quello verticale e quello orizzontale, che erano in realtà due facce di una stessa medaglia.

b) Un secondo esempio me lo offre la storia giuridica del mio paese. Quando si tentò, verso la fine del secolo scorso, di affrancare l'autonomia privata dagli ostacoli e dai condizionamenti che ancora le venivano da una struttura sociale comunitaria, per farne l'istituto basilare del codice civile unitario, non si trovò di meglio che magnificarla quale « integrazione e compimento dell'ordinamento giuspubblicistico », ossia di quel diritto di autodeterminazione, che rampollava necessariamente dalla struttura repubblicana e democratica del paese. In quest'ottica, costituzione repubblicana e codificazione liberale venivano quasi a sovrapporsi nel segno della democrazia: che a livello politico imponeva la sovranità popolare, a livello sociale l'autonomia del soggetto giuridico, ora finalmente recepita e integralmente regolata dal codice.

c) Dopo aver esaminato due esempi, che ho privilegiato (fra

i molti disponibili) per la loro linearità e poiché riflettono con grande trasparenza la complementarità, rispettivamente l'interdipendenza fra costituzione e codificazione, viene spontanea la domanda: di che natura fu il rapporto che le collegava? Fu esso di assoluta specularità, o rinvitava ad una gerarchia? Ed in quest'ultimo caso, quale ordine concreto proponeva?

Se la risposta ce la fornisse esclusivamente la teoria, non potrebbe essere dubbia: confermerebbe la priorità della costituzione. Tracciando — come s'è visto — le linee essenziali della futura società, aveva in larga misura anticipato i contenuti del codice; ora poteva tranquillamente deferirgli la funzione, appunto subalterna, di regolare il dettaglio.

Ma la storia spesso sconfessa le nostre teorie, ed allora è bene riaprire il discorso ed accogliere i suoi suggerimenti. Perché in realtà il rapporto concreto istaurato fra la costituzione e la codificazione *non* risulta da teorie o principi dogmatici, ma dall'evoluzione storica di una società. Per cui muta secondo le contingenze storiche, le necessità sociali, le prospettive politiche. Come documenta del resto l'evoluzione di questi ultimi 150 anni.

*aa)* Per molto tempo la storia sociale del secolo scorso è stata letteralmente scandita da una *nuova società* che, liberatasi progressivamente dalla tutela statale, iniziò ora ad autoregolarsi, confidando ciecamente nelle virtù taumaturgiche della mano invisibile. *Dominava*, questa società: le sue scelte e le sue strategie, soprattutto quelle economiche, anticipavano e condizionavano tutte le altre, quelle politiche comprese. Se erano di natura giuridica preludevano a quel diritto, che sanzionava l'autonomia privata e dall'esterno la garantiva: *ma questo era il diritto privato del codice civile*. Anche se promulgato dopo la costituzione e sostanzialmente consono ai principi della carta fondamentale, oggettivamente era più importante di essa: la costituzione era accessoria al diritto privato, lo predisponeva, quasi ne fosse la funzione. E tutto ciò avveniva logicamente in un contesto, ove l'economia prevaleva sulla politica, la società sullo Stato. Era allora scontato, in questo contesto, che l'economia si organizzasse secondo regole proprie e non necessariamente attingendo alla tradizione democratica dello Stato. L'estensione dell'ordine costituzionale all'impresa industriale e commerciale avrebbe minato le basi della produzione capitalistica, con essa

anche di tutta la società borghese. Aveva perciò da rimanere un pio desiderio.

*bb)* Più tardi il rapporto fra i due « mondi contigui » si trasformò, fino a capovolgersi, venendo così a riflettere un mutato quadro sociale. Verso la fine del secolo scorso, sia le conseguenze della rivoluzione industriale, che il (prevedibile) dilatarsi del grande potere monopolistico, determinarono il sorgere della questione sociale. Per risolverla, si postulò ovviamente l'intervento statale: volto se non a sopprimere, almeno ad arginare e correggere taluni squilibri provocati da un esercizio insolente ed irriguardoso dell'autonomia privata. Così divenne generalmente visibile che la società ed il suo diritto (quello privato) stavano perdendo colpi. Il codice fu ben presto circondato da una fitta rete di norme pubblicistiche che non si limitavano più, come finora, a rimuovere gli ostacoli frapposti al pieno spiegamento dell'autonomia privata, ma ora ne dettavano tassativamente modalità e condizioni. Veniva così inaugurata una tendenza, che nella sostanza perdura. Occasionalmente interrotta — se non proprio scandita — dai lamenti dei giusprivatisti, questa lenta erosione del diritto privato (come piacque chiamarla), non ha mai cessato di provocare: ovvero adesioni, ovvero denunce.

*d)* Lo spazio finora dedicato al rapporto che intercorre in modo magari poco visibile ma efficace fra costituzione e codificazione sarebbe sproporzionato, se il valore didascalico della contrapposizione si limitasse alle cose dette finora. Che sono importanti, anche se non tutte essenziali. Ma, fortunatamente, le supera, e di molto. Emerge infatti già dall'accostamento in sé una indicazione di metodo molto preziosa. Opportunamente ci suggerisce (o almeno ci ricorda) che il codice, quand'anche completo ed autoreferenziale, come ha pur sempre preteso di essere o aspirato a divenire, in realtà *resta sempre un frammento*, semplice tassello di un ordine giuridico più ampio e che perciò lo sovrasta, dal quale — come abbiamo visto — dipende ed al quale va sempre riferito, come la parte sta al tutto. Insisto su questo aspetto poiché mi pare che gli storici del diritto privato talora l'abbiano un po' lasciato nell'ombra, quando non del tutto dimenticato. Il che spiegherebbe talune loro descrizioni, svolte come se il codice fosse davvero un universo autonomo o un'isola: poco segreta, in compenso ben presidiata. Ma giustificherebbe anche le perplessità che tali forzature fanno occasionalmente insor-

gere. Avrò modo di tornare sull'argomento e di mostrare l'importanza di questa relativizzazione quando parlerò, fra poco, del Code civil del 1804.

#### 4. *Codificazione e rinnovamento del diritto.*

DANZ H.A.A., *Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht. Erläutert durch Beispiele aus dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1861; v. KAN J., *Les efforts de codification en France*, Paris 1939 (opera questa che riprende, traduce e rielabora numerosi contributi di van KAN pubblicati inizialmente nelle prime tre annate della *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, in specie 1, 1918-1919, 191-229 e 359-389; 2, 1920-1921, 149-162 e 359-427, nonché 3, 1922, 12-22 e 215-234), *passim*, in part. 34-35, 172-173, 186-187, 265-266, 341, 357-358; WIEACKER Franz, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, in *Eranion G.S.Maridakis*, Athen 1963, I, 339-366; VIORA Mario E., *Consolidazioni e codificazioni-Contributo alla storia della codificazione*, 3. edizione, Torino 1967; WILHELM Walter, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, *Ius commune* 1, 1967, 240-270; TEUBNER Werner, *Kodifikation und Rechtsreform in England-Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des englischen Rechts*, Berlin 1974; CARONI Pio, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini* 9, 1980, 69-111, specialmente 71-77; PETRONIO Ugo, *Una categoria storiografica da rivedere*, *Quaderni fiorentini* 13, 1984, 705-717.

Taluni ragionamenti svolti finora hanno colto nel codice una indubbia disponibilità a corrispondere alle rivendicazioni giuridiche di una nuova società, ed in questo senso ne hanno sottolineato la *storicità*. Essi ci inducono perciò, a conclusione di questo *tour d'horizon* su paraggi e dintorni, ad interrogarci sulla reale consistenza innovatrice del codice. Ha davvero provocato quel massiccio rinnovamento del diritto, al quale implicitamente ci riferiamo, quando parliamo — senza specificare ulteriormente — di un'età della codificazione? Di quale natura fu? E quali campi predilesse?

Le risposte che gli storici hanno via via dato a questo interrogativo sono sorprendentemente antitetiche. Da una parte stanno i seguaci della continuità, per i quali la codificazione si accontenta regolarmente di modifiche formali e quindi si limita a ridefinire e riordinare la sostanza. Sull'altro versante troviamo gli autori che, insistendo sulla storicità dei codici, hanno ammirato in essi soprattutto « la novità del materiale legislativo ». Per quanto mi riguarda,

non desidero partecipare a questa disputa e non intendo perciò valutare in dettaglio gli argomenti, che gli uni adducono contro gli altri. Preferisco avanzare una tesi, che almeno un vantaggio l'ha: se dovesse rivelarsi plausibile, dimostrerebbe che l'alternativa appena riassunta è fittizia e può perciò essere comodamente accantonata.

a) È pacifico che le codificazioni vengono elaborate e promulgate *anche* per offrire risposte giuridiche a situazioni nuove. In questi casi, che sono in un certo senso fuori discussione, poiché di tutta evidenza, *innovano materialmente*, poiché approntano nuovi istituti ed impongono nuove regole, che la tradizione ovviamente non poteva conoscere. Non vi è codice, mi pare, del quale si possa dire, con un minimo di serietà, che davvero si limiti a riproporre le disposizioni tradizionali.

b) Ma se anche noi, per un delirio d'ipotesi e contro ogni evidenza, lo ritenessimo; se nel codice — aderendo ad una intuizione fondamentale (ma anche problematica) di Savigny — non vedessimo altro che « *Aufzeichnung des gesamten bestehenden Stoffes* », ebbene persino in questo caso (del resto più teorico che reale) non potremmo dire che il codice conferma in tronco la tradizione. Perché la realtà ci sconfesserebbe subito, documentando il contrario e cioè che *ogni codificazione*, a prescindere dai materiali concreti che convoglia, come anche dalle intenzioni specifiche dei suoi autori o dell'autorità che la promulga, *innova sempre e necessariamente*, modifica cioè, tanto o poco, sia la forma che la sostanza del diritto privato.

Questa sarebbe dunque la mia tesi. Proviamo ad esaminarla alla luce del concetto di codificazione formulato in apertura del corso. La codificazione, si disse allora, consegue essenzialmente ad una strategia unificatrice. Rielabora, unificando, su tre piani distinti: su quello territoriale, quello sociale e quello tecnico-sistematico. Ebbene: sarà facile dimostrare che in tutti e tre i casi *il rinnovamento è l'automatica, inevitabile conseguenza della rispettiva unificazione*.

aa) In merito all'uniformità territoriale, la cosa dovrebbe essere palese. Poiché se anche dovesse venir raggiunta esclusivamente generalizzando regole o istituti già previsti da codici o leggi di singole regioni, cantoni o distretti, essa significherebbe per tutti gli altri, che finora seguivano altre regole ed applicavano altri istituti, un reale cambiamento.



bb) Anche in merito all'unificazione che ho chiamato sociale, non dovrebbero sussistere dubbi. Infatti proprio il suo intento primario, ossia la trasformazione di tutti gli abitanti di uno Stato in soggetti giuridici dilatava d'*emblée* la valenza sociale delle regole *giusprivatistiche*, e meglio ancora la generalizzava. Istituti, che finora erano stati prerogativa di una parte della popolazione (di un gruppo, di una classe, di un ceto) diventano ora accessibili a tutti. Il che ci induce a ritenere, che proprio le regole fondamentali del codice, ossia quelle che ne costituivano la base dogmatica, *erano in realtà nuove, ancorché la loro struttura concettuale corrispondesse a quella di analoghe regole del diritto romano classico*. Penso, tanto per citare qualche esempio, peraltro generalmente noto, al contratto, alla nozione individualistica della proprietà, alla successione testamentaria. Nel diritto classico la loro valenza sociale era modesta. A molte persone non erano accessibili: non ai *peregrini*, non alle persone *alieni iuris*, ai *servi* o agli schiavi. Sarebbe utile rendersi finalmente conto di questa diversità, prima di abbracciare la tesi della sostanziale continuità fra il diritto classico e quello dei codici moderni: tesi che non raramente ha propiziato o comunque legittimato un insegnamento romanistico più vicino alle richieste d'aiuto dei dogmatici (se mai ce ne furono davvero), che non al disincanto della storia.

cc) Resta l'ultimo caso, certamente quello più enigmatico. Come ammettere, infatti, rinnovamento materiale del diritto, ove un codice si limitava a rielaborare e ridefinire materie già note, perché tradizionali? Anche qui soccorre Savigny. Egli aveva infatti intuito prima e meglio di altri che la codificazione, quand'anche comprendesse solo diritto preesistente, *ne modificava ora « la forma dell'autorità »*. Istituiva un *nuovo* ordine formale, tracciava un *nuovo* orizzonte, si disponeva come un *nuovo* cosmo, retto da *nuove* gerarchie; nel cui interno anche le cose vecchie si caricavano di significati nuovi, in sequela alla *legge dell'interdipendenza*. Dove il « nuovo » non risultava dalla sostituzione materiale di istituti oramai desueti, ma dalla diversa valenza loro conferita dal fatto di ritrovarsi inclusi e ordinati in un contesto finora inedito. Muovendo da queste preziose intuizioni e dalle certezze che suggeriscono, dobbiamo finalmente ammettere che ogni codificazione *modificava necessariamente il diritto preesistente*, già perché rinnovava le gerarchie fra le fonti, e così facendo generava nuove interdipendenze.

Chi provasse qualche reticenza ad ammettere l'influsso esercitato dal « sistema » (rispettivamente dalle regole che lo costituiscono e lo fanno funzionare nel senso desiderato) sul valore dei singoli elementi, non ha che da pensare ancora una volta a situazioni della vita quotidiana: alle carte da gioco, per esempio, che pur restando materialmente le stesse mutano importanza e funzione in sequela alle regole concrete di ogni singolo gioco. Oppure ad un fatto singolare, che ogni collezionista (di monete o di francobolli) conosce perfettamente e dà per scontato: al fatto cioè, per cui la moneta o il francobollo mancanti non sono ambiti per una loro qualità intrinseca, poiché riproducono un tema suggestivo e lo fanno con gusto ed eleganza, ecc., ma solo perché sono idonei a colmare una lacuna. Il loro valore dipende cioè dal posto loro assegnato all'interno del « sistema », ossia della collezione. In questo senso sembrerà persino lecito parlare di *feticismo codificatorio*.

## Lezione quinta

### LE CODIFICAZIONI GIUSNATURALISTICHE

#### 1. *Un'etichetta sconcertante.*

Ho ragionato finora su un concetto storico di codificazione, che a me è sembrato emergere all'inizio del XIX secolo, nonché sul territorio variamente insediato che lo circonda e lo condiziona. E l'ho fatto tralasciando deliberatamente ogni riferimento concreto a questa o quella codificazione storica. Desideravo a tal modo fissare quelle coordinate generali che ritengo indispensabili per capire e valutare le singole codificazioni, pur nel debito rispetto dei loro aspetti singolari. Detto questo è giunto il momento di uscire allo scoperto e presentare i tre codici, che inaugurarono un nuovo periodo della storia giuridica. Vengono tradizionalmente chiamati *giusnaturalistici*: il che può far insorgere — come è già stato ricordato — qualche malinteso. Poiché questa etichetta accomuna codici che in realtà sono molto diversi, e che perciò non dovrebbero essere indistintamente versati nello stesso contenitore. Ciò risulterà con evidenza già dalle schematiche descrizioni che seguiranno. D'altra parte va ricordato che la presunta comune matrice giusnaturalistica è quantitativamente marginale e qualitativamente vaga, polisemica, persino contraddittoria. Troppo poco, a mio avviso, per giustificare una designazione unica. Sarà magari comoda, non lo nego, ma anche sconcertante.

#### 2. *Il codice prussiano del 1794 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten).*

STÖLZEL Adolf, *Carl Gottlieb Svarez-Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts*, Berlin 1885; THIEME Hans, *Die preussische Kodifikation-Privatrechtsgeschichtliche Studien II*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge-*

*schichte*, Germanistische Abteilung, 57, 1937, 355-428 (ora in *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte-Gesammelte Schriften*, Köln-Wien 1986, II, 695-768; *quivi*, 769-821, altri contributi più brevi sullo stesso argomento); CONRAD Hermann, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794*, Köln-Opladen 1958; HEUER Uwe Jens, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf-Die Auseinandersetzungen um die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts Ende des 18. Jahrhunderts als Ausdruck der Krise des Feudalsystems in Preussen*, (Ost)Berlin 1960; DILTHEY Wilhelm, *Das Allgemeine Landrecht*, in *Gesammelte Schriften*, 3. edizione, volume XII, 1964, 131-204; CONRAD Hermann, *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates*, Berlin 1965; BIRTSCH Günter, *Zum konstitutionellen Charakter des preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, in *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung, Festschrift für Th. Schieder*, München-Wien 1968, 97-116; BIRTSCH Günter, *Gesetzgebung und Repräsentation im späten Absolutismus-Die Mitwirkung der preussischen Provinzialstände bei der Entstehung des Allgemeinen Landrechts*, *Historische Zeitschrift* 208, 1969, 265-294; HATTENHAUER Hans, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, Frankfurt am Main / Berlin 1970 (rispettivamente la terza edizione accresciuta, Neuwied 1996); THIEME Hans, *Allgemeines Landrecht*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, volume I, Berlin 1971, 99-107; KOSELLECK Reinhart, *Preussen zwischen Reform und Revolution-Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, 2. edizione, Stuttgart 1975; DA PASSANO Mario, *Un autografo inedito di Honoré-Gabriel Riqueti Comte de Mirabeau: L'« Analyse raisonnée du projet d'un Nouveau Code prussien » (1788)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* VI, 1976, 93-186; WEBER-WILL Susanne, *Die rechtliche Stellung der Frau im Privatrecht des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt am Main-Bern-New York 1983; GRAHL Christian, *Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Grossen, Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte*, Band 2, Göttingen 1991; LANDAU Peter, *Neue Forschungen zum Preussischen Allgemeinen Landrecht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 118, 1993, 447-463; SCHWENNICKE Andreas, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt am Main 1993; DILCHER Gerhard, *Die janusköpfige Kodifikation-Das preussische Allgemeine Landrecht (1794) und die europäische Rechtsgeschichte*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2, 1994, 446-469; AA.VV., *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten* (curatori D. MERTEN e W. SCHRECKENBERGER), Berlino 1995; AA.VV., *Gemeinwohl, Freiheit, Vernunft, Rechtsstaat-200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (curato da F. EBEL), Berlino 1995; AA.VV., *Das preussische Allgemeine Landrecht-Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen* (curato da J. WOLFF), Heidelberg 1995; KLEINHEYER Gerd, *Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten vom 1. Juni 1794 an der Wende des Spätabsolutismus zum liberalen Rechtsstaat*, Heidelberg 1995; AA.VV., *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten-Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext* (curato da B. DÖLEMEYER e H. MOHNHAUPT), Frankfurt am Main 1995.

Dovendomi qui attenere a quegli aspetti che sottolineano ed al contempo valorizzano l'estrema singolarità di questo primo codice,

prescinderò dalla descrizione dettagliata della sua semisecolare elaborazione, nella quale si riflettono sia l'evoluzione politica della monarchia prussiana che quella attinente alla scienza giuridica. Preferisco piuttosto ricordare che l'ALR venne elaborato e promulgato prima della rivoluzione borghese, in uno Stato ancora cetuale (*Ständestaat*). Ovviamente ciò si riflette nell'opera: ne spiega sia la struttura (scopertamente feudale) che il successo, invero modesto.

a) Le due forze politiche e culturali, che nella seconda metà del XVIII secolo si affrontarono a viso aperto, dando vita talora a fortunate convergenze, ma anche marcando significative opposizioni di fondo, ossia *l'illuminismo e l'assolutismo*, lasciano chiare tracce del loro controverso operare nel codice. Ad un tempo progressista e conservatore, conferma e garantisce i privilegi e le prerogative della nobiltà, ma promette anche ai contadini l'emancipazione personale e fondiaria. Riconosce esplicitamente diritti innati, ma disciplina ancora in dettaglio — almeno per il momento — la servitù della gleba. Si ha un po' l'impressione che vi sia una contraddizione di fondo, latente ed irrisolta, la quale finalmente fa il gioco dei ceti forti, che tutto mettono in atto per vanificare gli slanci emancipatori. Se ne era accorto l'occhio attento di Tocqueville, che in una pagina poco nota ma luminosa denunciava impietosamente proprio questa contraddizione fra l'ispirazione moderna ed emancipatrice ed il contesto tralazio, « *ce qui prouve combien ce code, qui innovait tant en apparence, innova peu en réalité* ».

b) Secondariamente va ricordato che l'ALR non ha realizzato quella unificazione territoriale del diritto, che ho ritenuto momento irrinunciabile del concetto di codificazione, almeno di quello al quale mi sono ispirato. Non ha voluto sostituirsì ai diritti locali, ma si è accontentato di un ruolo più modesto, sussidiario, quasi subentrando in quella funzione, che finora era stata assolta dal diritto romano comune. Potrà sorprendere, questa scelta davvero poco ambiziosa, ma non è già per questo fatto inspiegabile o bizzarra. Ben più appare quale preventiva concessione del sovrano alle rivendicazioni cetuali o regionali: come essa è del resto documentabile in altri, notissimi casi della storia giuridica europea, che vanno dalla *clausula salvatoria* prevista nell'introduzione della *Constitutio criminalis carolina* (1532) all'art. 12 II del Codice civile spagnolo del 1889.

Ma è anche opportuno aggiungere che, con il passare degli anni, il codice si impose ed assurse a fonte giuridica prevalente, se non proprio esclusiva, dello Stato prussiano. Meno per meriti intrinseci, che a causa della letargia dei legislatori provinciali. L'ALR aveva infatti esplicitamente previsto l'elaborazione dei diritti provinciali. Ma questa fu dapprima rinviata, poi definitivamente stralciata dal programma. Così che il codice, nel corso del XIX secolo, poté agevolmente occupare lo spazio inizialmente riservato al diritto locale.

c) La struttura feudale del Codice prussiano, la sua disponibilità a piegarsi alle richieste tanto disparate quanto decise dei diversi ceti e così anche l'improponibilità di ogni messaggio socialmente unificante, risultano in modo inequivocabile già dalla struttura esterna del codice. La presenza dei ceti non viene nascosta o taciuta. Al contrario, il codice la evoca esplicitamente, massime laddove assegna ad ogni singolo ceto uno specifico ordinamento, ossia un proprio particolare *corpus* giuridico. Il che provoca una problematica moltiplicazione delle regole e gonfia le dimensioni del tutto oltre misura.

d) Se viene così logicamente a mancare anche l'unificazione sociale, in attesa che la rivoluzione borghese permetta di trattare in modo uniforme una società di diseguali, almeno un ultimo aspetto della tradizionale strategia codificatrice viene esplicitamente valorizzato, quello che postula l'uniformità sistematica in vista di raggiungere e garantire la completezza materiale. Su questo punto, nulla vieta di scorgere nella compilazione prussiana un riflesso fedele del pensiero illuministico. Si considera essa materialmente completa, poiché assorbe, accentra e riordina *tutti* gli ambiti giuridici: quello pubblico e quello privato, quello civile e quello penale, quello materiale e quello procedurale. Data questa premessa, le conseguenze furono davvero inevitabili: l'autonomia, l'esclusività, il tendenziale rifiuto di ricorrere a fonti esterne, l'avversione istintiva nei confronti di ogni approccio scientifico, dalla semplice — e comunque insopprimibile — interpretazione fino al dettagliato e sistematico commento. A monte di queste rivendicazioni il fermo desiderio di finirla finalmente con tutta una serie di situazioni ritenute inestricabili, arbitrarie, persino apertamente vessatorie: che, per unanime giudizio dei politici e degli studiosi illuministi, erano state tutte

indotte da una scienza giuridica ritenuta, come vedemmo, caotica ed irrazionale. In quest'ottica, non vi era possibilità di scampo: occorreva sopprimerla, questa scienza, unitamente al sistema delle fonti che ne aveva a lungo permesso e legittimato il dominio. Proclamando la propria esclusività, il codice intese automaticamente sottrarsi ad ogni elaborazione scientifica, e bloccare così definitivamente le manovre aggiratrici e destabilizzanti di giudici togati ed avvocati.

Se fossimo tentati di criticare questo rigorismo, poiché frutto di un atteggiamento velleitario e comunque perdente — come dimostra poi l'evoluzione successiva, che ha condannato il codice proprio perché negletto dalla scienza, che in Prussia era ovviamente quella propiziata dalla scuola storica — sottovaluteremmo il peso del contesto storico, ed in particolare della convinzione, che la colpa del caos giudiziario e degli abusi che generava regolarmente fosse da mettere sul conto della scienza giuridica e dei suoi spesso mediocri interpreti. Proprio questa intima convinzione consigliava il codice quale unica esperibile alternativa: un codice che non doveva oramai più dipendere dalla mediazione del giurista, chiaro comprensibile e completo come voleva essere. Nelle sue Istruzioni del 17 aprile 1780, che tracciavano le linee maestre dell'incarico legislativo deferito ai propri ministri, Federico il Grande era stato tassativo: *sans crainte et sans remords*, per di più con invidiabile lungimiranza, aveva ammesso che la prospettata semplificazione del sistema giuridico avrebbe demotivato i giuristi, rendendoli in realtà inutili. Tanto di guadagnato per lo Stato, aveva soggiunto causticamente il monarca, se dovesse in compenso infoltirsi il numero delle persone ben altrimenti utili, ossia dei fabbricanti, dei commercianti e degli artisti.

### 3. *Il codice austriaco del 1811 (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie).*

ZEILLER Franz v., *Commentar über das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 4 volumi, Wien-Triest 1811-1813 (versione ufficiale in latino ed in italiano, 4 volumi, Venezia 1815-1816); ZEILLER Franz v., *Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien 1816-1820 (ristampa 1986); ZEILLER Franz v., *Das natürliche Privat-Recht*, 3. edizione, Wien 1819 (traduzione italiana: *Il diritto privato naturale*, 3. edizione, Milano

1830); HARRAS v. HARRASOWSKY Philipp, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechts*, Wien 1868 (ristampa 1968); OFNER Julius (curatore), *Der Ur-Entwurf und die Beratungen-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, due volumi, Wien 1889; AA.VV., *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, due volumi, Wien 1911; DNIESTRZANSKY St., *Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 ABGB)*, in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, II, Wien 1911, 3-35; SWOBODA Ernst, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants*, Graz 1926; LENTZE Hans, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Wien 1962; STRAKOSCH Heinrich, *State Absolutism and the rule of law-The struggle for the codification of civil law in Austria 1753-1811*, Sydney 1967; OGRIS Werner, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin 1968; OGRIS Werner, *Die historische Schule der österreichischen Zivilistik*, in *Festschrift Hans Lentze*, Innsbruck 1969, 449-496; KLEIN-BRUCKSCHWAIGER F., *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Oesterreich)*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I, Berlin 1971, 93-99; SLAPNICKA Helmut, *Oesterreichs Recht ausserhalb Oesterreichs-Der Untergang des österreichischen Rechtsraumes*, München 1973; STRAKOSCH Heinrich, *Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Oesterreich (1753-1811)*, München 1976; CARONI Pio, *Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, in *Festschrift für H. Balil*, Innsbruck 1978, 107-122; KOCHER Gernot, *Höchstgerichtsbarkeit und Privatrechtskodifikation*, Wien-Köln-Graz 1979; SELB Walter-HOFMEISTER Herbert (curatori), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828) - Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, Wien-Graz-Köln 1980; BRAUNEDER Wilhelm, *Dal Codice civile (ABGB) alla Gewerbeordnung: mutamenti strutturali della proprietà privata e dell'impresa*, in P. SCHIERA (curatore), *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*, Bologna 1981, 247-263; BRAUNEDER Wilhelm, *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811*, Gutenberg-Jahrbuch 62, 1987, 205-254; BRAUNEDER Wilhelm, «Allgemeines» aber nicht gleiches Recht: *Das ständische Recht des ABGB*, in H. HATTENHAUER-G. LANDWEHR (curatori), *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806*, Heidelberg 1988, 23-33; OGRIS Werner, *Aufklärung, Naturrecht und Rechtsreform in der Habsburgermonarchie*, in *Aufklärung* 3, 1988, volume 2, 29-51; BRAUNEDER Wilhelm, *Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung 1812-1987*, in G. HAMZA (curatore), *Studien zum römischen Recht in Europa*, I, Budapest 1992, 134-238; BRAUNEDER Wilhelm, *Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation*, in *Vestigia iuris romani*, *Festschrift G. Wesener*, Graz 1992, 67-80; BRAUNEDER Wilhelm, *Leseverein und Rechtskultur-Der Juridisch-politische Leseverein zu Wien 1840-1990*, Wien 1992; LUF Gerhard, *Zeiller und Kant-Ueberlegungen zu einem wissenschaftlichen Nabeverhältnis*, in *Würde und Recht des Menschen*, *Festschrift für J. Schwartländer*, Würzburg 1992, 93-110; KOCHER Gernot, *Privatrechtsentwicklung und Rechtswissenschaft in Österreich*, Wien-Köln-Weimar 1997; G. WESENER, *Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Theresianus - Zur Wirkungsgeschichte des älteren gemeinen Rechts*, in *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, *Festschrift für K. Kröschell*, München 1997, 1363-1388.

Anche questo secondo codice venne promulgato in capo ad una lunga e controversa elaborazione. Per la sua durata, ma non solo per



quella, ricorda dapprima l'*iter* percorso dall'ALR: penso alla convergenza fra la strategia statualistica dell'assolutismo e l'ideologia emancipatrice e garantistica dell'illuminismo; oppure al concreto quadro politico, all'interno del quale era lecito riflettere ad una rielaborazione del diritto privato, che era ancora feudale, perciò tuttora dominato dall'ingombrante presenza della monarchia e dei ceti, come anche dall'immobilismo che i suoi precari equilibri imponevano. Proprio per questo fatto può sorprendere l'esito di questa storia: rivela infatti che il codice austriaco ha poco in comune con quello prussiano. Germoglia da un mondo ben diverso, si fa perciò latore di un messaggio più moderno e più familiare. Tanto è vero che, nella sua sostanza (ossia con gli opportuni aggiornamenti e le necessarie integrazioni) è tuttora in vigore, mentre quello prussiano non ebbe mai completa ed incontestata vigenza, fu progressivamente accantonato nel corso del secolo, per poi essere definitivamente consegnato alla storia dal BGB tedesco del 1900. E quindi, se dirò qualcosa di questo codice, dovrò anzitutto concentrarmi su queste novità.

a) Benché promosso da una monarchia che, dovendo tuttora fare i conti con i ceti, era disposta a riconoscerne le prerogative — tutte riconducibili al modello sociale feudale — il codice assume un taglio borghese, ossia unitario. Evita perciò gli istituti radicati nella realtà cetuale e regola preferibilmente situazioni accessibili a tutti i soggetti giuridici, poiché prescindevano da una specifica connotazione politica. Era innegabilmente frutto di uno spericolato equilibrio, che imponeva di scegliere con ponderazione, risp. di tracciare una linea se non chiara almeno affidabile fra luce ed ombra, fra rivendicazioni cetuali e spazi generalizzabili, fra i condizionamenti del presente e le prospettive del futuro.

Alla prova dei fatti, al momento cioè di valutare l'esito concreto di questo difficile esercizio, prevale un'impressione positiva. Anche se occorre subito aggiungere che l'inattesa coesistenza di programmi parzialmente antagonisti ha pur voluto un prezzo, se è vero che ha indotto i politici a rinviare praticamente *sine die* l'attuazione pratica di molti ed importanti istituti del codice. Non poterono subito attecchire, poiché faceva loro difetto il terreno propizio, rispettivamente lo spazio politico necessario. Quello attuale, ancora occupato

dalle rivendicazioni cetuali e dall'intervenzionismo monarchico, stava loro troppo stretto, gli mancava quella specifica « libertà », che la borghesia rivendicava a piena voce un po' dappertutto. Per il momento non restava che attendere. Ma anche in tale attesa le disposizioni del codice non erano cartastraccia. Esprimevano una speranza, indicavano la via da seguire, disturbavano continuamente non solo i sogni, ma anche i calcoli di chi non desiderava nessun cambiamento. *Premevano quindi contro le strutture politiche*, direttamente o indirettamente ne propiziavano l'evoluzione nel senso desiderato. Erano, a loro modo, e limitatamente ad una situazione per il momento ancora controindicata, *operativi*.

Evoco deliberatamente questo problematico rapporto fra la realtà costituzionale ancora ferma su modelli del passato ed il codice privatistico già inserito in prospettive future. Poiché esso documenta in modo assai originale il collegamento già ipotizzato fra le strutture costituzionali e quelle del corrispondente diritto privato, ossia — in generale — fra Stato e società. Il rifiuto (rispettivamente l'impossibilità) di conferire pratica applicazione alle norme fondamentali di un codice già borghese attestano infatti la « forza » implicita che emana da un assetto costituzionale non ancora allineato. Appare allora scontato ritenere che il superamento definitivo delle strutture feudali, imposto a tutti i paesi e le provincie del vastissimo Impero negli anni sessanta del secolo scorso, abbia implicitamente creato le premesse di una realizzazione concreta di tutto il codice, finalmente incondizionata e capillare.

b) Chi poi si interrogasse, come è opportuno fare, sulle cause specifiche della struttura già palesemente borghese del Codice, si imbatterebbe prima o poi nella massiccia presenza (e meglio sarebbe dire onnipresenza) kantiana. La quale può essere facilmente spiegata, se appena si pensa al ruolo decisivo svolto da Franz v. Zeiller nella fase conclusiva della codificazione. Seguace fedele e convinto del filosofo di Königsberg, era diventato nel 1796 il ministro preposto all'elaborazione degli ultimi progetti del codice. Ne aveva ampiamente approfittato per rielaborare quanto era stato approntato finora, espungendo dai progetti le massime e le regole che ancora si richiamavano ad una concezione precritica del diritto naturale, e che perciò concepivano il diritto privato solo in funzione della realizzazione di finalità prestabilite, in particolare eudemonistiche. Aveva in

compenso fatto posto alle grandi intuizioni kantiane, che guardavano davvero in altra direzione, e che diventarono tosto l'implicita premessa filosofica della nuova civilistica. Penso anzitutto alla separazione fra diritto e morale, e quindi alla concentrazione — diventata così concretamente esperibile — del diritto privato in ambiti formali ed esterni. La quale derivava necessariamente dal fatto che il riconoscimento dell'autonomia privata ribaltava l'ordine finora rispettato ed abbandonava ora il giudizio sulle finalità concrete, che potevano essere raggiunte attivando i diritti privati, alla competenza, rispettivamente alla libertà del singolo soggetto giuridico. Il tutto, ovviamente, solo dopo aver indicato nel diritto della personalità, ossia nella libertà inerente alla capacità giuridica, l'unico vero *diritto innato*, e come tale di generale spettanza. In quest'ottica, la generalizzazione della soggettività giuridica, che ho ritenuto la chiave di volta del nuovo sistema, non conseguiva ad un apprezzamento giuspolitico, non risultava da una decisione più o meno opportuna, più o meno azzeccata e sindacabile del legislatore, ma era l'inevitabile, perché automatica, conseguenza filosofica di quell'intuizione, che sottraeva la soggettività giuridica alla disponibilità del legislatore, per farne un attributo indissolubilmente legato alla vita di ognuno: *connatum* proprio in questo senso letterale.

c) Vi è un ultimo aspetto, che non vorrei passare sotto silenzio, poiché attesta in modo davvero concreto e convincente la modernità di questo codice. Mi riferisco alla soluzione messa in atto per risolvere il problema della completezza. Inizialmente condizionato dalla teoria della legislazione, alla quale l'illuminismo aveva aderito in funzione statualistica ed emancipatrice — come s'è visto analizzando il caso prussiano — se ne libera poi tempestivamente a favore di una soluzione più flessibile e quindi anche più realistica. Pur aspirando a raggiungere una tendenziale completezza, il codice riconosceva così *ab initio* la propria lacunosità. Senza farne un dramma, affrontò serenamente il problema ed elencò, nel notissimo § 7, le fonti sussidiarie che dovevano concorrere a colmare le lacune, ed in specie l'analogia, la consuetudine e quei « principi del diritto naturale » che, nella loro polisemica vaghezza, gli permisero di evolversi, affrontando con la necessaria fermezza le insidie del futuro. Non si contano infatti le interpretazioni di questa clausola, via via proposte nel corso del secolo. Corrispondevano, disperate

com'erano, meno alla logica formale che al desiderio di proiettare sul Codice la luce del momento e perciò anche di « leggerlo » in sintonia con le opzioni politiche e sociali che di tempo in tempo emergevano. Così i « *natürliche Rechtsgrundsätze* » del § 7 furono dapprima riferiti alla teoria giusnaturalistica professata da Zeiller stesso, e che sappiamo ora quanto dovesse al criticismo kantiano; oppure al diritto romano comune, che a tal modo si voleva confermare nel suo ruolo sussidiario ed in sostanza anticodificatorio; oppure a quella *Natur der Sache*, che tanto spazio aveva rivendicato nella riflessione giusnaturalistica della seconda metà del XVIII secolo; finalmente, in epoca liberale, secondo la citatissima formula di Franz Klein, « al diritto civile di una società dell'individualismo economico ». Parve così davvero possibile, a conclusione di una spericolata parabola, piegare il codice alla logica della nuova economia, così come era stata scoperta e descritta da Adam Smith. Si ricomponeva a tal modo un classico binomio, quello che avvicinava e metteva in relazione la filosofia di Kant con l'economia classica di Smith. A questo straordinario accoppiamento (che tuttora affascina abbagliando o abbaglia affascinando) è senz'altro lecito far risalire la sorprendente vitalità del codice austriaco. Per lungo tempo è stato conservato intatto anche in quei paesi, che dopo il 1918 si staccarono dall'Impero asburgico, per reggersi autonomamente; e continua, come ho già ricordato, a regolare i rapporti privatistici nel nuovo Stato austriaco, sorto nel 1945 sulle macerie della seconda guerra mondiale.

d) Su un ultimo episodio, tuttavia connesso al problema interpretativo appena ricordato, vorrei attirare l'attenzione del lettore: si riferisce al singolare incontro verificatosi nella seconda metà del secolo scorso fra la nascente pandettistica tedesca ed il codice qui all'esame.

Atterrita dall'ampiezza che in tutto l'Impero avevano assunto i disordini quarantotteschi, dalla parte che vi avevano preso gli intellettuali e persino i giuristi, ed ovviamente desiderosa di evitare in futuro analoghe turbolenze, la monarchia avviò a metà secolo una radicale riforma degli studi accademici. I cambiamenti previsti per il curriculum giuridico conseguivano alle esperienze fatte nel 1848: miravano così a sopprimere l'ispirazione giusnaturalistica dello studio per sostituirvi un solido fondamento storico: nell'ovvio intento di contribuire a tal modo a formare giuristi meno visionari ed irrequieti, ma in compenso più solidamente ligi al potere costituito.

Cosa potesse provocare questo nuovo orientamento in campo civilistico, era facile prevedere: il Codice fu letteralmente sottratto alla « lettura » esegetica finora dominante, per essere consegnato ai cultori del metodo storico, concretamente ai rappresentanti di quell'indirizzo pandettistico, che nei paesi tedeschi sempre più si affermava come il metodo largamente vincente. Se ne inaugurò così la *tarda pandettizzazione*, qualcosa come la rivincita savignyana nei confronti dell'arroganza (si disse), rispettivamente dell'indisciplina codicistica. Due aspetti di questo episodio vanno tenuti distinti ed affrontati qui separatamente:

aa) Il primo attiene al *procedimento tecnico* messo in atto per riavvicinare due mondi così diversi, e, almeno inizialmente, antagonisti. Permeato com'era dalla convinzione, che la soluzione preferibile fosse sempre da ricercare nei materiali romanistici, suggerì di interpretare l'ABGB alla luce di questi, e quindi di considerarlo alla stregua di uno qualsiasi di quei molti ordinamenti storici locali, che ruotavano più o meno liberamente attorno al pianeta del diritto comune. Questo metodo, che Savigny aveva inaugurato nelle (rare e dissacratorie) lezioni dedicate al codice prussiano, sortì ben presto gli effetti desiderati. Perché alla fine l'ABGB apparve agli occhi dei pandettisti tedeschi ed austriaci, che la riforma degli studi giuridici del 1855 aveva sistematicamente messo in cattedra, quale indescrivibile accozzaglia di errori, malintesi, imprecisioni, equivoci: segno, più che di infedeltà, di ignoranza (per non dire di peggio) nei confronti del diritto romano. *Vis-à-vis* dei quali non restava che la severa strategia dell'emendamento. Per il tramite di (talora arditissime, quando non temerarie) interpretazioni o reinterpretazioni tentarono così, questi nuovi civilisti, di correggere questa interminabile serie di *gaffes*, e di creare lo spazio necessario per rimettere in vigore la vecchia dottrina, che proprio il codice aveva inteso rimuovere definitivamente. Insisto su un fatto: in sé era una procedura prevedibile, scontata; nell'ottica romanistica persino giustificata. Ma rasentò comunque il ridicolo quando, a partire dal 1877, furono pubblicati quei materiali, che dovevano permettere un giudizio più sereno e documentato sull'elaborazione dell'ABGB. Poiché dimostravano in modo inoppugnabile l'insostenibilità delle tesi romanistiche. Ed in particolare mostravano che tutte quelle regole del codice, che in un modo o nell'altro si scostavano dal presunto

modello romanistico, non erano il frutto malsano dell'ignoranza o dell'errore, ma di una pacata riflessione giuspolitica. Motivi concreti ed attendibili avevano suggerito di battere nuove vie: quei motivi erano la vera storia, proprio quella storia che i pandettisti, secondo una loro strutturale disposizione, non potevano accettare senza al contempo squalificare.

*bb)* Il secondo invece si riferisce alla *valenza giuspolitica* di questa operazione. Che non è subito e nemmeno facilmente appurabile, poiché le idee fondamentali della scuola storica sono notoriamente servite a legittimare messaggi giuspolitici di ispirazione diversa e talvolta persino contraria. Nel caso austriaco stava all'inizio il desiderio di sottrarre i giuristi all'infatuazione giusnaturalista e quindi di orientarli in senso conservatore. Più tardi sembrò prevalere un'ambizione diversa, quella di elaborare una dottrina più consona alle rivendicazioni liberali. Una dottrina, in altre parole, che rivendicasse ora l'autonomia del diritto privato nei confronti di quello pubblico, e che a tal modo si presentasse come il diritto privato di una società sottratta alla tutela statale e concepita in funzione dell'autonomia privata. Non è un caso, mi pare di poter affermare in conclusione, che l'epoca d'oro della pandettistica austriaca coincidesse con il breve periodo liberale, che aveva marcato la transizione dal regime del neoassolutismo a quello dello stato sociale.

#### 4. *Il codice francese del 1804 (Code Napoléon).*

FENET P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 volumi, Paris 1827 (ristampa 1968); LOCRÉ Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle (de la France) ou Commentaire et complément des Codes français*, edizione di Bruxelles, 16 volumi, Bruxelles 1836-1838 (ristampa 1990; traduzione italiana: *Legislazione civile, commerciale e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi*, 16 volumi, Napoli 1840-1843); ROSSI Pellegrino, *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'Etat économique de la société*, in *Mélanges d'histoire et de législation*, II, *Histoire et philosophie*, Paris 1857, 1-23; VALETTE A., *De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la révolution de 1789*, in *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, I, Paris 1880, 443-489; GLASSON E., *Le Code civil et la question ouvrière, in Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques (Institut de France)*, Nouvelle Série, Tome 25 (premier semestre 1886), 843-895; SAGNAC Philippe, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)*, Paris 1898 (ristampa 1971); AA.VV., *Le Code civil 1804-1904, Livre du Cente-*

naire, due volumi, Paris 1904 (ristampa 1969); CAUVIÈRE Henry, *L'idée de codification en France-Avant la Rédaction du Code civil*, Paris 1910; DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2. edizione, Paris 1920; MORIN G., *La révolte des faits contre le Code*, Paris 1920; CHARMONT Joseph, *Les transformations du droit civil*, 2. edizione, Paris 1921; BONNECASE Julien, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, 2. edizione, Paris 1924; BONNECASE Julien, *La philosophie du Code Napoléon*, Paris 1925; RAY Jean, *Essai sur la structure logique du Code civil Français*, Paris 1926; SAVATIER R., *L'art de faire les lois: Bonaparte et le Code civil*, Paris 1927; VILLENEUVE DE SANTI, *Bonaparte et le Code civil*, Paris 1934; MORIN G., *La révolte du droit contre le Code*, Paris 1945; RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1948; SAVATIER René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3. edizione, Paris 1964; REGNAULT Henri, *Les Ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau-Les testaments et l'Ordonnance de 1735*, Paris 1965; ARNAUD André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969; ARNAUD André-Jean, *Essai d'analyse structurale du Code civil Français-La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973; ARNAUD André-Jean, *La paix bourgeoise*, in *Quaderni fiorentini* 2, 1973, 147-176; MAILLET Jean, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini* 2, 1973, 111-145 (con notevole anticipazione di questi temi in *Revue historique de droit français et étranger* 46, 1968, 695-696); ARNAUD André-Jean, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris 1975; SCHUBERT Werner, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts-Zivilrecht, Gerichtsverfassungsrecht und Zivilprozessrecht*, Köln-Wien 1977; GROSSI Paolo, *Widerstandsfähigkeit kultureller Modelle in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts-Der Begriff der Nutzniessung in der französischen und italienischen Zivilistik*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 2, 1980, 1-20; MARTIN Xavier, *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, in *Revue historique de droit français et étranger* 60, 1982, 589-618; W. WILHELM, *Portalès et Savigny-Aspects de la restauration*, in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte, Festgabe H. Coing*, Frankfurt am Main 1982, 445-456; BORDEAUX Michèle, *Quand le temps dévore l'espace: temps et espace, facteurs de normalisation dans le Code civil (1804)*, in *Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris 1983, 185-202; PATAULT Anne-Marie, *La propriété non exclusive au XIXe siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, in *Revue historique de droit français et étranger* 61, 1983, 217-237; ASTUTI Guido, *Il « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza nei codici degli stati italiani successori*, in G.A., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, Raccolta di scritti*, Napoli 1984, II, 711-802; AGOSTINI Eric, *L'étiologie du droit de propriété en France (1804 -1985)*, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, 3-10; RÉMY Philippe, *Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXe siècle*, in *Annales d'histoire des Facultés de droit* 2, 1985, 91-105; CARBONNIER Jean, *Le code civil*, in P. NORA (curatore), *Les lieux de mémoire*, II, *La Nation*, Paris 1986, 293-315; MARTIN Xavier, *L'individualisme libéral en France autour de 1800: Essai de spectroscopie*, in *Revue d'histoire des facultés de droit* 4, 1987, 87-144; ARNAUD-DUC Nicole, *L'esprit d'un Code et ses variations apparentes: la législation sur le divorce en France au XIXème siècle*, in *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 48, 1991, 219-234; BECCHI Paolo, *Il Codice di Napoleone in Germania-Il dibattito intorno alla recezione nel Granducato del Baden*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*

21, 1991, 385-424; BÜRGE Alfons, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert-Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1991; DUBOUCHET Paul, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 2 volumi, Paris 1991/1992; KLENNER Hermann, *Code civil und deutsche Rechtsentwicklung*, in *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert-Essays*, Berlin 1991, 125-140; THEEWEN Eckhard Maria, *Napoléons Anteil am Code civil*, Berlin 1991; BOTSCH Elisabeth, *Eigentum in der Französischen Revolution-Gesellschaftliche Konflikte und Wandel des sozialen Bewusstseins*, München 1992; HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris 1992; REBUFFA Giorgio, *Il trionfo del Codice civile nella testimonianza di Honoré de Balzac*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 22, 1992, 65-88; GROSS Norbert J., *Der Code civil in Baden: eine deutsch-französische Rechtsbegegnung und ihr Erbe*, Baden-Baden 1993; SCHULZE Reiner (curatore), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1994; ROULAND Norbert, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris 1995; GLÄSER Matthias, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main 1996; HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996; GAZZANIGA Jean-Louis, *Le Code avant le code*, in BEIGNIER Bernard (curatore), *La codification - Actes du colloque organisé les 27 et 28 octobre 1995*, Paris 1996, 21-32; CABANIS André, *Le Code hors de la France*, in BEIGNIER Bernard (curatore), *La codification, ibidem*, 33-61; M.A. PLESSER, *Jean Etienne Marie Portalis und der Code civil*, Berlin 1997; BEAUR Gérard-MINARD Philippe (curatori), *Atlas de la Révolution française*, vol. X, *L'économie*, Paris 1997.

L'ho lasciato per ultimo, questo celeberrimo codice, anche se ciò può offendere la cronologia e provocare qualche altra perplessità. Ma in compenso questa scelta permette di considerare il codice francese quale conclusione finalmente equilibrata di un lungo itinerario, costellato di esitazioni, reticenze e *revirements*, tutti provocati dall'instabilità politica. In capo a tale *iter* spesso imprevedibile e sconcertante, ecco dunque un codice lineare, semplice, omogeneo. Senza insistere troppo sulla storia esterna del *Code* e sul posto da sempre assegnatogli nella storia (giuridica, ma non solo) europea — perché queste nozioni le dò per scontate — tenterò qui di far luce su qualche aspetto meno noto, ma non per questo marginale. Permetteranno, queste mie rapide incursioni, un giudizio più differenziato, ma faranno anche vacillare qualche radicata convinzione.

a) Anche il *Code* ha una lunga, interminabile storia. A volerne inseguire gli ascendenti legislativi, si risale dapprima fino al XVIII (*Ordonnances* del Daguesseau), poi al XVII secolo (*Ordonnances* del Colbert). Non meno remote sono le radici dottrinali: se solo pensiamo alle opere di Jean Domat (1625-1696) e Robert-Joseph Pothier (1699-1772), che a diverso titolo ed in diversi



momenti ebbero una funzione paradigmatica. La rivoluzione, ed in particolare il *droit intermédiaire* da essa frettolosamente promulgato, interruppero questa lenta elaborazione. Ma arrivò poi il riassetto definitivo, nella rasserenata atmosfera postrivoluzionaria: l'ambiente ideale, al quale il *Code* deve appunto l'elaborazione conclusiva. Un *Code* che alla fine potè davvero apparire quale accettabile esito di una sofferta mediazione fra tradizioni storiche non precisamente unitarie. « *Une transaction* » aggiungo, citando un notissimo passo dal *Discours préliminaire* del Portalis, « *entre le droit écrit et les coutumes* » (Fenet, *Recueil complet*, I p. 481).

b) Mi chiedo, ogni tanto, se a presentare così il *Code* gli si renda davvero giustizia. Ho talvolta l'impressione che a insistere sulla lunga storia che gli sta a monte, e che del resto non rinnega, si dimentichi poi qualcosa di fondamentale: che malgrado tutto lo si è voluto non tanto per confermare, ricucendo frammenti storici, quanto per cambiare. Sappiamo del resto, rifacendoci a quanto già detto, che un codice non può far altro che innovare, cambia dunque il diritto anche senza volerlo. Unificando in tre àmbiti, innova a tre livelli: vige in modo uniforme in tutto il paese, assurge a fulcro dell'universo giusprivatistico (e quindi sopprime il valore sussidiario del diritto romano, senza per questo designare compiutamente le nuove fonti sussidiarie, il che ha poi provocato le insicurezze e gli eccessi dell'*école de l'exégèse*), parla finalmente in modo uniforme a tutti i francesi. Il tutto secondo un desiderio spesso avanzato dal terzo stato, che in un *Cahier* del 1789 era stato formulato con classica semplicità: « *Il sera rédigé un Code civil, simple, précis et uniforme pour tout le royaume. Ce Code sera celui de la nature et de la raison, en ce qu'il exclut les usages locaux et particuliers et toutes les institutions arbitraires* ». Mi pare perciò lecito inferirne che il *Code* ha rinnovato profondamente l'assetto del diritto privato in Francia, come del resto potremo ora verificare concretamente.

c) Basterebbe del resto ragionare su un fatto incontrovertibile quanto indiscusso, per convincersene definitivamente: quello del 1804 fu il primo codice civile elaborato esclusivamente dalla borghesia, perciò tendenzialmente idoneo a corrispondere preferibilmente alle sue attese ed alle sue aspirazioni. Il che attiene sia alla forma, che al contenuto. La forma è ovviamente astratta, già in sequela al ragionamento di Montesquieu, secondo cui anche il

potere legislativo « *ne s'exerce sur aucun particulier; n'étant (...) que la volonté générale de l'Etat* » (*Esprit des lois*, XI/6). Questa forma astratta, che ha più tardi incoraggiato un vero culto del legalismo e della sussunzione, ricorda provvidenzialmente un fatto, sul quale raramente riflettiamo: che già una opzione formale, come appunto può essere quella favorevole all'astrattezza, può contribuire a realizzare concreti postulati giuspolitici.

Non diverso è il giudizio in merito al contenuto. Gli istituti chiave del *Code* corrispondono tutti alla logica dell'individualismo e del liberalismo, e quindi alla « filosofia » professata dalla borghesia. Sono quelli già ripetutamente elencati: l'antivinculismo, la generalizzazione del soggetto giuridico, il primato della volontà individuale (nella nota forma dell'autonomia privata), il fondamento consensuale del diritto contrattuale, la struttura egualitaria del diritto delle successioni e finalmente la concezione individualistica, assoluta ed esclusiva, della proprietà. La quale tutto riassumeva, ma anche tutto sovrastava: se è vero che tutto il Codice aveva modellato le sue scelte su quelle del *borgnese proprietario*, per il quale la misura del successo stava non tanto nell'acquisizione di proprietà, quanto — come vedremo ancora — nella *efficiente valorizzazione* delle cose così possedute. Il *Code*, in altre parole, non si riferisce a persone astratte, non interpella soggetti giuridici ritenuti uniformemente titolari di autonomia negoziale. Simpatizza piuttosto con chi sa e può venirne fattivamente a capo, incoraggia l'iniziativa e premia il successo. È, in altre parole, il codice dell'uomo *quale proprietario*. Come aveva del resto giustamente intuito il tribuno Sédillez, che nel dibattito del 30 aprile 1803 sulle liberalità riassunse l'ispirazione di fondo del *Code* ricordando a tutti che « *lors même qu'il s'occupe des personnes, c'est toujours dans la considération d'une propriété quelconque qui leur appartient ou qui peut leur appartenir* ».

d) Eppure non tutto è così ovvio, scontato, palese, come pur si vorrebbe poter credere. Non tutto si inserisce così armonicamente nello stupendo mosaico approntato dal gruppo uscito vincente dalla grande rivoluzione. A guardarlo controluce, o anche solo « diversamente », il codice può sorprendere; svela infatti inclinazioni inattese ed attitudini contraddittorie. Delle quali non possiamo dire, ancora una volta fraintendendo o aggirando l'ostacolo, che sono la conseguenza di dimenticanze, confusioni od errori, poiché in realtà

conseguono a scelte precise e documentabili. Dobbiamo tenerne conto, prenderle sul serio, per approdare ad un giudizio storico plausibile e convincente: e questo anche se — come dicevo — dovessero distruggere o far vacillare qualche comoda certezza. Mi limito qui a segnalare tre esempi.

aa) Il codice francese è stato spesso celebrato quale monumento del liberalismo: con qualche convincente motivo, devo pur aggiungere. Non da ultimo anche perché ha riconosciuto l'assoluto primato dell'autonomia privata. Senza voler interferire negli àmbiti ad essa riservati, si è accontentato di predisporre (liberandole da eventuali ostacoli) le strade, che dovevano poi permetterne una espansione ottimale. Come conferma puntualmente uno degli articoli più importanti di tutto il Codice, l'art. 1134: « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Recenti indagini, che non si sono più accontentate di questa interpretazione tralatizia e quasi rituale, ma hanno scavato nel terreno ancora sostanzialmente inesplorato della prassi, hanno tuttavia fatto emergere un'altra verità. Quest'ultima svela impietosamente come dietro a questo codice così liberale e permissivo, che in tutto sembra rimettersi alle decisioni dei soggetti giuridici, operi in realtà una *tendenza repressiva*, poco visibile ma in compenso efficace, riconducibile più ad Hobbes che a Locke, percorsa più da pessimismo che da ottimismo, ed indubitabilmente più assolutistica che liberale. Cosa dobbiamo pensarne, di questo modo davvero nuovo di « leggere » il codice? Forse occorre partire da lontano, se vogliamo renderci conto della attendibilità di questa nuova interpretazione: della quale io, questo vorrei anticiparlo, non dubito minimamente.

Quando si evocano le nuove potenzialità che il diritto borghese conferisce agli individui — ed *in primis* la capacità giuridica, che cronologicamente tutte le altre precede e idealmente riassume — si dimentica generalmente di menzionare il tornaconto. La borghesia queste opportunità (per chiamarle una volta così), non le elargisce infatti graziosamente ai soggetti giuridici: le attribuisce loro affinché ne facciano un uso conforme alle implicite attese del nuovo sistema economico. Non è conseguentemente disposta a tutelare ogni e qualsiasi interpretazione di tali libertà, ma *obbliga* i titolari a farne un uso efficiente e valorizzante. Se tale previsione poi non dovesse

avverarsi, interverrebbero il legislatore o il giudice, senza perdere tempo: per indurre il titolare di diritti soggettivi ad esercitarli non secondo le proprie (magari singolarissime) scelte, ma in conformità alle aspettative prevalenti del gruppo. Se si accetta questa premessa, che non voglio qui approfondire (come pure meriterebbe), potremo allora facilmente capire come il diritto borghese non possa limitarsi a ribadire l'autonomia dei singoli. Sa che la rinuncia imposta da tale appello potrebbe talvolta anche non convenirgli, togliendogli i mezzi per imporre ai soggetti giuridici il proprio programma. E quindi interviene, quando ciò fosse necessario, limitando o persino revocando la libertà decisionale dei singoli, in questi casi eccezionali sostituendo ad essa le proprie opzioni, ed imponendole d'autorità ai soggetti di diritto. Se leggiamo il codice in questa luce, scopriamo di colpo un mondo rimasto finora nell'ombra. Ci accorgiamo così che il codice dispone di molte strategie per ovviare al pericolo di un esercizio letargico, irrazionale, parassitario dei diritti soggettivi: *incoraggia, dissuade, punisce, premia, vieta, espropria*. Distrugge a tal modo il mito dell'uguaglianza e gli contrappone quello di una disuguaglianza funzionale ai piani borghesi. Potremmo anche dire: viste finalmente le cose in questa luce, il senso originario dell'autonomia privata è stato corretto e modificato, per farne ora lo strumento di disciplinamento sociale.

Non è allora difficile aderire alle critiche ricordate: è logico e ragionevole ritenere che, contrariamente alla visione generalmente accreditata, la supposta centralità dell'autonomia privata sia magari inesistente, perché frutto di una finzione; e che nella realtà dei fatti abbia un carattere solo residuale, sia ridotta a poca cosa, si attui in ambiti del tutto marginali, quindi poco rappresentativi.

*bb)* Per quanto attiene poi alla proprietà, ed in particolare a quella immobiliare, cui dedico il secondo esempio, lo scarto fra diverse e non tutte previste, comunque non tutte ugualmente auspicate situazioni, è ancora più palese e preoccupante. Tento di documentarlo, riassumendo qui almeno gli estremi del problema.

Corrisponde indubbiamente al modello dominante la concezione proprietaria che traspare dall'art. 544 del *Code*: proprietà come diritto di un *unico* titolare di godere e (soprattutto) disporre di *tutta* la cosa in modo *esclusivo ed assoluto*, ancorché nei limiti dell'ordine giuridico, rispettivamente secondo le modalità preferen-

ziali indicate da questo ordine. Chi fosse tentato di insistere sull'assoluto primato a tal modo conferito all'autonomia decisionale del proprietario, ossia — per usare l'espressione storica — al suo *libitum*, dovrebbe anzitutto rileggere quello che ho appena ricordato in tema di riconoscimento della capacità giuridica. Se conferiva al proprietario il diritto di spiegare una propria iniziativa nei confronti delle cose possedute, non senza *arrière-pensée*. Poiché tale facoltà veniva concessa nell'ambito di un ordinamento economico e giurisprudenziale, che tutto puntava sulla carta di un esercizio *dinamico, efficiente, valorizzante della proprietà*, di una mobilitazione ottimale, *scil.* totale di tutte le energie disponibili. Per cui il prototipo del proprietario non era certamente quello del borghese godente, indolente o tesaurizzatore, ma quello del borghese dinamico, attivo, incline anche al rischio, ma soprattutto attento ad incrementare valori e patrimoni. Con la staccata serenità, che solo è concessa ai migliori scrittori, l'aveva capito al volo Stendhal: « *Le code civil arrive rapidement à tous les millionnaires, il divise les fortunes, et force tout le monde à valoir quelque chose et à vénérer l'énergie* ».

Ma tutto questo, che in realtà è ovvio e scontato, non ci autorizza ad ignorare il contemporaneo ricorrere di situazioni che contraddicevano al modello appena delineato, relativizzando vistosamente il primato praticamente assoluto del *propriétaire solitaire*, che tutto poteva se tutto voleva. Erano queste situazioni espressamente « tollerate » (per non dire di più) dalla dottrina dell'*école de l'exégèse*, e persino sanzionate dalla giurisprudenza dei tribunali; ricordavano modelli del passato, ritenuti (a torto) definitivamente accantonati dal nuovo codice. Penso in particolare all'imposizione di restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, oppure al riconoscimento teorico e pratico di fattispecie, al cui centro dominava non l'unità, ma il *frazionamento della proprietà* fra più titolari. Corrispondevano più al modello feudale dei *plura dominia*, che non al desiderio borghese di unificare anche nell'ambito proprietario, ossia di concentrare *tutte* le prerogative proprietarie *in una sola mano*, onde facilitare una realizzazione ottimale del valore inerente alle cose.

cc) Quando ripetiamo che il *Code civil* fu il primo codice integralmente borghese, pensiamo ovviamente anche al fatto che per la prima volta poté rivolgersi in modo uniforme a tutti i francesi,

senza distinzioni di sorta: tutti accomunandoli, come vedemmo, nel segno della soggettività giuridica. È facile immaginare la tentazione insita in tale ragionamento, incoraggiata anche dal taglio deliberatamente egualitario sotteso a taluni istituti centrali del diritto privato: quella di idealizzare il codice e quindi di considerarlo una grande *conquista democratica*. Ma anche qui la verità prima o poi venne a galla: era vero che il codice interrogava tutti in ugual modo, a tutti concedeva la stessa libertà, tutti costringeva ad una stessa disciplina, a tutti imponeva la stessa regola del gioco. Ma non per questo era davvero il codice di tutti. Restava il codice sognato ed ambito da taluni, quindi un codice di parte. Ed a ciò ovviamente ci riferiamo, quando diciamo che è un codice borghese. Perciò occorre capirlo ed interpretarlo alla luce dei desideri, delle scelte, dei programmi *di questa parte*, alla quale volle preferibilmente servire. Poiché solo così gli faremmo giustizia, corrisponderemmo alle sue intenzioni. Per questo motivo a me pare totalmente fuori posto rimproverargli la sua notoria indifferenza — per non dire di più e di peggio — nei confronti dell'altruismo, della solidarietà, della carità; oppure la mancanza di ogni « apertura sociale », che permettesse eccezionalmente interventi volti a tutelare il contraente più debole, il proprietario intercluso, ecc. Perché io penso che questi valori non rientravano nel quadro ideologico della borghesia, le erano stranamente estranei, disturbavano solo i suoi calcoli. Perché avrebbero dovuto essere presenti nel codice, che essa aveva modellato in funzione dei propri programmi?

Vorrei riassumere il senso di tutte queste riflessioni dicendo: non è il caso di tacerle e nemmeno di nascondere le contraddizioni che evidenziano. Poiché arricchiscono salutarmente il quadro complessivo, all'interno del quale il codice rappresenta un episodio quasi simbolico. Ed ancora una volta ci ricordano le opportunità, spesso diverse o persino di contrario segno, che solo l'astrattezza del codice permetteva di allineare sullo stesso piano. Quello che sarebbe stato impensabile e comunque inattuabile in ordine ad un codice non ancora smaterializzato, come era quello prussiano, diventa allora di colpo esperibile con l'astratto *Code civil*. Viene così trapiantato senza difficoltà nei molti paesi inghiottiti dalla voracità espansionistica di Napoleone, anche se in essi regolarmente sussistevano condizioni politiche e sociali diverse da quelle francesi; viene persino

occasionalmente rivendicato da persone e gruppi, le cui aspirazioni gli erano sostanzialmente estranee. Per cui non sembri fuori posto concludere queste riflessioni citando un'affermazione di Engels del 1890, secondo cui raramente avviene « *dass ein Gesetzbuch der schroffe, ungemilderte, unverfälschte Ausdruck der Herrschaft einer Klasse ist* ».

e) Se poi, sulla scia di recentissime ricerche, insistiamo sul carattere frammentario di ogni codice e riteniamo che anche il *Code civil* debba essere capito e descritto quale elemento di un ordito più ampio e complesso, del quale riflette i valori o i significati via via emergenti, approdiamo ad una nuova lettura della sua storia. La voglio ricordare in conclusione, perché la ritengo degna di riflessione ed in ogni caso stimolante.

Contrariamente ad un'opinione accreditata, ma mai messa davvero in discussione, il *Code civil* non fu inizialmente celebrato quale trionfo dell'individualismo giuridico. Apparve al contrario quale tassello di un mosaico, che obbediva ad una logica *più statualistica che individualistica*, perciò più attenta all'uguaglianza che alla libertà. Il suo *entourage* era occupato preferibilmente dal diritto pubblico ed in specie da quello amministrativo: ossia da un diritto disposto anche ad intervenire, modificare, correggere e compensare, per garantire quel minimo di uguaglianza materiale che una concezione appunto ancora statualista del diritto privato riteneva irrinunciabile. Naturalmente anche questa nuova « lettura », che è comprensibilmente incline a suggerire una continuità sostanziale fra il diritto privato dell'*Ancien Régime* e quello previsto dal *Code*, dovrà prima o poi fare i conti con altre letture di contrario segno: con quella, ad esempio, alla quale corrispondevano implicitamente molte riflessioni proposte finora, e che vedeva nel codice (anche) un frutto della « filosofia » giuridica della rivoluzione francese.

A partire da metà secolo la traiettoria comunque si incrina e — come aggiungo ora un po' impropriamente — cambia direzione. Il desiderio sempre più impellente di rivendicare l'autonomia della società e di liberare il mercato da ogni intervento esterno, perché estraneo al gioco della concorrenza, altera la logica del mosaico che circonda il *Code*. Conferisce a questo — per il tramite di una interpretazione diversamente orientata — nuovi significati, di stampo inequivocabilmente individualistico. Arrivati qui non è sor-

prendente ricordare, che questo « cambiamento di paradigma », come si è detto in sequela alla terminologia inaugurata da Th. S. Kuhn, impone di risalire, ancora una volta, alla scuola storica. Se non all'insieme delle sue istanze metodologiche, certamente alla sua corrente pandettistica ed a quello che è già stato ritenuto il suo fondamento giusfilosofico. Anche i nomi che circolano negli scritti dei fautori di questo cambiamento sono quelli noti e già citati nell'analogo contesto austriaco: Savigny, Kant, Adam Smith. Tre nomi in una ghirlanda, quella del diritto romano. Sarei anch'io tentato di esclamare, più o meno rassegnato: la storia si ripete. Ma non è vero, non può essere vero, anche se ovunque lo storicismo (quello almeno di estrazione pandettistica) ha tranquillamente deposto le uova nel nido della codificazione. Così continuo a chiedermi: quando ci metteremo a ragionare seriamente (ossia diversamente) sulla storia recente del diritto romano e sui reali significati assunti dai suoi ripetuti innesti nell'albero della codificazione?



## Lezione sesta

### UN RAPIDO SGUARDO AL CODICE CIVILE SVIZZERO DEL 1907

#### 1. *Introduzione: una giustificazione.*

In merito alle codificazioni elaborate nei diversi stati europei nel corso degli ultimi 150 anni e non ricordate finora (ad es. Spagna, Portogallo, Italia, Belgio, Olanda, Germania), rinvio alle dettagliate informazioni che offre ora COING Helmut (curatore), *Handbuch der Quellen und Literatur* (già citato supra) in particolare vol. III, tomi 1 e 2 (1982). Quivi si troveranno anche i necessari ragguagli bibliografici. Mi limito perciò ad aggiornare quelli sulla (nuova) codificazione italiana:

UNGARI Paolo, *L'età del Codice civile-Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967; UNGARI Paolo, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Ristampa aumentata, Brescia 1974; ASTUTI Guido, *La codificazione del diritto*, in: G.A., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, Raccolta di scritti*, Napoli 1984, II, 803-846; GHISALBERTI Carlo, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma-Bari 1985 (ristampa 1994); IRTI Natalino, *Una generazione di giuristi*, Milano 1988; SALVI Cesare, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in SCHIAVONE A. (curatore), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, 233-273; TETI Raffaele, *Codice civile e regime fascista-Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990; RESCIGNO Pietro, *Introduzione al Codice civile*, Bari 1992; AA.VV., *I cinquant'anni del Codice civile, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, 2 volumi, Milano 1993; AA.VV., *Il Codice civile-Convegno del cinquantenario dedicato a F. Santoro-Passarelli* (15-16 dicembre 1992), Accademia Nazionale dei Lincei, *Atti dei Convegni lincei*, Roma 1994; AA.VV., *Per i cinquant'anni del Codice civile* (a cura di Michele SESTA), Seminario giuridico dell'Università di Bologna CLVI, Milano 1994; MARINELLI Fabrizio, *Gli itinerari del Codice civile*, Milano 1995; BONINI Roberto, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, 3. edizione aggiornata, Bologna 1996; BONINI Roberto, *Il diritto privato dal nuovo secolo alla prima guerra mondiale-Linee di storia giuridica italiana ed europea*, Bologna 1996.

Se dovessi continuare a descrivere la storia della codificazione secondo il modello seguito finora, dovrei affrontare o almeno accennare a tutte le codificazioni che videro la luce sul continente dopo il 1812. Che sono molte ed ovviamente anche molto disparate,

riflettendo esse puntualmente le singolarità (politiche, sociali, economiche, culturali) di paesi appunto molto diversi.

Ma questa strada non mi sento di imboccarla. Mi porterebbe troppo lontano, anche se davvero mi limitassi a sottolineare gli aspetti più salienti e singolari di ciascun codice. Per tacere il fatto che, in taluni casi, mi farebbe persino palesemente difetto la competenza. E finalmente credo di poter prescindere da simile *détour*, poiché oggi esistono preziosi sussidi bibliografici, idonei a fornire tempestivamente tutte le informazioni desiderate, ed anche a farlo in modo attendibile. Ad essi preferisco rinviare, ad essi delegare il compito di raccontare — sulla scia dei molti codici promulgati nei diversi paesi — quali furono i destini dell'idea codificatrice nel corso del XIX secolo. Appurati i quali sarà facile renderci conto di un fatto: che queste successive codificazioni, comprese quelle nazionali della seconda metà del secolo, generalmente poco si scostano dal concetto finora condiviso e dai modelli proposti dai tre codici appena esaminati. Gli scarti, se ci sono, sono complessivamente ridotti.

Quanto a me, che a tal modo rivendico il privilegio di non costringere il mio fiume a perdersi in mille rigagnoli, vorrei piuttosto approfondire un episodio recente di questa lunga storia, e gettare uno sguardo su quel codice, che conosco meglio di altri, poiché vige tuttora nel paese ove vivo: mi riferisco al Codice civile svizzero, promulgato all'unanimità dal parlamento federale nel 1907 ed entrato in vigore nel 1912. Se lo faccio, ovviamente non per amor di patria, ma perché questo codice si scosta talora clamorosamente dai modelli, ai quali finora avevano aderito (o persino si erano appoggiati) gli altri codici europei. Sia per quanto attiene alla forma, che al contenuto, batte altre strade, appare subito come un prodotto « diverso », difficile da descrivere e più ancora da catalogare. Esaminandolo, ci imbattemmo così in nuovi aspetti della storia della codificazione, finora rimasti nell'ombra.

## 2. *Un codice orgoglioso ed originale.*

Sulla storia del Codice civile svizzero del 1912 resta tuttora valido il penetrante sguardo riassuntivo di LIVER Peter, *Allgemeine Einleitung*, in *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, I, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962, 7-77. Vedi

inoltre: HUBER Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, volume IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1893; AA.VV., *Vorträge über den Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, gehalten im Züricher Juristenverein im Winter 1905/1906, 2 volumi, Zürich 1906; EGGER August, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Zivilgesetzbuches-Ein Ueberblick*, Zürich 1908; HUBER Eugen, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, 2. edizione, 2 volumi, Bern 1914 (versione in francese: *Exposé des motifs de l'Avant-projet*, Berne 1902); EGGER August, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, ristampa inalterata, Zürich 1950; SCHWARZ Andreas B., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung*, Zürich 1950; MEIER-HAYOZ Arthur, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich 1951; EGGER August, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, I, *Beiträge zur Grundlegung des Privatrechts*, Zürich 1957; GAUYE Oscar, *Eugen Huber und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch*, *Revue de droit suisse* NS 80, 1961, I, 63-79; AA.VV., *Centenarium 1861-1961*, in *Revue de droit suisse* NS 80, 1961, II, 193-348; AA.VV., *50 ans de Code civil suisse*, in *Revue de droit suisse* NS 81, 1962, I, 1-140; GAUYE Oscar, *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907*, in *Revue suisse d'histoire* 13, 1963, 54-100; GMÜR Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bern 1965; YUNG Walter, *Etudes et articles*, Genève 1971 (soprattutto p. 1-70); CARONI Pio, *Anton Menger ed il Codice civile svizzero del 1907*, in *Quaderni fiorentini* 3-4, 1974-1975, 273-318; CARONI Pio, *Das « demokratische Privatrecht » des Zivilgesetzbuches*, in *Mélanges H. Deschenaux*, Fribourg/Suisse 1977, 37-62; HIRSCH E.E., *Rezeption als sozialer Prozess-Erläutert am Beispiel der Türkei*, Berlin 1981; MANAI Dominique, *Le juge entre la loi et l'équité-Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne 1985; MANAI Dominique, *Eugen Huber-Juriconsulte charismatique*, Basel-Frankfurt am Main 1990; CARONI Pio, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in *Revue de droit suisse*, 110, 1991, I, 381-419; POUURET Jean-François, *Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIXe siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger* 69, 1991, 41-61; STEPPACHER Ralph, *Die Berücksichtigung der bürgerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR-Ein Beitrag zur Schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893-1912)*, Frankfurt am Main (etc.) 1992; MERLINI Giovanni, *Un'illusione in frantumi-La vicenda svizzera della proprietà per piani tra idealismo giuridico e questione fondiaria*, Berna 1993; CARONI Pio, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel-Frankfurt am Main 1996.

Da sempre il CCS gode di una reputazione piuttosto singolare: quella di essere un codice orgoglioso ed originale. A ben vedere essa evoca contemporaneamente aspetti non necessariamente connessi, che è bene distinguere anche in questo breve *aperçu*.

a) Il primo di essi tocca il rapporto concretamente ipotizzabile fra il codice ed i grandi modelli emersi nel corso del XIX secolo. Mentre la quasi totalità dei codici cantonali era stata elaborata sulla scia di uno di essi, con particolare preferenza per quelli austriaco e francese, il CCS imboccò un'altra strada. Ebbe la massima conside-

razione per tutti i codici esistenti, ma preferì non eleggerne uno concreto a proprio esclusivo modello. Lo stesso approccio antidottrinario vale anche in punto alla tradizione storica: in particolare non vi fu nessuna adesione, né esclusiva né preferenziale, all'una o all'altra delle correnti emerse all'interno della scuola storica. Di tutti i materiali disponibili, di quelli storici o attuali, locali o foranei, il Codice fece un uso insieme prammatico e spregiudicato: quell'uso che veniva del resto suggerito dall'ottica giuspolitica, notoriamente sottesa alle scelte del legislatore. Furono perciò valorizzati tutti quei materiali che in un modo o nell'altro servivano all'erezione del nuovo edificio, perché offrivano risposte idonee a risolvere problemi attuali. Date queste premesse, vennero essi assemblati senza troppi riguardi per la loro specifica provenienza geografica o storica. L'esito appare ampiamente scontato: nel CCS troviamo, vicine l'una all'altra, persino imbricate, soluzioni romanistiche e germanistiche, regole tolte da codici cantonali oppure da qualche codice straniero, anche risposte nuove, escogitate di sana pianta, se solo così sembrò ragionevole risolvere un problema giuridico del presente.

b) La singolarità del CCS deriva secondariamente dal fatto, che esso è talora intervenuto di peso in una disputa scientifica tuttora aperta e l'ha per così dire conclusa non con la bontà di nuovi argomenti, ma con l'autorità (e talvolta anche l'autorevolezza) della soluzione legislativa. Penso, per citare l'esempio più noto, alla riflessione antipositivista, che in Francia era stata fortemente propiziata dall'opera di François Gény e che in Germania aveva persino dato vita ad un nuovo indirizzo metodologico e ad una nuova scuola, quella del « libero diritto » (*Freirechtsschule*). Quest'ultima intendeva reagire sia alla letargica *routine* dell'*école de l'exégèse* che alla pretesa indubbiamente totalitaria — e quindi ben diversamente minacciosa — del nuovo BGB tedesco: massime insistendo sulla libertà e sui poteri inerenti all'attività giurisdizionale, gettando nuova e diversa luce sulle clausole generali e generalmente incoraggiando a non sopravvalutare la portata delle soluzioni legislative, conferendo loro una valenza sproporzionata, che in realtà non volevano e non potevano rivendicare.

Quando, nel 1904, fu pubblicato il progetto ufficiale del CCS, molti interlocutori di questo dibattito europeo vi scoprirono risposte utili, chiare e definitive. Come appunto solo una legge poteva

proporre. Sono proprio quelle risposte, del resto universalmente note, che hanno fatto la notorietà del Codice e gli valsero la fama dell'originalità. Penso ovviamente agli articoli del Titolo preliminare, anzitutto a quello che (con involontaria spavalderia) mette sullo stesso piano giudice e legislatore, non meno che alle clausole generali (buona fede, divieto dell'abuso di diritto) o all'obbligo di risolvere talune controversie secondo il diritto e l'equità. Se nel caso prima ricordato l'originalità traeva argomento da un atteggiamento autonomo del codice rimpetto alla tradizione, in questo secondo caso essa è stata determinata da una contingenza esterna, ossia da una problematica discussa un po' ovunque sul continente e legata a specifiche esperienze codicistiche.

c) Analogia riflessione mi pare lecita anche in merito ad un terzo ed ultimo aspetto: orgoglioso ed originale poté essere ritenuto il Codice svizzero anche perché, promulgato pochi anni dopo l'entrata in vigore del BGB tedesco (1900), subito apparve quale controfigura meno iperbolica, ossia più saggia e credibile, anche più accessibile. La prossimità cronologica e la contiguità geografica facilitarono il confronto, questo evidenziò subito quel contrasto che fece risaltare la « diversità » del nuovo codice. Si riferiva alla forma non meno che al contenuto: nel codice svizzero tutto era meno completo, meno preciso, meno definitivo. Poté così anche diventare oggetto di prevedibile ammirazione da parte di tutte quelle persone, che pur ammettendo la supremazia (più teorica che realmente scientifica) del BGB tedesco, ne registravano anche (con qualche sgomento) l'estrema freddezza, per non parlare di una ostentata indifferenza *vis-à-vis* dei reali problemi di una società non precisamente pacificata. Se spesso il codice svizzero gli fu preferito, fu proprio per quel suo taglio deliberatamente dimesso, per quella sua lingua accessibile, anche per una sua innegabile apertura sociale, sulla quale tornerò a ragionare. Tutto concorreva a conquistargli simpatie, riproponendo così l'eterno tema dell'impari confronto fra Davide e Golia.

### 3. *Un codice popolare.*

Il CCS, che unificò il diritto privato sessant'anni dopo la costituzione dello Stato federale (1848), viene spesso ritenuto un codice

popolare, perciò idealmente contrapposto a quelle codificazioni che si rivolgono preferibilmente agli specialisti del diritto. Questo secondo aspetto non desta nessuna meraviglia, anzi conferma la tesi già formulata, che afferma l'esistenza di un nesso, vigoroso e necessario, fra costituzione e codice. Se è vero che il codice venne elaborato all'interno di una struttura politica tradizionalmente democratica e repubblicana, questo fatto deve necessariamente riflettersi nel Codice. Sia nella forma esterna scelta per formulare i precetti della legge (come vedremo ora), sia nei contenuti concreti (come si vedrà al prossimo punto).

*a)* In una democrazia diretta, le leggi sono fatte dal popolo per il popolo. Non sono messaggi cifrati, che interpellano esclusivamente la competenza del professionista. Se debbono valere in ugual modo per tutti, debbono essere accessibili a tutti. Per realizzare questi propositi, del resto passabilmente ambiziosi, il legislatore dovette fare scelte molto chiare:

si accontentò di dire poche cose, massime quelle ritenute indispensabili (evitando dettagli e casistica); le disse in modo ordinato e piano; e le formulò in una lingua che rifletteva la quotidianità, concreta e variopinta com'era. Era anche una lingua — già lo si sarà capito — che se evitava accuratamente l'astrattezza e la laconicità dei concetti e delle espressioni tecniche preferite dai giuristi, non disdegnava in compenso di ripetere locuzioni proverbiali, pur di raggiungere subito e senza mediazioni l'intelligenza e i sentimenti dell'uomo comune.

*b)* In una democrazia diretta, inoltre, i giudici togati sono un po' come le mosche bianche. Il legislatore ne tenne notoriamente conto all'atto di formulare le regole e di disporle nel codice. Si spiegano così taluni vistosi scarti nei confronti della tradizione continentale: la rinuncia ad una parte generale (che dopo l'esempio statuito dal BGB non era scontata); il desiderio di risparmiare al giudice lunghe e complesse deduzioni, sottoponendogli un testo concreto e « leggibile », perciò direttamente applicabile; la tendenza a non condizionarlo o disciplinarlo oltre misura nel suo lavoro. Tendenza che documenta meglio di altri dettagli la fiducia riposta dal legislatore nel giudice popolare, la convinzione che solo un'ampia libertà di movimento potesse garantire un'applicazione oculata ed imparziale della legge. È noto che, su questo punto, i giudici

svizzeri hanno clamorosamente deluso le attese del legislatore. Non hanno troppo apprezzato la libertà loro concessa. Atterriti com'erano dall'*horror vacui*, hanno regolarmente preferito l'analogia al « salto nel vuoto » loro suggerito, se non proprio imposto, dall'articolo introduttivo del codice.

c) Anche la popolarità ha, come tutte le medaglie, il suo rovescio. Nel nostro caso sotto forma di inesattezze, vaghezze ed ambiguità linguistiche, lacune materiali, incertezze sistematiche. Che tutte comunque non hanno ostacolato il sorgere e l'irrobustirsi di una civilistica svizzera, votata primariamente all'approfondimento scientifico del nuovo Codice, sullo sfondo della tradizione continentale. Con il suo affermarsi si concludeva un lungo e significativo capitolo della storia giuridica svizzera ed uno nuovo si apriva, nel quale tutti ancora ci dibattiamo. Per secoli il paese era stato allergico alla scienza giuridica (per non dire di peggio), poiché la riteneva materialmente superflua e politicamente inopportuna, quindi del tutto indesiderata. Ancora in pieno XIX secolo diede chiari segni di insofferenza, dissuadendo talora scopertamente la gioventù dall'abbracciare le professioni forensi. Ciò avveniva non solo poiché si temevano tuttora le conseguenze sociali e politiche della specializzazione, ma anche perché quello della semplicità e della popolarità si era nel frattempo rivelato un *mito comodissimo e provvidenziale*: utile anche perché permetteva di disciplinare ed integrare nello stato spinte destabilizzanti e persino sovversive.

#### 4. *Un codice sociale.*

Anche l'ultimo aspetto, che desidero brevemente illustrare, alligna nella struttura democratica e repubblicana e tocca il contenuto del nuovo diritto. Svela infatti un orientamento giuspolitico finora poco seguito perché — scostandosi sensibilmente dalla tradizione liberale — si apre ad istanze marcatamente sociali. Ciò mi induce a riferirne in modo più dettagliato; ma mi impone pure di riflettere preliminarmente sulle condizioni che debbono essere realizzate, affinché l'*ipotesi di un diritto contemporaneamente privato e sociale* sia teoricamente sostenibile ed appaia concretamente realiz-

zabile. Per farlo, è utile anzitutto ricordare il contesto storico, in cui tale ipotesi prese lentamente forma.

In tutta Europa, nella seconda metà del secolo scorso, nacque ed ingigantì minacciosamente la cosiddetta *questione sociale*. Questo termine, di per sé vago ed incolore, designava tutti i problemi sociali sorti in sequela alla rivoluzione industriale e rimasti purtroppo a lungo insoluti: ed in particolare quelli di natura morale, economica, demografica ed igienica, nei quali i grandi capitani della rivoluzione industriale non videro altro che l'inevitabile sacrificio umano imposto dal « progresso ». Non si trattava, come insegna la storia sociale, di divergenze marginali, ma di contraddizioni di fondo, di vere catastrofi umane, suscettibili di sconvolgere, se non tempestivamente combattute e rimosse, tutto l'ordine sociale. Il che spiega l'impegno profuso nel tentativo di risolvere questo problema, o almeno di riportarlo tempestivamente entro l'alveo di una sopportabile normalità. Un impegno non privo di tornaconti personali, va aggiunto: poiché se da un lato si lottò per migliorare le condizioni di vita delle persone direttamente coinvolte da questa indescrivibile tragedia, d'altro canto si mirò a farlo anche per calmare gli animi e così scoraggiare a limine una eventuale strategia rivoluzionaria.

Anche i giuristi si impegnarono in questa lotta. Non tutti e non costantemente, anche questo va detto. Ma comunque furono in parecchi a combattere i tragici contraccolpi sociali dell'industrializzazione servendosi dell'arma del diritto. Lo fecero mossi da un'intima convinzione: quella, secondo la quale fosse non solo auspicabile, ma anche concretamente possibile combattere gli squilibri sociali e sopprimere così almeno le situazioni più scandalizzanti (che erano al contempo anche le più compromettenti e quindi pericolose) predisponendo un diritto privato chiamato sociale, perché sensibile all'esigenza di difendere il soggetto giuridico più debole, di tutelarlo ed occasionalmente di favorirlo in funzione compensatoria, ossia nell'intento di ristabilire un minimo equilibrio fra le parti. Confidavano perciò implicitamente nella capacità del diritto di modificare le strutture sociali e preferivano — per ovvii motivi politici — questa strategia riformistica (e quindi tendenzialmente indolore) alla temuta lotta di classe propiziata dal socialismo.

Su queste posizioni si attestarono, a partire dal 1870/1880, anche giuristi di chiara fama. Criticarono implacabilmente — tanto



per citare un caso concreto, peraltro noto — i progetti elaborati in Germania in vista dell'unificazione del diritto privato: li ritenevano smaccatamente partigiani e già per questo motivo impopolari, poiché privilegiavano unilateralmente gli interessi borghesi. Due nomi emersero qui, che incarnavano quasi simbolicamente le due anime estreme del movimento: Otto v. Gierke e Anton Menger. Muovendo da scelte politiche contrapposte (conservatrice quella di Gierke, socialista quella di Menger), convenivano poi sull'opportunità di mitigare l'« egoismo » che permeava i progetti « romanistici » del BGB, con una prassi più conciliante e mediatrice. Che a Gierke veniva suggerita dai modelli dell'antico diritto germanico (ora riscoperto nella sua dimensione sociale), a Menger invece dal desiderio di affrettare a tal modo la transizione al socialismo.

Anche Eugen Huber, al quale nel 1892 il Governo elvetico aveva ufficialmente conferito l'incarico di elaborare un progetto di codice civile unitario, e che per questo motivo viene tuttora venerato quale padre della patria codificazione, apparteneva al novero di questi giuristi. Aveva a lungo ragionato sulla storia del diritto privato nelle diverse regioni culturali e linguistiche del paese ed aveva qui riscoperto proprio quegli aspetti comunitari, che Gierke ritrovava nel più ampio orizzonte germanico. Deciso per molte ragioni a contrastare gli antagonismi sociali, tenne conto di tutto questo al momento di formulare i progetti del nuovo codice. Ovviamente non tutte le sue coraggiose proposte superarono indenni i molti ostacoli politici e procedurali. Talune caddero subito, altre rimasero, anche in capo ad accese discussioni, ma il loro significato ne uscì stravolto (per non dire straziato). Quello che restò è tuttavia bastato per attestare un'altra « diversità » del CCS: non appare oramai più come il tipico codice esclusivamente individualista, ma tenta una difficile opera di mediazione fra interessi e tendenze contrapposti. Non a torto è stato perciò ritenuto il *codice di un individualismo sociale*.

Arrivati a questo punto è importante non accontentarsi di evocare quasi istintivamente questa formula, come se già da sola avesse un potere taumaturgico. Occorre piuttosto riflettervi, per capirla nella sua dimensione teorica come anche nella sua portata pratica.

a) In che modo tenta il CCS di realizzare un diritto privato sociale? Quali mezzi, quali accorgimenti servono a questo scopo?

Senza entrare nel dettaglio, vorrei semplicemente indicare qualche « percorso » possibile, che la dice lunga sulle scelte del legislatore: penso anzitutto alla *matrice solidaristica*, ossia al desiderio di emanare norme non dettate unilateralmente dagli interessi di un ceto o di una classe; al favore espresso nei confronti delle più disparate *forme di socialità*, dall'associazione alla cooperativa, dalla proprietà comune a quella collettiva; al coinvolgimento occasionale dell'*autorità statale*, massime a tutela degli interessi di una parte ritenuta più debole (il che ha potuto giustificare, almeno formalmente, l'accusa di paternalismo rivolta al codice); alla *relativizzazione dei diritti soggettivi*, soprattutto tramite l'esplicito generale divieto dell'abuso di diritto; e finalmente alle numerose situazioni, nelle quali la legge, direttamente o indirettamente, fa posto a quel *diritto diseguale*, al quale affida poi la missione di ripristinare qualche frammento di uguaglianza materiale. In tutti questi casi, dei quali dovrò ancora occuparmi, la legge impone una propria scelta, una propria soluzione, accordando al debole maggior difesa, accollando al forte obblighi più incisivi, anche intervenendo nell'economia dei contratti. Nel limite in cui *costringe* le parti ad aderirvi, si sostituisce alla loro autonomia decisionale. Sarebbe esagerato affermare che rinnega questa autonomia; ma è doveroso riconoscere che essa viene, in questi casi, neutralizzata o sospesa.

b) Raramente ci interroghiamo sul destino incontrato da queste belle proposte. Si direbbe che ci accontentiamo delle parole, che esse sole ci bastino, poiché riteniamo che siano diventate automaticamente vere, che le possibilità da esse evocate si siano generalmente attuate, concorrendo così a disporre diversamente il tessuto sociale, sopprimendo squilibri ed in questo senso parificando le *chances* reali di avvalersi delle possibilità previste dal codice. Del resto a sole parole si riferiva nel 1904 E. Gaudemet quando sottolineava — preoccupato e quasi minaccioso — che le numerose e incisive modalità di intervento appena riassunte connotavano singolarmente questo nuovo codice, lo spiazzavano rispetto al posto occupato dagli altri, facendogli raggiungere « *le point extrême que peut atteindre, dans la législation positive, la socialisation du droit civil* ».

Ma anche qui è bene non fidarsi delle parole, dell'alone che le accompagna, delle immagini che discretamente suggeriscono o per-

sino impongono. Le parole sono contenitori vuoti: prima di usarle dovremmo sempre precisarne il significato concreto, che può essere diverso secondo i tempi, i luoghi e le disposizioni soggettive di chi le inserisce nei propri discorsi, di chi se ne serve più o meno abilmente, più o meno onestamente, per raggiungere ed impressionare la mente dell'interlocutore. Nel nostro caso, l'invito a voler appurare il senso concreto assunto dalle parole, e quindi anche a verificare quale e quanta parte dell'ambizioso programma sia diventato realtà, non è da ritenere velleitario: perché finalmente il codice è in vigore da quasi novant'anni e sarebbe inconcepibile non tener conto di questa preziosa esperienza per trovare una risposta ai nostri interrogativi.

c) Quando poi questa risposta, in capo a più o meno approfondito esame, arriva, subito ci sconvolge: poiché sconfitta *d'emblée* il nostro ottimismo, condanna la nostra euforia e sostanzialmente « recupera » il CCS, lo fa disciplinatamente rientrare nei ranghi delle altre codificazioni borghesi. Ciò avviene poiché la risposta è *tendenzialmente negativa*: rivela che la socializzazione del diritto privato non è stata finora raggiunta, resta un pio desiderio, sulla cui eventuale futura realizzazione diventa sempre più azzardato ragionare. Si ha l'impressione che il delicato meccanismo approntato dal legislatore si sia tosto inceppato e non abbia quindi sortito gli effetti sperati: risulta comunque che talune possibilità di intervento vengono (più o meno accuratamente) evitate; che talune libertà concesse per correggere o sovvertire i rapporti di forza esistenti fra contraenti abbiano propiziato l'effetto contrario e così confermato (per non dire ulteriormente rafforzato) quanto in realtà volevasi combattere; che taluni istituti previsti dal codice in funzione sociale siano rimasti radicalmente lettera morta, vivano tuttora come fantasmi cartacei. Il nuovo diritto prevedeva, programmava, permetteva, incoraggiava. Si nutrivamo di aspirazioni nobili ed aveva legittimato molte speranze. Ma quella realtà (*economica*, naturalmente), che intendeva finalmente catturare e disciplinare, si rivelò più ribelle del previsto, gli oppose resistenza, a lungo andare prevalse. Vi era quindi, al di là dei fatti noti al legislatore, una *realtà diversa*, retta da leggi e meccanismi che si sottraevano facilmente alle sue previsioni ed alle sue speranze. Una realtà, vorrei aggiungere, che anche Eugen Huber conosceva imperfettamente o male e che quindi era indotto a sottovalutare. Con tutte quelle conseguenze negative, che purtroppo ora conosciamo.

d) Saranno ancora vaghi, questi accertamenti, ma non sono più semplicemente presuntivi. Tuttavia non pretendono di concludere il nostro esame e nemmeno ci liberano dall'impegno di indicare — se possibile — i motivi concreti di tale disfatta. Fra le molte risposte possibili vorrei rapidamente segnalare quelle che ritengo più convincenti.

aa) Già una semplice riflessione teorica svela l'estrema debolezza (per non dire precarietà) dell'idea di un diritto privato sociale. Debolezza desunta dall'antinomia delle finalità evocata dalla formula stessa: come può un diritto, sorto sul terreno dell'autonomia decisionale dei soggetti giuridici, rinnegare di colpo questa origine e corrispondere contemporaneamente anche alle attese (presumibilmente contrarie) di interlocutori privati o della collettività? Tenuto conto di questa antinomia di fondo, appare scontato il destino riservato concretamente al diritto privato sociale: perché contrario alla logica del diritto borghese, venne riconosciuto solo in via eccezionale. Come ogni strappo ad una regola ritenuta sacrosanta, ha da muoversi entro limiti chiari e anzitutto circoscritti, rinunciando a dilatarsi o a svolgersi autonomamente. Alla fine viene abilmente marginalizzato, per non dire neutralizzato, ed abbandona così ogni velleità socializzante al diritto pubblico. Al quale verrà delegato l'incarico di intervenire autoritativamente dall'esterno per evitare il peggio e riportare gli scarti sociali entro limiti tollerabili.

bb) Ancora più ingombrante è la contraddizione, se la riferiamo alla situazione economica che servì da base ai calcoli della borghesia. Ho già ricordato che era caratterizzata da macroscopiche disuguaglianze materiali e che proprio in vista di una loro valorizzazione ottimale (rispettivamente di una loro conveniente trasformazione in fattori di produzione) il diritto borghese si era strutturato quale diritto formalmente eguale. In questo senso molto specifico le disuguaglianze *erano costitutive per il diritto borghese*, rappresentavano cioè quella premessa, che conferiva il senso desiderato alla soggettività giuridica. Lo nutrivano letteralmente, questo diritto, che proprio per renderle utili al sistema economico, rispettivamente per addurle globalmente al mercato, aveva generalizzato la capacità giuridica. Ma se tutto questo sta, non vedo come si possa realisticamente ammettere che il codice potesse combattere una tale premessa, quasi masochisticamente recidere il ramo dell'albero, sul

quale stava comodamente assiso. Pensarlo sarebbe imperdonabilmente ingenuo, come ingenua (per non dire peggio) riteneva Antonio Labriola, sul finire del secolo scorso, le proposte di autori italiani che andavano nella stessa direzione indicata da Eugen Huber:

« Fiorirono in questi ultimi anni molti giuristi, i quali cercarono nelle correzioni al Codice civile i mezzi pratici per elevare la condizione del proletariato. Ma perché non chiedono al Papa che si faccia capo della Lega dei Liberi pensatori? ».

cc) Ho già accennato alle numerose situazioni, nelle quali il legislatore aderì all'ipotesi di un diritto occasionalmente diseguale, volto a ristabilire qualche frammento di uguaglianza materiale. Un loro esame più accurato ci impone ora di distinguere: da una parte stanno i casi, nei quali il legislatore interviene di peso e realizza *direttamente* questo diritto diseguale, imponendolo d'autorità ai destinatari; dall'altra parte si trovano quelle fattispecie, ove la legge si limita a sancire la possibilità teorica di un tale intervento. I casi appartenenti al primo gruppo sono importanti, ma quantitativamente limitati; quelli raccolti nel secondo gruppo sono più numerosi, si riferiscono in particolare alle clausole generali del titolo preliminare (art. 2 e 4) e del diritto delle persone (art. 27 e 28), nonché a tutta una serie di situazioni del diritto successorio e dei diritti reali. Ma perché, proprio in queste situazioni, la legge si accontenta di prefigurare, *senza intervenire direttamente*? Chi viene a tal modo investito del relativo potere decisionale? La risposta è molto semplice, quasi ovvia: la decisione, se sia opportuno o meno far capo alle possibilità previste dal codice, viene *delegata* dal legislatore alle parti del rapporto giuridico in discussione, oppure al giudice o finalmente ai Cantoni, che potranno, con un disposto legislativo eccezionale, scostarsi dalle regole del CCS. Senza entrare nel dettaglio e meglio ancora rimandando a cose già scritte altrove, mi limito a dire che tale delega ha spesso sanzionato il *naufragio di ogni ambizione socializzante*. Poiché è chiaro che a tal modo il legislatore rinunciando ad intervenire e ad imporre una propria scelta, *si rimetteva alla realtà*, abdicava *vis-à-vis* dei rapporti di forza che la muovevano, dava loro libero corso, in un certo senso persino li omologava. Abbandonare questa problematica iniziativa alle parti o al Cantone (per il giudice il discorso dovrebbe essere più sfumato), significava implicitamente aderire alla logica del più forte, persino

accettare che imponesse scopertamente di confermare la legge e vanificare l'ipotesi di un diritto diseguale. In questo senso mi pare di scoprire, fra il teorico desiderio di un tale diritto e la rinuncia ad imporlo d'autorità per rifarsi agli « equilibri » determinati (rispettivamente imposti) dal mercato, un'ulteriore imperdonabile contraddizione del legislatore liberale. Ebbe, come vedemmo, conseguenze fatali.

## Lezione settima

### CONCLUDENDO: L'ETÀ DELLA DECODIFICAZIONE

#### 1. Qualcosa sta succedendo.

IRTI Natalino, *Dal diritto civile al diritto agrario-Momenti di storia giuridica francese*, in *Rivista di diritto agrario* 40, 1961, 226-331; HIRSCH Ernst E., *Probleme der Kodifikation im Lichte der heutigen Erfahrungen und Bedingungen*, in *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge-Beiträge zur Rechtssoziologie*, Berlin 1966, 139-160; REHBINDER Manfred, *Status, Contract, and the Welfare State*, in *Stanford Law Review* 1971, N. 23, 941-955; JÄGGI Peter, *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze*, Zürich 1976, *passim*, specialmente 68 ss.; LIEB Manfred, *Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltkontrolle privatrechtlicher Verträge*, *Archiv f. civilistische Praxis* 178, 1978, 196-226; WESTERMANN Harm Peter, *Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht*, in *Archiv f. civilistische Praxis* 178, 1978, 150-195; DE CUPIS A., *A proposito di codice e di codificazione*, *Rivista di diritto civile* 25, 1979, II, 47-53; AA.VV., *Il tramonto della codificazione*, *Rivista di diritto civile* 26, 1980, I, 52-90; SACCO Rodolfo, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in: *Rivista di diritto civile* 1983, I, 117-135; CARONI Pio, *Der «demokratische» Code unique von 1881-Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie*, in CARONI P. (curatore), *Das Obligationenrecht 1883-1983*, Bern-Stuttgart 1984, 19-68; DÖLEMEYER Barbara, *Bürgerliches Gesetzbuch oder Spezialgesetzgebung? - Die Diskussion um die Regelung des Dienstvertrages in den sächsischen Kodifikationsentwürfen*, in H. STEINDL (curatore), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1984, 137 -172; SCHMIDT Karsten, *Die Zukunft der Kodifikationsidee - Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg 1985; CARROZZA Antonio, *La décodification du droit agraire italien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20e siècle, Etudes pour M. de Juglart*, Paris 1986, 205-213; IRTI Natalino, *L'età della decodificazione*, 3. edizione, Milano 1989; IRTI Natalino, *Art. Decodificazione*, in *Digesto*, 4. edizione, Torino 1990 (estratto); BYDLINSKI Franz, *Zivilrechtskodifikation und Sondergesetze*, in *Festschrift Robert Walter*, Wien 1991, 105-115; ALPA Guido, *La persona-Tra cittadinanza e mercato*, Milano 1992; ALPA Guido, *Status e capacità-La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari 1993; CASTRONOVO Carlo, *Decodificazione, delegificazione, ricodificazione*, in *I cinquant'anni del Codice civile, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993, II, 475-497; CORSALE Massimo, *La codificazione vista dall'età della decodificazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 23, 1993, 423-437; IRTI Natalino, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari 1995;

CARONI Pio, *Quale continuità nella storia del diritto commerciale?*, in *Initium-Revista catalana d'Història del dret* 1, 1996, 49-61; KNIEPER Rolf, *Gesetz und Geschichte. Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Baden-Baden 1996.

Dopo aver così attraversato a passo di corsa 250 anni di storia (giuridica, ma anche sociale, politica, culturale) europea, al séguito di un'idea e della sua trasformazione in realtà, secondo le attese e le opzioni di società fra loro diverse ma non per questo inconciliabili, siamo finalmente arrivati al presente. Molto pragmaticamente dovrei dire: ai molti problemi che ci assillano ed ai pochi mezzi di cui disponiamo per risolverli. E quindi mi chiedo: contribuisce ancora, l'idea della codificazione, a dare quelle risposte, delle quali abbiamo bisogno? È tuttora valida? Che ne è diventato della sua attitudine ad organizzare (o disporre) la materia giuridica insistendo sull'idea — così pregna di significati (anche materiali) — dell'uniformità?

So bene che anche a questi interrogativi possono essere date risposte diverse e persino contrarie, a seconda delle premesse poste a base del proprio ragionamento. Chi si accontenta di vedere nella codificazione una struttura formalmente unitaria del diritto privato, che ribadisce la necessità di conferire ad una materia un ordine sempre più logico e sistematico e ne propizia anche la deliberata concentrazione sui principi fondamentali, per il resto facendo affidamento sulla lealtà giuspolitica e l'inclinazione logica del giudice, non nutre dubbi in merito. Non ama che si parli di crisi della codificazione; crede fermamente che il sistema abbia un futuro e per il resto — mi pare — non pensa troppo a queste cose e nemmeno agli innegabili cambiamenti che pur sono nell'aria, persino avvengono sotto i nostri occhi. Chi guarda invece alla realtà odierna in modo meno preconconcetto ed esortativo, questi cambiamenti (o queste evoluzioni) subito li percepisce: segnalano essi, da circa vent'anni, che il terreno attorno alla codificazione sta più o meno lentamente smottando, frana, si aggrega con nuovi elementi, si ricompono. Sta succedendo qualcosa che, in un modo o nell'altro, va dritto al cuore del concetto codificatorio, ossia all'idea dell'uniformità; che la aggredisce, scompone, relativizza, magari anche rinnega. Tutto questo è troppo importante per essere liquidato con un commento vagamente tranquillizzante: urge piuttosto affrontare questa nuova situa-



zione e tentare di capire i motivi che l'hanno provocata, i valori che esprime e la strada verso la quale si orienta.

## 2. *Lo smontaggio del codice.*

Una prima e sommaria analisi delle trasformazioni in atto, ne svela subito la direzione: è contraria a quella presa a suo tempo dalla codificazione e più specificamente recupera ed in un certo senso valorizza tutto quanto l'unificazione del diritto aveva sacrificato, marginalizzato o soppresso. Se la codificazione aveva riordinato le fonti, inserendole in un disegno unitario e pretendendo di imporre loro le proprie scelte, l'evoluzione attuale ci appare avantutto quale *smembramento o sfaldamento di fonti*, che via via si staccano dal codice, si costituiscono in leggi particolari su oggetti specifici e circoscritti, e tendono così a sottrarsi alla sua egemonia. Non penso tanto, riferendone, a quelle sporadiche leggi speciali, che anticamente venivano dislocate all'esterno del codice per contingenti motivi sistematici o giuspolitici. Poiché così facendo nessuno aveva inteso sottrarle al primato codicistico. Esse al contrario lo riconoscevano esplicitamente, questo primato. Accettavano di esservi collegate, quasi di esserne risucchiate: apparivano in realtà come fonti solo formalmente de-situate, ma materialmente aggregate all'universo codicistico, quindi anche indiscutibilmente interpretabili secondo i principi che questo universo reggevano.

Qui penso piuttosto a qualcosa d'altro, e — come subito intuisco — di molto più grave: alla sistematica emanazione di leggi che riprendono temi già affrontati dal codice e li svolgono ora in dettaglio ed in modo del tutto autonomo, ossia senza necessariamente riconfermare le regole finora seguite. Appare subito chiaro che queste leggi, il cui numero si infoltisce di anno in anno, se al codice ancora guardano, guardano in modo diverso. Non accettano ormai più di esservi ricollegate, non vi scorgono più nemmeno la sede dei principi generali, ne contestano apertamente il primato. Si considerano isole autonome ed autoreferenziali. Se ancora lo ritengono degno di qualche attenzione — il codice — solo alla stregua di un qualsiasi *droit résiduel* o di un'opera, dalla quale può occasionalmente essere cavata un'informazione utile. Nulla di più. Così scon-

volta, la legislazione giusprivatistica assume le fattezze di un *sistema policentrico*: che smonta via via la codificazione, ne dissolve l'originaria unità e che proprio per questo orientamento di segno contrapposto ci appare quale *de-codificazione*.

Se è facile coglierne i segni esterni o seguirne il progredire in superficie, è molto più difficile capirla e spiegarla, appurarne i motivi che la provocano o la favoriscono. Motivi dei quali occorre tener conto, per poi valutarla compiutamente.

### 3. *Una nuova articolazione sociale.*

Chi crede che anche la storia del diritto possa essere descritta e spiegata solo sullo sfondo della storia sociale, non nutre dubbi in merito. Intuisce subito che la decodificazione non consegue al semplice desiderio di riassetare le fonti giuridiche, disponendole secondo un nuovo ordine, ritenuto più chiaro e convincente. Pre-scindendo qui dal fatto, che anche un tale « semplice » desiderio, come è stato periodicamente espresso nel corso della storia, poteva esprimere ambizioni e provocare cambiamenti tutt'altro che « semplici », tutte le singole tappe della decodificazione indicano che abbiamo a che fare con qualcosa di diverso, che non si accontenta di qualche marginale ritocco, ma che aggredisce le fondamenta e fa conseguentemente vacillare il sistema tradizionale.

Dietro a tutto ciò non sta tanto — questo lo si intuisce facilmente — l'autonomo desiderio di giuristi, quanto *la richiesta di una società*, essa stessa profondamente sconvolta nelle sue strutture. In realtà la decodificazione consegue ad un'evoluzione, che sta sovvertendo o scompaginando l'ordine sociale attuale, poiché sconfessa in tronco la tipica convinzione ottocentesca che fosse possibile rappresentare la società in modo unitario ed uniforme e considerarla perciò destinataria di una stessa legge. Le ragioni che avevano inizialmente sorretto questa convinzione, permettendo di vedere nella società la somma di indistinti (ed in questo senso astratti) *bourgeois*, non sono più sufficienti, sono state superate o sostituite da altre, che ora evidenziano e sottolineano la gravità delle residue diversità e disuguaglianze: rispetto alle quali l'ipotesi borghese dell'uguaglianza davvero appare quale comoda finzione. Riemergono così i gruppi, le

classi, le corporazioni, ai quali il codice non aveva pensato o che aveva messo a tacere, con la subdola promessa di qualche concessione: penso in particolare al modo indubbiamente elegante, con il quale i contadini svizzeri, che da sempre avversavano l'unificazione del diritto privato e che avevano i loro buoni motivi per farlo, furono appunto « tacitati » con concessioni in realtà inutilizzabili e quasi fasulle. Accanto a loro si formano ed affermano nuovi gruppi o soggetti, che rifiutano di aderire alla disciplina codicistica, ma rivendicano ora maggiore e comunque specifica attenzione da parte del legislatore. Appare evidente che questa nuova società si articola diversamente o forse, più concretamente, non aspira più a nascondere pudicamente le (vecchie e nuove) disuguaglianze, come aveva sempre fatto. Non adombra più gli antagonismi che la percorrono, fingendo di essere omogenea. Ed a tal modo si riavvicina idealmente alla struttura della società feudale. La geniale formula del Maine ne viene conseguentemente ribaltata: non più *from status to contract*, sibbene *from contract to status*. E come i vecchi ceti, che dello stato feudale erano parte integrante, rivendicavano il privilegio di vivere secondo un proprio diritto, nel quale si riflettevano fedelmente le strutture e i desideri del rispettivo gruppo, così anche le nuove entità ora emergenti, alle quali la disciplina astratta del codice più non conviene, e che ora hanno il potere di articolare questo dissenso, pretendono che lo Stato venga loro incontro e tenga maggiormente conto della loro particolare situazione. Anche lo Stato che affrontano in tali trattative si è profondamente cambiato. Non appare più come il grande e temuto antagonista che, forte del suo indiscusso *imperium*, emette unilateralmente comandi e ne esige tosto un rigido ossequio. Si è riappropriato di larghi settori sociali, ripristinando anche in questo senso spezzoni del paradigma medievale, che ancora non distingueva fra Stato e società. E quindi — appunto come lo stato medievale — scende logicamente a patti con questi nuovi gruppi: non impone unilateralmente, ma negozia con loro nuove e specifiche regole. Che già per questo fatto non hanno più posto nel codice, la cui valenza rimane astratta e generale. Nascono logicamente al di fuori del codice, dissentono ora dalla sua logica, si costituiscono in ordinamento autonomo. Le poche leggi speciali o singolari finora emanate, che sembrava scontato considerare alla stregua di frammenti solo dislocati e così pur sempre idealmente

riferibili all'universo codicistico, fanno posto ora ad un fenomeno radicalmente diverso: all'affermarsi di una miriade di leggi autonome, che si mettono sullo stesso piano del codice. Rivendicano la propria autonomia, si proclamano autoreferenti, ed *occupano di preferenza quegli spazi, che il codice aveva deliberatamente voluto riservare all'autonomia delle parti.*

#### 4. *Una valenza ancora poco esplicita.*

Alla fine è più che legittimo chiedersi quale sia il vero significato di tutti questi cambiamenti — di quelli già conclusi come di quelli tuttora in corso. Sono domande, alle quali oggi come oggi non è facile dare una risposta chiara ed univoca, immersi come ancora siamo nel flusso degli avvenimenti. Domande, poi, che non interpellano solo la competenza dello storico del diritto, trattandosi qui finalmente di decifrare non tanto i riflessi percepibili a livello giuridico, quanto la valenza politica e sociale di un'evoluzione che riavvicina Stato e società e riformula così in modo diverso anche le funzioni delegate a gruppi di persone in ambiti sociali e politici. Per cui proprio in questo caso la prudenza è di prammatica: ed in particolare suggerisce di attendere, prima di emettere giudizi definitivi. Per il momento mi sembrano formulabili queste congetture:

a) La decodificazione, specialmente il suo modo di articolarsi e la sua intensità, sono un riflesso dell'evoluzione sociale, che notoriamente diverge da paese a paese. Per cui non si verifica ovunque in modo uniforme, rispettivamente non ovunque è stata studiata con la stessa puntigliosità. Fra i paesi, nei quali sta più o meno visibilmente devastando il tessuto codicistico, vanno preferibilmente ricordati l'Italia, la Francia e la Germania. Lo sottolineo, senza escludere che in essi abbia dimostrato voracità diversa, e che ora operi in silenzio anche altrove.

In merito a questi casi non è facile indicare le ragioni che connotano l'evoluzione sociale in atto, ed ancora più difficile è prevederne con sufficiente determinatezza l'ulteriore evoluzione e l'esito finale. È senz'altro possibile che la decodificazione segnali la nascita di un nuovo e vitale pluralismo, conseguente al rafforzamento dei gruppi sociali. Che ora, sottraendosi al livellamento

imposto dal codice, rivendicano finalmente ad alta voce il loro diritto, proprio quel *diritto diseguale* che la codificazione aveva promesso, ma mai seriamente realizzato. Come è anche ipotizzabile il contrario, che cioè questo atteggiamento più tollerante e permissivo nei confronti dei nuovi gruppi sociali e lo sgretolamento del codice così implicitamente accettato, corrispondano solo ad una strategia messa in atto dalla borghesia per gettare acqua sul fuoco, e cioè combattere, rispettivamente neutralizzare il malcontento che serpeggia un po' ovunque, senza per questo dover rinunciare al sistema economico, alle garanzie che lo avvolgono ed ai privilegi che generosamente (ma non indiscriminatamente) concede. Potrà sembrare irrispettoso ragionare in questo modo: ma a me sembra ugualmente lecito, persino indicato. Non sarebbe comunque la prima volta che concessioni vengono disposte meno per corrispondere a giustificate richieste, che proprio solo per evitare il peggio.

b) Nemmeno è da escludere che particolari situazioni politiche o sociali permettano, suggeriscano e persino impongano di opporsi alla strategia decodificatoria. Non mi sfugge ad esempio il fatto che, proprio nel paese in cui vivo, la decodificazione venga spesso deliberatamente contrastata, persino combattuta. Qui il codice sta ancora (più o meno) al centro del sistema, qui pare abbia ancora un senso rivendicarne l'integrità e inserire perciò anche il nuovo diritto fra le sue tranquillanti coordinate.

Chi tenta di capire e spiegare tale atteggiamento farà bene, ancora una volta, a ricordarsi della struttura democratico-repubblicana, che ha visibilmente segnato la storia del paese. Su tutto cala essa un manto egualitario; frettolosamente mettendo sullo stesso piano *astrazione e democrazia*, si identifica *d'embrée* con tutte quelle leggi, che a tutti si rivolgono in modo uniforme: anzitutto, ovviamente, con il codice. Non è il caso, anche qui, di prendere tutto per oro colato: poiché ognuno sa che *solo in un certo senso* la democrazia si oppone ai privilegi, ai favoritismi, così anche al diritto settoriale. Per cui occorre ammettere che l'insofferenza nei confronti della decodificazione, risp. il desiderio di salvaguardare il primato del codice, non derivano necessariamente da una effettiva ed incondizionata adesione ai principi democratici, e comunque non escludono il formarsi di diritto singolare, anomalo, specifico. Chi si è occupato anche solo sporadicamente di storia del diritto commer-

ziale sa bene che questo diritto non ha bisogno di uno specifico *code de commerce* per affermarsi. Può eccellentemente attecchire anche nella terra teoricamente meno fertile del codice civile: anzi, in tale contesto, sottratto agli sguardi indiscreti degli oltranzisti della democrazia, potrà crescere e diffondersi indisturbato ed incontrastato. Poiché davvero non è pensabile riparo più sicuro di quello offerto da una *formulazione generale di regole*, che nella realtà dei fatti (e per motivi che possono essere molto diversi fra loro) sono *specifiche*, perciò concretamente accessibili solo ad una minoranza.

## IL CODICE DISINCANTATO (\*)

*He said, « I just want to say one more thing ».  
But then he could not think what it could possibly be.*

RAYMOND CARVER, *One more thing* (\*\*)

### I. *Introduzione.*

Anche nella descrizione e valutazione della storia della codificazione — ossia di quella che può probabilmente considerarsi la problematica centrale della storia moderna del diritto — sono recentemente avvenute grandi trasformazioni, che ho vissuto per così dire in prima persona. Mi sono infatti espresso sul tema in due occasioni, nel 1971 e nel 1987, sottolineando gli elementi che mi parevano via via essenziali e quindi imprescindibili per comprendere storicamente il fenomeno <sup>(1)</sup>. Chi non conosce la genesi delle tesi ivi esposte (che è sempre anche — ma appunto non solo — molto personale), certamente non si immagina che possano esser state professate dallo stesso autore. Troppo diversi appaiono i punti di vista, rispettivamente gli occhiali, con i quali venne scrutato il paesaggio della codificazione, ogni volta con un risultato inevitabile: cose o situazioni fundamentalmente diverse — finora sconosciute o

---

(\*) Pubblicato nella versione originale, con il titolo *Das entzauberte Gesetzbuch*, nella *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 41, 1991, p. 249-273. Traduzione di Elena RAMELLI, Lic. iur., Assistente nel Seminario di storia del diritto dell'Università di Berna.

(\*\*) Raymond CARVER, *One more thing*, dal volume di racconti *What We Talk About When We Talk About Love*, pubblicato per la prima volta nel 1981.

<sup>(1)</sup> I dati menzionati si riferiscono all'epoca in cui sono nati entrambi i manoscritti, pubblicati poi in un secondo tempo. Cfr. P. CARONI, *Kodifikation*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1978, col. 907-922; P. CARONI, « *Privatrecht* »: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel/Frankfurt a. M. 1988, p. 53-75.

ignorate poiché implicitamente ritenute meri *loca recondita* — improvvisamente si imponevano, spiegavano quanto finora era rimasto vago, invitavano perciò a leggere diversamente l'evoluzione. Questa constatazione solleva alcuni problemi, tra i quali quelli autobiografici, pur non essendo di minore importanza, verranno qui trascurati — per incompetenza del tribunale — con un rinvio liberatorio alla supplica di M. Foucault: « *Plus d'un, comme moi sans doute, écrivent pour n'avoir plus de visage. Ne me demandez pas qui je suis et ne me dites pas de rester le même: c'est une morale d'état-civil; elle régît nos papiers. Qu'elle nous laisse libres quand il s'agit d'écrire* » (2).

I rimanenti però, che posseggono una valenza più ampia, tale da coinvolgere l'intera società, vanno affrontati senza indugio. In un primo tempo sarà utile descrivere la trasformazione stessa, ad esempio contrapponendo ai temi prevalentemente trattati in precedenza, così come alle opzioni metodiche loro sottese, i temi e le opzioni che caratterizzano la ricerca attuale. Con due riserve comunque: da un lato, mi occuperò esclusivamente della codificazione giusprivatistica, lasciando praticamente disattesa l'elaborazione scritta ed articolata di norme attinenti ad altre aree giuridiche (ad esempio del diritto commerciale, del diritto processuale o di quello penale). A favore di questa decisione depongono motivi evidenti e perciò difficilmente trascurabili: basti pensare al ruolo costitutivo assunto dalla codificazione civilistica in una società che per la prima volta si regola e amministra autonomamente. D'altro canto, questa mia descrizione sarà di natura puramente riassuntiva. Chi, dunque, non volesse accontentarsi di *documenti e citazioni puramente esemplificativi*, chi si aspettasse un'esposizione più dettagliata e persino puntigliosa dei numerosi concetti di codificazione — che gli storici del diritto spesso utilizzano in modo vago ed indifferenziato, evidentemente pure loro dimenticando che « le nozioni (...) si cambiano colle rivoluzioni del tempo che fa sopravvivere i nomi alle cose » (3) — sarà probabil-

---

(2) M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris 1969, p. 28.

(3) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino 1970, p. 21. Cfr. M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Nuova edizione con una Prefazione di Jacques Le Goff e una Premessa di Etienne Bloch, Torino 1998, p. 28.



mente deluso (4). Verrà comunque risarcito consultando la relativa bibliografia, del resto facilmente reperibile (5).

## II. *Le risposte tradizionali.*

### 1. *Il risultato di una discussione dotta.*

L'idea di un possibile riordinamento autoritativo di tutte le regole civilistiche (che già lascia intravedere, seppur vagamente, la codificazione) risale al Settecento e rinvia sia a visioni radicate nel diritto naturale profano (*Vernunftrecht*) che ai postulati dell'illuminismo. Risultò perciò da un dibattito sì a più voci, ma in verità esclusivamente dotto che, iniziatosi in pieno Umanesimo, sottopose il diritto tradizionale e tuttora vigente al vaglio di critiche sempre più radicali. A questo dibattito parteciparono esclusivamente studiosi, ossia giuristi, filosofi e teologi delle più disparate tendenze: denunciarono inizialmente l'incomprensibilità e la confusione della prassi del diritto comune, ma ben presto postularono anche un rinnovamento materiale del diritto, avanzando proposte che sfociarono nel piano di un riordinamento globale, ossia di una *codificazione* del diritto (6).

La genesi particolare, quasi contrappuntistica, di questa proposta può essere agevolmente ricostruita ricordando l'origine storica dei suoi elementi principali:

a) Di *origine giusnaturalistica* era l'accentuazione, come pure il significato davvero centrale assunto dal *postulato sistematico*:

---

(4) Un'enumerazione dei più disparati concetti storici, tutti in un certo senso appropriati, come anche tutti discutibili, viene proposta da J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle*, Bruxelles 1967; LOKIN / ZWALWE, *Hoofstukken uit de Europese Codifikatiegeschiedenis*, Groningen 1990.

(5) A completamento della bibliografia espressamente citata e discussa nel presente articolo rinvio ai seguenti manuali: H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II (Neuzeit bis 1806), Karlsruhe 1966, p. 374-405; H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 8. Auflage, Heidelberg 1996, p. 96-205; G. WESENERBERG / G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Auflage, Wien/Köln/Graz 1985, p. 156-169.

(6) Osservazioni riassuntive sulla storia del concetto in P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 58-61. Sulla critica illuministica al diritto comune vedi da ultimo R. BONINI, *Giustiziano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Torino 1991.

secondo quest'ultimo, la codificazione non doveva unicamente favorire una raccolta globale e completa di regole giuridiche sparse e disordinate, ma doveva pure aspirare a conferire loro un ordine sistematico, a fedele immagine di quel nuovo ordinamento formale, sul quale i giusnaturalisti avevano riflettuto in modo tanto intenso quanto controverso. Tale ordinamento « *entlehnt der Wissenschaft einen Plan, eine in sich geschlossene, logische, erschöpfende Disposition und bietet in diesem formellen Rahmen möglichst eine in sich geschlossene, erschöpfende Neuregelung des positiven Rechts* » (7). Mi pare evidente che questa strategia esprimesse anche una dimensione giuspolitica: infatti più il codice si disponeva sistematicamente, e quindi si autoisolava, tanto più efficacemente agiva la legge dell'interdipendenza, secondo la quale solo considerando la collocazione sistematica era (ed è) possibile determinare esattamente significato e valore di una norma legale. Qualunque collezionista lo potrà del resto confermare: il pezzo mancante non appare desiderabile per il suo valore intrinseco, ma piuttosto in quanto colma ciò che può essere riconosciuto come tale solamente a partire dal tutto, vale a dire una lacuna. Questo spiega anche perché la legge dell'interdipendenza poteva conferire alle norme tradizionali un significato diverso, non appena venivano inserite in un codice; fenomeno nel quale si riflette una forma di feticismo codificatorio.

b) L'idea — agevolata dall'adesione al postulato sistematico (8) — che il codice futuro dovesse conseguire una completezza materiale e che potesse perciò essere equiparato *tout court* all'ordinamento giuridico, derivava dalla *dottrina giuridica dell'illuminismo*. Questo obiettivo andava perseguito tanto tramite previa ed esplicita soluzione di tutte le vertenze giuridiche (presenti e future), quanto bloccando tutte quelle operazioni di carattere palesemente creativo (interpretare, colmare le lacune, commentare), per mezzo delle quali giudici, avvocati e professori avevano ripetutamente minato la stabilità della legge. Grazie al concorso di diversi fattori, che spianò la strada ad una felice convergenza, il desiderio di esclusività normativa

---

(7) Così chiaramente A. EGGER, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Gesetzbuches von 1907*, Zürich 1908, p. 9.

(8) Fondamentale su questo punto M. WEBER, *Rechtssoziologie*, aus dem Manuscript hergestellt und eingeleitet von J. WINCKELMANN, Neuwied 1960, p. 101-103; 252-253.

sembrò dapprima realizzato con la codificazione prussiana del 1794. Questo desiderio corrispondeva tanto alle richieste degli illuministi (volte a tutelare i sudditi, ostacolando ogni libero apprezzamento giudiziale, poiché ritenuto fonte di arbitrio), quanto alle attese politiche del sovrano assoluto (poiché l'esclusività della codificazione da lui promulgata ribadiva specularmente, rispettivamente conseguiva alla *majestas* da lui rivendicata).

## 2. *Conseguenze dell'ambito completezza materiale.*

a) Considerando che con la codificazione si cercò sempre di raggiungere più di un nuovo assetto puramente formale di fonti del diritto finora disparate e frammentate, ossia anche (e addirittura primariamente) il superamento del precedente sistema delle fonti, notoriamente dominato dal diritto comune romano, il desiderio di completezza si arricchisce di nuovi stimoli. Infatti solo una fonte che fosse tanto esaustiva da imporsi quale centro di un nuovo ordinamento giuridico, e rivendicasse perciò anche validità universale, era in grado di superare l'universalismo del diritto comune. In altre parole, diritto comune e diritto codificato erano non solo singoli elementi di (diversi) sistemi; rivendicavano piuttosto, ciascuno all'interno del proprio sistema, un primato più o meno assoluto, e pretendevano perciò di determinare l'interpretazione di tutte le altre fonti, applicabili secondo una gerarchia prestabilita. Questa circostanza potrebbe anche spiegare perché l'aspirazione della codificazione giusprivatistica alla completezza sopravvisse tanto alle esagerate attese degli illuministi quanto agli esiti ben più modesti della prassi. Essendo pressoché impossibile venirne a capo risolvendo preliminarmente ogni e qualsiasi vertenza, si scelse di ampliare il ventaglio delle fonti, facendo posto a fonti giuridiche sussidiarie, sottomesse gerarchicamente alla legge codificata e perciò pronte ad assecondarne le scelte.

b) Partendo dall'idea che il codice debba indicare a priori, in modo preciso e completo, il diritto applicabile nel caso concreto — in questo senso specifico venne inteso il postulato della completezza materiale — si assegna al giudice una funzione di carattere esclusivamente esecutivo o ripetitivo, come già rilevava Montesquieu: « *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en*

*peuvent modérer ni la force, ni la rigueur* »<sup>(9)</sup>. Ne conseguiva quasi automaticamente una neutralizzazione, rispettivamente deresponsabilizzazione dei giudici, che da uomini pensanti venivano ora ridotti a semplici organi esecutivi. Se tutto ciò nel Settecento poté imporsi senza sforzi, fu proprio poiché corrispondeva alle aspirazioni casualmente coincidenti tanto del sovrano assoluto quanto dei suoi antagonisti illuministi.

c) I piani codificatori dell'illuminismo sono caratterizzati dal tentativo di garantire, per mezzo di una fissazione scritta e tendenzialmente completa, un patrimonio giuridico finora non circoscritto, caotico e quindi anche contraddittorio, che proprio a causa di questi difetti formali era utilizzabile e sfruttabile *ad libitum*, per sottrarlo così alla libera disposizione (dei mediatori giuridici, della parte più forte, come pure dello Stato)<sup>(10)</sup>. In ogni caso, al termine della parabola giusnaturalistica subentrò un irrigidimento del materiale normativo che preludeva al positivismo giuridico<sup>(11)</sup>, nel quale si possono ravvisare la fine e la trasfigurazione del diritto naturale<sup>(12)</sup>.

### 3. *La relazione con la storia.*

È evidente che un piano dopotutto tanto ambivalente doveva intrattenere molteplici relazioni con la storia. Alcuni esempi ricordano temi inerenti a queste relazioni.

a) Dopo l'apodittica condanna di F.C. von Savigny del 1814, la codificazione del diritto venne tradizionalmente ritenuta come una violazione dell'evoluzione giuridica, più esattamente come una perturbazione del suo svolgersi lento e organico<sup>(13)</sup>. Nell'affer-

---

<sup>(9)</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*. Livre XI, chap. 6; nello stesso senso (fra altri) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 4, p. 17.

<sup>(10)</sup> R. AJELLO, *Arcana Juris, Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, *passim*, specialmente p. 275 ss., 311 ss.; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, p. 55.

<sup>(11)</sup> Ad esempio A.-J. ARNAUD, *La paix bourgeoise*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2 (1973), p. 147 ss., specialmente 157-159.

<sup>(12)</sup> G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, p. 7, 83 ss.

<sup>(13)</sup> Sulla discussa questione P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation, Versuch einer Neudeutung des «Berufes»*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 86 (1969), p. 97-176, in special modo 140 ss.; P. CARONI, *La*

marlo, si pensò simultaneamente a due cose distinte: tanto all'interruzione istantanea di tale evoluzione (poiché la codificazione è preceduta dalla selezione e dal riordinamento del materiale giuridico tradizionale), quanto alla paralisi dello sviluppo futuro (dato che il diritto codificato si irrigidisce ed ostacola così anche le riforme necessarie, quando non le rende addirittura impossibili). Sarebbe forse esagerato valutare il conseguente rifiuto della codificazione quale dogma fondamentale dello storicismo giuridico, ma un fatto comunque rimane: durante tutto l'Ottocento ci si richiamò generalmente proprio a questo effetto antistorico e perciò immobilizzante, per combattere, per i motivi più svariati, il desiderio di nuove codificazioni. In altre parole, questo argomento è marcato da una vocazione poligama, come dimostrano anche noti esempi svizzeri <sup>(14)</sup>.

b) Con l'avvento della codificazione illuminista, che si accontentava di raccogliere e riordinare sistematicamente elementi preesistenti — per cui Leibniz nel 1688 poté emblematicamente chiamarla *reconcinnatio* — e che rinviava già per questo fatto al passato, si è ripetutamente sollevato il problema dell'esatta origine storica dei singoli elementi ora allineati dal codice. Un interrogativo, questo, reso ancora più attuale dalla scissione tra germanisti e romanisti, consumata a metà Ottocento, che fino ad oggi condiziona l'insegnamento storico nelle nostre Facoltà di giurisprudenza, con conseguenze pedagogiche (catastrofali), che purtroppo nemmeno gli stessi storici del diritto sembrano aver compreso chiaramente. Tra le altre cose, proprio questo fatto potrebbe spiegare perché l'interrogativo appena evocato conti tuttora appassionati e convinti adepti. Mi pare allora evidente ammettere che, muovendo da queste premesse, si fosse preferibilmente portati a ragionare sul rapporto intrattenuto dal codice con il diritto comune. Non si trattava infatti solo di allestire un inventario possibilmente completo delle regole dedotte dal diritto comune. Ben più apparve urgente indagare sulla realizzazione pratica di quel disposto, che negava *pro futuro* la forza

---

*cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini* 9 (1980), p. 71-111, specialmente 81 ss.

<sup>(14)</sup> P. CARONI, *Rechtseinheit, Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt a.M. 1986, p. 108 ss., 42 ss.

sussidiaria del diritto comune, come anche spiegare perché, occasionalmente, tale disposto fu ritenuto inutile o persino inopportuno <sup>(15)</sup>.

#### 4. *Codificazione e scienza giuridica.*

«*Jede Kodifikation ist ein Werk der Wissenschaft*» <sup>(16)</sup>. Con questa affermazione si possono esprimere tre cose distinte, ovvero:

a) che solamente una scienza del diritto già consolidata può essere in grado di progettare codificazioni e di realizzarle. Lo attestano non da ultimo le codificazioni cantonali svizzere, promulgate essenzialmente tra il 1830 e il 1870, tutte elaborate da giuristi di chiara fama;

b) che l'applicazione pratica del diritto codificato, senza la fattiva collaborazione della scienza, è sconsigliabile ed avventurosa, e persino ne provocherebbe, con l'andar del tempo, l'inevitabile atrofia;

c) che infine la codificazione, proprio perché — a differenza del precedente sistema di fonti del diritto — stabiliva autoritariamente il diritto civile vigente e lo concepiva sistematicamente, favorisce immancabilmente l'avvento di una nuova civilistica. Anche qui non manca un esempio locale: una vera e propria scienza giusprivatistica svizzera si costituì infatti solo in sequela all'entrata in vigore del CCS (Codice civile svizzero), agli inizi del 1912 <sup>(17)</sup>.

#### 5. *Codificazione come elaborazione teorica.*

Chi si chiede, concludendo, quale concreta idea di codificazione soggiacesse a tutte le situazioni ed i ragionamenti evocati finora,

<sup>(15)</sup> In modo riassuntivo su questo punto P. CARONI, «*Privatrecht*», p. 71-73.

<sup>(16)</sup> Così P. LIVER, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft*, in *Privatrechtliche Abhandlungen*, Bern 1972, p. 85 ss., passo citato a pagina 86; LO STESSO, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, I Einleitung (Art. 1-10 ZGB)*, Bern 1962, *Allgemeine Einleitung*, p. 60, n. 140. In questo senso pure A. EGGER, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, Zürich 1957, I, p. 129 ss.

<sup>(17)</sup> P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 66, n. 155.

potrà probabilmente constatare quanto segue: era un'idea che *privilegiava momenti formali*, sistematici<sup>(18)</sup>, e che già per questo motivo appare quale *frutto di una concezione dotta e puramente teorica*. Più concretamente ancora, risulta essere un modello che si era sviluppato al dilà dello spazio e del tempo, e perciò — convinto di proclamare una verità oggettiva — rivendicava validità universale. Chi tuttora condivide questa visione, legittima ma indubbiamente idealistica (se non addirittura contemplativa), non si interroga né sulla società storica che diede i natali a questo modello codificatorio<sup>(19)</sup>, né sull'effettiva realizzazione di tale progetto<sup>(20)</sup>. Ha piuttosto l'intenzione di salvare — anche questo è un suo buon diritto — la spiritualità (perciò anche la superiorità) di quest'idea, eludendo scrupolosamente qualsiasi contatto con momenti politici, sociali, ma in special modo economici<sup>(21)</sup>. Per poi sottolineare con sicurezza che una codificazione così ridotta all'essenziale, ed in questo modo sottratta alle insidie della storia, certamente potrà superare le crisi attuali del sistema senza perdite troppo rilevanti<sup>(22)</sup>.

---

(18) Cfr. per esempio la descrizione che ne fa H. COING, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 1977, II, p. 797 ss., in particolar modo p. 798; IDEM, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Dritter Band, Erster Teilband, München 1982, p. 4-5; P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 8, n. 2; P. CARONI, *Kodifikation*, col. 907-909.

(19) Ovvero la società dell'illuminismo, notoriamente ancora suddivisa in gruppi sociali (ceti); cfr. a questo proposito soprattutto D'AMELIO, *Illuminismo*, p. 65 ss.

(20) Per la quale si potrebbe citare al massimo un esempio, quello del codice prussiano (ALR) del 1794, senza comunque dimenticare che ebbe inizialmente validità puramente sussidiaria nelle singole province.

(21) Così per esempio H. Coing, il quale a conclusione della sua esposizione sulla preistoria della codificazione nega, inaspettatamente e senza ulteriori riscontri, qualsiasi connessione con la rivoluzione industriale (H. COING, *Vorgeschichte*, p. 816-817).

(22) H. COING, *Vorgeschichte*, p. 817; E.E. HIRSCH, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Beiträge zur Rechtssoziologie*, Berlin 1966, p. 159; K. SCHMIDT, *Die Zukunft der Kodifikationsidee - Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg 1985, *passim* (così come la mia recensione in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 10, 1988, p. 126-127). In modo esaustivo e differenziato in merito a tutta la tematica: P. JAEGGI, *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze*, hg. von P. GAUCH und B. SCHNYDER, Zürich 1976, p. 68 ss.

### III. *L'apparizione di un nuovo punto di vista.*

#### 1. *Ampliamento, completamento, disincanto.*

Nella storiografia giuridica europea, e massime in quella attenta al tema codificatorio, si percepiscono tuttavia, da quasi trent'anni, anche note nuove. Qualcuno, inosservato, ha distribuito partiture diverse, ed ha sollecitato la collaborazione di nuovi strumenti. Le prime impressioni — come potrebbe essere altrimenti! — sono discordi, attendono conferme ed impongono approfondimenti. La trasformazione così avviata ha comunque provocato un ampliamento della tematica, che si può riassumere pressapoco in questi termini: se il concetto di codificazione era finora caratterizzato dalla prevalenza di aspetti puramente giuridici, formali, sistematici, si impongono ora lentamente all'attenzione dello storico del diritto altri momenti, materiali ed extragiuridici. Si tien conto dei *contesti politici e sociali*, poiché evidentemente solo essi sono in grado di rivelare elementi *essenziali* del fenomeno storico qui esaminato, come anche di indicare le conseguenze concrete provocate dalla realizzazione del progetto codificatorio. Ovviamente tutto ciò non poteva avvenire senza frizioni e stonature, poiché quello che agli uni appariva come ampliamento necessario al recupero, rispettivamente alla restaurazione di un'unità perduta, rappresentava per gli altri l'inquinamento o il disincanto di una forma spirituale (al quale rinvia il titolo stesso di questo saggio).

#### 2. *Il contesto politico.*

Chi indaga sul contesto politico, nell'ambito del quale furono attuate e messe in vigore le prime codificazioni, subito si accorge della sua importanza. Definisce infatti quelle *condizioni generali*, senza considerare le quali non è più possibile descrivere in modo attendibile contenuto, fini e portata del processo codificatorio. Ricordo alcuni esempi concreti, discussi con particolare impegno negli ultimi anni.

a) Così come le codificazioni dell'illuminismo presupponevano e al tempo stesso riflettevano una struttura (ancora) cetua-



le (23), anche le codificazioni borghesi (inaugurate dal *Code civil* francese del 1804) sono figlie di una determinata evoluzione politica. In capo ad essa furono adottate quelle strutture, senza le quali il messaggio codificatorio sarebbe concretamente rimasto lettera morta. Solo la rivoluzione francese, classico esempio di rivoluzione borghese, perfezionò *effettivamente* quello smantellamento delle strutture feudali che neutralizzava politicamente e socialmente i ceti, così come la residua miriade di *corpora intermedia*; solo essa poté creare a tal modo una società nella quale il singolo « *losgelöst von den Naturbanden usw.* », che l'avevano ridotto « *in frühen Geschichtsepochen zum Zubehör eines bestimmten, begrenzten menschlichen Konglomerates* », viveva finalmente quale individuo (24); e solo in questa società l'unificazione sociale poté finalmente apparire quale programma realizzabile.

Nel 1804 il *Code civil*, che per la prima volta recapitava in modo uniforme il suo messaggio unitario a tutti i francesi, non regolava ormai più una società feudale, scopertamente gerarchizzata, ma piuttosto un'omogenea ed uniforme « società di individui » (25). Con questo non si vuole certo affermare che i codici borghesi venissero proclamati sempre e solo in seguito a rivoluzioni borghesi. Non mancano notoriamente i controesempi, più o meno clamorosi, come attesta l'ABGB austriaco del 1811. Questi controesempi dimostrano comunque che i codici borghesi non poterono attecchire in mancanza di strutture politiche adeguate, e che perciò l'attuazione delle loro proposte più innovatrici dovette esser rinviata *sine die* (26).

b) Si può persino andare oltre e formulare la tesi seguente: anche dopo l'avvenuta divaricazione di Stato e società, con il conseguente trasferimento dell'iniziativa economica in capo alla

(23) Cfr. *supra* nota 19.

(24) K. MARX, *Grundrisse der Kritik der politischen Oekonomie*, Berlin 1974, p. 5.

(25) C. CATTANEO, *Interdizioni israelitiche* (1837), Torino 1987, p. 158 (cfr. pure p. 164-165).

(26) Su questa problematica: P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 70-71; IDEM, *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*. Rektoratsrede, Bern 1988, p. 16 ss., con altre citazioni. L'esempio più significativo potrebbe essere la tentata, ma fallita, introduzione del *Code civil* negli Stati della Confederazione renana, alla quale E. FEHRENBACH ha dedicato un saggio classico (*Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3. Auflage, Göttingen 1983).

società, il diritto tipico di quest'ultima non rivendica autonomia e nemmeno si isola, ma piuttosto conferma, come vedremo più avanti, transizioni e collegamenti di vario tipo. Tutto ciò appare manifesto analizzando la relazione che intercorre tra codificazione e costituzione, oppure tentando di determinarne l'esatta gerarchia; è del resto quello che succede oggi in forma crescente un pò ovunque (27), con risultati degni di nota.

c) Le codificazioni hanno sempre unificato anche *territorialmente* il diritto privato, il che rifletteva fedelmente la storia politica del paese. Grazie all'affermazione di una ovvia, se non addirittura inevitabile concordanza tra forma di Stato e organizzazione giuridica, i codici si rivelarono utili in *plurime contingenze*: per preparare lo Stato unitario, per suggellarlo come anche per rafforzarlo. Tutte possibilità, queste, che non si lasciarono scappare né il sovrano assoluto nel Settecento (come testimonia di nuovo la genesi emblematica dell'ABGB austriaco) (28) né la borghesia nell'Ottocento, che considerò a più riprese l'uniformità territoriale del diritto privato anche quale risultato e rivalutazione degli Stati nazionali appena sorti, e si affrettò perciò ovunque a realizzarla (29). Che questa strategia convincesse molto meno in uno Stato federale è palese, poiché qui si scontrava con la realtà di una sovranità frazionata. Questo dimostra che i possibili collegamenti fra costituzione e codificazione non sono illimitati, e neppure funzionano sempre senza riserve; lascia inoltre presagire le difficoltà — davvero insolite — che la Svizzera avrebbe dovuto affrontare per unificare il proprio diritto privato (30).

---

(27) Cfr. ad es. le opere che verranno citate più avanti.

(28) Si veda a questo proposito H. STRAKOSCH, le cui opere verranno citate per esteso più sotto (infra nota 71).

(29) Cfr. per esempio H. GETZ, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966; D. GRIMM, *Historische Erfahrungen mit der Rechtsvereinheitlichung - das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland*, in *Rabels Zeitschrift* 50 (1986), p. 61-76; S. BUCHHOLZ, *Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Rabels Zeitschrift* 50 (1986), p. 77-110; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma/Bari 1979.

(30) Dettagliatamente su questo punto P. CARONI, *Rechtseinheit, passim*, specialmente p. 34 ss. e 85 ss.

### 3. *Il contesto sociale, ed economico in particolare.*

Le codificazioni sanzionano una disciplina dettagliata, con la quale i legislatori cercarono di regolare a priori, in maniera tendenzialmente completa, definitiva ed uniforme, ed in sequela a determinati modelli non sempre evidenti, le relazioni interpersonali sorte in una società, che per la prima volta si autoregolava (e si riteneva in questo senso autonoma). Affermare allora che si possono « leggere » e comprendere unicamente alla luce di questo contesto sociale ed anzitutto economico, dovrebbe apparire pressoché ovvio. Nonostante ciò, per molto tempo tale istanza raccolse pochi consensi, quando non fu deliberatamente ignorata. Per quali motivi? Tento, come posso, di darmene conto ed anche di capire come si sia infine giunti ad un cambiamento.

a) Se si sostiene in modo indifferenziato (ciò che tuttavia oggi avviene sempre più di rado) che le codificazioni giusprivatistiche sono state di fondamentale importanza per lo sviluppo capitalistico dell'Ottocento, si viene apparentemente sconfessati da scomodi controesempi, che sembrano confutare radicalmente questa tesi. Non si può ad esempio negare che i primi codici borghesi abbiano sanzionato, in realtà, diritto privato pre-industriale e, più esattamente, il diritto di una società, nella quale la rivoluzione dei trasporti, quella agricola e quella industriale stavano ancora alle porte <sup>(31)</sup>. Nemmeno si può scordare che l'Inghilterra — la classica nazione della rivoluzione industriale — a tutt'oggi rifiuta una codificazione giusprivatistica <sup>(32)</sup>. Del resto, anche la storia giuridica locale conosce eccezioni che disorientano: penso concretamente all'industrializzazione precoce e massiccia di alcuni Cantoni della

---

<sup>(31)</sup> Su questo tema si veda per esempio D. GRIMM, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. von H. COING, III/1, München 1982, p. 17-173, in modo speciale 73-74; H. STEINDL, *Ueberlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung in Ius commune*, Sonderheft n. 15, Frankfurt a.M. 1981, p. 76-107; J. MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini* 2 (1973), p. 111-145. Una prima asserzione nello stesso senso in G. FAZY, *La centralisation et l'unification du droit en Suisse*, Genève 1890, p. 36.

<sup>(32)</sup> Cfr. per esempio l'indicazione in H. COING, *Vorgeschichte*, p. 816-817.

Svizzera orientale, il cui diritto privato all'epoca di tali trasformazioni risultava ancora essenzialmente dai *Landbücher* di antica tradizione<sup>(33)</sup>; non va inoltre dimenticato che lo sviluppo del capitalismo industriale precedette l'unificazione del diritto privato, potendone anzi agevolmente prescindere<sup>(34)</sup>.

b) Questi esempi contrari sono importanti, in quanto ci obbligano a ragionare sul rapporto storicamente appurabile fra l'ordinamento giuridico borghese e il capitalismo moderno, incitandoci a proporre soluzioni differenziate. Una cosa mi pare indiscutibile: il ruolo del diritto privato nella creazione di quelle premesse che hanno reso possibile l'industrializzazione, ed a tal modo affrettato il passaggio alla produzione meccanica, è stato sicuramente molto modesto, tutt'al più di sostegno. Ben altri fattori — di carattere tecnico, fisico, demografico, finanziario — vi contribuirono molto più decisamente. Il diritto poteva offrire solo servizi relativamente subordinati, per fornire i quali non doveva nemmeno essere codificato; in particolare poteva incoraggiare l'attività di investimento, facilitando la costituzione di società di capitali o proponendo garanzie di credito ottimali<sup>(35)</sup>. In ultima analisi non era altro — come del resto l'economia capitalistica — che « *le visiteur du soir* »<sup>(36)</sup>: quando finalmente intervenne, i cambiamenti strutturali decisivi erano già avvenuti e le premesse per il decollo del nuovo sistema economico erano già state poste, senza far capo alla mediazione giuridica. Giunse dunque troppo tardi?

c) Anche del visitatore o dell'invitato seròtino non diciamo che arriva troppo tardi, solo perché non era presente quando, di giorno, si svolsero i preparativi. Arriva puntuale per l'occasione vera e propria e le conferisce, con la sua presenza, una cornice festosa. Proprio così intervenne anche il diritto privato: per lo più sotto forma di un codice borghese, appronta quei mezzi che permettono

---

<sup>(33)</sup> F. v. WYSS, *Ist die Centralisation des Schweizerischen Privatrechts möglich und wünschenswerth und eventuell in welchem Umfang?*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 15 (1867), I, p. 9-40, specialmente p. 36-37.

<sup>(34)</sup> P. CARONI, *Rechtseinheit*, p. 15 ss.

<sup>(35)</sup> Su questo ultimo punto per esempio A. LEIST, *Privatrecht und Kapitalismus im XIX. Jahrhundert*, Tübingen 1911.

<sup>(36)</sup> Così la bella metafora di F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985, p. 76-78.

e garantiscono il funzionamento senza intoppi di un sistema *già consolidatosi*. È la sostanza lubrificante, senza la quale il meccanismo del mercato non si porrebbe nemmeno in movimento, o perlomeno striderebbe in modo indescrivibile; fissa le condizioni di ammissione al gioco della concorrenza e le relative regole; mette a disposizione del vincitore il sostegno garantistico-esecutivo dell'apparato statale<sup>(37)</sup>. Tutto questo lo fa in modo semplice e discreto, senza imporre nulla e senza alzare la sua voce (peraltro impersonale). Così che, alla fine, siamo quasi tentati di desumerne, se non una latitanza vera e propria, certo una indifferenza e neutralità pressoché completa *vis-à-vis* dell'evoluzione sociale, magari paragonabile a quella che ostenta l'arbitro navigato rimpetto ai giocatori.

#### 4. *Contenuto e forma: esternalità ed astrazione.*

Contenuto e forma delle codificazioni giusprivatistiche borghesi — ci accontenteremo per il momento di un loro esame sommario — sembrano indicare la stessa direzione e ribadire l'indifferenza del diritto privato borghese di fronte ai soggetti giuridici.

a) L'*esternalità*, che contraddistingue il contenuto dei codici, mise fine al regime delle finalità tassativamente previste (e quindi anche imposte) dalla legislazione statale. Il diritto privato borghese si propone così essenzialmente di concedere *chances*<sup>(38)</sup>: offre i mezzi ed indica la via, lasciando poi libero il soggetto giuridico di decidere se far concretamente capo alle opportunità così conferite. Si accontenta cioè kantianamente di garantire quelle condizioni esterne che rendono possibile o quantomeno facilitano un ottimale, reciproco sfruttamento dell'autonomia privata dei soggetti giuridici. Il suo ambito di influenza si conclude ove inizia l'autonomia privata dell'individuo. L'*esternalità* appare così quale inevitabile conseguenza della soggettivizzazione dell'ordinamento giuridico<sup>(39)</sup>.

b) La forma del diritto privato codificato risulta dal suo contenuto e si ottiene essenzialmente tramite astrazione e smateria-

<sup>(37)</sup> In modo riassuntivo M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 81-83.

<sup>(38)</sup> M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 57.

<sup>(39)</sup> Si vedano alcuni documenti significativi in P. CARONI, *Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung, II, Geschichte des Privatrechts*, Bern 1987, n. 35, 36, 125.

lizzazione<sup>(40)</sup>. Poiché questo diritto rivendica validità generale, deve necessariamente promulgare norme applicabili a tutti in modo uniforme, ignorando od espungendo disuguaglianze e disparità. Dovrà in altre parole concentrarsi sui pochi aspetti ancora passibili di generalizzazione: sono ovviamente quelli formali, che indicano (o sbloccano) semplici possibilità. Questa è la via che conduce alla generalizzazione della qualità di soggetto giuridico, dunque anche al primato dell'autonomia privata, dell'« arbitrio » soggettivo, e con questo di fatto al nucleo dei codici borghesi<sup>(41)</sup>.

### 5. La « realtà » della codificazione.

Da quanto detto risulta che il diritto borghese contempla solo in astratto le opportunità inerenti all'autonomia privata, e che solo a questa condizione può generalizzarle. Non indaga sulle premesse di un loro *effettivo sfruttamento* da parte dei soggetti giuridici. Lo si può dunque combinare — se ci si affida esclusivamente al suo testo — ai sistemi economici più disparati<sup>(42)</sup>, come testimonia l'esempio dell'articolo 544 del *Code civil*. In questa celeberrima disposizione si delineò per la prima volta la proprietà borghese quale « *droit de jouir et de disposer des choses le la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». La proprietà vi venne definita in modo tanto astratto, da far ritenere, non senza motivo, che avrebbe potuto « *auch von jedem Kommunisten rubig unterschrieben werden* »<sup>(43)</sup>.

Se invece non ci si accontenta di tale menzione astratta, ma si desidera saperne di più in ordine alla *realizzazione concreta* dei poteri uniformemente conferiti ai soggetti giuridici, diventa inevitabile considerare quella società concreta, all'interno della quale il programma

(40) Vedi P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 64-65.

(41) Alcune importanti testimonianze di origine kantiana in P. CARONI, *Quellen und Texte*, II, n. 125, p. 165-166.

(42) M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 79, 284 ss.; F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a.M. 1974, p. 9-10; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli 1971, p. IX-XI; XXV-XXVI, XXXI.

(43) H. v. SCHEEL, *Das Recht und die Pflichten des ländlichen Grundeigentums*, in *Landwirtschaftliche Jahrbücher* (Organ des preussischen Landesökonomiekollegiums), Juliheft 1874, p. 463 ss., passo citato a pagina 466.

codificatorio era destinato a realizzarsi. Il deciframento del messaggio giusprivatistico — in altre parole — ci obbliga così ad esaminare il retroterra sociale del codice. E tale esame mette subito a nudo due verità, che la dicono lunga sulla « realtà » della codificazione.

In primo luogo: le rivoluzioni borghesi avevano soppresso solo alcune disuguaglianze, ovvero quelle che ostacolavano lo spiegamento del programma economico borghese. Le rimanenti continuarono invece a sussistere, poiché persino idonee ad incentivare tale programma. Perciò le società disciplinate dal diritto borghese comprendevano essenzialmente persone disuguali: « *depuis 1789 la France essaie de faire croire, contre toute évidence, aux hommes qu'ils sont égaux* »<sup>(44)</sup>. Secondariamente, il gioco della concorrenza che imperversava ora nella società, tosto si mutò in obbligo, attrasse implacabilmente — mettendoli così a confronto — tutti i soggetti giuridici, in ciò speculare all'esclusività e alla globalità dell'istituzione del « mercato ». In fondo, l'adeguamento del singolo alle leggi di mercato non era lasciato al suo arbitrio, essendo di fatto inevitabile<sup>(45)</sup>. Da tutto ciò risulta un giudizio più differenziato in merito alla realizzazione del programma codificatorio:

a) Astrazione ed eternità non furono programmate per errore o quale soluzione di ripiego: erano piuttosto la conseguenza di una chiara opzione giuspolitica. Presupponevano infatti quelle disuguaglianze materiali fra i soggetti giuridici, senza le quali l'economia capitalistica non poteva funzionare<sup>(46)</sup>. Rendevano possibile a chi disponeva di mezzi adeguati lo sfruttamento dei relativi squilibri nel proprio interesse; in altre parole, facilitavano e legalizzavano al tempo stesso la valorizzazione di tutte le energie esistenti, forza lavoro compresa, facendo leva sull'autonomia privata e sulla teoria contrattuale. E tutto ciò in una società formalmente egualitaria ed in un contesto politico che prefigurava lo stato di diritto.

b) Il conflitto con la giustizia materiale, che ne risultò, fu una conseguenza inevitabile<sup>(47)</sup>. Conseguiva necessariamente all'impo-

<sup>(44)</sup> BALZAC, *Les paysans*, Prefazione di L. Chevalier, Paris 1975, p. 148.

<sup>(45)</sup> Di nuovo chiaramente M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 172.

<sup>(46)</sup> In modo riassuntivo F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, p. 76-78; 96-97; I. WALLERSTEIN, *Le capitalisme historique*, Paris 1985, *passim*, specialmente p. 31.

<sup>(47)</sup> Fondamentale M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 169-172; 219-223.

sizione di un diritto formalmente egualitario ad una società di disuguali. Essa privilegiava automaticamente chi meglio conosceva le regole del gioco della concorrenza, e poteva inoltre far capo a maggiori risorse per vincere eventuali resistenze, peraltro generalmente passeggere. Altrettanto automaticamente ne usciva con le ossa rotte chi (come i proletari ed i contadini) aveva pretese in sé non destinate al mercato, ma che il mercato ugualmente ghermì e stravolse senza troppi complimenti. Da cui deve pur dedurre che un'efficace considerazione di interessi settoriali all'interno della codificazione borghese era impensabile e comunque inattuabile.

c) A tal modo abbiamo implicitamente risposto ad un'altra domanda: se il diritto codificato sia riuscito o meno a compensare gli squilibri che ha contribuito a creare o a mantenere. La problematica del « diritto privato sociale », delle sue possibilità ed anche dei suoi limiti, non può essere affrontata in questo contesto. Dovrà allora bastare un semplice accenno, almeno per attenuare ogni e qualsiasi « euforia sociale » (48). Anche perché, dopo tutto, esulava totalmente dalla competenza dei codici affrontare o combattere quelle situazioni sociali, che conseguivano legalmente all'esercizio di facoltà, concesse a tutti dal codice stesso in modo uniforme.

d) Riassumendo: il diritto privato astratto dei codici assume improvvisamente contorni molto concreti, se vi si vede anche un mezzo per la realizzazione del programma economico borghese, ciò che senza dubbio voleva essere. Il che mostra, in particolare, due cose: che l'esternità era funzionale allo sfruttamento ottimale di contingenze esistenti, quindi non poteva essere né neutrale né indifferente; inoltre che tutte le libertà sulle quali era cresciuto il codice borghese — libertà contrattuale, libertà del proprietario, libertà testamentaria — non intesero proclamare diritti assoluti ed illimitati. Denotavano piuttosto un carattere unicamente formale, non permettevano di circoscrivere la libertà materiale dei loro destinatari (49), ed infine potevano essere rivendicate solo nella misura in cui il loro contenuto corrispondesse ad aspettative borghesi (50). Venne cioè esplicitamente impedito richiamarsi ad esse

---

(48) In modo riassuntivo P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 92-94.

(49) M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 169-172.

(50) P. CARONI, *Glanz und Untergang des bourgeois riche vaudois - Studien zur*



per conseguire risultati estranei alle intenzioni originarie. Improvvisamente, al centro del codice liberale, permissivo, persino magnanimo, emersero minacciosamente alcuni tratti repressivi <sup>(51)</sup>.

#### 6. *Un piano di origine borghese.*

Questa nuova prospettiva ha salutarmente liberato la tematica codificatoria dai vincoli che finora la condizionavano ed ha favorito la considerazione di aspetti extragiuridici. L'impatto, così propiziato, con quella società concreta nella quale dopo tutto la codificazione doveva operare, avrà magari offuscato un quadro finora chiaro, perché fortemente idealizzato; ma in compenso ha pure rivelato nuove contingenze dell'evoluzione codificatoria. Queste ultime, di carattere esclusivamente giuspolitico e politico-economico, svelano il preciso contesto storico della strategia: la codificazione, al centro di una società antagonista, non era certo « *der schroffe, ungemilderte, unverfälschte Ausdruck der Herrschaft einer Klasse* » <sup>(52)</sup>. Ma la sua unilateralità, inizialmente celata, rispettivamente discretamente taciuta dalla formulazione astratta, divenne ben presto evidente. Nonostante compromessi, riserve mentali ed eccezioni varie, la codificazione era e restava un piano di origine borghese e doveva quindi considerare preferibilmente gli interessi borghesi, senza per questo rinunciare a conseguire effetti collaterali. Se quindi storicamente si affermò *questa* (e non un'altra) strategia, ciò dipese meno dalla sua « verità intrinseca », che dalla sua idoneità ad accondiscendere alle attese giuridiche della borghesia vincente.

#### IV. *Sintesi di un'interpretazione.*

Ponendo ora entrambe le prospettive a confronto, si può valu-

---

*kantonalen Gemeindeggeschichte des 19. Jahrhunderts*, in *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern/Stuttgart 1979, p. 51 ss., specialmente p. 76 n. 143.

<sup>(51)</sup> Questa la tesi di A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français - La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973, p. 35-36, 47, 55, 70, 147-149, 154.

<sup>(52)</sup> Così F. Engels in una lettera del 27 ottobre 1890 a C. Schmidt a Berlino, in K. MARX / F. ENGELS, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden*, Berlin 1970, II, p. 462.

tare più agevolmente la trasformazione avvenuta, ed interpretarla in modi diversi:

— come passaggio da una visione dominata da concetti giuridici e quindi tendente ad evidenziare la continuità, ad una visione che, connotata da un taglio storico-sociale, sottolinea costantemente la storicità dell'evoluzione. In cui può esser vista anche una transizione dalla diacronia alla sincronia. Oppure

— come passaggio da un concetto codificatorio illuministico ad uno borghese, per il quale l'ALR prussiano del 1794 e il *Code civil* francese del 1804 fungono da classici esempi. O, infine, anche

— come passaggio da un sistema di doveri comportamentali (*officia*), proprio del diritto naturale prekantiano, al sistema dei diritti soggettivi, rispettivamente della libertà d'azione inerente all'autonomia privata.

Se riconosciamo questa trasformazione e ci vediamo costretti ad accettarla — se non altro perché corrisponde ad un reale cambiamento storico — potremo anche individuare e capire l'*iter* non sempre lineare seguito dall'evoluzione codificatrice, come risulta da questo esempio conclusivo. La codificazione venne spesso considerata come risultato di una strategia unificatrice, che si proponeva di superare una triplice frammentazione (territoriale, sistematica e sociale) del diritto<sup>(53)</sup>. Chi si accontenta di tale definizione, ingabbiandola in una formulazione dogmatica, non sarà sollecitato a « leggerla » alla luce della storia. Al contrario: anteporrà il concetto alla storia, vi adatterà senza scrupoli, stravolgendole, le cose realmente successe. Non potrà accorgersi di un fatto importante: che l'unificazione sociale, conseguita per ultima, non fu l'apogeo di una lunga evoluzione. Vanta infatti una storia totalmente diversa, che *in nessun modo* confluisce in quella del concetto illuministico di codificazione. Tra questi due momenti, ossia fra l'illuminismo e il *Code civil*, stanno infatti le rivoluzioni borghesi, che eliminando le strutture feudali e cetuali crearono le premesse dell'unificazione sociale<sup>(54)</sup>.

<sup>(53)</sup> Così, per esempio, P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 54 ss.

<sup>(54)</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 35-41.

## V. Segnali bibliografici.

### 1. Una trasformazione su scala europea.

Le monografie ed i saggi che cominciarono ad apparire negli anni sessanta, nei quali si indagava consapevolmente sul retroterra politico e sociale della codificazione, sono le testimonianze più tangibili di una trasformazione, rispettivamente di una nuova prospettiva, che progressivamente andava diffondendosi.

In *Italia*, ad esempio, le opere di Giovanni Tarello<sup>(55)</sup>, Paolo Ungari<sup>(56)</sup>, Domenico Corradini<sup>(57)</sup>, Pietro Barcellona<sup>(58)</sup>, Carlo Ghisalberti<sup>(59)</sup>, Natalino Irti<sup>(60)</sup>, Nicolò Lipari<sup>(61)</sup> ed infine Raffaele Teti<sup>(62)</sup>. Per la *Francia* quelle di Jean Maillet<sup>(63)</sup>, André-Jean Arnaud<sup>(64)</sup> e Michel Miaille<sup>(65)</sup>. Per la *Germania* anzitutto i mol-

<sup>(55)</sup> G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Parte prima, Genova 1971 (e l'approfondita recensione di M. SBRICCOLI, in *Quaderni fiorentini* 1, 1972, p. 422-429); IDEM, *Storia della cultura giuridica moderna*, (v. *supra* n. 54).

<sup>(56)</sup> P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini*, 1 (1972), p. 207-227; IDEM, *Saggi recenti in tema di Codificazioni*, in *Quaderni fiorentini* 2 (1973), p. 778-787; IDEM, *L'età del Codice Civile, Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, senza data (ma 1967).

<sup>(57)</sup> D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo - Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971.

<sup>(58)</sup> P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato* (v. *supra* n. 42); IDEM, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973.

<sup>(59)</sup> C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia* (cfr. *supra* n. 29); IDEM, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma/Bari 1985.

<sup>(60)</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 3. ed., Milano 1989.

<sup>(61)</sup> N. LIPARI, *Diritto privato - Una ricerca per l'insegnamento*, Roma/Bari 1974, specialmente pp. 1-67.

<sup>(62)</sup> R. TETI, *Codice civile e regime fascista - Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990.

<sup>(63)</sup> J. MAILLET, *Réflexions sur les conditions historiques des codifications modernes*, in *Revue historique de droit Français et étranger* 46 (1968), p. 695-696; IDEM, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste* (cfr. *supra* n. 31).

<sup>(64)</sup> A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969; IDEM, *Essai d'analyse structurale du Code civil français* (cfr. *supra* n. 51).

<sup>(65)</sup> M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris 1977; IDEM, *L'Etat du droit*, Paris/Grenoble 1978.

teplici contributi di Franz Wieacker <sup>(66)</sup>, subito seguiti dalle ricerche di Elisabeth Fehrenbach <sup>(67)</sup>, Dieter Grimm <sup>(68)</sup> e Thomas Vormbaum <sup>(69)</sup>, accanto alle pubblicazioni di fonti legislative, che ultimamente proliferano in forma quasi selvaggia <sup>(70)</sup>. Per l'*Austria* vanno ricordate le indagini di Heinrich Strakosch <sup>(71)</sup> ed infine, per la *Spagna*, quelle di Bartolomé Clavero <sup>(72)</sup>, Francisco Tomás y Valiente <sup>(73)</sup> e Carlos Petit <sup>(74)</sup>.

## 2. *Trasformazione en miniature.*

Ovviamente anche la storiografia svizzera è stata investita da questa trasformazione, tuttavia con un certo ritardo e forse non

---

<sup>(66)</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Göttingen 1967, p. 322 ss.; 468 ss.; 488 ss.; IDEM, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (cfr. *supra* n. 42).

<sup>(67)</sup> E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3. Auflage, Göttingen 1983.

<sup>(68)</sup> D. GRIMM, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung* (cfr. *supra* n. 31); IDEM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (Sammlung von Aufsätzen), Frankfurt a.M. 1987. Da ultimo l'interessante e riassuntivo sguardo retrospettivo *Die soziologische Herausforderung*, pubblicato in una originale antologia: *Werkbesichtigung Geisteswissenschaften - Fünfundzwanzig Bücher von ihren Autoren gelesen*, hg. von H. RITTER, Frankfurt a. M. 1990, p. 202-209.

<sup>(69)</sup> T. VORMBAUM, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation - Berichterstattung und Kritik der sozialdemokratischen Partei und Presse während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin / New York 1977.

<sup>(70)</sup> H.H. JAKOBS / W. SCHUBERT (Hg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin / New-York 1978-1991, finora 14 voll.; W. SCHUBERT (Hg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin / New York 1980-1986; W. SCHUBERT / B. SCHMIEDEL / C. KRAMPE (Hg.), *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Frankfurt a.M. 1986-1988, tre voll.

<sup>(71)</sup> H. E. STRAKOSCH, *State Absolutism and the Rule of Law - The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753-1811*, Sydney 1967; IDEM, *Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Oesterreich (1753-1811)*, München 1976.

<sup>(72)</sup> B. CLAVERO, *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio*, in *Quaderni fiorentini* 18 (1989), p. 79-145; IDEM, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici fra costituzione e codice*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* 19 (1989), p. 95-129.

<sup>(73)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989.

<sup>(74)</sup> *Derecho privado y revolución burguesa*, a cura di C. PETIT, Madrid 1990.

radicalmente, per motivi che tenterò di analizzare. In ogni caso si può osservare come nel corso degli ultimi dieci anni la prospettiva finora preferita, ancora sottesa alla grande opera riassuntiva di Ferdinand Elsener<sup>(75)</sup>, si sia arricchita di vecchi dubbi e nuovi strumenti, che hanno reso accessibili terreni finora inesplorati. Così alcune codificazioni cantonali sono apparse recentemente sotto una nuova luce grazie all'impiego di occhiali finora mai inforcati, con esiti tutt'altro che trascurabili. Penso agli studi di Gabriello Patocchi sul Codice civile ticinese del 1837, di Isabelle Augsburg-Bucheli sul Code civil neuchâtelois del 1853/1855, come pure alla dissertazione bernese di Hans-Peter Geissmann, che analizza in dettaglio il modello sociale che aveva ispirato il codice argoviese, elaborato fra il 1847 e il 1855<sup>(76)</sup>.

Accanto a queste indagini, sempre più si aspira a leggere la storia del Codice civile svizzero in una prospettiva storico-sociale e non più unilateralmente storico-dogmatica, ciò che fu agevolato dalla pubblicazione dell'inventario dei materiali legislativi<sup>(77)</sup>. Così, recentemente, venne messo a fuoco l'impatto di rivendicazioni settoriali sulla redazione finale del Codice. Finora questo è avvenuto per le istanze presentate dalle organizzazioni femminili<sup>(78)</sup>, o da

---

(75) F. ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert - unter bes. Berücksichtigung des Privatrechts*, Zürich 1975. Particolarmente istruttiva è la seconda parte (p. 237 ss., *Die Rechtsschulen des 19. Jahrhunderts und die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*), che originariamente venne pubblicata nel 1969.

(76) G. PATOCCHI, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice Civile Ticinese del 1837*, Diss. iur. Berna 1961; I. AUGSBURGER-BUCHELI, *Le Code civil neuchâtelois 1853-1855 - Etude de l'élaboration et de la structure d'un Code civil qui a pour modèle le Code civil français*, Diss. iur. Neuchâtel 1988; H. P. GEISSMANN, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847-1855) - Zur Entstehungsgeschichte des modernen bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Diss. iur. Bern 1991.

(77) O. GAUYE, *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907*, in *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 13 (1963), p. 54-100. Molto istruttivo L. NEUHAUS, *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* 53 (1957), p. 369-377.

(78) Chr. HAUSAMMANN / E. SCHALLER, *Die Postulate der Frauenorganisationen und ihre Berücksichtigung bei der Ausarbeitung des ZGB*, Unveröffentlichte Lizentiatsarbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern, 1979; D. MANAI, *Eugen Huber Juris-*

alcuni partiti <sup>(79)</sup>, ma in special modo in ordine alle rivendicazioni del ceto rurale <sup>(80)</sup>. Da ultimo si è involontariamente ritrovato sotto le luci della ribalta — dopo anni di costante, ma segreta ammirazione — anche Eugen Huber, l'artefice del Codice civile: un personaggio veramente carismatico, che abbiamo tradizionalmente sommerso di lodi, tanto da metterne in ombra i tratti più spiccatamente umani come anche, in ultima analisi, i limiti <sup>(81)</sup>.

## VI. *Logica e motivi del disincanto.*

### 1. *Introduzione, o l'inevitabilità della deviazione.*

Giunti a questo punto, vien naturale chiederci: dobbiamo accontentarci di registrare questa trasformazione e di descriverla sulla base di alcuni esempi, oppure dobbiamo anche tentare di spiegarla, ossia di capire *perché è avvenuta?* Se pare indicato imboccare quest'ultima strada, probabilmente perché in questa trasformazione si riflettono non tanto svolte autobiografiche, quanto cambiamenti che hanno investito l'intera società. Se davvero così fosse — e chi

---

*consulte charismatique*, Basel/Frankfurt a.M. 1990, p. 116-123; B. MESMER, *Ausgeklammert - Eingeklammert, Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts*, Basel/Frankfurt a.M. 1988, p. 231, 240 ss.

<sup>(79)</sup> K. ROTHENBUEHLER, *Die Postulate der Sozialdemokraten zur Kodifikation des Zivilrechts in der Schweiz*, Unveröffentlichte Seminararbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern, 1982. Sull'incontro di Eugen Huber con l'ideologia socialdemocratica, cfr. per ora P. CARONI, *Anton Menger ed il Codice civile svizzero del 1907*, in *Quaderni fiorentini* 3-4 (1974-1975), p. 273-318, specialmente 299 ss.; D. MANAI, *Eugen Huber*, p. 10-12, 32.

<sup>(80)</sup> R. STEPPACHER, *Rechtsvereinheitlichung als Rechtserneuerung - Die Bauern und die Vereinheitlichung des Privatrechts auf Bundesebene in der Schweiz*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 9 (1987), p. 152-183; IDEM, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR - Ein Beitrag zur Schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893-1912)*, Diss. iur. Bern 1991. Sulla stessa problematica all'interno del diritto privato cantonale cfr. H.P. GEISSMANN, *Das ABGB für den Kanton Aargau*, p. 392-412.

<sup>(81)</sup> D. MANAI, *Eugen Huber Jurisconsulte charismatique*, Basel/Frankfurt a.M. 1990. Su questa biografia, dettagliatamente, P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 110 (1991), I, p. 381-419.

scrive ne è convinto — dovrebbe essere possibile spiegare l'avvenuta dislocazione del fulcro tematico in un altro modo che non con la trita allusione alla saggezza dei posteri, oppure alla dinamica intrinseca al progresso. Se oggi vediamo e valutiamo l'evoluzione in altro modo, è perché noi stessi siamo diventati diversi, poiché viviamo in una società assediata da preoccupazioni sue specifiche, perciò nuove. In ciò sta la conferma di una banale (ma spesso dimenticata) verità: vediamo la storia unicamente attraverso il presente, scorgiamo solo quel frammento di essa, che il presente occasionalmente illumina. Più semplicemente ancora: « *Dans la vie de tous les jours, c'est d'abord par l'intermédiaire de l'idéologie de notre société que nous devenons conscients de quelque chose* »<sup>(82)</sup>. Ma tutte le deviazioni, quelle liberamente imboccate come quelle inflitte dalla natura umana, hanno un loro fascino, quando non seducono. Nel nostro caso ci obbligano a ragionare sull'odierna società e sui problemi nei quali si dibatte. Che è come dire: scrutando l'attualità riusciamo a decifrare (almeno parzialmente) il passato.

## 2. *Il sacrificio della libertà contrattuale: la svolta verso il sociale.*

Nel 1904 James Joyce concludeva il suo *Portrait of the Artist* con una sentenza sibillina: « *The competitive order is employed against itself* »<sup>(83)</sup>. Già allora non si trattava ormai più di una semplice profezia, che nel corso del secolo si sarebbe d'altronde avverata ancor più drammaticamente: sanzionando il crollo della libertà contrattuale e smascherando impietosamente quell'illusione egualitaria che aveva inizialmente connotato il modello giuridico borghese, determinandone la relativa parabola. Perché le illusioni, come pure le cose invisibili ed immaginarie, possono ben avere una loro storia, concreta e convincente<sup>(84)</sup>. L'affermazione di Joyce — che potrebbe venir ribadita da numerose altre citazioni — è quindi valida, in

---

<sup>(82)</sup> L. DUMONT, *Homo aequalis - Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977, p. 26-30. Passo citato a p. 27.

<sup>(83)</sup> J. JOYCE, *A Portrait of the Artist as a Young Man*, a cura di Chester G. Anderson, Londra 1968 (ried. 1977), p. 266.

<sup>(84)</sup> Stimolante a questo proposito P. ARIÈS, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen Age à nos jours*, Paris 1975, p. 98-99.

quanto non collega l'evoluzione effettiva all'azione di fattori esogeni, e nemmeno la spiega come imprevisto o casuale scarto. Vede piuttosto in essa l'avverarsi di un *pericolo endogeno* e considera perciò l'implicita soppressione della libertà contrattuale quale fatto ampiamente prevedibile e scontato, poiché conforme alla logica sottesa alle opzioni codificatorie. Proprio questa visione disincantata del presente ci induce a scrutare con occhi diversi il contesto storico della codificazione. Storicamente essa amò presentarsi quale memorabile tentativo di riconciliare liberalismo e democrazia, il che avrebbe aperto utili prospettive alla cooperazione di libertà e uguaglianza. Chi poi, a bocce ferme, tentasse di appurare l'esito concreto di tale divisamento, magari liberando il testo scritto dalla gabbia nella quale era stato isolato, rispettivamente rinchiuso dal formalismo giuridico, dovrebbe alla fine ammettere che il conto (peraltro precipitoso ed anche un poco ingenuo), davvero non torna. Perché? Perché non poteva assolutamente quadrare. Liberalismo e democrazia erano pur rimasti, aldilà delle belle (e comode) speranze, avversari inconciliabili, come avrebbero testimoniato altri episodi nel corso del secolo<sup>(85)</sup>. L'ambivalenza tra libertà ed uguaglianza si risolse presto a favore della prima: chi vi si richiamava rafforzava generalmente disuguaglianze esistenti e ne provocava altre completamente nuove. Se poi qualcuno obiettasse che *ex post* è facile criticare, e che le cose avrebbero ben potuto svolgersi diversamente, allora gli ricorderei quanto statuiva *già nel 1799* un progetto costituzionale della Repubblica Elvetica: « *Die Freiheit schliesst die Gleichheit nicht in sich* »<sup>(86)</sup>.

### 3. *L'irrisolta questione sociale: la svolta verso il politico.*

Gli antagonismi che nella seconda metà del secolo scorso conseguirono all'industrializzazione, trasformandosi rapidamente in una « questione sociale » che minacciava l'esistenza stessa di tutta la società, ingombrano tuttora l'attualità. Se disturbano meno, così che

---

<sup>(85)</sup> Persuasivo su questo punto F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, p. 10-15; P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 146-155.

<sup>(86)</sup> *Antliche Sammlung der Acten aus der Zeit der Helvetischen Republik*, bearbeitet von J. STRICKLER, IV. Band (April-September 1799), Bern 1892, p. 1326.



non dobbiamo neppure più vergognarcene, è solo perchè li abbiamo accuratamente nascosti: abbiamo infatti esportato il problema (complicando così la problematica del terzo mondo) o, meglio, lo abbiamo represso (come testimoniano drammaticamente le più recenti scoperte sulla cosiddetta « nuova povertà »). Sempre più insistentemente (si spera) ci si pone la domanda di come si possa rimediare. Dato che un' incisiva socializzazione del diritto privato, volta a conseguire effetti compensatori, ossia a trasferire e ridistribuire ricchezza, resterà illusoria, fintantoché le strutture portanti di questo diritto rimarranno borghesi, solo un intervento diretto dello Stato pare oggi in grado di risolvere i più assillanti fra i problemi sociali. Di uno stato che potrà dedicarsi ovvero emanando diritto sociale (pubblico), ovvero intensificando la cooperazione pratica con i privati. Tutto ciò caratterizza un'evoluzione che si articola sotto i nostri occhi e che potremmo definire come una strisciante trasformazione dello Stato, marcata com'è dal costante aumento dei compiti statali. Fino a qui, in fondo, nulla di nuovo, se non fosse che la tendenza si acutizza costantemente, tanto da inquietarci sempre più. Ci interroghiamo perciò sull'opportunità di questa scelta, in particolare se questa sia la via adeguata verso il futuro, se in questo modo non si delegheranno ad un gigantesco apparato burocratico trasformatosi in Stato sociale troppe competenze che lambiscono pericolosamente la sfera privata dei cittadini (con la relativa insidia di un larvato totalitarismo e con conseguenze psicologiche per i destinatari ben più negative di quelle provocate dall'indigenza materiale), finalmente se il finanziamento di queste funzioni assistenziali che lo stato sempre più frequentemente si assume, rispettivamente che sempre più regolarmente gli vengono accolte, potrà ancora essere garantito, e così via. Queste osservazioni non precludono ad una predica, intendono solo descrivere una situazione che sempre più obbliga i giuristi a relativizzare la forza espressiva delle proprie categorie concettuali, se non addirittura a metterla in dubbio. Lo stesso discorso vale anche per la suddivisione (tutt'altro che aprioristica) dell'intero ordinamento giuridico in diritto pubblico e diritto privato<sup>(87)</sup>. Se la sua forza descrittiva si indebolisce sempre più, ciò

---

(87) Considerazioni generali su questo punto P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 101 ss.

avviene proprio in sequela all'evoluzione descritta: in più punti ha cancellato la linea che separava stato e società, tendenzialmente riavvicinando i due universi, così che i provvedimenti sociali, con i quali lo Stato soddisfa attese sempre più urgenti, vengono ora a trovarsi *a cavallo del confine* fra diritto pubblico e privato. Tutto ciò sembra tra l'altro confermare l'ipotesi che tanto questa dicotomia, come pure la separazione tra Stato e società ad essa soggiacente, non abbiano mai avuto valore assoluto e nemmeno delimitarono spazi realmente autonomi gli uni dagli altri, ma piuttosto vollero sanzionare forme più o meno dissimulate di una collaborazione nonostante tutto armoniosa <sup>(88)</sup>.

Questa supposizione ci riconduce finalmente alla codificazione e ce la mostra ora sotto una luce diversa. Si imponeva, finora, quale simbolo di un diritto privato autonomo, perciò apolitico; più esattamente, di un diritto privato la cui logica sfuggiva pervercacemente all'intervento statale. Ma oggi anche questa « lettura » vacilla, e proprio il cambiamento della tematica appena descritto lo attesta. Improvvisamente ci accorgiamo che la separazione era o, meglio, poteva essere solo una modalità (più o meno camuffata) di cooperazione; che quindi la codificazione, senza riferimento al « politico » e senza considerare il contesto giuridico, nel quale si era stabilmente inserita, rappresentava un messaggio mùtilo ed incomprendibile. Per questo motivo lo squadriamo sempre più puntigliosamente, questo contesto giuridico, soprattutto in relazione a quelle situazioni nelle quali si è attestato con particolare virulenza: all'epoca dell'elaborazione delle grandi codificazioni <sup>(89)</sup> o nel periodo bellico, quando urgeva correggere rapidamente ed efficacemente l'ordinamento giusprivatistico in vigore <sup>(90)</sup>. Mi sia dunque lecito

---

<sup>(88)</sup> Prime indicazioni provvisorie in questo senso in P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 132-134.

<sup>(89)</sup> Così ad esempio H.P. BENOEHR, *Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 8 (1977), p. 187-218.

<sup>(90)</sup> Per la Svizzera, cfr. R. HAAB, *Krisenrecht*, in *Basler Universitätsreden*, Heft 8, Basel 1936; K. OFTINGER, *Die Vertragsfreiheit*, in *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, p. 46-62, così come l'ulteriore bibliografia citata a p. 46, n. 1. Per la Germania F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, p. 26 ss., 39; U. SPELLENBERG, *Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?*, in *Recht im sozialen Rechtsstaat*, hg. von M. REHBINDER, Opladen 1973, p. 23-67, specialmente p. 34 ss. Per l'Italia ad esempio F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e*

riassumere così: poiché il presente ci insegna che il contesto politico (e quindi giuspubblicistico) concorre in modo determinante a definire la valenza del diritto privato codificato <sup>(91)</sup>, abbiamo capito che anche le codificazioni storiche erano in grado di occupare solo quello spazio che via via veniva loro aggiudicato dallo Stato e dal (rimanente) ordinamento giuridico. Queste operazioni, che isolavano spazi e conferivano competenze, sono — proprio come i successivi e costanti nuovi rilevamenti e delimitazioni — fenomeni intimamente legati alla storia della codificazione, perciò degni di seria e costante considerazione.

#### 4. *L'età della decodificazione* <sup>(92)</sup>.

Con questo giungo ad una terza considerazione, nella quale confluiscono agevolmente le riflessioni precedenti, e che forse spiega meglio perché oggi interpretiamo diversamente la storia della codificazione. Io credo che ciò sia possibile *poiché la sperimentiamo per la prima volta come storia vera e propria*, vale a dire come una parabola temporale, la cui curva lentamente declina. La nostra epoca è, secondo la felice intuizione di Natalino Irti, « *l'età della decodificazione* » <sup>(93)</sup>, ovvero l'epoca nella quale tutte quelle certezze, delle quali abbiamo fatto il nucleo costitutivo della nostra teoria codificatoria, lentamente si sgretolano e vengono viepiù sostituite da modalità legislative di stampo diverso. Dato che l'evoluzione è in atto, mi accontenterò qui di evidenziarne gli aspetti idonei a corroborare le tesi finora sostenute.

Esteriormente la decodificazione consiste in un movimento a ritroso, che annulla e rinnega l'unificazione sociale e sistematica sanzionata dal codice. Quest'ultimo smette perciò di essere l'epicentro dell'ordinamento giusprivatistico e viene progressivamente svi-

---

*dei nuovi confini del diritto privato*, in *Rivista di diritto commerciale* 1919, I, p. 1 ss. Inoltre C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma/Bari 1990, p. 233-273, specialmente p. 251 ss.

<sup>(91)</sup> P. CARONI, *Liberale Verfassung*, p. 21-22.

<sup>(92)</sup> V. per un'introduzione al tema P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 96 ss.

<sup>(93)</sup> Questo il titolo del noto pamphlet, apparso nel 1989 in terza edizione, che è passato quasi inosservato al nord delle Alpi.

gorito, rispettivamente marginalizzato dall'emanazione di leggi speciali di pari rango e quindi autonome<sup>(94)</sup>. È ovvio che ciò non avviene per caso, o senza motivi: consegue piuttosto ad un'evoluzione sociale che ora può rinunciare al coinvolgimento uniforme di tutti i destinatari giuridici — com'era stato auspicato dalla codificazione borghese — poiché singoli o gruppi si sottraggono a questa strategia e rivendicano un trattamento specifico (e in questo senso formalmente privilegiante) da parte dello Stato. Per di più da parte di uno Stato che sembra favorire scopertamente tale evoluzione, rinunciando a nascondersi dietro lo schermo del suo *imperium* per aprirsi alla cooperazione, alla partecipazione democratica, alla collaborazione e alla divisione del lavoro con il cittadino; di uno Stato che interviene sempre più facendo capo all'accordo ed al contratto, quindi anche alla sanzione di diritto speciale. Da Stato sovrano-autoritario com'era, si converte ora in uno Stato che agisce consensualmente, ed è pertanto accessibile a rivendicazioni specifiche di gruppi e settori. Per cui si moltiplicano le situazioni nelle quali questo Stato incontra gruppi sociali su un piano di assoluta parità per concordare soluzioni giuridiche decisamente settoriali. Il che potrebbe a lungo andare — sia detto di transenna — far vacillare la concezione dello Stato di diritto.

Ora accade che — per tornare al nostro tema — com'è avvenuto spesso in passato e come svelano talvolta impietosamente le nostre esperienze personali, si viva e si veda in modo diverso, più nitido ed intenso, tutto ciò che si potrebbe presto perdere e a cui si dovrebbe presumibilmente rinunciare. Il presentimento dell'imminente separazione o di una perdita comunque incombente, crea in altre parole quella distanza che permette di considerare l'esperienza vissuta fino ad ora come *passato*, vale a dire come un'evoluzione conclusa, la cui storicità è per la prima volta completamente intellegibile e perciò anche diversamente rappresentabile. Per questo motivo associamo

---

<sup>(94)</sup> Poiché ultimamente non mi è stato risparmiato il rimprovero — peraltro spiritoso — di provare entusiasmo per la codificazione (*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12, 1990, p. 98), vorrei specificare esplicitamente che tutte le espressioni e metafore, con le quali intendo descrivere l'evoluzione decodificatoria (movimento regressivo, disintegrazione sociale, erosione del codice, eccetera), vengono proposte senza alcuna connotazione negativa.

oggi all'idea di codificazione altri valori e, forse, visioni più differenziate.

### 5. *L'astrazione regressiva.*

L'evoluzione politica e sociale ricordata finora non solo ha dilatato considerevolmente il precedente orizzonte tematico della storia della codificazione, ma ha pure svelato il modello pedagogico che gli era proprio. Catturato dal formalismo giuridico-concettuale che la pandettistica tedesca aveva innalzato a quintessenza di un metodo ritenuto perciò rigorosamente scientifico, questo modello ha incoraggiato generazioni di giuristi a concentrarsi sugli elementi puramente giuridici e a bandire dal loro campo d'osservazione e d'attività gli aspetti metagiuridici (come potevano ad esempio essere quelli morali, economici, politici). Privilegiava l'*astrazione*, poiché la considerava una premessa che garantiva l'oggettività e la neutralità della scienza giuridica e poiché riteneva che un'applicazione o una combinazione meramente concettuale di norme legali astratte fosse da condividere, se solo corrispondeva alle leggi della logica formale. Così per decenni i giuristi ebbero occhi solo per i loro concetti, e trascurarono deliberatamente tutto quanto avrebbe potuto incrinare le loro certezze. Questo spiega anche perché abbiano ignorato, fra le altre cose, anche la *Rechtssoziologie*, ossia l'opera scritta tra il 1911 e il 1913 da Max Weber, che proponeva per la prima volta una visione molto più differenziata, persino demistificatoria, della codificazione.

Chi si interroga oggi sulla valenza giuspolitica dell'astrazione codificatoria, giudica diversamente. Non ignora più che l'astrazione, lungi dall'attutire o sopprimere le disparità nelle relazioni interpersonali, in realtà si accontentò di occultarle. Dopodiché continuarono — seppure in forma diversa — a manifestarsi, e a condizionare la vita sociale, proprio per il tramite del principio dell'uguaglianza puramente formale<sup>(95)</sup>. Non è possibile infatti appurare la « realtà » di questa uguaglianza, senza collegarla alle disparità materiali. L'evoluzione politica e sociale insegna che anche la storia della codificazione non è concepibile senza aver prima recuperato e valutato tutto

---

(95) P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 64-67.

quanto oscurato o espunto da una smaterializzazione poco meno che ossessiva. Ovvero: solo un'astrazione regressiva potrà permettere una visione autentica della codificazione.

#### 6. *Del ritardo elvetico.*

Anche nella storiografia giuridica svizzera — come ho già ricordato — la tematica codificatrice si è lentamente trasformata. Ciò avvenne però con un certo ritardo, che sorprende e va spiegato, poiché presumibilmente collegato ad un atteggiamento sfavorevole alle strategie decodificatorie <sup>(96)</sup>. Come va dunque interpretata questa svolta tardiva? Per l'ennesima volta con l'allusione — stereotipata e monotona — all'inerzia culturale del paese, o alla letargia intellettuale che subentra alla ricchezza materiale? Il *topos* — come pure il suo contrario <sup>(97)</sup> — è noto, ma nel nostro caso spiegherebbe ben poco. Non è necessario rinviare a situazioni patologiche: basta in fondo prendere sul serio la storia del paese, massime quegli aspetti, che da sempre ne hanno costituito la singolarità. Con quali esiti?

a) Uno di questi aspetti, che come un filo conduttore attraversa molti secoli di storia confederata, attiene alle strutture politiche. Seppure differenziate materialmente, temporalmente e territorialmente, non si può negare l'esistenza di una matrice comune: *furono tendenzialmente democratiche e repubblicane*, anche se ovviamente solo nell'accezione preborghese di questi termini. Questa tradizione — che va rilevata senza *pathos* alcuno — ha poi influenzato la storia ottocentesca, poiché ha indotto quello specifico rapporto fra Stato e società, che appare non tanto come separazione

---

<sup>(96)</sup> In modo riassuntivo P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 98-99. Sul rifiuto della decodificazione cfr. ad esempio E. A. KRAMER, *Die Lebenskraft des Schweizerischen Obligationenrechts*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 102 (1983), I, p. 241-276; in modo speciale p. 263 ss.

<sup>(97)</sup> Cfr. per esempio S. ZWEIG, *Die Welt von gestern - Erinnerungen eines Europäers*, Frankfurt a. M. 1981, p. 339; C. SEELIG, *Wanderungen mit Robert Walser*, Frankfurt a.M. 1977, p. 63, 74, 78, 168. Gli esempi proposti qui senz'ordine alcuno potrebbero venir confermati da una moltitudine di altre citazioni.

apodittica, quanto come distinzione organizzativa di àmbiti complementari ed interdipendenti <sup>(98)</sup>.

Probabilmente per questa ragione, e poiché si fu sempre disposti a sperimentare l'influenza reciproca, rispettivamente la compenetrazione parziale delle due sfere come situazione del tutto regolare e persino indicata, in Svizzera non si giunse mai a separare o isolare la scienza giusprivatistica dalla società e dalla politica. La scienza civilistica, in questo paese, divenne piuttosto una disciplina dall'autonomia molto ridotta, come subito evidenziano confronti con l'evoluzione francese o tedesca. Una disciplina perciò refrattaria alla giurisprudenza dei concetti tedesca <sup>(99)</sup> e per la quale la vocazione sociale del diritto privato — al più tardi a partire dalla codificazione giusprivatistica di Zurigo (1853/1855) <sup>(100)</sup> e poi costantemente fino al Codice civile svizzero — era divenuta un obiettivo tradizionale. Non stupisce perciò che già prima delle trasformazioni sociali e politiche appena descritte, la codificazione non venisse mai considerata come fenomeno puramente giuridico, o come l'esito di un'elaborazione esclusivamente dogmatica, ma piuttosto come un complesso di regole dietro al quale erano in ogni momento ben visibili l'esistenza, come pure i limiti, di chiare opzioni politiche e sociali. L'ampia ricerca pubblicata nel 1947 da Iso Keller sugli aspetti etici e tecnici delle codificazioni moderne <sup>(101)</sup>, così come l'interpretazione del Codice civile svizzero di Peter Liver alla luce delle relazioni fra « individuo e collettività » e « tra-

<sup>(98)</sup> P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 125-155, specialmente p. 125-126, 132, 154-155.

<sup>(99)</sup> Si leggano le considerazioni riassuntive di A. EGGER, *Ueber die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Auflage, Zürich 1950, p. 45; A. SIMONIUS, *Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du CO*, in *Semaine judiciaire* 71 (1949), p. 201-224; IDEM, *Ueber Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 71 (1952), I, p. 237-273; H. PETER, *Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz*, in *Festschrift K. S. Bader*, Zürich/Köln/Graz 1965, p. 321-342. Il tema è peraltro complesso e andrebbe finalmente ripreso con ben altro impegno.

<sup>(100)</sup> Sulla codificazione del diritto privato zurighese, che suscitò grande ammirazione in patria e all'estero, cfr. ad esempio P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 25 ss., n. 39 ss.

<sup>(101)</sup> I. KELLER, *Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Aarau 1947.

dizione e riforma »<sup>(102)</sup> sono esempi emblematici di una precoce attenzione agli aspetti « non dogmatici » dell'evoluzione codificatoria. Un'attenzione che non attese la tanto discussa trasformazione per sortire esiti spettacolari.

b) È tuttavia molto improbabile che basti questa prima riflessione a dar conto di tutte le peculiarità della relativa storiografia svizzera. Indagando così su altri motivi, ci imbattiamo nella proverbiale riluttanza a « leggere » la codificazione come normativa unilaterale, e perciò discriminante, quando non addirittura classista. Ciò non contraddice all'ipotesi espressa precedentemente (lit. a), poiché anche il metodo scelto per collegare una legge al suo retroterra sociale rivela opzioni politiche; non deve quindi condurre necessariamente allo smascheramento di tendenze antagonistiche, ma può ad esempio anche vedere nella legge un felice compromesso, che riconcilia le classi, e contribuisce ad integrarle nel tessuto politico e sociale. La diversa reazione dei socialisti tedeschi e svizzeri *vis-à-vis* dei relativi progetti di codice prova che queste due interpretazioni non rimasero solo teoria<sup>(103)</sup>.

In ogni caso, un regime politico che tradizionalmente prevede una partecipazione democratica favorisce poi un'ottica che difficilmente interpreta le decisioni prese come unilaterale prova di forza. Così anche il codice assurge automaticamente a immagine speculare della tradizione democratica, diventa il simbolo di quanto « *die Nation zusammenhält* »<sup>(104)</sup>. Chi non lo accetta a priori quale compromesso democratico, ricordando ad esempio che anche noi — nonostante la nostra democrazia — siamo solo una società di disuguali; chi di conseguenza vede nel codice più il riflesso di questa situazione sociale che non un ordinamento oggettivo, neutrale, indifferente oppure (il che fa lo stesso) accondiscendente verso tutti nella stessa misura, viola una tradizione sacra e viene emarginato.

---

<sup>(102)</sup> P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 39-52, n. 76-115.

<sup>(103)</sup> Cfr. su questo punto gli autori precedentemente citati: T. VORMBAUM e K. ROTHENBUEHLER, (note 69 e 79) così come l'esposizione riassuntiva *Die Postulate der sozialdemokratischen Partei zum eidgenössischen Zivilgesetzbuch*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* 2 (1905-1906), p. 4-7.

<sup>(104)</sup> Così il consigliere nazionale bernese Rudolf BRUNNER, *Ueber das Schweizerische Obligationen- und Handelsrecht*, Bern 1880, p. 36.



Forse per paura di ciò, ci si è opposti a lungo ad un incisivo approfondimento della dialettica sociale dei codici <sup>(105)</sup>.

## VII. *Considerazioni finali.*

Cosa rimane alla fine di questo lungo viaggio attraverso il paesaggio codificatorio, rivelatosi infine ideale luogo di ritrovo di tante strategie, trasformazioni ed evoluzioni, come pure di sottili operazioni ideologiche?

Da un lato la certezza di aver ampliato la tematica precedente, inserendovi molti aspetti finora sconosciuti. Ma sarebbe comunque fuori luogo parlare di scoperte o di progressi. Se oggi vediamo di più (ma anche questo è discutibile), indubbiamente non perché siamo più intelligenti, assennati o navigati ma, piuttosto, come già sottolineato, perché viviamo in un'altra epoca. Gli occhiali con i quali contempliamo il panorama tradizionale sono diversi e quindi svelano dettagli nuovi. Anche il concetto di codificazione al quale abbiamo implicitamente aderito, e che orienta la ricerca in direzioni determinate, non è già per questo fatto quello giusto, ma piuttosto solo il *nostro* concetto, che le generazioni future relativizzeranno o persino abbandoneranno, con lo stesso diritto con il quale noi abbiamo criticato antiche scelte. Mi pare doveroso ricordarlo, al termine di questo resoconto quasi autobiografico. Neppure posso tacere che durante la sua stesura tenevo ben presenti le parole, con le quali il poeta ricorda il diritto dei discendenti di pensare al passato in modo diverso:

« Le cose che a noi parvero tanto splendide e giuste  
sapranno dimostrarcele, loro, insensate e fruste,  
variando cose identiche senza troppe fatiche,  
come dicemmo in altra guisa noi parole antiche » <sup>(106)</sup>.

Con questo non si vuole assolutamente negare che, occasional-

---

<sup>(105)</sup> Testimonianze e ulteriori considerazioni in P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 98-99, 130-131, 154-155.

<sup>(106)</sup> C. KAVAFIS, *Poesie nascoste*, Milano 1974, p. 85.

mente, possano venir conseguiti risultati più duraturi, che poi sopravvivono al cambiamento delle opinioni e delle tematiche e che diffondono un po' di quella sicurezza che normalmente solo gli alberi genealogici sanno irradiare. Questo vale anche in punto alla tematica studiata in questo saggio. Poiché ritengo che almeno due osservazioni colte cammin facendo non possano essere tanto facilmente rimosse dall'orizzonte codificatorio.

a) In primo luogo, la convinzione che una descrizione credibile del ruolo rivendicato dal diritto codificato in una determinata società storica non è concepibile senza considerare il retroterra politico e sociale di un codice, o senza risalire al modello sociale ad esso sotteso. Questo proprio perché le codificazioni delle quali ci siamo preferibilmente occupati — ossia quelle di origine borghese — erano figlie dell'astrazione, rispettivamente il frutto di una scelta che ebbe ripercussioni sociali considerevoli.

b) Secondariamente, la convinzione che nessuna codificazione poté limitarsi a postulare o confermare la realtà, anche perché nessuna riuscì ad essere esclusivamente il riflesso fedele dell'ordinamento giuridico vigente. Con questo si vuole pure asserire che ogni codificazione, coscientemente o meno, ha sempre trasceso la realtà, riplasmandola in maniera più o meno completa<sup>(107)</sup>. Questo vale *anche* per quelle codificazioni che miravano semplicemente alla rielaborazione formale del diritto tuttora vigente e che si presentavano quindi volentieri come mere compilazioni; non da ultimo poiché la *conferma* della realtà ne provocò anche sempre la sua *trasformazione*.

---

<sup>(107)</sup> Sul fatto che ogni codificazione modifica automaticamente il diritto precedente cfr. P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 56, 73-75.

## LE CODIFICAZIONI DEL DIRITTO PRIVATO ED I LORO POSTULATI DI FONDO (\*)

*Il faut de l'économie, du travail opiniâtre, de la solidité, et l'absence de toute illusion dans une tête, pour tirer parti de la machine à vapeur. Telle est la différence entre le siècle qui finit en 1789 et celui qui commença vers 1815.*

STENDHAL, *Armance ou quelques scènes d'un salon de Paris en 1827, Avant-propos.*

1. *Perché le codificazioni borghesi non si possono considerare il coronamento della produzione legislativa dell'Assolutismo.*

Il presente contributo vuole essere, come dovrebbe già trasparire dal titolo, un tentativo di indagare quella che è la struttura di fondo delle codificazioni giusprivatistiche, come furono immaginate, formulate e promulgate nella maggior parte dei Paesi europei dopo le rivoluzioni borghesi. Originariamente inserito negli atti di un colloquio dedicato alla storia della legislazione in Età moderna, esso si proponeva quasi di concluderne la parabola mettendo specialmente a fuoco la codificazione. Il che non ha suscitato nessuna obiezione, visto che fra la legislazione e la codificazione esistono notoriamente numerosi legami sia genetici che sostanziali. Ciò nonostante un simile approccio non è privo di insidie nella misura in cui può generare ambiguità che avremmo invece potuto scongiurare in partenza se si fossero sottolineate più le diversità che le contiguità.

---

(\*) Pubblicato nella versione originale con il titolo *Grundanliegen bürgerlicher Privatrechtskodifikationen* in: DÖLEMEYER B. - KLIPPEL D. (curatori), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit, Beibefte der Zeitschrift für Historische Forschung*, Berlin 1998. Traduzione di ROY GARRÉ, Dr. iur., Assistente nel Seminario di storia del diritto dell'Università di Berna.

Se si affrontasse il tema della codificazione previa una trattazione del sistema delle fonti dello *ius commune*, il rischio evocato risulterebbe senz'altro più contenuto. Avremmo infatti a che fare con due sistemi fondati su premesse divergenti, contraddistinti in particolare da una diversa graduatoria delle fonti (qui predominanza della *scientia iuris*, là della legge). Due sistemi che, rampollando da concrete ed inequivalenti situazioni politiche, da orizzonti concettuali opposti, si combatterono frontalmente all'epoca dell'Assolutismo, per poi infine subentrare l'uno all'altro. Anche se nei singoli dettagli questa transizione non fu probabilmente così repentina e lineare come gli storici del diritto amano immaginare, non per questo la contrapposizione risulta smorzata o più problematica.

La situazione diventa al contrario più delicata e controversa se si affronta il tema della codificazione in capo ad una discussione sulla legislazione, con particolare attenzione alla sua centralità in un assetto governativo di stampo assolutistico. Questo deriva dal fatto che una simile cronologia incorpora o suggerisce ben precise valenze interpretative che non è certo lecito fare proprie senza un opportuno vaglio critico. Ciò vale ad esempio per la tesi secondo cui le codificazioni borghesi sarebbero la naturale conclusione e contemporaneamente il coronamento di quel processo che nel Seicento e nel Settecento vide il graduale affermarsi della legislazione statutale. Chi interpreta lo sviluppo in questi termini si aspetta comprensibilmente molto dal processo codificatorio, segnatamente che esso fornisca la prova decisiva della vitalità della nuova dottrina (illuminista e giusnaturalista) delle fonti giuridiche, riassumendo con ciò le acquisizioni più significative dell'intero movimento.

Siccome non condivido questa interpretazione, che considero semplicistica e fuorviante, desidero introdurre la riflessione richiamando alcune differenze fondamentali fra legislazione e codificazione.

La prima differenza attiene al quadro politico-costituzionale (e giusfilosofico). La *legislazione* si inserisce infatti nello sfondo del giusnaturalismo precritico, caratteristico del periodo dell'Assolutismo e riscontrabile da ultimo in Austria nel pensiero di Karl Anton von Martini <sup>(1)</sup>. La teoria del diritto che ne derivava era di conseguenza

---

<sup>(1)</sup> Su questo punto e su quanto segue cfr. il resoconto riassuntivo di Bruno

una teoria degli obblighi giuridici, in quanto i destinatari delle norme erano tenuti a fare uso dei diritti di natura oggettiva che l'ordinamento giuridico loro destinava per realizzare appieno la propria persona (dunque in una prospettiva morale tipicamente eudemonica). L'ordinamento giuridico diventava così un catalogo dei doveri da cui sgorgava un'imperscrutabile serie di *officia erga se, erga Deum, erga alios*. Alla base della *codificazione* vi è invece quel fenomeno di soggettivazione del diritto che solamente il passaggio al giusnaturalismo critico (scil. kantiano) rese filosoficamente concepibile. Decisiva fu in particolare l'autonomia privata (rispettivamente l'arbitrio) del singolo soggetto giuridico: d'ora in poi i diritti inerenti all'individuo verranno formulati come mere facoltà, affrancate da qualsiasi forma di obbligo di esercizio, discrezionale o oggettivamente predeterminato che esso sia <sup>(2)</sup>. Cataloghi dei doveri diventavano quindi inimmaginabili tanto quanto qualsiasi tipo di istruzioni per l'uso. Il diritto oggettivo del codice doveva piuttosto arrestarsi di fronte alla cittadella dell'autonomia privata. Il carattere dominante del diritto diventò così l'*esternità*, l'esclusiva fissazione di confini formali, con principale funzione di garanzia: « *denn bürgerliche Verfassung ist allein der rechtliche Zustand, durch welchen jedem das Seine nur gesichert, eigentlich aber nicht ausgemacht und bestimmt wird* » <sup>(3)</sup>. Di conseguenza si è potuto affermare, certamente a ragione, che le codificazioni volevano « *durch eine allgemeinverbindliche Normenordnung den Spielraum eigenverantwortlichen Handelns richtig abstecken und die individuellen Kräfte auf diesem Kampfplatz walten lassen* » <sup>(4)</sup>.

---

SCHMIDLIN, *Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller*, in: *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, a cura di Walter SELB/Herbert HOFMEISTER, Wien-Graz-Köln 1980, 192-209, in part. 198, 199, 203, 205.

<sup>(2)</sup> Presto questa impostazione giusfilosofica sarà comunque destinata a lasciare il campo ad una dottrina che meglio corrispondeva al modello economico capitalista, affermando implicitamente il dovere di un esercizio efficiente e produttivo dei diritti soggettivi. A questo proposito cfr. *infra* al punto 5.

<sup>(3)</sup> Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten* (edito da K. VORLÄNDER), Hamburg 1966, Erster Teil, I, 65; una conferma esplicita in Franz v. ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, 3. edizione rivista e corretta, Wien 1819, § 76.

<sup>(4)</sup> Così Franz WIEACKER, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, in: *Festschrift für G. Böhmer*, Bonn 1954, 34-50, citazione 49.

Ne consegue necessariamente un *secondo discrimine* fra legislazione e codificazione, questa volta relativo alle finalità giuspolitiche. La legislazione settecentesca traeva origine da un diritto maiestatico che escludeva poteri concorrenti e come tale mirava alla realizzazione di scopi autoritariamente predeterminati, espressione di un mondo in cui lo Stato e la società erano ancora ampiamente compenetrati. L'onnipotenza e l'ubiquità dello Stato ne erano la conseguenza, l'intervenzionismo il mezzo per il loro raggiungimento: in ambito economico non meno che in ambito giuridico. Al contrario le codificazioni sancivano l'arretramento dello Stato e l'emancipazione della società. E siccome quest'ultima d'ora in avanti si organizzerà secondo le regole dell'economia politica « classica », confidando nelle sinergie prodotte dalla mano invisibile — grazie alla quale interesse privato e benessere comune avrebbero coinciso —, anche il diritto privato verrà ristrutturato in senso garantistico: esso ora dovrà limitarsi a fissare le condizioni « *unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann* » (5).

La *terza differenza*, che attiene al campo politico e sociale, è probabilmente la più importante. Nel Settecento la società è infatti ancora caratterizzata da una segmentazione cetuale che si riflette nell'ordinamento giuridico, determinandone una frammentazione sia personale che reale. All'opposto le codificazioni, essendo emanate in società borghesi, possono aspirare da subito ad una disciplina di carattere globale. Questo avviene in due modi: da un lato mediante una copertura tendenzialmente esaustiva ed unitaria di tutte le materie giusprivatistiche, dall'altro attraverso un coinvolgimento ed una disciplina uniformi di tutti i membri della società (6). Mentre il primo postulato venne realizzato facendo del codice il perno centrale del nuovo sistema delle fonti giuridiche (cosa che gli procacciò un'esclusività perlomeno in senso lato), il secondo solleva

---

(5) Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten* (nota 3), 34-35; Immanuel KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), II, Einleitung; Franz v. ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht* (nota 3), § 3.

(6) In merito alla strategia tendenzialmente unificatoria su cui si fonda il concetto di codificazione qui utilizzato cfr. Pio CARONI, « *Privatrecht* »: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel/Frankfurt am Main 1988, 54 ss.

tutta una serie di questioni che sono appunto al centro del presente contributo.

2. *Come dall'unitarietà della codificazione possa venire astrattamente dedotta l'idea di una società « egualitaria ».*

Anzitutto è opportuno chiedersi come si possa concretamente descrivere la società che si è instaurata e lentamente organizzata dopo le rivoluzioni borghesi, ovvero in che misura essa fosse, rispettivamente dovesse essere, « uguale » e « omogenea » affinché per la prima volta si potesse affrontare il discorso di un diritto codificato unitario. Le risposte a tale quesito sono certo molto divergenti (7), ma un fatto dovrebbe comunque risultare acquisito: a causa delle rivoluzioni borghesi *i ceti* persero gran parte dei loro privilegi tralatzizi. Serbarono magari per un po' le loro prerogative economiche, continuando a godere di prestigio sociale, ma a livello politico vennero neutralizzati, spalancando le porte ad un'« uguaglianza » fino ad allora solo vagamente immaginabile. La stessa cosa non si può invece dire per tutta una serie di tradizionali ineguaglianze di natura economica e sociale, che continuarono ad esistere, manifestandosi anche più violentemente, visto che le rivoluzioni avevano non da ultimo rovesciato antiche strutture comunitarie ed associazionistiche che esplicavano, sotto molteplici aspetti, una funzione compensatrice e quindi riequilibratrice. La critica o anche il rifiuto di privilegi e discriminazioni — innati, ereditari o cetuali che fossero — erano sì elementi di novità rispetto alla società feudale, ma questo non implicava in alcun modo una maggiore omogeneità od equità della società postrivoluzionaria. In ultima analisi gli ostacoli esistenti vennero semplicemente rimossi in quanto impedivano il dispiegamento della libera concorrenza (e quindi anche la concretizzazione della libertà contrattuale). Tuttavia quest'ultima sarebbe

---

(7) Questo è non ultimo da ricondurre alle tesi sostenute da Arno MEYER (*The persistence of the old regime: Europe to the Great War*, London 1981). Per quanto mi consta, queste tesi sono state poco o punto prese in considerazione dagli storici del diritto. Per un resoconto completo cfr. *Annales, Economies-Sociétés-Civilisations* 45 (1990), 692 ss.

stata fondamentalemente priva di senso se gli uomini fossero stati effettivamente uguali.

In genere i giuristi (e con loro gli storici del diritto), posti di fronte alla questione a sapere come mai ad una società di disuguali sia stato comunque imposto un diritto egualitario — perché è proprio questo che ci si è prefissi di realizzare con le codificazioni borghesi —, si sentono a disagio. Sono irritati dalla concomitanza di situazioni e di postulati così contraddittori; a queste condizioni l'unificazione sociale del diritto privato può apparire loro come la quadratura del cerchio. Ancora più spesso non sono nemmeno in grado di percepire il problema in quanto tale. Abituati ed espressamente educati a vedere la società attraverso gli occhiali del diritto, rispettivamente a prenderne in considerazione soltanto quegli aspetti (parziali) che si riflettono in qualche modo anche nel diritto positivo, e dunque muovendo dal presupposto di una (innegabile) unitarietà del codice, essi ne hanno dedotto un'immagine di società (necessariamente) egualitaria. I pochi casi in cui si sono ammesse e rilevate eventuali disuguaglianze, vengono in genere evocati soltanto per sottolinearne l'irrilevanza sostanziale (rispettivamente la trascurabilità): in definitiva il legislatore, evitando di dare loro una veste normativa, li ha più o meno intenzionalmente rimossi dal campo d'osservazione dei giuristi, a tal modo oscurandoli.

Lasciamo comunque da parte, per il momento, questa descrizione un po' icastica e chiediamoci piuttosto come sia potuto accadere un simile artificio. La risposta è semplice: mediante un procedimento da sempre familiare ai giuristi<sup>(8)</sup>, ma che soltanto le codificazioni giusprivatistiche hanno fatto letteralmente decollare: l'*astrazione*. Da un profilo generale si tratta di un'operazione intellettuale mediante la quale viene effettuata una selezione: ad esempio quando taluni aspetti di una realtà sociale, di per sé omogenea e non scomponibile, vengono considerati superiori e costanti, e di conseguenza anche più rappresentativi di altri. Solitamente questa differenziazione selettiva di alcuni aspetti comporta anche un giudizio di preferenza, rispettivamente una precisa messa

---

<sup>(8)</sup> Brillanti riflessioni a questo proposito si trovano in Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 396 ss., 431 ss.



a fuoco dei problemi, a cui implicitamente può corrispondere la dislocazione o la squalifica degli elementi non presi in considerazione <sup>(9)</sup>. È innegabile che un simile procedimento susciti anche numerose critiche. Questo può certo avere molte spiegazioni, tuttavia a noi più che il fenomeno connesso della cosiddetta « *Entleiblichung des Rechtsverständnisses* » <sup>(10)</sup> appare rilevante il fatto che alla base delle astrazioni spesso vi siano « manipolazioni intellettuali » <sup>(11)</sup>, le quali, sotto l'apparenza di una severa imparzialità e di una obiettività logico-formale, spianano la strada a precise opzioni giuspolitiche <sup>(12)</sup>.

### 3. *Gli spostamenti della materia determinati dalla soggettivazione dell'ordinamento giusprivatistico.*

I giuristi parlano dunque volentieri di astrazione, e lo fanno nei più variati contesti. Ciò accade perché le tendenze selettive, rispet-

---

<sup>(9)</sup> Cfr. ad es. R. ORESTANO, *Introduzione* (nota 8), 351-352, 397-398; R. ORESTANO, « *Diritto* » - *Incontri e scontri*, Bologna 1981, 400, 450. Per un'esposizione generale del concetto filosofico di astrazione cfr. ad es. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, a cura di Joachim RITTER, Vol. 1, Basel-Stuttgart 1971, 33-65; Enrico RAMBALDI, *Astratto/concreto*, in: *Enciclopedia Einaudi*, I, Torino 1977, 1011-1060.

<sup>(10)</sup> Mi riferisco esplicitamente al titolo del contributo di Wolfgang SCHILD, *Verwissenschaftlichung als Entleiblichung des Rechtsverständnisses*, in: *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, Festschrift W. Trusen, Paderborn 1994, 247 ss. Io stesso avevo utilizzato simili espressioni, in maniera autonoma da quest'ultimo studio, in Pio CARONI, *Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994) 243-271, in part. 262-263. Il corrispondente rimprovero si trova comunque già in F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, 392, ed è stato formulato in maniera particolarmente azzeccata da Johann Caspar BLUNTSCHLI in *Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Der Beobachter aus der östlichen Schweiz*, 2 febbraio 1844 (in parte riprodotto anche in Hans FRITZSCHE, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich*, Zürich 1931, 76).

<sup>(11)</sup> Così Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. edizione riveduta, Tübingen 1972, 395.

<sup>(12)</sup> Su questo punto cfr. Paolo GROSSI, *Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Tübingen 1992, 13 (e IDEM, in: *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*-Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992, a cura di Claes PETERSON, Lund 1993, 37 ss.).

tivamente smaterializzanti, che stanno alla base di un simile meccanismo, sono proprie di numerosissime situazioni giuridiche<sup>(13)</sup>. In tal senso evocare l'astrazione, in relazione alle questioni sollevate nel presente contributo, serve in genere a caratterizzare in maniera breviloquente un'operazione di radicale riassetto della materia giurisprivatistica tralatizia. Essa venne messa in moto — a tutt'oggi questa mi sembra una spiegazione sempre più plausibile — dall'evocata soggettivazione dell'ordinamento giuridico<sup>(14)</sup>: il fatto che i

---

(13) Siccome nei limiti del possibile si dovrebbe evitare di parlare astrattamente di tutto e quindi anche dell'astrazione, sarebbe molto utile stendere un inventario delle molteplici situazioni in cui i giuristi incontrano o applicano questo metodo. Ciò al fine di fornire un'immagine pregnante del significato di tale metodo per la giurisprudenza (specialmente per quella di impostazione borghese), prevenendo malintesi e confusioni. Una simile lista dovrebbe segnalare fra le altre cose:

*a)* la tendenza alla sistematicizzazione dei materiali storicamente tramandati, rispettivamente alla cristallizzazione di principi direttori ed alla formulazione di concetti dogmatici;

*b)* la propensione ad elaborare concetti avulsi dalle concrete condizioni sociali da cui essi hanno avuto origine, come tali autosufficienti, autointegrabili e recepibili senza problemi anche all'esterno del loro originario luogo di produzione;

*c)* a pari passo con questo, l'adesione nei confronti di concetti « indipendenti dai contenuti », con una pretesa di validità assoluta (giusnaturalista?), sviluppati senza riguardo a condizioni di tempo e di luogo, completamente slegati da qualsiasi contenuto, come ad esempio i concetti di contratto e di proprietà;

*d)* la rinuncia del diritto privato borghese ad imporre contenuti obbligatori nei rapporti giuridici, automaticamente derivante dal riconoscimento dell'autonomia privata (esternità); e connessa a ciò anche l'autorizzazione ad usare gli istituti giuridici ad arbitrio del singolo (scil. senza un indirizzo autoritariamente predeterminato);

*e)* il distacco di uomini e donne dalla rete sociale o dai rapporti organici tipici di un'economia naturale, ora compresi quali meri individui, ovvero soggetti giuridici eguali in una società che si è prefissa una generale mobilità; da qui la messa in vigore di norme generali ed astratte, destinate a tutti in maniera omogenea, a prescindere da qualunque disuguaglianza sostanziale;

*f)* la rinuncia ad una disciplina troppo dettagliata delle fattispecie, compensata affidando al giudice il compito di decidere in base al suo prudente giudizio oppure secondo equità; questo a garanzia di maggiore flessibilità ed adattabilità dell'ordinamento giuridico;

*g)* senza scordare che già di per sé la *storia* del diritto non è concepibile se non previa un'astrazione: come scrive ORESTANO, essa « è il luogo topico ove convergono astrazioni molteplici, di ogni genere, ordine, grado » (nota 9, 20 ss., 25 ss.).

(14) V. *supra*, cifra 1.

giusnaturalisti abbiano riconosciuto alla capacità giuridica la qualità di diritto innato ha agevolato la generalizzazione della soggettività giuridica.

Il che sarebbe rimasto privo di conseguenze, se nel medesimo tempo i soggetti di diritto non fossero stati messi in condizione di rendersi adeguatamente attivi: già per questo motivo il riconoscimento dell'autonomia privata rappresenta il necessario complemento alla generalizzazione della capacità giuridica. Si tratta di proclamazioni di principio che costituiscono il fondamento di qualsiasi codificazione borghese: solennemente espresse o tacitamente sottintese non importa, senza di esse le codificazioni privatistiche dell'Ottocento non sarebbero nemmeno state immaginabili. Il loro incondizionato primato gettava ora una diversa luce su tutta una serie di situazioni ed elementi del diritto privato tralazio: per esempio su quelle regole che in un modo o nell'altro aspiravano alla realizzazione di una giustizia materiale<sup>(15)</sup>, oppure su quelle fattispecie che riflettevano in maniera troppo appariscente le disuguaglianze fra i singoli soggetti di diritto. Le prime furono presto vittima della soggettivazione: e non per un'improvvisa degenerazione morale della società, ma semplicemente perché si confidava nel fatto che la mano invisibile, piuttosto che lo Stato con i suoi precetti, avrebbe provveduto ad una più efficace promozione dell'equivalenza materiale. Le seconde hanno potuto mantenersi in quanto le disuguaglianze materiali, come avremo ancora occasione di vedere, non erano generalmente indesiderate: *tuttavia mediante l'astrazione vennero dislocate all'esterno del codice e così oscurate*. Ovvio che nel codice, dopo un simile riassetto della materia giusprivatistica, restasse effettivamente soltanto ciò che era comune e uguale per tutti: la capacità giuridica generale con il necessario *pendant* dell'autonomia privata. Poco, se si vuole. Ma anche l'unica regola « uguale » che potesse essere imposta a destinatari così diversi.

---

(15) A questa categoria appartenevano specialmente quelle norme che, agendo sui rapporti contrattuali, garantivano la creazione o il mantenimento di un'equivalenza materiale fra le prestazioni, come ad esempio la dottrina del *iustum pretium* e della *laesio enormis*, come anche quella della *clausula rebus sic stantibus*.

4. *Dislocazione come ristrutturazione interna al diritto. Per una storia dei concetti: Kant e Puchta.*

Prima di stabilire l'effettiva valenza di tale dislocazione è necessario accertare per quali motivi si sia cominciato a pensare in questi termini, dando poi concretamente seguito a tali idee. In genere viene richiamato a questo proposito l'atteggiamento critico ed ostile del legislatore borghese di fronte all'universo puramente imperscrutabile delle disuguaglianze. Quest'ultime sarebbero state in urto sia con le sue concezioni morali che con le sue aspettative estetiche. Da un lato poiché esse lo mettevano direttamente a confronto con situazioni che suggerivano un'immagine più di sfruttamento che di ordinato ed equilibrato (ed in questo senso armonico) commercio giusprivatistico. D'altro canto poiché la loro tenace imperscrutabilità contrastava quel desiderio di disciplinare la società (così ben riconoscibile nel *pathos* unificatore delle codificazioni), a cui invece il legislatore aspirava. Già di fronte ad un simile atteggiamento la dislocazione poteva essere percepita come una « ripulitura », ovvero un'operazione di *espunzione* non solo dalla codificazione, ma *dal diritto tout court* di tutto ciò che non corrispondeva o contraddiceva al sistema. I problemi e le disuguaglianze ovviamente restavano, ma venivano efficacemente rimossi dall'ambito di competenza dei giuristi. Essi riaffioravano così nel campo extragiuridico, dove del resto — come presumibilmente si pensava — potevano essere affrontati e superati con maggiore professionalità: ad esempio in quanto problemi di responsabilità morale o di strategia macroeconomica. Sparivano in ogni caso definitivamente — a quanto pare con sollievo generale — dal campo del diritto.

Questa almeno sarebbe l'opinione tradizionale. Sarà magari convincente in taluni suoi aspetti, ma nel suo complesso mi sembra poco affidabile. In ogni caso insiste troppo sull'approccio soggettivo del legislatore, sulla sua sensibilità e sul suo amore per l'ordine: si occupa più che altro di quanto si voleva combattere o impedire mediante l'esclusione e la dislocazione di determinate parti del precedente ordinamento giusprivatistico. Piuttosto in ombra restano in compenso sia i fini concreti a cui si mirava, che le occasioni

effettive che si volevano parallelamente promuovere<sup>(16)</sup>. Ed è proprio da un approfondimento di quest'ultimi aspetti che emerge come contrariamente alle idee dominanti la dislocazione in questione debba essere vista esclusivamente quale ristrutturazione o redistribuzione *intra giuridica*. Concretamente questo significa che le situazioni ed i problemi esclusi dal codice non sono assolutamente scomparsi dal campo visivo dei giuristi: sono stati semplicemente attribuiti ad altri settori del diritto. Declassati a modeste *comparse nell'entourage della codificazione*, abbandonavano le luci della ribalta. Al riparo da sguardi indiscreti essi saranno tuttavia in grado di meglio interagire con i principi restati al centro del codice<sup>(17)</sup>.

Riassumendo: già la storia concettuale mostra come l'uguaglianza formale (ora dominante all'interno del codice) e la disuguaglianza materiale (ora dislocata all'esterno del codice) possano non solamente coesistere nel tempo e nello spazio — cosa che può sembrare già di per sé miracolosa<sup>(18)</sup> — *quanto in qualche modo continuare ad essere indissolubilmente legate*. Per ora preferisco ancora esprimermi in termini vaghi per non anticipare conclusioni che potranno essere formulate soltanto dopo aver approfondito le ragioni che hanno effettivamente reso possibile un simile intreccio. Momentaneamente dobbiamo accontentarci delle osservazioni fornite dalla storia dei concetti, a partire, e non è poco, dal riconoscimento kantiano della coesistenza pacifica di entrambe le condizioni, conseguente all'emancipazione del diritto dai postulati morali<sup>(19)</sup>; nonché dal pregnante giudizio di Puchta secondo

---

(16) Anche questo atteggiamento sembra tipico di un approccio giuridico: allo stesso modo in cui l'unificazione sociale viene fatta principalmente risalire al desiderio (ordinante) di una semplificazione tecnico-formale, così lo stesso argomento viene ad esempio utilizzato per spiegare il riconoscimento del principio dell'accessione in ambito di diritti reali. Raramente si ricorda invece come questo principio serva anzitutto a mobilitare in maniera ottimale il valore dei beni, permettendo ad un *unico* proprietario di disporre dell'integralità *indivisa* della cosa.

(17) Cfr. ad esempio P. CARONI in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994), 445.

(18) Di « miracolo » parla a più riprese — anche se magari solo ironicamente — Pietro BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Torino 1987, 17, 21, 25, 50.

(19) Cfr. ad esempio Immanuel KANT, *Über den Gemeinspruch* (nota 5), II, Ziff. 2; così anche Franz v. ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht* (nota 3), § 50.

cui « *das Recht die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit sei* »<sup>(20)</sup>.

5. *Il contributo del diritto alla messa in circolazione dei beni. In particolare: dalla generalizzazione della capacità giuridica all'obbligo generale di usare l'autonomia privata in maniera efficiente. I condizionamenti imposti dalle « disuguaglianze ».*

Passiamo dunque dalla storia dei concetti a quella della loro recezione sociale: dalla *Begriffsgeschichte* alla *Wirkungsgeschichte*. In effetti tutti i concetti, i principi, le operazioni sistematiche finora esposte non erano soltanto costrutti teoretici o meri trastulli intellettuali; ebbero altresì una loro specifica storia sociale, che mostra come siano stati effettivamente recepiti e realizzati, rendendo possibili determinati sviluppi sociali, o anche soltanto legittimandone gli esiti: e questo lo si può vedere praticamente in tempo reale con l'avvento del mercato. Ove con mercato si vuole intendere esclusivamente quel fenomeno formatosi e vieppiù ingigantitosi a partire dall'Ottocento, perciò da non confondere con precedenti (e purtroppo omonime) strutture. Infatti il « nuovo » mercato, costituendo il naturale traguardo della strategia di sviluppo capitalista, diventò presto il nucleo, rispettivamente il simbolo istituzionale per eccellenza della nuova società (fenomeno che viene oggi docilmente definito come di « economicizzazione » della società). Concretamente designa quel luogo più o meno immaginario dove si scatena il gioco selvaggio della concorrenza e ne vengono sanzionati gli esiti<sup>(21)</sup>. Alla sua base vi era il principio dell'*efficienza realizzativa*:

---

<sup>(20)</sup> Georg Friedrich PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 8. edizione, a cura di PAUL KRÜGER, Leipzig 1875, 21 (e nello stesso senso già 11).

<sup>(21)</sup> Dietro il concetto di mercato qui utilizzato è facilmente riconoscibile la presenza del pensiero di Karl POLANYI, *La grande trasformazione-Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino 1974, passim; IDEM, *Oekonomie und Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1979, in part. 129-148, etc. Secondo questo approccio il mercato rappresenta un fenomeno *storico* nel senso originario del termine: non è la risultante di un istinto innato del genere umano e non aspira dunque nemmeno ad una validità sovratemporale. Per questo mi è sembrato non certamente ozioso ricordare esplicitamente l'ancoraggio alla realtà sociale ottocentesca. Sulla centralità del mercato cfr. anche P. BARCELLONA, *Individualismo* (nota 18), 48, 50, 97 ss.

sia in relazione alle cose che in relazione alle persone. Se in un qualsiasi modo esse risultavano portatrici di valori, energie, risorse, avevano un destino oramai segnato: venivano inevitabilmente assorbite dal meccanismo della concorrenza e sottoposte alle leggi omogeneizzanti del mercato. Questo del resto accadde non senza una preliminare separazione da quelle condizioni di vita e quelle protezioni sociali (in genere locali) che fino ad allora avevano determinato anche i corrispondenti parametri valutativi, essenzialmente orientati all'utile *immediato* delle cose. Nel mercato infatti tutti i valori furono ridefiniti e soprattutto unificati: non più in relazione all'uso concreto, ma in vista di una disposizione astratta, e possibilmente apportatrice di un plusvalore. Per essere misurati secondo questa nuova, universale unità di misura, sia le persone che le cose dovevano venire preliminarmente private della propria storia. In altre parole: una mobilità conforme al mercato, nel segno del valore di scambio delle cose, non poteva venire realizzata gratuitamente: era necessario uno sradicamento preventivo, che oltre a costituire la premessa reale della mobilità, ne era anche il prezzo umano <sup>(22)</sup>.

A questo scopo le normative giuridiche — diversamente dal caso dell'industrializzazione — potevano notoriamente fornire un aiuto utile, talora essenziale. Gli esempi convincenti non mancano certo:

— l'individualizzazione della proprietà favorì la concentrazione, nelle mani di un singolo proprietario, di tutte le facoltà proprietarie sull'intera cosa, ponendo le premesse ideali per una efficiente disposizione sui beni;

— il rafforzamento della pubblicità dei diritti reali, rendendo possibile la riforma dei diritti di pegno immobiliare, facilitò la mobilitazione del valore del suolo;

— l'unificazione dell'organizzazione giudiziaria, del diritto processuale e del diritto civile sostanziale accrebbero la forza di penetrazione della già raggiunta unificazione dello spazio economico;

— ma soprattutto: il riconoscimento generalizzato della capacità giuridica costrinse tutte le persone a partecipare al gioco della

---

<sup>(22)</sup> Su questi importanti nessi cfr. ad esempio P. BARCELONA, *Individualismo* (nota 18), 27, 36-37, 44, 81-82, *et passim*.

concorrenza, senza vie di scampo, visto che semplici spettatori non potevano venir tollerati.

Le conseguenze di queste di per sé semplici misure furono considerevoli: se da un lato si moltiplicava il numero dei potenziali acquirenti di quei beni che ora, grazie alla meccanizzazione, apparivano sul mercato in maniera sempre più massiccia, rapida e conveniente; dall'altro l'insormontabile pressione che ne derivava garantiva il totale, esclusivo (e anche in questo senso efficiente) *sfruttamento commerciale di tutti i beni e di tutte le energie*. Tendenzialmente niente e nessuno poteva sottrarsi al mercato o alla legge della domanda e dell'offerta. Nemmeno tutte quelle situazioni, più sopra ripetutamente richiamate, che furono espunte dal codice, nonché le disparità di potere ad esse sottese ed in generale le disuguaglianze materiali fra soggetti giuridici eguali. Dato l'obbligo di partecipare al gioco esse vennero *regolarmente traghettate verso il mercato*. Al momento dell'esercizio del diritto esse si ripercuotevano — necessariamente quanto spietatamente — a favore dei « giocatori » più forti, più tenaci, più esperti, più versatili o semplicemente più abili nell'attendere la capitolazione dell'avversario. Appare così per la prima volta la concreta relazione fra l'uguaglianza formale del codice e le disuguaglianze materiali tatticamente emarginate: contrariamente all'apparenza, che le etichette talvolta perfidamente suggeriscono, queste riemergono e condizionano l'esercizio del diritto. Di fatto a questo punto la precedente dislocazione viene revocata e la disuguaglianza viene reinserita nel sistema (rispettivamente addotta al mercato).

6. *L'uguaglianza formale in funzione della disuguaglianza materiale: il diritto privato borghese si spoglia della sua maschera egualitaria.*

Il rapporto fra parti visibili dell'ordinamento giuridico e quelle oramai rese trasparenti, è ora più facilmente inquadrabile avendone studiato l'impatto sociale. Prima di tutto viene confermata l'opinione di Puchta: le due parti sono così strettamente legate che risulta impossibile appurare la valenza ed il ruolo della capacità giuridica generale senza considerare (rispettivamente recuperare) le compo-



nenti rimosse<sup>(23)</sup>. Ancora più concretamente l'evoluzione qui rievocata mostra come la generalizzazione della capacità giuridica sia stata *programmaticamente associata alla disuguaglianza materiale*, in una funzione di per sé ancillare. La sua proclamazione teoretica non emana quindi da un'intransitiva scelta di principio, ma assume una rilevanza strumentale, *scil.* funzionale, in quanto serve a rendere possibili, rispettivamente a facilitare relazioni ed atti giuridici, i cui esiti sono già comunque profondamente anticipati alla luce del reale (ed inegualmente ripartito) potere contrattuale delle parti<sup>(24)</sup>.

A questo punto potremmo senz'altro sostenere che essa è stata quell'*inevitabile diversione giuridica* che ha reso possibile, dopo le rivoluzioni borghesi — e quindi anche dopo il rovesciamento delle forme di signoria feudale — uno sfruttamento più dinamico delle disparità di potere preesistenti<sup>(25)</sup>. Uno sfruttamento magari addirittura più accessibile ed accettabile, perché ora presentato come il risultato di dichiarazioni concordi di volontà, ovvero di un contratto. Dove del resto si manifesta chiaramente la valenza ideologica della nuova dottrina contrattuale (rispettivamente del volontarismo borghese)<sup>(26)</sup>.

Certamente possiamo pur sempre celebrare la proclamazione della capacità giuridica generale come un atto emancipatore, come un'epocale conquista liberale che realizzava nella pratica precedenti visioni giusnaturaliste<sup>(27)</sup>. Ed il conferimento generalizzato della qualità di soggetto giuridico, slegato da presupposti di sorta ed in questo senso incondizionato, potrebbe addirittura essere conside-

<sup>(23)</sup> Pio CARONI, *Das entzauberte Gesetzbuch*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 41 (1991) 249-273, in part. 269.

<sup>(24)</sup> Pio CARONI, « *Privatrecht* » (nota 6), 66-67; P. CARONI, *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, in: *Juristenausbildung als Denkmalpflege?*, a cura di Gunther ARZT/Pio CARONI/Walter KÄLIN, Bern-Stuttgart-Wien 1994, 27-56, in part. 66-67; P. CARONI, *Ungleiches Recht für alle*, in: *Festschrift für R. Bäuml*, a cura di Roland Herzog, Chur-Zürich 1992, 109-110. Nello stesso senso P. BARCELLONA, *Individualismo* (nota 18), 50-51.

<sup>(25)</sup> A questo proposito Fernand BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985, 76-78; Guido ALPA, *Status e capacità-La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari 1993, 17.

<sup>(26)</sup> P. BARCELLONA, *Individualismo* (nota 18), 36-39.

<sup>(27)</sup> Recentemente in questo senso (ma non senza riserve) G. ALPA, *Status e capacità* (nota 25), 60-61.

rato un regalo da parte di un movimento (si intende quello illuminista) che più di altri si è battuto per l'emancipazione umana. Non voglio di per sé negare la legittimità di simili valutazioni. Esse hanno tutte il loro spazio nella storia delle idee. Ma è ben diverso e ben più inquietante il quadro che si stagia ai nostri occhi non appena si cerchi di riflettere sull'attuazione concreta di queste idee, ponendosi domande in merito all'*utilità oggettiva* che hanno avuto nell'Ottocento, e non appena a questo scopo si prenda in considerazione anche ciò che è rimasto in ombra nell'*entourage* del codice. Le tradizionali formule in cui l'evoluzione veniva osannata come un'epifania emancipatrice non convincono allora più come prima, ci appaiono affrettate, unilaterali, frammentarie. Il diritto borghese resta soltanto in apparenza egualitario; e se proprio si vuole ancora presentare la generalizzazione della capacità giuridica come un dono, allora sarà piuttosto come un « dono da Danai ». C'è infatti poco da illudersi sul presunto entusiasmo dei destinatari di quel regalo: se è vero che la capacità giuridica venne paragonata ai supplizi di Tantalo, e questo in un'epoca notoriamente incline ad esagerazioni idealistiche quanto ornamentali <sup>(28)</sup>.

Insomma riassumendo: le codificazioni borghesi si riconoscevano certo (fatto già di per sé innovativo) nel principio dell'uguaglianza formale; questo però in vista di un'utilizzazione più efficiente, in quanto allineata alle esigenze di mercato, di tutto ciò che fu formalmente dislocato al di fuori della legge, pur continuando a premere sul resto. Il nesso funzionale fra entrambi gli aspetti era dunque necessario e costituiva la vera e propria novità. Non in quanto dilemma, aporia o miracolo, ma come momento costitutivo ed immanente del sistema del diritto privato liberale. Si potrebbe anche dire: di fronte alla domanda « a che scopo sono state attribuite a tutti queste libertà? », una risposta utile (ed utile perché realistica) può essere data soltanto dopo aver preso in considerazione l'*entourage* della codificazione. Per farlo occorre collegare le regole del codice a quelle situazioni che mediante l'astrazione erano state

---

<sup>(28)</sup> Domenico CORRADINI, *Il processo costituzionale nella Francia rivoluzionaria e il diritto privato*, in: *Diritto e stato nella filosofia della rivoluzione francese*, Atti del Colloquio internazionale 1-3 ottobre 1990, a cura di M.A. CATTANEO, Milano 1992, 171 ss., in part. 194-195.

preliminarmente espunte; in questo senso, revocando sistematicamente gli effetti dell'astrazione, il diritto borghese viene di colpo privato della sua aura egualitaria. Non appare comunque più come quel diritto che per primo ha affidato all'ambito economico ed alle sue leggi la gestione dei rapporti di dipendenza interpersonali <sup>(29)</sup>, ma soltanto come lo strumento di un nuovo (poiché diversamente formulato) antagonismo sociale.

7. *I sogni che le codificazioni borghesi hanno permesso di realizzare: quelli degli storici del diritto, quelli della borghesia e quelli dei nemici della borghesia.*

È facile, duecento anni dopo e con il senno di poi, valutare più intelligentemente questi avvenimenti. I nessi causali balzano meglio all'occhio, si può riferirne in modo più competente seguendone la logica evolutiva, riconducendo alla fine molto di quanto è accaduto a « leggi » e principi, ed in particolare a quelli da cui già muove il nostro discorso, perché noi semplicemente li consideriamo decisivi.

Chi studia questa bisecolare evoluzione *sub luce libertatis*, sarà piuttosto portato a considerare la libertà contrattuale, ora promossa a diritto fondamentale sociale, come uno di questi decisivi principi, e vedrà dunque nella conclusione del contratto l'incontro spontaneo e conciliante di aspettative contrapposte. Non trarrà quindi particolare piacere dall'osservazione di quanto accaduto. Vivrà piuttosto questi sviluppi come una sgradevole sequenza di continue sorprese, che spesso dimostrano proprio il contrario di quanto egli sperava e

---

(29) Così grossomodo Pietro ELLERO, *La tirannide borghese* (1879), edito da Vincenzo ACCATTATIS, Milano 1978, 61: « La servitù de' proletari in generale, forma odierna della questione sociale, non si avverte, se non perché da giuridica è diventata (che in pratica fa lo stesso) economica ». Analoghe riflessioni in Naum REICHESBERG, *Die Arbeiterfrage einst und jetzt*, Leipzig 1897, 50-52. Solo apparentemente ci si può qui richiamare a quel luogo marxiano in cui si constata che il lavoratore salariato è legato « durch unsichtbare Fäden an seinen Eigentümer » (K. MARX, *Das Kapital-Kritik der politischen Ökonomie*, I, Berlin 1968, 599). Da nessuna parte infatti — e nemmeno in questa citazione — si afferma che il diritto (borghese) non esprima più rapporti di dipendenza.

che quindi potranno apparire come pure perversioni dei buoni propositi iniziali.

Chi invece *non si accontenta* della proclamazione *astratta* della generalizzazione della capacità giuridica e del riconoscimento *di principio* della libertà contrattuale, preferendo accertarsi di come queste opzioni teoretiche si siano poi realizzate nella prassi, vedrà già gli inizi di questa storia sotto un'altra luce. Diritto all'autodeterminazione personale, autonomia privata come potere normativo del singolo, e tanti altri concetti simili, nella migliore delle ipotesi, non vengono presi in considerazione se non come meri costrutti dottrinali, il cui nesso con la realtà risulta sempre più problematico. Se si mostra scettico, in quanto dubita a priori dell'interesse del diritto privato di una società antagonista a propiziare equilibri materiali (anche solo mediante quella mitica concordanza spontanea delle volontà fra parti di fatto avversarie, che dovrebbe stabilirsi alla perfezione di ogni contratto), egli trova purtroppo nello sviluppo storico una massa di appigli e conferme, che lo rafforzano pienamente nella sua opinione.

In definitiva ciascuno di noi può osservare con i propri occhi dove ci ha portato l'utilizzazione, senz'altro conforme al sistema, della libertà contrattuale: a quelle concentrazioni di potere che ricordano piuttosto monopoli e cartelli, che con l'immagine della giustizia contrattuale non hanno più nulla da spartire e lasciano presagire la sicura morte del contratto, o forse l'hanno già definitivamente sanzionata <sup>(30)</sup>. Ed ognuno di noi è di conseguenza in grado di comprendere, senza per questo incorrere in una prevedibile condanna, che il richiamo codificatorio all'autodeterminazione non è altro che il « via libera » ad un esercizio legittimo della forza, ovviamente sanzionato dalla disponibilità dello Stato a dotare di

---

<sup>(30)</sup> Possono bastare alcuni riferimenti sparsi a documentare un'evoluzione che dovrebbe già essere nota: Henri LEVY-BRUHL, *Soziologische Aspekte des Rechts (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstatsachenforschung, 19)*, Berlin 1970, 70-71; Pio CARONI, *Entzaubertes Gesetzbuch* (nota 23) 265-266; G. ALPA, *Status e capacità* (nota 25), 24-25; Franz NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973, passim, in part. 266-267. Concerne soltanto parzialmente i problemi qui affrontati la tematica toccata da Grant GILMORE nelle sue famose lezioni degli anni Settanta (G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus/Ohio, 1974; trad. italiana, *La morte del contratto*, Milano 1988).

mezzi esecutivi l'operato oppressivo che ne dovesse derivare. Effettivamente non siamo allora molto lontani da una vera e propria omologazione formale delle esistenti disparità di potere.

Questo non significa assolutamente che la presente interpretazione — indipendentemente dall'eco che ne può derivare — escluda a priori altri punti di vista, negando la possibilità che le codificazioni abbiano potuto avere un effetto anche diverso da quello appena descritto. Ciò accade perché i codici sono come delle *custodie* vuote, di per sé pensate e prodotte in vista di un ben preciso contenuto, ma che di tanto in tanto vengono utilizzate anche come *contenitori*, in cui può essere sistemato — a seconda dello spazio a disposizione — qualsiasi altro oggetto.

Concretamente: i codici hanno anzitutto delineato gli spazi a disposizione per lo spiegamento dell'autonomia privata. Tuttavia l'assenza di contenuti che ne derivava non era né un segnale di indifferenza né di rassegnazione, ma piuttosto una malcelata presa di posizione del legislatore a favore di quei « giocatori » a cui andava a genio l'occupazione di quegli spazi vuoti, o che in ogni caso desideravano cogliere quell'occasione per realizzare i propri piani. Proprio in questo senso si può parlare di una custodia, la cui « vuotezza di contenuti » è in ogni caso ritagliata su misura e funzionale ad un certo tipo di oggetti. Il suo non è uno *status* definitivo, ma soltanto una strategia preliminare, in quanto fu chiaro già dall'inizio quali programmi concreti avrebbero dovuto occupare quegli spazi. Comunque ogni custodia può anche ospitare — ma in genere soltanto provvisoriamente — oggetti per cui essa non è stata prevista, e a questo modo adempiere alla funzione di contenitore. In definitiva in una custodia di violino si possono benissimo trasportare anche delle paste alla crema! Più spazioso è il contenitore, maggiori saranno le sue possibilità d'uso. Lo stesso vale per il diritto codificato: più selettivo e quindi più astratto esso risulta, più disponibile sarà nell'ospitare provvisoriamente desideri di altro genere e nel realizzare occasionalmente altri sogni <sup>(31)</sup>. Per questo non è per niente fuori luogo ammettere che di tanto in tanto anche i nemici della

---

<sup>(31)</sup> Su questo v. ad esempio Clausdieter SCHOTT, *Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 5 (1983), 121 ss., in part. 128.

borghesia abbiano apprezzato il codice, sostenendone di conseguenza la promulgazione e l'applicazione nella prassi. Così si può forse interpretare anche l'affermazione di Friedrich Engels secondo cui raramente il codice rappresenta « *der schroffe, ungemilderte, unverfälschte Ausdruck der Herrschaft einer Klasse* » <sup>(32)</sup>.

8. *Come persino il diritto privato imperativo mirasse alle dipendenze extracodificatorie.*

Dalle osservazioni finora fatte possiamo facilmente inferire come alla base di ogni concretizzazione (in genere contrattuale) dell'autonomia privata vi fosse il riferimento al mondo (semplicemente oscurato) delle disuguaglianze. Ma anche in quei rari casi in cui il diritto privato *imponesse delle soluzioni imperative*, sostituendosi così all'autonomia individuale, quel mondo restava nel suo mirino. In un modo o nell'altro, attraverso norme cogenti, se ne doveva coinvolgere ed intaccare la sostanza. Questo poteva avvenire in due maniere:

a) Da un lato mediante quelle misure volte ad eliminare i più intollerabili abusi della disuguaglianza materiale: a questa categoria appartiene soprattutto il cosiddetto *diritto privato sociale* che, oltre a rappresentare il caso più importante, è stato oggetto di ripetuti studi proprio negli ultimi tempi, per cui lo si può considerare un esempio noto <sup>(33)</sup>. Non meno conosciuti sono del resto anche i problemi che si presentano nella trasposizione pratica di simili normative, rispettivamente gli ostacoli che regolarmente ne impediscono la realizzazione concreta <sup>(34)</sup>.

b) Meno noti e di opposta ispirazione giuspolitica sono invece quei discretissimi interventi con cui il legislatore lascia trasparire la sua decisa preferenza per un uso dell'autonomia privata

---

<sup>(32)</sup> Così in una lettera a Conrad Schmidt del 27 ottobre 1890, in Karl MARX-Friedrich ENGELS, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden*, Berlin 1970, II, 462.

<sup>(33)</sup> P. CARONI, « *Privatrecht* » (nota 6), 92-94; P. CARONI, *Ungleiches Recht* (nota 24), 110 ss.; ed ora soprattutto P. CARONI, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel-Frankfurt a.M. 1996, 49 ss.

<sup>(34)</sup> P. CARONI, *Ungleiches Recht* (nota 24), 112, 132; P. BARCELLONA, *Individualismo* (nota 18), 42.

conforme al sistema. Infatti di fronte al rischio di un'attivazione dell'autonomia privata in urto con i piani originali (e a quella che apparirebbe come una deriva « irrazionale » dell'autonomia privata), cosa che in genere accade laddove non si fa sufficientemente (o punto) uso delle possibilità concesse dal diritto privato, il legislatore interviene con una chiara politica d'indirizzo ed emana misure che impongono un esercizio « corretto » del diritto. Alla luce di quanto finora esposto, non sorprende che tali misure comportino uno sfruttamento « più professionale » (propriamente: più speditivo) delle dipendenze extracodificatorie; tanto meno sorprende il fatto che esse non siano restate soltanto sulla carta <sup>(35)</sup>.

9. *Questioni tradizionali della storia della codificazione: a) uguaglianza e disuguaglianza; b) la parte ed il tutto; c) fra statualismo e garantismo.*

Detto ciò le nostre riflessioni potrebbero essere quasi giunte al termine. Intendevano illustrare in maniera più approfondita la realtà sociale che stava dietro alla formulazione altamente astratta ed apodittica di Puchta, e facilitare con ciò anche l'approccio ad alcune questioni tradizionali che emergono continuamente in relazione alla storia delle codificazioni borghesi. Mi preme qui affrontarne in particolare tre:

a) Il diritto privato borghese moderno è stato ripetutamente caratterizzato come un diritto uguale, rispettivamente egualitario. L'uguaglianza rappresenterebbe addirittura « il suo più intimo principio » <sup>(36)</sup>, da cui il chiaro discrimine concettuale rispetto a tutti i « diritti privati » fondati invece sulla disuguaglianza. Ora invece noi sappiamo che una simile caratterizzazione è accettabile soltanto nella misura in cui *l'uguaglianza sia intesa come uniformità*, attinente

<sup>(35)</sup> Su tutto questo tema cfr. P. CARONI, *Ungleiches Recht* (nota 24), 112-133.

<sup>(36)</sup> « sein eigenstes Prinzip » G.F. PUCHTA, *Cursus* (nota 20), 7; analogamente ibidem: 11, 12, 21, 45, 52 e 56-57. In opere più recenti cfr. ad es. GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 10; ADRIANO CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, 34-35, 139; G. ALPA, *Status e capacità* (nota 25), 91.

dunque esclusivamente alla forma del diritto, *scil.* alla « *Möglichkeit eines Willens* »<sup>(37)</sup> spettante a tutti gli esseri umani. La sua portata sostanziale si manifesta comunque soltanto ponendola in relazione con la disuguaglianza che la società borghese ha trovato sulla sua strada e presto cominciato a sfruttare sistematicamente. La vera novità del diritto privato borghese *non sta quindi nell'uguaglianza in quanto tale*, bensì nell'impiego dell'uguaglianza formale al fine di mettere a frutto le disuguaglianze materiali nel modo più radicale possibile e di conseguenza in conformità alle esigenze di mercato. Anche il diritto borghese era (ed è) legato in maniera primaria all'antagonismo sociale, rispettivamente risulta (perfettamente) funzionale ad esso.

*b)* Che fosse l'anelito ubiquitario del Codice prussiano (ALR) o la più modesta (ma anche più realistica) aspirazione dei codici successivi ad una presenza normativa esaustiva negli ambiti civilistici, alla base delle codificazioni vi è sempre stata una fondamentale tendenza (pur non unitaria nelle sue singole articolazioni) alla completezza materiale; che in genere venne corroborata grazie al fatto che la legge costituiva il perno di un nuovo sistema delle fonti. La completezza era determinata dall'interazione dei singoli elementi del sistema, strutturati secondo una precisa gerarchia, con a capo il codice stesso. I suoi postulati principali erano da un lato l'autonomia dei contenuti materiali e dall'altro l'autarchia nel metodo applicativo.

Evidenziando (di per sé legittimamente) questa importante caratteristica abbiamo forse trascurato altri tratti del codice, come ad esempio la sua immanente frammentarietà. Si è già osservato come la codificazione (sia in quanto testo legislativo che in quanto chiave di volta di un nuovo sistema delle fonti giuridiche) sia *comunque sempre frammentaria*, ovvero semplice parte di un ordinamento globale che la trascende e perciò la condiziona. Questo ci induce a ribadire l'importanza dell'*entourage* giuridico di qualsiasi codificazione, considerando il riferimento ai suoi valori come un ausilio essenziale nell'interpretazione e nello sviluppo giurisprudenziali del diritto privato codificato. La disponibilità a riconoscere

---

(37) G.F. PUCHTA, *Cursus* (nota 20), 7.



questo aspetto sembra oggi più presente che mai, cosa questa da mettere probabilmente in relazione al venir meno della grande dicotomia pubblico/privato: le codificazioni più vecchie appaiono così di tanto in tanto in una luce inconsueta <sup>(38)</sup> — anche se generalmente non inverosimile —, mentre le più recenti vengono tutte interpretate in maniera conforme alla costituzione, lasciando aperta la porta anche ad un effetto orizzontale dei diritti fondamentali <sup>(39)</sup>.

c) A questo modo sono stati perlomeno abbozzati dei punti di vista a cui possiamo richiamarci per rispondere all'ultima domanda, che ruota attorno al ruolo svolto da parte di sistemi politici di per sé contrastanti — come lo possono essere l'Assolutismo ed il Liberalismo — nel dar vita ed effettività alle codificazioni borghesi. Si tratterebbe, come ogni tanto capita di sentir dire oggi, di « due anime » che a dipendenza della congiuntura possono coesistere più o meno pacificamente? Oppure è più opportuno ammettere l'esistenza di una sequenza cronologica di cui si dovrebbero sondare se non altro le cause? Di per sé la domanda non è nuova <sup>(40)</sup>, ma sembra essere scivolata (di nuovo) al centro delle nostre riflessioni solamente in seguito ai sopraccitati nuovi studi.

Da un profilo puramente logico le spiegazioni possibili sono molte, in quanto gli spazi vuoti emersi in seguito alla dislocazione delle materie finora esistenti, avrebbero potuto essere occupati sia da una legislazione imposta dall'esterno e comunque ancora « filostatale », che da decisioni autonome dei soggetti di diritto. Se invece ci

---

<sup>(38)</sup> Sull'interpretazione « statualista » del *Code civil* sostenuta recentemente da Alfons BÜRGE (*Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert-Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, Ius commune-Sonderhefte* 52, Frankfurt am Main 1991) si veda la mia recensione in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16, 1994, 445 ss.; sul legame (finora ostinatamente negato) fra Codice civile italiano del 1942 e sistema politico fascista cfr. Raffaele TETI, *Codice civile e regime fascista-Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990 (ora recensito in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19 (1997), 162 ss.).

<sup>(39)</sup> Più in dettaglio (e con ulteriori riferimenti) cfr. a questo proposito Pio CARONI, *Costituzione liberale e codice civile nel XIX secolo*, in *Repertorio di giurisprudenza patria* 122 (1989), 61-82, specialmente 80 ss.

<sup>(40)</sup> Domenico CORRADINI l'ha studiata approfonditamente nel 1971 (*Garantismo e statualismo*, Milano 1971), ma la sua analisi non è stata nemmeno presa in considerazione nell'area germanofona.

chiniamo sulla domanda tenendo presente la tradizione storica, dobbiamo certamente distinguere due aspetti:

aa) Le codificazioni sono tutte — a prescindere dalla materia trattata — *figlie dello statualismo*, ovvero di una « *Monopolisierung der Rechtsschaffung zugunsten des Gesetzes* » (41). Lo Stato borghese dunque, che nell'Ottocento le ha emanate riconoscendovisi pienamente — certo secondo il principio: « *alles Recht durch das Gesetz* » (42) —, ha promosso di fatto una dottrina delle fonti giuridiche di stampo assolutistico. Dall'Assolutismo ha infatti recepito sia la tendenziale squalifica di tutte le fonti giuridiche extralegislative che l'immagine ideale di un giudice ridotto a compiti pedissequamente esecutivi (43).

In questo senso il fatto che le codificazioni *giusprivatistiche* si limitassero in genere a proclamare la generalizzazione della capacità giuridica rispettivamente dell'autonomia privata, rinunciando altrimenti ad una disciplina sistematicamente imperativa ed emanando norme « *die bloss subsidiär und ergänzungsweise da zur Anwendung kommen, wo die Parteien unterlassen haben, durch selbstgesetzte Normen ihre rechtlichen Verhältnisse zu bestimmen* » (44), non è di per sé in contraddizione con l'approccio statualista. In definitiva infatti l'autonomia privata *non* veniva imposta *contro la volontà dello Stato* ma con la sua benedizione incondizionata. L'introiezione di norme di comportamento di una classe specifica — non meno che il disciplinamento sociale dei soggetti giuridici — resero possibile proprio questo: il raggiungimento dei risultati economici desiderati soltanto mediante « la messa in opera della libertà » (45).

---

(41) Così August EGGER, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907*, Zürich 1908, 11. Analogamente F. WIEACKER, *Aufstieg* (nota 4), 35, 47.

(42) A. EGGER, *Entstehung und Inhalt* (nota 41), 11.

(43) Fondamentali su questo punto alcuni recenti contributi di Paolo GROSSI: *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 17 (1988), 517-532; *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 19 (1990), 505-555; *Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert* (nota 12), *passim*.

(44) Jakob LEUENBERGER, *Vorlesungen über das bernische Privatrecht*, I, Bern 1850, 135.

(45) Cfr. P. CARONI, *Ungleiches Recht* (nota 24), 113; P. BARCELLONA, *Individualismo*

*bb)* Di ben altro genere è la questione da affrontare laddove si deve parlare più di *statalismo* che di statualismo *tout court*, quando al centro dell'attenzione vi è quindi non tanto il monopolio legislativo dello Stato (come base giuspolitica della codificazione), quanto il desiderio dello stesso di propiziare, nonostante la promulgazione di una codificazione borghese, quelle pratiche politiche di stampo paternalistico-assistenziale, su cui per l'ultima volta conversero le tipiche opzioni di politica socioeconomica e giudiziaria del tardo Settecento. Oggi facilmente si definisce questo residuale atteggiamento mercantilistico come una « malattia d'infanzia » delle codificazioni borghesi, epidemica non solamente in Paesi dove istituzioni feudali ben radicate ostacolavano ancora l'emancipazione della società<sup>(46)</sup>, ma addirittura nella Francia dell'inizio dell'Ottocento. Uno sguardo all'*entourage* codificatorio, occupato in questo caso ancora esclusivamente da regolamenti e misure di polizia amministrativa ed assistenziale<sup>(47)</sup>, rivela subito la consistenza di questa piuttosto sorprendente continuità.

È peraltro certo che soltanto nel corso dell'Ottocento — quando, con l'industrializzazione e l'apertura dei mercati, si affermarono tutt'altre politiche economiche ed i meccanismi autoregolativi cominciarono a dominare l'intera società — le codificazioni borghesi poterono fornire i servizi auspicati. Ora soltanto si percepivano i decisivi vantaggi che si annidavano nei loro principi formali (capacità giuridica generale, eternità, astrattezza), rispettivamente le grandi, finora sconosciute opportunità che si aprivano a favore dell'iniziativa privata; ora soltanto poteva cominciare la vittoriosa campagna del garantismo codificatorio.

#### 10. *La codificazione del diritto privato: paradigma o unicum?*

La critica che di tanto in tanto viene sollevata contro questa

---

(nota 18), 87-88, 98. In merito ai casi in cui la normativa statale sostituiva eccezionalmente l'autonomia delle parti contraenti, cfr. supra, cif. 8.

<sup>(46)</sup> P. CARONI, *Costituzione liberale* (nota 39), 14 ss.

<sup>(47)</sup> A questo proposito v. soprattutto A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht* (nota 38), in part. 295-496.

visione complessiva è quella di prendere in esame (*scil.* di privilegiare) soltanto la codificazione del diritto privato, trascurando così il movimento codificatorio nella sua maggiore ampiezza. Si tratta di una critica per certi versi legittima, visto che finora sono state effettivamente analizzate solo codificazioni *giusprivatistiche*, nelle forme abbozzate e poi concretamente realizzate in capo alle rivoluzioni borghesi. Non si è invece né ricordato né in alcun modo considerato il fatto che negli stessi Stati venivano contemporaneamente promulgate codificazioni del diritto commerciale, del diritto penale, del diritto processuale (48). Perché in fondo?

Anzitutto va sottolineato come il taglio particolare di questo saggio non voglia in alcun modo negare l'esistenza ed il significato di un più ampio movimento codificatorio europeo, la cui origine programmatica era essenzialmente illuminista. Se mi fossi proposto di scrivere un contributo sulla storia della legislazione difficilmente avrei potuto sottrarmi a queste tematiche. Gli interrogativi che mi hanno concretamente guidato sono però di ben altra natura: riguardano anzitutto il contributo del diritto alla realizzazione di un piano economico che affonda le sue radici nel capitalismo e il cui luogo prediletto di espansione è il mercato. Or dunque all'attuazione concreta di questo postulato *non* ha contribuito — in maniera generale ed astratta — « la » codificazione del diritto, ma esclusivamente *quella del diritto privato*. Essa sola infatti ha aderito al principio dell'unificazione sociale e si è curata di saldare il legame fra uguaglianza (formale) e disuguaglianza (materiale), cercando poi di ristrutturarlo secondo la più volte evocata dislocazione della materia, che mirava ad uno sfruttamento più razionale e dinamico di ogni tipo di disparità; essa sola infine ha voluto concepirsi come « ordinamento esecutivo » dell'autonomia privata, limitandosi in genere all'emanazione di diritto dispositivo. Perché questi nodi fondamen-

---

(48) In particolare sul significato delle codificazioni penalistiche Adriano CAVANNA, *La codificazione penale in Italia-Le origini lombarde*, Milano 1975, *passim*; IDEM, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica*, in: *Ius Mediolani, Studi di storia del diritto milanese offerti a Giulio Vismara*, Milano 1996, 661-760; Rainer SCHRÖDER, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in: *Die Bedeutung der Wörter-Festschrift für Sten Gagnér*, a cura di Michael STOLLEIS e altri, München 1991, 403-420, in part. 403-404.

tali che, oltre ad essere tipici della codificazione del diritto privato, ne impressero durevolmente la forma, non dovrebbero essere presi in considerazione solo per sé stessi? Si comprende forse meglio la specificità o la centralità politico-economica della codificazione civilista, se la si accosta a materiali provenienti dalle codificazioni penali o processuali? No certamente! Per questo — in considerazione degli interrogativi specifici che qui mi sono posto — mi sembra che la scelta di affrontare in particolare, o addirittura esclusivamente, la codificazione giusprivatistica non sia soltanto una scelta tecnicamente legittima, ma addirittura inevitabile.

### 11. *Quale continuità per la storia della codificazione?*

Gli storici del diritto amano concludere le loro considerazioni affrontando la questione della continuità: lo fanno in genere riassumendo gli argomenti trattati e cercando di interpretarli sullo sfondo di un'inarrestabile quanto improrogabile evoluzione temporale. A priori non è dato di sapere, e non si può nemmeno affermare da un profilo generale, se questo risponda all'urgente bisogno del singolo interprete di orientarsi o non piuttosto alla tradizione dotta. Ciò nonostante mi capita di pensare che quella della continuità sia in fondo una falsa questione: essa viene posta per ragioni puramente estetiche, come rassicurante (poiché in ultima analisi confermativo) epilogo della trattazione, destinato ancora una volta a dimostrare (ed in questo senso a corroborare) quanto sia indispensabile quello che si fa e quello a cui si crede. Cosa peraltro sufficientemente comprensibile dal profilo umano da essere presa sul serio.

Ora se la questione viene posta in relazione a quelle codificazioni che sono state intenzionalmente promulgate al fine di rovesciare il sistema delle fonti del diritto comune, la risposta dovrebbe essere scontata. Logica vorrebbe che essa risulti negativa, per cui la transizione al codice « completo » verrebbe considerata come una grande ed epocale cesura. Questo, a seconda dei gusti personali, per taluni rappresenterebbe una barbarica degenerazione verso la provincialità (nazionale) dei diritti, per talaltri l'ascesa ad un sistema finalmente in grado di garantire la certezza del diritto. Tuttavia questa congettura « logica » è smentita dalla realtà. Quest'ultima

infatti mostra come tutt'oggi si sia piuttosto restii ad ammettere la portata innovativa della transizione al diritto codificato. Due sono a questo proposito i modi di argomentare. Da una parte vi sono soprattutto i romanisti. Per loro in ogni caso le codificazioni giuridiche non sono altro che « *refontes monumentales* »<sup>(49)</sup>, come tali oggetto di acribiche e costanti operazioni di smontaggio, orientate esclusivamente al recupero delle radici storiche (scil. romanistiche) delle loro singole parti<sup>(50)</sup>. E comprensibile è la loro soddisfazione di fronte a quelle codificazioni borghesi che hanno mantenuto il diritto romano come fonte giuridica sussidiaria<sup>(51)</sup>; anche se il fenomeno sarebbe sufficientemente problematico da renderne necessaria un'analisi critica. Diversamente argomentano invece quegli storici del diritto che nella promulgazione delle prime codificazioni borghesi scorgono lo sbocco quasi naturale di una lunga evoluzione, i cui albori risalgono all'Umanesimo giuridico. Segnatamente essi fanno notare come quello della codificazione del diritto sia un tema di discussione già a partire dal Seicento e come da allora abbia dato spunto all'elaborazione di numerosi progetti concreti. E anche se di quei progetti non si è poi mai fatto quasi nulla, ciò non toglie che attorno ai postulati codificatori vi sia stata una continuità dell'interessamento colto<sup>(52)</sup>.

Considerate le mie precedenti riflessioni si può già intuire come

---

(49) Così suona una poco nota descrizione del Code Napoléon utilizzata dalla scrittrice francese Marguerite YOURCENAR in una lettera al romanista napoletano Atanasio Mozzillo (a questo proposito cfr. Antonio GUARINO, *Fili della memoria*, Napoli 1993, 29-30).

(50) P. CARONI, *Die andere Evidenz* (nota 24), 45-48.

(51) Così ad esempio il Codice civile ticinese 1837 all'art. 5 (e all'art. 3 della versione del 1882). In generale su questa problematica oltremodo complessa, che meriterebbe un'approfondita analisi, cfr. P. CARONI, « *Privatrecht* » (nota 6), 73; H.H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1983, 114; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno* (nota 36), 149-151; Ugo PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere*, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 13 (1984), 705-717; Mario ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in: *El dret comú a Catalunya*, « *Ius proprium-Ius commune a Europa* », Actes del IIIer Simposi Internacional, Barcelona 1993, 71-83.

(52) Nel corso del Colloquio di Wolfenbüttel questa posizione è stata sostenuta nelle relazioni di B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt e M. Schiemann.

il mio punto di vista sia ben diverso. In questo senso tendo piuttosto a concepire il sistema codificatorio come una risposta nuova ed originale a questioni giuridiche per la prima volta poste da una società altrettanto nuova (in quanto diventata borghese). Con questo non voglio per nulla contestare i riscontri oggettivi di quegli autori che vi vedono piuttosto una continuità: semplicemente per me tutto questo ha un altro significato. Naturalmente sono consapevole del fatto che l'Età moderna abbia visto sorgere un gran numero di progetti codificatori, ma nello stesso tempo devo constatare come le ragioni del fallimento di quegli stessi progetti siano ancora quasi tutte inesplorate. E ho l'impressione che ci mostrerebbero *cosa mancava ancora a quel tempo* — e soltanto più tardi si sarebbe raggiunto — perché il piano potesse diventare realtà<sup>(53)</sup>. Non meno consapevole sono del fatto che molte regole dei nostri codici derivino da un modello romanistico e che addirittura possano riprendere alla lettera espressioni del diritto romano classico. Ma io penso comunque che quelle stesse parole duemila anni dopo possano magari non più voler dire la stessa cosa.

Riassumendo e concludendo: le codificazioni, mediante le quali nell'Ottocento venne uniformato il diritto privato di grandi e piccoli Stati, aspiravano a realizzare un compito nuovo e contingente, legato ad una nuova società per la quale l'unificazione del diritto privato rappresentava un importante postulato. Nel presente contributo questo nuovo compito è stato a più riprese indicato in quella concreta *mediazione fra uguaglianza e disuguaglianza*, che si può adeguatamente realizzare soltanto in una società borghese. Questo è sufficiente a spiegare l'ambigua natura di questi codici, ovvero il fenomeno per cui essi, anche se apparentemente non sembrano rispondere a specifici interessi di parte (cosa che ha permesso, almeno all'inizio, una loro generale accettazione), di fatto mirano a privilegiare una minoranza; ed è anche quello che hanno ottenuto<sup>(54)</sup>. Che poi nell'affrontare questo nuovo compito si siano rece-

---

<sup>(53)</sup> A questo proposito sarebbe stato utile ricordarsi delle pregnanti osservazioni di Alexis DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Livre I ch. 3 und Livre III ch. 1 (nell'opera omnia a cura di J.-C. LAMBERTI, Paris 1986, 960 e 1036).

<sup>(54)</sup> Recentemente su questo importantissimo tema della storia della codificazione Dieter GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987, 16 ss., 32 ss.

pite parti della tradizione giuridica cólta, è ovvio. Se soltanto *per questo* motivo, per il ricorso di per sé inevitabile alla tradizione, rispettivamente per l'uso continuato di definizioni, concetti ed etichette tralatizi, si desidera scomodare l'immagine della continuità, allora lo si faccia riconoscendo come si tratti di una continuità limitata agli aspetti esteriori, formali: quella che potremmo tutt'al più definire una *continuità nominalistica*.

Del resto mi sembra comunque incontestabile come la semplice persistenza nell'uso di definizioni e concetti dotti non debba (più o meno automaticamente) comportare anche una perpetuazione dei contenuti ad essi sottesi: questo allo stesso modo in cui la ripetizione delle stesse parole, anche in un breve lasso di tempo, non sarà mai una semplice ripetizione.

Per quanto riguarda le singoli componenti che sono andate a costituire la codificazione giusprivatista, constato *prima di tutto* come esse siano state rimescolate dando luogo a nuove interazioni; *d'altro canto* come, grazie alla preliminare generalizzazione della soggettività giuridica, siano state messe a disposizione di tutti, determinando necessariamente anche un fondamentale *rinnovamento della loro valenza sia sistematica che sociale*. Dunque anche se le codificazioni borghesi hanno fatto proprie formulazioni romantiche o si sono riallacciate a precedenti progetti dell'Età moderna, derivano comunque la loro sostanza normativa sempre ed esclusivamente dai bisogni, dalle aspettative, dalle concezioni dell'epoca in cui furono elaborate, nonché dai frammenti di storia che proprio in quell'epoca sono divenuti visibili. *Per questo* ho difficoltà ad accettare la tesi della continuità.



## QUALE STORIA PER IL DIRITTO INGABBIATO DAL CODICE? (\*)

*Alles, was wuchs, brauchte viel Zeit zum Wachsen; und alles, was unterging, brauchte lange Zeit, um vergessen zu werden. Aber alles, was einmal vorhanden gewesen war, hatte seine Spuren hinterlassen, und man lebte dazumal von den Erinnerungen, wie man heutzutage lebt von der Fähigkeit, schnell und nachdrücklich zu vergessen.*

JOSEPH ROTH, *Radetzky marsch* (1932), Erster Teil, VIII

### I. *Una storia prevista, ma irreal.*

Capita tuttora agli storici del diritto, quando non sanno resistere al fascino del passato prossimo, poiché è finalmente anche l'unico « *qui nous touche vraiment et nous attriste* »<sup>(1)</sup>, di ragionare sulle trasformazioni — reali o apparenti — indotte dall'entrata in vigore dei codici borghesi di diritto privato. Una li attrae tradizionalmente e per motivi quasi ovvii: quella del destino riservato dal nuovo sistema delle fonti all'insegnamento storico-giuridico, massime a quello romanistico. Se desidero farne il centro delle mie riflessioni, non è tanto per riproporre accuse o ribadire lamenti, quanto per tentare di rendere giustizia ad una strategia che per molto tempo è stato facile condannare senza appello.

---

(\*) Questo saggio rielabora ed amplia il mio intervento ad un colloquio internazionale svoltosi nell'aprile del 1996 al Monte Verità sopra Ascona. Viene perciò contemporaneamente inserito nel volume destinato a raccogliere gli atti di quell'incontro (Pio CARONI-Gerhard DILCHER (curatori), *Norm und Tradition - Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte? / Fra norma e tradizione - Quale storicità per la storia giuridica?*, Köln-Weimar-Wien, 1998, p. 75-106. In anteprima è già apparso su *Initium - Revista catalana d'història del dret* 2, 1997, p. 551-578.

(1) A. FRANCE, *Le lys rouge*, ch. XXVI.

Si ritiene tuttavia indicato, affrontando questo argomento, partire da una contrapposizione quantomeno assoluta fra il vecchio sistema delle fonti, che tutto si giocava sul primato del diritto comune, e quello nuovo, che gli preferiva la legge sancita dai codici. Li consideriamo universi incompatibili, persino termini di una reale contraddizione, che logicamente escludeva ogni mediazione. Perciò ci è facile aderire a quell'unica ricostruzione storica che tale premessa suggerisce e nel contempo impone: la quale consiste nel ritenere che la transizione dal vecchio al nuovo sistema sia stata fulminea e totale. L'entrata in vigore del codice avrebbe perciò reso obsoleto il vecchio sistema delle fonti, ne avrebbe automaticamente (e necessariamente) sancito non tanto il declino, quanto l'istantanea e definitiva scomparsa. Con conseguenze peraltro facilmente immaginabili anche in ordine all'insegnamento accademico della materia: finora dominato da un approccio storico e romanistico ad un tempo, dovette ora far posto al legalismo dei codici. Vista in quest'ottica, la transizione sconvolgeva letteralmente l'ordine didattico tradizionale, e la parabola dell'insegnamento romanistico lo documenta ineccepibilmente: se per secoli l'indagine storica aveva dovuto preliminarmente appurare gli àmbiti di vigenza del diritto comune, ossia indicare quanta parte del suo passato poteva essere ritenuta tuttora applicabile, ora tale funzione pratica veniva assunta dalla codificazione. Delimitava essa il campo del diritto positivo, e lo faceva offrendo risposte chiare, esaurienti, autoritarie.

Sembra perciò lecito riassumere il senso e la radicalità del cambiamento affermando che la codificazione mutò *d'emblée* anche lo statuto personale del romanista. Mise fine al suo impegno « pratico » (poiché funzionale sia all'accertamento che all'applicazione del diritto positivo), ma gli indicò in compenso una nuova strada da battere: quella di una ricostruzione *finalmente storica* dell'antico diritto. Il che viene da noi istintivamente considerato come una secolare conquista: abituati come siamo a ritenere (magari con qualche briciolo di ragione) che solo i codici moderni, recidendo (anche se un po' barbaramente) il legame con il passato, in realtà l'avevano anche « liberato », facendone a tal modo l'oggetto di una lettura tutta nuova, poiché genuinamente storica <sup>(2)</sup>. E meno ancora

---

(2) Questa convinzione, che già nel secolo scorso aveva animato i pochi adepti

abbiamo faticato ad immaginarci l'euforia dei contemporanei: nei quali spesso abbiamo voluto vedere romanisti affrancati da incarichi assolti contro voglia ed ora finalmente liberi di seguire la propria vocazione, ovviamente storiografica.

Chi ritenga vero questo racconto, lo fa in una accezione sicuramente plausibile, ma anche leggermente stravagante del termine: poiché, ad esempio, davvero vive chi lo pensa e lo scrive, come chi lo legge; oppure perché sembra ferrea ed inoppugnabile la logica che lo sottende. Inoppugnabile e ferrea al punto da conferire subito alle nostre congetture il crisma della realtà. È vero che per dare qualche credito a questa descrizione occorre sorvolare più o meno elegantemente su controprove imbarazzanti: anzitutto sul fatto — scomodo, ma pure indiscutibile — che i romanisti tradizionalmente guardarono alla codificazione come il diavolo guarda all'acqua santa. Ne fecero spesso il nemico più temuto, la combatterono, le accollarono una colpa dopo l'altra e la ritennero comunque responsabile di cambiamenti *non precisamente liberatori* per i destini della propria disciplina. Ma ciò non ci impedisce di continuare più o meno imperterriti a ribadire questa descrizione, essendo essa nel frattempo assurta a premessa indispensabile di un discorso riproposto con virulenza sui destini attuali della romanistica: discorso che ho già approfondito altrove con la dovuta franchezza <sup>(3)</sup>.

Per quanto mi riguarda, accetto la sfida che mi lanciano le

---

della scuola esclusivamente dediti alla ricerca storica (e per tutti sia fatto ancora una volta il nome di J.J. Bachofen) fu già espressa da P. KOSCHAKER (*Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Römisches Recht und fremde Rechte*, Nr. 1, München-Berlin 1938, p. 25-26) e viene oggi condivisa non solo occasionalmente. Vedi ad es. R. OGOREK, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik* (1945-1990), in D. SIMON (a cura di), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik-Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt 1994, p. 12-99, specialmente 17-18; E. BUCHER, *Recht-Geschichtlichkeit-Europa*, in B. SCHMIDLIN (a cura di), *Vers un droit privé européen commun?, Beiheft 16 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Basel 1994, p. 7-31, specialmente 25-26; T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung*, *Ius commune* 21, 1994, p. 1-43, specialmente 5 ss., 29; IDEM, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.*, 111, 1994, p. 66-94, specialmente 89-92.

<sup>(3)</sup> P. CARONI, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit-Anmerkungen zum Neopandektismus*, *ZNR* 16, 1994, p. 85-100.

controprove; non le ignoro e non le espungo, ma le prendo sul serio. Tento di riflettere sui dubbi che sollevano, come anche sulle revisioni, alle quali mi convocano. E mi accorgo, allora, che il ragionamento iniziale, al quale sono riconducibili tutte le mie congetture, è in realtà discutibile, poiché dà per scontate ed incontrovertibili talune premesse che, all'esame dei fatti, scontate ed incontrovertibili davvero non sono. Basti pensare a questo fatto: che abbiamo inavvertitamente proiettato nei romanisti del secolo scorso, massime in quelli attivi in Italia ed in Germania prima della codificazione, e che variamente si ispiravano ai principi della scuola storica, convinzioni e scelte che gli storici del diritto in realtà hanno acquisito solo in epoca postcodificatoria. Solo questo artificio ce li fa apparire come storici « sacrificati », poiché addetti ad un servizio loro estraneo, perciò reso *contre-coeur*, nell'attesa sempre più impaziente di venirne finalmente sollevati dalla codificazione. Ma le cose, a guardarle con la dovuta circospezione, stanno poi diversamente: se erano « storici » del diritto, i grandi romanisti tedeschi ed italiani dell'Ottocento, lo erano come dettava e voleva il programma scientifico della scuola storica. Ossia non storici poiché votati ad uno scavo esclusivamente storiografico del diritto, ma perché deputati preferibilmente ad indicare quale e quanta parte del passato giuridico fosse rifluita nel presente ed andasse perciò ritenuta tuttora applicabile. Chi proprio per questo motivo rinfaccia alla scuola di Savigny di aver paradossalmente tradito i canoni dello storicismo <sup>(4)</sup>, deve poi

---

(4) Il programma della scuola storica non si è mai proposto di privilegiare unilateralmente la ricerca storiografica. Tendeva piuttosto, come oggi viene generalmente ammesso, a modificare l'approccio del giurista al diritto positivo. In questo senso si può ritenerlo un programma strutturalmente a-storico, ossia dogmatico. È tuttavia bene ricordare che anche questa connotazione fu familiare alla scuola stessa, prima di diventare un elemento tradizionale dei nostri ragionamenti. Fu infatti un suo discepolo (minore, ma non insignificante) a considerare nemico e traditore della scuola chi avesse ritenuto gli « antiquari » quali autentici interpreti del messaggio storico (G. GEIB, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, p. 20). Sul punto vedi ora, fra i molti, P. KOSCHAKER, *Die Krise* (nota 2), p. 24-26, 37; G. CASSANDRO, *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari 1949, p. 37-38; A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto-Per una « archeologia » del diritto privato moderno*, Bari 1980, p. 25 ss.; IDEM, *Alle origini del diritto borghese-Hegel contro Savigny*, Bari 1984, p. 61 ss.; R. OGOREK, *Rechtsgeschichte* (nota 2), p. 16-17, ecc.

tenerne conto quando valuta l'attività di quei grandi romanisti. Parrà allora più realistico ammettere che si ritenessero meno supinamente addetti che *chiamati* a quel servizio pratico (e più precisamente al reperimento degli istituti romanistici come anche alla loro elaborazione dottrinale in vista dell'applicazione pratica), che vi si dedicassero perciò quasi con devozione e comunque senza riserve mentali e senza soffrirne, ritenendosi ora piuttosto titolari di un antico privilegio, che la codificazione, da lontano ma inequivocabilmente, si proponeva di sopprimere. Erano gli ultimi rappresentanti di quei *prudentes*, « *quibus permissum erat iura condere* »<sup>(5)</sup>: già per questo è difficile immaginare che sperassero di esser sollevati da questa (ambita e socialmente ripagante) responsabilità dal sistema ora minacciosamente incombente.

## II. *La storia imprevista, ma reale.*

Non è agevole, alla distanza di tanti anni e nella quasi totale assenza di indagini specifiche, ricostruire puntualmente i destini di una disciplina, che la codificazione ora formalmente esauriva. Come non è facile allestire un bilancio attendibile delle conferme e dei cambiamenti. Ma le osservazioni conclusive del capitolo precedente invitano alla prudenza e suggeriscono di dare almeno provvisoriamente credito anche a voci marginali ed apparentemente minoritarie, nel tentativo di offrire un panorama indicativo ma anche differenziato delle reazioni documentabili. Ed allora ci accorgiamo che l'entrata in vigore del diritto codificato fu spesso accompagnata da atteggiamenti imprevisi e perciò inattesi, assumendo i quali i romanisti intesero confermare, ancorché nell'ambito di un nuovo assetto delle fonti giuridiche, l'antico primato della loro disciplina<sup>(6)</sup>. Ricordo ora gli esempi più clamorosi di tale strategia, e tenterò poi di trarne primi insegnamenti.

<sup>(5)</sup> Inst. Just. 1, 2, 8; Gai Inst. 1, 7.

<sup>(6)</sup> Vedi primi accertamenti in P. CARONI, *Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*, ZNR 16, 1994, p. 243-271, specialmente 255 ss.

### 1. *L'inattesa disfatta della « contemplazione ».*

Già in capo ad una prima esplorazione, per sua natura superficiale ma non disattenta, prende corpo un sorprendente sospetto: che non solo sul piano propriamente scientifico della ricerca, ma persino su quello didattico, che era più direttamente minacciato dai cambiamenti in atto, i romanisti non abbiano accusato nessun durevole contraccolpo, ma siano rimasti saldamente in sella. Continuarono a scegliere liberamente i temi dei propri approfondimenti scientifici, ma rivendicarono pure ed ottennero — anche se talvolta solo in capo a lunghe e tormentate vicende (7) — una solida partecipazione all'insegnamento del diritto positivo. Riuscirono così, seguendo itinerari diversi secondo i tempi ed i luoghi, a strappare un sorprendente riconoscimento ufficiale della loro disciplina, *alla quale fu generalmente delegata una funzione propedeutica*: aveva cioè da introdurre i giovani allievi nell'universo codicistico, e poteva farlo tanto più ragionevolmente, quanto più il codice aveva valorizzato la tradizione romanistica. I primi esempi di una tale strategia, tutta volta a confermare la *vocazione sostanzialmente applicativa dei romanisti*, li troviamo nella Prussia savignyana. Ma si ripetono poi regolarmente un po' dappertutto fino al XX secolo inoltrato (8). Se

---

(7) Non è proprio il caso di illudersi, anche in ordine a questo aspetto apparentemente marginale: la promulgazione dei codici provocò regolarmente riforme più o meno incisive dell'insegnamento accademico. Investirono preferibilmente (come era del resto logico attendersi) le cosiddette materie « storiche »: le salvarono, come affermo nel testo, ma non senza averle preliminarmente ridimensionate. Così modificarono la designazione delle cattedre, ridussero le ore di insegnamento, ne imposero una diversa ripartizione, soppressero il dualismo tradizionale di « Istituzioni » e « Pandette », ecc. Non è difficile immaginare che misure tanto radicali abbiano spesso anche umiliato i titolari di questi insegnamenti, imponendo loro rinunce al limite del sopportabile. Ma sarebbe necessario indagare con maggior determinazione, anche se l'argomento è delicato, per gli innegabili risvolti umani che nasconde. Lo ha fatto egregiamente, nel caso specifico dell'Università di Berna, Marianne Reinhart in un lavoro ancora inedito: M. REINHART, *Das Schicksal des römischen Rechts an der Universität Bern in den Jahren 1880 bis 1922*, Berna 1992, passim, specialmente 52-56. Sul punto v. anche P. CARONI, *Die Schweizer Romanistik* (nota 6), p. 254-255.

(8) Rinviano a questo fatto autori dalle opzioni scientifiche molto diverse: cito ad es. A.B. SCHWARZ, *Rechtsgeschichte und Gegenwart-Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe 1960, p. 105; IDEM, *Das römische Recht an der Universität Zürich im ersten Jahrhundert ihres Bestehens*, Zürich 1938,

possono oggi far sorridere, poiché teoricamente si reggono su una finzione (quella che ammette una contemporanea vigenza del codice e del diritto comune, che era davvero impossibile comprovare<sup>(9)</sup>), confermano ugualmente il fatto che il rapporto fra il diritto ora codificato e la romanistica tradizionale obbediva allora a regole meno rigide e canoniche del previsto.

Evoco subito questo fatto, poiché da solo relativizza (quando non sconfessa) tutte quelle previsioni piuttosto catastrofiche che, anche se variamente formulate da diversi autori<sup>(10)</sup>, fanno tutte in realtà capo all'opera di Paul Koschaker. Dapprima in uno scritto occasionale del 1938<sup>(11)</sup>, poi nel notissimo *Europa und das römische Recht* del 1947, Koschaker aveva severamente denunciato la tendenza dei romanisti tedeschi di indulgere ora, una volta messo in vigore il BGB, ad un atteggiamento *esclusivamente* storicistico (da lui chiamato neo-umanistico) e di aver così *abdicato* alla loro missione educatrice, non potendo oramai più tale insegnamento « culto » rivendicare spazio alcuno nel curriculum degli studi giuridici<sup>(12)</sup>.

---

p. 27, 32; A. SCHIAVONE, *Storiografia* (nota 4), p. 22-23, 40 ss.; A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris 1975, p. 31-32, 66; G. DILCHER, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemässen Zivilrechtswissenschaft*, *Archiv für civilistische Praxis* 184, 1984, p. 247-288, specialmente 254; F. RANIERI, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, in R. SCHULZE (a cura di), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte-Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin 1991, p. 89-101, specialmente 100; H. PETER, *Römisches Recht in der heutigen Zeit*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 65, 1969, p. 269-276, specialmente 270; E. KIESSLING, *Labeo* 2, 1956, p. 83; Th. MAYER-MALY, *Resultate, Probleme und Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum*, in *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* 62, 1994, p. 47-59, specialmente 47-50.

(9) L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, *Studi storici* 15, 1974, p. 3 ss., specialmente 18, 20-21.

(10) Rinvio per una volta ad un autore poco noto al grande pubblico (anche a quello romanistico), che ha aderito senza riserve al catastrofismo di P. KOSCHAKER: J.G. LAUTNER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, in particolare p. 66-108, 137 ss. Più prudente e differenziata la postfazione di M. KASER, *ibidem*, p. 203 ss. e specialmente 206 ss.

(11) P. KOSCHAKER, *Die Krise* (nota 2), p. 36-37, 62-67, 75-80.

(12) P. KOSCHAKER, *Die Krise* (nota 2), p. 65; IDEM, *Europa und das römische Recht*, 4. unveränderte Auflage, München-Berlin 1966, in particolare p. 290-311, 337-353. Condivide tuttora questa stroncatura B. SCHMIDLIN, *Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts?*, in B. SCHMIDLIN (a cura di), *Vers un droit privé européen*

Se il pessimismo di Koschaker poteva ancora giustificare l'etichetta (inadeguata, poiché palesemente squalificante), con la quale caratterizzava la situazione (parlava infatti di una « crisi » del diritto romano<sup>(13)</sup>), va pur detto che il suo allarmismo ci appare oggi del tutto ingiustificato, per non dire incomprensibile. È infatti arcinoto come la quasi totalità dei romanisti abbia già nel XIX secolo<sup>(14)</sup>, ed a maggior ragione nel nostro, relegato in secondo piano l'eventualità di uno storicismo puro ed incondizionato, preferendovi l'impegno concreto-dogmatico, funzionale al diritto positivo<sup>(15)</sup>; ed abbia con ciò voltato deliberatamente le spalle a quella *chance* della « contemplazione », nella quale noi oggi vediamo volentieri un'occasione unica miseramente persa. Scegliendo di descrivere le cose a tal modo — anche questo va aggiunto — confermiamo la nostra inclinazione al moralismo; perché in sostanza « disapproviamo » (come del resto aveva disapprovato Koschaker), mentre in fondo dovremmo accontentarci di capire e spiegare, ricordando che non ogni scavo storico poteva sempre apparire ugualmente esperibile ed utile al giurista pratico, e che comunque solo quello compiuto a ridosso del diritto

---

*commun?*, *Beiheft 16 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Basel 1994, p. 33-56, specialmente 53. Sul punto vedi ora M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 1994, p. 129-130.

<sup>(13)</sup> Così già nel titolo del saggio del 1938, dettagliatamente poi in *Europa und das römische Recht* (nota 12), p. 337 ss.; nello stesso senso usa l'espressione anche J.G. LAUTNER, *Zur Bedeutung* (nota 10), p. 137 ss. Su questo specifico concetto di crisi vedi anche la riflessione di L. RAGGI, *Scritti*, Milano 1975, p. 4.

<sup>(14)</sup> Con ciò si vuole ricordare che già all'interno della scuola storica non mancano i cosiddetti « antiquari », avversi all'« uso moderno » del diritto romano e dediti perciò a ricerche unilateralmente storiografiche; ma già allora questa scelta — che ispirò notoriamente tutta la splendida opera di Bachofen — fu ritenuta eccezionale. Va comunque incluso in questo sparuto gruppo anche Paul Jörs, sul quale ha recentemente attirato l'attenzione T. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Paul Jörs filologo e storico del diritto*, *Index* 23, 1995, p. 261-274, specialmente 268 ss.

<sup>(15)</sup> Lo ricordava argutamente L. Wenger, annotando che « *nach dem Ausgange der gemeinrechtlichen Herrschaft in Deutschland, also seit dem deutschen BGB, das Interesse am antiken Staat bei uns zunächst nicht zu-, sondern eher abgenommen hatte* » (L. WENGER, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft-Erreichtes und Erstrebtes*, 2. durchgesehene Auflage, München 1970, p. 69-70). Del resto tale scelta era stata prevista da lunga data: vedi ad es. Th. MÜTHER, *Die Reform des juristischen Unterrichtes-Eine akademische Antrittsvorlesung*, Weimar 1873, p. 12; analoga la previsione di R. Saleilles (citata da P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, nota 12, p. 293).



positivo era suscettibile di catturare la sua attenzione. Già parlare così inavvedutamente di *chance* può del resto contribuire a fomentare ambiguità: essendo ampiamente scontato che quasi sempre essa è destinata a rimanere negletta.

## 2. *Regole per addomesticare la transizione.*

Un tale *repêchage* della romanistica — come può essere chiamato quanto realmente avvenne un po' dappertutto — non fu certamente frutto di un fortunato colpo di mano, men che meno di un destino singolarmente benigno. Era stato invece auspicato da lunga data e può perciò essere considerato quale conseguenza di ragionamenti ed abitudini, che tutti suggerivano (o permettevano) di « leggere » la transizione in atto nel modo meno traumatico possibile. Passando gli anni, si mutavano in certezze, alle quali poteva corrispondere solo una conferma più o meno implicita del ruolo della romanistica. Ne ricordo ora tre, di tali ragionamenti: tutti ci sono ancora familiari, anche se oramai non tutti ci convincono più.

a) In forza del primo il codice appariva solo come ulteriore elemento dell'antico sistema delle fonti: nuovo, se si vuole, nella forma, poiché più sofisticato ed articolato, ma pur sempre *ius proprium vel particolare*. Non aspirava perciò ad affermarsi in antitesi al diritto comune, ma piuttosto si inseriva in esso, ricevendone la luce necessaria all'interpretazione, all'emendamento e all'integrazione. Chi condivideva questa prima certezza negava ovviamente l'autonomia del codice, combatteva il principio dell'autointegrazione ed auspicava per giunta un insegnamento che situasse saldamente il nuovo diritto nell'ottica tradizionale. Il che aprì concretamente la strada a soluzioni apparentemente diverse, secondo i luoghi ed i tempi: che andavano da una marginalizzazione pressoché completa del codice, come quella che Savigny aveva inflitto all'ALR <sup>(16)</sup>,

---

<sup>(16)</sup> Questo giudizio, assai perentorio, non è nuovo. Ma oggi è tuttavia più facile suffragarlo, dato che il testo del corso impartito da Savigny nel 1824 è stato recentemente pubblicato in ben tre versioni. Vedi F.C. v. SAVIGNY, *Landrechtsvorlesung 1824-Drei Nachschriften*, herausgegeben und eingeleitet von Chr. WOLLSCHLÄGER in Zusammenarbeit mit M. ISHIBE, R. NODA und D. STRAUCH, I (*Ius commune*, Sonderhefte, N. 67 e 105, Frankfurt a.M. 1994/1998). Il giudizio che se ne trae corrisponde sostanzialmente a

alla rivendicazione di una particolare idoneità propedeutica del diritto romano, tuttavia ritenuto « *eine unvergleichliche Arena des Geistes* » (17), come in Austria (18) e, seppur diversamente, in Fran-

---

quello già espresso da molti autori: cito ad es. H. THIEME, *Die preussische Kodifikation* (1937), ora in *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte, Gesammelte Schriften*, Köln-Wien 1986, II, p. 694-768, specialmente 749 ss.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. neubearbeitete Auflage, Göttingen 1967, p. 334-335; D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei F.C. von Savigny*, Bonn 1960, p. 47 ss., 53 ss., 80, 155-156; IDEM, *F.C. v. Savignys Landrechtsworlesung vom Sommer 1824, Festgabe für E. v. Hippel*, Bonn 1965, p. 245-261; W. WAGNER, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, in H. COING-W. WILHELM (a cura di), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I, Frankfurt am Main 1974, p. 119-152; U. BAKE, *Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen*, Diss.iur. Kiel 1971, p. 90-120; Chr. WOLLSCHLÄGER, *Savignys Landrechtsworlesung: ein Beitrag zu wissenschaftlicher Juristenausbildung*, in: B. DÖLEMEYER-H. MOHNHAUPT (a cura di), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten-Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext, Ius commune, Sonderhefte*, N. 75, Frankfurt am Main 1995, p. 187-210. Va comunque ricordato che sia nel *System* che nell'*Obligationenrecht* la dottrina desunta dal Codice prussiano non fu totalmente ignorata da Savigny, ma spesso presentata e discussa in appendice a quella (ritenuta ovviamente prevalente) del diritto comune. Vedi ad es. *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. XXIX-XXX, 104, 201-202, 328-329, 366-367, 373; II, Berlin 1840, p. 378-379, 416-417; III, Berlin 1840, p. 468 ss.; IV, Berlin 1841, p. 288 ss., 313, 343 ss., 419 ss., 476 ss., 512; VI, Berlin 1847, p. 96 ss., 120, 164, 197 ss., 255-256, 394; *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1851, p. 128-129, 289 ss., 398-399, 482-490; II, Berlin 1853, p. 85 ss., 155 ss.

(17) Così si espresse O. Lenel, ribadendo una metafora cara ai romanisti, ai quali fu peraltro familiare anche la relativa immagine della ginnastica intellettuale (O. LENEL, *Das bürgerliche Gesetzbuch und das Studium des römischen Rechts*, Rektoratsrede, in *Das Stiftungsfest der Kaiser-Wilhelm-Universität Strassburg am 1. Mai 1896*, p. 15-36, la citazione a p. 29). Analoghe testimonianze in P.Fr. von WYSS, *Über Rechtsstudium in der Schweiz und Studium des schweizerischen Rechts*, Basel 1874, p. 24-25; H. OSER, *Der Einfluss des Schweizerischen Zivilgesetzbuches auf das Studium des Privatrechts*, Freiburg (Schweiz) 1904, p. 12; A. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoléon*, Roma-Madrid 1970, p. 10; P. CARONI, *Die Schweizer Romanistik* (nota 6), p. 247. Sullo sfondo di questo tacito consenso brilla poi meritatamente lo scetticismo di J. PARTSCH, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität*, Bonn 1920, p. 24-25.

(18) La riforma degli studi accademici promossa da Franz von Zeiller nel 1810 pose al centro dell'insegnamento giusprivatistico l'esposizione ed il commento del nuovo diritto dell'ABGB, ma confermò pure — seppur riducendone il numero delle ore — l'insegnamento del diritto romano, riservandosi al massimo di abolirlo più tardi. Vedi in merito H. LENTZE, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*,

cia<sup>(19)</sup>. Fra queste soluzioni estreme poi tutta una gamma di scelte intermedie, tutte ad un tempo problematiche e scontate, proprio come quelle estreme, tutte « *merkwürdig und doch erklärlich* », come si era espresso Friedberg, cui non era facile nascondere il proprio imbarazzo<sup>(20)</sup>.

b) Alla dottrina che vedeva nel codice solo una ulteriore e più organica elaborazione di *ius proprium*, ed alla persistente (e quasi

---

Graz-Wien-Köln 1962, p. 62 ss., 68; Th. MAYER-MALY, *Johann Baptist Kaufmann, Labeo* 11, 1965, p. 302-310, specialmente 303; W. OGRIS, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin 1968, p. 6-7; K. EBERT, *Der Einfluss Franz von Zeillers auf die Gestaltung des juristischen akademischen Unterrichts-Die Reform des Rechtsstudiums im Jahre 1810*, in W. SELB-H. HOFMEISTER (a cura di), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828), Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten* Band XIII, Wien-Graz-Köln 1980, p. 63-93, specialmente 68-69, 78; H. MOHNHAUPT, *Zeillers Rechtsquellenverständnis, ibidem*, p. 166-179, specialmente 171-172; W. BRAUN-EDER, *Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung 1812-1987*, in G. HAMZA-A. FÖLDI (a cura di), *Studien zum römischen Recht in Europa*, I, Budapest 1992, p. 134-238, specialmente 169 ss. Più tardi, notoriamente, il diritto romano riprese quota, « recuperò » il codice e meglio ancora ne provocò la « pandettizzazione ». Ma questa è una storia diversa, peraltro approfondita da opere tuttora valide: vedi H. LENTZE, *Universitätsreform*, p. 95 ss.; W. OGRIS, *Die historische Schule der österreichischen Zivilistik, Festschrift für H. Lentze*, Innsbruck 1969, p. 449 - 496, specialmente 474 ss. Ulteriori rinvii in P. CARONI, *Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB, Festschrift für H. Baltl*, Innsbruck 1978, p. 107-122, specialmente 118 ss.

(19) Per la Francia rinvio anzitutto all'opera di A. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Los estudios* (nota 17): l'autore ammette che il Code assorbì le attenzioni dei giuristi e che il diritto romano fu conseguentemente negletto (p. 24-28, 39, 43-44, 56 ss., 97-98), ma ricorda anche che la cosiddetta crisi di questo diritto fu determinata da fattori preesistenti al Code (p. 12, 20-24). La legge del 22 *ventôse* dell'anno XII (1804) ne impose ugualmente lo studio, ancorché limitato alle Istituzioni di Giustiniano e solo « *dans ses rapports avec le droit français* » (*ibidem*, p. 17, 23-28, 56-58). Un intento, questo, sostanzialmente confermato nel corso del secolo: *ibidem*, p. 97-98, 119, nonché C. APPLETON, *Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général, du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889, Revue internationale de l'Enseignement* 11, 1891, p. 235-278, specialmente 246 ss.

(20) E. FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*, Leipzig 1896, p. 7. Critica di questo atteggiamento in R. STAMMLER, *Die Behandlung des Römischen Rechts in dem juristischen Studium nach Einführung des Deutschen Reichs-Civilgesetzbuches*, Akademische Antrittsrede, Freiburg i.Br. 1885, p. 6-8; D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte-Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Giessen 1985, p. 9-10.

intatta) supremazia del curriculum pedagogico tradizionale, corrispondeva poi specularmente — anche se su un piano più operativo — quella regola che *confermava esplicitamente il valore sussidiario del diritto comune* (21). Nel silenzio (presumibilmente eccezionale) di tutte le altre fonti giuridiche e massime di quelle di portata locale — la legge, gli statuti, la consuetudine, gli usi — il ricorso all'inesauribile miniera del diritto comune sembrava poter garantire quel minimo di certezza, cui non era velleitario aspirare in un momento di transizione. Perciò lo prescrivevano, questo ricorso, sia le consolidazioni tardosettecentesche (22), che parecchie codificazioni ottocentesche (23), come anche insigni rappresentanti della civilistica coeva (24): generando

---

(21) Prime informazioni sul ricorrere di tale regola in P. CARONI, « *Privatrecht* »: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel-Frankfurt am Main 1988, p. 72-73.

(22) Le ho sommariamente ricordate nello scritto ricordato nella nota precedente. Vedi poi anche A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, I, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1979, p. 255-256.

(23) Codice civile ticinese 1837, Art. 5; Codice civile ticinese 1882, Art. 3; Bündnerisches Zivilgesetzbuch 1862, § 3 (sul quale v. ora il commento — piuttosto superficiale — di M. CAVIGELLI, *Entstehung und Bedeutung des Bündner Zivilgesetzbuches von 1861-Beitrag zur schweizerischen und bündnerischen Kodifikationsgeschichte*, Freiburg (Schweiz) 1994, p. 96-98); Regolamento legislativo per gli Stati pontifici (1835), Art. 1. È da aggiungere anche l'art. 3 delle Disposizioni preliminari al Codice civile italiano del 1865, che — proprio come l'art. 15 del Codice civile del Regno di Sardegna del 1837 — rinviava sussidiariamente ai « principi generali di diritto » e quindi, secondo una interpretazione accreditata, al diritto comune (v. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 4-5). Ed infine non può essere dimenticato il notissimo § 7 dell'ABGB austriaco, che si rifaceva in ultima analisi ai « *natürliche Rechtsgrundsätze* », nei quali furono identificati senza difficoltà — quando sembrò necessario — i principi del diritto comune: vedi in merito P. CARONI, *Der unverstandene Meister?* (nota 18), p. 112-113, e le altre opere ivi citate.

(24) Vedi ad es. C.G. WÄCHTER, *Die neuesten Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg, mit legislativen Bemerkungen und vergleichender Rücksicht auf das gemeine Recht*, *Archiv für civilistische Praxis* 23, 1840, p. 33-111, specialmente 34-35; C. F. F. SINTENIS, *Zur Frage von den Civilgesetzbüchern-Ein Votum in Veranlassung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1853, p. 77 ss. (in merito alla cui presa di posizione vanno considerate anche le riflessioni di H.H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht-nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1983, p. 114, ed ora soprattutto di Chr. AHCIN, *Zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1863/1865, Ius commune*, Sonderhefte, N. 85, Frankfurt am Main 1996, p. 176, nonché il dibattito citato *infra*, nota 25). Sull'analogo atteggiamento

comprensibili perplessità negli uni, contribuendo però anche a rassicurare gli altri <sup>(25)</sup>.

c) Tutte queste regole, che riflettevano fedelmente l'avvenuto inserimento del codice nel sistema tradizionale delle fonti, potevano apparire credibili e ragionevoli, ma solo perché procedevano da un fatto subito rilevato con soddisfazione: i codici avevano valorizzato in modo massiccio il diritto storico praticato finora, sia quello comune che quello locale. Spesso le loro regole corrispondevano letteralmente a quelle corroborate dalla tradizione, il che poté indurre gli interpreti a ritenerli semplici « massimari di regole del diritto comune, le quali hanno forza di legge per l'autorità dello Stato » <sup>(26)</sup>. Comunque sia: già per questo non futile motivo i codici poterono propiziare una lettura della transizione in atto, che lasciava poco spazio a ipotesi di rottura e sottolineava in compenso il perdurare dell'antico ordine.

Lo sbocco naturale di questo itinerario, quello che per generazioni condizionerà — come vedremo — l'insegnamento della storia nelle facoltà giuridiche continentali, traspare dalle proposte elaborate dalla cosiddetta conferenza di Eisenach nel 1896 <sup>(27)</sup>. Fermo

---

assunto in merito dal noto giurista valtellinese Alberto De Simoni all'inizio del XIX secolo hanno attirato l'attenzione A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, p. 148-151; R. BONINI, *Dal Code civile ai codici della Restaurazione. Il diritto privato nella prima metà dell'Ottocento*, I, *Fra Settecento e Ottocento*, Bologna 1997, p. 40, 233.

<sup>(25)</sup> I sentimenti contrastanti, cui si allude nel testo, ricorrono regolarmente nei dibattiti parlamentari relativi ai disposti appena citati. Vedi ad es. in merito all'art. 5 del Codice civile ticinese in *Bullettino delle sessioni del Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino*, Sessione ordinaria maggio 1837, p. 89-96.

Notevolissimo in merito anche il dibattito sull'art. 7 della Legge francese del 21 marzo 1804 (al quale rinvia U. PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 13, 1984, p. 705-717, specialmente 712 ss.), nonché quello svoltosi in Sassonia in occasione della elaborazione e promulgazione del BGB del 1863/1865 (che viene ora ricostruito puntigliosamente da un'opera recentissima di Chr. AHCIN, *Zur Entstehung*, nota 24, p. 71, 163, 169, 178-181, 266, 280 ss., compreso il documento pubblicato in appendice, p. 321-327).

<sup>(26)</sup> Così Biagio Brugi caratterizzò il Codice civile italiano del 1865 (vedi il rinvio in P. CARONI, « *Privatrecht* », nota 21, p. 73).

<sup>(27)</sup> All'incontro, che fu organizzato dalle tre maggiori facoltà dell'Impero (Berlino, Lipsia e Monaco) e che ebbe luogo ad Eisenach il 23 marzo 1896 si discussero le modifiche dei programmi imposte dall'imminente entrata in vigore del BGB, ritenendosi

restando che in futuro l'insegnamento giusprivatistico doveva vertere preferibilmente sul nuovo codice (ossia sul BGB, che si trovava oramai in dirittura d'arrivo), si decise di anteporgli « *zwei propädeutische systematische Vorlesungen über dessen römischrechtliche und deutschrechtliche Grundlagen* »<sup>(28)</sup>.

Quali ragioni avevano suggerito tale proposta e deponevano finalmente a favore di questo « sdoppiamento »? E quali favorirono poi l'adozione concreta di questo modello? Sono sostanzialmente tre: anzitutto l'ovvio riscontro che il codice avesse realmente valorizzato molti elementi dell'una e dell'altra tradizione; secondariamente la convinzione che solo la conoscenza preliminare di questi elementi potesse poi garantirne tanto una corretta interpretazione, quanto un'armoniosa ulteriore elaborazione; e finalmente la certezza, che una tale conoscenza preliminare dovesse acquisirsi nel pieno rispetto delle condizioni storiche concrete, e quindi separata-

---

auspicabile l'adozione di un modello uniforme. Vi parteciparono 65 cattedratici in rappresentanza di tutte le facoltà giuridiche, fatta eccezione per Strasburgo. Ove Lenel volentieri avrebbe concesso ancora maggior spazio all'insegnamento del diritto romano (vedi O. LENEL, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, nota 17, p. 20 ss.). Sull'incontro si sofferma dettagliatamente la relazione di FRIEDBERG (nota 20). Recentemente ne ha scritto in merito I. EBERT, *Die Normierung der juristischen Staatsexamina und des juristischen Vorbereitungsdienstes in Preussen (1849-1934)*, Berlin 1995, p. 101 ss.

<sup>(28)</sup> E. FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung* (nota 20), p. 17. Ma va aggiunto che questa soluzione corrispondeva sostanzialmente a quella adottata dalla facoltà giuridica di Lipsia nel 1865, quando entrò in vigore il BGB sassone (v. il relativo rapporto della Facoltà redatto da C. G. Wächter, ora pubblicato da C. AHCIN, *Zur Entstehung*, nota 24, p. 338-347, specialmente 344-346), nonché ad idee ripetutamente ventilate nel periodo immediatamente precedente l'elaborazione del BGB. Vedi ad es. Th. MÜTHER, *Die Reform* (nota 15), p. 8 e soprattutto 11; R. STAMMLER, *Die Behandlung* (nota 20), p. 26-27. Ma fu M. A. v. BETHMANN-HOLLWEG, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, Bonn 1876, p. 59, ad insistere più di tutti gli altri su questo aspetto, ritenendo che l'unico modo appropriato di avvicinarsi al futuro codice imponesse di « *auf dessen Quellen zurückzugehen und es daraus zu erläutern* ». Da cui derivava una rivendicazione chiara: « *Wir fordern daher als grundlegend einen rein wissenschaftlichen, auf die Rechte, aus welchen das Gesetzbuch hervorgegangen, gegründeten Unterricht* » (*ibidem*, p. 59-60), ovviamente ossequioso del dualismo che caratterizzava (anche) la situazione tedesca (*ibidem*). Ma aveva palesemente esagerato auspicando che questo approfondimento preliminare occupasse i primi tre anni di studio accademico: poiché ciò marginalizzava il diritto del nuovo codice, così relegato al quarto e conclusivo anno (*ibidem*, p. 63-64). Comprensibili le relative critiche di R. STAMMLER, *Die Behandlung* (nota 20), p. 4-5.

mente. Tutto ciò dovette sembrare scontato ai professori presenti (e fu generalmente condiviso da molti dei loro successori<sup>(29)</sup>): perché vedevano nel BGB *non tanto l'inizio di una nuova epoca, quanto la conclusione di una lunghissima storia*<sup>(30)</sup>, all'interno della quale diritto nazionale (risp. locale) e diritto comune sembravano appunto procedere per vie separate.

### 3. *La continuità larvata.*

Fermiamoci qui, abbandoniamo per il momento altre piste<sup>(31)</sup> e prima di interrogarci sui motivi di quanto indiscutibilmente svela la

---

(29) Vedi dapprima la testimonianza di qualche contemporaneo: H. DERNBURG (v. in merito K. LUIG, *Heinrich Dernburg*, in H. HEINRICHS-H. FRANZKI-K. SCHMALZ-M. STOLLEIS (a cura di), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, p. 231-247, specialmente 239); E. FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung* (nota 20), p. 17; O. LENEL, *Das bürgerliche Gesetzbuch* (nota 17), p. 26, 30 ss.; F. REGELSBERGER, *Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 41, 1900, p. 251-288, specialmente 282-283. Più tardi queste tre certezze furono ribadite innumerevoli volte: v. ad es. J. PARTSCH, *Vom Beruf* (nota 17), p. 6, 10 ss., 27; M. GMÜR, *Zivilgesetzbuch und akademischer Unterricht*, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 40, 1904, p. 489 ss., specialmente 496-498; A. BECK, in P. CARONI-J. HOFSTETTER (a cura di), *Itinera iuris-Arbeiten zum römischen Recht und zu seinem Fortleben*, Bern 1980, passim, specialmente p. 235-239, 341 ss.; P. LIVER, *Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht*, in *Rechtsgeschichtliche Aufsätze*, herausgegeben zum 80. Geburtstag des Autors, Chur 1982, p. 1-16, specialmente 5-6.

(30) Così esplicitamente E. FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung* (nota 20), p. 17 e, più tardi ma non meno chiaramente, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (nota 16), p. 461.

(31) Una potrebbe essere quella di un'analisi più spassionata (ma anche più approfondita) dell'art. 19 del programma ufficiale del partito nazionalsocialista, che condannava il diritto romano siccome funzionale alle esigenze di una « *materialistische Weltordnung* ». Molti romanisti lo ritengono tuttora inspiegabile, se non come « *unbedachte Übernahme* » di un postulato formulato già prima dell'entrata in vigore del BGB e da tempo realizzato (così esplicitamente Th. MAYER-MALY, *Europa und das römische Recht*, in W. SCHUMACHER (a cura di), *Perspektiven des europäischen Rechts*, Wien 1994, p. 27-31, specialmente 27). Ma perché non ipotizzare che volesse colpire una tradizione tuttora robusta, che si era affermata a dispetto della codificazione? Altre piste di ricerca, qui appunto non approfondite, indicano F. CALASSO, *Introduzione* (nota 23), p. 12, 26 ss.; D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo-Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971, p. 58, 126; D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte* (nota 20), p. 9-10.

documentazione, tentiamo un primo riassunto: abbiamo finora appurato l'esistenza e la singolare longevità di convinzioni, regole ed atteggiamenti che tutti — proprio come le singole mosse di una strategia comune — convergevano nel tentativo di « bloccare » la codificazione, di sottrarla alla sua dinamica per ricondurla a quella (strutturalmente diversa) propria al sistema del diritto comune. Se ci mettessimo ora ad analizzare criticamente questi reperti, ad esaminarli sullo sfondo di quei principi teorici, sui quali si reggeva il codice, dovremmo ritenerli macroscopici « errori » o volgari « malintesi »: tutti infatti contraddicevano a quei principi teorici o a quelle regole, disponendo le quali il codice aspirava ad affermarsi. Potremmo anche noi condannare tutto questo, già in ossequio alla logica formale <sup>(32)</sup>. Ma se lo facessimo ci sfuggirebbe il messaggio che, bene o male, tutte queste « incongruenze » implicitamente trasmettevano ed al quale dovremmo preferibilmente guardare. Già perché ci obbliga a rivedere le nostre rappresentazioni di quello che fu il « trapasso storico dal diritto comune alla codificazione » <sup>(33)</sup>. Ci eravamo da tempo abituati all'idea di una transizione retta da ragionamenti logici rispettivamente (come si preferisce dire oggi) da un nuovo paradigma: perciò tanto fulminea quanto traumatica. Qualcosa come una brusca interruzione di una continuità secolare, con tutte le conseguenze (anche psicologiche) del caso. In realtà il cambiamento ci fu, e fu radicale: ma risultò anche meno rapido e tumultuoso del previsto. Tutto avvenne lentamente, senza che noi si possa già per questo motivo parlare di ritardo <sup>(34)</sup>. E tutto si svolse

---

<sup>(32)</sup> E qui ci imbattiamo spesso in condanne senza appello. V. ad. es. F. CALASSO, *Introduzione* (nota 23), p. 5; A. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Los estudios* (nota 17), p. 123-125; B. WINDSCHEID, *Carl Georg v. Wächter*, Leipzig 1880, p. 63-64; K. L. ARNDTS, *Gesammelte civilistische Schriften*, III, Stuttgart 1874, p. 153, 261, 387, 392, 404, 477-478. Mi chiedo sempre più spesso: è ragionevole persistere in un atteggiamento che ci impone continuamente di rimproverare ai protagonisti delle storie che intendiamo descrivere di non aver capito, di aver equivocato, tergiversato o di aver assunto un atteggiamento indifferente o letargico, solo perché si scosta dalle nostre previsioni? Che storiografia è quella che concede ai protagonisti solo la possibilità di sbagliarsi o di darci ragione, rispettivamente di non aver ancora visto quello che vediamo noi, o di aver prefigurato quello che noi abbiamo realizzato?

<sup>(33)</sup> Così si esprime F. CALASSO, *Introduzione* (nota 23), p. 5.

<sup>(34)</sup> Questa evoluzione obbedì semplicemente ad un « altro tempo », che non



senza troppe scosse, quasi impercettibilmente: sembra davvero lecito ritenere *sub specie continuitatis*. Del resto già i protagonisti di quell'avventura la vissero come un'evoluzione lenta e naturale del sistema tradizionale: una semplice *Wandlung* che comunque non metteva in pericolo i capisaldi del vecchio ordine<sup>(35)</sup>, in uno con l'assoluta certezza che, «*wenn die Wogen, welche das deutsche Gesetzbuch hervorgerufen hat, sich beruhigt haben werden, das römische Rechtsstudium ebenso wiederkehren wird, wie es nach dem Erlass des preussischen Landrechts wiedergekommen ist*», dato che rimaneva pur sempre, questo studio, «*die Grundlage der deutschen Rechtswissenschaft*»<sup>(36)</sup>. E non diversamente interpretano oggi quelle remote vicende gli autori che considerano la codificazione quale «momento storico ancora interno alla vicenda del diritto comune» ovvero «parto moderno del sistema del diritto comune»<sup>(37)</sup>. Il che suona finalmente a conferma di quella verità evocata in epigrafe, che il melanconico cronista del tramonto asburgico aveva saputo intuire ed esprimere prima e più suggestivamente di altri: «Tutto ciò che cresceva aveva bisogno di tanto tempo per crescere; e tutto ciò che finiva aveva bisogno di lungo tempo per essere dimenticato».

#### 4. *Il sopraggiungere delle « ipertrofie ».*

Col passare degli anni la nebbia che avvolgeva inizialmente la

---

possiamo chiamare ritardo, solo perché non corrisponde alla velocità da noi prevista a tavolino.

<sup>(35)</sup> Notevole in merito la riflessione di M. A. v. BETHMANN-HOLLWEG, *Ursprung der lombardischen Stadtfreiheit*, Bonn 1864, p. 647, alla quale rende attenti G. CASSANDRO, *Metodologia storica* (nota 4), p. 33.

<sup>(36)</sup> Così esplicitamente Th. MOMMSEN, DJZ 5, 1900, p. 257.

<sup>(37)</sup> Così M. ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in A. IGLESIA FERREIROS (a cura di), *El dret comú i Catalunya, Actes del IIIer Simposi Internacional* (5-7 de novembre de 1992), Barcelona 1993, p. 71-83, le due citazioni a p. 75, risp. 81; IDEM, *A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From Ius Commune to Code Napoléon*, in: *Tulane Law Review* 70, 1996, p. 1041-1051, specialmente 1049-1050. Alle stesse convinzioni si ispirano oggi altri autori: ad es. Th. MAYER-MALY, *Europa* (nota 31), passim; U. PETRONIO, *Una categoria* (nota 25), passim; B. SCHMIDLIN, *Gibt es ein gemeineuropäisches System* (nota 12), passim, specialmente p. 35 e 51 ss.; C. BALDUS-A. WACKE, *Frankfurt locuta, Europa finita?*, ZNR 17, 1995, p. 283-292, specialmente 286.

codificazione e che ne lasciava trasparire solo una sagoma dai contorni vaghi ed approssimativi, si è poi diradata. Ha finalmente permesso al nuovo ordine delle fonti di mostrarsi com'era: nitido e lineare, certamente meno farraginoso di quello precedente. Originariamente ridotto all'osso, si arricchì via via di tutte quelle acquisizioni e si piegò a tutte quelle interpretazioni, che l'evoluzione sociale reclamava nell'ambito giuridico. Potremmo considerarle tutte ipertrofie<sup>(38)</sup>, che sopraggiunsero cammin facendo e che da allora divennero i veri capisaldi del nuovo concetto codificatorio<sup>(39)</sup>: la tendenza all'esautività, il rifiuto dell'eterointegrazione<sup>(40)</sup>, l'unificazione sociale ottenuta tramite la generalizzazione della soggettività giuridica, il primato delle regole di origine contrattuale, per non citare che esempi generalmente noti. Diventava così lentamente visibile ed operativa la netta, logica contrapposizione dei due sistemi: che sarebbe ridicolo e comunque antistorico rimettere in discussione o ignorare, solo perché non fu istituita autoritativamente da un atto legislativo, chiaro e perentorio, ma si veniva costituendo giorno dopo giorno, riflettendo anche in ciò specularmente i lenti progressi della società borghese, rispettivamente la sua progressiva occupazione di spazi finora gestiti dall'iniziativa statale<sup>(41)</sup>. In altre parole: solo un distacco temporale — più o meno marcato — permise di osservare da quali strategie concrete la codificazione poteva essere catturata, rispettivamente a quali servizi specifici poteva venir piegata. Un visionario — ne convengo — avrebbe anche potuto farne a meno e sentenziare subito. Un visionario come Savigny, che prima e meglio di altri aveva intuito la

---

<sup>(38)</sup> Uso questa metafora nel senso conferitole da R. SÁNCHEZ FERLOSIO quando parla di « ipertrofia della funzione »: ad es. in *La freccia nell'arco*, Milano 1992, p. 26, 34, 66 ss., 151 ss.

<sup>(39)</sup> Mi ha aiutato a valutare in questo modo l'evoluzione concreta il problematico intervento di U. PETRONIO, *Una categoria* (nota 25), in particolare p. 714-716.

<sup>(40)</sup> Proprio in ordine a questi primi due esempi ha parlato di « superfetazione successiva » M. ASCHERI, *Dal diritto comune* (nota 37), p. 74.

<sup>(41)</sup> Accenno fugace a questi temi nella mia recensione all'opera di A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert-Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1991, pubblicata in ZNR 16, 1994, p. 445-448.

pericolosità dell'ideale codificatorio, perché prima e più nitidamente di altri — squadrandone attentamente le potenzialità — l'aveva anche realmente capita (42).

Nel frattempo la distanza fra gli inizi così timidi e malfermi e le nostre attuali certezze dogmatiche è divenuta siderale. Chi non fosse disposto ad ammetterlo, dovrebbe rileggere con la dovuta attenzione i verbali del dibattito svoltosi nel *Conseil d'Etat* francese in merito a quell'articolo della legge preliminare del 21 marzo 1804, che elencava le fonti giuridiche alle quali in futuro al giudice non era più lecito ricorrere (43). È vero che la versione finalmente approvata abrogò in blocco le leggi romane, come anche gli altri diritti preesistenti (44). Ma è anche vero che vi si arrivò quasi per caso: comunque non in sequela a ragionamenti dogmatici o a valutazioni che per noi sono scontate ed indiscutibili, ma in capo ad una controversa discussione, il cui esito fu lungamente incerto. Era normale che ciò avvenisse: perché nella situazione ancora fluida, nella quale si muovevano allora i codificatori, tutto (e il contrario di tutto) poteva sembrare ancora auspicabile, realizzabile, plausibile. Potrei anche dire: vista nell'ottica posteriore, la versione finalmente adottata poteva anche essere ritenuta l'unica vittoria possibile della ragione; ma nella realtà degli inizi, oramai già remota, vi si vide solo l'unico praticabile compromesso (45).

---

(42) Ho tentato spesso di ragionare sui meriti che vanno tuttora riconosciuti al concetto savignyano di codificazione, da ultimo in contributi che cito alla nota 67.

(43) Sono pubblicati in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, p. LXXXI ss.; J.-G. LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, I, Codice civile, Napoli 1840, p. 82-91.

(44) L'art. 7 della Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français, del 21 marzo 1804, recitava: « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois, composant le présent Code ».

(45) Questo emblematico episodio è stato recentemente analizzato da U. PETRONIO nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 7, 1978, p. 506-507, e soprattutto nel saggio già citato *Una categoria* (nota 25), specialmente 712-715. L'interpretazione di questo autore viene ora condivisa da M. ASCHERI, *Dal diritto comune* (nota 37), p. 73-74.

### III. *Perché la continuità?*

Prima di interrogarci sul valore che questa « diversa » transizione può dunque avere per noi, ed in particolare prima di esaminare se è tuttora idonea a connotare l'insegnamento della storia del diritto, è urgente *riflettere su cause e motivi*. Il che significa anche ragionare sulla natura e l'incidenza di quelle condizioni, che hanno favorito l'emergere dell'atteggiamento appena descritto; nel quale si riflette, per riprendere un'espressione già usata, una larvata continuità e comunque un modo diverso ed indubbiamente meno euforico di intendere la codificazione. Non l'abbiamo quasi mai fatto, debbo premettere. Semplicemente perché, vittime dei nostri pregiudizi, non ci siamo resi conto del fenomeno in sé, delle sue reali dimensioni come anche di una sua ovvia « regolarità ». Se eccezionalmente ci siamo imbattuti in qualche resistenza o anche solo nel tentativo di mettere in discussione qualche singolo aspetto del nuovo programma codificatorio, abbiamo allora tentato, senza malizia ma anche senza troppa sensibilità storica, di rimuovere l'ostacolo come potevamo: minimizzando l'accaduto, ritenendolo frutto di chiusura o di insensibilità, quando non di aperta ostruzione. Oppure abbiamo mentalmente accusato i grandi romanisti della transizione di aver ostacolato l'*iter* codificatorio per istintiva e quindi prevenuta reticenza, magari perché esclusivamente attenti a mettere in salvo un monopolio, che permetteva loro di gestire il passato in funzione del presente. Oggi penso che ragionando in questo modo ci accontenteremo di fruste battute e resteremo comunque in superficie. Per questo motivo mi pare urgente riaprire l'indagine sui motivi della continuità larvata: perché finalmente ci interessa non tanto accusare, condannare o assolvere, quanto capire e spiegare <sup>(46)</sup>.

Per fare ciò mi pare anzitutto utile ricordare quanto ho osservato inizialmente in punto al ruolo specifico assegnato alla storia nel programma della scuola storica. Era funzionale, dicevo, sia all'identificazione dei materiali storici tuttora vigenti, sia alla loro elaborazione dogmatica in vista della pratica applicazione. La codificazione sovvertì questo programma, ne modificò gli equilibri, *senza tuttavia*

---

<sup>(46)</sup> Ho ripreso qui — soprattutto per uso personale — qualche perplessità già segnalata in P.C., *Die Schweizer Romanistik* (nota 6), p. 254-257.

*distruiggerlo*. Se trasferì infatti al legislatore statale il compito di delimitare il campo del diritto positivo (perfezionando quella che i posteri denunciarono quale « espropriazione » del giurista, e non si vede bene perché tale metafora — peraltro singolarmente azzeccata — debba necessariamente destare malumori <sup>(47)</sup>), ha però anche in sostanza confermato l'impegno dogmatico-pratico dello « storico ». Impegno, questo, che i romanisti accettarono volentieri di assolvere ed onorarono poi con meticolosità, già perché si applicava ad istituti concreti che, ad accontentarsi delle parole, ben potevano essere ritenuti gli « stessi »: prima da loro liberamente rintracciati nella storia, ora ingabbiati d'autorità nel codice. Fermo restando che l'assunzione (o forse meglio, e più realisticamente, la rivendicazione perentoria) di questo incarico, e quindi la scelta dichiaratamente sfavorevole alle prospettive storiografiche (se di scelta davvero si può parlare) dovette apparire anche come l'unica opzione praticabile, quasi uno stratagemma, per *addomesticare subito il nuovo sistema* ed impedirgli così di mostrare gli artigli della propria autonomia.

Del resto altre necessità, come anche altre speranze, spingevano in quella direzione ed incitavano a non guardare troppo per il sottile. Darsene conto significa indicare, oltre a quello appena evocato e che resta un motivo di fondo, altri momenti idonei a spiegare almeno parzialmente la « naturalezza » (per tacere della « morbidezza ») della transizione. Va così ricordato, almeno in merito all'evoluzione dottrinale italiana successiva al Codice civile del 1865, la valenza spiccatamente giuspolitica deferita alla romanistica, la quale ha fatto pensare ad una sua vocazione nazionale, rispettivamente ad una sua funzione unificatrice, come fu inizialmente rivendicata da Filippo

---

(47) Ne ha parlato, in contesti diversi ed a più riprese, P. GROSSI. Vedi ad esempio *Epicidio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini* 17, 1988, p. 517-532; IDEM, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini* 19, 1990, p. 505 - 555; IDEM, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 64, 1991, p. 5-17; IDEM, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in: Università degli Studi di Firenze, Inaugurazione dell'anno accademico 1996-1997, p. 35-45, *passim*; IDEM, *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)* in: G. REBUFFA-G. VISINTINI (a cura di), *L'insegnamento del diritto oggi*, *Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova*, Collana di monografie, N. 71, Milano 1997, 255-265. Non ha condiviso questo punto di vista M. ASCHERI, *Dal diritto comune* (nota 37), specialmente p. 72-73.

Serafini, poi ribadita da Vittorio Scialoja e Pietro Bonfante<sup>(48)</sup>. Sono tutti momenti, questi, che svelano l'esistenza di un nesso nemmeno troppo sotterraneo fra la costituzione politica e l'auspicabile assetto della civilistica e che spiegano anche come mai nel Codice del 1865 poté lungamente esser visto « un adattamento del diritto romano alla vita sociale odierna »<sup>(49)</sup>.

Sicuramente diverse furono le ragioni che spiegano l'analogo atteggiamento assunto dai romanisti tedeschi: legate meno ad una vocazione giuspolitica quanto all'egemonia scientifica esercitata a livello continentale dalla pandettistica. Accontentarsi ora di uno sguardo esclusivamente retrospettivo significava anche perdere ormai il contatto con il diritto vigente e mettere così in pericolo un primato finora indiscusso, del quale molti giuristi in Germania andavano fieri<sup>(50)</sup>.

E poi, in conclusione, perché escludere che in qualche caso proprio solo la disponibilità ad assumere questo ruolo, nuovo ma anche tradizionale, abbia magari rappresentato l'unica (o l'ultima) possibilità di stare anche materialmente a galla, di non venir inghiottiti dall'onda che si alzava sempre più minacciosa e che obbligava ora il giurista a guardare sempre in altra e contraria direzione? Perché non vedere nella sua più o meno arrendevole adesione ad un nuovo programma non solo la forza tuttora intatta di una tradizione secolare (come documentano tendenzialmente tutti i motivi elencati finora), ma anche *la tradizione della forza*, ossia il desiderio dei cultori di una disciplina finora dominante di custodire possibilmente

---

<sup>(48)</sup> V. in merito l'attenta analisi di A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, p. 275-302, specialmente 278-289, 292 - 293, 297 ss. Diverso l'approccio di M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in: *Index* 23, 1995, p. 159-180: anche se non esclude a priori un analogo accertamento. Vedi in particolare, per quanto si riferisce alla « bivalenza didattica » *ibidem*, p. 168, 170, 172-173, 178.

<sup>(49)</sup> Così B. BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, Verona-Padova 1897, p. 13 (citato da A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, nota 48, p. 283).

<sup>(50)</sup> Accennano a questo timore molti autori: fra gli altri E. FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung* (nota 20), p. 10; F. REGELSBERGER, *Ersatzpflicht* (nota 29), p. 288; J. PARTSCH, *Vom Beruf* (nota 17), p. 17; L. WENGER, *Der heutige Stand* (nota 15), p. 107-108; P. KOSCHAKER, *Die Krise* (nota 2), p. 36.

intatto quel potere accademico, scientifico e sociale, al quale si erano lentamente assuefatti, e dal quale temevano di venir estromessi, se non si fossero tempestivamente allineati? Mi rendo conto che, affermandolo (per di più senza poter ostendere le prove del caso), il discorso si fa subito complesso e delicato: ma non per questo sarà lecito, in futuro, evitarlo.

#### IV. Pro futuro: *come e cosa insegnare?*

##### 1. *Un interrogativo conclusivo.*

Certo, una conoscenza più attendibile di tutti questi fatti, ed in particolare della resistenza (implicita o dichiarata) opposta dai cultori del diritto comune al lento ma inesorabile affermarsi del sistema codificatorio, dei motivi che l'hanno provocata e giustificata, come anche delle forme concrete, entro le quali ha costretto (più che semplicemente calato) il relativo insegnamento accademico, appaga ampiamente la curiosità dello storico: ed è, in questo senso specifico dell'espressione, non solo auspicabile, ma anche « utile ». Ma sempre più mi chiedo se, oltre a ciò, non sia da ritenere anche *edificante*, ossia costruttiva, poiché ci indica finalmente anche gli itinerari, ai quali sarà bene attenersi in futuro, per non incorrere in qualche spiacevole scomunica.

Prima di rispondere a questo interrogativo, che non è solo quello conclusivo, ma anche l'unico che ci coinvolga direttamente, è utile recuperare una riflessione sull'« utilità » della storia e tener presente due premesse.

Dapprima in punto agli insegnamenti concreti, che ogni sguardo retrospettivo aspira ad offrire: sarebbero fasulli (più che insidiosi) se ci costringessero a correre sempre nella stessa direzione, nel segno di una continuità lentamente assurta a principio autoreferenziale. È vero invece proprio il contrario: che il passato, *svelando talora impietosamente la storicità delle sue scelte e delle sue istituzioni, le rimette tutte continuamente in causa*, ci induce così a ritenerle tutte — in linea di principio e fino a prova del contrario — contingenti e transitorie. Se davvero ci accolla un impegno, certo non quello di

allinearci come calmucchi <sup>(51)</sup>, ma quello, ben più problematico, di valutare le ragioni delle sue scelte prima di decidere, noi, *pro futuro*. Ragionare sul passato non significa perciò aderire automaticamente e necessariamente alle sue risposte, ma *riproporre le sue stesse domande*: per scoprire se, fra quanto convoglia serenamente oppure tumultuoso come un torrente, non siavi magari qualcosa tuttora impiegabile con qualche utilità. Non sembri perciò contraddittorio e meno ancora scandalizzante riformulare, sulla soglia del nuovo millennio, il tradizionale quesito: appare auspicabile insegnare la storia muovendoci lungo i sentieri tradizionali o non è magari il caso di tracciarne dei nuovi?

Ed ora due premesse che è necessario ricordare perché, come tutte le cose ovvie, corrono costantemente il pericolo di venir dimenticate.

La prima: l'insegnamento della storia, che starà ora al centro delle nostre riflessioni, è esclusivamente *quello destinato ai giuristi*, perciò impartito nelle facoltà di giurisprudenza. Se lo riteniamo tuttavia indispensabile, solo perché trasmette un messaggio, del quale i pratici che noi concorriamo a formare avranno bisogno quotidianamente nell'ambito della loro attività strettamente professionale, quando vorranno capire *le regole del diritto vigente*, appurarne la reale portata o la effettiva valenza sociale <sup>(52)</sup>. È perciò proponibile a tale titolo solo quella *storia, che sfocia necessariamente nel presente*, si conclude a ridosso del diritto vigente, quasi fondendosi con i suoi inizi. Non è che l'*altra* storia sia meno vera, interessante o dignitosa: è solo meno funzionale alle esigenze professionali di chi vive e si consuma nell'universo pratico del diritto positivo.

La seconda: questo diritto positivo, massime quello privato, ci è stato generalmente consegnato in una *forma specifica*, quella del codice, ossia di una legge caratterizzata da talune peculiarità (peral-

---

<sup>(51)</sup> Debbo questa splendida metafora a M. BRETONE, *Diritto e tempo* (nota 12), p. 92, che l'ha scoperta negli scritti di N. Th. Gönner.

<sup>(52)</sup> Ho tentato di riflettere su questa «altra evidenza» del messaggio storico destinato al giurista in un breve intervento, al quale rinvio volentieri: *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, in G. ARZT-P. CARONI-W. KÄLIN (a cura di), *Juristenausbildung als Denkmalpflege?*, Bern-Stuttgart-Wien 1994, p. 27-56.



tro note) e che diventò, prima o poi, fulcro di un nuovo sistema delle fonti.

Debitamente collegate, queste due premesse interpellano direttamente lo storico: già perché ne condizionano ampiamente sia il programma che l'approccio concreto da privilegiare nell'ambito dell'insegnamento. Ed ancora più concretamente: fanno dipendere l'uno e l'altro dal significato concreto assunto — nell'evoluzione storica come anche nei nostri relativi ragionamenti — dal concetto di codificazione. Al quale è perciò necessario risalire.

## 2. *La codificazione che conferma e quella che rinnova.*

Le alternative, almeno quelle decisive a questo punto della discussione, sono note e risultano con chiarezza dal titolo di questo capoverso. Sarà perciò sufficiente riassumerle.

Chi, come gli autori che ho già ricordati, ha anzitutto badato al *contenuto del codice* ed ha concentrato il suo esame sulle regole concrete sancite dai singoli articoli o paragrafi, si è regolarmente imbattuto in concetti e soluzioni comprovati da un uso secolare, e che già per questo motivo sembravano continuamente rinviare al passato, quasi volessero a tal modo privilegiarlo. Assegnerà allora istintivamente alla codificazione significati consoni ad una tendenza conservatrice: vedrà in essa l'apogeo di una lunga evoluzione, la conferma solenne dell'intrinseca bontà di norme ora « premiate » perché inserite nel codice <sup>(53)</sup>, un frutto spettacolare della continuità del diritto, l'implicita omologazione di taluni spezzoni del passato giuridico, ecc. E proporrà di conseguenza un insegnamento storico del diritto codificato del tutto speculare a tale ispirazione di fondo:

---

<sup>(53)</sup> Questo fatto spiega da solo perché molti storici del diritto (ma preferibilmente si tratta di romanisti) non si siano ancora stancati di ricercare soluzioni tradizionali fra le pieghe dei codici borghesi, risp. di demistificare apparenti novità dottrinarie, legislative o giurisprudenziali mettendone « impietosamente » a nudo le remote radici (o prefigurazioni) storiche. Fra le più recenti ricerche rappresentative di questo indirizzo cito ad es. R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *Juristen-Zeitung* 47, 1992, p. 8-20, specialmente 18-20; R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2, 1994, p. 244-276; H. ANKUM, *Principles of Roman Law absorbed in the New Dutch Civil Code*, in *Casopis pro právní vedu a praxi* 2, 1994, p. 203-225.

un insegnamento che distinguerà preliminarmente le disposizioni del codice secondo la loro diversa origine e proporrà poi di studiarne *separatamente* l'evoluzione: proprio come avevano convenuto di fare i professori tedeschi, riuniti ad Eisenach nel 1896<sup>(54)</sup>.

Chi invece guardava preferibilmente *alla forma*, che era pur stata il cavallo di battaglia dell'illuminismo giuridico, si sentiva ovviamente attratto in tutt'altra direzione. Poiché intuiva che la codificazione, scostandosi visibilmente dagli equilibri e dalle graduatorie tradizionali, fissava le linee di un nuovo universo giuridico, autonomo ed autoreferenziale, del tutto intransitivo: all'interno del quale le valenze dei singoli elementi venivano appurate non secondo quanto suggeriva in merito il passato, ma unicamente in sequela al posto ora occupato nel nuovo universo. La codificazione evocava involontariamente una gabbia: all'atto di entrarvi le singole regole mutavano se non proprio di identità, certamente di valore; venivano sottratte alla loro storia e spesso piegate ad un nuovo servizio. Anche nel caso in cui avessero confermato l'antico dettato, poiché ne ripetevano pedissequamente il testo, parola per parola, non potevano rimanere, non rimanevano inalterate. Questa convinzione, condivisa da molti autori<sup>(55)</sup>, induce poi a giudicare diversamente l'impatto giuspolitico provocato dalla codificazione: non più in termini di conferma e continuità, ma di cambiamento e di cesura. Se ciò si rivelasse vero o comunque più convincente dell'opposta interpretazione, il codice diventerebbe di colpo il simbolo di una nuova epoca della storia giuridica: di quella apertasi — fra perplessità, riserve e contraddizioni — con le rivoluzioni borghesi. Con conseguenze facilmente immaginabili anche sul piano pedagogico: poiché, avendo la nuova e così diversa legge esautorato in un certo senso la storia, rendeva ora necessario un nuovo approccio ed imponeva per giunta di concepirlo prescindendo da ogni « preselezione », ossia in modo del tutto unitario.

---

<sup>(54)</sup> Vedi supra, p. 177 ss. (con le note 27 ss.).

<sup>(55)</sup> Vedi ad es. gli autori che ho citato in *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny, Quaderni fiorentini* 9, 1980, p. 69-111, specialmente 75-77, come anche quelli ricordati da U. PETRONIO, *Una categoria* (nota 25), p. 707-708, oltre a quelli che citerò *infra*, ad IV/6. Sul punto anche A. CAVANNA, *Storia* (nota 22), p. 255, 257.

### 3. *Il dualismo della scuola storica.*

Il ricorso alla concreta (o supposta) origine storica dei singoli istituti o « complessi » di un codice, in vista di strutturare organicamente la ricerca e l'insegnamento, è un'abitudine comune alla gran maggioranza degli storici del diritto continentali. Quando non sono romanisti, si considerano cultori dell'« altra » storia giuridica, quella attenta piuttosto all'evoluzione locale: *deutsches Privatrecht*, *jus proprium*, *diritto patrio*, *droit français*, *derecho foral*, così suonano le relative etichette. Da molte generazioni l'insegnamento della storia del diritto nelle nostre facoltà riflette questa curiosa lottizzazione del passato: romanisti e storici del diritto locale-nazionale concorrono così nell'evocarne singoli e diversi frammenti, davanti agli occhi presumibilmente attoniti di allievi sbalorditi. Quest'abitudine, che per semplificare le cose chiamerò di seguito « dualismo », non è inerente alla storia del diritto quale modo specifico di « leggere » il passato, ma ha una sua storia, ossia è legata ad una contingenza molto particolare, sulla quale val la pena qui di riflettere.

Dire che la distinzione fra diritto romano e diritto locale, come anche di una scienza votata al primo e di una attenta al secondo, sia stata un'invenzione della scuola storica, sarà magari approssimativo, ma per il resto quasi ovvio. Già perché questa scuola, raggruppando i giuristi in tal modo, contrapponeva in realtà *meno* diversi frammenti del passato che due diverse concezioni del diritto (determinate anche da contrapposte opzioni giuspolitiche), due metodi di studiarlo e due strategie per applicarlo nel presente <sup>(56)</sup>.

Per essa il *diritto romano* era quello vigente, tuttora fulcro di un sistema delle fonti saldamente dominato dai giuristi. I quali venivano conseguentemente assorbiti meno dall'indagine storico-antiquaria, che dall'impegno volto alla pratica applicazione del diritto. È in realtà a loro che si rivolge Savigny con le sue proposte di riforma, rispettivamente con l'invito a voler interpretare le fonti classiche in

---

<sup>(56)</sup> Considerazioni disparate ma valide sul rilievo di questa distinzione in H. THIEME, *Savigny und das deutsche Recht* (1963), ora in *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte* (nota 16), II, p. 1069-1094; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (nota 16), p. 403 ss., 411 ss., 126; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, p. 100 ss.; P. CARONI, *La cifra* (nota 55), p. 88 ss; H.H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung* (nota 24), p. 76-95.

modo più accorto e soprattutto sistematico. E saranno quasi esclusivamente loro i grandi mattatori nelle varie commissioni preposte all'elaborazione del BGB. Da cui si deduce facilmente che proprio a loro, lungo tutto il secolo scorso, non dovettero venir meno né i riconoscimenti sociali, né i monopoli accademici.

*I germanisti*, in confronto, era come se abitassero su un altro pianeta. Perché diverso era non solo l'oggetto delle loro attenzioni (il vecchio diritto locale, mai fatto oggetto, prima d'ora, di elaborazione scientifica), ma anche il loro rapporto con il mondo della pratica. Non è un caso comunque che Droysen avesse identificato proprio nei germanisti gli antesignani dello storicismo giuridico<sup>(57)</sup>, e che fosse toccato proprio a loro — esclusi com'erano dalle posizioni di potere come anche dalla inavvicinabile fortezza del diritto positivo — farsi ripetutamente latori di postulati vòlti a contrastare, da vicino o da lontano, l'egemonia romanistica: da quelli di ispirazione democratico-liberale presentati alle *Germanistenversammlungen* del 1846 e 1847<sup>(58)</sup>, al desiderio di Otto von Gierke di mitigare il conflitto sociale aprendo maggiormente il diritto privato a talune sollecitazioni germanistiche, notoriamente ritenute più sociali<sup>(59)</sup>.

Comunque sia e senza entrare nel merito del relativo conflitto, che apparve sempre più inevitabile: « diritto romano » e « diritto

<sup>(57)</sup> J. G. DROYSEN, *Historik-Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, 6. unveränderte Auflage, München 1937, p. 258.

<sup>(58)</sup> V. in merito P. KOSCHAKER, *Europa* (nota 12), p. 152-153; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (nota 16), p. 411-412.

<sup>(59)</sup> Sul fatto che dietro alle denominazioni *römisches Recht* e *deutsches Recht* si nascondessero non tanto accertamenti sull'origine territoriale-nazionale di determinate regole, ma valori ed apprezzamenti giuspolitici, ha insistito recentemente (sulla scia di W. Wilhelm) K. LUG, *Die sozialetischen Werte des römischen und germanischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bei Grimm, Stahl, Kuntze und Gierke*, in G. KÖBLER (a cura di), *Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kröschell zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1987, p. 281-307. Ciò viene del resto confermato dai materiali svizzeri che ho presentato in P.C., *Rechtseinheit-Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel-Frankfurt am Main 1986, p. 104-107. Sul notissimo impegno di Gierke volto a « socializzare » il diritto privato la bibliografia è — a dir poco — oceanica. Riassume talune tesi gierkiane ed introduce così alla relativa discussione S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht-Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtsgesetzgebung*, Zürich 1979.

tedesco» indicarono davvero, in quel particolare contesto, due mondi diversi che aveva perciò un senso descrivere come entità separate, poiché fra loro si spalancava in realtà una voragine per ora invalicabile.

#### 4. *Gli sconfinamenti del dualismo.*

Già nel corso del secolo scorso, e con rinnovata determinazione nel nostro, la distinzione fra diritto romano-comune e diritto locale si emancipò da questo contesto storico che l'aveva suscitata; diventa allora autonoma rispetto al suo significato originario, e colonizza a tal modo spazi e tempi estranei all'esperienza storica iniziale. Con esiti difficilmente valutabili: suggestivi, se si vuole, ma anche discutibili.

Nel caso forse più noto di questo sconfinamento, tutta l'esperienza giuridica d'*Ancien Régime* venne vista nell'ottica appena descritta, com'era familiare alla scuola storica. Anche se in verità era maturata su altre premesse, correva su binari diversi e propiziava altri esiti. Certo, ad accontentarsi delle apparenze, tutto quadrava a pennello: la contrapposizione fra la scienza del diritto comune e la pratica del diritto locale veniva infatti accuratamente collegata ad una funzione unificante rivendicata dalla prima (in sintonia con l'egemonia romanistica nell'Ottocento tedesco) ed alla relativa negligenza riservata alla seconda (così speculare all'evocata marginalizzazione dei germanisti). Non meraviglia perciò che proprio oggi, aumentando palesemente la disaffezione nei confronti delle materie romanistiche, si moltiplichino gli appelli favorevoli a questo sconfinamento. *Separando perentoriamente quanto in realtà era unito* ed appariva quale groviglio di fonti letteralmente inestricabile (proprio come nel caso emblematico dell'*usus modernus pandectarum*); e disponendo le fonti concorrenti secondo un ordine suggerito dal positivismo ottocentesco ma ignoto all'antico sistema<sup>(60)</sup>, era facile

---

(60) Tale fu ad es. la tesi dei cerchi concentrici, che ora criticano con buoni motivi C. PETIT e J. VALLEJO, *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, in *Storia d'Europa Einaudi*, III, *Il Medioevo*, a cura di G. ORTALLI, Torino 1994, p. 721-760, specialmente 741 ss; colpisce nel segno anche l'annotazione critica di W. TRUSEN, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland-Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*, Wiesbaden 1962, p. 24.

isolare tutti quegli elementi che servivano ad ipotizzare la continuità del diritto romano ed a farne così risplendere la sua taumaturgia civilizzante e unificatrice. Al punto da farne, come oramai si sa, la prefigurazione del futuro diritto privato europeo.

Ho già avuto occasione di criticare queste tesi e non intendo qui ritornare sull'argomento <sup>(61)</sup>. Ma prima di archivarlo vorrei pure formulare qualche interrogativo scomodo, tanto per denunciare l'artificiosità e l'arbitrarietà di queste « operazioni ». Quale ne fu il prezzo? Quali negligenze, manomissioni o dimenticanze le resero esperibili? Quanta e quale parte della realtà giuridica dovette venir nascosta o ignorata, per permettere ad una tanto pretesa quanto visionaria ubiquità del diritto comune di assurgere a simbolo della civiltà giuridica preborghese?

##### 5. *L'insufficienza epistemologica del dualismo.*

Già queste considerazioni giustificano qualche comprensibile riserva in punto all'attendibilità del procedimento qui all'esame. Se passiamo ora ad analizzarne l'idoneità epistemologica, il quadro si fa persino più fosco. Poiché nessuno dei ragionamenti che tradizionalmente vengono messi in campo a sostegno di una indagine storica fedele a questo metodo riesce a convincere, rispettivamente ci convince della necessità di orientarci diversamente.

Affermare anzitutto che solo la storia sia idonea a spiegare il presente; e quindi sperare che la ricostruzione storica degli istituti sanzionati dal diritto positivo ne illumini la lettura e l'interpretazione odierne, come affermano e sperano fermamente i fautori di questo indirizzo, appare in realtà sempre più un'avventura umanamente irrealizzabile. Se è vero che anche « *l'historien est de son temps et de son pays* » <sup>(62)</sup>; che perciò il diritto positivo, ossia quello del pre-

---

<sup>(61)</sup> P. CARONI, *Schiffbruch* (nota 3), *passim*, specialmente p. 100; IDEM, *Die andere Evidenz* (nota 52), p. 47.

<sup>(62)</sup> Lo ribadisce J. GAUDEMET, *Les disciplines historiques dans les facultés de droit et des sciences économiques*, in *Revue de l'enseignement supérieur* 1963, p. 71-75, citazione p. 73, che contrappone così tale certezza alla convinzione di Fustel de Coulanges, per la quale « *l'historien n'est d'aucun temps ni d'aucun pays* ».

sente, *predetermina* gli oggetti della ricerca storica <sup>(63)</sup>; e che non è per di più né indispensabile, né opportuno, *ma semplicemente inevitabile* far capo, in questa indagine, alla preparazione dogmatica moderna <sup>(64)</sup>, andrà a finire che non saremo in grado di elaborare una storia degna di questo nome e che il desiderio di cavarne luce per « capire » il presente resterà una pia illusione. Come a dire che invece di servirci del diritto antico per capire quello odierno, in realtà spiegheremo gli istituti remoti facendo capo alle nostre categorie concettuali: che è un'operazione di stampo contrario, avventurosa, discutibile, e comunque sconsigliabile. Sono ragionamenti, questi, che raccolgono sempre più consensi anche fra gli storici del diritto <sup>(65)</sup> e che dovrebbero perciò indurci a ragionare diversamente anche sui nostri orientamenti pedagogici.

Chi ignora o contesta queste evidenze e perora tuttora la causa di una indagine storica scopertamente funzionale alle attese del presente, lo fa spesso evocando la necessità di interpretare, applicare e perfezionare gli istituti del diritto positivo in assoluta armonia con la tradizione storica, ed in specie con le convinzioni prevalenti in quella società che li aveva visti nascere ed irrobustirsi: sembrando solo così garantita quella consonanza, che prima o poi fa pensare alla continuità. Se poi è in discussione un istituto concreto, la cui presenza nel codice può anche sorprendere e non è comunque scontata: perché ne relativizza le scelte di fondo o vi contraddice apertamente, l'interpretazione storica appena ricordata vien suggerita con particolare urgenza e foga, quasi fosse l'unico accorgimento ancora in grado di rendere giustizia al relitto di un passato almeno parzialmente rinnegato. Saremmo tentati un po' tutti di rispondere che non è vero, poiché ciò offende anzitutto il buon senso e ci obbligherebbe a *détours* e acro-

---

<sup>(63)</sup> M. BRETONE, *Diritto e tempo* (nota 12), p. 69, 130.

<sup>(64)</sup> Lo ha osservato con penetrante arguzia C. SANFILIPPO in *Labeo* 2, 1956, p. 197.

<sup>(65)</sup> Cito volentieri in merito un saggio poco noto di G. EDLIN, *Das römische Recht und die Gegenwart*, in *Wissen und Leben* 16, 1922/1923, p. 505-521, specialmente 508-512. Se, quando apparve, era la voce di uno che gridava nel deserto, oggi un ampio consenso appare scontato, come appunto dico nel testo. Fra gli storici del diritto che più hanno recentemente insistito su questo fondamentale interrogativo vorrei ricordare almeno A. IGLESIA FERREIRÓS: ha concluso una serie di riflessioni sull'argomento con il saggio riassuntivo *De re historica*, in: *Initium-Revista catalana d'Història del Dret* 1, 1996, p. 64-99.

bazie davvero degne di miglior scopo. Taluni, comprensibilmente, hanno davvero reagito così, non facendo mistero della loro impazienza<sup>(66)</sup>. Ma io non mi accontento di una risposta tanto laconica. Non ho nessuna fretta di allontanarmi dal terreno sul quale è cresciuto questo dibattito: poiché proprio qui i problemi interpretativi, che sembravano aver acquisito una loro specifica autonomia, rientrano nell'alveo di quelli più generali, legati alla definizione del codice ed alla portata giurpolitica attribuita alla codificazione.

#### 6. *L'obsolescenza del dualismo.*

Li avevamo lasciati in sospeso, questi problemi, insieme con le domande che ci rivolgevano e con le scelte che ci deferivano. Ma ora ce li ritroviamo davanti e ci accorgiamo che non ha senso aggirarli — quasi fossero ostacoli ingombranti — magari in attesa di un momento più propizio alle decisioni. Perché finalmente tutto, anche la direzione e l'impronta che vorremmo imprimere all'insegnamento della storia, tutto davvero dipende da queste decisioni.

*Dapprima in tema di codificazione:* appare quasi inconcepibile (per non dire assurdo) che il relativo insegnamento di Savigny venga tuttora ignorato da molti storici del diritto, anche da quelli altrimenti ben disposti nei confronti del grande romanista. Era, questo insegnamento, lineare e di una semplicità disarmante: asseriva che la codificazione, proprio così com'era stata proposta da Thibaut, innovava,

---

<sup>(66)</sup> Così ad es. W. BURCKHARDT in un memorabile dibattito organizzato dalla Società svizzera dei giuristi nel 1922 e dedicato alla riforma degli studi giuridici. Nella relazione introduttiva di Burckhardt si legge questo ragionamento: «*Dass manche Bestandteile der modernen Rechte, auch unseres schweizerischen Zivilrechts, auf römisch-rechtlichen Ursprung zurückgehen, ist richtig; aber dass sie nur aus dem System des römischen Rechts heraus begriffen werden könnten, ist nicht richtig. Es gehört zur Bildung des Juristen, dass er über die geschichtliche Herkunft seines Rechts unterrichtet sei, und sich nicht einbilde, die ganze Masse der geltenden Rechtssätze sei das Werk unserer fortgeschrittenen Zeit oder einzelner gescheidter Köpfe. Aber diese Einsicht muss ihm durch die geschichtliche Darstellung beigebracht werden, durch die römische und allgemeine Rechtsgeschichte und in der Form geschichtlicher Erklärung, nicht in der Form systematischer Darlegung, sowenig wie dies beim deutschen Recht des Mittelalters erforderlich ist, das doch auch zur Gestaltung des modernen Rechts beigetragen hat*» (W. BURCKHARDT, *Die Reform des juristischen Studiums*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 41, 1922, p. 1a-62a, il passo citato a p. 28a).



*innovava sempre e necessariamente*, quand'anche si fosse limitata a riciclare solo materiali di seconda mano (per far uso, una volta tanto, del gergo del retrobottega) <sup>(67)</sup>. Ricordava, questa splendida intuizione, le carte da gioco. Era sufficiente rimescolarle e cambiare le regole del gioco, per modificarne di volta in volta il valore: pur rimanendo esse materialmente le stesse. Allo stesso destino andavano ora incontro le regole inserite nel codice: bastava disporle in diverso ordine, spostare il baricentro, modificare il contesto, per farne automaticamente tasselli di un mosaico diverso. È stato Savigny ad insegnarci che è illusorio insistere sui contenuti per dedurne una qualsiasi continuità; è stato lui ad additare alla strategia anticodificatoria altri obiettivi e quindi a spostare la polemica su un piano ben diversamente decisivo: *quello della forma inerente al nuovo sistema*. Quasi di nascosto e comunque senza dare troppo nell'occhio recise essa il cordone ombelicale che per secoli aveva collegato *diversamente* (ossia geneticamente) il diritto al passato: bastava, tutto questo, per accantonare d'*emblée* l'antico ordine, come anche per dimostrare quanto fosse erroneo e persino velleitario sperare « *man könne auch bei einer Codification in der Continuität des Rechts bleiben* » <sup>(68)</sup>.

Aderisco anch'io a questa « lettura » del fenomeno codificatorio; non perché mi convinca in assoluto o ritenga teoricamente irrefutabile la legge dell'interdipendenza, alla quale si ispira. Non mi interessa tanto, in questo contesto concreto, accertare la congruenza logico-filosofica di una definizione, ma appurare se nell'evoluzione storica un certo modo di rappresentare la realtà si è concretamente

<sup>(67)</sup> Rinvio a quanto ho scritto, da ultimo, in *La cifra* (nota 55), p. 73-75, 80, 91, con l'ulteriore bibliografia ivi citata. Di lavori, risp. materiali « riciclati » parla, con un tono un po' spregiativo, T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte* (nota 2), p. 21. Hanno recentemente ribadito l'ineluttabilità del cambiamento anche due autori francesi: B. OPPETIT, *L'avenir de la codification*, in: *Droits* 24, 1996, p. 73-81 e soprattutto G. TIMSIT, *La codification, transcription ou transgression de la loi?*, *ibidem*, p. 83-93.

<sup>(68)</sup> H.A.A. DANZ, *Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht. Erläutert durch Beispiele aus dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1861, p. IV. Danz era un civilista sassone di stretta osservanza savignyana: condivideva perciò la definizione che il maestro aveva dato della codificazione (*ibidem*, p. 6) e tentava ora, con lo scritto citato, di combattere il progetto di un BGB del regno di Sassonia. Ho già attirato l'attenzione su questo autore e sulla logica che traspare dal suo scritto in *La cifra* (nota 55), p. 75. Recentemente, su di lui, ha scritto C. AHCIN, *Zur Entstehung* (nota 24), p. 305-306.

affermato, è stato preferito perché più consono ad una strategia specifica, rispettivamente più idoneo di altri a facilitare la realizzazione di determinati obiettivi. Proprio questo, mi pare, si è verificato in punto alla descrizione savignyana della transizione. Ha fornito con intuito visionario la chiave di lettura decisiva, quella che ha prefigurato con largo anticipo il lento ma costante affermarsi delle potenzialità inerenti al principio codificatorio.

Valutata sullo sfondo di questa concezione, l'attuale struttura dell'insegnamento storico destinato ai giuristi appare *inadeguata, per non dire sconcertante*. Semplicemente perché in quasi tutte le facoltà giuridiche continentali è stata confermata proprio quella distinzione fra diritto romano-comune e diritto nazionale-locale, che il nuovo sistema delle fonti intendeva invece superare, e nei fatti aveva già dichiarato obsoleto. Tanto per riassumere:

« ingabbiando » i materiali storici, rispettivamente inserendoli in una nuova struttura formale, il codice li aveva anche destoricizzati, ossia sottratti ad un contesto che per secoli ne aveva definito il significato. Ora tutti venivano disposti in nuovo ordine e su una stessa linea, « giocavano » secondo nuove regole, si collegavano ed imbricavano come esigevano nuove strategie, imbastivano lentamente una nuova rete di significati: tutto ciò nel tentativo di corrispondere alle attese di natura giuridica segnalate dal gruppo emergente, che volentieri si considerava anche l'interprete autentico di questa nuova società. La storia del diritto codificato è anzitutto *questa*: strutturalmente diversa da quella oramai conclusa, perché unitaria; unitaria, perché riflette, a livello pedagogico, l'unità della codificazione. È anche l'unica che sfocia nel presente, pertanto suscettiva di fornire al futuro giurista le informazioni necessarie per determinare il significato teorico e la valenza sociale delle regole del diritto vigente. E che sia non solo teoricamente auspicabile, ma anche concretamente fattibile, questo lo dimostrano ora primi approcci, indiscutibilmente felici <sup>(69)</sup>.

Non penso che la codificazione abbia distrutto la storia anteriore, con le sue partizioni più o meno giustificate, più o meno artificiali. La lascia intatta, è ovvio. Ma la svaluta a livello pratico:

---

<sup>(69)</sup> Vedi ad es. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996.

così che il suo messaggio, cammin facendo, sbiadisce lentamente e non raggiunge oramai più il giurista. Chi, senza badarci troppo, la ripropone regolarmente come se nulla fosse — è in fondo quello che facciamo da decenni più o meno imperterriti e comunque ignorando sistematicamente ogni proposta anche solo tendenzialmente unificatrice<sup>(70)</sup> — tenta tacitamente di recuperare un mondo, al quale la codificazione ha oramai voltato le spalle. Lo vuole davvero, o non è magari pigrizia mentale quella che spinge molti di noi così spesso in questa direzione? Comunque sia: non dovrà, non potrà meravigliarsi se i giuristi, quelli almeno che ancora sentono l'urgenza di un dialogo sui complessi fondamenti teorici della professione, dimostreranno « diffidenza e distacco » crescenti nei suoi confronti<sup>(71)</sup> e gli preferiranno interlocutori più coinvolti dal presente, siano essi filosofi, linguisti o sociologi<sup>(72)</sup>. Anche questo era purtroppo prevedibile, anche questo non abbiamo saputo evitare.

---

(70) Vedi ad es. K. KRÖSCHELL, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, in *(Deutsche) Juristenzeitung, Sonderheft November 1968, Materialien zur Studienreform*, p. 20-26, specialmente 25; F. STURM, *Droit romain et identité européenne*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3e série, Supplément au Tome XLI (1994), p. 147-161, specialmente 156 ss.; R. OGOREK, *Rechtsgeschichte* (nota 2), p. 82-99. Quanto a me, spero solo che il cambiamento auspicato nel testo venga deciso dagli storici stessi (poiché allora corrisponderà anche alle modalità che essi riterranno preferibili), prima di essere imposto dall'autorità politica per motivi finanziari (come è già accaduto, almeno parzialmente, nei Paesi Bassi: v. J.W. PICHLER, *Die Stellung und Bedeutung der Rechtsgeschichte in ausländischen Juristenausbildungsordnungen*, in H.C. FAUSSNER-G. KOCHER - H. VALENTINITSCH (a cura di), *Die österreichische Rechtsgeschichte-Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven*, Graz 1991, p. 253-265, specialmente 255).

(71) Così si esprime G. CRIFO, *Indispensabilità e inutilità della romanistica attuale*, in *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino*, II, Napoli 1993, p. 139-160, la citazione a p. 144, e *passim*; analoghi accertamenti cita A. SCHIAVONE, *Un'identità* (nota 48), specialmente p. 301-302.

(72) Lo constata, con qualche rassegnazione, L. RAGGI, *Scritti* (nota 13), p. 112-113.



## FLORILEGIUM

1. *L'influsso determinante esercitato dal sistema politico (monarchico, risp. repubblicano) sulle modalità dell'iter che ha portato, nei diversi stati europei, all'unificazione del diritto privato.*

a) Dall'intervento del Consigliere agli Stati Richard nel dibattito del 1897  
(*Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse*, VII, 1897, 26):

« Messieurs, c'est toujours une oeuvre grandiose difficile, oeuvre très délicate que celle qui consiste à créer d'un seul coup le droit positif d'un peuple. L'Allemagne y a consacré un quart de siècle, et son exemple n'est pas même concluant, car l'Allemagne a entrepris cette oeuvre dans des conditions exceptionnellement favorables. Elle se trouvait sur un terrain bien préparé: unité de la langue et principes gouvernementaux monarchiques propices à toute unification et à toute centralisation en sorte qu'elle a pu aisément écarter de sa route tous les obstacles qui se dressaient. Le principe monarchique est un outil admirable et excellent dans les mains du législateur pour réaliser une grande entreprise d'unification et surtout de centralisation du droit ».

b) Da un rapporto commissionale del Consigliere Nazionale L. Ruchonnet, del 19 dicembre 1868  
(*Feuille fédérale suisse*, 1869, II, 1-8, 7):

« Et que préfère-t-on aux concordats? des lois fédérales. Oui, des lois qui enlèveront aux Cantons le droit de faire leurs lois de droit privé. Mais, Messieurs, ôtez aux Cantons cette part de souveraineté qui les caractérise le plus particulièrement, et vous en faites des préfectures... Oui, des préfectures, comme le sont les départe-

ments français, comme l'étaient nos Cantons sous la république helvétique, dont l'histoire devrait nous servir de leçon.

J'entends dire que ce respect des souverainetés cantonales est un obstacle aux grandes choses, qu'ainsi l'on n'eût jamais fait le code Napoléon, si l'on eût craint de froisser les coutumes des diverses provinces de la République. Je reconnais que le code Napoléon est peut-être la plus grande oeuvre de cette centralisation sous le manteau de plomb de laquelle la France se débat aujourd'hui; je reconnais aussi que ce code n'eût probablement pas vu le jour sans la main puissante du premier consul. Mais, Messieurs, êtes-vous des adeptes de la procédure impériale? Êtes-vous jaloux des lauriers de la dynastie napoléonienne?

Je vous dis que, si un code devait se faire en Suisse comme il s'est fait en France, ce serait une atteinte à notre droit politique. Qu'on parle le langage de la raison qui s'impose par elle-même aux intelligences; mais la raison cesse d'avoir raison lorsqu'elle s'impose par la violence. Messieurs, nous voulons nous entendre, nous savons faire des sacrifices pour améliorer la position matérielle et morale des citoyens et pour faciliter nos relations entre Cantons, mais ces sacrifices nous voulons les faire librement, car nous n'avons pas été appris à marcher sous l'aiguillon ».

c) Dal Messaggio del Consiglio Federale ai Consigli legislativi concernente la revisione della Costituzione federale, del 1 luglio 1865

(*Feuille fédérale suisse*, 1865, III, 35 ss., 42):

« Dans beaucoup d'autres pays, notamment ceux qui, comme nous, rendent hommage au progrès religieux et politique, les Israélites ne sont pas soumis à des restrictions dans la même mesure qu'ils le sont en Suisse. Pour s'expliquer comment, dans le pays le plus libre de l'Europe, dans la Suisse aux moeurs douces, aux sentiments bienveillants, une pareille anomalie au point de vue de l'humanité a pu subsister jusqu'à aujourd'hui, il ne faut pas perdre de vue que la Suisse n'est pas un pays régi par la volonté d'un seul ou d'un parlement éclairé, mais un pays où la manière de voir individuelle de chaque citoyen a plus de poids qu'ailleurs, un pays où l'admission dans tous les droits de la communauté a une plus grande portée

pour l'individu et pour l'ensemble que partout ailleurs, un pays où une erreur ne peut pas être redressée du haut en bas en affrontant l'opinion populaire, mais seulement en procédant avec le peuple et par le peuple, un pays dans lequel maint progrès dans certaines sphères se réalise plus tard peut-être qu'ailleurs pour demeurer alors une conquête réelle et durable de l'esprit du peuple ».

## 2. *La strategia codificatrice degli umanisti francesi.*

Ad es. Fr. HOTMAN, *Antitribonian, ou discours d'un grand et renommé Jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix* (1567), Paris 1603, 152-155:

« Toutesfois pour ne lascher par trop la bride à une licence abandonnée de juger de toutes causes, il seroit fort aisé (ce me semble) et principalement en ce tems qu'il a pleu à Dieu nous prester un Solon en nostre France, qui est ce grand Michel de l'Hospital, d'assembler un nombre de Jurisconsultes, ensemble quelques hommes d'Estat, et autant des plus notables Advocats et Praticiens de ce Royaume, et à iceux donner charge de rapporter ensemblément ce qu'ils auroient avisé et extrait tant des livres de Justinian (dont ils pourroient choisir le plus beau et le meilleur; qui seroit à vray dire un thresor inestimable) que des livres de la Philosophie; et finalement de l'experience qu'ils auroient acquise au maniemet des affaires. Et par ce moyen imiter l'exemple de ce grand Iules Cesar, duquel Svetone escrit en telle sorte: *ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros*. En quoy seroit aussi tres-expedient et digne de Legislatuers chrestiens, d'avisser ce qui se pourroit extraire et recueillir des loix de Moyse, non pas de celles qui concernent l'état, forme et police de la republique Iudaïque (laquelle a esté notoirement abolie par la venuë de Iesus-Christ) mais de celles qui sont fondées sur une droitture, raison et equité naturelle, à laquelle tous les hommes du monde tant de ceux qui furent devant le tems de Moyse, que ceux qui sont venus par apres et viendront encores apres nous, ont esté, sont et seront par droit de nature assujettis; lequel droit de nature les Payens anciens ont appellé le droit des gens ou des peuples. Car ce seroit un orgueil

intolérable et indigne de gens portans nom et titre de Chrétiens, que de priser et reverer les loix des payens Romains, voire mesmes des plus infames et detestables tyrans, comme nous avons dit; et cependant dédaigner celles que la sapience de Dieu a establies pour la police de son peuple, et de sa République. Donques apres une telle conference et rapport, il s'ensuivroit que les deputez dresseroient un ou deux beaux volumes en langage vulgaire et intelligible, tant du droit public, qui concerne les affaires d'Etat et de la Couronne, que de toutes les parties du droit des particuliers; suivant en ce que bon leur sembleroit, l'ordre et continuation des dits livres de Iustinian, et accommodant le tout ainsi que du commencement a esté dit estre necessaire à l'état et forme de la republique Françoisé ».

3. *La critica illuministica al diritto romano, ossia lo sgretolamento del mito giustiniano.*

- a) Dall'articolo *Droit romain* di A.-G. BOUCHER D'ARGIS, inserito nell'*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une Société des gens de lettres. Mis en ordre et publié par M. Diderot (...) et (...) M. D'Alembert*, volume V, Paris 1755, 137 ss., 141:

« Il faut néanmoins convenir que malgré toutes les beautés du *droit romain*, il a de grands défauts; en effet, le digeste n'est qu'un assemblage de fragmens tirés de différens livres des jurisconsultes, & le code n'est de même composé que de fragmens de différentes constitutions des empereurs. Quelque soin que l'on ait pris pour ajuster ensemble tous ces morceaux détachés, ils ne peuvent avoir entr'eux une suite bien juste; aussi trouve-t-on plusieurs lois entre lesquelles il paroît une espece de contradiction.

Un autre défaut de ces lois, est que la plûpart, au lieu de contenir des décisions générales, ne sont que des espèces singulieres; & le tout ensemble ne forme point un système méthodique de jurisprudence, si l'on en excepte les institutes, mais qui sont trop abrégés pour renfermer tous les principes du *droit*.

Il se trouve d'ailleurs dans le digeste des lois qui ont été formées par le code; l'un & l'autre renferment des lois qui ont été abrogées



par les nouvelles & les dernières nouvelles ont dérogé sur plusieurs points à quelques-unes des précédentes.

Enfin le *droit romain* renferme beaucoup de choses qui ne conviennent point à nos mœurs, par exemple, tout ce qui regarde le gouvernement politique & l'administration de la justice, les offices, les formules des actions, & autres actes, les esclaves, les adoptions, Etc.

Mais malgré tous ces inconvéniens, il faut aussi convenir que le *droit romain* est la meilleure source où l'on soit à portée de puiser la science des lois, & qu'un jurisconsulte qui se borneroit à étudier les lois particulières de son pays, sans y joindre la connoissance du *droit romain*, ne seroit jamais qu'un homme superficiel; disons plutôt qu'il ne mériteroit point le nom de jurisconsulte, & qu'il ne feroit au plus qu'un médiocre praticien ».

b) Alessandro VERRI (1741-1816), Frammenti di articoli apparsi fra il 1764 ed il 1766 nella rivista *Il Caffè*:

« Quest'ammasso di leggi, monumento d'una grand'opera mal eseguita, può paragonarsi alle rovine d'un grande ed informe palazzo; si può dire che non si fece che distruggere. Non solo bastava ridurre tanti volumi ad uno solo, bisognava fissare i principî generali. E perché mai raccogliere nelle Pandette diversi frammenti di Vulpiano e di Paolo? Perché così venerare alcune risposte a' casi particolari, a segno di volerle mandare alla posterità? Un legislatore, che nel formare un codice non si limita ai principî generali, da' quali dedurre tutte le conseguenze, per quanto si può, formerà una vasta biblioteca di, per lo meno, inutili volumi. So che il comprendere nelle leggi tutti i casi possibili non è concesso agli umani legislatori, ma so altresì che migliori saranno quelle leggi, che ne abbracciano la maggior parte possibile; né perché in una cosa non puossi avere la perfezione, che fu sempre sbandita dalle umane vicende, devesi trascurare di accostarsi più che si può.

Io non sono al certo del parere di quegli che risguardano le leggi giustiniane con una stupida venerazione, la maggior parte de' quali non le hanno neppure avute nelle mani, o se le hanno lette non le intesero in gran parte, ovvero dissimulano il loro interno disprezzo, perché profittano della comune idolatria per le leggi romane, diventando ricchi a spese dell'altrui cecità.

Si possono risguardare le Pandette come un ammasso di leggi,

dove regna or la ragione ed or l'opinione, e d'onde possono trarsi molti lumi e molte cognizioni per la formazione di un nuovo volume di leggi, sendovi sparsi, di tempo in tempo, de' tratti di vera filosofia. Le Istituzioni pure sono l'unico ordinato codice di leggi romane; ma tal lode non può mai darsi al Codice Giustiniano, in cui sono raccolti gli editti degl'imperadori, cominciando da Adriano sino a Giustiniano. A quanta decadenza fosse giunta e sempre più v'inclinasse, in questo intervallo, la romana potenza, quanto la tirannia e il dispotismo avessero già avvilita ed oppressa quella nazione, che i Tiberi, i Claudii, i Neroni, i Caligola ed altri simili mostri avea già tollerati e serviti, le storie ce l'insegnano; onde le leggi ancora furono conformi alla corruzione del governo, né più si videro adorne dell'antica maestà e spiranti il pubblico bene, ma noiosamente prolisse e già pregne di quel terribile disprezzo per gli uomini, che crebbe all'immenso, sinché arrivossi a fare quel fatale paralogismo, che molti milioni d'uomini fossero destinati alla felicità di un solo. Da tale spirito distruttore fu dettata quella barbara legge degl'imperadori Arcadio ed Onorio contro i rei di lesa maestà.

[...]

Potrebbe addimandare perché quella sì profonda venerazione per le leggi romane solo s'astenesse dal rispettare le più salutari di tutte, e queste pur sì chiare non fossero osservate. Ma chi mirerà più da vicino le antinomie, le oscurità, il disordine delle leggi stesse vedrà ch'era proibire gli effetti, lasciandone le cagioni. Poiché non fuvvi mai materia al mondo più feconda d'interpretazioni, e che più inviti alle Glose ed ai Commenti, che questo caos di legislazioni. E in fatti chi trascorreranne alcuna, massimamente di quelle delle Pandette, vedrà che l'intelligenza loro dipende in gran parte da una vasta erudizione delle cose romane, de' riti, magistrati, costumi della antichità; onde, se in altra maniera non fossero state oscure, ciò solo bastava ad un infinito pascolo di commentatori. Intorno a che s'affaccia naturalmente una riflessione, cioè quanto sia assurdo l'aver noi leggi tali, l'intelligenza delle quali è riserbata a que' pochi, che a lunghi studi si consacrarono, scritte in lingua a noi forestiera, quasi che i sacrosanti oracoli della pubblica autorità, regolatori de' beni e de' cittadini, norma del lecito e non lecito, piuttosto che palesi ed intelligibili ad ognuno, perché ognuno vi è obbligato, esser dovessero una scienza difficile e misteriosa, ignota al volgo profano.

Vennero in seguito il gius canonico, gli statuti particolari delle città, e parve allora che le nazioni sentissero il male, ma non osassero di rimediarsi che in parte: le quali leggi, tutte unite al resto, formarono un labirinto di giurisprudenza.

Malgrado tanti volumi, poche sono le leggi scritte, ed è sostituita la tradizione all'uso della stampa. Questa tradizione, chiamata pratica, è in mano di pochi: ella partecipa dell'incertezza comune, ed è conservata con una sorte di mistero sempre funesto ai progressi della ragione. Succede a' dì nostri quello che si vide in Roma antica, quando il collegio de' pontefici facea monopolio delle azioni dette *actus legitimi*, riserbandosi a loro la scienza delle formole e delle solennità, dalle leggi prescritte ».

#### 4. *Concretezza e storicità delle leggi nella concezione illuministica.*

##### a) MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), I/3:

« La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine.

Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre.

Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir; soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques; soit qu'elles le maintiennent, comme font les lois civiles.

Elles doivent être relatives au *physique* du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer ».

- b) Frédéric II, Roi de Prusse, *Dissertation sur les Raisons d'établir ou d'abroger les Lois* (1749), *Oeuvres complètes de Frédéric II, Roi de Prusse*, 1792, Tome VI, 89-122, 105:

« Nous observons encore en examinant la conduite des plus sages législateurs, que les lois doivent être adaptées au genre du gouvernement et au génie de la nation qui les doit recevoir; que les meilleurs législateurs ont eu pour but la félicité publique, et qu'en général toutes les lois qui sont les plus conformes à l'équité naturelle, sont à quelques exceptions près les meilleures ».

5. *La teoria illuministica dell'interpretazione, più tardi sottesa ai codici: sillogismo perfetto, divieto di consultare lo « spirito », obbligo di attenersi alla « lettera » della legge.*

Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § IV:

« Quarta conseguenza. Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori. I giudici non hanno ricevuto le leggi dagli antichi nostri padri come una tradizione domestica ed un testamento che non lasciasse ai posteri che la cura d'ubbidire, ma le ricevono dalla vivente società, o dal sovrano rappresentatore di essa, come legittimo depositario dell'attuale risultato della volontà di tutti; le ricevono non come obbligazioni d'un antico giuramento, nullo, perché legava volontà non esistenti, iniquo, perché riduceva gli uomini dallo stato di società allo stato di mandra, ma come effetti di un tacito o espresso giuramento, che le volontà riunite dei viventi sudditi hanno fatto al sovrano, come vincoli necessari per frenare e reggere l'intestino fermento degl'interessi particolari. Quest'è la fisica e reale autorità delle leggi. Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi? »

In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice

sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non v'è cosa piú pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità, che sembra un paradosso alle menti volgari, piú percossa da un piccol disordine presente che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, mi sembra dimostrata. Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto piú sono complicate, tanto piú numerose sono le strade che ad esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni.

Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie. Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto o dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sí del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti, tanto piú crudeli quanto è minore la

distanza fra chi soffre e chi fa soffrire, piú fatali che quelle di un solo perché il dispotismo di molti non è correggibile che dal dispotismo di un solo e la crudeltà di un dispotico è proporzionata non alla forza, ma agli ostacoli. Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto. Egli è vero altresí che acquisteranno uno spirito d'indipendenza, ma non già scuotitore delle leggi e ricalcitante a'supremi magistrati, bensí a quelli che hanno osato chiamare col sacro nome di virtú la debolezza di cedere alle loro interessate o capricciose opinioni. Questi principii spiaceranno a coloro che si sono fatto un diritto di trasmettere agl'inferiori i colpi della tirannia che hanno ricevuto dai superiori. Dovrei tutto temere, se lo spirito di tirannia fosse componibile collo spirito di lettura ».

6. *La completezza materiale del codice. Come raggiungerla e come garantirla? Le tappe di un iter lungo e tormentato: dalla prudenza di Federico il Grande (1749) alla visione onirica di J. Bentham (1780), per concludere con la saggia rassegna di Portalis (1801).*

a) Frédéric II, Roi de Prusse, *Dissertation sur les Raisons d'établir ou d'abroger les Lois, 1749 (Oeuvres complètes, VI, 109-110):*

« Un corps de lois parfaites serait le chef-d'oeuvre de l'esprit humain, dans ce qui regarde la politique du gouvernement; on y remarquerait une unité de dessein, et des règles si exactes et si proportionnées, qu'un Etat conduit par ces lois ressemblerait à une montre dont tous les ressorts ont été faits pour un même but; on y trouverait une connaissance profonde du coeur humain, et du génie de la nation; les châtimens seraient tempérés, de sorte qu'en maintenant les bonnes moeurs, ils ne seraient ni légers ni rigoureux; des ordonnances claires et précises ne donneraient jamais lieu au litige; elles consisteraient dans un choix exquis de tout ce que les lois civiles ont eu de meilleur, et dans une application ingénieuse et simple de ces lois aux usages de la nation: tout serait prévu, tout

serait combiné, et rien ne serait sujet à des inconvénients; mais les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité.

[...]

Peu de lois sages rendent un peuple heureux; beaucoup de lois embarrassent la jurisprudence; par la raison qu'un bon médecin ne surcharge pas ses malades de remèdes, le législateur habile ne surcharge pas le public de lois superflues; trop de médicamens se nuisent, empêchent réciproquement leurs effets; trop de lois deviennent un dédale où les jurisconsultes et la justice s'égarerent ».

b) J. BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, 1780

(qui nella versione francese di E. Dumont, *Oeuvres de Bentham*, I, Bruxelles 1829, 366-367):

« Rédaction complète, voilà donc la première règle. Tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi. Il ne faut rien référer, ni à l'usage, ni à des lois étrangères, ni au prétendu droit naturel, ni au prétendu droit des gens. Le législateur qui adopte, par exemple, le droit romain, sait-il ce qu'il fait? Peut-il le savoir? N'est-ce pas un champ éternel de disputes? N'est-ce pas d'un seul mot rendre à l'arbitraire tout ce qu'on a prétendu lui ôter? Cet amalgame ne suffit-il pas pour corrompre tout un code? Qu'on mette ensemble deux quantités, l'une finie, l'autre infinie, la somme en sera infinie: c'est un axiome de mathématiques.

[...]

La loi écrite est la seule qui puisse mériter le nom de loi. La loi non écrite est à proprement parler une loi conjecturale, une fiction de loi. A la loi écrite il y a une base assurée, manifeste; il y a un législateur, il y a une volonté, il y a une expression de cette volonté, une époque connue de sa naissance. Une loi non écrite n'a rien de tout cela. Son origine est ignorée: elle va toujours en croissant: elle ne peut jamais être finie: elle se modifie sans qu'on s'en aperçoive. Si elle a un législateur, c'est le juge lui-même; législateur dont les lois sont toutes particulières, et toujours et nécessairement ex post facto; législateur qui ne promulgue ses lois que par la ruine des individus sur qui elles portent.

La grande utilité de la loi, c'est la certitude; il n'y en a point, il

ne saurait y en avoir dans la loi non écrite. Le citoyen, ne pouvant la trouver nulle part, ne peut la prendre pour son guide: il est réduit à des consultations, il assemble des avocats, il recueille autant d'opinions que sa fortune peut le lui permettre, et tout ce procédé ruineux n'aboutit le plus souvent qu'à créer de nouveaux doutes.

Il n'y a que la plus grande intégrité dans un tribunal qui puisse empêcher les juges de faire d'une loi non écrite un moyen continuel de faveur et de corruption.

Mais partout où elle existe, les hommes de loi en seront les défenseurs, et peut-être innocemment les admirateurs. On aime un moyen de puissance, un moyen de réputation, un moyen de fortune. On aime la loi non écrite, par la même raison que les prêtres d'Égypte aimaient leurs hiéroglyphes, par la même raison que les prêtres dans toutes les religions aiment les dogmes et les mystères ».

c) PORTALIS, Discours préliminaire, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, 463 ss., 469-470:

« Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux même auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?

Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps? comment s'opposer au cours des événemens, ou à la pente insensible des mœurs? comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre?



Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours: et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ».

7. *Come la convergenza di interessi eterogenei (e persino contrapposti) poté propiziare quella razionalizzazione del diritto, che preferiva le codificazioni.*

MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. edizione corretta ed aggiornata, Tübingen 1972, 487-488:

« Das Vordringen formalistisch-rationaler Elemente auf Kosten dieser typischen Zustände des patrimonialen Rechts, wie wir es im Okzident in der Neuzeit beobachten, konnte dem eigenen internen Bedürfnis der patrimonialfürstlichen Verwaltung entspringen. Dies ist namentlich der Fall, soweit es sich um die Beseitigung der Vorherrschaft ständischer Privilegien und des ständischen Charakters der Rechtspflege und Verwaltung überhaupt handelt. Jenen gegenüber gingen ja die Interessen an steigender Rationalität und das heisst in diesem Fall: steigender Herrschaft formaler Rechtsgleichheit und objektiver formaler Normen mit den Machtinteressen der Fürsten gegenüber den Privilegierten Hand in Hand. Das « Reglement » anstelle des « Privilegs » dient beidem. Anders soweit umgekehrt die Einschränkung der ganz freien patriarchalen Willkür zugunsten 1. fester Regeln und 2. vollends der Schaffung fester Ansprüche der Beherrschten an die Justiz: Garantie « subjektiver Rechte » also, in Frage stand. Beides ist, wie wir wissen, an sich nicht

identisch: eine nach festen Verwaltungsreglements verfahrenende Streitschlichtung bedeutet noch nicht das Bestehen garantierter « subjektiver Rechte ». Aber das letztere, die Existenz nicht nur objektiver fester Normen, sondern objektiven « Rechts » im strengen Sinn also, ist mindestens im privatrechtlichen Gebiet die einzig sichere Form der Garantie jener Gebundenheit an objektive Normen überhaupt. Auf eine solche Garantie aber wirken ökonomische Interessengruppen hin, welche der Fürst unter Umständen zu begünstigen und an sich zu fesseln wünscht, weil dies seinen fiskalischen und politischen Machtinteressen dient. Vor allem natürlich: bürgerliche Interessenten, welche ein eindeutiges, klares, irrationaler Verwaltungswillkür ebenso wie den irrationalen Störungen durch konkrete Privilegien entzogenes, vor allem die Rechtsverbindlichkeit von Kontrakten sicher garantierendes und infolge aller dieser Eigenschaften berechenbar funktionierendes Recht verlangen müssen. Ein Bündnis von fürstlichen und von Interessen bürgerlicher Schichten gehörte daher zu den wichtigsten treibenden Kräften formaler Rechtsrationalisierung. Nicht in dem Sinn, dass eine direkte « Kooperation » dieser Mächte immer erforderlich wäre. Denn dem privatwirtschaftlichen Rationalismus der bürgerlichen Schichten kommt als selbständiger Faktor der utilitarische Rationalismus jeder Beamtenverwaltung schon von sich aus weit entgegen. Und das fiskalische Interesse des Fürsten sucht, weit über das Gebiet der aktuellen Bedeutung schon bestehender kapitalistischer Interessen hinaus, diesen das Bett zu bereiten, schon ehe sie da sind. Aber eine Garantie von Rechten, die von Fürsten- und Beamtenwillkür unabhängig sind, liegt allerdings keineswegs in den genuinen eigenen Entwicklungstendenzen der Bürokratie. Übrigens liegt sie auch nicht ohne Vorbehalt in der Richtung der kapitalistischen Interessen. Ganz im Gegenteil, soweit es sich um die ältere, wesentlich politisch orientierte Form des Kapitalismus handelt, von deren Gegensatz zum spezifisch modernen, « bürgerlichen » Kapitalismus wir noch oft zu reden haben werden. Und selbst die Anfänge des bürgerlichen Kapitalismus zeigen jene typische Interessiertheit an garantierten subjektiven Rechten noch nicht oder nur in begrenztem Masse, oft genug aber das Gegenteil. Denn nicht nur die grossen Kolonial- und Handelsmonopolisten, sondern auch die monopolistischen Grossunternehmer der merkantilistischen Manufakturperiode

stützen sich in aller Regel auf fürstliches Privileg, welches oft genug das geltende gemeine Recht, namentlich das Zunftrecht, durchbricht, den zornigen Widerstand des bürgerlichen Mittelstandes herausfordert und also den Kapitalisten darauf hinweist, seine privilegierten Erwerbchancen durch eine dem Fürsten gegenüber prekäre Rechtsstellung zu erkaufen. Der politisch und monopolistisch orientierte und selbst noch der frühmerkantilistische Kapitalismus kann so zum Interessenten an der Schaffung und Erhaltung der patriarchalen Fürstenmacht gegenüber Ständen und auch gegenüber dem bürgerlichen Gewerbebestand werden, wie er es in der Zeit der Stuarts war und wie er es heute auf breiten Gebieten wieder zunehmend geworden ist und noch weiter werden wird. Trotz alledem ist dem Eingreifen des imperium, speziell des fürstlichen imperium, in das Rechtsleben, je stärker und dauernder seine Gewalt sich gestaltete, desto mehr, überall ein Zug zur Vereinheitlichung und Systematisierung des Rechts eigen gewesen: zur « Kodifikation ». Der Fürst will « Ordnung ». Und er will « Einheit » und Geschlossenheit seines Reichs. Und zwar auch aus einem Grunde, der sowohl technischen Bedürfnissen der Verwaltung wie persönlichen Interessen seiner Beamten entspringt: die unterschiedslose Verwertbarkeit seiner Beamten im ganzen Gebiet seiner Herrschaft wird durch Rechtseinheit ermöglicht und ergibt erweiterte Karrierechancen für die Beamten, die nun nicht mehr an den Bezirk ihrer Herkunft dadurch gebunden sind, dass sie dessen Recht allein kennen. Und allgemein streben die Beamten nach « Übersichtlichkeit » des Rechts, die bürgerlichen Schichten nach « Sicherheit » der Rechtsfindung ».

8. *La vecchia società feudale: perché fu necessaria una rivoluzione globale per isolarne e sostituirne taluni elementi, quelli propriamente attinenti alla sfera « sociale ».*

a) A. de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), Livre I, ch. 5:

« La Révolution n'a point été faite, comme on l'a cru, pour détruire l'empire des croyances religieuses; elle a été essentiellement,

malgré les apparences, une révolution sociale et politique; et, dans le cercle des institutions de cette espèce, elle n'a point tendu à perpétuer le désordre, à le rendre en quelque sorte stable, à méthodiser l'anarchie, comme disait un de ses principaux adversaires, mais plutôt à accroître la puissance et les droits de l'autorité publique. Elle ne devait pas changer le caractère que notre civilisation avait eu jusque-là, comme d'autres l'ont pensé, en arrêter les progrès, ni même altérer dans leur essence aucune des lois fondamentales sur lesquelles reposent les sociétés humaines de notre Occident. Quand on la sépare de tous les accidents qui ont momentanément changé sa physionomie à différentes époques et dans divers pays, pour ne la considérer qu'en elle-même, on voit clairement que cette révolution n'a eu pour effet que d'abolir ces institutions politiques qui, pendant plusieurs siècles, avaient régné sans partage chez la plupart des peuples européens, et que l'on désigne d'ordinaire sous le nom d'institutions féodales, pour y substituer un ordre social et politique plus uniforme et plus simple, qui avait l'égalité des conditions pour base.

Cela suffisait pour faire une révolution immense, car, indépendamment de ce que les institutions antiques étaient encore mêlées et comme entrelacées à presque toutes les lois religieuses et politiques de l'Europe, elles avaient, de plus, suggéré une foule d'idées, de sentiments, d'habitudes, de mœurs, qui leur étaient comme adhérentes. Il fallut une affreuse convulsion pour détruire et extraire tout à coup du corps social une partie qui tenait ainsi à tous ses organes. Ceci fit paraître la Révolution encore plus grande qu'elle n'était; elle semblait tout détruire, car ce qu'elle détruisait touchait à tout et faisait en quelque sorte corps avec tout.

Quelque radicale qu'ait été la Révolution, elle a cependant beaucoup moins innové qu'on ne le suppose généralement: je le montrerai plus tard. Ce qu'il est vrai de dire d'elle, c'est qu'elle a entièrement détruit ou est en train de détruire (car elle dure encore) tout ce qui, dans l'ancienne société, découlait des institutions aristocratiques et féodales, tout ce qui s'y rattachait en quelque manière, tout ce qui en portait, à quelque degré que ce fût, la moindre empreinte. Elle n'a conservé de l'ancien monde que ce qui avait toujours été étranger à ces institutions ou pouvait exister sans elles ».

b) Karl MARX, *Zur Judenfrage* (1844), I:

«Die politische Emanzipation ist zugleich die Auflösung der alten Gesellschaft, auf welcher das dem Volk entfremdete Staatswesen, die Herrschermacht, ruht. Die politische Revolution ist die Revolution der bürgerlichen Gesellschaft. Welches war der Charakter der alten Gesellschaft? Ein Wort charakterisiert sie. Die Feudalität. Die alte bürgerliche Gesellschaft hatte unmittelbar einen politischen Charakter, d.h. die Elemente des bürgerlichen Lebens, wie z.B. der Besitz oder die Familie oder die Art und Weise der Arbeit, waren in der Form der Grundherrlichkeit, des Standes und der Korporation zu Elementen des Staatslebens erhoben. Sie bestimmten in dieser Form das Verhältnis des einzelnen Individuums zum Staatganzen, d.h. sein politisches Verhältnis, d.h. sein Verhältnis der Trennung und Ausschliessung von den anderen Bestandteilen der Gesellschaft. Denn jene Organisation des Volkslebens erhob den Besitz oder die Arbeit nicht zu sozialen Elementen, sondern vollendete vielmehr ihre Trennung von dem Staatganzen und konstituierte sie zu besonderen Gesellschaften in der Gesellschaft. So waren indes immer noch die Lebensfunktionen und Lebensbedingungen der bürgerlichen Gesellschaft politisch, wenn auch politisch im Sinne der Feudalität, d.h. sie schlossen das Individuum vom Staatganzen ab, sie verwandelten das besondere Verhältnis seiner Korporation zum Staatganzen in sein eigenes allgemeines Verhältnis zum Volksleben, wie seine bestimmte bürgerliche Tätigkeit und Situation in seine allgemeine Tätigkeit und Situation. Als Konsequenz dieser Organisation erscheint notwendig die Staatseinheit, wie das Bewusstsein, der Wille und die Tätigkeit der Staatseinheit die allgemeine Staatsmacht, ebenfalls als besondere Angelegenheit eines von dem Volk abgetrennten Herrschers und seiner Diener.

Die politische Revolution, welche diese Herrschermacht stürzte und die Staatsangelegenheiten zu Volksangelegenheiten erhob, welche den politischen Staat als allgemeine Angelegenheit, d.h. als wirklichen Staat konstituierte, zerschlug notwendig alle Stände, Korporationen, Innungen, Privilegien, die ebensovielen Ausdrücke der Trennung des Volkes von seinem Gemeinwesen waren. Die politische Revolution hob damit den politischen Charakter der bürgerlichen Gesellschaft auf. Sie zerschlug die bürgerliche Gesell-

schaft in ihre einfachen Bestandteile, einerseits in die Individuen, andererseits in die materiellen und geistigen Elemente, welche den Lebensinhalt, die bürgerliche Situation dieser Individuen bilden. Sie entfesselte den politischen Geist, der gleichsam in die verschiedenen Sackgassen der feudalen Gesellschaft zerteilt, zerlegt, zerlaufen war; sie sammelte ihn aus dieser Zerstreung, sie befreite ihn von seiner Vermischung mit dem bürgerlichen Leben und konstituierte ihn als die Sphäre des Gemeinwesens, der allgemeinen Volksangelegenheit in idealer Unabhängigkeit von jenen besonderen Elementen des bürgerlichen Lebens. Die bestimmte Lebenstätigkeit und die bestimmte Lebenssituation sanken zu einer nur individuellen Bedeutung herab. Sie bildeten nicht mehr das allgemeine Verhältnis des Individuums zum Staasganzen. Die öffentliche Angelegenheit als solche ward vielmehr zur allgemeinen Angelegenheit jedes Individuums und die politische Funktion zu seiner allgemeinen Funktion ».

9. *L'astrattezza del diritto quale conseguenza della smaterializzazione. L'elenco delle materie finalmente espunte dal Codice.*

Franz v. ZEILLER, *Commentario sopra il codice civile della monarchia austriaca*, I, Venezia 1815, Nozioni preliminari, §§ XIV-XVII:

#### § XIV

« Il Codice civile secondo la sua idea, e conformemente all'originaria commissione data per la sua compilazione deve limitarsi ai diritti privati. Ciascun ramo della legislazione ha uno scopo, un oggetto, un'estensione, un piano suo proprio ed immediato, secondo il quale le particolari sue prescrizioni devono presentarsi pure (senza mescolanza di materie eterogenee) nel loro ordine naturale senza alcuna interruzione. Il confondere i limiti dei diversi rami della legislazione porta seco la confusione delle idee, l'imbarazzo ed il disordine nel maneggio degli affari, e spesso anche delle lesioni sommamente dannose ai privati diritti, o degli attentati contro il potere supremo.

## § XV

Convieni separare adunque 1. il Codice civile dal Codice delle leggi e disposizioni politiche. Quello ha per oggetto a. i rapporti privati di diritto dei membri dello stato; questo i pubblici, i rapporti cioè dei sudditi con il pubblico potere (come l'organizzazione dell'amministrazione dello stato, le relazioni politiche cogli stati esteri, la polizia in tutta la sua estensione, il commercio, l'amministrazione delle finanze, e simili). Quella determina b. i reciproci diritti dei privati, questa i doveri degli abitanti per la conservazione dell'ordine pubblico, e del ben essere generale. c. Le autorità civili secondo la regola, che dove non avvi attore non avvi giudice, accordano il loro soccorso (ordinariamente) sulla istanza soltanto dell'interessato che (può e) vuole far uso del suo diritto (disponibile). Le autorità politiche vegliano ed operano di continuo anche senza istanza di parte per la pubblica e privata sicurezza. 2. Convieni separare altresì il Codice penale (criminale, e politico), il quale non determina i diritti, come il civile, nè i doveri, come il politico, ma assicura, sanziona o gli uni o gli altri, ossia punisce le relative contravvenzioni. 3. Convieni separare finalmente il regolamento giudiziario civile, che determina la processura giudiziale nelle materie di giurisdizione contenziosa e volontaria. Il Codice è la teorica dei reciproci diritti privati, e prescrive soltanto in genere, che il cittadino non deve far valere i suoi diritti di propria autorità, ma col mezzo della pubblica amministrazione della giustizia, ed attendere da questa la guarentigia e il riconoscimento dei diritti stessi. La pratica istruzione sul modo di procedere in proposito, e le in parte eventuali prescrizioni variabili secondo il tempo e le circostanze, le quali devono osservarsi, o dalle parti e dai loro difensori, o dai giudici e dai loro impiegati e dipendenti appartengono al regolamento giudiziario, ed alle particolari discipline di uffizio.

## § XVI

Non si può negare, a dir vero, che tutti questi rami della pubblica amministrazione non siano più o meno intralciati l'uno con l'altro, e che i loro limiti non siano tuttora in parte problematici, e in parte qua e là spostati da una pratica profondamente radicata, e difficilmente correggibile; non si può nondimeno non esser grati alla sollecitudine posta in opera nella compilazione di questo Codice per

la conservazione, od il ristabilimento di una conveniente separazione di confini, senza cagionare con ciò una violenta sovversione nell'usato andamento degli affari, un penoso smembramento di parti connesse fra loro, o dei sensibili vuoti nella legislazione. In tal modo si lasciarono alla legislazione ed amministrazione politica: 1. Le regalie e diritti fiscali fondati sulla costituzione politica, come anche le pratiche ordinanze, quantunque limitino od estendano alcuni privati diritti come p. e. i regolamenti sulla caccia, sui boschi, sul commercio, o quelle che riguardano i domestici, o i rapporti dei padroni dei fondi coi loro soggetti, i diversi diritti di condizione, i privilegi e simili richiamando però l'attenzione del cittadino sopra di esse col citarle nei luoghi opportuni come p. e. nei §§. 13. 32. 140. 290. 344. 383.-385. 2. Del pari venne bensì nel Codice stesso compreso il diritto di risarcimento che deriva al danneggiato da un delitto, o da una grave trasgressione di polizia, non che gli effetti che riguardo ai diritti privati trae seco la condanna; per lo contrario riguardo alla pena cominata si si riportò in molte occasioni al Codice penale. 3. E quantunque nel Codice civile si tratti del titolo, e dell'estensione dei diritti, e delle azioni che se ne possono far derivare, non che dei modi legittimi di conseguire le tutele, le eredità o l'assicurazione dei diritti; ciò non ostante i mezzi di prova e le forme delle domande, non che le funzioni dei magistrati sulla destinazione dei tutori, sulle adizioni di eredità e sull'ordine dei pubblici registri fondiarij e d'ipoteche, sono riservati al regolamento giudiziario.

## § XVII

Oltre a ciò in parte per considerazioni generali, che si debbano cioè separare dal Codice civile, a norma del quale devono giudicare i tribunali, le leggi politiche, e generalmente quelle prescrizioni, che sono affidate all'amministrazione di altre autorità, o alle quali a motivo del loro esteso particolare oggetto devono essere dedicati dei particolari rami di civile legislazione, e che il Codice civile deve essere un jus universale, e quindi applicabile a tutte le classi dei cittadini; e in parte anche per ispeciali motivi furono esclusi dal Codice stesso i seguenti rami di legislazione; a. il diritto canonico in quanto che contiene le ordinanze politiche sulle investiture dei benefizj, sulle funzioni dei soprastanti alle chiese, sulle rendite del



clero, e così in seguito; *b.* le leggi militari, della collezione delle quali si occupa un'apposita aulica Commissione; *c.* il diritto feudale; e *d.* quello di commercio, li quali furono richiamati ai luoghi opportuni (come p. e. ai §§. 54. 402 e 359) ».

10. *Il Codice astratto e generale: contempla esclusivamente diritti e modalità di acquisto formalmente accessibili a tutti i soggetti giuridici.*

a) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Livre XI, ch. 6:

« Les deux autres pouvoirs pourroient plutôt être donnés à des magistrats ou à des corps permanents, parce qu'ils ne s'exercent sur aucun particulier; n'étant, l'un, que la volonté générale de l'État, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale ».

b) J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), Livre II, ch. 6:

« Quand je dis que l'objet des loix est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne; la loi peut faire plusieurs Classes des Citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis; elle peut établir un Gouvernement royal et une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi ni nommer une famille royale; en un mot toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative ».

c) F. v. ZEILLER, *Vorbereitung zur neuesten österreichischen Gesetzskunde*, I, Wien-Triest 1810, 41:

« Eine gänzliche Gleichheit der Güter und Rechte ist ein juristisches Unding, welches bei der physischen, intellektuellen und moralischen Ungleichheit der Menschen ohne Umwälzung aller Rechtsbegriffe und Rechtsverhältnisse nie realisiert werden kann;

und jede Staatsverfassung macht eine Verschiedenheit der Beschäftigungen und der Stände, folglich auch der daraus fliessenden Rechte, notwendig. Mit diesen Standesrechten hat aber das Privatrecht nichts zu schaffen; indem es sich seiner Natur nach auf solche Rechte und Erwerbungsarten einschränkt, welche allen Mitgliedern, unbeschadet jener Verschiedenheit auf gleiche Weise offenstehen können und sollen. Nach dem Zivilgesetzbuch muss jeder zu allem, aber auch nur zu denjenigen Handlungen, wozu er von andern gezwungen werden kann, unter gleichen Umständen alle übrigen wechselseitig verbinden können ».

d) F. v. ZEILLER, *Commentario*, I, 1815, Nozioni preliminari, § XII:

« I diritti sono dalla ragione conferiti a tutti gli uomini in forza del loro carattere di personalità; l'assicurarli è lo scopo della civile società. La giustizia non conosce alcuna differenza di nascita, di religione, di età, di rango, o di condizione. Questa differenza è al certo necessaria alla legislazione politica. Ma il jus privato si limita a quei diritti, e modi di acquistarli, che, salve le prefate distinzioni politiche, devono, e possono nella stessa maniera competere a tutti gli abitanti non soggetti ad altrui dipendenza. Per fino agli stranieri si promette la protezione dei diritti, e l'amministrazione della giustizia coll'accordar loro l'ingresso nel territorio dello stato, ed il commercio coi cittadini. Se le leggi civili concedono una particolar protezione, o preferenza a certe classi di persone, come ai minori, e a quelli, che sono privi dell'uso della ragione, ciò avviene appunto per ristabilire l'eguaglianza dei diritti turbata dall'ineguaglianza fisica. Le leggi civili adunque devono essere egualmente giuste per tutti ».

11. *La definizione kantiana: diritto come legge che fissa le premesse per uno sfruttamento ottimale dell'autonomia negoziale dei soggetti giuridici. Il rapporto fra l'esternità del diritto e la generalizzazione della soggettività giuridica.*

a) I. KANT, *Über den Gemeinspruch: «Das mag in der Theorie richtig seyn, taugt aber nicht für die Praxis»* (1793), II:

« Unter allen Verträgen, wodurch eine Menge von Menschen

sich zu einer Gesellschaft verbinden (*pactum sociale*), ist der Vertrag der Errichtung einer bürgerlichen Verfassung unter ihnen (*pactum unionis civilis*) von so eigenthümlicher Art, dass, ob zwar in Ansehung der Ausführung Vieles mit jedem anderen (der eben sowohl auf irgend einen beliebigen gemeinschaftlich zu befördernden Zweck gerichtet ist) gemein hat, er sich doch im Princip seiner Stiftung (*constitutionis civilis*) von allen anderen wesentlich unterscheidet. Verbindung Vieler zu irgend einem (gemeinsamen) Zweck (den Alle haben) ist in allen Geschäftsverträgen anzutreffen; aber die Verbindung derselben, die an sich selbst Zweck ist (der ein Jeder haben soll), mithin die in einem jedem äusseren Verhältnisse der Menschen überhaupt, welche nicht umhin können, in wechselseitigen Einfluss auf einander zu gerathen, unbedingte und erste Pflicht ist: eine solche ist nur in einer Gesellschaft, so ferne sie sich im bürgerlichen Zustande befindet, d.i. ein gemeines Wesen ausmacht, anzutreffen. Der Zweck nun, der in solchem äusseren Verhältniss an sich selbst Pflicht und selbst die oberste formale Bedingung (*conditio sine qua non*) aller übrigen äusseren Pflicht ist, ist das Recht des Menschen unter öffentlichen Zwangsgesetzen, durch welche Jedem das Seine bestimmt und gegen jedes anderen Eingriffe gesichert werden kann.

Der Begriff aber eines äusseren Rechtes überhaupt geht gänzlich aus dem Begriffe der Freiheit im äusseren Verhältnisse der Menschen zueinander hervor; und hat gar nichts mit dem Zwecke, den alle Menschen natürlicher Weise haben (der Absicht auf Glückseligkeit), und der Vorschrift der Mittel dazu zu gelangen, zu thun: so dass auch daher dieser letztere sich in jenes Gesetz schlechterdings nicht, als Bestimmungsgrund derselben, mischen muss. Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines Jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von Jedermann, in so ferne diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äusseren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen. Da nun jede Einschränkung der Freiheit durch die Willkühr eines Anderen Zwang heisst, so folgt, dass die bürgerliche Verfassung ein Verhältniss freier Menschen ist, die (unbeschadet ihrer Freiheit im Ganzen ihrer Verbindung mit Anderen) doch unter Zwangsgesetzen stehen; weil die Vernunft selbst es will, und zwar die reine *a priori* gesetz-

gebende Vernunft, die auf keinen empirischen Zweck (dergleichen alle unter dem allgemeinen Namen Glückseligkeit begriffen worden) Rücksicht nimmt; als in Ansehung dessen, und worin ihn ein Jeder setzen will, die Menschen gar verschieden denken, so dass ihr Wille unter kein gemeinschaftliches Princip, folglich unter kein äusseres, mit Jedermanns Freiheit zusammenstimmendes, Gesetz gebracht werden kann ».

- b) I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), Einleitung in die Rechtslehre, § B:

« Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d. i. der moralische Begriff desselben), betrifft erstlich nur das äussere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Fakta aufeinander (unmittelbar oder mittelbar) Einfluss haben können. Aber zweitens bedeutet er nicht das Verhältnis der Willkür auf den Wunsch (folglich auch auf das blosse Bedürfnis) des anderen, wie etwa in den Handlungen der Wohltätigkeit oder Hartherzigkeit, sondern lediglich auf die Willkür des anderen. Drittens, in diesem wechselseitigen Verhältnis der Willkür kommt auch gar nicht die Materie der Willkür, d. i. der Zweck, den ein jeder mit dem Objekt, was er will, zur Absicht hat, in Betrachtung, z. B. es wird nicht gefragt, ob jemand bei der Ware, die er zu seinem eigenen Handel von mir kauft, auch seinen Vorteil finden möge oder nicht, sondern nur nach der Form im Verhältnis der beiderseitigen Willkür, sofern sie bloss als frei betrachtet wird, und ob dadurch die Handlung eines von beiden sich mit der Freiheit des anderen nach einem allgemeinen Gesetze zusammen vereinigen lasse.

Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann ».

- c) I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), Teil I, Das Privatrecht, § 9:

« Das Naturrecht im Zustande einer bürgerlichen Verfassung

(d. i. dasjenige, was für die letztere aus Prinzipien a priori abgeleitet werden kann), kann durch die statutarischen Gesetze der letzteren nicht Abbruch leiden, und so bleibt das rechtliche Prinzip in Kraft: « Der, welcher nach einer Maxime verfährt, nach der es unmöglich wird, einen Gegenstand meiner Willkür als das Meine zu haben, lädiert mich »; denn bürgerliche Verfassung ist allein der rechtliche Zustand, durch welchen jedem das Seine nur gesichert, eigentlich aber nicht ausgemacht und bestimmt wird ».

d) F. v. ZEILLER, *Das natürliche Privatrecht*, 3. verbesserte Auflage, Wien 1819, § 3:

« Im geselligen Zustande mit anderen Wesen seines Gleichen sagt dem Menschen ferner sein eigenes Bewusstseyn (§.1), dass er, wenn er nicht mit sich selbst im Widerspruche stehen soll (§. 2), sie ebenfalls nicht als blosser Mittel zu seinen Zwecken, sondern als Personen behandeln, und daher bey seinen äusseren, auf sie einwirkenden, Handlungen auf keine unumschränkte Freyheit Anspruch machen könne, sondern sich dabey so weit einschränken müsse, als es nötig ist, um den eben erwähnten Widerspruch zu vermeiden, welches, so lang die Menschen, wie hier, bloss nach ihrem Wesen betrachtet werden, nur durch eine durchgängig gleiche Einschränkung möglich ist. Die Einschränkung der Freyheit eines jeden Einzelnen auf die Bedingung, dass auch alle Anderen neben ihm gleichmässig als Personen bestehen können, ist, nach dem Selbstbewusstseyn des Menschen, das Recht, (in der absoluten Bedeutung). Jeder Mensch muss daher im geselligen Zustande mit Anderen, will er sich nicht widersprechen, die Gültigkeit des Rechts in diesem Sinne anerkennen ».

12. *Uguaglianza formale e disuguaglianza materiale nell'elaborazione kantiana: una coesistenza ovvia e tacita.*

a) I. KANT, *Über den Gemeinspruch: «Das mag in der Theorie richtig seyn, taugt aber nicht für die Praxis»* (1793), II:

« Diese durchgängige Gleichheit der Menschen in einem Staat, als Unterthanen desselben, besteht aber ganz wohl mit der grössten

Ungleichheit, der Menge und den Graden ihres Besitzthums nach, es sey an körperlicher oder Geistesüberlegenheit über Andere, oder an Glücksgütern ausser ihnen, und an Rechten überhaupt (deren es viele geben kann) respectiv auf Andere; so dass des Einen Wohlfahrt sehr vom Willen des Anderen abhängt (des Armen vom Reichen), dass der eine gehorsamen muss (wie das Kind den Eltern, oder das Weib dem Mann) und der Andere ihm befiehlt, dass der Eine dient (als Tagelöhner) der Andere lohnt, u.s.w. Aber dem Rechte nach (welches als der Ausspruch des allgemeinen Willens nur ein einziges seyn kann, und welches die Form Rechtens, nicht die Materie oder das Object, worin ich ein Recht habe, betrifft) sind sie dennoch, als Unterthanen, als einander gleich; weil keiner irgend Jemanden anders zwingen kann, als durch das öffentliche Gesetz (und den Vollzieher desselben, das Staatsoberhaupt), durch dieses aber auch jeder Andere ihm in gleichem Maasse widersteht, Niemand aber diese Befugniss zu zwingen (mithin ein Recht gegen Andere zu haben) anders als durch sein eigenes Verbrechen verlieren, und es auch von selbst nicht aufgeben, d.i. durch einen Vertrag, mithin durch eine rechtliche Handlung machen kann, dass er keine Rechte, sondern blos Pflichten habe: weil er dadurch sich selbst des Rechts, einen Contract zu machen, berauben, mithin dieser sich selbst aufheben würde ».

- b) F. v. ZEILLER, Rapporto del 21 dicembre 1801 (in J. OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des österreichischen ABGB*, I, Wien 1889, 1 ss., 6):

« Sobald aber Gesetze zur Abwendung des Unrechtes nothwendig sind, so müssten sie auch alle Bürger gleich verbinden. Gleichheit der Rechte, in dem Sinne, dass jeder Bürger so viel als der andere, dass der Unfähige, der Träge, der Verdienstlose eben so viel als der Fähige, der Emsige, der Mann von Verdiensten besitzen soll, sei eine unsinnige und höchst widerrechtliche Forderung. Allein dass man in jedem Mitgliede der Gesellschaft die von dem Begriffe eines vernünftigen Wesens und von dem Begriffe eines Staatsbürgers unzertrennbaren Rechte respektire; dass man jedem die rechtlichen Arten zu erwerben offen lasse; dass man die persönliche Sicherheit, die Ehre und die Eigenthumsrechte der untersten Bür-

gerklassen ebenso heilig achte als jene der ersten, mächtigsten und ansehnlichsten Stände, diese Gleichheit sei eine unerlässliche Grundbedingung des Staatsvereins, die man auch bei der Zivilgesetzgebung nie aus den Augen verlieren dürfe, und die nach dem schon bestehenden nachahmungswürdigen Systeme unserer Gesetzgebung so allgemein und in so vollem Masse anerkannt werde, dass selbst die Rechtsstreitigkeiten über die Privatrechte des Landesfürsten nach dem nämlichen Grundsatz beurtheilet werden müssten ».

c) F. v. ZEILLER, *Das natürliche Privatrecht*, 3. verbesserte Auflage, Wien 1819, § 50:

«Dadurch erhält zugleich die Behauptung der Gleichheit der Menschen an ihren angeborenen, oder gar an allen Rechten ihre genauere Bestimmung. Wenn man sich die Menschen in ihrem allgemeinsten Verhältnisse, in dem ursprünglichen Naturstande, mithin abgesehen von allen Thatsachen, wodurch die angeborenen Rechte verloren oder veräussert, somit neue Rechte erworben werden, vorstellt; so müssen sie unstreitig mit gleichen Rechten gedacht werden. Denn die angeborenen Rechte gründen sich einzig in der (wesentlichen oder doch gewöhnlichen) Natur der Menschen.

So gewiss ist es, dass einem Menschen die menschliche Natur eben so zukommt, wie jedem anderen (dass der eine nothwendig, oder doch insgemein eben so Mensch ist, als der andere); eben so gewiss ist es auch, dass bey jedem die nämlichen ursprünglichen Rechte angenommen werden müssen. Bloss als gewöhnlicher Mensch betrachtet, kann also keiner ein Recht vor dem anderen voraus haben. Nur besondere Verhältnisse, oder überhaupt hinzu gekommene Thatsachen können eine Verminderung der (materie- len) angeborenen Rechte bey dem Einen, und vorzügliche Rechte bey dem Anderen, somit Ungleichheit an Rechten herbeyführen. In dieser Vorstellung von der Beschaffenheit der angeborenen Rechte überhaupt gründet sich die Behauptung der ursprünglichen rechtlichen Gleichheit, die also nicht als ein für sich bestehendes (von den übrigen verschiedenes) Recht zu betrachten ist. Ganz widersinnig aber ist die Behauptung einer wirklichen, gänzlichen Gleichheit der Rechte. Lebten die Menschen auch in einem uranfänglichen Naturstande, so würde dennoch schon die Verschiedenheit der

Modification ihrer Geisteskräfte eine Verschiedenheit in Absicht ihrer materiellen Rechte hervorbringen. Sie unternehmen aber unvermeidlich Handlungen, wodurch nach dem Rechtsgesetze die Rechte der Einen beschränket, und dagegen die Rechte der Anderen erweitert werden. Sie gründen Familien, welche Unterordnung und Abhängigkeit in sich schliessen. Und wie verschieden müssen dann erst die Rechte im Staate seyn? Im Grunde ist demnach jene ursprüngliche Gleichheit der Rechte eine Abstraction der Schriftsteller, die aber ihren wichtigen practischen Nutzen hat. Sie lehret uns, in jedem Menschen, so niedrig auch seine Lage in dem wirklichen Leben seyn mag, die Menschheit (das unverlierbare und unveräusserliche Urrecht in Beziehung auf eine, obschon insbesondere unbestimmbare, Materie) ehren, ihn als ein moralisches Wesen (als Person) unverletzbar und heilig achten ».

13. *L'azzardata alchimia di Puchta: l'uguaglianza dei diseguali come chiave di volta del nuovo diritto privato.*

G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 8. Auflage, Leipzig 1875, I, 11, 21:

« In dem Reich des Geistes sind es geistige Bande, welche die verschiedenen Individualitäten zusammenzuhalten bestimmt sind. Denn in dem mit der Natur behafteten Geist ist derselbe Drang, sich von dem Mitseienden zu unterscheiden, welcher, unbeherrscht, zum Stolz, zur Selbstsucht und zum Hass führt. Durch diesen Drang wird die Verschiedenheit der menschlichen Verhältnisse hervorge-trieben, die ein Band bedarf, um nicht in ein bellum omnium contra omnes sich aufzulösen.

Deshalb sind dem Menschen zwei Führer gegeben, durch die jener Trieb nicht unterdrückt, aber leitend beherrscht werden soll. Der eine ist die Liebe. Der zweite Führer ist der Sinn des Rechts, welches eben so die Gleichheit zu schützen bestimmt ist, indem es die individuellen Ungleichheiten dem Allen gleichmässig Zukommenden: der Persönlichkeit, der Möglichkeit eines Willens, unterwirft, und dem Trieb des Menschen, das Andere auf sich zu beziehen, es sich zu unterwerfen, indem es ihn gewähren lässt, Schranken setzt.

[...]



Jene Eigenschaft des Rechts, dass seine Sätze sich zu einem organischen Ganzen als Glieder desselben zusammenschliessen, ist aber auch durch seine Natur, durch die Vernunftmässigkeit, die ihm zukommt, gegeben. Denn die Mannigfaltigkeit der Rechtssätze hat, wie wir oben gesehen haben, ihren Grund darin, dass durch das Recht dem Princip der Gleichheit das Ungleiche, ohne es aufzuheben, unterworfen werden soll. Die Bildung des Rechts besteht in einem fortwährenden Widerstand der Verhältnisse, des Ungleichen, und in einem fortwährenden Überwinden desselben; aus diesem Process gehen die Rechtsinstitute: die Rechtssätze über das Eigenthum, die Obligatio u.s.f. als verschiedene hervor, und so weiter herab die specielleren Institute und Rechtssätze, aus denen jene bestehen. Als verschiedene gehen sie daraus hervor, weil die Ungleichheit der Verhältnisse auf die Hevorhebung des Principis der rechtlichen Freiheit zurückwirkt, weil das Recht die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit ist. So wird das Recht, obwohl aus der Freiheit stammend, durch die natürliche Nothwendigkeit seiner Gegenstände bedingt, es ist etwas vernünftiges. Dadurch erhalten seine Sätze den systematischen Zusammenhang, dass sie sich gegenseitig bedingen und voraussetzen, dass von der Existenz des einen auf die des andern ein Schluss möglich ist ».

14. *L'atteggiamento dei codici rispetto alla forza sussidiaria del diritto comune.*

a) Di regola: la soppressione di questo rapporto sussidiario. Dalla lettera patente, con la quale l'Imperatore Francesco I pubblicò il testo della codificazione austriaca (del 1 giugno 1811):

«Dopo aver di tal maniera approfittato delle opinioni degli intelligenti, e dell'esperienza attinta dalla pratica, onde perfezionare questo ramo tanto importante di legislazione; Noi ci siamo determinati di promulgare questo Codice civile universale per tutti i nostri stati ereditarj Tedeschi, e di ordinare, che sia posto in attività col primo gennajo 1812.

In tal modo cesseranno di aver forza di legge il jus comune fin'ora adottato, la prima parte del Codice civile pubblicata il primo novembre 1786, il Codice civile promulgato per la Gallizia, unitamente a tutte le leggi, e consuetudini, che si riferiscono agli oggetti di questo diritto civile universale ».

- b) Eccezionalmente: la conferma di questo rapporto sussidiario. Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino, 1837, Art. 5:

« Ciò che non è dalla legge determinato sarà regolato e deciso in conformità di quanto è prescritto in casi analoghi, e in difetto di analogia, secondo le disposizioni del diritto comune ».

15. *Sul rapporto esistente fra Codice e Costituzione, risp. sulla necessaria corrispondenza fra l'ordinamento politico-costituzionale e quello giusprivatistico.*

- a) CAMBACÉRÈS, *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil* (1793), in FENET, *Recueil complet*, I, 3:

« Portons dans le corps de nos lois le même esprit que dans notre corps politique, et, comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la république, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code civil; que ce soit en un mot par le petit nombre des textes que nous arrivions à cette unité harmonique qui fait la force du corps social, qui en dirige tous les mouvemens dans un accord merveilleux, à peu près comme les lois simples de la création président à la marche et à l'harmonie de l'univers ».

- b) PORTALIS, *Discours préliminaire*, in FENET, *Recueil complet*, I, 477-478:

« Toutes les lois se rapportent aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité des personnes.

Il importe, même en traitant uniquement des matières civiles, de donner une notion générale des diverses espèces de lois qui régissent

un peuple; car toutes les lois, de quelque ordre qu'elles soient, ont entre elles des rapports nécessaires. Il n'est point de question privée dans laquelle il n'entre quelque vue d'administration publique; comme il n'est aucun objet public qui ne touche plus ou moins aux principes de cette justice distributive qui règle les intérêts privés.

Pour connaître les divers ordres de lois, il suffit d'observer les diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivant dans la même société.

Les rapports de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et de chaque citoyen avec tous, sont la matière des lois constitutionnelles et politiques.

Les lois civiles disposent sur les rapports naturels ou conventionnels, forcés ou volontaires, de rigueur ou de simple convenance, qui lient tout individu à un autre individu ou à plusieurs.

Le code civil est sous la tutelle des lois politiques; il doit leur être assorti. Ce serait un grand mal qu'il y eût de là contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes ».

c) Eugen HUBER, *Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts*, Basel 1895, 4, 6-7:

« Und sollen wir nunmehr ein volkstümliches Recht für das schweizerische Volk uns denken, was kann es anderes sein, als ein Recht, das der politischen Freiheit ebenbürtig ist? Wie könnte eine andere Rechtsordnung der Volkstümlichkeit sich rühmen, wo das politische Selbstbestimmungsrecht nicht in der privatrechtlichen Gestaltung der Rechte und Pflichten seine Ergänzung und Vervollständigung erfährt? Wir verlangen also für die Volkstümlichkeit eines schweizerischen Rechtes jenen Charakterzug, den wir an den politischen Rechten wahrnehmen, wir wünschen, dass der Sinn für diese Entfaltung auch im Privatrecht erwache und sich befestige. Wir halten es für die Grundlage einer künftigen Volkstümlichkeit der privaten Rechtsinstitute, dass sie auf jenen Prinzipien aufgebaut werden, die wir die Freiheit der Rechtsordnung nennen möchten.

[...]

Uns steht ein Zustand vor Augen, unter welchem in jeder Landesgegend die thatsächlich gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Rechte sich den ihnen entsprechenden Aus-

druck verschaffen können, wo die Bauern im Thurgau, vom Toggenburg bis an den Rhein, die Sennen in den Obwaldner und in den Berner Alpen, die Kaufleute aus Zürich wie aus den andern Handelsplätzen, ohne durch die kantonalen Schranken gefesselt zu werden, sich durch Vertrag das eheliche Güterrecht, durch Testament das Erbrecht und durch Auskauf und Teilung die familien-güterrechtlichen Verhältnisse schaffen können, die ihren Anschauungen und Bedürfnissen entsprechen. Die grössere Einheit der Rechtsordnung schafft der freien Bewegung wieder den gebührenden Raum, die Rechtseinheit ist die Schwester der Rechtsfreiheit. So weit das öffentliche Wohl es verlangt, soll das zwingende Recht sich soviel als möglich in einheitlicher Gestalt verbreiten, wo aber dieses allgemeine Interesse fehlt, da lässt unsere Zeit sich nicht länger in die genossenschaftlich engen Privatrechtsfesseln schlagen.

[...]

Überwindet die schweizerische Gesetzgebung die alten genossenschaftlichen Schranken, ohne die Volkstümlichkeit zu verlieren, kann sie unter Schaffung eines freien Privatrechts die öffentliche Rechtsordnung auch nach dieser Seite dem Charakter der Selbstverwaltung des Volkes entsprechend ergänzen und vervollständigen, so mag es ihr auch beschieden sein, auf noch grössere Entwicklungsaufgaben einen gebührenden Einfluss zu gewinnen, der jetzt den engen kantonalen Gesetzgebungsprodukten nahezu vollständig versagt ist ».

16. *In forza di quale ragionamento va ritenuto che ogni codificazione — a prescindere dall'origine delle singole norme — rinnova sempre anche materialmente il diritto.*

Fr. J. STAHL, *Geschichte der Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Heidelberg 1856, 581-583:

« Nicht minder als für die Behandlung des positiven Rechts trat die geschichtliche Schule auch für Fortbildung des Rechts und Gesetzgebung in Gegensatz gegen die frühere Bildung. Nach der frühern Ansicht erscheint der Gesetzgeber als Schöpfer und Herr des Rechtszustandes, er kann täglich ein neues Recht geben, das keinen Zusammenhang hat mit dem frühern, sondern sich nur aus

sich heraus erklärt, und er soll diess, sey es, wie die Einen wollen, um den absolut vernünftigen Rechtszustand herzustellen, sey es, wie Andere wollen, um die Schwierigkeiten und Verwickelungen unseres Rechtszustandes zu beseitigen, welche die fremden Quellen und die Mannigfaltigkeit der Partikular-Statuten mit sich führen. Das letztere namentlich fordert Thibaut in seiner Abhandlung « über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Deutschland ». Nach der historischen Schule dagegen ist der Gesetzgeber nur Organ des nationalen Rechtsbewusstseyns, er soll die Fortbildung des Rechts durch andere Organe, Gewohnheit und Rechtswissenschaft, gewähren lassen, und nur wo ein Schwanken derselben oder ein Widerspruch mit dem unmittelbaren Bedürfniss des Lebens sich zeigt, ihnen zu Hülfe kommen. Die Gesetzgebung soll deshalb nur für einzelne Bestimmungen oder Materien thätig seyn, nicht den Rechtszustand im Ganzen neu machen, weder seinem Inhalt nach, dass sie im Ganzen, daher ohne besondern Grund, die bisherigen Normen verändert, noch der Weise seiner Geltung nach, dass sie das ganze bisherige Recht in ein Gesetzbuch bringt, und nunmehr bloss die Aufnahme in das Gesetzbuch über die Geltung und den Sinn der Rechtsbestimmungen entscheidet — die Kodifikation. In diesem Sinn widersetzte sich Savigny jenem Vorschlag Thibauts. Er will die nationale Einheit des deutschen Rechtszustandes vorherrschend nicht durch eine gemeinsame Kodifikation, sondern durch eine gemeinsame wissenschaftliche Bildung und Praxis erreicht haben, und das Moment, das er hauptsächlich der Kodifikation entgegensetzt, hinsichtlich dessen er der Zeit den Beruf zur Gesetzgebung abspricht, ist das « technische Element », oder wie ich es lieber bezeichne, die Struktur des Rechts ».

17. *Il retroterra statualistico delle codificazioni borghesi: separazione dei poteri, monopolio statale della produzione del diritto, assolutismo legislativo.*

August EGGER, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907*, Zürich 1908, 10-11:

« Das zweite noch zu nennende mitbestimmende Moment ist ein staatsrechtliches: Der Grundsatz der Trennung der Gewalten.

Dieser Grundsatz beherrscht das moderne Staatsrecht. Die verschiedenen staatlichen Funktionen, die Gesetzgebung, die Justiz, die Verwaltung werden auseinandergelassen und besonderen Organen zugewiesen. Darnach steht dem Richter die Rechtsprechung zu und nur die Rechtsprechung, einem andern Organ dagegen, der Legislative, die Gesetzgebung. Dieser Legislative ist also die gesamte rechtsetzende Gewalt zugeteilt. Wenn anders dem Rechtssuchenden das Recht verweigert werden soll, dabei aber der Richter nicht seine Befugnisse überschreiten und von sich aus (richterliches) Recht schaffen darf, sondern sich an die Gesetze zu halten hat, so auferlegt das der Legislative die Pflicht, erschöpfendes, staatliches Recht zu schaffen. Die Theorie der Gewaltentrennung bedeutet Monopolisierung der Rechtschaffung zugunsten des Gesetzes. Alles Recht durch das Gesetz. Die praktische Durchführung kann aber wiederum nur im Erlass in sich geschlossener, systematischer Gesetzbücher liegen. Bewusst oder unbewusst sind denn auch die neuzeitlichen Kodifikationsbestrebungen von diesen Vorstellungen getragen ».

18. *Timori e speranze del Sovrano illuminato in merito alla codificazione.*

Dalle Istruzioni di Federico II di Prussia al Cancelliere v. Carmer (del 14 aprile 1780):

« Wenn Wir, wie nicht zu zweifeln ist, Unsern Endzweck in Verbesserung der Gesetze und der Prozess-Ordnung erlangen, so werden freylich viele Rechtsgelehrten bey der Simplification dieser Sache ihr geheimnisvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht, und das ganze Corps der bisherigen Advocaten unnütze werden. Allein Wir werden dagegen Unsere getreue Unterthanen von einer nicht geringen Last befreyen, und desto mehr geschickte Kaufleute, Fabricanten und Künstler gewärtigen können, von welchen sich der Staat mehr Nutzen zu versprechen hat.

Wie nun die Ausführung einer so wichtigen Sache nicht das Werk eines einzelnen Mannes ist, so müsst Ihr die geschicktesten und redlichsten Leute, welche Ihr ausforschen könnt, aufsuchen; die

verschiedene Arten der Ausarbeitungen unter sie vertheilen; sie sodann in ein Collegium zusammen ziehen; und alles mit gemeinschaftlichen Rath reguliren.

Dergleichen Gesetz-Commission muss auch künftig beybehalten werden, damit bey etwa sich ereignenden Mängeln, Undeutlichkeit, oder Fehlern der Gesetze, solche auf eine gründliche Art verbessert, supplirt oder interpretirt werden können.

Dagegen aber werden Wir nicht gestatten, dass irgend ein Richter, Collegium oder Etats-Ministre Unsere Gesetze zu interpretiren, auszudehnen oder einzuschränken, vielweniger neue Gesetze zu geben, sich einfallen lasse; sondern es muss, wenn sich in der Folge Zweifel oder Mängel an den Gesetzen oder in der Prozess-Ordnung finden, der Gesetz-Commission davon Nachricht gegeben; von dieser die Sache, mit Rücksicht auf den Sinn und Absicht der übrigen Gesetze, unter Eurem Vorsitz, genau in Erwegung gezogen und wenn eine wirkliche Veränderung oder Zusatz nöthig wäre, Uns gutachtlicher Bericht darüber erstattet werden.

Ich überlasse Euch also der Sache ferner nachzudenken, und das Erforderliche zu Ausführung derselben zu veranstalten; und verspreche dagegen, Euch wider alle Cabalen, und Widersetzlichkeiten auf das nachdrücklichste zu schützen; Als Euer wohlaffectionirter König.

FRIEDERICH ».

19. *La rinuncia dell'ALR all'unificazione territoriale del diritto: una critica francese dei progetti prussiani alla vigilia della grande rivoluzione (1788).*

Comte de MIRABEAU, *Analyse raisonnée du projet d'un nouveau Code prussien*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6, 1976, 121-186 (testi citati: 182-185):

« § 2 - « Toutes les loix promulguées jusqu'ici, qu'on ne retrouvera pas expressément inserées dans ce code, ou dans les codes provinciaux qui seront rédigés ensuite doivent être regardé comme abrogés ».

Les codes provinciaux nommés dans cette loi et dont j'ai déjà

parlé dans le discours préliminaire seront l'objet de notre observation. Nous osons croire que le projet est mauvais et mal conçu sous tous les rapports: voici les raisons.

Vous pouvez, ou plutôt devez vous proposer en promulguant votre code:

1° d'établir les meilleures loix possibles;

2° d'amalgamer parfaitement toutes les provinces de vos Etats par l'unité des loix;

3° de simplifier et de faciliter par là l'étude des loix.

Ces trois objets sont d'une conséquence extrême, et les codes provinciaux que vous projetez sont diamétralement contraires à chacun d'eux.

En effet vous n'avez pas sans doute simplement en vue de rédiger en corps les loix déjà existantes dans votre pays. Ce travail vaudroit la peine d'être entrepris sans doute; mais c'est le moindre qu'un législateur éclairé à qui sa patrie et l'humanité sont chères, doive se proposer. Il doit donner à son pays les meilleures loix qu'il puisse imaginer. Il doit surtout se proposer ce but sublime, lorsqu'il rédige complètement un nouveau code de loix. Eh! comment pourroit-il se résoudre à laisser échapper une si belle occasion qui par la nature des choses ne reparoit que dans le cours des siècles? Il est même évident que vous avez aspiré à remplir ce noble dessein; puisque vous avez statué tant de nouveautés et fait tant de changemens aux loix anciennes. Vous vous seriez bien gardé d'une entreprise si hazardeuse, si vous n'avriez prétendu corriger en même temps l'ancienne législation.

Mais en fait de loix, il n'y a qu'un bien; le mieux exclut tout le reste. Votre code contient les meilleurs arrangemens sur tel ou tel point de détail, ou ils se trouveront dans quelqu'un de vos codes provinciaux. Dans ce dernier cas il faut biffer votre loi du grand code, et prendre la meilleure du code provincial où elle se trouve pour la rendre loi générale. Dans l'autre il faut étendre la loi du grand code sur toutes vos provinces. Je ne connois point de réponse à ce dilemme.

[...]

Voulez-vous une preuve bien frappante des mauvais effets de cette incohérence? regardez la France au moment où j'écris (1788). On y prépare la convocation des Etats généraux parce que le



désordre qui règne depuis des siècles dans cette vaste monarchie est tel que si une assemblée nationale n'y remède pas, on ne sauroit prévoir son destin, ou plutôt le terme de sa dissolution est inévitablement arrivé. Mais comment pourra-t-elle remédier, sans l'union la plus parfaite? Or, vous voyez que les différens droits des provinces montrent des puissans germes de dissension, avant même que cette assemblée soit formée. Il est facile de prévoir avec quelle énergie ils se développeront dans l'assemblée même, et certainement il est à craindre que si les fautes du gouvernement ou les prétensions des ordres privilégiés ne rallient pas les esprits et les coeurs il suffise de ces dissentimens, de cette diversité de droits de province à province pour détruire le grand but de la convocation des Etats généraux.

Et qu'on ne me dise pas que ces droits concernent la constitution et non la législation des provinces, que d'ailleurs la situation de la monarchie françoise diffère essentiellement de celle de la Prusse. D'abord les seules raisons qui engagent à faire des codes provinciaux, dérivent de questions purement constitutionnelles, et l'on ne trouveroit aucune difficulté à changer celles de droit purement civil. Ensuite laisser subsister des différences quelconques soit en constitution soit en législation c'est heurter le grand but d'une unité parfaite. Un gouvernement doit donc ne laisser échapper aucune occasion de les abolir toutes, et ne jamais oublier qu'une monarchie bien constituée ne doit avoir qu'une langue, qu'un poids, qu'une mesure et surtout qu'un droit. Quant à la disparité entre la France et la Prusse, elle est immense sans doute, mais tout à l'avantage de la première et par conséquent de notre opinion; correspondance et contiguïté des parties; idiome pareil; caractère national plus souple, plus propre à l'imitation, aux nouveautés; union plus ancienne au même corps d'Etat. Que le gouvernement de Prusse ne se soit jamais trouvé réduit à implorer le secours de la nation en corps. Qu'il y ait eu dans le pays une longue suite d'administrateurs sages et prudents, s'ensuit-il qu'il n'y en aura jamais d'autres; ou que les circonstances n'y ameneront jamais une pareille nécessité?

Quoiqu'il en soit, cette union, cette fusion des provinces que produira l'unité des loix plus que toute autre mesure, a une multitude d'avantages. Elle avance infiniment la circulation soit des denrées, soit des espèces, soit des hommes qui est une des plus utiles. Vous appropriez-vous un pays nouveau? si vous lui laissez la

constitution, les loix et les usages qu'il avoit autrefois, il se regardera toujours plutôt comme membre de l'autre nation que de la vôtre. Vous ferez bien sans doute de ne rien changer brusquement à ces importants objets; mais quand vous avez affermé votre possession, opérez une révolution dans les moeurs, dans les opinions, dans les loix; ramenez tout à l'unité! ou vous ne ferez jamais de ce pays une partie intégrante de l'Etat.

Les codes provinciaux sont donc mauvais sous les deux grands points de vue d'établir les meilleures loix possibles et d'amalgamer vos provinces ».

20. *Come la struttura sostanzialmente ancora cetuale della società prussiana si riflette fedelmente nel Codice del 1794.*

ALR, 1794:

« Einleitung, § 82: « Die Rechte des Menschen entstehen durch seine Geburt, durch seinen Stand, und durch Handlungen oder Begebenheiten, mit welchen die Gesetze eine bestimmte Wirkung verbunden haben ».

I/1, § 2: « Die bürgerliche Gesellschaft besteht aus mehrern kleinern, durch Natur oder Gesetz, oder durch beyde zugleich, verbundenen Gesellschaften und Ständen ».

I/1, § 6: « Personen, welchen, vermöge ihrer Geburt, Bestimmung, oder Hauptbeschäftigung, gleiche Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft beygelegt sind, machen zusammen Einen Stand des Staats aus ».

I/1, § 7: « Die Mitglieder eines jeden Standes haben, als solche, einzeln betrachtet, gewisse Rechte und Pflichten » ».

21. *A. de Tocqueville, in capo ad un'analisi spietata, denuncia l'ambiguità di fondo della codificazione prussiana.*

A. de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), nota al cap. 1 del libro II:

« Code du grand Frédéric. Parmi les oeuvres du grand Frédéric,

la moins connue, même dans son pays, et la moins éclatante est le code rédigé par ses ordres et promulgué par son successeur. Je ne sais néanmoins s'il en est aucune qui jette plus de lumières sur l'homme lui-même et sur le temps, et montre mieux l'influence réciproque de l'un sur l'autre.

Ce code est une véritable constitution, dans le sens qu'on attribue à ce mot; il n'a pas seulement pour but de régler les rapports des citoyens entre eux, mais encore les rapports des citoyens et de l'Etat: c'est tout à la fois un code civil, un code criminel et une charte.

Il repose ou plutôt paraît reposer sur un certain nombre de principes généraux exprimés dans une forme très philosophique et très abstraite, et qui ressemblent sous beaucoup de rapports à ceux qui remplissent la Déclaration des droits de l'homme dans la constitution de 1791.

On y proclame que le bien de l'État et de ses habitants y est le but de la société et la limite de la loi; que les lois ne peuvent borner la liberté et les droits des citoyens que dans le but de l'utilité commune; que chaque membre de l'État doit travailler au bien général dans le rapport de sa position et de sa fortune; que les droits des individus doivent céder devant le bien général.

Nulle part il n'est question du droit héréditaire du prince, de sa famille, ni même d'un droit particulier, qui serait distinct du droit de l'État. Le nom de l'État est déjà le seul dont on se serve pour désigner le pouvoir royal.

Par contre, on y parle du droit général des hommes: les droits généraux des hommes se fondent sur la liberté naturelle de faire son propre bien sans nuire au droit d'autrui. Toutes les actions qui ne sont pas défendues par la loi naturelle ou par une loi positive de l'État sont permises. Chaque habitant de l'État peut exiger de celui-ci la défense de sa personne et de sa propriété, et a le droit de se défendre lui-même par la force si l'État ne vient à son aide.

Après avoir exposé ces grands principes, le législateur, au lieu d'en tirer, comme dans la constitution de 1791, le dogme de la souveraineté du peuple et l'organisation d'un gouvernement populaire dans une société libre, tourne court et va à une autre conséquence également démocratique, mais non libérale; il considère le prince comme le seul représentant de l'État, et lui donne tous les

droits qu'on vient de reconnaître à la société. Le souverain n'est plus dans ce code le représentant de Dieu, il n'est que le représentant de la société, son agent, son serviteur, comme l'a imprimé en toutes lettres Frédéric dans ses oeuvres; mais il la représente seul, il en exerce seul tous les pouvoirs. Le chef de l'État, est-il dit dans l'introduction, à qui le devoir de produire le bien général, qui est le seul but de la société, est donné, est autorisé à diriger et à régler tous les actes des individus vers ce but.

Parmi les principaux devoirs de cet agent tout-puissant de la société, je trouve ceux-ci: maintenir la paix et la sécurité publiques au dedans, et y garantir chacun contre la violence. Au dehors, il lui appartient de faire la paix et la guerre; lui seul doit donner des lois et faire des règlements généraux de police; il possède seul le droit de faire grâce et d'annuler les poursuites criminelles.

Toutes les associations qui existent dans l'État, tous les établissements publics sont sous son inspection et sa direction, dans l'intérêt de la paix et de la sécurité générales. Pour que le chef de l'État puisse remplir des obligations, il faut qu'il ait de certains revenus et des droits utiles; il a donc le pouvoir d'établir des impôts sur les fortunes privées, sur les personnes, leurs professions, leur commerce, leur produit ou leur consommation. Les ordres des fonctionnaires publics qui agissent en son nom doivent être suivis comme les siens mêmes pour tout ce qui est placé dans les limites de leurs fonctions.

Sous cette tête toute moderne nous allons maintenant voir apparaître un corps tout gothique; Frédéric n'a fait que lui ôter ce qui pouvait gêner l'action de son propre pouvoir, et le tout va former un être monstrueux qui semble une transition d'une création à une autre. Dans cette production étrange, Frédéric montre autant de mépris pour la logique que de soin de sa puissance et d'envie de ne pas se créer de difficultés inutiles en attaquant ce qui était encore de force à se défendre.

Les habitants des campagnes, à l'exception de quelques districts et de quelques localités, sont placés dans une servitude héréditaire qui ne se borne pas seulement aux corvées et services qui sont inhérents à la possession de certaines terres, mais s'étendent, ainsi que nous l'avons vu, jusqu'à la personne du possesseur.

La plupart des privilèges des propriétaires de sol sont de

nouveau consacrés par le code; on peut même dire qu'ils le sont contre le code; puisqu'il est dit que, dans les cas où la coutume locale et la nouvelle législation différaient, la première doit être suivie. On déclare formellement que l'État ne peut détruire aucun de ces privilèges qu'en les rachetant et en suivant les formes de la justice.

Le code assure, il est vrai, que le servage proprement dit (*Leibeigenschaft*), en tant qu'il établit la servitude personnelle, est aboli mais la subjection héréditaire qui le remplace (*Erbunterthänigkeit*) est encore une sorte de servitude, comme on a pu le juger en lisant le texte.

Dans ce même code, le bourgeois reste soigneusement séparé du paysan; entre la bourgeoisie et la noblesse, on y reconnaît une sorte de classe intermédiaire: elle se compose de hauts fonctionnaires qui ne sont pas nobles, des ecclésiastiques, des professeurs des écoles savantes, gymnases et universités.

Pour être à part du reste de la bourgeoisie, ces bourgeois n'étaient pas, du reste, confondus avec les nobles; ils restaient, au contraire, dans un état d'infériorité vis-à-vis de ceux-ci. Ils ne pouvaient pas, en général, acheter des biens équestres, ni obtenir les places les plus élevées dans le service civil. Ils n'étaient pas non plus *hoffähig*, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient se présenter à la cour, sinon dans des cas rares, et jamais avec leurs familles. Comme en France, cette infériorité blessait d'autant plus que chaque jour cette classe devenait plus éclairée et plus influente, et que les fonctionnaires bourgeois de l'État, s'ils n'occupaient pas les postes les plus brillants, remplissaient déjà ceux où il y avait le plus de choses et les choses les plus utiles à faire. L'irritation contre les privilèges de la noblesse, qui, chez nous, allait tant contribuer à la Révolution, préparait en Allemagne l'approbation avec laquelle celle-ci fut d'abord reçue. Le principal rédacteur du code était pourtant un bourgeois, mais il suivait sans doute les ordres de son maître.

La vieille constitution de l'Europe n'est pas assez ruinée dans cette partie de l'Allemagne pour que Frédéric croie, malgré le mépris qu'elle lui inspire, qu'il soit encore temps d'en faire disparaître les débris. En général, il se borne à enlever aux nobles le droit de s'assembler et d'administrer en corps, et laisse à chacun d'eux individuellement ses privilèges; il ne fait qu'en limiter et en régler

l'usage. Il arrive ainsi que ce code, rédigé par les ordres d'un élève de nos philosophes, et appliqué après que la Révolution française a éclaté, est le document législatif le plus authentique et le plus récent qui donne un fondement légal à ces mêmes inégalités féodales que la Révolution allait abolir dans toute l'Europe.

La noblesse y est déclarée le principal corps de l'État; les gentilshommes doivent être nommés de préférence, y est-il dit, à tous les postes d'honneur, quand ils sont capables de les remplir. Eux seuls peuvent posséder des biens nobles, créer des substitutions, jouir des droits de chasse et de justice inhérents aux biens nobles, ainsi que des droits de patronage sur les églises; seuls ils peuvent prendre le nom de la terre qu'ils possèdent. Les bourgeois autorisés par exception expresse à posséder des biens nobles ne peuvent jouir que dans les limites exactes de cette permission des droits et honneurs attachés à la possession de pareils biens. Le bourgeois, fût-il possesseur d'un bien noble, ne peut laisser celui-ci à un héritier bourgeois que si cet héritier est du premier degré. Dans le cas où il n'y aurait pas de tels héritiers ou d'autres héritiers nobles, le bien devait être licité.

Une des portions les plus caractéristiques du code de Frédéric est le droit pénal en matière politique qui y est joint.

Le successeur du grand Frédéric, Frédéric-Guillaume II, qui malgré la partie féodale et absolutiste de la législation dont je viens de donner un aperçu, croyait apercevoir dans cette oeuvre de son oncle des tendances révolutionnaires, et qui en fit suspendre la publication jusqu'en 1794, ne se rassurait, dit-on, qu'en pensant aux excellentes dispositions pénales à l'aide desquelles ce code corrigeait les mauvais principes qu'il contenait. Jamais, en effet, on ne vit, même depuis, en ce genre, rien de plus complet; non seulement les révoltes et les conspirations sont punies avec la plus grande sévérité; mais les critiques irrespectueuses des actes du gouvernement sont également réprimées très sévèrement. On défend avec soin l'achat et la distribution d'écrits dangereux: l'imprimeur, l'éditeur et le distributeur sont responsables du fait de l'auteur. Les redoutes, les mascarades et autres amusements sont déclarés réunions publiques; elles doivent être autorisées par la police. Il en doit être ainsi même des repas dans les lieux publics. La liberté de la presse et de la parole

sont étroitement soumises à une surveillance arbitraire. Le port des armes à feu est défendu.

Tout à travers de cette oeuvre à moitié empruntée au moyen âge apparaissent enfin des dispositions dont l'extrême esprit centralisateur avoisine le socialisme. Ainsi il est déclaré que c'est à l'État qu'il incombe de veiller à la nourriture, à l'emploi et au salaire de tous ceux qui ne peuvent s'entretenir eux-mêmes et qui n'ont droit ni aux secours du seigneur ni aux secours de la commune: on doit assurer à ceux-là du travail conformément à leurs forces et à leur capacité. L'État doit former des établissements par lesquels la pauvreté des citoyens soit secourue. L'État est autorisé de plus à détruire les fondations qui tendent à encourager la paresse et distribuer lui-même aux pauvres l'argent dont ces établissements disposaient.

Les hardiesses et les nouveautés dans la théorie, la timidité dans la pratique, qui ont le caractère de cette oeuvre du grand Frédéric, s'y retrouvent partout. D'une part, on proclame le grand principe de la société moderne, que tout le monde doit être également sujet à l'impôt; de l'autre, on laisse subsister les lois provinciales qui contiennent des exemptions à cette règle. On affirme que tout procès entre un sujet et le souverain sera jugé dans les formes et suivant les prescriptions indiquées pour tous les autres litiges; en fait, cette règle ne fut jamais suivie quand les intérêts ou les passions du roi s'y opposèrent. On montra avec ostentation le moulin de Sans-Souci et l'on fit plier sans éclat la justice dans plusieurs autres circonstances.

Ce qui prouve combien ce code, qui innovait tant en apparence, innova peu en réalité, et ce qui le rend par conséquent si curieux à étudier pour bien connaître l'état vrai de la société dans cette partie de l'Allemagne à la fin du XVIIIe siècle, c'est que la nation prussienne parut à peine s'apercevoir de sa publication. Les légistes seuls l'étudièrent, et de nos jours il y a un grand nombre de gens éclairés qui ne l'ont jamais lu ».

22. *Codice civile generale austriaco del 1811. Qualche norma giustamente famosa, nella versione (ufficiale) in lingua italiana.*

§. 7.

«Qualora una causa non si possa decidere nè dalle parole, nè dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe. Rimanendo non di meno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principj del diritto naturale, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso maturamente ponderate.

§. 13.

I privilegj, e le dispense accordate a singole persone od anche ad intere comunità saranno giudicati del pari di ogni altro diritto, se le ordinanze politiche non contengono su di ciò una speciale determinazione.

§. 16.

Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono colla sola ragione; perciò egli è da considerarsi come una persona. La schiavitù o proprietà sull'uomo e l'esercizio della potestà ad essa relativa, non sono tollerati in questi stati.

§. 18.

Ognuno sotto le condizioni prescritte dalla legge è capace di acquistare diritti.

§. 354.

La proprietà considerata come diritto, è la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro della sostanza, e degli utili d'una cosa.

§. 359.

La separazione del diritto sulla sostanza da quello sugli utili nasce in parte dalla disposizione del proprietario, in parte dalla determinazione di legge. A seconda dei diversi rapporti esistenti fra il proprietario diretto, e l'utile, i beni, la cui proprietà è divisa, chiamansi beni feudali, locazioni ereditarie, ed enfiteusi. Quanto ai feudi si tratta nel diritto particolare feudale. Delle locazioni e



conduzioni ereditarie, e delle enfiteusi, si parla nel capitolo de' contratti di locazione ».

23. *La codificazione austriaca: una lettura in chiave liberale, unita alla riscoperta di un ascendente oramai dimenticato, ossia Adam Smith.*

F. KLEIN, *Die Lebenskraft des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches* (1911), più tardi ripubblicato in *Reden, Vorträge, Aufsätze und Briefe*, I, (Wien 1927), 167 ss., 179:

« Wie es selbstverständlich ist, im Inhalte des bürgerlichen Gesetzbuches ist wenig wirklich Neues. Es enthält originelle Gedanken seiner Verfasser, der Hauptsache nach ist es aber zusammengefloßen aus verschiedenen Quellen: ältere landesherrliche Gesetze und Provinzialrechte, deutsches und gemeines Recht, das Recht anderer Länder, Gewohnheiten usw. Die Auswahl, die Abschattungen des Entlehnten oder Uebernommenen, der Plan, nach dem der neue Körper gebildet wurde, das Ensemble sind daher das Charakteristische. Nach den dargelegten Richtlinien der Kodifikation war das bürgerliche Gesetzbuch die Charte einer der Herrschaft des Staates entwachsenen Volkswirtschaft. Sie bot das Zivilrecht einer Gesellschaft des wirtschaftlichen Individualismus oder — nach einer anderen Terminologie — der freien Verkehrswirtschaft. Was letztere kennzeichnet: natürliche Gleichheit der Menschen, persönliche Freiheit, freies Eigentum, freie wirtschaftliche Bewegung, Vertragsfreiheit, eine vom Staate nicht behinderte Tauschgesellschaft, wie sie Turgot schildert, Beschränkung des Staates auf den Rechtsschutz, natürliche Menschen, denen nichts Menschliches fremd ist, deren selbstische Neigung man optimistisch betrachtet, weil sie sich von selbst mit den Interessen der anderen in Harmonie setzen werden, alles das begegnet man als Ziel, Mittel oder Voraussetzung auch im bürgerlichen Gesetzbuch. Das sind nicht bloss die aufgeklärten, naturrechtlichen Anschauungen, sondern was für alles, das im 19. Jahrhundert seinen Weg machen wollte, ungleich wesentlicher ist, es sind bewusst oder unbewusst die Theorien Adam Smiths, die von ihm dargestellten Grundzüge der bürgerlichen Wirtschaftspolitik ».

24. *La « pandettizzazione » dell'ABGB austriaco. Con quali argomenti il ministro conte Leo Thun - Hohenstein propose all'Imperatore Francesco Giuseppe di affidare l'insegnamento del diritto civile nell'Università di Praga a Josef Unger (1853).*

« Das österreichische Civilrecht wurde bisher und wird noch gegenwärtig fast ausschliessend in trockener exegetischer Methode an den österreichischen Universitäten behandelt. Von jeder Rücksicht auf die dem römischen, germanischen und altösterreichischen Rechte angehörigen historischen Grundlagen, ohne welche ein tieferes richtiges Verständniss des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, wie jedes neueren positiven Rechtes überhaupt unmöglich ist, wurde gänzlich abgesehen, indem es für entbehrlich gehalten wurde. Die nächste Ursache dieses Zustandes der Rechtswissenschaft in Österreich liegt in dem Umstande, dass die ihr zu Grunde liegende rationalistische Anschauung zur Zeit der Entstehung und Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in ganz Deutschland durch den Einfluss der Kantischen Philosophie herrschend war, und in Österreich durch den um dieselbe Zeit eingeführten Studienplan gewaltsam festgehalten wurde, während in Deutschland seither durch die grossartigen wissenschaftlichen Leistungen der historischen Rechtsschule der Rationalismus in der Rechtswissenschaft besiegt und dieser ein neuer höchst wohlthätiger Aufschwung gegeben wurde. Diesen auch nach Österreich zu verpflanzen, ist um so wichtiger, als jene rationalistische Anschauung des Rechtes mit den revolutionären Ideen der Gegenwart in enger Verbindung steht ».

25. *La lunga controversia sul ruolo da attribuire al diritto romano nell'ambito della codificazione francese. Un'eco dalla discussione svoltasi nel Conseil d'Etat sull'art. 7 della legge del 21 marzo 1804.*

(in FENET, *Recueil complet*, I, LXXXI-LXXXII e LXXXVI-LXXXVII)

« M. MALEVILLE dit qu'il y a une sanction à mettre à la fin du Code civil, mais que cette sanction exige un profond examen.

Comme ce Code ne renferme pas toutes les décisions justes et raisonnables que l'on trouve dans les lois romaines, les ordonnances et les coutumes, il s'ensuivrait que si on abrogeait toutes ces lois pour ne donner aux juges d'autre règle que le Code, on serait livré à l'arbitraire pour une infinité de contestations.

Mais, d'autre part aussi, si on laisse subsister ensemble et ce Code et ces lois, en abrogeant seulement ce que ces lois ont de contraire au Code, on n'aura fait qu'ajouter à cette immense législation dont nous étions accablés.

M. MALEVILLE pense qu'il faudrait, dans un article final, abroger toutes les lois contraires aux dispositions du Code, et ajouter que celles qui, sans y être contraires, statuent sur des matières qui sont l'objet des titres du Code, cesseront d'avoir force de loi et ne pourront plus être citées que comme raison écrite.

LE CONSUL CAMBACÉRÈS ne trouve d'autre inconvénient à la première de ces deux propositions, que de surcharger le Code d'un article inutile; car c'est un principe incontestable, que les lois nouvelles dérogent aux lois anciennes.

Mais la seconde proposition aurait des suites fâcheuses. Il est impossible que le Code civil contienne la solution de toutes les questions qui peuvent se présenter. Dès-lors, on ne doit pas priver les tribunaux de l'avantage de puiser leurs décisions dans d'autres autorités.

M. MALEVILLE dit que si les lois anciennes conservaient leur force dans les dispositions non rappelées, le Tribunal de cassation serait obligé d'en venger l'infraction, en anéantissant les jugemens qui les blessent.

LE CONSUL CAMBACÉRÈS répond qu'il n'y aura infraction à la loi que lorsque la disposition méconnue par les tribunaux, se trouvera rappelée dans le Code civil.

Il ajoute qu'au surplus cette discussion est prématurée, qu'il faut attendre que la section ait achevé son travail, et que son projet soit imprimé.

[...]

« Art. 6. Le code civil est exécutoire dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation faite ou à faire de chacune des lois qui le composent; et, à compter du jour où cette promulgation est réputée connue, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes

générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet de ce code ».

[...]

LE CONSUL CAMBACÈRES reprend, et dit qu'il est sans difficulté que les dispositions nouvelles font tomber les dispositions antérieures; mais qu'il serait utile de réduire l'article 6 à ces termes, afin de laisser aux lois anciennes leur autorité, par rapport aux questions et aux cas qui ne se trouveraient pas décidés par le Code civil. On ne peut se dissimuler, en effet, qu'il est au-dessus de la prévoyance humaine, de tout embrasser dans les lois.

C'est donc un avantage de ne pas ôter aux tribunaux le secours qu'ils peuvent trouver dans les lois antérieures pour se fixer, lorsque le Code civil ne leur offrira point de lumières. Déjà même, au titre des services fonciers, du louage, des conventions en général, et dans quelques autres, on a été forcé de renvoyer aux lois anciennes, sur les développemens et l'application de diverses dispositions du Code civil.

A la vérité, les gens de loi seront forcés de faire des études plus étendues; mais c'est plutôt là un avantage qu'un inconvénient. La nouvelle loi sur l'enseignement du droit le suppose, car elle oblige d'étudier le droit romain.

M. BIGOR-PRÉAMENEU dit que, si on laissait aux lois antérieures leur force, il en résulterait des procès, même sur les cas prévus par le Code civil, dont les dispositions deviendraient moins décisives.

Dans les cas non prévus, on ne peut laisser au droit romain la force qu'il avait dans les pays de droit écrit, sans introduire dans le tribunal de cassation une grande diversité de principes et de jurisprudence. Il serait forcé de prononcer la cassation du jugement rendu par certains tribunaux, parce qu'ils auraient contrevenu au droit romain, qui faisait loi dans leur ressort; tandis que la même décision ne donnerait pas ouverture à la cassation, lorsqu'elle aurait été rendue par d'autres tribunaux auxquels le droit romain a toujours été étranger.

Le droit romain aura toujours partout l'autorité de la raison écrite, et, renfermé dans ces limites, il n'en sera que plus utile, en ce que, dans l'usage, on pourra n'employer que les maximes d'équité qu'il renferme, sans être forcé de se servir des subtilités et des

erreurs qui s'y mêlent quelquefois; mais il faut que, sur aucun point de la république, il ne fournisse des moyens de cassation.

LE CONSUL CAMBACÉRÈS consent à ce que l'infraction aux lois anciennes ne donne pas ouverture à cassation, pourvu qu'on ne refuse pas d'ailleurs, aux juges, la faculté de les prendre pour guide.

L'article est adopté dans ce sens ».

26. *Il Code civil del 1804 ed il suo contenuto: le conferme, le soppressioni, le novità.*

a) PORTALIS, *Discours préliminaire*, in FENET, *Recueil complet*, I, 481-482:

« Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple, à moins qu'il ne soit exterminé, ou qu'il ne tombe dans une dégradation pire que l'anéantissement, ne cesse jamais, jusqu'à un certain point, de se ressembler à lui-même. Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changemens et les réformes; si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumières ne sont que trop souvent le théâtre des excès ».

b) JAUBERT, *Discours prononcé devant le Corps législatif*, in FENET, *Recueil complet*, I, CXIV-CXVI:

« Notre Code est donc, par les dispositions qu'il contient, le

plus beau présent que le génie et la sagesse puissent faire à la société.

De quel prix il doit aussi nous paraître par les changemens qu'il fait subir à l'ancienne législation!

Ces changemens tarissent des sources abondantes de procès; ils sont aussi un encouragement à l'industrie et un hommage rendu à la pudeur publique, à la dignité du nom français.

L'action ab irato mettait la mémoire du père en jugement.

L'exhérédation établissait une lutte entre l'intérêt pécuniaire du fils et l'honneur paternel.

La nécessité de l'institution d'héritier n'était fondée que sur des subtilités.

Les règles sur la fiducie ne reposaient que sur des jectures.

Le droit d'élire ne conduisait que trop souvent à des traités immoraux.

Les substitutions fidéicommissaires, exemplaires, pupillaires, compendieuses, engendraient tant de contestations! elles n'étaient qu'une extension désordonnée du droit de propriété, un aliment de l'orgueil, et un obstacle à la liberté des transactions et aux progrès de l'agriculture.

Les droits d'aînesse et de masculinité outrageaient la nature.

La légitimation par lettres nuisait aux unions légitimes.

L'interdiction, pour prodigalité, attaquait le droit de propriété, et compromettait l'honneur du citoyen, en allumant les passions des collatéraux.

Les droits nobiliaires de certains héritages leur imprimaient une espèce de servitude.

Les droits féodaux étaient incompatibles avec les principes de la liberté publique.

Le retrait lignager paralysait le droit de propriété.

Les rentes foncières, non rachetables, attribuaient une espèce de domination au créancier, et imposaient une gêne trop onéreuse au propriétaire du sol.

L'imprescriptibilité du domaine public laissait les citoyens dans la crainte perpétuelle d'être poursuivis par le fisc.

La distinction des biens en libres et propres répugnait à la nature des choses; elle créait un procès dans chaque succession.

Le don mutuel, proprement dit, n'était qu'une occasion de captation.

Le douaire coutumier assurait aux épouses des avantages qu'elles ne doivent tenir que de la volonté libre, réfléchie et reconnaissante.

Le privilège du propriétaire de la maison, qui pouvait interrompre le bail, était souvent une occasion de fraude, et toujours une source d'embarras pour le père de famille qui avait dû se reposer sur son contrat.

La vente rompait les baux, au grand détriment de l'agriculture. Voilà une partie des erreurs que notre Code a fait disparaître.

Notre siècle et la postérité diront tous les biens dont il est la source; ils diront qu'aucun ouvrage sorti de la main des hommes ne pouvait contribuer plus efficacement à fixer sur notre sol les progrès de la civilisation. Qu'est-ce donc qui peut mieux former et maintenir les moeurs publiques que l'action des lois civiles, qui est de chaque instant, et qui atteint chaque individu ».

27. *Il Code civil del 1804: il contratto come fonte di diritto.*

« Art. 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Art. 1134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Art. 6: On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ».

28. *Il Code civil del 1804: la centralità del « terribile e forse non necessario diritto », ossia della proprietà privata.*

PORTALIS, *Exposé des motifs* 17 janvier 1804 in FENET, *Recueil complet*, XI, 132-133:

« Telle est, législateurs, dans son ensemble et dans ses détails, le projet de loi sur la Propriété.

Vous ne serez point surpris que ce projet se réduise à quelques définitions, à quelques règles générales: car le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver.

La cité n'existe, disait l'orateur romain, que pour que chacun conserve ce qui lui appartient. Avec le secours de cette grande vérité, cet orateur philosophe arrêta, de son temps, tous les mouvemens des factions occupées à désorganiser l'empire.

C'est à leur respect pour la propriété que les nations modernes sont redevables de cet esprit de justice et de liberté qui, dans les temps mêmes de barbarie, sut les défendre contre les violences et les entreprises du plus fort. C'est la propriété qui posa, dans les forêts de la Germanie, les premières bases du gouvernement représentatif. C'est elle qui a donné naissance à la constitution politique de nos anciens pays d'états, et qui dans ces derniers temps, nous a inspiré le courage de secouer le joug et de nous délivrer de toutes les entraves de la féodalité.

Législateurs, la loi reconnaît que la propriété est le droit de jouir et de disposer de son bien de la manière la plus absolue, et que ce droit est sacré dans la personne du moindre particulier. Quel principe plus fécond en conséquences utiles!

Ce principe est comme l'âme universelle de toute la législation; il rappelle aux citoyens ce qu'ils se doivent entre eux, et à l'Etat ce qu'il doit aux citoyens; il modère les impôts; il fixe le règne heureux de la justice; il arrête, dans les actes de la puissance publique, les grâces qui seraient préjudiciables aux tiers; il éclaire la vertu et la bienfaisance même; il devient la règle et la mesure de la sage composition de tous les intérêts particuliers avec l'intérêt commun; il communique aussi un caractère de majesté et de grandeur aux plus petits détails de l'administration publique.

Aussi vous avez vu le génie qui gouverne la France établir sur la propriété les fondemens inébranlables de la République.

Les hommes dont les possessions garantissent la fidélité sont appelés désormais à choisir ceux dont les lumières, la sagesse et le zèle doivent garantir les délibérations ».



29. *Un esito fatale, che il Code civil (come del resto i successivi codici borghesi) forse non volle propiziare deliberatamente, ma che comunque non potè impedire: la « tirannia invisibile » del piú forte.*

a) L'acuta previsione di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § XX:

« Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*: vedrete allora l'industria del potente tutta rivolta a far sortire dalla folla delle combinazioni civili quelle che la legge gli dà in suo favore. Questa scoperta è il magico segreto che cangia i cittadini in animali di servizio, che in mano del forte è la catena con cui lega le azioni degl'incauti e dei deboli. Questa è la ragione per cui in alcuni governi, che hanno tutta l'apparenza di libertà, la tirannia sta nascosta o s'introduce non prevista in qualche angolo negletto dal legislatore, in cui insensibilmente prende forza e s'ingrandisce. Gli uomini mettono per lo piú gli argini piú solidi all'aperta tirannia, ma non veggono l'insetto impercettibile che gli rode ed apre una tanto piú sicura quanto piú occulta strada al fiume inondatore ».

b) Un'eco letteraria: BALZAC, *Les paysans* (1855), Première partie, ch. IX:

« Quand le despotique cousinage bourgeois fait une victime, elle est si bien entortillée et bâillonnée, qu'elle n'ose se plaindre; elle est enveloppée de glu, de cire, comme un colimaçon introduit dans une ruche. Cette tyrannie invisible, insaisissable, a pour auxiliaires des raisons puissantes: le désir d'être au milieu de sa famille, de surveiller ses propriétés, l'appui mutuel qu'on se prête, les garanties que trouve l'administration en voyant son agent sous les yeux de ses concitoyens et de ses proches. Aussi le népotisme est-il pratiqué dans la sphère élevée du département, comme dans la petite ville de province.

Qu'arrive-t-il? Le pays, la localité triomphent sur des questions d'intérêt général, la volonté de la centralisation parisienne est souvent écrasée, la vérité des faits est travestie.

Enfin, une fois les grandes utilités publiques satisfaites, il est

clair que les lois, au lieu d'agir sur les masses, en reçoivent l'empreinte, les populations se les adaptent au lieu de s'y adapter. Quiconque a voyagé dans le Midi, dans l'Ouest de la France, en Alsace, autrement que pour y coucher à l'auberge, voir les monuments ou le paysage, doit reconnaître la vérité de ces observations. Ces effets du népotisme bourgeois sont aujourd'hui des faits isolés; mais l'esprit des lois actuelles tend à les augmenter. Cette plate domination peut causer de grands maux, comme le démontreront quelques événements du drame qui se jouait alors dans la vallée des Aigues.

Le système, renversé plus imprudemment qu'on ne le croit, le système monarchique et le système impérial remédiaient à cet abus, par des existences consacrées, par des classifications, par des contre-poids qu'on a si sottement définis *des privilèges*. Il n'existe pas de privilèges du moment où tout le monde est admis à grimper au mât de cocagne du pouvoir. Ne vaudrait-il pas mieux d'ailleurs des privilèges avoués, connus, que des privilèges ainsi surpris, établis par la ruse en fraude de l'esprit qu'on veut faire public, qui reprennent l'oeuvre du despotisme en sous-oeuvre et un cran plus bas qu'autrefois? N'aurait-on renversé de nobles tyrans dévoués à leur pays, que pour créer d'égoïstes tyranneaux? Le pouvoir sera-t-il dans les caves au lieu de régner à sa place naturelle? On doit y songer. L'esprit de localité tel qu'il vient d'être dessiné, gagnera la Chambre ».

30. *Un modo diverso di dire le stesse cose: dall'evidente privilegio cetuale all'invisibile privilegio del più forte, come si esplica all'interno delle strutture del mercato, che sono formalmente egualitarie.*

Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. edizione corretta ed aggiornata, Tübingen 1972, 418-419:

« Wenn nun die Rechtsgenossen eines Sonderrechts kraft dieser [ihrer] Qualität bestimmte Objekte, z. B. Grundstücke bestimmter Art (Hofleihgüter, Lehen), monopolisierten, so konnte sich, wenn die persönliche Geschlossenheit der Gemeinschaft nach aussen unter der Einwirkung der uns bekannten Interessen aufgegeben

wurde und vor allem mit Vermehrung der Verbände, dem ein Einzelner zugleich angehörte, das Sonderrecht derart an den Besitz dieser Objekte heften, daß nun umgekehrt die Tatsache dieses Besitzes für die Teilhaberschaft am Sonderrecht entscheidend wurde. Es war dies freilich bereits eine Übergangsstufe zur heutigen formal allgemeinen Zugänglichkeit der einem Sonderrecht unterliegenden Beziehungen. Immerhin aber nur die Übergangsstufe dazu. Denn alles Sonderrecht jener älteren Art galt als eine rechtlich privilegierende Dauerqualität entweder gewisser, einem Personenverband zugehöriger Personen direkt als solcher oder bestimmter Objekte, deren Besitz diese Zugehörigkeit vermittelt. Gewisse rein technische oder ökonomische Qualitäten von Dingen oder Personen geben auch im heutigen Recht zu Sonderbestimmungen Anlass: z. B. für « Fabriken » etwa oder für « landwirtschaftliche Grundstücke » oder für « Anwälte », « Apotheker », « Gewerbetreibende » bestimmter Art. Natürlich finden sich [in] jedem Recht aller Zeiten auch solche an technische und ökonomische Tatbestände geknüpfte Sondernormen. Aber die hier gemeinten Sonderrechte waren anderen Charakters. Nicht ökonomische oder technische, sondern « ständische », d. h. durch Geburt oder Lebensführung oder Zugehörigkeit zu einem Verband bestimmte, Qualitäten von Personen (« Adlige » oder « ritterlich Lebende » oder « Gildegenossen ») und [durch] bestimmte soziale Beziehungen von Sachen (« Dienstlehen », « Rittergut ») definierte — und zwar durch die Art ihrer Definition indirekt ebenfalls durch bestimmte ständische Verhältnisse bedingte — Qualitäten dieser [Sachen], waren es, welche die Geltung dieser Art von Sonderrecht für sie begründeten. Stets waren es daher individuelle Qualitäten von Personen und Beziehungen individueller Sachen, welche sich in dieser rechtlichen Sonderstellung befanden. Das « Privileg » konnte dabei im Grenzfall auch ein solches einer einzelnen Person oder Sache sein und war es oft genug. In diesem Fall aber fielen « subjektives » Recht und « objektive » Norm praktisch in eins: der individuell Privilegierte kann als sein subjektives Recht die Behandlung nach der [für] ihn zuständigen objektiven Bestimmung verlangen. Aber auch wo ein bestimmter ständischer Personenkreis oder ein Kreis von ständisch bedeutsamen Sachen Träger des Sonderrechts war, ging die übliche Auffassung des Rechts ganz naturgemäß dahin: dass für die Betei-

ligten die Anwendung der Sonderrechtsnormen persönliches subjektives Recht der Interessenten sei. Der Gedanke generell « gelte » Normen fehlt zwar nicht, aber er bleibt unvermeidlich unentwickelt: alles « Recht » erscheint als « Privileg » von einzelnen Personen oder Sachen oder individuellen Komplexen solcher.

Zu dieser Auffassung nun stellte sich der Rechtsbegriff der staatlichen « Anstalt » als solcher in grundsätzlichen Gegensatz. Teilweise — namentlich in der ersten Zeit der aufkommenden « bürgerlichen » Schichten im antiken Rom und in der modernen Welt — in so schroffen Gegensatz, daß die Möglichkeit von « Privileg » — Recht völlig negiert wurde. Privilegien durch Volksschluss zu schaffen, galt in Rom als rechtlich unmöglich, und die Revolutionszeit des 18. Jahrhunderts sah eine Gesetzgebung, welche jegliche Vereinsautonomie und alle Rechtspartikularitäten zu vernichten sich anschickte. Das gelang nicht vollständig, und wir werden später sehen, dass und wie das moderne Recht sogar eine Fülle von Rechtspartikularitäten neu geschaffen hat. Aber freilich auf einer in wichtigen Punkten anderen Basis als diejenige der alten Standesprivilegien.

Die zunehmende Einordnung aller einzelnen Personen und Tatbestände in eine, heute wenigstens, prinzipiell auf formaler « Rechtsgleichheit » beruhende Anstalt ist das Werk der beiden grossen rationalisierenden Mächte: der Markterweiterung einerseits, der Bürokratisierung des Organhandelns der Einverständnissgemeinschaften andererseits. Sie ersetzen jene auf Eigenmacht oder verliehenem Privileg von monopolistisch abgegrenzten Personenverbänden ruhende, durchweg individuelle Entstehung gewillkürten Rechts: - die Autonomie der dem Schwerpunkt nach ständischen Einungen - durch zweierlei. Einerseits durch eine formal allgemein zugängliche, durch Rechtsregeln eng begrenzte Autonomie von « Vereinen », die von beliebigen Personen geschaffen werden können, und andererseits durch Herstellung von schematischen Ermächtigungen für jedermann, gewillkürtes Recht durch private sachliche Rechtsgeschäfte bestimmter Art zu schaffen. Die entscheidende Triebkraft für diese Veränderung der technischen Formen autonomer Rechtsschöpfung waren: politisch das Machtbedürfnis der Herrscher und Beamten der erstarkenden politischen Staatsanstalt, ökonomisch aber — zwar nicht ausschliesslich, jedoch

in stärkstem Masse — die Interessen der Marktmachtinteressenten, d. h. also: der durch Besitz als solchen (« Klassenlage ») im formal « freien » Preis- und Konkurrenzkampf auf dem Markt ökonomisch Privilegierten. Denn z. B. die einer formalen Rechtsgleichheit entsprechende allgemeine « Ermächtigung »: dass « jedermann ohne Ansehen der Person » beispielsweise eine Aktiengesellschaft gründen oder etwa ein Fideikommiss stiften dürfe, bedeutet natürlich in Wahrheit die Schaffung einer Art von faktischer « Autonomie » der besitzenden Klassen als solcher, die ja allein davon Gebrauch machen können ».

31. *Il codice civile svizzero (1907) ed i modelli disponibili: l'impegno di consultarli e la libertà di valorizzarli.*

E. HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet*, Berne 1902, 6:

« Quant au rapport entre le droit national et le droit étranger, il sied de rappeler, qu'à défaut d'une comparaison continue et attentive avec d'autres droits, le législateur est exposé à se confiner dans une étroitesse et une immobilité fâcheuses. Les peuples comme les individus ont besoin de sortir d'eux-mêmes et de se mêler à la vie universelle. La législation ne doit pas devenir une muraille de Chine. Ce serait aller trop loin, cependant, que d'obliger le législateur à tout voir, à tout étudier et à s'appropriier, en le cherchant aux quatre points cardinaux, ce qu'il aurait trouvé de meilleur. N'oublions pas que toute institution juridique a ses origines à elle! Elle s'est développée dans l'atmosphère et sur le sol où elle est née, et il lui a fallu non pas un jour, mais des siècles. Aussi, une institution peut-elle avoir une influence extrêmement heureuse sur le milieu d'où elle est issue, tandis que ses effets seraient peut-être différents dans un autre milieu. Ce n'est qu'en pesant bien toutes circonstances qu'on pourra dire s'il est sage, ou même s'il est possible, d'acclimater dans le pays ce qui est l'oeuvre de l'étranger. On ne saurait non plus se désintéresser des habitudes et des usages qui reposent sur le droit traditionnel. Le peuple travaille bien mieux avec un outil auquel il est accoutumé qu'avec un instrument meilleur, mais dont le maniement ne lui serait pas familier. C'est pourquoi, dans la règle, on n'adoptera pas purement et simplement une institution étrangère; le principal

profit qu'on retirera d'un travail de comparaison sera de voir comment on a, hors de notre pays, considéré et résolu certaines questions. Nous consulterons des modèles; nous ne les copierons pas. Nous veillerons à doter notre pays d'institutions appropriées à ses besoins et aussi bonnes que celles de l'étranger. Nous ne songerons donc point à plagier les lois des pays qui nous entourent, notamment le Code civil français et le Code civil de l'empire d'Allemagne, mais nous chercherons à faire une oeuvre qui, dans la mesure du possible, ne leur soit pas inférieure ».

32. *Un codice popolare: come raggiungere una meta tanto ambiziosa?*

E. HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet*, Berne 1902, 12-14:

« En ce qui concerne la langue, l'idée dominante est que le projet, comme on l'a dit plus haut, devrait être intelligible à tous; nous avons cherché à atteindre ce but en choisissant des expressions simples et claires. Insistons ici sur quelques particularités.

Nous avons, autant que faire se pouvait, évité l'écueil des longs articles. En dehors des énumérations, comme il s'en rencontre dans le droit de la tutelle, pour les actes nécessitant le consentement de l'autorité tutélaire, nous avons réussi presque constamment à n'avoir jamais plus de trois alinéas par article. Les alinéas sont en général composés d'une seule phrase; ils seront toujours assez brefs, pour qu'une personne, même peu habituée à consulter les lois, puisse se rendre compte à première vue de leur contenu. Les subdivisions sont rares, et nulle part l'article n'a été divisé en paragraphes. On obtient de la sorte une orientation facile et on simplifie les citations, car il ne sera pour ainsi dire jamais nécessaire de citer autre chose que l'article et l'alinéa.

[...]

En seconde ligne, on a visé à rendre intelligible ou du moins lisible chaque article pris isolément. De là, la nécessité de faire autant que possible abstraction des renvois. Lorsque ceux-ci ont paru inévitables, on y a pourvu non par l'indication d'un numéro d'article, mais par une phrase claire, donnant le contenu du renvoi.

[...]

L'ordre adopté dans la suite des articles se référant à une matière déterminée est en général celui-ci: Les règles générales viendront en premier lieu, puis, les prescriptions concernant la constitution et l'extinction d'un rapport de droit, et enfin celles qui en régissent les effets. Cette méthode, et en particulier la réunion des règles sur la constitution et l'extinction, donne au projet une disposition claire et facile; elle se retrouvera dans l'ensemble du système, par exemple, dans le groupement des règles sur la célébration des mariages et le divorce, par opposition aux effets du mariage. D'ailleurs, nous verrons que la réalisation de cette idée a dépendu de la façon dont était traitée chaque matière; comme nous l'avons dit plus haut, on n'a pas eu l'ambition d'exposer un corps de doctrines, mais de fixer les règles nécessaires pour la pratique. Ceci explique pourquoi, lorsque la constitution et l'extinction d'un rapport de droit sont déterminées de manière explicite, nous avons établi pour chacun de ces groupes de prescriptions une rubrique spéciale, tandis qu'ailleurs nous avons pu les réunir sous une seule rubrique, intitulée p. ex. « commencement et fin ».

En tant que cela paraissait compatible avec les exigences de la langue, nous avons désigné toujours par les mêmes termes les notions qui se répètent; cependant il ne faudrait pas en inférer que, toujours, une formule différente offre nécessairement un sens différent. Nous avons aussi constamment cherché à exprimer sous la même forme des idées qui revenaient fréquemment. L'application des lois existantes a surabondamment démontré dans quelle perplexité une simple divergence de texte, due à l'inadvertance du législateur, peut plonger le juge. Aussi avons-nous p. ex. résolu d'employer une seule et même formule: « Le juge statuera librement », toutes les fois qu'il est question de l'appréciation du juge. Le souci de la concordance des articles aboutit, il est vrai, à donner parfois aux dispositions du projet une certaine apparence de monotonie, mais ceci nous a semblé un mal moins grand que l'incertitude sur le sens même de la loi. A un autre point de vue, en revanche, nous avons cru pouvoir nous réserver quelque latitude, en renonçant à marquer, par le choix entre diverses formules plus ou moins synonymiques, par exemple, entre le verbe auxiliaire « doit », et le verbe au futur, une distinction expresse entre les prescriptions de droit absolu et celles de droit dispositif. En effet, nous estimons qu'il

ne serait guère avantageux que le législateur enlevât sur ce point toute liberté d'interprétation à la jurisprudence. Les appréciations peuvent varier, pendant la durée d'existence de la loi, relativement au caractère permissif d'un texte et aux exigences de la morale publique, et ce serait une erreur que de rédiger la loi de telle sorte qu'il fût impossible aux tribunaux de suivre l'évolution des idées sans revision du texte légal. Au surplus, la méthode, à laquelle nous n'avons pas voulu souscrire trop étroitement, conduisait plutôt à la consécration d'une langue conventionnelle et plus ou moins ésotérique, qu'à l'énoncé de véritables commandements légaux. Lorsque le législateur entend conférer à une disposition une portée impérative absolue, il doit le dire. S'il ne le dit pas, la question sera résolue selon l'esprit de l'époque ».

33. *L'ambizione del diritto privato di contribuire a combattere gli squilibri sociali ed economici. Il CCS del 1907 quale latore di « diritto privato sociale ».*

a) E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1893, 277-278, 299-300:

« In dem modernen privatrechtlichen Institut der Genossenschaft erfährt bloss eine Seite des alten genossenschaftlichen Lebens seine Fortsetzung; die andere und wohl die wichtigere ist, wie wir oben hervorgehoben haben, durch das Recht des modernen Staates beseitigt worden. Gleichwohl ist es undenkbar, im modernen Staate ein Recht zu schaffen, das alle gesellschaftlichen und ökonomischen Unterschiede ignorieren würde, und darf es gewiss auch nicht einmal als eine Abweichung vom allgemein bürgerlichen Charakter des Rechtes bezeichnet werden, wenn der Gesetzgeber z. B. für den Verkehr mit Mobilien besondere, den bona fide Erwerb schützende Bestimmungen aufstellt, oder für die Rechtsverhältnisse am Grundstück das Grundbuch einführt, oder die kaufmännische Geschäftsführung mit besondern Regeln und Folgen begleitet. Einen andern Charakter erhält die Verschiedenheit erst, wenn zur Begünstigung des einen Kreises oder zur Benachteiligung des andern besonderes



bürgerliches Recht geschaffen wird. Freilich findet sich diese Eigentümlichkeit darin noch keineswegs, dass das Privatrecht im allgemeinen sich mehr mit Vermögen und Besitztum und damit auch mit den Interessen der Besitzenden, als mit andern Verhältnissen befassen muss; denn so liegt es in der Natur des Privatrechts und seiner Aufgabe. Innerhalb dieses notwendigen Charakters jedoch ist es wohl möglich, dass das Privatrecht in der einen oder andern Richtung eine bestimmte Tendenz zur Erreichung oder Verhinderung gewisser gesellschaftlicher Zustände verfolge und damit einen besondern, nicht genossenschaftlichen, sondern socialen Charakter gewinne. Das sociale Privatrecht aber steht einerseits insofern zu dem alten genossenschaftlichen Recht im Gegensatz, als es nicht auf einer in der Genossenschaft der Standesgenossen abgeschlossenen Rechtsfähigkeit, sondern auf dem allgemeinen bürgerlichen, standeslosen Recht beruht und andererseits zeigt es darin ein mit dem alten Recht verwandtes Element, dass es den Unterschied der Bevölkerung in Beruf und Lebenshaltung berücksichtigt, dies aber nicht in Gestalt einer Abschliessung der Stände gegen einander, sondern nach einem dem Wohle des Ganzen angemessenen Plane.

[...] Auf solchen Wegen erzeugt das moderne Privatrecht ein evolutioniertes Individuum, das mit grossen Fähigkeiten und grossen Ansprüchen ausgerüstet und allerdings auch unter grosse Anforderungen gestellt im modernen Privatrecht sich bewegt, befreit von allen frühern Fesseln, sich freuend einer unbeschränkten Ausnützung der Vorteile des Privatrechts für seine eigene Person. Und doch kann auch dies nur eine vorübergehende Erscheinung sein. Am Horizont steigen bereits Anzeichen auf, dass dieses selbe Individuum schwerern Fesseln unterworfen werden könnte, als es früher getragen. Die strengere Haftung wollen wir nicht dazu rechnen, wohl aber das Eingreifen des Staates in das Verfügungsrecht des Einzelnen über sein Eigentum, die Auflagen, die um des öffentlichen Wohles willen dem Einzelnen gemacht werden, die Beschränkungen in der freien Verfügung auf den Todesfall, auch wo keine nahen Verwandten als Erben gegenüber stehen, die Regeln in Bezug auf den Arbeitsvertrag. Und so wären noch andere Momente anzuführen, welche darauf hinweisen, dass das Privatrecht trotz dieser individualistischen Ausgestaltung nicht an das Ende seiner Gestaltungsfähigkeit gekommen ist. Hat das Zeitalter mit der freien

Entfaltung des Individuums im Privatrecht wie anderswo genugsam schlimme Erfahrungen gemacht, so wird es nach einer andern Gebundenheit rufen, und diese kann nicht mehr die Gebundenheit der Familie oder der engebegrenzten Genossenschaft, sondern nur die Gebundenheit in der privatrechtlichen Organisation des Volkes sein ».

- b) E. HUBER, *Unificazione e riforma del diritto di successione svizzero*, in *Repertorio di Giurisprudenza patria* 16, 1896, 97-118, 145-166 (testo citato 118):

« Ogni diritto sulle successioni ha in sè stesso una funzione sociale, insita alla natura stessa dell'ordinamento delle successioni. Nella prossima riforma di questo ordinamento devesi aver riguardo ad ambidue gli elementi fondamentali contenuti nell'essere umano e stabilire una conciliazione fra i diritti dell'individuo e quelli della comunità. In ciò si ripete soltanto pel diritto sulle successioni, quanto è compito del diritto civile in genere, e quanto noi altrove abbiamo designato come le idee del diritto civile sociale per il moderno sviluppo del diritto, e ci sia permesso di riprodurre quel nostro concetto colle stesse parole, che abbiamo colà adoperate:

« Le idee di un diritto civile socialista come tendenza risultano dalle circostanze e sono giustificate come elemento di progresso, ma da rifiutarsi come sistema; lo stesso deve dirsi di un diritto civile meramente individualista. Il diritto civile deve essere la risultante delle diverse forze, che animano la comunità del popolo, e sarebbe falso il credere che la verità si trovi da un solo lato. Essa non trovasi neppure nel mezzo, ma il propendere piuttosto verso dritta che verso sinistra dipende dalle condizioni di ciascun paese e dal suo periodo di sviluppo economico. Felice lo Stato e l'epoca che hanno congiunto in una sopportabile armonia i due elementi fondamentali della formazione del diritto, - la comunità e la individualità ».

34. *Per concludere: le disposizioni più note (ma anche problematiche) del Codice civile svizzero del 1907.*

#### Art. 1

<sup>1</sup> La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione.

<sup>2</sup> Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.

<sup>3</sup> Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.

#### Art. 2

<sup>1</sup> Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi.

<sup>2</sup> Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge.

#### Art. 4

Il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l'equità quando la legge si rimette al suo prudente criterio o fa dipendere la decisione dall'apprezzamento delle circostanze, o da motivi gravi.

#### Art. 11

<sup>1</sup> Ogni persona gode dei diritti civili.

<sup>2</sup> Spetta quindi ad ognuno, nei limiti dell'ordine giuridico, una eguale capacità d'avere diritti ed obbligazioni.

#### Art. 27

<sup>1</sup> Nessuno può rinunciare, neppure in parte, alla capacità civile.

<sup>2</sup> Nessuno può alienare la propria libertà, nè assoggettarsi nell'uso della medesima ad una limitazione incompatibile col diritto o con la morale.

#### Art. 28

<sup>1</sup> Chi è illecitamente leso nella sua personalità può, a sua tutela, chiedere l'intervento del giudice contro chiunque partecipi all'offesa.

<sup>2</sup> La lesione è illecita quando non è giustificata dal consenso della persona lesa, da un interesse preponderante pubblico o privato, oppure dalla legge ».



## INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i> . . . . .	VII
-------------------------------	-----

### LE LEZIONI CATALANE

#### *Lezione prima*

##### PER ACCEDERE AL LABIRINTO

1. Quale concetto di codificazione? . . . . .	1
2. Una prima serie di elementi. . . . .	3
3. Cosa significa « unificare »? . . . . .	6
4. L'ambivalenza di questo concetto. . . . .	11

#### *Lezione seconda*

##### LA STORIA DI UNA TEORIA

1. Il contributo dell'umanesimo giuridico. . . . .	14
2. Le formule giusnaturalistiche . . . . .	15
3. La svolta illuministica . . . . .	17

#### *Lezione terza*

##### IL CODICE PER UNA NUOVA SOCIETÀ

1. Un frutto ancora acerbo. . . . .	22
2. La necessità di una rivoluzione politica e sociale . . . . .	24
3. Dove si nascondono le disuguaglianze? . . . . .	25
4. La fotografia e la radiografia . . . . .	27
5. La violenza dell'astrazione. . . . .	28
6. Cosa produce e cosa permette questa violenza. . . . .	29
7. Necessità e centralità della disuguaglianza . . . . .	33
8. Il tramonto dell'antica sicurezza . . . . .	34

*Lezione quarta*

## IL CODICE E I SUOI DINTORNI

1.	Codificazione e diritto comune . . . . .	38
2.	Codificazione e legislazione . . . . .	44
3.	Codificazione e costituzione. . . . .	45
4.	Codificazione e rinnovamento del diritto. . . . .	51

*Lezione quinta*

## LE CODIFICAZIONI GIUSNATURALISTICHE

1.	Un'etichetta sconcertante . . . . .	55
2.	Il codice prussiano del 1794 . . . . .	55
3.	Il codice austriaco del 1811 . . . . .	59
4.	Il codice francese del 1804 . . . . .	66

*Lezione sesta*

## UN RAPIDO SGUARDO AL CODICE CIVILE SVIZZERO DEL 1907

1.	Introduzione: una giustificazione . . . . .	77
2.	Un codice orgoglioso ed originale . . . . .	78
3.	Un codice popolare . . . . .	81
4.	Un codice sociale . . . . .	83

*Lezione settima*

## CONCLUDENDO: L'ETÀ DELLA DECODIFICAZIONE

1.	Qualcosa sta succedendo . . . . .	91
2.	Lo smontaggio del codice . . . . .	93
3.	Una nuova articolazione sociale. . . . .	94
4.	Una valenza ancora poco esplicita . . . . .	96

## IL CODICE DISINCANTATO

I.	Introduzione . . . . .	99
II.	Le risposte tradizionali . . . . .	101
	1. Il risultato di una discussione dotta . . . . .	101
	2. Conseguenze dell'ambita completezza materiale . . . . .	103
	3. La relazione con la storia . . . . .	104
	4. Codificazione e scienza giuridica . . . . .	106
	5. Codificazione come elaborazione teorica . . . . .	106
III.	L'apparizione di un nuovo punto di vista . . . . .	108
	1. Ampliamento, completamento, disincanto . . . . .	108

2.	Il contesto politico . . . . .	108
3.	Il contesto sociale, ed economico in particolare . . . . .	111
4.	Contenuto e forma: eternità ed astrazione. . . . .	113
5.	La « realtà » della codificazione. . . . .	114
6.	Un piano di origine borghese . . . . .	117
IV.	Sintesi di un'interpretazione. . . . .	117
V.	Segnali bibliografici . . . . .	119
1.	Una trasformazione su scala europea . . . . .	119
2.	Trasformazione <i>en miniature</i> . . . . .	120
VI.	Logica e motivi del disincanto . . . . .	122
1.	Introduzione, o l'inevitabilità della deviazione . . . . .	122
2.	Il sacrificio della libertà contrattuale: la svolta verso il sociale . . . . .	123
3.	L'irrisolta questione sociale: la svolta verso il politico . . . . .	124
4.	L'età della decodificazione . . . . .	127
5.	L'astrazione regressiva . . . . .	129
6.	Del ritardo elvetico . . . . .	130
VII.	Considerazioni finali . . . . .	133

#### LE CODIFICAZIONI DEL DIRITTO PRIVATO ED I LORO POSTULATI DI FONDO

1.	Perché le codificazioni borghesi non si possono considerare il coronamento della produzione legislativa dell'Assolutismo. . . . .	135
2.	Come dall'unitarietà della codificazione possa venire astrattamente dedotta l'idea di una società « <i>egualitaria</i> » . . . . .	139
3.	Gli spostamenti della materia determinati dalla soggettivazione dell'ordinamento giusprivatistico . . . . .	141
4.	Dislocazione come ristrutturazione interna al diritto. Per una storia dei concetti: Kant e Puchta . . . . .	144
5.	Il contributo del diritto alla messa in circolazione dei beni. In particolare: dalla generalizzazione della capacità giuridica all'obbligo generale di usare l'autonomia privata in maniera efficiente. I condizionamenti imposti dalle « <i>disuguaglianze</i> » . . . . .	146
6.	L'uguaglianza formale in funzione della disuguaglianza materiale: il diritto privato borghese si spoglia della sua maschera egualitaria . . . . .	148
7.	I sogni che le codificazioni borghesi hanno permesso di realizzare: quelli degli storici del diritto, quelli della borghesia e quelli dei nemici della borghesia . . . . .	151
8.	Come persino il diritto privato imperativo mirasse alle dipendenze extracodificatorie . . . . .	154
9.	Questioni tradizionali della storia della codificazione: <i>a)</i> uguaglianza e disuguaglianza; <i>b)</i> la parte ed il tutto; <i>c)</i> fra statualismo e garantismo . . . . .	155
10.	La codificazione del diritto privato: paradigma o <i>unicum</i> ? . . . . .	159
11.	Quale continuità per la storia della codificazione? . . . . .	161

## QUALE STORIA PER IL DIRITTO INGABBIATO DAL CODICE?

I.	Una storia prevista, ma irrealistica . . . . .	165
II.	La storia impreveduta, ma reale. . . . .	169
	1. L'inattesa disfatta della « contemplazione » . . . . .	170
	2. Regole per addomesticare la transizione . . . . .	173
	3. La continuità larvata. . . . .	179
	4. Il sopraggiungere delle « ipertrofie » . . . . .	181
III.	Perché la continuità? . . . . .	184
IV.	<i>Pro futuro</i> : come e cosa insegnare? . . . . .	187
	1. Un interrogativo conclusivo . . . . .	187
	2. La codificazione che conferma e quella che rinnova. . . . .	189
	3. Il dualismo della scuola storica . . . . .	191
	4. Gli sconfinamenti del dualismo . . . . .	193
	5. L'insufficienza epistemologica del dualismo . . . . .	194
	6. L'obsolescenza del dualismo . . . . .	196

## FLORILEGIUM

1.	L'influsso determinante esercitato dal sistema politico (monarchico, risp. repubblicano) sulle modalità dell' <i>iter</i> che ha portato, nei diversi stati europei, all'unificazione del diritto privato . . . . .	201
2.	La strategia codificatrice degli umanisti francesi . . . . .	203
3.	La critica illuministica al diritto romano, ossia lo sgretolamento del mito giustiniano . . . . .	204
4.	Concretezza e storicità delle leggi nella concezione illuministica . . . . .	207
5.	La teoria illuministica dell'interpretazione, più tardi sottesa ai codici: sillogismo perfetto, divieto di consultare lo « spirito », obbligo di attenersi alla « lettera » della legge . . . . .	208
6.	La completezza materiale del codice . . . . .	210
7.	Come la convergenza di interessi eterogenei (e persino contrapposti) poté propiziare quella razionalizzazione del diritto, che prefigurava le codificazioni. . . . .	213
8.	La vecchia società feudale: perché fu necessaria una rivoluzione globale per isolarne e sostituirne taluni elementi, quelli propriamente attinenti alla sfera « sociale ». . . . .	215
9.	L'astrattezza del diritto quale conseguenza della smaterializzazione. L'elenco delle materie finalmente espunte dal Codice. . . . .	218
10.	Il Codice astratto e generale: contempla esclusivamente diritti e modalità di acquisto formalmente accessibili a tutti i soggetti giuridici . . . . .	221
11.	La definizione kantiana: diritto come legge che fissa le premesse per uno sfruttamento ottimale dell'autonomia negoziale dei soggetti giuridici. Il rapporto fra l'eternità del diritto e la generalizzazione della soggettività giuridica . . . . .	222



12. Uguaglianza formale e disuguaglianza materiale nell'elaborazione kantiana: una coesistenza ovvia e tacita . . . . .	225
13. L'azzardata alchimia di Puchta: l'uguaglianza dei diseguali come chiave di volta del nuovo diritto privato . . . . .	228
14. L'atteggiamento dei codici rispetto alla forza sussidiaria del diritto comune . . . . .	229
15. Sul rapporto esistente fra Codice e Costituzione, risp. sulla necessaria corrispondenza fra l'ordinamento politico-costituzionale e quello gius-privatistico . . . . .	230
16. In forza di quale ragionamento va ritenuto che ogni codificazione — a prescindere dall'origine delle singole norme — rinnova sempre anche materialmente il diritto . . . . .	232
17. Il retroterra statualistico delle codificazioni borghesi: separazione dei poteri, monopolio statale della produzione del diritto, assolutismo legislativo . . . . .	233
18. Timori e speranze del Sovrano illuminato in merito alla codificazione. . .	234
19. La rinuncia dell'ALR all'unificazione territoriale del diritto: una critica francese dei progetti prussiani alla vigilia della grande rivoluzione (1788). . . . .	235
20. Come la struttura sostanzialmente ancora cetuale della società prussiana si riflette fedelmente nel Codice del 1794. . . . .	238
21. A. de Tocqueville, in capo ad un'analisi spietata, denuncia l'ambiguità di fondo della codificazione prussiana. . . . .	238
22. Codice civile generale austriaco del 1811. Qualche norma giustamente famosa, nella versione (ufficiale) in lingua italiana. . . . .	244
23. La codificazione austriaca: una lettura in chiave liberale, unita alla riscoperta di un ascendente oramai dimenticato, ossia Adam Smith. . . . .	245
24. La « pandettizzazione » dell'ABGB austriaco. Con quali argomenti il ministro conte Leo Thun - Hohenstein propose all'Imperatore Francesco Giuseppe di affidare l'insegnamento del diritto civile nell'Università di Praga a Josef Unger (1853) . . . . .	246
25. La lunga controversia sul ruolo da attribuire al diritto romano nell'ambito della codificazione francese. Un'eco dalla discussione svoltasi nel Conseil d'Etat sull'art. 7 della legge del 21 marzo 1804 . . . . .	246
26. Il Code civil del 1804 ed il suo contenuto: le conferme, le soppressioni, le novità. . . . .	249
27. Il Code civil del 1804: il contratto come fonte di diritto . . . . .	251
28. Il Code civil del 1804: la centralità del « terribile e forse non necessario diritto », ossia della proprietà privata. . . . .	251
29. Un esito fatale, che il Code civil (come del resto i successivi codici borghesi) forse non volle propiziare deliberatamente, ma che comunque non poté impedire: la « tirannia invisibile » del più forte . . . . .	253
30. Un modo diverso di dire le stesse cose: dall'evidente privilegio cetuale all'invisibile privilegio del più forte, come si esplica all'interno delle strutture del mercato, che sono formalmente egualitarie . . . . .	254

31.	Il codice civile svizzero (1907) ed i modelli disponibili: l'impegno di consultarli e la libertà di valorizzarli . . . . .	257
32.	Un codice popolare: come raggiungere una meta tanto ambiziosa? . . . .	258
33.	L'ambizione del diritto privato di contribuire a combattere gli squilibri sociali ed economici. Il CCS del 1907 quale latore di « diritto privato sociale ». . . . .	260
34.	Per concludere: le disposizioni più note (ma anche problematiche) del Codice civile svizzero del 1907 . . . . .	262

# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

## BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124

- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME  
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368

- 44 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, *IL SOVRANO TUTORE*  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, *TOMÁS Y VALIENTE*  
Una biografia intellettuale  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, *L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO*  
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli  
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, *LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE*  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 *GIURISTI E LEGISLATORI*  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, *SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE*  
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, *ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO*  
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*  
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna  
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*  
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)  
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*  
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden  
(1584-1654)  
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*  
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf  
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*  
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento  
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**  
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani  
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 **CODICI**  
Una riflessione di fine millennio  
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000  
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi  
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, **IURISDICTION**  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, **TRA LEGGE E CONTRATTO**  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, **NEL SEGNO DEI TEMPI**  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, **GENERALIA DELICTORUM**  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, **PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)**  
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, **SCRITTI IN ONORE DEI PATRES**  
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, **INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO**  
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, **SOCIETÀ, DIRITTO, STATO**  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, **L'ORDINE CORPORATIVO**  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, **RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE**  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, **GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)**  
(2007), 8°, p. VIII-156



- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"  
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile  
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA  
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520  
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES  
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)  
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE  
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia  
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA  
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800  
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO  
Profili di giuristi  
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO  
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento  
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007  
How to make, unmake, and remake law with words  
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE  
Quaderni fiorentini 1972-2001  
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO  
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)  
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA  
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008  
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta  
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO  
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I  
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisori fiorentine del 1355-57  
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA  
Scritti editi e inediti (1972-2007)  
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722  
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo II (1928-1943)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE  
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO  
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)  
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI  
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo  
A cura di Gabriele Magrin  
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela  
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010  
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi  
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, CENSORI E GIURISTI  
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)  
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA  
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto  
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, IL GIUDICE E LA LEGGE  
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo  
Novecento  
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI  
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali  
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"  
Scritti minori  
A cura di Paolo Grossi  
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA  
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI  
A cura di Carlo Fantappiè  
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE  
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO  
FRANCESE (1790-1795)  
(2013), 8°, p. VI-166

- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?  
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013  
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta  
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO  
Esperienze a confronto  
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei quaderni fiorentini  
Firenze, 18-19 ottobre 2012  
A cura di Bernardo Sordi  
(2013), 8°, p. VI-506

*Per Informazioni e Acquisti*

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano  
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82  
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè



**L. 32.000** I.V.A. inclusa

0859-04

ISBN 88-14-06969-7



9 788814 069697