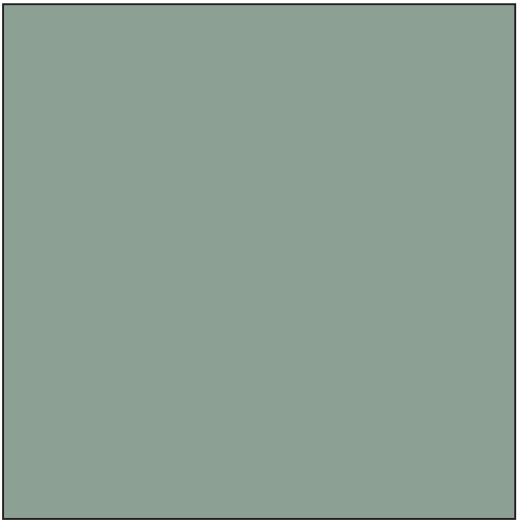
per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

61



CODICI

UNA RIFLESSIONE DI FINE MILLENNIO

FIRENZE, 26-28 OTTOBRE 2000

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per la storia del pensiero giuridico moderno

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

Milano - Giuffrè Editore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PREFAZIONE

Storia e teoria del codice; geografia del codice; trasformazioni e prospettive. È un arco ampio e problematico quello sul quale il Dipartimento di Teoria e Storia del diritto dell'Università di Firenze ha chiamato a raccolta, nell'ottobre 2000, storici e filosofi del diritto, comparatisti, giuristi di diritto positivo di diverse aree disciplinari e di diverse tradizioni nazionali.

La forma codice (Cappellini) nella sua accezione quasi ideal-tipica di paradigma giuridico della modernità, innanzi tutto, a quasi duecento anni dal suo imporsi con la frattura rivoluzionario-napoleonica. Il codice "monument de droit" (Halperin); il codice riduttore di complessità (Hespanha); il codice proiezione e realizzazione di un progetto costituente di controllo politico dell'intero ordine giuridico (Clavero), impostosi non per caso nello stesso momento in cui quel medesimo potere costituente arretra esangue ed asfittico dal piano dei diritti e dell'ordine politico. Il codice "fonte delle fonti", strumento di educazione, oggetto di un inedito *populariter intellegere*. Il codice nella sua innegabile, rapida, fortuna; il codice percepito come vera rivoluzione copernicana negli equilibri sedimentati, di lunga, lunghissima, durata del sistema delle fonti, ma anche subito vissuto come tavola dei diritti privati, come *sedes* naturale di un diritto comune civilistico (Cazzetta) chiamato ad esprimere, con l'unità dell'ordinamento, la razionalità ed i valori dello Stato costituzionale dell'Ottocento, che sono prima di tutto, in questo che è il campo principe degli assetti proprietari, i valori individualistici e possessivi della sua classe dominante.

La forma avvolge gli istituti in una struttura di una robustezza mai saggiata; è un'armatura possente quella che si protende nello spazio temporale ottocentesco, forgiata dal conio di un potere legislativo definitivamente dispiegato a monopolizzare ogni forma di manifestazione del giuridico (Grossi, Clavero). Il codice "legge del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

territorio" (Irti), chiamato a suggellare una direttrice di nazionalizzazione dell'ordine giuridico avviatasi sin dalla prima età moderna. Il codice quasi imbrigliato all'interno dei rigidi confini nazionali, eppure chiamato subito a valicarli, non solo come tecnica di redazione e come soluzione al problema dell'organizzazione del sistema delle fonti del diritto, ma come progetto, come modello, come pilastro della modernità giuridica, almeno di quella continentale. La forma condizionerà, da questo momento in avanti, il lessico e l'abito mentale di giudici e giuristi, prescrivendo generi letterari, stili argomentativi, schemi defensionali, modelli di formulazione e motivazione delle decisioni giudiziarie.

La proiezione di questa forma è forte, giunge sino ad un presente incerto se negarla di fronte al peso delle trasformazioni o se mutarne il segno e le prospettive, di fronte al tramonto di quell'afflato costituente e al persistere invece di tecniche redazionali acquisite e sperimentate, ma ora sempre più congiunturali e contingenti.

Tra l'archetipo ed il suo dispiegamento si frappone comunque un processo ampio di individualizzazione. L'idealtipo si stempera e si disperde nella pluralità dei sentieri, delle zone, delle mediazioni — una storia ed una geografia, appunto — in cui si può toccare con mano la ragnatela delle resistenze, delle critiche, delle recezioni, delle divergenze. La pluralità idiografica si contrappone alla unicità e alla durezza monolitica del modello. I codici dunque, così come nella precisa e consapevole intitolazione dell'incontro. Le voci che sono state ascoltate nel corso del convegno e che il lettore potrà ripercorrere in questo volume di Atti, non sono soltanto le voci che ricostruiscono la tipologia e la storia del monolite codice, ma sono anche le voci di una complessa ed articolata molteplicità: dall'universo di *common law* al *Sonderweg* tedesco, dalla vicenda coloniale al grande pianeta orientale, ancora tanto incognito all'osservatore europeo.

Se queste intense giornate fiorentine, nella pluralità delle linee di lettura, nelle interconnessioni disciplinari che si è cercato di accostare, al prezzo anche di qualche consapevole forzatura, possono vantare qualche merito al loro attivo, è l'aver portato alla riflessione del presente, alla valutazione delle trasformazioni e delle prospettive, un quadro meno scontato e meno epico.

Parlare di codici vuol dire parlare di giuristi, legislatori, giudici nel processo di produzione del diritto, o come si è visto nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prospettiva del *common lawyer* (Hyland, Gambaro), permeato dalla riflessione del realismo americano degli anni Trenta, parlare di norme e giudici nella decisione dei casi. Un processo di produzione che, malgrado gli assolutismi predicati ed attuati, si è dimostrato, sin dalla rapida eclissi della Scuola dell'Esegesi, irriducibile alla sola impronta legislativa, intrinsecamente aperto alla dialettica, al gioco dei poteri, degli interessi, generali e più spesso frazionali, plastico e permeabile di fronte al premere delle trasformazioni e delle novità. E su questo piano l'incontro costituisce un piccolo passo avanti rispetto ad una riflessione che proprio su questi temi si era avviata, sempre a Firenze, nel 1996.

La strada dei codici è dunque la strada che conduce al presente: la strada che dalla semplicità conduce alla turbolenza. L'ordine codicistico che già a fine Ottocento gemeva sotto il peso delle pressioni sociali che negavano nei fatti l'armonia prestabilita fissata nel grande monumento legislativo, sembra aver perduto per sempre quel motore costituente che ne aveva impresso all'inizio del XIX secolo la sua forza e la sua fortuna. Il codice non interpreta più una antropologia sociale, mentre la forza prepotente del mercato scardina i confini nazionali e rigetta ogni regolazione che non venga dall'interno dei grandi produttori privati di norme.

Rispuntano alluvionalità e fluidità antiche, i confini si dissolvono, le potenzialità regolative s'indeboliscono o si tecnicizzano, il monopolio statuale delle fonti è solo un ricordo, tradizioni giuridiche diverse si compenetrano. Si riaprono anche nel modello continentale, per giudici e giuristi, spazi d'indipendenza dalla fonte legale che sembravano preclusi dalla forza della forma codice. I bisogni di certezza e di sicurezza battono altre strade. La forma codice lascia il posto ai *restatements* di marca dottorale, al futuribile "codice per principii" (Rodotà) o "codice grande cornice" (Grossi) evocato negli interventi conclusivi del nostro incontro, mentre il presente ci consegna i magri frutti delle "lentezze" del legislatore contemporaneo (Violante): codificazioni a diritto costante e micro-sistemi legislativi, sommersi dall'invadenza del diritto giurisprudenziale o della *lex mercatoria*.

Allo spirare del millennio la forma codice sembra essersi definitivamente consegnata alla storia, mentre il processo di codicizzazione, nel suo anche frenetico rinnovarsi, sembra ormai incammi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nato su altre strade, sempre più distanti da quel glorioso modello originario.

* * *

Il volume riproduce gli Atti del Convegno come questo effettivamente si è svolto nei giorni 26, 27, 28 ottobre 2000.

Soltanto l'intitolazione delle relazioni e degli interventi è stata in alcuni casi arricchita dagli autori rispetto al programma distribuito in vista dell'incontro. Una presenza non annunciata ma particolarmente gradita è stata quella dell'On.Luciano Violante, nella sua veste di Presidente della Camera dei Deputati, che ha presieduto la prima sezione dell'incontro, poi chiusa con l'intervento ora qui pubblicato.

Non sono presenti negli Atti l'intervento nella discussione di Herbert Kronke né la bella relazione di Carlos Petit che comparirà in un prossimo numero dei *Quaderni fiorentini*. Viene invece pubblicato come comunicazione autonoma il contributo di Luciano Martone che per assoluta carenza di tempo non è stato possibile ascoltare nella terza sessione del convegno.

PAOLO CAPPELLINI BERNARDO SORDI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CODICI

UNA RIFLESSIONE DI FINE MILLENNIO

*

ATTI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PROGRAMMA

GIOVEDÌ, 26 OTTOBRE 2000

Storia e teoria del codice

ore 15,30 – Inaugurazione dei lavori
Paolo Cappellini: I caratteri della forma codice.
Bartolomé Clavero: Il codice come fonte del diritto.
António Manuel Hespanha: Codice e complessità.
Discussione. Introdotta da Natalino Irti, Pietro Rescigno, Guido Alpa.

VENERDÌ, 27 OTTOBRE 2000

Geografia del codice: resistenze e persistenze

ore 9,30 – Jean-Louis Halpérin: Codici e tradizioni culturali.
Pio Caroni: Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico.
Giovanni Cazzetta: La critica sociale alla codificazione.
Discussione. Introdotta da Herbert Kronke, Gigliola Di Renzo Villata, Philippe Rémy.

Recezioni e divergenze

ore 15,30 – Richard Hyland: Codice e Case Law.
Carlos Petit: Codice e colonizzazione.
Zhiping Liang: Le codificazioni in Asia.
Discussione. Introdotta da Claes Peterson, Luigi Lombardi Vallauri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SABATO, 28 OTTOBRE 2000

Trasformazioni e prospettive

ore 9,30 – Antonio GAMBARO: Codici e diritto giurisprudenziale.
Stefano RODOTÀ: Un codice per l'Europa? Diritti nazionali e diritto europeo.
Paolo GROSSI: Conclusioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Signor Presidente, cari colleghi, cari amici,

considero un privilegio aprire a nome della Facoltà di Giurisprudenza i lavori di questo Convegno, che il Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto — al quale ho l'onore di appartenere — ha concepito come una riflessione e un bilancio intorno al concetto e alla fortuna della « forma codice ».

Ci siamo impegnati, sia pure con qualche intermittenza, per oltre due anni alla messa a punto di questo progetto. Prima in una piccola cerchia, con Paolo Grossi, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Bernardo Sordi, Paolo Cappellini — il gruppo raccolto intorno ai « Quaderni Fiorentini » e al « Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », che anche se non figurano tra gli organizzatori della nostra iniziativa ne sono stati in larga parte l'anima. E poi in un circolo un po' più largo, con Adriano Cavanna, Bartolomé Clavero, Antonio Gambaro, Jean-Louis Halpérin, Natalino Irti, Luigi Lombardi Vallauri, Carlos Petit, Pietro Rescigno, Stefano Rodotà, che ringraziamo tutti di cuore per averci consentito, con la loro generosità intellettuale e i loro preziosi suggerimenti, di portare a compimento il nostro disegno.

L'idea da cui eravamo partiti era stata, in realtà, un po' diversa. Avevamo pensato di proporre un confronto sul rapporto fra tradizione romanistica e codificazioni nella cultura europea, a cent'anni dalla conclusione della lunga vicenda del diritto comune come « diritto romano » (per riprendere la notissima formulazione di Savigny). Poi, la veduta si è allargata, arricchita e approfondita, fino a trasformarsi quasi completamente, e ad assumere l'aspetto della traccia che oggi figura come programma delle nostre giornate.

Come si può facilmente vedere, i punti che abbiamo cercato di porre al centro dell'attenzione sono in sostanza tre. Innanzitutto un'analisi di come ci appare oggi la « forma codice » — il suo statuto teorico, potremmo dire — dopo i grandi cambiamenti di questa seconda parte del secolo che sta per chiudersi.

Successivamente, una ricognizione dei confini storici di questa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

figura, sia dal punto di vista del suo irradiamento oltre i paesi che vi si erano per primi riconosciuti, sia da quello delle resistenze e dei contrasti che la sua adozione aveva suscitato all'interno stesso di quelle tradizioni e di quelle realtà che con più decisione l'avevano fatta propria. Nel seguire questa strada — come spiegherà Paolo Cappellini nella sua relazione — non abbiamo però voluto irrigidire i due modelli di codice e di « case law » come due strutture rigide e rigorosamente alternative — una sorta di archetipi — ma ci siamo provati piuttosto a considerarli come figure fluide, dai contorni relativamente sfuggenti; abbiamo cercato insomma di incrociare le prospettive — e questo ci è sembrato un tratto d'originalità del nostro modo di procedere.

Infine, uno sguardo sul futuro: il rapporto che si può immaginare tra modello codicistico e avvenire del diritto europeo: senza con ciò dare affatto per scontato che il destino del diritto europeo debba necessariamente ritrovarsi all'interno di questo paradigma.

Non tocca a me entrare nel merito della discussione che stiamo per iniziare. Vorrei solo sottolineare come il Convegno che sta per aprirsi è anche il risultato di alcuni caratteri — diciamo pure di uno stile di ricerca e di organizzazione — che il nostro Dipartimento ha ormai acquisito da tempo, e che intende sviluppare sempre di più. Mi riferisco per prima cosa alla collaborazione interdisciplinare fra storia dei diritti antichi, medievali, moderni e contemporanei, e fra storiografia giuridica e filosofia e sociologia del diritto. Si tratta di un'esperienza che credo abbia pochi confronti in Europa, che ora si riflette nella vita di due nuovi e originali dottorati di ricerca, uno dei quali in collaborazione, fra l'altro, con l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales e con la Robbins Collection della School of Law dell'Universita di Berkeley. Ma penso insieme al dialogo ininterrotto fra storici e giuristi — cui Paolo Grossi dedica da sempre una particolare cura, e che ha qui da noi un luogo d'elezione — senza di cui se la storiografia giuridica non avrebbe speranze, anche le scienze giuridiche perderebbero una parte essenziale della loro identità. Né posso dimenticare l'apertura internazionale che segna la nostra piccola comunità — il Dipartimento come la Facoltà — che ha già prodotto frutti significativi, e altri, non meno importanti, si prepara a raccoglierne in un futuro molto vicino.

Signor Presidente, cari amici, una grande cultura giuridica non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è, da sola, garanzia sufficiente di una democrazia ricca e forte. La storia dell'occidente ce ne ha dato purtroppo tragica dimostrazione. Ma sappiamo altrettanto bene che un'autentica democrazia non si mantiene e non si accresce senza una cultura giuridica all'altezza dei propri compiti e del proprio tempo. Oggi questo vuol dire sapere integrare gli studi giuridici e l'intera vita del diritto in Italia in un orizzonte e in una prospettiva compiutamente europei. Abbiamo l'ambizione, con il nostro Convegno, di aver fatto un piccolo passo nella direzione giusta.

Buon Lavoro!

Aldo Schiavone

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STORIA E TEORIA DEL CODICE

Relazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO CAPPELLINI

IL CODICE ETERNO

La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità.

Mais le code, même le plus simple, serait-il à la portée de toutes les classes de la societé? Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens?

J.-M. Portalis

1. Aprire il discorso introducendo proprio la prospettiva che non può dirsi pienamente storica se non si fa anche metodologica(e viceversa), ovvero quella dei caratteri della moderna forma-codice, significa al contempo inevitabilmente introdurre anche agli elementi che hanno determinato la peculiare architettura di questo incontro fiorentino. Metteremo subito in chiaro — e non certo per sottrarsi a responsabilità personali che pure ci sono, e precise — che quando i percorsi e le allusioni del nostro dire costeggeranno o toccheranno quest'aspetto, al di là delle insopprimibili accentuazioni o torsioni peculiari a chi vi momentaneamente vi sta parlando, il riferimento sarà sempre da intendere ad un lavoro comune, condiviso, di problematizzazione critica certo, ma che perciò stesso, fin dalla tipicità di una scelta tematica, si propone di aprire, e non di chiudere una volta per tutte, pago di risultati che fin da subito sappiamo poter essere solo interlocutori, un comune tavolo di lavoro, di rappresentare una prima tappa di un *work in progress* tale da spingere anche, se così si vorrà intendere, la ricerca verso lidi 'strani' ('estranei' ai sentieri sin qui seguiti e in qualche modo alle mentalità che ci hanno sin là guidato), verso una lettura, per recuperare una terminologia appropriata, 'densa', approfondente, al di là di un superficiale e non autentico senso comune, il 'sottosuolo' e le inusitate 'espansioni' di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

figure forse esse sì solo illusoriamente familiari (1). In questa prospettiva vorrei allora iniziare simbolicamente questa relazione con un saluto di benvenuto del tutto particolare, che non è punto trascuranza dei molti illustri intervenuti e tantomeno dei molti amici tra loro, e in primo luogo di quelli che vengono di lontano, ma piuttosto segnale dell'importanza della dimensione di apertura della materia trattata al di là dei tradizionali spazi europei o occidentali tout court, del ruolo decisivo che nella strutturazione delle nostre giornate vogliamo attribuire, per così dire, allo sguardo, alle 'geografie' dell'Altro: è quindi con specialissimo piacere che accogliamo fra noi il prof. Zhiping Liang dell'Institute of Chinese Studies e della Chinese Academy of Arts (Beijing) come testimone privilegiato di un universo culturale apparentemente molto lontano dal nostro (2), ma che rappresenta — e non soltanto perchè non ci sembra difficile pronosticare nell'immediato futuro un rilevante avvicinamento sotto l'egida di quel non concettualmente del tutto 'pacifico' fenomeno di 'globalizzazione' (3) che è un'altra delle cifre-chiave dell'imposta-

---

(1) Cfr. C. GEERTZ, *Thick description. Toward an interpretative theory of culture* (in *The interpretation of cultures. Selected essays*, New York, 1973), trad. it. in ID., *Interpretazione di culture*, Bologna, 1998, pp. 9-42 e dello stesso autore vedi anche *After the Facts. Two Countries, Four Decades, One Anthropologist*, Cambridge Mass., 1995, trad. it., Bologna, 1995, spec. pp. 119 ss. e i puntuali riferimenti di A. M. HESPANHA, *Panorama historico da cultura juridica europeia*, II ed., Lisboa, 1999, passim (anche in trad. it., Bologna, 1999).

(2) Cfr. almeno Z. LIANG, *State and Society:From a Perspectives of a Chinese Legal History*, in M. YASUMOTO (ed.), *Law in a changing world:asian alternatives*, Stuttgart, 1998, pp. 129-139 e ID., *Explicating "Law": A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, in *Journal of Chinese Law*, vol. 3, Summer 1989, n. 1, pp. 55-91.

(3) O se si vuole, come qualcun altro preferisce definirla, 'globocolonizzazione'. Della oramai anche troppo ampia letteratura in proposito varrà ricordare solo alcuni testi di riferimento per i giuristi, e comunque effettivamente connessi al discorso che andiamo facendo. Si veda quindi, in particolare, almeno S. CASSESE, *L'erosione dello stato:una vicenda irreversibile?* e G. FERRARA, *Lo "Stato pluriclasse": un protagonista del "secolo breve"*, entrambi in S. CASSESE e G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione (Quaderni della Rassegna Parlamentare, n. 4)*, Milano, 2000, rispettivamente pp. 15-23 e 73-100; P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico (a proposito di:* Maria Rosaria FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione — Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, 2000), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29 (2000), pp. 551-558; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001. Per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione che qui si cerca di proporre — un elemento specificante del discorso complessivo.

Ancor prima di entrare propriamente nel merito del compito prefissato, vorrei aggiungere un ulteriore profilo preliminare, che potrà sembrare di carattere solo (apparentemente) soggettivo (4), ma che consisterebbe piuttosto nell'anticipazione — e quindi fin dall'inizio nella messa in chiaro, pur con le necessarie sfumature — dell'orizzonte interpretativo dal quale intendiamo muovere. E vorrei farlo rovesciando un po' quelli che sono i tradizionali rapporti tra oralità e scrittura e preferendo, per esprimerci così, uno stile 'scritturale', facendo conto che queste indicazioni che colloco quasi in roemio all'inizio del discorso possano appunto rivelarsi poi progressivamente utili a rendere il più esplicita possibile quella che intenderebbe essere la collocazione di chi vi parla in relazione al tema che stiamo svolgendo: una collocazione che potrà però in parte mantenere una sua non ingiustificata ambivalenza, visto che è o vorrebbe essere sia quella del giurista sia quella dello storico del diritto.

In altre parole lascerei che queste indicazioni, questa 'ammissione' di collocazione, emergessero, in modo che mi sembra più efficace di quanto non possa riuscire a una affermazione diretta, da dei frammenti di citazione che normalmente in un testo scritto andrebbero in esergo. La prima di esse è inoltre, a sua volta, e a suo modo, un piccolo benvenuto agli amici ispanici che hanno condiviso e stanno ancora di nuovo oggi condividendo molti degli obbiettivi metodologici e storiografici di queste giornate, visto che è tratta da un'opera di Ortega y Gasset: "I fattori e i componenti dell'io sono innumerevoli, tanti quanti sono i vari aspetti della vita. Poiché — e da qui inizia il passo che più da vicino ci tocca — la vita, secondo l'insegnamento di Dilthey, è costituzionalmente molteplice e non ammette di essere ridotta ad

---

qualche interessante spunto extra moenia cfr. comunque M. Revelli e P. Tripodi, *Lo Stato della globalizzazione*, Milano, 1998 e J. Brecher, T. Costello, *Global village or global pillage* (1995), trad. it., Milano, 2001.

(4) Comunque sul valore della soggettività come tema e come tipologia di approccio ermeneutica sia permesso il rinvio, da ultimo, all'intervento, in una sostanziale ripresa di prospettive bachtiniane, di chi scrive, *I Quaderni e la "questione dei soggetti": un tentativo di autointerpretazione*, in P. Fernandez Albaladejo, C. Alvarez Alonso (Coord.), *Stile Fiorentino. Veinticinco años de los Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Madrid, 2000, pp. 161 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unità" (5). E tuttavia questa, che si profila come una scelta metodologica ermeneutica e di campo in qualche modo fondamentale, andrà subito 'temperata' a partire dalla seconda voce cui, temporalmente a ritroso, prestiamo la parola; si tratta di una specie di profezia sconfortata che Diderot esprimeva nel 1774 in una lettera a Caterina di Russia, dopo aver, a suo avviso invano, predicato la necessità di dotare la Francia di un diritto uniforme — la propongo adesso, anticipando tematizzazioni conclusive, in un'ottica quasi 'europeistica' e cioè volutamente attualizzante — affermando che la Francia era definitivamente condannata a non avere mai più dei codici: profezia sconfortata e forma di delusione quant'altre mai fallaci e destinata alla smentita, come di lì a poco le concrete vicende storiche s'incaricheranno di mostrare. Così l'insuscettibilità almeno tendenziale di unificazione nella particolare veste codificatoria, cui facevamo cenno appena sopra con la maschera orteghiana, va seppure in principio realisticamente 'temperata', smussata, ovvero per richiamare il felice titolo di un recente intervento di Rodolfo Sacco, probabilmente noi siamo qui anche a constatare — alcuni con favore, altri forse meno – che la forma tecnica della codificazione non è "fossile legislativo", ma rappresenta ancora qualcosa che è sul tappeto, anche se in forme e dimensioni che non sono probabilmente più quelle delle origini. L'ultimo tassello di questa piccola 'topografia culturale del parlante' ha per oggetto di valutazione il modello per antonomasia della forma-codice moderno-borghese, ovvero quella napoleonica, e si trova in un passo tutt'altro che abusato, per non dire dimenticato, dovuto stavolta alla penna- (certo non stendhaliana, vista la scarsissima tenerezza usata) di uno scrittore francese che ci è molto caro, ma soprattutto che ci sembra, con la lucidità che sempre lo ha contraddistinto nel feroce smascheramento del 'dizionario dei (tuttora nostri) luoghi comuni' toccare e chiarire alcuni punti essenziali che sono stati e saranno alla base dell'atteggiamento di molti 'critici' al cospetto del tema che stiamo abbordando: "Le anime belle vanno in estasi davanti al codice civile, opera fabbricata, per quanto si dica, con uno spirito meschino e tirannico, perché il legislatore invece di fare il suo mestiere, che è quello di regolare i costumi, ha preteso di modellare la società come un

(5) J. ORTEGA Y GASSET, *Goya*, Milano, 2000, p. 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Licurgo. Perché la legge mette in difficoltà il padre di famiglia per quanto riguarda il testamento? Perché ostacola la vendita forzata degli immobili? Perché punisce come delitto il vagabondaggio, il quale non dovrebbe nemmeno meritare una contravvenzione? E c'è dell'altro! Io lo so! E scriverò un breve romanzo intitolato *Storia dell'idea di giustizia,* che sarà divertente!…" (6).

Ovviamente, rassicuriamo l'uditorio e gli eventuali futuri lettori, quell'ultima, romanzesca, 'minaccia' non sarà nostro compito portarla a termine, anche se forse, in filigrana e sotterraneamente, essa rappresenti veramente un possibile alternativo programma, almeno in via di simbolo (7).

2. Veniamo dunque al tema. E quindi, in primo luogo, alla segnalazione di un carattere che conferisce a nostro avviso una tonalità peculiare a questo incontro.Un incontro, per parte sua, che non intende assumere un carattere puramente celebrativo anche se le occasioni sarebbero state numerose e anche se la situazione della legislazione europea, appunto, in qualche modo lo avrebbe potuto far supporre.Non perché si voglia sottovalutare l'importanza dei 'riti' nella vita sociale vista la loro evidente importanza e la loro capacità di coagulare l'attenzione, ma proprio perché su di un tema del genere ci sembra che i giochi siano tutt'altro che chiusi e che sia assai più importante avviare un tipo di ripensamento complessivo, una sorta di work in progress — come accennavamo in apertura — che in qualche modo prosegua quella tradizione di colloquio tra (più che con) i giuristi che provengano anche da tradizioni diverse, quel colloquio che ha sempre caratterizzato lo stile fiorentino, per usare di una formula felice. Allora il senso del nostro operare dovrebbe

(6) G. Flaubert, *L'educazione sentimentale*, nella traduzione di Lalla Romano, Torino, 1984, p. 247 (trad. leggermente modificata).

(7) Si confrontino le parole conclusive (e ovviamente il loro nesso sia col senso complessivo del lavoro, sia con la tradizione di lunghissimo periodo che ne viene adombrata) dell'opera di F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999: "Il diritto richiede l'interpretazione perché tende alla giustizia, non solo e non tanto perché è il prodotto della volontà di un'autorità legittima" e vedi sul punto anche P. Cappellini, *L'interpretazione inesauribile ovvero della normale creatività dell'interprete*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 6 (2001), pp. 407-423.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere la messa in questione di steccati e di formule culturali che in qualche misura sempre ritornano e che continuamente ritornano in particolare quando si affrontano questi argomenti. L'eterno ritorno delle formule: un esempio che ci tocca da vicino concerne appunto, non per caso, l'odierno dibattito sulla necessità di dotare l'Europa unita di un codice europeo (8) o non piuttosto, appunto, di fare leva, per la realizzazione comunque di un processo di unificazione giuridica, sulla ricerca o sullo sviluppo di una sorta di diritto comune o uniforme europeo, più improntato alla tradizione di common law (9). È una modalità di approccio al problema che riguarda del resto anche da vicino gli storici-giuristi, poichè molti degli autori che partecipano anche fattivamente al processo legislativo o alla discussione attorno ad esso, sentono la necessità di ripercorrere la storia della lotta intorno all'idea di codice e sarebbe quindi importante un'analisi approfondita di come le metafore relative alla posizione pro-codificazione (basti far cenno al Thibaut, fra i tanti) o quelle contro la codificazione (di impronta savignyana, per esempio) 'ritornino' attualizzate negli interventi anche di personaggi rilevanti di questo processo — pensiamo a figure come Zimmermann, Reiner Schulze, Ole Lando e molti altri che si potrebbero ricordare (10) —:

---

(8) Cfr. perlomeno A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON (editors), *Toward a European Civil Code, Second Revised and Expanded edition*, Nijmegen, The Hague, London, Boston, 1998 e *Il Codice civile Europeo. Materiali dei seminari 1999-2000 (Consiglio Nazionale Forense)*, raccolti da G. ALPA e E. N. BUCCINI, presentato da R. DANOVI, Milano, 2001.

(9) Vedi per esempio le polemiche — ma non per questo prive di interesse — posizioni di P. LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, in *ICLQ*, 45 (1996), pp. 52 ss. e ID., *Against a European Civil Code*, in *Modern Law Review* , 60 (1997), pp. 44 ss. sul cui decisivo sottofondo di implicazioni storiche, ermeneutiche ed epistemologiche si interroga acutamente G. SAMUEL, *Confronting the Historical and Epistemological Obstacles to Harmonisation*, in C. PETERSON (Hrsg.), *History and European Private Law. Development of Common Methods and Principles*, Lund, 1997, pp. 151-170. Osservazioni critiche anche in C. CASTRONOVO (cit. sub nt. 12). Vedi ancora R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *Juristenzeitung (JZ)*, 1992, pp. 8 ss.

(10) Oltre ad alcuni degli autori già supra indicati basterà richiamare, tra i molti suoi saggi sull'argomento, sempre di R. ZIMMERMANN, *Europäisches Privatrecht und Europa*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1993), pp. 439 ss., nonché con ancora maggior chiarezza nel senso indicato ID., *Roman Law, Contemporary Law, European*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'uso dell'argomento storico come forma di legittimazione di posizioni diversificate siamo, soprattutto per il passato, magari recente, certo abituati, ma vale la pena di attrarre oggi l'attenzione sul riproporsi di questo fenomeno e lo vorrei fare con un esempio particolarmente significativo, anche nella sua 'geografia', tra i molti che si potrebbero scegliere; in un recente colloquio organizzato dalla fondazione Olin di Stoccolma ed avente ad oggetto proprio la questione dello sviluppo di metodi e principi comuni relativamente al diritto privato europeo, un collega svedese titolava letteralmente così il suo intervento: " L' integrazione del diritto privato all'interno della comunità europea considerata sullo sfondo della concezione savignyana del diritto" (11). E non si tratta di una 'lontana' ed estemporanea esagerazione, o tantomeno di ingenuità; effettivamente, come detto, le testimonianze di questo 'nuovo' bisogno di usare l'argomento storico e di ripercorrere gli itinerari che la storiografia in parte aveva già sondato, funzionalizzandoli però, ormai senza soverchie remore storicistiche, alla legittimazione delle scelte presenti, si possono agevolmente moltiplicare (12). In questo senso ci era sembrato, invece, che forse una metafora più utile per avviare il lavoro fosse quella che si esprimeva nell'idea di 'chiasmo', cioè quella di portare l'indagine più verso le zone marginali, in cui appunto queste figure incominciano ad incrociarsi: ci sembrava insomma più interessante, piuttosto che limitarci solamente a ristudiare la tradizione continentale della codificazione, vedere cosa del codice dicono — e fanno — nei paesi di common law; e, viceversa, cogliere le forme, diciamo così, marginali e magari già esplose di codificazione nell'ambito della nostra tradizione. E qui vedremo tra

---

Law. The Civilian tradition today, Oxford, 2001; e R. SCHULZE, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, cit., ivi, pp. 442-474 nonché dello stesso SCHULZE, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und Entwicklung des Europäischen Privatrechts*, in C. PETERSON (Hrsg.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992*, Lund, 1993, pp. 193-216.

(11) Cfr. C. JOSEFSSON, *Die Integration des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft vor dem Hintergrund der Rechtsauffassung Savignys*, in C. PETERSON (hrsg.), *History and European Private Law*, cit., pp. 67-102.

(12) Sul punto con importanti precisazioni vedi da ultimo C. CASTRONOVO, *Savigny i Moderni e la Codificazione Europea*, in *Europa e diritto privato* (2001), 2, pp. 219-255.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pochissimo che un tema fondamentale sarà poi quello dei *destinatari* della codificazione medesima.

Se volessimo coniare una formula, in una parola diremmo i fenomeni che si potrebbero definire 'meticci' — parola che in questo contesto, ma forse in generale oggi, suonerà strana (ma che allude a cose ben concrete, pur nella loro apparente 'perifericità', basti pensare al montenegrino codice 'senza individui ' su cui opportunamente richiama l'attenzione Carlos Petit) —, cioè fenomeni di contaminazione, di incontro di tradizioni e, perché no, anche di frizioni: quindi la tradizione del diritto comune *nel* e *dopo* il codice e, reciprocamente, il codice *nell'*esperienza di common law.

Naturalmente nel lavoro comune — lo vedrete — non sempre questi temi emergeranno con nettezza, ma questo è appunto un avvio del discorso e non vuole certo correre il rischio di una prematura chiusura della riflessione. In qualche misura quindi, e anche a tale profilo alludevamo in apertura, la tonalità di fondo che dovrebbero caratterizzare la discussione è rappresentata, se possiamo esprimerla in negativo, da un'insoddisfazione, un'insoddisfazione che racchiude in sé, del tutto naturalmente, perlomeno un (tentativo di) superamento: ovvero la dimensione dovrebbe essere non più quella soltanto della storia europea, ma potrebbe (o meglio, tende ad) essere una dimensione la quale innegabilmente e per tutta una serie di ragioni fino ad oggi non ha avuto molta fortuna sia sul piano storico sia su quello più specificatamente storiografico — visto che era propugnata tra l'altro da un'impostazione o da una scuola 'perdente' —, un po' la dimensione per certi versi 'utopistica' della *Universalgeschichte*, della storia universale del diritto (qualcuno potrebbe soggiungere 'nell'età della globalizzazione') (13). La necessità, dunque, di aprire il campo ad esperienze giuridiche 'altre' e a vicende che, come quella della colonizzazione, normalmente nella storia della codificazione non vengono prese in considerazione, ma che a nostro avviso sono invece *centrali* per far

(13) Ovvero, per dirla a mo' di (ironico) 'slogan' (da parte di chi, appunto, poco li ama): chi si ricorda di Gans, Goldschmidt o Kohler? Un riferimento esplicito all'aspirazione ad una *Weltrechtswissenschaft* come risultanza ultima di una idea di codificazione modernamente intesa già in P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 (1972), pp. 207-227, 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

capire la *funzione* del codice, perché in qualche modo consentono, mediante lo 'straniamento' che portano con sé — il mettere in contatto culture giuridiche 'altre' con uno strumento che invece è tipicamente occidentale — di capire meglio qual'è la funzione anche sociale del codice — quale strumento quasi di *colonizzazione interna*, come cercheremo di argomentare più avanti — e quindi potrebbero poi, questi dati acquisiti, contribuire a far riflettere sull'analisi, di nuovo, della tradizione europea, sull'analisi delle funzioni del codice. Ma, soprattutto, ci mettono di fronte a quella che oggi mi sembra una necessità cognitiva (e forse in un futuro non troppo lontano, si potrebbe sperare, anche politica) sempre più avvertita come inaggirabile, cioè quella di rendere le nostre vicende estranee a noi stessi, di studiarle come se noi fossimo gli antropologi e gli etnologi di noi stessi (14).

3. La scelta del titolo del convegno è in questa ottica significativa: anche se poi il nostro argomento sembra concernere la forma *del* codice, in verità il convegno ha un titolo *plurale*, perché è un po' questo il senso del discorso. La scelta plurale del titolo è una scelta significativa, appunto perché di fatto ormai si potrebbe arrivare, sia pur per sommi capi, alla conclusione che la storia dell'idea medesima di codice deve vivere di periodizzazioni diversificate, che ormai determinate idee di codice non siano più attuali, nonostante la continuità del termine, e nonostante, soprattutto, che, al contrario, la simbologia e la mitologia codicistiche rimangano tuttora importanti e influenti per l'immaginario dei giuristi (15). Iniziamo allora col cercare di chiarire un primo risvolto di questa scelta plurale, con un parallelo che richiama forse in maniera un po' insolita un'onda di tradizione comunque facilmente riconoscibile, cioè la tradizione che

(14) Cfr. le sempre attuali (e in buona parte sempre ancora da attuare) indicazioni di B. CLAVERO, *Historia y Antropologia. Por una epistemologia del derecho moderno*, in J. CERDA, R. FUNES y P. SALVADOR CODERCH (a cura di), *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nueva tecnicas de investigacion*, Bellaterra, 1985, pp. 9-35. Per altre indicazioni rimandiamo al nostro *Juris Prudentia versus Scientia Juris. Prolegomeni ad ogni futuro "lessico politico europeo"*, in *Filosofia politica*, a. I, n. 2, dicembre 1987, pp. 307-350 nonché a C. PETIT (Editor), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolia, imaginacion*, Madrid, 1997.

(15) Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insiste sul paragone tra il diritto e la lingua, e che — per usare della perspicua classificazione a proposito del codice come strumento di riduzione della complessità che l'amico Antonio Manuel illustrerà subito a seguire — si colloca non soltanto sul piano della semplificazione *sintattica*, ovvero di quella che il codice opera rispetto alle relazioni delle norme tra loro, collegandole con nuove modalità; e neppure soltanto su quello della semplificazione che si potrebbe definire *semantica* (che si riferisce invece al processo di statizzazione e legalizzazione del diritto), ma piuttosto precipuamente, come avevo già avuto occasione di accennare, su quello della semplificazione *pragmatica*, che definisce il rapporto del codice con gli *utenti*. Per chiarire, dunque, questo primo profilo, ci sembra appropriato ed utile prendere le mosse — servendoci 'in trasposizione' delle analisi di uno dei più importanti esponenti della scuola di Tartu, Jurij M.Lotman (16), che a nostro avviso hanno appunto qualcosa da dire proprio anche al giurista — dalla considerazione secondo la quale perlomeno l'età 'classica' dei codici (quella in cui si sarebbe tentati di dire predominante un modello di *hard-code* o, per usare di una felicissima espressione 'sepolta' in un testo per più versi singolarmente interessante, un modello di 'Codice Eterno ' magari appunto "ridotto in sistema" (17) — ma l'interrogativo si riproporrà

(16) J. M. LOTMAN, *La cultura e l'esplosione. Prevedibilità e imprevedibilità* (1992-1993), trad. it., Milano, 1993.

(17) Ci vogliamo riferire al proposito ad un modello 'forte', quasi 'archetipico' della 'vera' e 'razionale' *oggettiva* configurazione del diritto, appunto fin nella sua primaria prospettiva di principiii fondanti prima sul piano giusnaturalistico, eppoi concretizzati positivamente, quale appare emergere sin dal peculiarissimo titolo dell'opera dell' 'antihobbesiano', 'antivolterriano' e 'antirousseauiano', ma a sua volta ben impregnato dello 'spirito del tempo' G. CAPOCASALE, *Il Codice Eterno ridotto in sistema secondo i veri principj della ragione e del buon senso*, Tomo I, Napoli, 1793 (cfr. per es. pp. 15-16, sub nt. 9: 'Poiché Codice chiamasi quel volume, in cui son registrate tutte le leggi imposte da un Legislatore a' suoi soggetti; bene spesso questo nome si dà figuratamene al corpo stesso delle leggi, ed in questo senso noi qui l'usurpiamo". Inoltre nel testo: "Dicesi dunque *Dritto Naturale* il Codice della Natura , ossia il complesso delle leggi naturali; il *Dritto Sociale* il Codice delle Società, ovvero il corpo delle stesse leggi di Natura applicate alle società; *Dritto Civile* il corpo delle leggi civili. Chi dunque non vede, che le leggi naturali sono state ricavate dalla natura degli esseri ragionevoli, e delle cose tutte? La loro sanzione si contiene nell'ordine di natura, perché propongon pene e premj naturali: l'organo, onde sono state pubblicate, è la retta ragione, con cui contempliamo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con forza al termine del nostro itinerario — arrivava ad introdurre qualcosa come un *sistema monolinguistico* nel modello di comuni-

---

quell'ordine, conoschiamo i nostri dritti, i doveri, i premj, e le pene: il Legislatore è lo stesso Autor della natura: il libro, in cui sono state raccolte, è la natura stessa, che a caratteri lampanti le contiene e raccoglie. Cosa dunque rimane a dire? Che le leggi naturali son leggi divine; ch'eterne sono , necessarie, ed immutabili; che con ragione il corpo di queste Leggi vien detto CODICE ETERNO, perché complesso di leggi eterne; che inviolabil dev'esser la loro osservanza; che bisogna studiar bene questo gran libro, imparare a conoscerne i caratteri, apprenderne i doveri, e dar principio alla carriera della nostra felicità. Cominciamo quindi a svolgerne le prime pagine, ed a leggerne i primi caratteri iniziali"; pp. 16-17). Non possiamo qui soffermarci né sull'origine della potente metafora del 'libro della natura ', né sulla sua ovviamente rilevante trasformazione , magari anche via Morelly, in 'codice della natura', ma vorremmo invece limitarci rapidamente a due ordini di considerazioni. Il primo non si riduce certo a sola curiosità erudita: in questo volume è dato imbattersi in una delle più precise ed esaustive, forse perché epigonali (ma pure da non trascurare è qualche reminiscenza dalle terre 'vichiane'), descrizioni dei caratteri della forma di pensiero sistematica, in quanto parzialmente contrapposta alla topica, che un lettore del (oggi immeritamente fuori dal giro delle citazioni in voga) classico di Theodor VIEHWEG (*Topica e giurisprudenza*, 1953, trad. it., Milano, 1962 , spec. pp. 9-12 e 32 ss.) avrebbe potuto augurarsi a conferma: "Non vi è argomento , non arzigogolo, che possa giustificare questa opinione. La ragione ci mostra la necessità di *un* principio conoscitivo, senza di cui non può ridursi in un corpo sistematico il Codice eterno. *È necessario un principio in ogni sistema:* dunque anche in quello delle leggi della Natura. Se *le verità* debbono esser *connesse e dedotte l'una dall'altra*: se la ragione deve conoscerle e ricavarle *senz'aiuto esterno*; *se i dritti e doveri debbon dedursi* dalla contemplazion della Natura, come potrassi averne cognizione senza una guida?come ragionarsi *senza dimostrazione?* come dimostrarsi *senza un principio da cui cominciar la serie*? Se questo manca, qual parte vi avrà la ragione? E stando questa in disparte, *tutto si ridurrà ad immaginazione*, a capriccio, *a disordine. La legge naturale non sarà più una ...* Dev' esserci dunque un principio, e questo soltanto può servir di base all'intiero Codice (di Natura)" (pp. 40-43). In secondo luogo vorremmo inoltre sottolineare come proprio a partire dall'accentuazione *monologica* (e non più necessariamente dal 'dialogismo' topico)della prospettiva sistematica come fattore unitaristico, e dall'esigenza di eliminare finalmente (almeno in prospettiva tendenziale) la pluralità di piani (di Codici, natural-religioso, sociale, civile, etc.), possa ritenersi nascere uno degli elementi essenziali dell' *assolutismo* giuridico-legislativo : "Se poi nell'esame si pone l'accento sul sistema, ne viene fuori il quadro seguente: se si pone il caso estremo, e cioè che si abbia solo il sistema A — quello che noi appunto riteniamo essere la oggettiva logica di lungo periodo, intrinseca all'introduzione della Forma-Codice —, tutti i problemi verrebbero ad essere raggruppati per mezzo del sistema in problemi risolubili e problemi irrisolubili, anzi, in rapporto a ciò, quelli irrisolubili potrebbero essere eliminati siccome meri problemi apparenti, dato che una controprova sarebbe possibile solo per mezzo di un sistema B. La stessa cosa varrebbe nel caso in cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cazione tra emittente (qui in ipotesi fonte monopolizzata, legislatore) e destinatario. Quest'ultimo però — e qui emerge già un primo

---

si ponessero più sistemi A, B, C, ecc. Tali sistemi sceglierebbero i problemi A', B', C' ad essi pertinenti e lascerebbero perdere il resto. In altri termini: procedendo da un sistema si ha come conseguenza una selezione di problemi" (T. VIEHWEG, loc. cit., p. 33; all'inverso che nel pensare problematicamente, laddove la selezione riguarderebbe invece proprio i sistemi). Nell'ottica della semplificazione monolinguistica estremamente significativo non può a questo punto non apparirci ancora un passo di D. DIDEROT, *Ritorno alla natura. Supplemento al Viaggio di Bougainville*, a cura di A. SANTUCCI, Roma-Bari, 1993, pp. 70-71: "Viviamo sotto tre codici, il codice naturale, il codice civile e il codice religioso. È evidente che finchè questi tre tipi di legislazione saranno in contraddizione tra loro, sarà impossibile essere virtuosi. Ora bisognerà calpestare la natura per obbedire alle istituzioni sociali, poi le istituzioni sociali per conformarci ai precetti della religione. E che accadrà? Trasgredendo alternativamente queste diverse autorità non ne rispetteremo alcuna, e non saremo né uomini, né cittadini, né devoti. *I buoni costumi esigerebbero una riforma preliminare che riducesse i codici all'identità.* La religione non dovrebbe vietarci o prescriverci nulla all'infuori di ciò che ci verrebbe prescritto o vietato dalla legge civile e le leggi civili e religiose dovrebbero modellarsi in base alla legge naturale che è stata, è e sarà sempre la più forte. Da ciò si nota che che il vero legislatore non è ancora nato ... Nulla infatti è più difficile che estirpare pregiudizi inveterati e consacrati. *Per colui che progetta un grande edificio, è preferibile un'area sgombra* ad un area coperta di macerie accumulate senza criterio, disordinatamente, e saldate purtroppo dai cementi più durevoli, quelli del tempo, dell'abitudine e dell'autorità dei sovrani e dei preti. Allora il saggio lavora con cautela, corre maggiori rischi e impiega *più tempo a demolire che ad edificare*." (sottolineature nostre). In una parola, il Codice Civile deve diventare il Codice 'Eterno' e viceversa il secondo è il (modello del) primo. Certamente la struttura mentale 'profonda' (sul concetto in questione vedi G. J. HUCK, J. A. GOLDSMITH, *Ideology and Linguistic Theory. Noam Chomsky and the Deep Structure Debates*, London-New York, 1995) — come rilevato a proposito di alcuni degli interventi in sede di fase preparatoria del codice napoleone da U. PETRONIO , *Diritti particolari e codificazione. Il caso del Code civil,* in AA. VV., *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto* (Torino, 19-21 novembre 1998), Roma, 2001, pp. 351-388 — vive fasi e vicende complesse di concretizzazione della sua 'legge' di identificazione e di esclusività (ed infatti cfr. sotto la nt. 17, ad es., per la posizione 'iniziale' di Luosi a proposito dell'ipotesi di silenzio della legge e poi della sua applicazione ai casi singoli, che giunge rispettivamente a far riferimento alla coscienza del giudice, alla tradizione secolare di regole dottrinali e giurisprudenziali, ed infine all' invito ancora ad una specie di référé legislatif 'ministeriale' sottolineante però stavolta le specificità nazionali del carattere, delle abitudini e della 'situazione' italiana); tuttavia il ruolo centrale, nel plesso diritto uniforme/primato ideologico del legislatore 'che sgombra il campo', dato che come diremo subito nel testo, non ci si può limitare a guardare alla storia della codificazione, ma è necessario farsi carico anche della storia del codice (dopo la sua genesi), resta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema — è almeno numericamente plurale, perché è plurale, 'multiplo' nell'ideologia stessa della semplificazione illuministico-borghese del diritto che si presenta come quasi catechetica, popolarizzante (18), e ricomprende quindi certo i giuristi-'scienziati', i

affidato alla tendenza 'sconsacrante' di costruzione di un monismo giuridico (cfr. sul punto, ivi, pp. 490-495, le considerazioni conclusive di P. Grossi, *Il periodo medievale e moderno)*. Sul 'moderno' come frutto di processi di *progressiva ipostatizzazione* (del codice, della macchina, dell'industria etc.) cfr. le sempre illuminanti annotazioni di W. Benjamin, *Die Moderne*, in *Das Argument, Berliner Hefte für Probleme der Gesellschaft*, 46 (1968), Heft 1/2. pp. 44-73.

(18) L'argomento sarà ampiamente sviluppato a suo luogo nel saggio in questi atti di J. L. Halperin. Ci limitiamo, a nostra volta a segnalare, in ordine temporalmente inverso, due 'sintomi' di questo fenomeno, che andrebbero approfonditi reinserendoli nei loro rispettivi 'generi', per quanto riguarda gli sviluppi italiani. Il primo è relativo all'amplissimo spazio nozionale e 'fondativo' che è dato, in primis alla codificazione civile, ma poi anche a quella penale e commerciale, nella costruzione di una "cultura civica" per le scuole (l'opera era inizialmente pensata per le Scuole Normali, poi diffusasi ben oltre), nel testo di un docente di Pedagogia e Filosofia della Storia e Filosofia morale dell'università di Pavia, S. De Dominicis, *Principii di Morale Sociale*, Torino, Roma, Milano, Firenze, Napoli, Palermo, Genova (originariamente 1898), terza ristampa della dodicesima edizione, 1918. Ma tutta l'analoga letteratura potrebbe essere interrogata sotto questo profilo. L'altro esempio risale invece alla vicenda delle traduzioni del *code civil* in Italia e si riferisce in particolare all'esemplare da noi compulsato del *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia. Edizione Fiorentina secondo la edizione originale e ufficiale di Milano*, Firenze, 1806 presso Guglielmo Piatti. Orbene l'esemplare in questione, oltre ad alcuni pochi interventi manoscritti, reca inserito e legato prima del Titolo preliminare, in formato di pagina diverso e quindi ripiegato ai margini superiori ed inferiori, un vero e proprio depliant o volantino pubblicitario che ne annunzia la pubblicazione imminente e ne vanta, 'per relationem' le caratteristiche;superando forse il mero interesse di curiosità, vista anche la coeva felicità luosiana della sintesi delle salienti innovazioni e dei momenti di forza del nuovo codice, lo restituiamo qui di seguito:

CODICE NAPOLEONE
TRADUZIONE ITALIANA
Secondo il Testo
Approvato con Decreto
IMPERIALE E REALE
De' XVI Gennaio Mdcccvi
Sarà pubblicato in Firenze da Guglielmo Piatti Stampatore e Librajo.

Questo Codice ammirabile, divenuto oggimai il Codice della maggior parte d'Italia, e che per la sua precisione , chiarezza, ordine, e dignità presenta i caratteri essenziali di una saggia legislazione, non può meglio annunziarsi, che riportando il seguente discorso, con cui il Gran Giudice, Ministro della Giustizia in Milano, lo annunziò ai Tribunali, Regj Procuratori, e Giudici del Regno d'Italia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pratici del diritto, ma poi anche i 'laici' (in ipotesi) di ogni ceto e provenienza, siano essi persone fisiche o morali, pubbliche o private,

---

"Il GRANDE, che all'Italia divisa stese la destra operatrice di prodigj, e la ricondusse a figurare tra le Potenze dell'Europa, sottraendola al destino fatale di sempre nuovo signore, e di sempre costante servaggio; il GRANDE, che le assicurò una forma di governo non soggetta ad oscillazioni politiche, che preparò a ' suoi popoli un carattere nazionale; compie ora i disegni della sua magnanimità generosa col dono prezioso di un Codice di leggi, che porta in fronte il suo nome immortale.

Il diritto romano, questo ricco deposito delle norme eterne di giustizia, che viva ci conservò per tanti secoli la sapienza del primo popolo della terra , più non bastava alle nuove istituzioni ed ai cangiati costumi. La riforma delle leggi del Lazio era il grido universale della ragione. Da lunga età si ripeteva che la collezione di Giustiniano confusa e sconnessa per colpa de 'suoi compilatori, presentava un'indigesta unione di casi speciali, piuttosto che una concatenazione di principij , ed una conseguente emanazione di regole e di massime. Da lunga età il cittadino giustamente si doleva, che le leggi regolatrici delle sue azioni e di ogni transazione sociale, fossero scritte in una lingua non più intesa dal popolo, e fossero divenute per tal modo, come ai tempi di Papirio e Flavio, il segreto di pochi. Ciò in fine che eccitava maggiori querele, era la continua collisione di leggi con leggi, e di queste con gli statuti e le consuetudini fra loro diverse, quante in numero si contavano città e comuni d'Italia.

Era riservato al GENIO, che presenta all'Universo l'esempio di un nuovo sistema di rigenerazione politica , di ordinare anche la rigenerazione delle leggi civili. I sommi giureprudenti della nazione, che primeggia per grandezza d'Impero, e per esuberanza d'ogni genere di coltura, rifusero la sapienza della romana legislazione, e vi aggiunsero quanto esigevano la situazione ed i bisogni dei popoli moderni.

Questa grande opera è compiuta. Il CODICE NAPOLEONE, che per il terzo Statuto Costituzionale divenne legge dello Stato con la edizione italiana, si offre all'intelligenza d'ogni ordine di persone, e diffonde una luce pura quanto brillante per guidarle sicuramente alla cognizione dei reciproci loro diritti.

I matrimonij, il governo delle famiglie, lo stato dei figlioli, le tutele, le condizioni del domicilio, i diritti degli assenti, le diverse qualità dei beni, i differenti mezzi di acquistarli e di accrescerli, le successioni, i contratti, sono i principali oggetti di un Codice civile.

Il CODICE NAPOLEONE presenta su questi oggetti quanto le antiche e recenti istituzioni offrivano di meglio, rigettati egualmente e gli abusi che non avevano altro appoggio che quello di essere antichi, e le illusioni che la smania sconsiderata d'innovare aveva potuto produrre.

Per esso il matrimonio è investito di tutta la sua dignità, e circondato da quelle prescrizioni che gli convenivano. Per esso la podestà paterna, questo utile supplemento della podestà civile, vien ristabilita nei suoi giusti limiti. L'adozione, appoggio consolante della vecchiaja, e sostegno d'una troppo fresca ed abbandonata età vien determinata con mezzi che correggendo gli abusi di questa benefica istituzione, ne assicurano i vantaggi. La facoltà di disporre è conciliata sapientemente coi diritti della libertà, del pari che con quelli della natura. Può il cittadino essere grato a coloro che gli sono stati utili, può

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oppure professionisti o persino 'amateurs', come per esempio da ultimo ha avuto modo di definirli Michel Rochard in un intervento

---

correggere l'ineguaglianza che la natura o gli eventi abbiano posta tra 'suoi figlioli; ma non può lasciare nella famiglia l'infausta memoria di avere con eccessive liberalità traditi i doveri di padre o di figlio. I figli nascenti trovano in questo CODICE delle forme sicure onde il loro stato civile non abbia mai a soffrire dubbiezze. I coniugi in questo CODICE trovano e di che aumentare i legami della loro unione, e di che provvedere, se sciagurato caso mai sorga, coll'estremo rimedio all'estremo male di un nodo divenuto per essi un tormento. La sapienza del Legislatore, offrendo inoltre il rimedio della separazione di corpo, mette nel cittadino in istato di non aver a lottare fra la tranquillità del riposo e le angoscie di una coscienza agitata.

L'antica legislazione, in mezzo al chiarore solenne di ordinazioni ammirabili, apriva ampie fonti di funesti scandali e d'infiniti litigj, ed accordava talvolta in danno del terzo diritti licenziosi.

Il CODICE NAPOLEONE ha purgato la legislazione da questi torti. Non più s'udiranno presso i tribunali le querele di un figlio diseredato costretto dall'interesse della propria sussistenza a detrarre alla memoria del padre. Non si parlerà più né della necessità d'instituire l'erede, necessità fondata sopra meri sofismi, né delle regole di successione fiduciaria, né della legittimazione per rescritto, sì ingiuriose alle unioni legittime, né della interdizione per titolo di prodigalità, lesiva ad un tempo e del diritto di proprietà del cittadino e del suo onore, né della imprescrittibilità del dominio pubblico, fonte eterno di vessazioni fiscali.

E le donazioni reciproche, cagioni tante volte di atroci fatti, e i lucri dotali introdotti dagli statuti d'Italia, che disponevano di ciò, che la sola libera volontà deve accordare e il privilegio del proprietario della casa, che poteva romper l'affitto con sommo imbarazzo del padre di famiglia, tranquillo dianzi sulla fede del suo contratto, e la vendita scioglitrice delle locazioni ruinosa per l'agricoltore: ecco molta parte d'errori consacrati nella vecchia legislazione, e tolti di mezzo dal CODICE NAPOLEONE.

Magistrati, le grandi innovazioni in materia di politica e di leggi, comunque approvate dalla sapienza calcolatrice del filosofo, hanno bisogno del tempo, affinché la moltitudine resti persuasa della loro utilità. Ma voi, sacerdoti della giustizia, cui non le cieche abitudini, non un'ostinata avversione a tutto ciò che sente l'impronta della novità, ma il sentimento della prosperità nazionale, guidano nell'esercizio delle auguste vostre funzioni: non tarderete a convincervi che i principj tutelari della morale, del diritto di proprietà, della sicurezza del terzo; sono le basi principali di questa legislazione, e che dessa è il più bel dono, che il Genio e la Sapienza potessero fare al popolo italiano.

Penetratevi adunque dello spirito di queste leggi, e con una saggia e ragionata applicazione presentate al popolo nuovi motivi per farle apprezzare. Nel silenzio della legge, che non poteva né doveva tutto prevedere , consultate la vostra coscienza, i vostri lumi e quella tradizione di regole, di massime e di dottrine sparse nella giurisprudenza, che forma lo spirito dei secoli, e che fu sempre riguardata come il vero supplemento di ogni civile legislazione. Se nell'applicazione di queste leggi ai singoli casi, che formeranno l'oggetto dei dibattimenti giudiziarij, ne' avvertiste alcuna che fosse per avventura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relativo ad una commissione per l'armonizzazione dei testi legislativi di recente istituita in Francia (19). Un modello comunicativo che ormai tradizionalmente, sulla falsariga del resto delle analisi propo-

---

inconciliabile con il carattere, con le abitudini, con la situazione del popolo italiano, sia vostra cura di additarmela.

Rischiarato dai vostri lumi e da quelli del tribunale di Cassazione, centro del poter giudiziario, sarò abilitato a proporre quelle utili riforme o supplementi, che SUA MAESTÀ nell'alta sua saggezza si prefisse con la disposizione del terzo Statuto Costituzionale, diretta ad imprimere a questo CODICE il carattere di una legislazione veramente nazionale, con quelle modificazioni che siano il risultato della ragione illuminata dall'osservazione e dall'esperienza, vero ed unico crociuolo della bontà delle leggi".

Questo CODICE sarà pubblicato quanto prima in un Volume in quarto grande, e si venderà a ragione di soldi 3 il foglio.

Dopo la pubblicazione del CODICE, il Piatti si propone di dare alla luce nel medesimo sesto, ed alle stesse condizioni le Discussioni, e Analisi ec., che ne formano il seguito col titolo di Appendice. Egli però non potrà porre in esecuzione questa sua idea se non allorquando avrà raccolto un sufficiente numero d'Associati. Chiunque pertanto desiderasse di far acquisto di tale Appendice potrà soscriversi sollecitamente all'Associazione proposta. "

Sul Luosi e per altre indicazioni anche bibliografiche sul tema delle traduzioni ci permettiamo rimandare a P. CAPPELLINI, *Note storiche introduttive*, in *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia (1806)*, Riedizione anastatica dell'originale a cura e con presentazione di G. CIAN, Padova, 1989, pp. XI-XX. Per chiudere con una nota meno seriosa gli accenni all' itinerario di una 'popolarizzazione' tutta da indagare ci si potrà riferire al testo apparso anonimo a Firenze nel 1873 e che si intitolava appunto *Il codice dell'amore* (rist., Vimercate, 1993), il quale appunto sulla parziale falsariga della sistematica codicistica, scherzosamente rubricava le sue considerazioni in 363 articoli a principiare dal capo I:Del godimento e perdita dei diritti civili e senza trascurare 'istituti' quali il domicilio , l'assenza, la comunanza dei beni, l'arresto, il pegno etc. Un segnale anch'esso, sia pur tenue, della nuova presenza culturale nell'immaginario.

(19) "Si je tiens la codification pour essentielle, c'est afin que le usagers du droit, personnes physiques ou morales, publique ou privées, professionnels ou amateurs, puissent trouver chacun dans un code l'ensemble d'une matière, sous une forme aussi simple que possible", poichè "des codes biens concus apportent clarté et cohérence", Discorso tenuto in occasione dell'istituzione (con decreto 12 settembre 1989, n. 89-647) di una Commissione superiore di codificazione "incaricata di procedere alla semplificazione e chiarificazione del diritto", ovvero, come sintetizza B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, 1998, da cui traiamo anche la citazione, di una codificazione divenuta oggetto della priorità politica governativa, in quanto la si riorienti rispetto al modello classico e la si consideri necessaria come strumento di conoscenza del diritto e della stessa migliore intelligibilità del complesso dei testi normativi: "La codification offre un cadre privilégié pour rassembler un corps de règles jusque-là éclaté, tout en allégeant, en modernisant et en semplifiant le fond du droit" (pp. 14-15).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ste da Roman O. Jakobson, presuppone che tra i due il tramite (vista l'efficacia della figurazione, si cfr. più avanti la fig.1, già trasformata ai nostri fini specifici e si immagini un riquadro attraversato da una linea che collega l'emittente col destinatario) sia costituito dal testo /LINGUA (sempre operando sulla figura successiva:al posto della diade diritto/CODICE infatti nell'originaria sua veste 'linguistica' compariva quella appena ricordata): in altre parole "secondo questo schema" — che ben si attaglia ad esprimere la semplificazione codicistica — "scopo della comunicazione… è la adeguatezza, i cui disturbi vengono considerati turbolenze, ostacoli, provocati da inevitabili imperfezioni tecniche" (20). Poiché poi il modello tende a porsi come ideale sotto il profilo teorico questi ostacoli di comunicazione fra chi emette le norme codificate e gli utenti si potranno considerare come trascurabili. Come vedremo sotto altri aspetti anche in seguito vi è qui il trasferimento tendenziale nella realtà giuridica dell'astrazione — che le codificazioni borghesi rendono almeno in principio (e quindi in apparenza) anche socialmente determinata — astrazione che vorrebbe istituire una via via sempre più completa identità strutturale tra emittente e destinatario (21). Vediamo di concretizzare brevemente la tematica accennata utilizzando qualche esempio storicamente significativo, tra i molti che se ne potrebbero allegare, e significativo in particolare perché denoti ed esprima il profilo in questione in una maniera che lo evidenzi con forza non soltanto sul piano oggettivo, ma anche in virtù di un elevato grado – già allora — di consapevolezza soggettiva del problema. In questo senso è del tutto naturale iniziare da un momento germinativo o seminale, incontrando cioè e cedendo la parola al 'padre' del codice napoleonico. Jean-Etienne-Marie Portalis in una occasione senz'altro topica — ovverosia nell'esporre nella seduta del Consiglio di Stato del 28 ventoso dell'anno XII (19 marzo 1804) i motivi della (poi celebre) "legge relativa alla riunione delle leggi civili in un sol corpo sotto il titolo di Codice civile dei

(20) J. M. LOTMAN , *La cultura e l'esplosione*, cit., p. 13.

(21) Si confrontino supra sub nt. 17 anche le formulazioni di Diderot a proposito della necessità di superare, sia dal punto di vista del legislatore sia da quello del destinatario della norma, la *scissione* di piani 'pre-moderna' e perciò necessariamente pluralistica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Francesi" — pronuncia un discorso conclusivo nel quale, non a caso — e si noti il vocativo iniziale —, del tutto esplicitamente codice e identità del corpo nazionale si convertono l'uno nell'altro, per il tramite di metafore 'polemiche' o 'polemologiche', con una lucidità, chiarezza, e icasticità 'monumentale' che non si saprebbe immaginare maggiore: "*Législateurs, la seule existence d'un Code civil et uniforme est un monument* qui atteste et garantit le retour permanent de la paix intérieure de l'Etat. *Que nos ennemis frémissent*, qu' ils désespèrent de nous diviser, *en voyant toutes les parties de la République ne plus former qu' un seul tout! En voyant plus de 30 millions de Français* autrefois divisés par tant de préjugés et de coutumes différentes, *consentir sollennement les memes sacrifices, et se lier par les memes lois! En voyant enfin une grande nation, composée de tant d'hommes divers, n'avoir plus qu' un sentiment, qu' une pensée, marcher et se conduire comme si tout entière n'était qu' un seul homme!"* (22) Ma era stato già lo stesso Portalis, allorché il 14 dicembre 1801 si era trattato di imbastire un'analisi giustificativa delle soluzioni in tema di promulgazione della legge nel *Titre préliminaire* — quelle soluzioni che non a caso trovavano il loro culmine concettuale nella trasposizione del principio *ignorantia juris non escusat* in quello modernamente decisivo "nul n'est censé ignorer la loi" — ad affermare che ci si trovasse di fronte ad un problema "di comunicazione": "Entre la loi et le peuple pour qui elle est faite, il faut un moyen de communication; car il est nécessaire que le peuple sache ou puisse savoir que la loi existe et qu' elle existe comme loi… La promulgation est une forme extérieure à la loi, comme la parole et l'écriture sont extérieures à la pensée. Mais, comme pour communiquer sa pensée, il faut des signes qui la transmettent, il est également vrai qu' il faut une promulgation pour que la loi ne demeure pas étrangère à ceux qui sont destinés à lui obéir. L'erreur vient de ce qu' on regarde la loi que dans ses rapports avec l'autorité qui la décrète, sans la considérer dans ses rapports avec la nation pour qui la loi existe… de là c'est une règle constante, que l'ignorance du droit n'excuse pas: *ignorantia iuris non excusat*. Tout cela est fondé en raison. Les lois son faites

(22) Testo citato secondo M. LONG, J. - C. MONIER, *Portalis. L'Esprit de justice*, Paris, 1997, p. 24; le sottolineature sono nostre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

généralement…c'est-à- dire, les lois prennent *les hommes en masse*, elle parlent à la société entière…Réellement et de fait, beaucoup de gens ignorent une loi, quoique promulguée; mais si on la certitude morale qu' ils ont pu la connaître, l'ignorance de la loi ne peut les excuser. *On est forcé de se contenter de cette certitude morale…"* (23). Così per Portalis il destinatario individuo-massa (24) costringe il legislatore ("la promulgation est consommè par un acte du Premier consul") a fondarsi sulla conoscenza 'probabile' che ciascun individuo, appunto, può avere: "Le système des probabilités, en cette materiè, n'est donc pas nouveau. Il est inhérent à tous les système de promulgation; il dérive de la force même des choses. *Les possibilités, les probabilités peuvent se calculer; le projet de loi les calcule*, en graduant successivement la loi exécutoire d'après l'échelle des distances graduées. *Mais, nous dit-on, pourquoi ne pas faire promulguer la loi partout? Porquoi une seule promulgation à Paris?...*" (25). E tale

(23) J-M. PORTALIS, *Discorso del 23 frimaio anno X-14 dicembre 1801*, citato secondo F. EWALD (ed.), *Naissance du Code Civil. An VIII* - an XII - 1800-1804. *La raison du Législateur*, Paris, 1989, pp. 108 ss. (sottolineature nostre).

(24) Sulle aporie dell'individualismo (giuridico) moderno, oltre alle classicissime pagine di Giole Solari, degne di accurata riflessione appaiono le analisi di G. SIMMEL , *Forme dell'individualismo*, a cura di F. ANDOLFI, Roma, 2001.

(25) J. M. PORTALIS, loc. ult. cit., p. 110. Il modello di graduazione 'probabilistico', era propugnato da Portalis, esplicitamente, e del tutto consapevolmente giocato simbolicamente contro l'antico regime: "Sotto il passato reggimento la legge era segretamente formata;quindi veniva spedita alle corti supreme. Queste potevano rifiutarne o sospenderne la registratura, e fare delle osservazioni. Essendo la registrazione una formola precedente alla esecuzione della legge, questa esecuzione non poteva aver luogo se non dopo che la legge era stata registrata. Noi dobbiamo pure far osservare che nella maggior parte delle antiche provincie della Francia, la legge non era obbligatoria se non dal giorno della pubblicazione che ne veniva fatta dai tribunali inferiori. Il parere di coloro che vorrebbero rendere obbligatoria la legge solamente dal giorno della sua pubblicazione presso i tribunali di appello o presso i tribunali di circondario, *si riavvicina a quell'antico ordine di cose. Ma quest'ordine non è più. Nel nostro attuale dritto, la legge ha tutta la sa forza e tutti i suoi caratteri, prima d'essere inviata ai tribunali ed alle diverse autorità competenti*; d'altronde la legge ha già acquistato la massima pubblicità mercè i discorsi degli oratori del governo, la discussione del tribunato, e quella che ha luogo innanzi al corpo legislativo. La legge non può essere promulgata dal primo console se non dieci giorni dopo del decreto del corpo legislativo; e durante tutto questo intervallo la notizia della legge continua a spandersi in tutta la repubblica. Dunque l'invio ufficiale della legge alle autorità competenti non è più, nella gerarchia dei poteri, che un mezzo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

processo di astrazione del destinatario si connette inscindibilmente al processo di centralizzazione statuale e alla sua traduzione, più che

---

regolare per rendere la legge intimamene presente ne' diversi luoghi dello Stato, e per assicurarne il deposito in tutti i luoghi ove debb'ess eseguita" (Intervento di Portalis, in *Processi verbali del Consiglio di Stato, seduta del 4 termidoro anno IX, 23 giugno 1801*, in LOCRE', come cit. *infra*, p. 294). Esso troverà seguaci illustri, fuori della terra di Francia, tra i quali si potrà ricordare Andrés Bello;si cfr. nel titolo preliminare del codice cileno gli art. 7 ("Dans le département ou se fait la promulgation, la loi sera réputée connue de tous et obligatoire aprés l'expiration d'un délai de six jours à compter de la date de la promulgation; et, dans tout autre département, après l'expiration du dit délai de six jours augmentée d'un jour par chaque vingt kilomètres de distance entre les chefs-lieux des deux départements. Ce délai, toutefois, pourra etre diminué ou augmenté par la loi elle-meme si elle fixe un autre dèlai spécial") e 8 ("Nul ne pourra alléguer son ignorance de la loi, après l'expiration du délai ordinaire ou spécial, sauf lorsque par suite d'un accident les communications ordinaires auront été, durant ce délai, interrompues entre les deux départements sus-énoncés. Dans ce cas le délai ne courra point pendant la durée de l'interruption"), qui riportati secondo H. PRUDHOMME (ed. e trad.), *Code civil Chilien promulguè le 14 décembre 1855. Entré en viguer le 1 er janvier 1857*, Paris, 1904, p. 2. Acute — e infatti talune di esse saranno tenute in conto nella versione definitiva dell'articolo 1 del titolo preliminare — anche se, com'è noto, probabilmente ispirate anche a secondi fini di politica generale, le critiche immediatamente rivolte (e alle quali le espressioni di Portalis riportate nel testo cercano appunto di 'persuasivamente' replicare), prima in tribunato e poi davanti al corpo legislativo, da ANDRIEUX, *Rapporto nella sessione del 21 frimale anno X (3 dicembre 1801)*, in LOCRE', *Legislazione civile commerciale e criminale ossia Comentario e compimento dei Codici Francesi...*, voltata in italiano... per cura di Giuseppe Ciuffi, Napoli, 1840, vol. I, pp. 314-323, 318-319: "Ma in prima, in una materia tanto importante, tutta questa seducente teoria di possibilità, di presunzioni, dee svanire innanzi ai fatti. Tutte le presunzioni del mondo verranno ad infrangersi dinnanzi al fatto certo che la legge non è arrivata a notizia del cittadino al quale viene opposta, e del tribunale al quale si rimprovera di non averla applicata. Si annullerà forse l'atto fatto dal primo, la sentenza pronunziata dal secondo in questa invincibile ignoranza? Né si dica che un simile ignoranza non avrà mai luogo: essa anzi potrà verificarsi in molti casi, se qualche sentiero, se qualche ponte, sia interamente rotto, se un paese sia inondato, se l'inimico se ne impadronisca colla forza, e rompa tutte le comunicazioni (che Iddio ne sperda il presagio!). Ma in fine ecco de' casi in cui la notizia della legge non potrà arrivare ai cittadini, in cui essa sarà inevitabilmente, invincibilmente ignorata da essi e da' giudici. Bisognava dunque almeno prevenire queste eccezioni, e provvedervi. In un'ora, che dico! In un momento preciso ed indivisibile (poiché il progetto non dice *dal giorno* ma *dal momento*), in un punto matematico nel tempo, e che varierà di distanza in distanza, la legge dovrà essere eseguita da' cittadini nelle diverse parti della Francia. Si può immaginare che tutti i Francesi possano essere messi così alle strette pe' loro atti civili, tra due momenti?... Auxerre sta a quaranta leghe antiche, o venti miriametri circa, lontana da Parigi;ma essa sta nella giurisdizione del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simbolica, nelle nuove forme di misurazione territoriale: "Comment fera-t-on l'arpentages des distances? faudra-t-il mesurer tout le territoire francais? Toutes ces operation sont faites; il ne s'agit que de les rendre sensibles per un *règlement* et par un *tableau*" (26). E veniamo ora alla seconda concretizzazione cui ci riferivamo più sopra, ricavata dalle pagine di uno scrittore che utilizzeremo ancora nel corso del discorso:si tratta di Francesco Carrara, un autore che, a nostro avviso, andrebbe 'riscoperto', anche per i profili che ci riguardano, proprio come uno tra i giuristi ottocenteschi più lucidi in tema di riflessione teorica sul fenomeno della codificazione e della unificazione legislativa, ovvero, per usare proprio di un suo neologismo, della *codicizzazione* (27). In un testo-chiave, anche per una

---

tribunale di appello di Parigi; Roano è fuori di questa giurisdizione ma dista da Parigi sol quattordici miriametri; per ciò a Roano ch'è a venticinque leghe antiche la legge sarà esecutiva dopo sessantasei ore, e ad Auxerre ch'è distante quaranta leghe diverrà esecutiva in trentasei ore. Il momento in cui dee scadere il termine della esecuzione della legge sarebbe spesso incerto e inapplicabile; e il sarebbe anche tanto più perché la fine del termine dipende dal suo principio, e che non si vede in qual momento questo termine principierebbe a decorrere" (cfr. anche, dello stesso, il *Discorso pronunciato nella sessione del corpo legislativo del 23 frimale anno X (14 dicembre 1801), presentando il voto del tribunato*, ivi, pp. 323-330, ove specialmente la critica che "la compilazione della prima parte dell'articolo primo *accorda erroneamente alla promulgazione del primo console l'effetto di completare la legge, e d'imprimerle la forza esecutiva*", laddove invece "questo effetto appartiene esclusivamente al decreto di ammessione pronunziato dal corpo legislativo"; 323-325).

In generale sulle "forbici da geometra" — e sulla 'Francia geometrica' e dipartimentalizzata come "superficie tutta eguale"e sui suoi spazi di potere — della Assemblea Costituente prima, del regime napoleonico poi, indispensabile, da ultimo, il riferimento a L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, spec. pp. 202 ss. e 246 ss. nonché S. Mannoni, *Une et indivisibile. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, vol. I, *La formazione del sistema (1661-1815)*, Milano, 1994, passim. Importanti riflessioni di carattere complessivo anche in H. Lefebvre, *La borghesia e lo spazio*, in Id. *, Spazio e politica. Il diritto alla città II*, Milano, 1976, pp. 123 ss. e passim.

(26) J. M. Portalis, loc. cit., p. 114.

(27) Ovviamente tematica affrontata a partire dalla prospettiva penalistica. Alludiamo in particolare, tra le numerose prese di posizione, ai saggi *Se la unità sia la condizione del giure penale (Prolusione al corso accademico dell'anno 1865-66)*, in F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, III ed., vol. II, Prato, 1878, pp. 7-39; *Sulla crisi legislativa in Italia (considerazioni) (1863)*, ibid., pp. 167-214; *Codicizzazione (Studi legislativi) (1869)*, ibid., pp. 215-230; *Unità di giurisprudenza (1871)*, in F. Carrara, *Opuscoli* cit., vol. V, Lucca, 1874, pp. 45-58.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riflessione storiografica moderna la quale, sfuggendo a molti percorsi già battuti, volesse farsi carico di un dibattito, che oggi sembra tornare d'attualità per i giuristi di area anglosassone (28), ma che già all'epoca, pur restando un 'sentiero interrotto', aveva toccato questioni essenziali alla forma-codice, interrogandosi per l'appunto col prender le mosse dal problema dei destinatari del codice — e intendiamo alludere al dibattito sviluppatosi sulla necessità o meno di approntare oltre ad un codice per i cittadini, o in altre formulazioni, in quanto diretto alla magistratura, conforme ai criteri del tecnicismo scientifico, anche un *codice per i giurati* —; testo, dicevamo, inserito in un'opera del 1874 (29), così aveva ad esprimersi, pur fatto appunto il debito spazio all'osservazione delle differenze di accezione linguistica con le quali i termini tecnici venivano usati di volta in volta dallo scienziato e dal "volgo": "Non è né contrastabile né infrequente siffatta differenziale; ed a questa sarà sempre bene che avverta il legislatore nel linguaggio che elegge; e vi avverta non per uno speciale riguardo ai *Giurati*, ma per amore della semplicità e chiarezza del *tecnicismo scientifico*; e per lo interesse di *tutti i cittadini*: avvegnachè (sarà forse ancor questo un mio torto pensiero) io tengo per fermo che ogni onesto cittadino abbia il *diritto* (dico *diritto*, e non ritiro la parola) di leggere il codice penale per trovarvi le regole della propria condotta; e penso che violi questo *diritto* il legislatore che imitando Caligola fa leggi che non si intendono" (30).

---

(28) P. H. Robinson, P. D. Greene, N. R. Goldstein, *Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, n. 2, 1996, pp. 304 ss. Colgo l'occasione per ringraziare l'amico Michele Papa di avermi dato fondamentali indicazioni sulla rinascita di questo dibattito.

(29) F. Carrara, *Il Codice per i Giurati*, in Id., *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Roma, Torino, Firenze, 1874, pp. 85-99. Carrara riprendeva il problema avanzato, inizialmente sul giornale *Le Leggi* stampato a Genova, da B. Paoli, *Il Codice penale e i Giurati*, ora in Id., *Studii di giurisprudenza italiana comparata*, Firenze, 1873, pp. 165-174.

(30) F. Carrara, *Il Codice dei giurati*, cit., p. 94 (tutte le sottolineature nel testo). Carrara proseguendo poi nella discussione specifica della problematica (alla quale abbiamo prossimamente intenzione di dedicare apposito studio), e concludendo, come ben si intendeva, per la negativa, delinea una sua eventuale migliore soluzione: "Ed in questo senso trovo giustissima la osservazione testé fatta da un mio dotto collega che primo svolgimento del pensiero di fare un codice speciale *ad usum juratorum* dovrebbe

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'idea, in sostanza, che il codice crei un diritto nuovo nell'utente — un diritto enfatizzato dal nostro, quasi si trattasse, non per caso, di un termine tecnico, di un vero e proprio diritto soggettivo 'costituzionalmente' definibile —, un diritto di conoscenza, ricavabile *senza mediazione*, direttamente dalla 'lettura', delle norme che la legislazione codicizzata propone, e quindi, in altre parole, di avere un'identità comunicativa totale (o tendenzialmente tale) con il legislatore-(giusto un retroterra ideologico di estrazione illuministica che pare prestare proprio all'innovazione codicistica intesa come 'forma' caratteri pressoché 'magici'). Tuttavia un tale modello astratto della comunicazione giuridica sottintende non soltanto, appunto, l'uso di uno stesso 'codice del codice', ma anche un'uguale volume di 'memoria' nell'emittente e nel destinatario. In realtà la sostituzione del termine Lingua/diritto col termine 'codice' (fig.1) non è affatto così innocua come appare

Fig. 1

E, andrebbe anche soggiunto, come potrebbe in particolare apparire — e qui concordo in pieno con l'acuta analisi di Pio Caroni (31) (alludo al dattiloscritto di una illuminante lezione napo-

essere la abolizione perpetua della esosa ed insulsa divisione dei reati in *crimini* e *delitti.*Il Codice utilissimo a farsi, avuto riguardo alla istituzione dei Giurati nell'attuale sistema di *questioni*, sarebbe (se fosse possibile) un codice ufficiale delle *questioni*. Ma questo non sarebbe un *codice penale* pei Giurati, ma un *codice procedurale* pei signori Presidenti. Il quale dovrebbe servire ad impedir loro di tender tranelli nelle questioni presentate ai Giurati: dovrebbe impedir loro di creare con definizioni cerebrine delitti incogniti al codice vigente: impedir loro di sovrimporre alle scuse ammesse dalla legge condizioni e limiti di loro invenzione" (p. 95).

(31) L'impegno ormai di decenni del nostro verso una fondazione metodologicamente e 'politicamente' approfondita della ancor giovane disciplina storiografica avente ad oggetto la codificazione e i codici e la ricca messe di studi che ne è conseguita può esser qui rammemorato solo *per relationem*. Basti, tra i moltissimi che si dovrebbero fare,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

letana dello scorso anno, amichevolmente trasmessomi, ma spero che l'autore avrà poi modo di tornarvi sopra anche nel suo intervento) — se la storiografia tende a 'diminuire', per così dire, la distanza che intercorre tra la tradizione giuridica antecedente e la codificazione; se si tende, insomma, a ridurre fondamentalmente la storia del codice a storia della codificazione *prima* del codice; in buona sostanza allo scopo talvolta di sottolinearne le continuità giusromanistiche, talaltra a vedere nel codice più specificatamente un "parto moderno del sistema del diritto comune", accentuando cioè l'importanza del suo innegabile carattere di 'palinsesto' sotto il profilo dei contenuti e magari della stessa autoconsapevolezza soggettiva dei facitori — basterebbe per esempio ricordare l'affermazione, divenuta poi notissima, ancora dovuta alla voce di un Portalis volto a relativizzare la codificazione medesima e secondo la quale "Les codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler, on ne les fait pas…" (32) oppure pensare alla posizione 'equitativo-giusnaturalistica' assunta dallo stesso Portalis in rapporto all'articolo 4 (33): tesi questa insomma dell'assenza di cesura, che

---

il richiamo alle fondamentali *Lecciones Catalanas sobre la Historia de la Codificacion* (Madrid, 1996), ora disponibili anche in italiano: P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

(32) Cfr. M. Long, J-C. Monier, *Portalis*, cit., p. 18.

(33) Un'ulteriore riprova è data già dalla scarsa presenza di riferimenti al tema nel c. c. del 1865, che sulla falsariga del code napoleon, ma mai in termini generali, fa emergere il ruolo marginale ad essa riservato (un'enumerazione per rapidi tratti potrà essere tediosa ma ha una sua qualche forza visualizzante: art. 463 in tema di accessione mobiliare, che quando ha per oggetto mobili appartenenti a diversi proprietari, è regolata dai principi dell'equità naturale, una regola generale poi 'rimangiata' dal timoroso legislatore che ne codifica i casi negli art. 464 ss.; art. 578: equa conciliazione in tema di acque private; art. 1124 in tema di contratti che ne prevede l'esecuzione secondo buona fede e stabilisce ch'essi obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità l'uso o la legge ne derivano: andrà soggiunto però che in tale ambito l' equità è considerata supplettiva in caso di lacune, ma da molti autori, coevi e non, in realtà viene considerata mera reminiscenza storica e non vera fonte; art. 1652 in tema di scioglimento della masseria si attribuisce un equo apprezzamento — "lasciato alla prudenza ed equità" — dei giusti motivi da parte della autorità giudiziaria, come nel caso di malattia abituale che renda inabile il massaro alla coltivazione, o nel caso di mancanza del locatore o del massaro agli impegni; art. 1718: "se i soci hanno convenuto di rimettersi al giudizio di uno di essi o di un terzo per determinare le porzioni la determinazione che sarà data non può

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emerge in critica talora neppure troppo larvata alla contraria ipotesi della discontinuità fondata sull'assolutistica "più colossale operazione di politica del diritto nell'intero arco della storia giuridica occidentale" (e non solo tendiamo ad aggiungere noi) (34). Non è difficile capire perché tale operazione — la sostituzione progressiva o puntuale come si voglia del riferimento a 'diritto' (giustizia) con 'codice' (e la sua eventuale minimizzazione storiografica) — sia tutt'altro che innocua. Il termine "codice "comporta infatti l'idea di una struttura appena creata, sottolineandone soprattutto il carattere artificiale, che d'altro canto, coerentemente ma altresì paradossalmente, allude ad un'introduzione basata su di un accordo 'istantaneo', che rimanda appunto alla ulteriore e contemporanea creazione di un nuovo spazio politico quasi non temporale (35). L'introduzione della terminologia relativa a 'codice', anche a prescindere da tutte le sue altre conseguenze, nella fase 'classica' presuppone appunto che anche la società civile sia costruita artificialmente, istantaneamente: sarebbe facile ricordare, da un lato, il "velo d'ignoranza" cui fa riferimento fondativo ancora recentemente un autore come Rawls, e, d'altro canto, non altri che il pluriricordato 'padre' del Code civil, che pur condannando, esplicitamente e quasi vassallianamente *ante*

---

impugnarsi che nel caso sia evidentemente contraria a equità", con riferimento ad un difetto di proporzionalità fra contributi e utili. Che il carattere tutt'altro che sistematico del ricorso a questa nozione, decisiva e ben diversamente caratterizzata nell'ordinamento dello *ius commune*, sia solo un sintomo di ben più profonda rottura, come opportunamente già Calasso ci ricordava, non sfuggì all'occhio attento di un Vittorio Scialoja, il quale non esitò, in una prolusione inaugurale del 1879, a parlare del tutto apertamente di una vera e propria "guerra" ormai 'inaugurata' tra il diritto positivo e l'equità (cfr. F. CALASSO, voce *Equità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1966, p. 68).

(34) Non è troppo larvato il riferimento, da ultimo, a P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001;sulle propaggini più recenti del dibattito storiografico anche 'revisionistico' rimandiamo al nostro *Napoleonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29 (2000), pp. 487-494. Si veda comunque l'importante saggio di A. CAVANNA , *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, 1 *(2001)*, pp. 85-129.

(35) Sulle sue caratteristiche, ai nostri fini, puntualissime annotazioni soprattutto in F. ROMANI, *Il Contratto Sociale, il dilemma del prigioniero e la rivincita di Hobbes*, in *Fondamenti, Rivista quadrimestrale di cultura 2 (1985), Il contratto:un'ipotesi di giustizia*, pp. 71-94 e E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, *L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, cit. *infra sub* nt. 42, 141-149.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

litteram, ancora nel celebre *Discours Préliminaire*, l'*esprit révolutionnaire* in quanto incompatibile con la necessaria autonomia del diritto privato, posto ch'esso si presenta proprio come quel "desiderio esaltato di sacrificare violentemente tutti i diritti ad uno scopo e finalità politica, e di non ammettere più altro tipo di considerazione se non quella di un misterioso e variabile interesse di Stato", pure altrettanto esplicitamente riconosceva nell'istantaneità dell'evento rivoluzionario ("*Tout à coup* une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus;on interroge toutes les institutions… Alors on revient aux idèes d'uniformité dans la législation, parce qu' on entrevoit la possibilité de les réaliser.") (36) l'ineluttabile premessa della nuova codificazione. C'è dunque in qualche modo l'idea che siamo in uno spazio artificiale e astratto, ' totale', che a sua volta legittima l'introduzione di una nozione altrettanto astratta. Il codice come totalità (sia pure determinata o 'speciale', per usare della formula carrariana) non sottintende quindi la storia;o per essere più precisi, come già con acutezza osservava Carbonnier, la codificazione "est plus qu' un multiple de la loi: il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en meme temps qu' un espoir d'arreter le cours de l'histoire" (37). Il codice come sistema che nega la sua storia, spera di arrestare la storia. Se riprendiamo da qui il filo del percorso lotmanniano dovremmo allora approfondire il senso dell'affermazione che il codice non sottintende la storia; col sottolineare, cioè, nell'esaminare ora la cosa sotto il profilo psicologico, come esso ci orienta, e orienta i giuristi, verso il linguaggio artificiale, che si presume anche sia — e coerentemente diventa — il modello ideale del linguaggio in genere (38). Una serie di possibili conferme storiche della circostanza che l'introduzione dell'idea di ('eterna' perfezione del) codice — "E tornando ai Codici, io ripeto che i primi trionfi della civiltà rendono soli possibile un Codice: *ma che un Codice perfetto non è possibile se non ove la civiltà ha raggiunto quell'apogeo che è sperabile sulla terra*" (39) — sia in qualche modo legata a quella della lingua

(36) Cfr. F. Ewald (ed.), *Naissance du Code Civil*, cit., p. 36.
(37) Cfr. B. Oppetit, *Essai sur la codification*, cit., p. 9.
(38) Così ancora J. M. Lotman, *La cultura e l'esplosione*, cit., p. 13.
(39) F. Carrara, *Codicizzazione*, cit., p. 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

artificiale ci si affolla alla mente, insieme alla considerazione che anche su questo terreno molto resti da fare per una storiografia che del problema voglia farsi carico in modo non episodico. Dalla ricerche, 'leibniziane' e non, secentesche, ma soprattutto settecentesche, in tema di lingua perfetta, all'idea rivoluzionaria — incarnata per esempio dall'abbé Gregoire e dalla sua significativa battaglia egualizzante contro il *patois*, contro il proliferare dei dialetti che lacera l'unità nazionale e impedisce al legislatore di farsi capire (né può essere ritenuto estrinseco il nesso tra il suo *Rapport* sulla necessità e i mezzi d'*annientare*(sic) il patois e di universalizzare l'uso della lingua francese, il nesso fra l'"annientamento" delle differenze e l'espansione dei lumi e la facile esecuzione delle leggi, visto che la macchina logico-concettuale funziona alla stesso modo contro il gergo 'germanico ebraico rabbinico', propugnando altresì un'emancipazione degli ebrei resi uguali a condizione della rinuncia totale alle differenze, visto che "tollerarli per quello che sono" è pericoloso e inaccettabile, con movenze che rendono plausibile individuare meccanismi e tonalità da 'colonizzazione ' interna dell'immaginario) (40) —, all'idea rivoluzionaria, dicevamo, che l'unificazione linguistica sia la premessa dell'unificazione giuridica (41) e ad una possibile indagine sul problema della lingua(anche legislativa) rivoluzionaria, giacobina e napoleonica in particolare (42). Bisogne-

(40) Per i profili culturali su accennati nell'opera dell'abbé Gregoire cfr. le lucidissime analisi di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, 2000, pp. 81-88.

(41) Per le vicende italiane della lingua giuridica si dovrebbe far capo a pressoché tutti i preziosi saggi di P. Fiorelli; per brevità vedi almeno P. FIORELLI, *La lingua giuridica dal De Luca al Buonaparte*, in AA. VV., *Teorie e pratiche linguistiche nell'Italia del Settecento*, Bologna , 1984, pp. 127-157.

(42) Sul punto sono da vedere, e tuttavia da valutare piuttosto come buoni (s)punti di partenza, i saggi di R. BALIBAR, *L'action révolutionnaire des lettrés dans la simplification démocratique de la langue francaise*; J-P. ALLINNE, *Le tutoiement révolutionnaire. Jalons pour une approche sociolinguistique* e J. GUILHAUMOU, *Qu' est-ce que faire parler la loi? La "langue du droit" chez les grammairiens et les "missionnaires" patriotes pendant la Révolution francaise*, in AA. VV., *La Révolution et l'Ordre Juridique Privé. Rationalité ou Scandale?, Actes du Colloque d'Orleans 11-13 septembre 1986*, tome I, Paris, 1988, rispettivamente pp. 89-98; 99-108; 125-131. Una testimonianza non irrilevante in G. F. LA HARPE, *Del fanatismo nella lingua rivoluzionaria*, A Parigi presso Mignaret Stampatore... 1797, tradotto dal francese, Bologna (s. d.), pp. 221.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rebbe, in una parola, e se possiamo coniare, certo su falsariga non ignota, un'espressione un po' icastica, farsi carico del problema del percorso del "codice come macchina(da guerra) contro *il diritto vernacolare*", contro il diritto delle differenze; sempre Carrara, confermando la sua presa di posizione liberale e quindi avversa ad un *codice speciale* caratterizzato dalle peculiarità del destinatario — nella fattispecie il codice adatto ai giurati del quale discuteva con Baldassarre Paoli — non per caso viene a ribadirla proprio con l'argomento (negativo) del "dialetto": "Io non veggo adunque come possa neppure dalle differenze che spesso intercedono fra il linguaggio volgare e il linguaggio giuridico ricavarsi un prestigio atto a dar corpo alla *idea del codice giuratesco. Dirò di più che sostenendo siffatta causa come determinante la codicizzazione speciale* si andrebbe all'assurdo di *esigere un codice speciale per ogni provincia d'Italia, a motivo della diversità dei dialetti*" (43). La macchina codice, dunque, funziona come macchina che riduce il diritto vernacolare ad un livello di insignificanza:l'annientamento delle diversità diventa una caratteristica della codificazione nel suo modello classico. Al pluralismo delle differenze ormai irreversibilmente (almeno in via di principio e nelle intenzioni) desolidarizzate (44), viene sostituito-istituito come destinatario un soggetto dalla fragile unificazione, anzi nella sua profonda radice scisso, bene espresso dall'endiade rivoluzionaria, non rinnegata successivamente, di 'homme/citoyen', laddove però i due termini devono 'articolarsi' necessariamente tra loro mediante l'invenzione di un termine medio, l'individuo; e laddove, inoltre, resta chiaro che il passaggio, compiuto all'interno del campo discorsivo che li chiude entrambi, verso il 'cittadino' inizia proprio coll'emergere della coscienza di sé dell''homme' che, certamente, si sviluppa nell'interiorità, ma che tende contemporaneamente ad aprirsi all'esteriorità della norma oggettiva della legislazione positiva: "*la conscience de soi contient la conscience formelle de la loi, de sa*

(43) F. Carrara, *Il Codice per i Giurati*, cit., p. 96. Cfr. per un rapido panorama della specifica 'geografia', G. Bertoni, *Profilo linguistico d'Italia*, Modena, 1940.

(44) Cfr. P. Cappellini, *"Status" accipitur tripliciter. Postilla breve per una anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale'*, in *Studi in Memoria di Mario E. Viora*, Roma, 1990, pp. 73-148.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necessité" (45). Si tratta in definitiva di un'apertura tanto necessitata quanto espropriante. Essa palesa anzitutto — e il rinvio d'obbligo non può non essere alla *Questione ebraica* del 1844 — come il reale e veritiero contenuto di questo nuovo soggetto pubblico sia, di fatto, in tutto e per tutto un soggetto privato, e sarà perfettamente inutile ricordare che "on sera citoyen comme on est propriétarie, et il faudra bientot, juste retour des choses, etre proprietarie pou etre citoyen" (46). Ma, inoltre: al compimento secondo le intenzioni della necessaria circolazione tra i tre termini, del necessario passaggio dell'individuo all'uomo libero e al cittadino, si oppongono propriamente due ostacoli, l'uno *politico*, l'altro *civile*, entrambi preludenti, e fin dal glorioso inizio, alla svolta autoritaria del regime e del code civil napoleonici (47). Politicamente, il cittadino, come individuo, e come individuo posto in uno spazio politico artificiale quale quello del 'contratto' che libera e stimola le manifestazioni della sua volontà, non è però realmente in grado di "vouloir toute loi" (48). D'altro canto, sul piano della società civile, la tensione originaria — e fortemente radicata nella acquisita (auto)coscienza 'del sé' liberale — ad una piena e libera realizzazione dei 'diritti', si scontra con l'altrettanto presente(alla coscienza) bisogno di sicurezza, e le *Moi civil* rischia di vedersi riespresso dalla (aspirazione quasi esclusiva alla realizzazione della) formula dell'articolo 6 del Titolo preliminare del code, "l'ordre public et les bonnes moeurs". Il combinato disposto di questi due ostacoli conduce alla conseguenza che l'aspetto soggettivo della individualità venga radicalmente margina-

(45) E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, *L'invention de l'individu*, cit., p. 144. Per ulteriori riflessioni sull'intrinseca aporeticità dell'individualismo giuridico moderno, rimandiamo anche a P. CAPPELLINI, *Der "Individualismus" gegen das Individuum. Vorläufige Gedanken über die (fragliche) Stelle des Individuums in den internationalen Rechtsverhältnissen, sowie im völkerrechtlichen Rechtsdenken*, in C. PETERSON (hrsg), *History and European Private Law*, cit., pp. 1-28.

(46) E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, *L'invention de l'individu*, cit., p. 145.

(47) Sul carattere autoritario di quest'ultimo vedi da ultimo, dopo gli antesignani (e solitari, almeno in terra di Francia) lavori di Xavier Martin (sui quali cfr. la letteratura cit. supra, in nt. 34), J. -L. HALPERIN, *Histoire du droit privé francais depuis 1804*, Paris, 1996, spec. pp. 22 ss.

(48) "Le citoyen peut-il, comme individu, vouloir toute la loi?" (E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, loc. cit., p. 147).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lizzato quando si tratta di rispondere al quesito relativo all'obbedienza alla legge; che la legge parli ormai solo a nome di se stessa e che si faccia assolutamente predominante una logica dell'obbiettivizzazione: "Dans cette logique de l'objectivation, la loi va se substituer aux mobiles initiaux des volontés individuelles, pour apparaitre comme seule cause licite du contrat, en meme temps que son effet principal. *Le citoyen devra se soumettre à la loi parce que c'est la loi*, bien plus que par libre obéissance à la loi qu' il s'est prescrite. Ce qui signifie égalment qu' il perdra de vue la nature contractuelle de l'obligation: *il sera obligé d'obéir*, il ne s'y oblitera plus. *L'execution du contrat social implique paradoxalement sa dénaturation. L'épanouissement de l'individualité contractante trouve ses limites dans l'expansion positiviste de la loi…Cette derive autoritaire, dont le législateur de 89 ne semble pas avoir prise la mesure, invalide l'articulation individuelle de l'homme et du citoyen*" (49).O ancora, se lo si preferisca come filologicamente più cogente, potremmo accogliere un chiara consapevolezza 'contemporanea', seppur di poco posteriore agli eventi narrati, che si raccomanda non certo per la sua notorietà, ma sì per la felicità e forza di espressione, se ci si passa il 'transfert', del (solitamente allora e oggi) 'rimosso' alla coscienza: "*Quindi la legge di libertà vuole che si resti al posto legale che si ha, né si tenti mai di cambiarlo con isforzi e con popolare favore fuori della via che segna la Legge*. Se il nostro incivilimento è pure una verità, come credo, sapremo stare nei limiti della Legge, onde accogliere i frutti della libertà. Soltanto abbisogna, che gli scrittori e i capi meritamente influenti del popolo non restino mai dal metterla in venerazione presso di lui, e al santo nome di quella far piegare il capo: e ciò molto più coi fatti, mentre a questi meglio che alle parole il popolo acconsente. *La forza morale proveniente dalla Legalità universalmente acconsentita*, riceve sommo vigore dalla Politica o Prudenza sociale estesa alle masse: e ciò consiste nel conoscere la parte utile delle cose, e nel trovare i mezzi reali per conseguirle… *di questo positivismo…* noi molto ne abbisogniamo…" (50).

Ma questo fenomeno tipicamente costitutivo, e non solo agli al-

(49) *Ibidem*, pp. 147-148.

(50) La conferma, che più letterale non si potrebbe desiderare, sempre con riferimento alla prima metà del secolo, riportata nel testo, ma questa volta di provenienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bori, dell'impostazione 'liberale', questa *doppia costrizione* della quale la legge/codice è strumento e che si palesa nella sottomissione degli individui ad un regime comune, e, nello stesso tempo, nell'impedire ogni contestazione politica di tale regime per il tramite dell'instaurazione di un canale di legalità necessario per le sue eventuali specificazioni, concretizzazioni, e modificazioni, prevalentemente connesso, stavolta, all'idea di contratto privato, e quindi anche alla riassunzione individuale della sottomissione comune (51); questa 'passione' per l'artificialità e l'obbiettivizzazione-ipostatizzazione dell'obbligo ad obbedire come residua razionalità autoreferenziale della positività della legge che si sostituisce a forme diverse di legittimazione, ormai 'weberianamente' squalificabili (e squalificate) come arcaiche o carismatiche, ci spinge infine ad aprire — ed anche, per ora, a rapidamente richiudere — il varco verso l'ultimo terreno di un percorso di riprova non usuale o troppo battuto: vogliamo alludere sia alle vicende della 'quasi' coeva, culturalmente parlando, postulazione di una "scienza della legislazione" — e ovviamente non solo in Italia o Francia, ma questa storia 'disciplinare' resta tutta da fare (52) —, sia ai suoi sviluppi (o non sviluppi) recenti. È una scienza che a tutta prima sarebbe stata o apparsa necessaria alla codificazione, e che paradossalmente non si è radicata, se non forse, ma comunque acquisendo uno

---

'peninsulare' si può leggere nell'opuscolo di D. ZAPPI *, Della Forza Militare e della Forza Morale nello Stato*, Firenze, Tipografia David Passigli, 1848, p. 17.

(51) Argomento ricavato da alcune riflessioni ad altro, ma connesso, proposito di Husson e Potte-Bonneville, cfr. R. DONATI, *Moretti, Magrelli e la civile disobbedienza*, in *L'Apostrofo*, Anno V, n. 14, gennaio-settembre 2001, p. 27.

(52) Con molta probabilità questa 'storia mancata' è l'interfaccia storiografica di una storica prevalenza, quella iniziale della Scuola Storica sui fautori della codificazione, che ha, per così dire, abraso tutta una letteratura. In terra di Germania cfr. per esempio J. F. REITEMEIER, *Über Gesetzgebung insbesondere in den deutschen Reichstaaten*, Frankfurt an den Oder, 1806. Qualche sparsa e scarsa indicazione, ma nessuna tematizzazione in H. -U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin, 1978. Importanti notazioni storiografiche, seppur più che in generale sulla storia della scienza della legislazione propriamente detta, sul connesso profilo della discussione sulle tecniche legislative in F. EBEL, *Beobachtungen zur Gesetzgebungtechnik im 19. Jahrhundert — dargestellt insbesondere an der Frage der Legaldefinitionen*, in J. RÖDIG (hrsg.), *Studien zur einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin, Heidelberg, New York, pp. 337-352. Sempre utile, allora, G. DILCHER, *Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht*, in *Juristenzeitung*, 1969, pp. 1-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spazio assolutamente marginale, in modo ondulatorio: e basterebbe richiamarsi appunto, come più sopra si accennava, ad un suo recentissimo 'ritorno' nel dibattito dottrinale e 'governamentale' del vicino transalpino, con l'istituzione della 'Commission supériore de codification' (1989), e con l'inaugurarsi di una non sempre lineare riflessione, ad essa connessa, sulla necessità di evitare i *maxicodici* e sul c.d. metodo di *codificazione a diritto costante* ([53]). Ma non solo ad essa ci

---

([53]) Su tutta la questione cfr. F. TERRE, A. OUTIN-ADAM *, Codifier , un art difficil (à propos d'un code de commerce)* in *Droits*, 1994, *Chron.*, p. 99 e soprattutto B. OPPETIT *, Essai sur la codification*, cit., spec., pp. 41 ss. Di particolare rilievo — vedilo ivi, *Annexes*, pp. 71-88 — a firma di Alan Juppé la *Circulaire du Premier Ministre du 30 mai 1996 relative a la Codification des textes législatifs et réglementaires (JO* 5 juin), laddove appunto si afferma che "*...cette effort s'inscrit dans une tradition nationale, qui a été illustrée par les cinq grand codes napoléoniens* et qui s'est développée depuis la Liberation ...la stratégie retenue est celle de la codification du droit existant, dite "à droit constant". Celle-ci entraine déjà, par le regroupement et la clarification qu' elle opère, une amélioration du droit. Elle précède l'effort de simplification des textes, qu' elle prépare et facilite" (p. 71-72). Può essere interessante ricordare che nella fase ancora 'eroica' della scienza della legislazione l'alternativa (simil-muratoriana?) di una tecnica di codificazione a diritto costante — della quale comunque andrebbero accuratamente chiarite le parentele , *ma anche le dissomiglianze*, con il paradigma d'antico regime della c. d. 'consolidazione' , per usare del fortunato neologismo di M. Viora —, era ben presente, cfr. ancora J. REITEMEIER, *Über die Redaction eines deutschen Gesetzbuches aus den brauchbaren aber unveränderten Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland*, Frankfurt an der Oder, 1800. In verità, comunque, la prospettiva che solo l'anno precedente la Commissione si prefiggeva teneva strettamente legate l'intrapresa di una *ricodificazione* tecnica con quella di una vera e propria *refonte* del sistema codicistico *nella sua integralità*, nonché di una 'codicizzazione' — noi parleremmo in molti casi volentieri di testi unici, ma non può esser trascurato di questo progetto il programmatico accostamento sotto la medesima denominazione carica di senso di entrambe le figure — di tutto l'ordinamento giuridico che costituisse la premessa per una "riforma di fondo". Cfr. infatti il *Programme général de Codification 1996-2000 adopté par la Commission supérieure de codification dans sa séance du 4 décembre 1995*: "***1. Code civil. ***2. Code pénal. A-Vie Publique. a)Institutions politiques:*3. Code des pouvoirs publics constitutionelles. **4. Code électoral. b) Justice:*5. Code de la magistrature. **6. Code de l'organisation judiciaire. *7. Code de la jurisdiction administrative. **8. Code de la procédure civile et des voies d'exécution. *9. Code des professions juridiques et judiciaires. c) Administration. *10. Code de l'administration. *11. Code de la fonction publique. **12. Code des marchés publics et autres contrats d'intérêt général. *13. Code des propriétés publiques. d)Finances. *14. Code du droit budgétaire et de la comptabilité publique. **15. Code général des impots. **16. Code des procédures fiscales. **17. Code des douanes. e)Police. **18. Code de la route. *19. Code de l'entrée, du

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si potrà limitare ad alludere: come non fare cenno anche ai tentativi tedeschi di rifondazione della *Gesetzgebungstheorie* versus *Gesetzgebungstechnik*; e penso qui in particolare ai lavori veramente suggestivi e all'idea di fondo di una figura sin troppo dimenticata, quella di Jürgen Rödig, un autore scomparso giovanissimo appena trentatreenne, ma che, in una con quelli del suo significativo entourage, a nostro sommesso avviso andrebbe riscoperto e ristudiato anche in prospettiva storica (54). L'idea cioè che sia possibile ed in qualche modo auspicabile non solo sotto il profilo dell'utilità, ma, come diremo subito, anche sotto il profilo 'politico' del recupero in chiave di democratizzazione di una delle istanze originarie del processo di codicizzazione, assiomatizzare il linguaggio del legislatore ed del diritto in generale (55) , ridurre fin dal principio la turbolenza linguistica della legislazione, eliminare le lacune (56) e imprecisioni linguistiche anche

---

séjour et du travail des étrangers. f) Défense. *20. Code de la Défense. B) Activités économiques. ** 21. Code de commerce. * 22. Code monétaire et financier. ** 23. Code rural. *24. Code de l'environnement. **25. Code de l'urbanisme. **26. Code de la construction et de l'habitat. * 27. Code de l'énergie et des mines. * 28. Code des transports. ** 29. Code des postes et télécommunications. **30. Code de l'artisanat. **31. Code des assurances. C. Activités sociales. ** 32. Code de la santé publique. ** 33. Code de l'action sociale. * 34. Code social des professions maritimes. * 35. Code de la sécurité industrielle. * 36. Code des associations et fondations. ** 37. Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre. D. Culture. *38. Code de la communication. *39. Code de l'éducation. * 40. Code du patrimoine. * 41. Code de la recherche. * 42. Code du sport.

Les codes précédés d'un astérisque sont entièrement nouveaux. Les code précédés de deux astérisque sont des codes anciens dont la refonte apparaît nécessaire en raison de l'évolution de la matière sans modifier le droit existante. Les codes précédé de trois astérisques doivent seulement faire l'objet de compléments".

(54) Cfr. E. Baden, *Die gesetzgebungstheoretische Konzeption Jürgen Rödigs. Versuch einer Analyse*, in U. Klug, Th. Ramm, F. Rittner, B. Schmiedel (hrsg.), *Gesetzgebungstheorie , Juristische Logik Zivil-und Prozessrecht , Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, Berlin, Heidelberg, New York, 1978, pp. 110 128.

(55) J. Rödig, *Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme*, in Id., *Schriften zur juristischen Logik*, hrsg. von E. Bund, B. Schmiedel, G. Thieler-Mevissen. Mit einem Geleitwort von U. Klug, Berlin, Heidelberg, New York, 1980, pp. 65-106. Cfr. anche Id., *Zum Begriff des Gesetzes in der Rechtswissenschaft*, in J. Rödig (hrsg.), *Studien zur einer Theorie der Gesetzgebung*, cit., pp. 5-49.

(56) D. Freischmidt, *Aspekte des Lückenproblems in der Gesetzgebungstheorie*, in J. Rödig, *Studien zur einer Theorie der Gesetzgebung*, cit., pp. 420-431.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel processo formativo (57), spingere legislatore (e di conseguenza anche gli altri operatori giuridici) ad una esplicitazione e chiarificazione delle premesse e delle alternative che si codificano (58), dando finalmente effettivo rilievo al ruolo dei destinatari e introdurre nella loro gestione giurisprudenziale — benché anche a questo proposito i critici abbiano individuato, forse troppo precipitosamente a motivo delle indulgenze 'matematiche' al calcolo logico e alla rilevante inclinazione a suggerire l'utilizzo dei procedimenti informatici (59), il rischio di una deriva tecnocratica — criteri di razionalità che, prendendo lo spunto dalla riconsiderazione anche storicamente fondata delle affinità strutturali emergenti fra le 'massime' intese come 'principi-guida' utilizzati nelle decisioni dei casi e la tecnica legislativa codicistica di formulazione di articoli e paragrafi, recuperino su di un più elevato piano di riconsiderazione dei ruoli di entrambe una nuova articolazione di conformità (60). L'importanza ai nostri fini di un lavoro della memoria che scavi in angoli apparentemente remoti, e non solo, ovviamente, per lo storico, è duplice. Da un lato, l'osservazione che qui, nonostante la specifica genialità, per l'oggi in molti punti ancora anticipatrice, e la finissima rarefazione concettuale, ci troviamo di fronte, nel fondo, ad idee che ritornano e ritornano appunto perché sin dall'origine (storicamente) rimosse; a dimostrazione che la struttura della forma-codice 'funziona' in qualche modo realmente come una 'macchina': eliminando la storia essa fa si che si ripropongano continuamente, ricorsivamente, delle tematiche che non vengono, e non per caso, assorbite. Non per caso, dicevamo. In questo senso la

---

(57) Interessanti e tipici esempi di sviluppo di tale prospettiva in F. LACHMAYER, *Graphische Darstellung als Hilfsmittel des Gesetzgeber*, in U. Klug e. a. (hrsg), *Gesetzgebungstheorie*, cit., pp. 50-58;nonchè in R. BENDER, *Das „ Sandhaufentheorem". (1, 2). Ein Beitrag zur Regelungstechnik in der Gesetzgebungslehre*, ivi, pp. 34-42.

(58) G. REINER, *Ein Ansatz zur Explizierung gesetzlichen Strukturen*, in J. RÖDIG (hrsg.), *Studien zur einer Theorie der Gesetzgebung*, cit., pp. 273-280 e F. SCHULZ VON THUN, *Können Gesetztexte verständlicher formuliert werden?*, ivi, pp. 432-453.

(59) Cfr. ad es. J. RÖDIG, *Ein Kalkül des juristischen Schliessens*, in ID., *Schriften zur juristischen Logik*, cit., pp. 107-158 e D. CRAEMER, *Computerunterstütztes Planspiel zur Erprobung von Gesetzentwürfes — am Beispiel des Datenschutzkonfliktes*, in J. RÖDIG (hrsg), *Studien zur einer Theorie der Gesetzgebung*, cit., pp. 529-550.

(60) Cfr., proveniente dallo stesso *Arbeitkreis*, l'importante testo di D. RETHORN, *Kodifikationgerechte Rechtsprechung. Eine Untersuchung zur Bildung und zur Funktion von Leitsätzen*, Berlin, 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

radicalità senza compromessi del liberalismo democratico di Rödig — ed è raro, non nascondiamocelo, poter affermare (di qualcuno e in particolare) di un giurista che di *vero* liberalismo e di *vera* democraticità si tratti — ci guida sull'altra importante sponda. Infatti l'esigenza che una tale scienza della legislazione pone con forza — e per l'appunto, cosa ancor più significativa, dall'interno del modello a prevalenza legislativo-codicistica — è l'esigenza apparentemente(e ideologicamente) pro(con)clamata ma mai veramente e concretamente messa in agenda da quel modello, quella stessa esigenza che già faceva aggiungere ad un Carrara trattarsi forse ormai di "un suo torto pensiero". Diamo per un attimo, a chiarimento, direttamente la parola al nostro. Il punto di partenza dell'impostazione di una scienza della legislazione è la presa di coscienza che quasi esclusivo oggetto della tradizionale dottrina del metodo e dogmatica giuridica post-codicistica sia la legge esistente alla quale ci si "sottomette" in definitiva "in modo rassegnato" e formale, utilizzando poi i consueti strumenti dell'analogia, dell'argomento *a contrario* etc. al fine di implementare il processo decisionale: in sostanza un atteggiamento metodologicamente fondato che è però spia di un conservatorismo politico legalista. Al contrario i compiti sinora inevasi di cui dovrebbe farsi carico la disciplina da recuperare e rifondare dovrebbero essere rappresentati specialmente innanzitutto dall'analisi scientifica dei contenuti normativi ancora da stabilire, dalla "*Auslegung ex ante*", ovverosia dall'implementazione dell'interpretazione mediante l'esame delle concezioni che stanno alla base della legislazione per il tramite dell'analisi scientificamente 'presa sul serio' dei materiali, lavori preparatori, preamboli, paragrafi introduttivi, "*kausalen Rechtssätzen*", ed infine l'indirizzarsi dell'applicazione di una legge alla prospettiva della riforma legislativa: in breve, per usare di un parametro temporale, il recupero fattivo, di contro ad un esclusivo privilegiamento del presente del caso, delle dimensioni del *passato* e del *futuro*. Ma anche il presente dovrebbe giocare un ruolo del tutto rilevante, seppur su di un altro piano, dato che si tratterebbe di rimettere in questione proprio l'autorità del legislatore che abbiamo visto tautologicamente fondarsi sul vincolo astratto della mera obbedienza: "*Die Autorität des Gesetzgebers muss in einem möglichst aktuellen Konsens aller Betroffenen bestehen* (anstatt in der unlegitimierten Massgeblichkeit unserer Ahnen). Ein solcher Konsens bedarf aber einer gewissen Minimal-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Information des Bürgers.Gesetzgebungs-und Rechtsanwendungsverfahren *müssen für den Bürger durch Informationsvermittlung Transparent gemacht werden*. Der so informierte Bürger vermag sich wirkungsvoll in den politischen Parteien zusammenschliessen, um von da aus auf den Prozess der Normsetzung Einfluss zu nehmen *und so das demokratische Prinzip zu verwirklichen helfen. Nicht zuletz unter diesem Aspekt ist hinreichende Information über das Recht für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaat von nicht minderer Bedeutung als ein gutes, strikt beachtetes Recht selbst*" (61). L'esigenza primaria di tale tipo di approccio si svela allora in tutto il suo potenziale critico — anche se proprio questo elemento, in sé aporetico (l'accettazione politica di un modello che in pratica si critica radicalmente per la sua diuturna infedeltà alle premesse), è di nuovo inutile nasconderselo, ora come all'inizio dell'impero del paradigma moderno, lascia spazio a facili prognosi di più o meno tacita irricevibilità o rimozione — rispetto all'esistente, nel dichiarato intento di estendere a sempre più larghe cerchie di cittadini la familiarità attiva e la responsabilità per la loro propria legislazione e per la sua fondamentale struttura di 'alternative' comportamentali e regolative (62), con la non secondaria finalità di evitare di sfociare in un approdo tutt'altro che infrequente per l'ordinamento giuridico 'moderno': il diritto 'assurdo' (63). Potenziale critico che, ridotto al suo nucleo generativo, suona restaurazione integrale della centralità del soggetto, della persona, di *tutte* le persone destinatarie delle norme(codificate, sia pure), e delle tecniche di *comunicazione* poste al suo servizio. Ad un punto tale che, guardata in filigrana, questa concezione, e la nuova-vecchia disciplina che se ne fa portatrice — e della quale ora capiamo meglio anche storicamente la 'strana' non conciliabilità proprio con il suo oggetto principe, la legge/codice — rappresentano sinteticamente una vera e

---

(61) J. Rödig, *Zum Stellenwert der Gesetzgebungstheorie in der herkömmlichen Dogmatik sowie in der traditionellen Methodenlehre*, in Id., *Schriften zur juristischen Logik*, cit., pp. 302-303.

(62) Fondamentale sul punto J. Rödig, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin, Heidelberg, New York, 1969.

(63) Vedi, su questa troppo trascurata tematica dell'irrazionalità giuridica per eterogenesi dei fini derivante dai moderni tentativi di razionalizzazione esasperata, almeno H. Dölle, *Absurdes Recht?*, in R. Dietz , H. Hübner, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Bd. I, München und Berlin, 1965, pp. 23-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propria 'riduzione' degli strumenti di regolazione giuridica, ed *in primis* ovviamente di quello legislativo anche nella sua forma principe (64), a strumenti di "trasmissione di informazione" ("*Vermittlung von Information*") (65). Dunque anche dall'interno della prospettiva 'artificiale' della sostituzione di 'diritto' con 'codice', e seppure nei 'territori' più periferici e marginali della medesima, riemerge in tutto il suo (in realtà tuttora irrisolto) rilievo il tema di quel soggetto destinatario che la codificazione stessa storicamente 'inventa', fonda, ma contemporaneamente teoricamente 'toglie', dovendolo altresì 'presupporre', ma solo in astratto, risolto.

4. Torniamo allora ad esplorare, una volta raggiunta la temporanea stazione finale di quel sentiero ancor oggi largamente 'interrotto', l'altra via, l'alternativa di possibilità ch'essa ci offre. Possiamo infatti tranquillamente affermare, recuperando il nostro precedente compagno di viaggio, che la coppia "lingua"/ diritto, al contrario, inconsciamente suscita in noi la rappresentazione dell'estensione storica dell'esistenza (66). Apriamo dunque un altro tipo di finestra. Ci accorgiamo allora che un tentativo di far riemergere la dimensione di *langue* del moderno diritto codificato per il giurista che comunque volesse trovare, muovendosi ancora al suo interno, ma con una prospettiva critica diversa da quella sopra enunciata, una autonoma via di uscita, non potrebbe verificarsi, su questo piano, se non recuperando una nuova modalità di rapporto con la

(64) J. RÖDIG, *Logiche Untersuchungen zur Makrostruktur rechtlicher Kodifikate*, in ID., *Schriften zur juristischen Logik*, cit., pp. 335-354. Del resto in un luogo topico della sua riflessione aveva potuto lucidamente affermare, proprio in relazione ad uno dei compiti che l'assiomatizzazione avrebbe dovuto svolgere in relazione alla specifica forma-codice: "Bereits der *Versuch*, und zwar bereits ein *heute vielleicht noch so sehr zum Scheitern verurteilter Versuch* der Axiomatisierung der ersten drei Bücher des BGB, des Wechselrecht oder eines noch begrenzter Gebiets könnte eine ungeahnte Mannigfaltigkeit neuartiger rechtsdogmatische Aspekte ergeben" (J. RÖDIG, *Axiomatisierbakeit juristischer Systeme*, cit., p. 106; sottolineature in grassetto nel testo).

(65) Cfr. E. BADEN, *Die gesetzgebungstheoretische Konzeption Jurgen Rödigs*, cit., p. 113: "Genau betrachtet, bewirkt diese Konzeption eine Reduktion des Regelungsanspruchs auf die *Vermittlung von Information*. Regelungsinstrumente wie etwa Gesetze, Richtersprüche, Verwaltungsakte fungiere damit als Medien der Informationsübermittlung, sie können mithin auf diese Funktion exakt abgestimmt werden".

(66) J. M. LOTMAN, *La cultura e l'esplosione*, cit., p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disciplina che più da vicino ci concerne, ovvero la storiografia giuridica. Essa non per caso, nelle sue derivazioni più avvertite ci indica con chiarezza che quella dimensione non può che essere il codice *più* la sua storia. Per dirla con Caroni infatti la storia è aggiunta al codice 'dopo' il codice. Ma quale storia? Anche qui le osservazioni del nostro, che prosegue un itinerario che lo vede del resto in ottima compagnia, centrano in positivo assolutamente il bersaglio e ci aiutano a scoprire una di quelle dimensioni altre e plurali — in questo caso appunto sul piano della storiografia — a cui volevamo veder dedicato il convegno. Infatti qui la denuncia di inesorabile 'riduzionismo' che rimprovera al codice di aver favorito il positivismo legislativo e che sempre più gli rinfaccia quella chiusura anche culturalmente devastante che da qualche tempo ha trovato la icastica ma pertinente qualificazione di "assolutismo giuridico", non può arrestarsi e ritener in tal modo di aver chiusi tutti i conti, almeno se si faccia riferimento ad un ulteriore profilo, non sempre sufficientemente avvertito o sottolineato, della potenziale positiva operatività di quello specifico approccio storiografico; e cito interpolando: "chi legga infatti la transizione come ho appena suggerito, la storia la scopre, ma altrove. Sarà cioè, in breve, la storia *del codice* e non la storia *della codificazione*. Non sarà più quella che il codice conclude e si lascia alle spalle —intesa quindi in qualche misura questa non come storia di minor rilievo, ma come storia che, presa da sola, rischia di essere ingannevole, poiché, concludendola, così in realtà la rinnega —, ma quella che gli succede, che impercettibilmente si insedia tra le sue pieghe e le sue righe. Prende cioè il largo all'atto della promulgazione, ed accompagna poi silenziosamente il codice, giorno dopo giorno, dandosi e dando ragione dell'impatto che ebbe sulla società e quindi *del grado di accettazione* (dei contenuti accettati e respinti;delle svolte e sviluppi proposti e anche bloccati; delle interpretazioni favorite e osteggiate; delle consuetudini che talvolta l'hanno integrato ma anche corretto, etc. etc.)". Una storia del codice, insomma, *successiva* alla sua entrata in vigore ed anche una storia *realistica*, in quanto mirante, al di là delle ideologie proclamate o invece astrattamente disconosciute, e anche delle 'migliori' intenzioni di chi detiene, nel processo di formazione, il potere di fare la legge, alla spesso prosaica effettività delle realizzazioni, alla concretezza dell'accettazione degli *Adressaten*. Così,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oltre a far riemergere sul proscenio per altra via il tema centrale dei destinatari del codice e della loro interazione, del loro grado di accettazione o rifiuto, questa si rivela anche, per avvalersi di un'altra sua felice formulazione, inopinatamente come la storia, appunto ancora marginalizzata, "di un'incognita", facendoci cioè uscire da una falsa familiarità con l'oggetto codice, estraniandocelo. Il codice non ci si manifesta più per quel che ci sembra, ovvero una cosa ben nota, su cui non vale la pena di riflettere; siamo anzi finalmente stimolati a procedere in avanti verso una sinora non poi tanto implicita legittimazione di una "storia contemporanea del diritto" della cui necessità — anche e soprattutto per il giurista, e specialmente se il discorso codificatorio, come appare secondo le sue più recenti versioni post-classiche, o postmoderne che dir si voglia, potrà rivelarsi compatibile con un sistema legislativo policentrico (67) — sarà finalmente il caso di prendere atto (68). Se torniamo

(67) Già R. Sacco, *I Codici civili dell'ultimo cinquantennio*, in *Rivista di diritto civile*, anno XXXIX (1993), *Parte prima*, pp. 311-316, notava che, per restare al quadro europeo, del resto da lui stesso ampiamente e giustamente travalicato, oltre a tre modelli (storicamente)-base, uno sterile (quello dell'ABGB austriaco) e "due produttivi, capaci di circolare, che figliavano molte imitazioni" (rispettivamente il Code civil e il BGB), si poteva enucleare, più appartato certo, un quarto modello di codificazione, ovvero quello di codice *extraformale*, rappresentato nel secondo dopoguerra, dai due codici (per le note ragioni di non lunga vigenza) tedesco orientale (1975) e cecoslovacco ed in precedenza dal codice del Montenegro (1888) dovuto appunto al lavoro del giurista montenegrino Bogišić, discepolo di uno dei principali maestri del diritto libero, Eugen Ehrlich — codice per il quale non si può non rimandare ai molti e ormai notissimi interventi di Carlos Petit, che espressamente ringrazio per avermene messo a disposizione l'edizione italiana (*Codice civile generale del principato del Montenegro. Traduzione italiana sulla nuova modificata edizione originale di Antonio Martecchini...*, Spalato, 1900) Orbene — oltre ad una problematica ed anche una tecnica legislativa che potrebbero rivelarsi, in società come oggi si ama definirle multietniche e multiculturali, attualissime (cfr. ad es. l'art. 12, Parte I, sez. II: "Neppure la diversità di religione porta differenza nei diritti civili, perché le relative leggi sono eguali tanto per i cristiani di qualunque confessione, quanto per i non cristiani di qualsiasi credenza", ivi, p. 4; per tacere del ruolo che vi svolgono come soggetti primari, in ordine ascendente, le Comunità di famiglia, le Fratrie e le Tribù) — in esso veniva già di fatto nettamente profilato (in netta alternativa alla tradizione codicistica dominante) un modello policentrico di fonti (art. 2: "Negli affari per i quali non vi fossero delle norme nella presente legge, e neppure nei complementi della medesima, dovranno servire di regola le vigenti sane consuetudini"; art. 3: "Se per un affare o caso speciale non vi fossero norme determinate né nelle leggi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allora con questi strumenti a rileggere la concezione monolinguistica della comunicazione che sottende l'introduzione del modello forma-codice vedremo come essa celi in sé alcune deduzioni fondamentali che, di nuovo, possiamo sintetizzare, seguendo Lotman: anzitutto è chiaro che la trasmissione di informazione all'interno di una struttura "senza memoria", come il codice si manifesta, potrebbe garantire in ipotesi realmente un alto grado d'identità (69). Se noi ci

---

né nelle consuetudini, si dovrà aver riguardo per analogia ad altre norme consimili, od altrimenti decidere la questione secondo i principi generali della giustizia e dell'equità"; art. 4: "Quando v'ha dubbio se una disposizione di legge debba essere applicata ad un affare o ad un caso speciale, oppure quando una disposizione a primo aspetto, non si presenta del tutto chiara, allora si dovrà ricorrere ad una speciale interpretazione, per discernere il suo giusto senso e la vera intenzione che aveva il legislatore all'atto della sua emissione", ivi, pp. 1-2. La *speciale interpretazione* di cui si fa questione è regolata nella peculiare e interessantissima *Parte Sesta (Schiarimenti, definizioni, complementi)* del codice agli artt. 776 ("Ogni qual volta che si vuole interpretare una legge , prima di tutto bisogna, in quanto sia necessario, determinare il *senso naturale* (prosti razum), e il *proprio significato delle parole* (smisto samih rijeći). Quindi si ricercano e si rilevano, in quanto sia necessario e possibile, tutte le circostanze, le cause e gl'impulsi fra i quali ha avuto luogo la disposizione di legge. Conseguentemente bisogna procurare: di scoprire i motivi che determinarono il legislatore di fare una tal legge, come pure, cosa colla stessa desiderava di conseguire; d'indagare in qual nesso questa legge si trovi colle altre norme di uguale o somigliante specie; di risapere se il legislatore aveva veramente in vista un genere di affari come è quello di cui si tratta, ecc. *Tutta questa operazione si deve eseguire in modo semplice, naturale, senza sforzi, senza sottigliezze, senza idee preconcette. Si deve, inoltre, sempre riflettere a ciò, che nel legislatore non poteva in verun modo esservi l'intenzione di autorizzare il giudice di commettere un ingiustizia a danno di chissisia basandosi a una disposizione men chiara*" — salvo i primi due, corsivi nostri) e 777: " Se in seguito a un tale esame risulta, che il legislatore, nel promulgare la regola non aveva in mira la specie di affari di cui si tratta, si presume che su ciò nella legge non v'ha regola alcuna. In questo caso il giudice deve procedere secondo le disposizioni degli art. 2°; e 3°; del presente Codice, ma, tenendo, per quanto è possibile, dinanzi agli occhi, la tendenza e lo spirito delle altre leggi che si occupano di uguali o analoghi affari";pp. 224-225).

(68) Il testo cui adesivamente ci riferiamo, in amichevole ma anche assolutamente oggettiva sintonia di intenti, è P. Caroni, *La storia della codificazione e quella del codice*, testo originariamente di una lezione napoletana dell'aprile 1999, e grazie alla cordiale gentilezza dell'autore (che rinnovatamene vogliamo qui ringraziare) pervenutoci nel gennaio 2000 *pro manuscripto*, prima cioè della prevista pubblicazione sulla rivista *Index*.

(69) J. M. Lotman, *loc. cit*., p. 14. Questo andrà forse considerato uno degli elementi che potrebbero spiegare la propensione di alcuni, sia in campo scientifico che politico, e in generale spingere gli organismi europei verso una codificazione unificatrice,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentassimo l'emittente e il destinatario partecipi senza residui dello stesso codice (idea limite dell'autoapplicabilità, interpretazione riservata al legislatore, giudice automa etc.) o rispettivamente dotati di due codici tendenzialmente uguali (si potrebbe forse pensare al modello 'puro' della c.d. scuola dell' esegesi (70), e simili) e 'totalmente privi di memoria', allora si potrebbe dire che la comprensione

---

nonostante o proprio perché sinora saremmo di fronte ad un codice *senza Stato*: appunto perché il codice non è dotato solo di una valenza tecnica ma, per usare della bella espressione di Natalino Irti, di un plusvalore politico (cfr. N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, spec. pp. 15 ss.), che attiene al processo di ridefinizione, in senso lato, dell'unità 'statale' (qui 'comunitaria', dell'unione europea) e si concreta nel suo essere strumento di identità; questo sua possibilità di porsi anche come fattore identificativo è appunto strettamente connesso, è una conseguenza del suo essere una 'struttura senza memoria'. Come opportunamente ha avuto modo di notare C. CASTRONOVO (nel saggio cit. *infra* sub nt. 86): "nonostante l'amplificazione di significato politico e di portata giuridica della Comunità europea, in seguito all'inquadramento nella forma più ampia costituita dalla Unione europea operatone dal Trattato di Maastricht, non si può non prendere atto che essa ha ancora quale destinatario individuale dei propri atti istituzionali e delle proprie regole il *bourgeois*, non ancora il *citoyen*, l' *homo oeconomicus* non l' *homo politicus*;la comunità è ancora degli Stati non dei cittadini, mentre è del tutto oscuro come possa darsi un codice europeo comune del diritto privato senza una vera cittadinanza europea... È bensì vero, infatti, che il Trattato di Maastricht ha inserito nel Trattato istitutivo della Comunità europea una nuova parte seconda dedicata proprio alla *Cittadinanza dell'Unione*. Ma è subito chiaro che questa è in massima parte una cittadinanza di secondo grado in quanto è l'essere cittadino di uno Stato membro che attribuisce automaticamente la cittadinanza europea (art. 8. 1). Ora i codici di diritto privato sono storicamente il corollario di una cittadinanza attribuita nella stessa misura a tutti i membri di una comunità statuale, ed è chiaro che a tale corollario non può preludere la cittadinanza dell'Unione così come essa è attualmente..."; tuttavia, a parte le considerazioni finali in merito alla messa in opera al proposito di un diverso modello di codificazione, alle quali fin d'ora rimandiamo, è lo stesso autore che indica una possibile via d'uscita: "Il fatto che l'unità europea costituirà il risultato istituzionale in attesa e in vista del quale è comunque necessaria l'attivazione di strutture giuridiche, fa sì che queste ultime, mentre nella prospettiva propria degli Stati nazionali presuppongono l'esistenza di essi, dei quali sono frutto sul pano storico e corollario sul piano teorico, nella esperienza europea rappresentino gli elementi dal formarsi dei quali l'unità europea come entità giuridico-istituzionale viene a poco a poco ad esistenza. Ciò che negli Stati nazionali viene normalmente dopo qui deve venire necessariamente prima".

(70) Ci asteniamo qui rigorosamente dall'entrare nel merito della polemica storiografica sulla portata di tale designazione, notoriamente tardiva, perché qui ci è sufficiente prendere atto della pensabilità (anch'essa altrettanto storica) del modello; cfr. comunque per i termini della questione M. GLÄSER, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivi-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(giuridica) tra loro sarebbe "perfetta, ma anche che il valore dell'informazione trasmessa sarebbe minimo, e la stessa informazione rigorosamente limitata" (71). Del resto Hayek aveva già avuto modo di notare, individuando un analogo fenomeno — anche se in una prospettiva assai diversa, e ai nostri orecchi continentali forse paradossale e senz'altro provocativa, visto che s'intendeva affermare la maggior astrattezza del diritto basato sul precedente, rispetto a quello legislativo —, che nei giudici di *common law* la capacità di individuare principi generali è inversamente proporzionale alla presenza di regole generali fissate dal legislatore: tanto più manchino, siano assenti queste regole stereotipe, tanto più il giudice sarà in grado di formulare i principi generali che realmente reggono il sistema (72). Un tale sistema non può adempiere a tutte le diverse funzioni che storicamente competono al diritto: infatti si potrebbe

---

lrecht des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main, 1996, spec. pp. 44 ss., autore del resto sul quale ci siamo soffermati in altra sede (vedi *supra*, sub nt. 34).

(71) J. M. Lotman, *loc. cit.*, p. 14.

(72) Cfr. F. A. von Hayek , *Legge, legislazione e libertà*. Edizione italiana a cura di A. Petroni e S. Monti Bragadin, Milano, Padova, 2000, pp. 111 ss. e spec. 113: "Il punto particolare che vogliamo qui sviluppare è che un diritto, quale il *common law*, emergente da un processo di decisioni giudiziali, è di necessità astratto, mentre così non è per il diritto creato dai comandi di un legislatore... Sembra che la costante necessità di articolare verbalmente regole per distinguere ciò che è rilevante e ciò che è accidentale nei precedenti che lo guidano, produca nel giudice di *common law* una capacità di scoprire principi generali raramente acquisita da un giudice che operi avendo dinanzi *un catalogo, che si suppone completo*, delle regole applicabili. Sembra che, quando non si dispone di generalizzazioni, si mantiene viva quella capacità di stabilirle che l'uso *meccanico di formule verbali* tende a distruggere. Il giudice di *common law* è costretto ad essere molto più consapevole del fatto che le parole sono *sempre un'imperfetta espressione* di ciò che i suoi predecessori hanno cercato di formulare. *Se oggi i comandi di un legislatore spesso prendono la forma di quelle regole astratte che emergono da un processo di decisioni giurisprudenziali, è perché sono state foggiate su quel modello. Ma è molto improbabile che un governante desideroso di organizzare le attività dei suoi sudditi per raggiungere dei risultati definiti e prevedibili possa mai aver ottenuto i suoi scopi stabilendo regole universali dirette a governare ugualmente le azioni di ciascuno*." (corsivi nostri). Vedi anche Id., *La società libera*, a cura di S. Ricossa, Formello, 1998, spec. pp. 181 ss. Il carattere paradossale si stempera però di molto se ci si ricollega alle risultanze 'demistificanti' dell'approccio della nuova *Gesetzgebungstheorie*, ed in particolare al testo di D. Rethorn citato *supra*, sub nt. 60

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dire, per restare nel parallelismo linguistico, che un emittente e un destinatario perfettamente identici e omogenei si comprenderanno bene l'un l'altro, ma non avranno di che parlare (73). O meglio che l'ideale della loro comunicazione e informazione, in effetti, si rivelerà essere la *trasmissione di comandi* (secondo una tesi riduzionistica estrema e, a nostro sommesso avviso, in questa sede non più approfonditamente motivabile, fondamentalmente e inconsciamente gnostico-manicheistica, cioè tipicamente moderna (74), che come è ben noto è stata spesso dedotta dai teorici più conseguenti e formalisti). Invece nella 'normale' e tradizionale comunicazione umana e giuridica, e quindi nel quadro di un funzionamento adeguato dello strumento comunicativo diritto, è contenuto il presupposto di una *non identità* di partenza tra 'parlante' e 'ascoltatore', che rende inevitabile una situazione di intersezione dello spazio

(73) J. M. LOTMAN, *loc. ult. cit*.

(74) Con sullo sfondo le ben note e appassionatamente discusse tesi di E. VOEGELIN, *Il Mito del Mondo Nuovo. Saggi sui movimenti rivoluzionari del nostro tempo* (1959), Milano, 1990, faccio mia, e mi assumo ovviamente la responsabilità della 'estensione' al campo specifico — sulla base per verità della ricorsività della paura del 'caos' e del 'disordine' (cfr. soltanto un ennesimo esempio supra, sub nt. 17) che sembra sempre sottesa a quasi tutte le espressioni del razionalismo moderno — una acutissima osservazione di un altro autore prematuramente scomparso, ovvero F. JESI, *Spartakus. Simbologia della rivolta*, a cura di A. Cavalletti, Torino, 2000, p. 95: " *La cultura moderna è molto più vicina al manicheismo di quanto lascino supporre le sue più evidenti implicazioni teologiche*. Manicheismo, infatti, non significa soltanto contrapposizione dogmatica di luce e tenebra, di Dio e materia, *bensì anche orrore del caos*, timore esasperato del brulicame disordinato di forme... La grande crisi spirituale al culmine della quale il Doctor Faust goethiano stringe il patto col demone, nasce dalla constatazione dell'impossibilità non di *dominare* ma di *ordinare* la realtà multiforme della materia" (ultimi due corsivi di F.J.). Si potrebbe dire allora che la tesi riduzionistica estrema (normativismo imperativista), cui facciamo cenno nel testo, trovi le sue radici nel codice come simbolo della modernità, appunto in ragione della metafisica 'nascosta' di quest'ultima; ed, inoltre, che il codice non per caso può assurgere a simbolo compendioso della modernità giuridica proprio in quanto strumento razionalistico di controllo del 'disordine', della frammentazione, del caos appunto. Come strumento faustiano, insomma, di controllo dell'angoscia, del timore, della paura di non riuscire più a realizzare *un ordine*. Argomento che potrebbe essere corroborato, *a contrario*, dalla sicura emergenza di un ordine gerarchicamente pluralizzato su più piani, e che, soprattutto, non ha per sua contropartita o alternativa , situandosi nel più ampio ordine creaturale e cosmico voluto da Dio, il caos, ordine invece tipico della civiltà giuridica medioevale; cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

linguistico dei due (fig. 2, dove essi sono rappresentati da due cerchi, rispettivamente A e B in parte intersecati, ed aventi quindi un settore in comune).

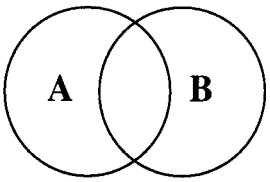


Fig. 2

Se si versasse, quindi, in una situazione di non intersezione la comunicazione si presupporrebbe impossibile, mentre una completa identità (cerchi A e B concentrici)la renderebbe, a sua volta, priva di contenuto ([75]).

Così viene ammessa come necessaria l'intersezione determinata di questi spazi e al contempo l'intersecarsi di due tendenze contrastanti: aspirazione a facilitare la comprensione, che costantemente porterà a tentativi di allargare il campo di intersezione, da un lato, e l'aspirazione ad accrescere il valore del messaggio, che è legata alla tendenza ad ampliare al massimo la differenza fra A e B .Quindi elemento indispensabile che dovrebbe essere valorizzato, incentivato, e non ridotto, è l'introduzione del concetto di tensione, di una certa resistenza di forze, che gli spazi di A e B oppongono l'uno all'altro — fino a giungere al paradosso che il valore del rapporto risulta legato non tanto alle parti che intersecandosi facilitano la comunicazione, ma piuttosto a quello che sembrerebbe un processo di traduzione 'impossibile', la trasmissione di informazioni tra le parti che *non* si intersecano: anzi, più è difficile e inadeguata la traduzione di una parte non intersecantesi dello spazio nel linguaggio dell'altra, più prezioso diviene, nelle relazioni informative e sociali, il fatto di questa paradossale comunicazione.

([75]) Così J. M. LOTMAN, *loc. ult. cit.* Cogliamo l'occasione per ringraziare la signora Rossella Mondani per l'aiuto fornitoci nella rielaborazione ed inserimento dei grafici contenuti nel testo di Lotman, e di cui ci stiamo servendo, come si diceva, 'in trasposizione'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La necessità, dunque, di sottolineare come un valore positivo questa tensione, questo allargamento della differenza — differenza, per esempio e per capirsi, fra dottrina e legislazione —; di non cercare di farle meccanicamente convergere, ma piuttosto mantenere la distinzione: in tensione, appunto.Anche a questo proposito potremmo invocare a soccorso e 'illuminazione' Francesco Carrara, nonostante, o meglio, forse proprio in forza del fatto che fosse pure lui — l'abbiamo visto — certamente un sostenitore tipicamente 'progressivo' e quasi esteticamente affascinato, dell'idea di "*codice perfetto*" come uno tra i più convincenti sintomi e simboli dell'incivilimento: "I Codici destinati a reggere le nazioni nascono, crescono e progrediscono in numero, *in bellezza*, ed autorità, nella ragione diretta del rispettivo incivilimento. È impossibilie che i popoli primitivi finchè si agitano nella barbarie sentano *il bisogno di ordinamenti legislativi completi*, o chiedano Codici, o pensino a procacciarsene…Allora soltanto quando nella nazione si è sviluppato il senso giuridico di una maggioranza capace di farsi rispettare, *nasce il desiderio di un Codice universale della nazione regolatore dei diritti di ognuno*, e nasce insieme la potestà di attuarlo e di mantenerlo in una vita efficace e reale… E tornando ai Codici, io ripeto che i primi trionfi della civiltà rendono soli possibile un Codice: *ma che un Codice perfetto non è possibile se non ove la civiltà ha raggiunto quell'apogeo che è sperabile sulla terra*" (76). Orbene proprio questo Carrara quando, in un celebre saggio, viene a parlare dell'unità della legge e si rende conto che i contemporanei pensano che l'unità della legge, per mezzo di anche di strumenti come la unificazione dei tribunali di cassazione, possa produrre una unità della giurisprudenza, significativamente si ritrae e, da un lato, mostra, in nome di una scienza giuridica 'alta' e a forte capacità comunicativa, come l'unità della legge non produca affatto l'unità della giurisprudenza; e soprattutto, dall'altro, cerca in tutti i modi di dimostrare che una tale ipotesi porterebbe a risultati radicalmente negativi per l'evoluzione del diritto, altrettanto significativamente mantenendo l'opzione contro l'*immobilizzazione* di una giurisprudenza 'codificata' e in pro dell'ampliamento della 'sfera di tensione':

(76) F. Carrara, *Codicizzazione*, cit., rispettivamente pp. 217, 219, 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"Sommo bene di una Nazione è che la scienza giuridica perpetuamente si svolga, si elabori e progredisca… A questo giova *lo attrito delle opinioni, ed anzi ne è strumento indispensabile*" (77). E quindi in sostanza si tratterebbe anche di rivalorizzare gli spazi che invece di facilitare la comunicazione la rendono meno agevole, ma più significativa e più ricca di contenuti informativi.

5. Questo percorso interpretativo apparentemente astratto che cosa porta dunque a concludere, ovviamente se si assuma che il modello così enucleato 'funzioni'? Che la forma-codice, sotto il profilo pragmatico, cioè di relazione con gli utenti, ha in partenza un difetto, appunto un difetto di esasperata astrazione e di uniformazione eccessiva dei rapporti comunicativi. Tale 'difetto', che ci pare per più versi 'strutturale', deriva, non è difficile ormai affermarlo, sostanzialmente anche dalle sue origini storiche; e qui bisognerebbe farsi carico in modo storiograficamente più esplicito — sia in generale sia nel dettaglio, cosa del resto tut'altro che agevole in un momento caratterizzato da un recupero forte delle impostazioni 'neoilluministiche' — della 'dialettica dell'Illuminismo' nella confutazione in radice di molti dei luoghi comuni e dei semplicismi,

---

(77) "Voglio mostrare che la *unità di giurisprudenza* è un *desideratum* al quale invano si spera di giungere nella realtà della pratica con la *unità della legge* e con la *unicità della Cassazione*... E i giudizi variando necessariamente col variare degli uomini, agognare la unità di giurisprudenza equivale a cercare la quadratura del circolo... Io rispetto le loro opinioni: e non oso discutere le ragioni desunte da altro terreno per le quali essi credono dovere essere proficua per l'Italia un'unica Cassazione sostituita alle quattro Cassazioni attualmente vigenti. Ma quando fra tali ragioni odo ripetere (e forse come regina di tutte) quella del benefizio della unità *di giurisprudenza*, io mi permetto di considerare siffatta speranza come un sogno dorato... Sommo bene di una Nazione è che la scienza giuridica perpetuamente si svolga, si elabori, e progredisca nella via santissima della verità. A questo giova *l'attrito* delle opinioni, *ed anzi ne è strumento indispensabile* — corsivi nostri —. La provvidenza, più saggia sempre degli uomini, volle appunto che *la unità e immobilità della giurisprudenza fosse un impossibile non mai raggiunto dai ciechi desiderii degli uomini*: e lo volle appunto perché volle che tutto procedesse nella vita umanitaria per una incessante via di progresso. E fermo in questo pensiero io soggiungo che la unica Cassazione, la quale non soddisfarà mai il voto inconsulto di chi desidera la indiscutibilità e irrevocabilità delle massime giurisprudenziali, *quando per impugnata ipotesi raggiungesse siffatto fine, segnerebbe l'ora deplorabile della ultima agonia della scienza* — ancora corsivi nostri — ", in F. CARRARA, *Unità di giurisprudenza*, cit., pp. 46 e 55-56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appunto 'da età dei lumi' (78), delle (e sulle) premesse della codificazione 'classica'. In particolare (è solo uno 'scorcio'), sempre per rimanere sul terreno linguistico comunicativo, potrebbe rivelarsi consigliabile — una volta assodato, com'è, crediamo, inevitabile, che la morale della Forma caratterizza il secolo XVIII in ogni sua manifestazione — uno studio dedicato agli aspetti linguistico-letterari della forma-codice come caso particolare degli innumerevoli codici, galatei e catechismi laici di un secolo pianificatore e ossessionato, appunto, dall'impegno alla diffusione dei lumi;e varrà allora sottolineare anche come questo Settecento non sia per niente quel mondo della libertà e della spregiudicatezza che qualcuno ancora vagheggia 'costruendoselo', ma è piuttosto il regno e l'esaltazione della Forma, del formalismo con la effe maiuscola, retto dalla convenzione e dal conformismo, dal rispetto assoluto del 'ruolo' non contestabile, delle parti, altrui e proprie, cui è peccato imperdonabile sottrarsi. In altre parole, restando nell'ambito di quella tematica dei destinatari, che potrebbe rivelarsi un terreno promettente sotto il profilo euristico, collocare il codice come aspetto rilevante (e schmittianamente inteso) di una 'teologia giuridica laica' che costituisce parte integrante del più ampio tentativo, le cui propaggini si ramificano profondamente anche nell'Ottocento — e al quale oggi va un rinnovato interesse della storiografia 'generale' — di costruire una (statual-nazionale) 'religione civile': "…un Codice perfetto non è possibile se non ove la civiltà ha raggiunto quell'apogeo che è sperabile sulla terra;cioè dove è più universale ed illimitata la recognizione dello imperativo giuridico così nella idea come nel fatto, così nelle parole come nella realtà, e dove quella legge regna sovrana nelle coscienze come sovrastante a tutti egualmente, e per tutti egualmente patrona. Tale recognizione si è dopo lotte lunghissime raggiunta in astratto da molti popoli i quali pertanto possono

(78) Del resto già in una lettera del 1765 o 1776 al Souliè di uno dei più celebri protagonisti e memorialisti di quel secolo, come ci ricorda L. Baccolo, si poteva leggere: "Voi vi rallegrate di vivere in un secolo più illuminato: Caro signore è una storia. Sappiate che in ogni secolo vi sono stati individui che come noi si credettero più illuminati di altri, e che affermarono altrettanto illuminato il loro secolo. Non ne è stato nulla. Siamo degli sciocchi, credetemi: e io rido dentro di me quando sento della buona gente dire che ho della scienza... questo secolo non vale più degli altri, malgrado l'illustrissimo Voltaire".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dirsi maturi per dare a sé medesimi ottimi Codici. Ma perché i Codici siano buoni bisogna che in ogni loro linea corrispondano a quella idea, e che all'astratta recognizione di quella si coordini la sua recognizione concreta e la sua coraggiosa proclamazione per parte del Codice; *il quale non lasci pertugio* per dove possa introdursi per arte o potenza nessuna dei pochi la supremazia della forza, perpetua nemica della ragione. *Lo ideale della bontà di un Codice è questo solo, di essere il palladio della uguaglianza per tutti. Via dunque da un Codice ogni disposizione che con modi più o meno aperti disturbi lo equilibrio giuridico fra i cittadini:via ogni privilegio* per cui venga una classe di uomini a rendersi più ricca di diritti, più sicura nello esercizio loro, e più insindacabile nel proprio operato a discapito o pericolo altrui; *via tutte le leggi di occasione*, le quali se possono essere buone come necessità inevitabile in faccia a condizioni eccezionalmente calamitose non debbon trovar sede in un ordinamento stabile destinato ad incarnarsi nei costumi e negli affetti del popolo. Più specialmente un Codice penale deve essere *il catechismo della coscienza civica*, ove si raccolgano le tradizioni della giustizia pratica e si conservino con più solenne sanzione e con autorità più gagliarda. Finchè un Codice non può farsi tale, è vanità tentarne la prova;e se tale non vuol farsi per segrete cagioni che prevalgono appo coloro cui perviene il reggimento della cosa pubblica, ella è una ipocrisia, è un tradimento darsi vanto di Codicizzare le leggi di uno Stato" (79). Ma anche dentro un'impostazione modellistica di questo genere, ovvero di un rigore quasi utopico, tende a farsi luce l'esigenza e la

(79) F. CARRARA, *Codicizzazione*, cit., pp. 224-226. Già Maitland, meno nobilmente, ma più realisticamente, aveva avuto modo di far presente che "sembra necessario notare che l'ambito di una legge non è affatto ristretto a ciò che i giuristi e i filosofi della politica considererebbero il dominio della legislazione. Un gran numero di leggi verrebbero da loro classificate come *privilegia* piuttosto che come *leges*; spesso una legge non stabilisce alcuna regola generale ma tratta di un caso particolare" e il tutt'altro che socialisteggiante W. S. JEVONS, *The State in Relation to Labour*, London, 1882, poteva altrettanto realisticamente rilevare, a partire da 650 anni di legislazione dei Parlamenti inglesi: "La grande lezione che apprendiamo è che la legislazione in materia di lavoro è quasi sempre stata legislazione di classe. È lo sforzo di qualche corpo dominante per mantenere *al suo posto* — ('legale', cfr. *supra sub* nt. 50) — una classe inferiore che inizi a dimostrare delle aspirazioni inopportune" (p. 33). Cfr., per entrambi i richiami, F. A. von HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., pp. 115-117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necessità di una radicazione, di un 'fuori' (coscienza 'civica', giurisprudenza, o percettore) in cui 'impiantare' il codice, come pura forma, come puro processo di codificazione altrimenti sterile. La storia *del codice* inizia a rendere allora ragione di molti paradossi che, anche in zone scarsamente praticate, la storia 'anticipata' della codificazione non faceva emergere, essendo per definizione inadatta a tematizzare il problema dell'*accettazione. In primis*, di un fenomeno che Antonio Gambaro riesce ad individuare con compiutezza teorica e lucidità, in un passaggio che ci pare essenziale della sua relazione; e che, inoltre, sia detto di passata, apre prospettive meritevoli di una attenta verifica ed illustrazione anche da parte dello storico: il paradosso che si palesa con tutta la sua forza laddove appunto il modello 'classico' più mostrava la corda, nel voler 'immobilizzare', eternizzandosi, proponendosi come l'apice di 'perfezione' di un'incivilimento progressivo/sta, l'evoluzione successiva. Il paradosso, cioè, per il quale, contro tutti gli auspici, almeno programmatici ed espliciti, "*l'irretimento del giurista dotto, postosi in ascolto dell'autorità della legge* (codificata) *è speculare alla perdita di centralità dei codici stessi*, il cui valore muta sensibilmente a seconda che abbia accanto una dottrina che crede in un sistema di nozioni, categorie e principii vincolanti, *oppure una dottrina che vede solo la norma singola. In questo secondo caso il codice non è più quello di prima, anche se il testo rimane invariato, perché diventa solo un ammasso di norme.Un codice non letto attraverso gli occhiali di una dottrina alta* — se possiamo permetterci un'inserimento che riformuli nel linguaggio appena sviluppato queste osservazioni, diremmo quindi, non per caso, 'che aumenti e non tenda a ridurre la differenza dal messaggio codificato' — *non è sistemologicamente distinguibile da un testo unico o da una legge organica di settore…*" (80). Tanto più *perfetto*, tanto più *eterno*, dunque, tanto meno, in pratica e in concreto, capace di far fronte coerentemente alle sue premesse teoriche, di tener fede alle *aspettative* che a queste ultime si riferissero: in breve la *recezione*, il tipo di accettazione, più 'forti' della sua *struttura*, che ne viene disarticolata.

Avviandoci ormai alla conclusione possiamo forse 'summare',

(80) Così A. GAMBARO, *Codici e diritto giurisprudenziale* (dall'*abstract* p. 7): vedila ora in questo volume.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facendo il punto, le principali novità e i nuclei problematici di maggiore spessore che vanno assumendo contorni più netti in forza dell'utilizzazione del modello di analisi 'comunicativo' che è stato messo in opera. Anzitutto — e qui i destinatari dall'angolo visuale metodologico e pratico sono, com'è chiaro, principalmente gli storici del diritto — uno degli elementi di innovazione che può emergere fra i primi, si concretizza nella prospettiva di un sistematico svolgimento di quella *storia del codice* 'dopo se stesso' di cui si discorreva. In secondo luogo quella stessa storiografia — una volta accolta in premessa la sussistenza di una 'difettosità' 'originaria e quasi 'strutturale' del *sistema monolinguistico* incarnato dalla forma-codice — potrebbe ulteriormente contribuire all'espansione e all'approfondimento dei tradizionali ambiti di ricerca, dedicando una maggiore e specifica attenzione alla problematica che abbiamo stipulato di definire *'dei destinatari'*. Ed ancora — all'interno della medesima, visto il prepotente affacciarsi(o riaffacciarsi) alla ribalta, spesso legato ai processi di 'globalizzazione', di nuove figure tra questi ultimi:consumatori, contraenti deboli, grandi *corporation* multinazionali, produttori e fruitori di 'immateriale', destinatari (molto spesso a grave rischio personale)delle nuove tecnologie biogenetiche e non solo, gruppi 'etnici', migranti; ed ancora vittime del reato, rappresentanze di 'interessi' (diritti?) diffusi, lavoratori 'flessibili', interinali o non garantiti, 'nuovi schiavi', 'grandi' minori (o minori tout court), anziani, etc. — la ripresa, che per alcuni potrebbe magari essere persino frutto di una finalmente sistematica presa sul serio di certe premesse storiche di carattere universalistico risalenti all'età eroica della codificazione moderna, di un tema troppo dimenticato, dopo le fiammate d'interesse degli anni '60 ([81]),

([81]) Alludiamo per esempio all'importante saggio di F. KÜBLER, *Kodifikation und Demokratie*, in *Juristenzeitung*, n. 20 (17. Oktober 1969), pp. 645-651; ma il tema, seppur cursoriamente, emerge ancora successivamente nel lungo dibattito sulla decodificazione inaugurato da N. Irti (vedilo, tra i molti, in P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1988, *passim*). Vedi inoltre le significative notazioni di H. KRONKE, *Codificación del derecho especial y codificación general del derecho privado desde el punto de vista del derecho comparado*, in *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 135, enero-junio 1990, pp. 147-168; ID., *Passato e presente dei codici civili europei*, in M. SESTA (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1994, pp. 287-304. Inoltre E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa. Uno sguardo d'oltre oceano*, Milano, 1991.-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ovvero quello — riconsiderato appunto poco sopra nei termini della teoria della legislazione di Rödig — del rapporto *codice/ democrazia* (82).

Ma anche altri aspetti e punti di vista rilevanti, sia per l'analisi

(82) Nell'epoca immediatamente precedente a quella cui accennavamo — e per tacere, ad esempio, sull'atteggiamento in proposito chiaramente antiparlamentare di un Polacco nell'intervento del 1889 (su cui rimandiamo a P. CAPPELLINI, *Il Fascismo invisibile- Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 28 (1999), tom. I, pp. 175-292, 213) — non è che il problema fosse trascurato: tutt'altro. Ma l'atteggiamento dei grandi giuristi che se ne facevano carico, per solito, arrivava a conclusioni sintomaticamente negative, sulla possibilità d'integrare, nella nuova fase di sviluppo, codice e forme tradizionali di democrazia; particolarmente significative — oltre alle parole di E. Betti del 1940-1941: "Ora a questa tradizione storica deve ricollegarsi il codice civile come *codice popolare (destinato cioè ad andare per le mani del popolo anche profano del diritto)* che raccoglie il diritto civile proprio della società nazionale italiana, il diritto comune dei cittadini italiani, politicamente organizzati nello stato fascista e socialmente solidali nell'ordinamento corporativo: diritto che governa gli istituti fondamentali della famiglia della successione della proprietà e delle obbligazioni: *diritto del quale non sono partecipi* (se non in limitata misura e sotto determinati presupposti) *né gli stranieri né i sudditi dell'impero* italiano, estranei gli uni e gli altri per diversa ragione alla società nazionale propriamente detta. *La denominazione 'codice civile' è pertanto mantenuta con significato notevolmente diverso da quello che essa ebbe nel codice creato dalla rivoluzione francese*. Là si trattava del *codice del citoyen, del codice della sovranità privata contrapposta alla sovranità dello stato*. Oggi si tratta invece del *codice comune a tutti i membri della società nazionale legati tra loro da un vincolo di solidarietà civile* che si esprime massimamente nell'ordine corporativo." — ci paiono le espressioni coeve di Filippo Vassalli: " *Il Codice civile cessato e in generale i Codici dell'Ottocento presentavano ancora la disciplina dei rapporti atomistici, tra individui in regime di libera concorrenza* , conforme al concetto che l'interesse generale coincida col libero esercizio dei diritti individuali e che il compito della legge sia quello di garantirne l'esercizio concorrente . *Questo supposto liberale, il quale faceva forse troppo credito alle qualità degli uomini, si è comunque manifestato in pratica meno adatto alle necessità di governo di grandi masse, quali presentano gli Stati moderni, e alle necessità connesse con le tragiche competizioni degli Stati stessi, nel campo dell'economia e della guerra armata* ... lo spirito della legge è mutato. I fini ai quali l'attività umana si volge *e per cui chiede protezione sono tutti minutamente valutati dal legislatore e, quando la sua previsione non basti, affidati al controllo di autorità politiche e giudiziarie;la gerarchia dei fini è fissata dalla legge o è da dedursi dai principi fondamentali* della Carta del lavoro. *Al criterio del bonus pater familias si affianca e si sovrappone quello dell'amministratore pubblico, del giudice, del dirigente sindacale .* " (cfr. ancora *Il Fascismo invisibile*, cit., spec. pp. 205 e nt. 36 e 266 ss.; corsivi nostri).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storiografica propriamente detta, sia per la riflessione teorica e positiva, possono scaturire dalla tematica dei destinatari o degli utenti, che, come appare, va sempre di più configurandosi come una leva atta ad indurre il superamento del modello classico di forma-codice in una prospettiva — si potrebbe dire, anche se sulla designazione a caratterizzare la fase in cui ci troviamo, vi siano non poche perplessità, che non staremo qui ad elencare — *'postmoderna'*. Uno di essi è, per esempio, la capacità di far emergere in un'ottica non proprio usitata la problematica delle *funzioni* del codice, funzione che normalmente ci appare unitaria. Abbiamo visto tuttavia — facendo capo ad una riflessione sinora quasi dimenticata, forse proprio perché legata alla discussione teorico-penalistica che per solito non viene addotta in ambiti di discussione generale sul concetto di codice, evidentemente ancora legati ad un primato del paradigma civilistico di estrazione atomistico-ottocentesca — che la controversia sul *codice per i giurati* ovvero, nella versione contemporanea, sulla distinzione tra *code of conduct* e *code of adjudication*, o ancora per usare di un'altra terminologia connessa, tra *codice formale* e *codice extraformale* (83), se approfondita nei suoi risvolti,

(83) A nostro avviso si tratta, al fine di poterne sviluppare anche teoricamente le suggestioni, di osservare come, sia pur in ambiti disciplinari diversi, la questione presenti punti di collegamento rilevanti. Parlando della proposta del *Codice giuratesco* (e avversandola, ben intendiamoci, quale '*codice di forma speciale adattato*', appunto, ad esigenze di specifici destinatari) Carrara notava come uno degli argomenti in apparenza più forti in suo favore era nella differenza, nella tensione, tra linguaggio tecnico e popolare: "Altri ha creduto di trovare una dimostrazione perentoria della asserta necessità di un Codice pei Giurati nella divergenza che corre intorno a certi vocaboli fra il *linguaggio popolare*, e il linguaggio dei *giuristi*: e di ciò si è dato un esempio nella parola *calunnia*. Verissima in astratto questa divergenza, essa deriva da ciò che il volgo si dà spesso ad attribuire ad un *genere* il nome che i codici penali adoperano per determinare una *specie* delittuosa. Così la *calunnia* del volgo si estrinseca in qualsivoglia *imputazione falsa*;per il giurista bastardo si estrinseca in una *imputazione scritta* quantunque *vera*:per il giurista classico si estrinseca in una imputazione presentata ad un *ufficiale* per fine di *accusa*. Ugualmente la parola *frode* designa al pensiero del volgo un genere indicativo di qualsiasi inganno; mentre per certi codici indica alcune forme speciali di macchinazioni in danno della *crumena* altrui." (seguono altri esempi in relazione alla seduzione straordinaria, allo stupro, e al concetto di furto con il connesso requisito della contrattazione *invito domino*; in F. CARRARA, *Il Codice dei giurati*, cit., pp. 93-94, corsivi nel testo). Tale problema, però, stava alla base — cfr. sul punto R. SACCO, *I codici civili nell'ultimo cinquantennio*, cit., pp. 311 e 314 —, per fare un esempio, anche delle critiche al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potrebbe rappresentare una interessante base di partenza per rimettere in questione l'idea di unità funzionale della forma codice e per non ritenere esaurita la possibilità di pensare un modello plurale o non esclusivamente formale di codice a base funzionale anche in relazione al rapporto 'laici' e giuristi. Riannodando tutte le fila del discorso, si potrebbe infine proporre al lavoro comune di storici e giuristi — descrivendo l'attuale fase, tardo-moderna o post-moderna, come si preferisca, in modo da porre l'integralità dell'ormai variegatissima pluralità di posizioni aggregabili intorno a 'codice' (84) sotto l'egida del felice neologismo carrariano di(processo di)(ri) *codicizzazione* (per distinguerle dal modello classico 'forte' ed 'adeguato', ma forse anche dalla troppo debole 'consolidazione') — il compito di portare a termine la costruzione (fors'anche disciplinare, all'interno della più ampia *Gesetzgebungstheorie*) di una *teoria della codificazione e del codice* — forma, come s'è visto, tutt'altro che superata di tecnica legislativa (85), anche nella attuale prospettiva europea (86) — che prenda però le mosse da un'esigenza iniziale imprescindibile: la messa a fuoco di una il più possibile esaustiva *tipologia codicistica* su base storica, una sorta di griglia sistematico-concettuale(in ultima analisi anche gli storici operano usando categorie e strutture concettuali organizzate), che possa fungere da guida negli intricati percorsi che ai giuristi si presentano.Tale tipologia per ora potrebbe forse avere solo una forma 'collezionistica', enumeratoria, quello che un tempo si definiva appunto come la forma più

---

concettualismo d'impronta pandettistica, comprensibile ai professori, ma non all'uomo della strada, che nello ZGB della Repubblica democratica tedesca avevano portato a sostituire ai "terzi di buona fede" l'espressione "altri", ad eliminare il concetto di servitù, parlando di "utilità", all'eliminazione della nozione di negozio, etc. Per analoghe impostazioni in tema di regole d'interpretazione della legge vedi *supra*, sub nt. 66.

(84) Una buona sintesi, da ultimo, in F. SIEBENHEICLER de ANDRADE, *Da Codificação. Crônica de um conceito*, Porto Alegre, 1997.

(85) In questo senso concordiamo con R. SACCO, *Codificare: un modo superato di legiferare?*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, part. I, pp. 117-135.

(86) Cfr. C. CASTRONOVO, *I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, in *Rivista di diritto commerciale* , 1995, I, pp. 21 ss.; ID., *Il contratto e l'idea di codificazione nei Principi di diritto europeo dei contratti*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, pp. 854 ss.; e vedi anche del compianto L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1992, spec. pp. 517 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

elementare di sistema, il sistema 'alfabetico' — e si tratterà poi di scegliere se includervi senza criterio distintivo tutti i tipi pensabili, o seguire strade più selettive: dalle 'codificazioni-compilazioni' alle 'codificazioni-innovazioni'; dai codici d'imitazione o recezione, che riproducono altri modelli di codice, ai codici di consolidazione, che semplicemente razionalizzano il diritto e la giurisprudenza esistenti;dalle codificazioni dichiarative o ufficiose a quelle costituive o ufficiali; dal modello 'centrale' di codice, a tipologia 'assolutistico-ottocentesca', ai modelli 'periferici' a funzione integrativa; dalla codificazione 'per *standards*', 'per principi' o 'per clausole generali' a quelle 'casistiche'; dalle codificazioni a diritto costante alle diverse tipologie che più sopra ricordavamo, etc. Allora, con occhio di storico, forse necessariamente più partecipe di quello che si possa normalmente immaginare alle vicende del *suo* tempo (ma altresì, poiché legato anche ad *altri* tempi, partecipe in modo diverso), un'ultima suggestione ci si impone con forza: una suggestione che potrebbe aiutarci ad individuare il criterio culturale indispensabile per dare un senso operativo a quella tipologizzazione. Essa trae le mosse dalla consapevolezza che oggi più che mai in filigrana nel dibattito può ogni tanto farsi presente una nostalgia, in sé né spregevole né condannabile, quella, per dirla con la felice diagnosi di H. Kronke, di salvare a tutti i costi l'unità del diritto (privato o non), attraverso la tecnica dell'inserzione nei codici di ogni materia dotata di caratteri di specialità. Se però ciò accadesse automaticamente senza una approfondita consapevolezza storico-sociologica del senso delle modificazioni in atto nella società, allora raggiungeremmo forse il fine di recuperare al codice quei "*destinatari* (nel frattempo) *perduti*", "ma di certo — al codice — non sarebbe restituita la possibilità di svolgere di nuovo la funzione di elemento centrale dell'ordinamento giuridico". E tuttavia, e in particolare proprio nella prospettiva europea che viviamo, quella suggestione ci spinge anche ad interrogarci più radicalmente sul fine ultimo: ha un senso ormai la *recherche* di un codice a funzione 'centrale'? Si tratta forse di ritrovare il *codice perduto*? La risposta, come spesso storicamente, e molto spesso in un ambito di storia contemporanea del diritto, suona di primo acchito delusiva. Si e no. La nostra impressione — o meglio il nostro tentativo di diagnosi di un percorso che ci sembra già da qualche tempo nelle cose (nessuna valutazione, ovviamente,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viene qui prestata, se non quella di possibilità) —, che potrebbe a più d'uno suonare paradossale, è cioè la seguente: almeno in un certo senso — impressione che si accresce sulla base di una lettura dei PECL guidata dall'autorevole analisi di Guido Alpa (87) — ormai, specialmente su quel piano, quando si parla di codice, spesso e volentieri si fa riferimento ad un concetto che non è più il nostro continentale, ma è piuttosto un concetto importato dagli Stati Uniti. Non ci pare cioè che si stia operando in ossequio a quella tradizione europea 'classica', per lungo tempo dominante, e forse teoricamente ancor viva, secondo la quale lo scopo principale della codificazione era rappresentato dalla integrazione delle regole concernenti un determinato, più o meno ampio, settore del diritto in una struttura sistematica coerente:cosa che, l'abbiamo accennato (88), presuppone una selezione delle definizioni, dei principi, delle regole 'migliori' tra molte soluzioni suggeribili, a partire dal (però particolare) punto di vista centrale, dominante del sistema prescelto; e, quindi, implica anche che le altre vengano scartate come non appropriate e non compatibili.In questo senso ci sembra abbastanza chiaro che la 'convergenza' dei vari ordinamenti sia più postulata che reale, e che le tecniche codicizzatrici prescelte lo testimonino, battendo una strada diversa — certo appena imboccata, non sempre consapevolmente, e forse non scevra in futuro da difficoltà e resistenze:ma stiamo cercando di cogliere il senso di una possibile tendenza — da quella che quel modello implicherebbe (89). La strada, cioè, sottesa

(87) Si tratta di un *paper* circolato via internet fra i relatori; G. ALPA, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando.*

(88) Con le parole di Viewheg sul sistema come selezione (-eliminazione) di problemi e soluzioni, cfr. *supra*, sub nt. 17.

(89) Citiamo a riprova solo un passo iniziale a proposito della definizione di contratto dal paper ricordato appena *supra* sub nt 87, che ci pare però, nelle scelte che illustra, assai significante: "I PECL non recano la definizione di *contratto*; le definizioni incluse riguardano altri termini, in particolare l'*atto*, ma solo nel senso che questo termine include l'omissione (art. 1. 301) o la *promessa*, ma solo nel senso che "la promessa che si intende essere giuridicamente vincolante senza necessità di accettazione produce effetti vincolanti per il suo autore" (art. 2. 107). *La definizione di "contratto" è dunque affidata all'interprete* (corsivo nostro). Il *commento* precisa che la nozione di contratto utilizzata nei PECL comprende gli accordi mediante i quali due o più parti assumono l'obbligazione di eseguire una prestazione, gli accordi in cui solo una parte accetta l'offerta eseguendo l'atto o tollerando l'atto che l'offerente richiede, gli accordi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad un altro concetto di codificazione, quello proprio dell'esperienza americana che, ben lo si potrebbe dire, anche a questo proposito sembra potersi globalizzare. La codificazione intesa differentemente, insomma, come creazione aperta, 'dialogante' col destinatario dottrina e giurisprudenza (e non solo), volta ad individuare "un voca-

---

in cui solo una parte assume obbligazioni e la sua promessa richiede l'accettazione dell'oblato, le promesse in cui la parte vincolata non richiede l'accettazione dell'altra (ex art. 2. 107). L'omissione della definizione di cui all'art. 1321 cod. civ. it. non crea particolari problemi — sì però dal punto di vista della 'qualificazione' della tecnica codificatoria che si sta impostando, almeno secondo il nostro sommesso parere, anche a non voler scendere nel merito — in quanto l'art. 2. 101 *non esclude* (corsivo nostro) che il contratto possa essere diretto non solo a creare obbligazioni ma anche a produrre effetti reali; *occorrerà verificare il testo che sarà predisposto dalla commissione apposita che opera nel progetto di redazione di un "codice civile europeo" diretto da Christian von Bar sul trasferimento della proprietà e sulla disciplina della compravendita e degli altri contratti che producono effetti reali per accertare la reale portata di questa nozione* (corsivo nostro). *In ogni caso*, il poter essere il contratto diretto a modificare o estinguere un rapporto giuridico è previsto — *in termini più circoscritti*, perché riferiti al contratto già concluso (corsivi nostri) — dall'art. 1. 107, a mente del quale i PECL si applicano, in quanto compatibili, agli accordi diretti a modificare o a estinguere un contratto. I requisiti perché il contratto "si possa ritenere concluso" (secondo le nostre categorie, diremmo piuttosto *valido*, oppure *validamente concluso*) *non corrispondono esattamente ai requisiti previsti dall'art. 1321 cod. civ. it (corsivo nostro)*: si indicano infatti (a) *l'intenzione di vincolarsi* e (b) la *sufficiente completezza* dell'accordo;il requisito sub (a) può essere riferito all'"accordo" di cui all'art. 1321 n. 1, e il requisito sub (b) può essere riferito all'"oggetto" o al "contenuto" di cui al n. 3; *in ogni caso, sono omesse la causa e la forma* (corsivo nostro)". Qualsiasi cosa si possa dire sui caratteri della disciplina (pur anch'essi significativi; cfr. ancora Alpa: "pur essendo frequenti i richiami alla intenzione delle parti, il contratto è considerato nella sua oggettività;è palese la volontà dei redattori di salvare l'operazione economica, attraverso gli interventi del giudice; è palese altresì l'intento di moralizzare il comportamento contrattuale, con i frequenti richiami alla buona fede e alla correttezza e con i rimedi volti a sopprimere l'abuso del potere contrattuale; la funzionalità del contratto prevale sulla volontà delle parti", e si potrebbe continuare), a noi sembra evidente che la tecnica scelta per arrivare a quei risultati poco ha a che vedere non solo con quella napoleonica, o con quella dei padri del BGB, ma anche con quella, per fare un esempio più recente, di cui si è servito il nostro legislatore del '42, pur 'concretista' la sua parte. Qui si ha piuttosto l'impressione di trovarsi davanti, come cerchiamo di specificare nel testo, ad un vero e proprio *framework*: "Neuerdings... 'Kodifikation' ist danach die mit Gesetzkraft versehene wissenschaftliche Bearbeitung des positiven Rechts unter Verwendung des ungeschriebenen und *des aus Entscheidungen entwickelten Rechts*" (così D. RETHORN, *Kodifikationsgerechte Rechtsprechung*, cit., p. 125).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bolario comune" e una struttura ordinatrice i futuri dibattiti e controversie; e volta altresì — conformemente a quanto sopra ricordato in relazione ad una comunicazione 'ricca' di tensione e 'diversità' — ad enfatizzare le differenze esistenti nel contesto europeo, senza drammatizzare, in vista di un ideale di unità 'rigido', questa constatazione: "If, on the other hand, *codification is understood differently — as it is in the American experience* — namely, *as the creation of a common vocabulary and a framework for further discussion*, then codification may be not only possible but also fruitful for European law. A codification of this American variety *would emphasize the creative diversity* that currently exists within the context of the European Union.It would suggest that Europe can advance not only when there is agreement *but also, perhaps even more so, when there is dialogue.* Both the Restatement(Second) and the UCC provide a framework for a continuing dialogue among divergent visions of the law.*The American contributions to the codification discussion demonstrate that difficult legal issues do not need to be resolved before they can be codified*" (90). Naturalmente il 'modello americano', se si realizzerà (è certamente sufficientemente realistico, tuttavia), sarà un ulteriore e significativo segnale di quella mondializzazione o globalizzazione che molti fautori (ed anche, spesso, nemici) non amano descrivere troppo nei dettagli — del resto sarebbe qui inutile evocare i 'destinatari' per i quali già da lungo tempo la macchina della concettualmente non meno impegnativa 'civilizzazione' ha avuto effetti devastanti tanto quanto le mitizzate invasioni di orde barbariche —, ma continuano a 'sapere' e a definire assolutamente 'inevitabile'.Tuttavia va subito dissipato un equivoco, anch'esso forse dovuto alle anfibologie, ovvero resta anche inteso che, come notava Baudrillard, "mondializzazione e universalità non vanno di pari passo, esse piuttosto si escludono a vicenda. La mondializzazione è quella delle tecniche, del mercato, del turismo, dell'informazione. L'universalità è quella dei valori, dei diritti dell'uomo, delle libertà, della cultura della democrazia. *La*

(90) Così, convincentemente, almeno nella direzione di marcia da noi imboccata, nell'acuto saggio di R. Hyland, *The American Restatement and the Uniform Commercial Code*, in A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron (ed.), *Toward a European Civil Code*, cit., pp. 55-70, 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mondializzazione sembra irreversibile, l'universale sarebbe invece in via di estinzione" (91). La domanda che resta da evadere è allora quella relativa al posto e al ruolo che i fenomeni di codicizzazione, la forma-codice rinnovatamene intesa, e non più legata ai trascorsi assolutismi, potrà assumere, se essa sarà ancora (od ora per la prima volta) in grado di contribuire all'universalizzazione dei diritti, oppure se verrà derubricata a strumento in via di estinzione, od ancora a mero strumento di razionalizzazione. Allora, forse, la risposta non spetta solo ai legislatori e ai giuristi. Ma certo anche a loro, purchè restino o ritornino consapevoli "che agli effetti proprio della conoscenza sono molto più utili due strumenti apparentemente ambigui e oscuri come la discrezione e l'intuito che la chiara, limpida, matematica e apparentemente esatta ragione" (92).

(91) J. BAUDRILLARD, *Le mondial e l'universel*, in *Liberation*, 18-3-1996, cit. secondo P. TRIPODI, *Dalla Biopolitica alla Bioeconomia*, in M. REVELLI, P. TRIPODI, *Lo Stato della Globalizzazione*, Milano, 1998, pp. 35 ss., 146. 1

(92) Così G. PARISE, cit. in D. SCARPA, *Il profilo di Parise*, in *Il Caffè illustrato*, n. 3, novembre/dicembre 2001, p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÈ CLAVERO

CÓDIGO COMO FUENTE DE DERECHO Y DESAGÜE DE CONSTITUCIÓN

L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de Citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionelle.

Code Civil, 1804, art. 7.

La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

Code Civil, 1994, art. 16.

1. Seducción de escritura: Código como signo de derecho. — 2. Dicha de *Napoléon*: Código como surtidor en exclusiva de fuentes en plural. — 3. Desdicha de *Napoléon*: Código como cuenca en entredicho de afluentes en libertad. — 4. Trasvase de aguas: Código como fachada constitucional de agencia intracolonial en América y como seña de identidad. — 5. Drenaje de vaguadas: Código como nudo de incomunicaciones entre constitucionalismos en Europa y como agente de seguridad. — 6. Veneros del derecho: Código como reliquia.

1. *Seducción de escritura: Código como signo de derecho.*

Código es vocablo que significa en origen formato de libro alcanzando empleo vario con esta acepción genérica durante una larga tradición jurídica de recurso nutrido a tal forma de reproducción aun con toda su resistencia no menos inveterada frente al riesgo aparejado de reducirse el ordenamiento a protocolo. Tradicionalmente se entendía que el derecho, por reconocer y aplicar principios transcendentes a determinación social, cualesquiera que en concreto fuesen, no podría constreñirse a escritura ni estabularse en documento ni recluirse en libro, pero también se venía practicando la materialización por transcripción del orden dado con el fin de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

franquearse acceso y facilitarse manejo en medida oportuna para mantenerse control y procurarse eficacia al tiempo, todo un reto.

Durante un lapso de siglos, el término ha singularizado prácticamente en solitario una obra determinada que venía de antiguo, el *Codex* de disposiciones imperiales al que prestara patronímico Justiniano (1). Al contrario que la *Biblia*, otra raíz apelativa de libro, acabaría conociendo competencia en sus mismos dominios jurídicos con respecto a la propia denominación. El nombre de código se hace bastante característico dentro del mundo del derecho aún no llegándose nunca a la exclusiva. Y acabará privando. Código es apodo del que se ha usado y se usa para indicar libro, serie de libros o lo equivalente en otros soportes gráficos, como a nuestras alturas los informáticos, con contenido normativo lato, ya de ley, ya de jurisprudencia o ya también de costumbre o similar, cual el de la ética de profesiones jurídicas o de otras diversas moralidades corporativas. En el terreno del derecho y aledaños, el campo del uso acaba siendo realmente dilatado.

¿Equivale código a libro o sucedáneo, como ahora el cederrom? Si así fuera por estas alturas nuestras entre milenios, no revestiría un interés excesivo interrogarse sobre el término o al menos el interrogante no contendría especial enjundia para el derecho. Preguntarnos por el pasado, el presente y el porvenir del código sería como hacerlo acerca de la suerte pretérita, actual y futura del libro y equivalentes o simulacros, sobre unas formas materiales de producción, presentación, recreación y divulgación de textos. Si tiene hoy un alcance distinto, por jurídico, la incógnita del código, pues la hay, es porque en algún momento de una historia interesante al presente y así a tiempo venidero el vocablo de marras se ha significado por sí mismo en este terreno del ordenamiento.

Código ha sido y podrá seguir siendo objeto de un amplio uso, aplicándose indistinta e indiscriminada o imaginativa y figuradamente, pero esto no quita que conozca alguna acepción más específica en cuya virtud nos interrogamos, pues lo hacemos, en sede jurídica por

(1) Valga remisión de entrada a un único manual no por todos, cual reza la fórmula manida, sino por sí solo, por cuanto que registra y destaca precisamente la irreductibilidad tradicional del derecho a materialización escrita heredada ni sobrevenida: Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, pp. 154-159.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

él y no exactamente por ninguna otra cosa semejante ni en otro foro cualquiera. La problemática más genérica del libro y similares, con toda su vastedad de tiempo y materia, guarda por supuesto interés propio. No resulta indiferente al derecho mismo la forma ni el formato como se hace vivo o ni siquiera es inocente su soporte, ayer piedra y bronce, pizarra y papiro, tabla y pergamino, luego papel y película estática o dinámica, ahora la aleación de discos y el internet más intangible. Algo evidentemente tan relevante como la presunción operativa de que el ordenamiento escapa a grafismo e imagen por responder a principios independientes de determinación e ingeniería sociales no deja de verse afectado por prácticas documentales, librarias e informáticas francamente proclives a identificación superior entre derecho y escritura. La forma ya se sabe que incide en la materia y viceversa. Aquí interesa la interfaz.

Momento pretérito de mayor confianza de lo que fuera tradicional en el libro como cauce del ordenamiento, cual es proverbialmente el siglo XVIII europeo, conoce al tiempo un auge del valor preceptivo de principios irreductibles no menos pujante aquel por más debatidos éstos entre configuraciones encontradas de derechos que se dicen naturales como ordenamientos o ya también como libertades. En lo que toca a la forma libraria de orden normativo, estrictamente a esto, no parece haber por entonces material que innove (2). No tenemos todavía, en el setecientos, la acepción determinada de código que hoy suscita interrogante, pues lo provoca. No existen aún ni unas palabras ni unas cosas, ni toda la constelación de derivados presidida por un verbo como codificar ni todo el despliegue de obras comprendido en un sustantivo como codificación, el conjunto de conjugaciones y declinaciones que pudiera acusar verdadera novedad en dicho terreno concreto de la presentación gráfica del derecho, de una tal materialización. Código, en el XVIII, aún no se carga del sentido que lo ha significado como vocablo. No tiene entonces potencia ni de procreación de palabras. No es raíz todavía.

---

(2) Pio Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milán 1998, pp. 135-139: "Perché le codificazioni borghesi non si possono considerare il coronamento della produzione legislativa dell'Assolutismo".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Codificar y codificación no significan finalmente, si la acuñación de palabrotas se me permite, librificar y librificación, la acción de recoger el derecho en libro y el resultado de la recogida. Si así fuese, no hubiera habido necesidad de neologismos, esos u otros, los derivados de código, de libro o también de documento y de escritura, como documentar y documentación o escriturar y escrituración si se hubiesen aplicado al caso. Con el peso que ha tenido la Biblia en la tradición europea del derecho, pudieran haber sido dichas palabras incluso biblificar y biblificación. Pues *Corpus* era nombre desde tiempos medievales para la compilación donde se incluía el *Codex*, también podía haberse tratado de corporificar y corporificación. Pero no. No es así. Dada la tradición del término en el mundo más específicamente jurídico así como el empeño último de desplazar el *Codex* tradicional con pieza de carácter similar por reunir normas de determinación política, cual la imperial antigua, sería la raíz de código la que se significara para la empresa y las producciones codificadoras y codificadas, y no otra cosa, no algo que mereciera ni recibiese otro género de nombre ni bíblico ni corpóreo.

Código tampoco será cifra, libro en clave, sino intencionalmente al menos todo lo contrario, escritura franqueada, la que contenga y ofrezca de modo suficiente y claro el derecho, implicando el abandono definitivo del latín profesional como lengua de orden normativo. Codificar será en el campo del derecho revelar y no ocultar. Parece idea sencilla y cosa asequible, mas el caso es que el invento ni ultimado ni incipiente aún no existe en dichos tiempos setecentescos. La ocurrencia, que no se ha dado durante siglos, de que el ordenamiento debiera arreglarse y ofrecerse potencialmente redondo en forma de libro, dijérase también código, está viva ya en dicha época junto con una práctica animada y nutrida de manifestación de derecho por escrito (3). Mas no hay palabra ninguna que se signifique ya por entonces levantando así acta de un cambio. En

(3) Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia 1976. Nunca se ha editado la parte del siglo XVIII de Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Munich 1973-1988, cuyos volúmenes sobre el XIX ofrecen la información más amplia para la materia a la que vamos. Sintetiza el mismo H. COING, *Europäisches Privatrecht*, Munich 1985-1989, vol. II, pp. 7-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el XVIII todavía se carece de las expresiones derivadas porque no se tiene la novedad de una carga profunda de sentido en la acción y las resultas de presentarse el derecho. Cuando ello ocurra identificándose la tarea y el producto con la voz y raíz de código, surgirá bien elocuente toda la constelación semántica. No resultará entonces lo mismo codificar, esta nueva actividad, que cualquier otra práctica de documentar o escriturar el ordenamiento.

No es ningún misterio cuándo alcanza curso fluido el nuevo vocabulario entre las diversas lenguas europeas que imperan con su empleo por escrito a efectos normativos. Es en el siglo XIX. Ocurre hacia principios de la centuria con ocasión y como efecto de la Codificación francesa, la napoleónica, una mayúscula no por tamaño, sino por alcance. Ahí se forja la acepción nueva de Código y así el léxico flamante. El primer poder de este libro es el semántico comenzándose por su propio nombre de género. La lengua es cosa significativa. Ella me guía. Adopto entonces resueltamente una visión que me consta nada pacífica o ni siquiera habitual en la historiografía jurídica, ya no digo en la menos especializada, pero creo tener la intención fundada (4). Para el Código eludo ahora toda una prehistoria porque tal la entiendo. Comienzo con el siglo, el XIX.

Desde unos inicios suyos Código resulta término cargado de sentido no por la forma de libro suficiente o ni siquiera de texto manual ni tampoco por el modo y el grado como la misma presentación incidiera en el derecho al hacerlo en su acceso, manejo, control y eficacia. Si hay carga en profundidad, es por una interfaz, por el valor y la fuerza que desde entonces cobra Código como fuente del derecho, esto es, según el significado de la metáfora, como generador y dispensario de orden normativo mismo y no sólo de estancia y acomodo, haciéndose con la capacidad por sí y no pasiva ni derivadamente. Es fuente de derecho en sentido creativo y no

(4) B. CLAVERO, *Codificación y Constitución*, en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79-145 (= *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1991, pp. 61-128), con rebotica de bibliografía dispensable en este momento de *riflessione* que añade el abuso de otras remisiones a obra propia por ahorrar repeticiones en todo cuanto pueda y poder así centrarme en lo que estimo esencial según alcanzo y conforme al encargo recibido de nuestras jornadas crepusculares, *di fine millennio*, sobre los *Codici*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solamente en el cognitivo. A ello, pues resulta entonces lo nuevo, y no a otra cosa, responde la novedad misma, si no de una palabra nuda, de todo su despliegue semántico (5). El resto, de darse, es característica menos, si algo, definitoria. Tendremos comprobación creo que sobrada.

El acontecimiento adviene por unas latitudes europeas continentales, por Francia, sin recluirse en ellas. Fragua desde 1789, desde una revolución; cuaja en 1804, en tiempos de Napoleón, y a continuación, acto bastante seguido, crece y se reproduce por la geografía de buena parte de la misma Europa y de América conociendo ulteriormente una expansión todavía en grado superior. Es a partir de entonces, de la coagulación y el fermento napoleónicos, y no con anterioridad ni por sucesos posteriores, cuando la expresión y su constelación se significan por sí mismas en el terreno del derecho. Nuestro término se carga de sentido en 1804 por virtud del Código Civil que primero se dice de los franceses y luego se bautiza con el patronímico de Napoleón, el *Code Napoléon* así sin posesivo, como nombre propio, cual animal doméstico, y por gracia recibida con constancia de toda una insigne progenie (6). No parece que se tenga una experiencia previa conduciendo, como fruta madura de cultivo moroso, a este determinado invento, según suele en cambio imaginarse la historiografía incluso más especializada en el derecho (7). No hay tal a lo que alcanzo y veo. Como es de sobra

(5) Buena evidencia léxica presta el epistolario del primado entre los apóstoles del *Code* como *Pannomion* de determinación presente sin necesidad de tracto histórico, Jeremy BENTHAM, *Complete Works*, vols. 6-8, Oxford 1984-1988, J.R. DINWIDDY y Stephen CONWAY (eds.), *Correspondence of Jeremy Bentham, 1798-1816*, estando el asunto de los *Codes* presente desde un inicio por suscitarse desde Francia para acabar haciendo su aparición, tras alguna otra expresión como *Code-Manufactory*, nuestra neología: "the case (it may be called) of *Codification*" (vol. 8, p. 468, carta de junio de 1815 al zar de Rusia).

(6) *Code Civil des Français. Edition originale et seule officielle*, París 1804, reprint 1982. Los artículos que más en particular van a interesarnos realmente se promulgan en marzo de 1803, pero nos podemos permitir referirlos al año del Código. Se le impone el nombre de *Napoléon* en 1807; lo pierde en 1814, y lo recupera en 1852. De la progenie veremos algo, aunque interesará menos que el núcleo para la carga de energía, pues no para los efectos de la onda expansiva.

(7) André Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París 1969; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonia 1988, pp. 123-139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conocido y enseguida comprobaremos para ver de precisarlo, la idea de base del Código identifica derecho con ley, dirección del ordenamiento con determinación política. Pues bien, ni siquiera esta sencilla ocurrencia de partida existe estricta en unas vísperas (8).

La que suele en cambio representarse como historia de la codificación de arranque anterior e incluso profundo en el tiempo y de andar pausado a lo largo de un buen número de décadas o hasta de siglos resulta más bien efecto de retroproyección de la fuerte imagen que arroja, comenzando por la denominación de género, el propio Código Napoleón (9). Hay cantidad de cuerpos normativos y de propuestas compilatorias de otros tiempos ostentando hoy con el nombre la cualificación que no recibieron de nacimiento ni pudieron y generando así la impresión de que existe un arduo y esforzado itinerario para ley y jurisprudencia hasta el granado logro de la Codificación mayúscula o sin más. Todo esto no parece que sea historia, ocurrencia efectiva pretérita, sino historiografía, imaginación interesada actual (10).

La vertiente que más se cultiva, la que conduce a la Codificación, viene trufada de ficción; la más descuidada, la historia del Código ya en vigor, arriesga el arranque en falso. Opera todavía una división nada inocente del trabajo profesional para historiografía del derecho y para doctrina jurídica con la línea de demarcación situada entre parto de Codificación y vida de Código produciéndose espejismos y distorsiones por anacronismos y contaminaciones en ambas

---

(8) B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid 1997, voces *Montesquieu* y *Beccaria* en índice de autores para el contraste debido frente a la suposición contraria aún imperante de existencia de la identificación en unas vísperas no por sí tales, sino por lo que luego ocurre y vamos a ver.

(9) Para muestrario reciente de iniciativa nada extrañamente, por lo que veremos, francesa, *Droits. Revue français de théorie, de philosophie et du culture juridiques*, 24, 26 y 27, 1996-1998, *La codification*.

(10) Señalo un solo ejemplo significativo entre tantísimos posibles por provenir de quien nos ha hecho la advertencia. El panfleto contra el *Codex* y demás compilación de Justiniano debido a François HOTMAN, *Antitribonian ou Discours sur l'estude des lois* (1567), París 1603, reprint 1980, concluyendo reclama un par de *beaux volumes en langage vulgaire et intelligible* que pudieran sustituirla. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, pp. 203-204, recoge el fragmento bajo el siguiente epígrafe: "La strategia codificatrice degli umanisti francesi". Para acopio de evidencias, bastaría con repasar manualística.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuencas y vertientes. Tal vez solamente cuando el Código desaparezca del universo del derecho, la historiografía y la doctrina se mostrarán capaces de hacerse cargo más ecuánime, por desinteresado, de la materia. Pero no adelantemos acontecimientos. No inhumemos prematuramente o no lo hagamos sin la debida autopsia. De momento, alerto de que nos adentramos en un campo minado de beligerancia no interrumpida, de hostilidades por causa del Código y sobre todo a su favor nada suspensas, aun caso de ofrecerse otra impresión por ser hoy usuales las posiciones oblicuas y tácitas, esto incluso, si se me perdona la impertinencia, por inadvertidas y hasta inconscientes. Fundada la intención y además aplicándome sin piedad el cuento (11), no tengo por qué andarme con rodeos, subterfugios ni chiquitas.

Resulta en suma que, para esta historia entre juristas, el escenario comúnmente figurado y el argumento ordinariamente desenvuelto forman uno de tantos capítulos de invención de tradición por legitimación al cabo de lo que para el caso en su momento fuera revolucionario con la presunción por lo visto favorable que a la larga, pasado el terror y cambiadas las cosas, tal circunstancia implica y con la necesidad tan humana consiguiente de aseguramiento teórico para seguridad práctica (12). En un mundo de ficciones que afianzan, algo de realidad fuera de duda tenemos, como por ejemplo un orden de factores, pues lo que hay innegablemente antes de 1804 es 1789, la revolución que introduce condiciones para la novedad constituida por el Código, tan sólo esto todavía. El mismo invento de tal género de libro significándose por su valor de fuente es producto de fase avanzada en el curso de la revolución francesa o incluso de hora postrera y hasta ajena para ella, el episodio napoleónico. De aquí, de 1804, sin que sea óbice para que también nos giremos hacia 1789, de entre estos precisos años, no más lejos ni más cerca, creo que conviene partirse. Así que, si me acompañan, procedemos.

---

(11) Para prueba de cargo, que reconoceré sin ambages, B. CLAVERO, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88.

(12) Para debate interesante a nuestro asunto, P. CARONI y Gerhard DILCHER (eds.), *Norm und Tradition. Welche Geschitlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, Colonia 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Voy en primer lugar a intentar el desentrañamiento del Código como fuente en origen, lo que nos centrará efectivamente en Napoleón, en la pieza, no en el individuo. A continuación confronto la posición que la misma ocupa, siempre respecto a fuentes, en el momento actual dentro del sistema de Estado francés al que pertenece, lo cual nos llevará al individuo, no a Napoleón, sino a nosotros mismos, unos humanos. Y buscaré otro contraste acto seguido, pero no por Europa, sino por América, porque resulte más marcado y con ello, según espero, más esclarecedor y convincente. Entonces regreso a casa, a la europea, con el problema a cuestas de la constitucionalidad del Código que se plantea desde el momento en que ha comparecido el individuo, nosotros, todas y todos. Sin más anuncio ni advertencia, ya me apresto (13). No voy a estar de continuo avisando que todo cuanto asevero es opinión de parte, la mía, pues así también queda dicho.

2. *Dicha de* Napoléon: *Código como surtidor en exclusiva de fuentes en plural.*

La acepción nueva, la que va a hacerse propia y característica del Código, la definitoria del mismo, se pone notoriamente de manifiesto en el Título Preliminar que sirve de encabezamiento al *Napoléon*, el principal, el civil, o que en realidad se lo presta a toda la Codificación napoleónica, también a Códigos como el mercantil, el penal y los procesales. La noción es tan nueva como simple, esto al menos en apariencia. Según los pronunciamientos contenidos entre la medida docena de artículos de tal Título Preliminar, el ordenamiento se identifica de entrada con la ley, *la loi*; con la aplicación de ésta, la justicia; y la conducta conforme a derecho, con el ejercicio de libertad bajo un orden público y unas buenas costumbres, *l'ordre public et les bonnes moeurs*, que se presumen representados por la Codificación misma como manifestación eminente de la ley. No hay otro criterio en el Código o ninguno expreso para identificar esas categorías.

(13) He recibido de nuestras jornadas sobre *Codici, una riflessione di fine millennio* y para una primera sesión de *Storia e Teoria del Codice* el encargo de ocuparme de *Il codice come fonte del diritto*, la mitad de mi título. Es en cambio de mi cosecha exclusiva el estrambote invasivo de *desagüe de Constitución* y todo lo que va a implicar en el curso de la exposición. Presento disculpas y aguardo comprensión.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si sobre dicha concreción hubiera duda, se despeja en el mismo cuerpo del Código entre los artículos 1131 a 1135, los cuales requieren causa para la licitud del contrato considerando ilícito lo vedado por la ley así como también lo contrario a buenas costumbres y orden público; confieren valor de fuente al acuerdo contractual equiparándolo expresamente a ley entre las partes si se conforma con la legislación, con sus formalidades y no con otras consideraciones, para dicho efecto que resulta de respaldo limitado de libertad; y amplían a equidad y costumbre en comandita con la ley, *l'equité, l'usage ou la loi*, los criterios para integrar el alcance del compromiso contractual. La causa y su licitud constituye motivo para el juego de la justicia como fuente, como cauce en el caso para la imposición de moralidad cuyo discernimiento lo marca ante todo, pero no en exclusiva, la ley comenzando por el propio Código.

En la Codificación entera y así en un orden de familia, propiedad, sucesiones, contratos y mercado, con su negativo penal, la ley no sólo es marco de derecho, sino también guía de moral. Orden público, buenas costumbres y la equidad misma son cláusulas de seguridad cumpliendo la doble función de ampliar dirección de ley sobre libertad y de impedir la supresión de ésta por aquella. Puede mediar la justicia. El contrato, esta forma de libertad, es ley y esta forma de ordenamiento, la ley, no puede desconocerlo. Lo integra como ley entre leyes la moral judicial. No cabe en todo caso para el Código que se llegue al extremo de su identificación totalitaria con el derecho. Ley es también el contrato, esta forma de libertad con la eventual mediación judicial.

El cuerpo del Código y la Codificación toda encierran un modelo social al que el régimen de fuentes se debe. A tenor de sus disposiciones no es difícil de identificar. Se trata de un patriarcalismo moderado, ni dinástico ni vitalicio, nada feudal ni señorial, abierto a juego de libertad en materia sobre todo de disposición de propiedad y particularmente en el ámbito mercantil bajo previsión regular de la legislación con su dependencia mediadora, la justicia, en el entero orden privado. Tocamos unos contenidos sólo en cuanto que interesan al mecanismo de las fuentes. El Código Napoleón presenta un régimen de familia y propiedad con fuertes elementos de contraste respecto al orden tradicional, pero ahora importa más que contenga un patriarcalismo nada indiferente a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poderes de derecho, esto es, a fuentes. A él, a un orden privado doméstico y dominical, marcando la moral, se debe originariamente el mismo juego de la justicia adicional a ley. El ordenamiento público, el de las instituciones políticas, no sufre en cambio supeditación ni mediación. Factura ley y justicia o fabrica así Codificación no para sí mismo, sino para la sociedad civil (14). Unos poderes, legislativos o no formalmente, producen orden que no se les aplica y constituyen justicia que no les alcanza. Dejan espacio contractual para que la libertad también pueda ser generatriz de derecho, pero no lo permiten judicial para que la misma se vindique, defienda y ampare frente al ejercicio propio, el de los poderes políticos de trasfondo patriarcal.

En términos más generales, esto quiere decir que hubo y hay, ayer y hoy, presunciones no muy justificadas sobre el Código y su identificación entre derecho y legislación. No es tan simple como a primera vista aparenta. Ni siquiera un principio de imperio de la ley, menos todavía si se entiende como *rule of law* no necesariamente legislativa (15), resulta lo genuino del fenómeno codificatorio a no ser que para lo primero el mismo se entienda como estrictamente circunscrito a orden privado conforme a un determinado paradigma normativo de libertad limitada y reducta por patriarcalismo familiar y apoderamiento político, también por esto segundo. Los poderes públicos no conocen sobre sí Códigos ni apenas leyes. Podrán venir éstas, pero en origen eran aleatorias. La Codificación es derecho de producción política para consumo privado. Así, con todo, ha podido justamente entenderse que representa como modelo normativo no tanto alguno constitucional de libertades como uno absolutista de poderes (16).

---

(14) André Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973; Alfons BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1991, pp. 3-149; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, pp. 71-75.

(15) A lo que alcanzo y por no entretenerme, para la distinción, pues no suele siquiera cuidarse, B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 181-236 (= *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996, pp. 285-346).

(16) P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán 1998, sin entrar en la vertiente pública o, como habremos de ver más de cerca, constitucional.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Y porque hubiera imperio sectorial de la ley, no había principio de legalidad, cosa también distinta. Ya no sólo se trataría de presidencia legislativa, sino de que unas instituciones públicas se ajustaran a ley, lo que no ocurría, o de que unos derechos privados que implicaban libertad sólo pudiesen ser regulados por ella, lo que tampoco se daba. No hay principio de legalidad en el Código ni siquiera para el orden privado. La justicia ya vemos que puede requerir moralidad adicional al contrato, a este juego de libertad. Por añadidura, la propiedad queda sujeta no sólo a ley, sino también a reglamento en manos de poder ejecutivo. El artículo 544 la define como derecho libremente disponible salvo uso prohibido por leyes o también por reglamentos, *par les lois ou par les règlements*. La libertad privada queda en suma sometida o resulta así sometible a toda una trinidad de poderes definitorios del Estado, al legislativo, al que se dice ejecutivo y al judicial, pero es también importante que la misma, la libertad, fuese tomada en cuenta o que incluso se le tuviera por incancelable. Con todo ello, con la posición de la propiedad y del contrato, la autonomía privada de la voluntad o de la necesidad que fuere, porque esté garantizada, tampoco es principio para el Código.

El concepto de Código no se cierra sino a última hora, hasta tal punto no viene dado por evolución previa. Hay todo un empinado y tortuoso camino entre 1789 y 1804 para la propia confección y despacho de lo que acaba siendo el Código Napoleón, inclusive lo que termina constituyendo su Título Preliminar. Enfilándose la recta final, todavía se discute esta clave de la concepción y puesta en práctica de la Codificación toda. Aprobándose lo que será tal título, el preliminar, aún se debate la capacitación de la justicia para interpretar ley habiéndola y arbitrar en equidad faltando, con la más franca posibilidad entonces de atención tanto a costumbre como a jurisprudencia (17). En cuanto que todo ello, lo implícito como lo explícito, fuese reconducible al orden público del modelo asumido, puede tener cabida, como luego en parte se

(17) P.A. FENET (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París 1827, reprint 1968, vol. VI, pp. 21-24. A los artículos preliminares definitivos, propagados y notorios volveré todavía, para la actualidad que veremos subvertirlos, con algo más de desglose.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confirma, pero cubre mejor las aguas del edificio en fase de construcción la identificación inicial exclusiva entre justicia y aplicación de ley, permitiéndose así más claramente de entrada la dirección normativa sobre la libertad. Habrá leyes tanto imperativas como dispositivas o disponibles por determinación de la ley misma. Ocurre en el propio seno del Código.

Es la opción final ya descrita, la que entroniza ley como fuente sin reducir a ley el ordenamiento o ni siquiera permitir esto segundo. Lo cual no significa que se abra espacio propio e independiente a otras fuentes. Las referencias finalmente mantenidas a orden público y buenas costumbres o también la que luego se añade a equidad no es que abran posibilidades de arbitrio en el orden judicial, como tampoco de albedrío en la conducta social. Pero libertad cabe y tiene su sitio. Justicia y derecho se identifican con la ley por arranque y no por resultas. Queda con la ecuación cerrada para sí misma la categoría de Código como fuente o más bien, con todo y por lo que todavía veremos, fuente de fuentes, inclusive libertad, por dispensa y como presupuesto de la misma ley (18).

¿No se ha producido realmente la novedad del Código como fuente durante el transcurso anterior de la revolución? Algo hay, pero insuficiente cuando se llega sin el concepto establecido hasta un momento tan postrero para ella. Código penal existe desde 1791 bajo el supuesto de que el derecho y la justicia consisten en ley para este concreto campo de los delitos y las penas, lo que no parece empero haber bastado para conformarse el concepto. Entonces incluso ya existe todo un programa codificador por mérito del ordenamiento orgánico de la justicia de 1790, pues hace previsión de una reforma legislativa conducente a un manual general, *code général*, otro procesal, *code de la procédure civile*, y el penal, *code pénal*, especificando que éste se realizará "de manera que las penas sean proporcionales a los delitos y no perdiendo de vista la máxima de la declaración de derechos", la *déclaration des droits de l'homme* de 1789, en su artículo octavo: "La ley no debe establecer más penas

(18) Jean Louis Halpérin, *L'impossible Code Civil*, París 1992, pp. 273-276; Ugo Petronio, *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione*, en *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, pp. 83-115; Alberto Sciumé, *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula*, Turín 1998, pp. 31-32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que las estrictas y evidentemente necesarias. Nadie puede ser castigado sino en virtud de ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente", por justicia sujeta a ley (19).

¿No está aquí ya, desde un inicio de la revolución, el concepto de Código como fuente y así incluso un principio de legalidad con vinculación además impecable a canon de constitucionalidad en cuanto que garantía de libertad? La pieza penal madrugaría entonces para confirmarlo (20). Mas no parece que esté tan claro nada de esto. La incertidumbre mantenida hasta 1804 puede acusarlo. La conexión constitucional con la legalidad como garantía que más podría haber contribuido a asentar la idea de Código resulta problemática. Cuando el referido orden de la justicia se remite a la reforma conducente a la pieza principal, el *code géneral*, puntualiza que habrá de hacerse por los legisladores, *par les legislateurs*. No es requerimiento gratuito. Así se excluye la jurisprudencia y también algo más. La misma declaración de derechos de 1789 se refería, en su artículo sexto, a una doble vía ciudadana de determinación de ley, la directa y la representativa, soslayándose enseguida la primera para legislación decisiva.

A efectos judiciales, la vía directa tiene su traducción en el jurado, sobre lo que guarda por su parte silencio la declaración y por la suya reserva dicha ordenación de la justicia, reduciéndosele con todo al campo penal para apreciación del hecho y no confiriéndosele así relevancia ninguna para la determinación del derecho (21). El problema constitucional es entonces el de la erección de un poder legislativo en sede parlamentaria para la tipificación negativa de conductas sociales sin contrapeso igual o mayormente

---

(19) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État, 1788-1830*, París 1824-1831, vol. I, pp. 361-377, *décret sur l'organization judiciaire*, arts. 19-21 del título segundo, colección también para *déclaration* y, pues ahora sigue, *constitution*.

(20) Roberto MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia, 1789-1791. Alle origini del processo accusatorio: I decreti Beaumetz*, Milán 1984; Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA y Pierre LENOËL, *Au nome de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, París 1989.

(21) Robert BADINTER (ed.), *Une autre justice, 1789-1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, París 1989; Antonio PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia. Dai "philosophes" alla Costituente*, Milán 1995; B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 74-83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciudadano en el momento de una justicia ya reducida a función de ley. Puede entenderse que un código penal no bastase para producir el concepto de Código en un contexto constitucional. Sólo cuando éste viene a menos en tiempos napoleónicos cabe la concepción del Código como fuente para un orden además tan sólo sectorial, sin imperio equivalente ni similar de la ley ni reglamento en el orden político, ya no civil. *Civil* habría sido el *code géneral* previsto en 1790, pero en el sentido tradicional que aún podía contener la materia pública. Lo que se anunciaba no era el *Code civil* que resulte.

Para el planteamiento judicial de 1790, la justicia se presta en su propio orden todavía menos a sugestión de Código puesto que, aun no acogiéndose en su campo la institución del jurado, se pone un fuerte acento en la instancia de la conciliación y en la opción del arbitraje como mecanismos constitucionales sin sujeción necesaria a ley ni la una ni el otro. *Code géneral* era con todo una incógnita que no hay por qué despejar identificándolo como modelo con el *Code Napoléon*, aunque sólo fuera porque éste resulta fruto de un momento bastante menos constitucional. Algo de *géneral* conservará, como es precisamente el capítulo de fuentes, su Título Preliminar más lo que interesa al respecto en el propio cuerpo afectando al conjunto del ordenamiento, pero será *civil* en el sentido ya más restringido de materia privada excluyendo la mercantil. El registro de la Constitución de 1791, primera de la revolución, la cual incorpora tanto la declaración de 1789 como las líneas generales del orden judicial de 1790, apunta significativamente en una dirección más pasiva de compilación que activa de generación del derecho y todavía además amplia en cuanto a materia: *Code des lois civiles communes à tout le Royaume*. A cada cual lo suyo. No adjudiquemos a historia ni a revolución lo que es obra de Napoleón con los cambios sensibles que produce en los órdenes tanto legislativo como judicial permitiendo la identidad inicial entre derecho y ley (22).

(22) Michael J. FITZSIMMONS, *The remaking of France. The National Assembly and the Constitution of 1791*, Cambridge de Massachusetts 1994, pp. 100-108 y 212-222, apreciando el momento menos legalista; B. CLAVERO, *La Paix et la Loi ¿Absolutismo constitucional?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 1999, pp. 604-645, debatiendo la imputación de *Napoléon* a la revolución.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Napoleón es sabidamente un prototipo. La concepción que se forma con su Título Preliminar y los aditivos va a constituir modelo y aliciente prestando tanto incentivo como inspiración para una variedad notable de Codificaciones. No siempre se adoptará de entrada la identificación aparente entre derecho, justicia y ley, pudiéndose reconocer juego expreso a otras fuentes como la costumbre o la jurisprudencia e incluso ubicarse la persona cual sujeto de derechos en tal capítulo inicial, con la plausible secuela de que la libertad concurra y hasta prevalezca como principio entre las fuentes. Pero este último efecto realmente no se produce salvo en la actualidad como veremos. Podemos aparcarlo de momento. No plantea todavía competencia. Más o menos solitaria en unas alturas, más o menos acompañada en unos bajos, la ley reinaba. Hela como insignia no sólo simbólica. Unos eventuales principios, ya se remitieran a derecho natural como filosofía moderna, ya se vinculasen a derecho común como jurisprudencia tradicional, no se mostrarían con fuerza directiva propia por encima del Código y más o menos a la larga vendrían a encontrarse condenados de cara al mismo. En el ámbito históricamente identificado con un *ius commune* de tracto jurisprudencial y salvo casos más bien parasitarios ([23]), acaba en particular por cancelarse tradición y en especial de principios.

No conozco variante pretérita de Código que afecte al paradigma porque, aceptando principios o considerando libertades, se muestre dispuesta ni llegue a ceder en la determinación del ordenamiento. En cuanto al sujeto, comienza siempre por presumirse una identificación masculina y nacional de *la persona* no equivalente así ni siquiera de entrada al individuo sin más, a tal posible acreedor de libertad. Y el patriarcalismo, aun moderado, hace el resto. Lo característico resulta entonces que fuese la ley quien determinara tanto sujeto como ordenamiento ya de modo directo, ya de forma vicaria y así dependiente, por admisión o tolerancia de otras fuentes, cual pudiera ser el caso de principios igualmente subordinados en la

([23]) Aquilino IGLESIA (ed.), *El "Ius Commune" com a dret vigent. L'experiencia judicial d'Andorra i San Marino*, Andorra 1994. El parasitismo puede ser desde luego forzado por deficiencia de autonomía propia como sea el caso de la persistencia de *ius commune* en la misma Cataluña dentro de España.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

práctica, pese a nombre y pese a intentos, o cual era también la libertad de juego patriarcal y no otra.

No es ahora cuestión de esto, de unas prácticas, de interrogarnos hasta qué punto se cubre objetivo o en qué grado se mantienen usos y doctrinas o libertades y principios al margen incluso de la propia Codificación, lo cual acontece por supuesto en mucha mayor medida fuera de Europa que en casa. A nuestros efectos, importa ahora una concepción en su doble sentido de origen y designio. Interesa la configuración de un sistema de fuentes a disposición como tal de la ley aunque no siempre sea legislación o ni siquiera norma escrita lo que rija ni se imponga. La costumbre y la jurisprudencia, las libertades y los principios, no son cosas desde luego fácilmente erradicables ni prescindibles. En todos los casos, hasta en el francés (24), el Código no es fuente en singular, sino fuente de fuentes en plural, subordinando o marginando lo que entonces parece constituir residuo y puede mantener entidad. Definitivamente, con ésta y otras Codificaciones, no será fuente y punto como no lo era primitivamente, con la francesa. No es el Código ley a secas para la previsión teórica y, todavía más, para el resultado práctico de la Codificación.

Importa también menos la producción del Código, la forma poco parlamentaria de confeccionarse, que el producto del mismo, el régimen de fuentes presidido por ley. No interesa así tampoco ahora que, comenzándose por Napoleón, el Código, entre poderes poco contrastados mutuamente y doctrinas bastante pagadas de sí mismas, no suela ser un instrumento muy formalmente legislativo. Como expresión de patriarcalismo, de una base social tenida por indisponible, el mismo Código en sí podía tenerse por orden natural o razón escrita cuya formulación correspondiera más a una presunta

(24) Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, París 1987, pp. 89-218; Christoph BERGFELD, *Frankreich*, en Filippo RANIERI (ed.), *Gedruckte Quellen des Rechtsprechung in Europe, 1800-1945*, Frankfurt am Main 1992, vol. I, pp. 405-461; Jean HILAIRE, *La vie du droit. Costumes et droit écrit*, París 1994, pp. 35-49 y 83-100; Matthias GLÄSER, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main 1996; Laurence MONTAZEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et Allemagne au XIXème siècle*, Frankfurt am Main 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciencia jurídica que a una probada política representativa o antes así a doctrina que a ley (25). Mas es ésta la que queda entronizada como fuente última, la primera. La propia gestación importa menos. Podemos ahorrarnos referencias. Nuestra historia arranca con el Código.

La confección del Código representa, si acaso, buen anuncio y mal augurio, algo secundario y efímero respecto a la propia vocación de permanencia del constructo normativo característico de la Codificación, un producto definitivamente nada formal en lo que toca a legislación, a esta fuente primordial. No parece tener mucho sentido que nos interroguemos ahora sobre el déficit democrático evidente de los procesos codificatorios y menos todavía que, como suele hacerse, intentemos justificarlo con argumentos de complejidad técnica y competencia doctrinal en la faena. Tiene en cambio más sentido que advirtamos la deficiencia constitucional del Código constituido por la forma como establece la presidencia de la ley sin expresión por lo usual, comenzándose por Napoleón, de necesidad de procedimiento parlamentario ni de atención a derechos ni ordenamientos. No la guarda a orden consuetudinario, lo que también pudiera ser un contraste de democracia (26). Pues esto último de la exclusión de costumbre se da por hecho, no suele ni considerarse al efecto de eventual legitimación democrática de la ley como fuente ni menos aún del Código como fuente de fuentes.

Como presupuesto y como resultado de la Codificación, como programa suyo, lo decisivo en definitiva no resulta que ordenamiento y legislación se compenetren y fusionen hasta confundirse e identificarse. Esto constituye una ilusión que ni siquiera cabe traducirse a realidad normativa, ya no digo social. Lo definitivo es que el derecho se considere a disposición de ley y así se tenga la disponibilidad por legítima hasta el punto de poder pasar una tal dependencia por signo ella misma de constitucionalismo. A lo que ahora estamos, pues a esto más distintivo y esclarecedor de la constitucio-

(25) Para la mera constatación, Alejandro GUZMÁN, *Ratio scripta*, Frankfurt am Main 1981, pp. 155-156.

(26) Para comprobación de que había quien lo planteaba, B. CLAVERO, *El método entre infieles o el código en España*, pp. 283-286, en *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991, pp. 271-317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nalidad acudiremos luego, cabe entonces, como cupo, una auténtica variedad de menús más o menos previsores entre preliminares o equivalentes de las distintas y no tan dispares Codificaciones dentro de un mismo paradigma de imperio factible de ley con juego pasable de libertad en la esfera privada de una economía. Aparte de lo hacedero por poderes políticos y lo aceptable por dominios patriarcales, también ciertamente ocurre que el éxito del Código nunca ha resultado tanto como ayer y hoy, entonces menos que luego, se presume (27). Mas esta disparidad aquí sólo nos interesará en la medida en que una sedicente decodificación alcance al núcleo constitucional de la materia de fuentes.

Estamos todavía en el momento del Código, en una primera fase por la que no acaba de amanecer Constitución ni de anochecer historia. Con un planteamiento que nunca llega a identificar ni reducir ordenamiento a ley o que ni siquiera puede, caben, sin necesidad de reconocimiento, tractos. La misma irreductibilidad a escritura del derecho puede también mantenerse en tiempos codificadores aun cuando no opere la razón constitucional más genuina de primacía de derechos, cuánto más de llegar a hacerlo como tendremos que comprobar. Siempre en algo, incluso bajo Código, juega libertad. Ofrecen a su modo espacio frente a ley escrita, aun siendo dependencia y procedimiento para ella, justicia y parlamento, donde, en la una como en el otro, la oralidad pugna incluso cuando no se motiva y alienta como requerimiento constitucional de publicidad y contradicción (28). Mas todo esto es también secundario en

(27) B. CLAVERO, *Ley del Código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, en *Quaderni Fiorentini*, 23, 1994, pp. 81-194; Carlos PETIT, *El Código inexistente*, I, *Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX*, y II, *Por una arqueología de la civilística española*, en *Anuario de Derecho Civil*, 48, 1995, pp. 1429-1465, y 49, 1996, pp. 1415-1450; Marta LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, en prensa, sobre todo en su momento de edición, para el caso español que me es por supuesto más accesible, lo último, anticipando extremos tomados de esa *Voz del Estado* en contexto expositivo que la desquicia C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Huelva 2000, pp. 129-148.

(28) Jesús VALLEJO, *Ortografía y heterografía constitucionales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 615-669, para un caso expresivo de manifestación parlamentaria; Pasquale BENEDUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo que concierne al valor de la ley explícita como fuente de fuentes, a un tal potencial del ordenamiento. Entre tradición y constitucionalismo, costumbres y jurisprudencias, prácticas y estilos, por muy vivos que unos y otros factores resulten, no impugnan la posición histórica, allí donde comparece, del Código como fuente.

Porque no entremos todavía en el contraste de constitucionalidad, no dejemos de subrayar lo que para tiempos y latitudes de Codificación significa la ley, norma a disposición concreta de poder o poderes políticos sin requerimientos específicos ni de precedencia de derechos ni de procedimiento por representación, ni de lo uno sustantivo ni de lo otro procesal. Suele hoy alegremente presumirse que Código presupone Constitución y así con ella dichos elementos de libertades, pero la creencia es para entonces, ya nos plantearemos si para ahora, perfectamente gratuita. Sólo cuenta con la aparente evidencia de la falacia de consecuencia por secuencia. Que primero viniera, con revolución, la una y después, con imperio, el otro no implica conexión lógica ni, aún menos, dependencia normativa. Tendremos para hoy suficiente evidencia de que Constitución y Código no son cosas que casen. No casaban ya en origen. Abundaremos.

Brinda hoy testimonio y ayer ejemplo el pie de entrada del Título Preliminar del Código Napoleón identificando derecho con ley y constitucionalmente punto, esto es, sin registro en efecto de premisa de libertad ni requisito de parlamento. Así también se entiende que el reglamento pudiese equivaler a ley. No había Constitución que impidiera nada de esto. El Código suple de esta forma y no de otra. Entronizando ley, no conoce por sí ni reserva legislativa ni jerarquía normativa en el ordenamiento de determinación política que sin tantos escrúpulos es el derecho para él. No hay de este modo identidad estricta ni rigurosa con la ley desde óptica que pueda decirse ni, desde luego, tradicional ni tampoco, por lo que se prevé y lo que resulta, constitucional. Por lo que hemos constatado, por la vinculación dada, no tiene para el Código definitivamente sentido cuestión ni de democracia ni de constitucionalidad. Son vectores que ignora no por darlos por supuestos, sino por permitir la cancelación.

---

giurista nell'Italia liberale, Bolonia 1996, para la fenomenología de tracto menos constitucional, sumándose C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ley o equivalente mediante, lo que intenta ponerse a disposición de poderes políticos sin credenciales de dicho género constitucional es la batería de las fuentes y así el ordenamiento. El Código es ley y lo es por ley que como fuente él mismo entroniza incluso en el caso de atender e integrar costumbres (29), o también en el que pueda caracterizarse por contribución de la jurisprudencia cual doctrina y de la justicia cual aparato (30), por una pujanza de otros poderes sociales y políticos que no se pierde, aunque remita, ulteriormente. No deja de ser ley y de disponerse así por ella del resto de las fuentes porque algunas de entre éstas reciban una consideración y mantengan una fuerza que pudieran acercarse incluso a la equivalencia (31). Codificación mediante, es ley lo que ya determina. Las mismas variantes más diversificadoras entre Códigos y casos dependen menos de lo primero que de lo segundo, menos del propio planteamiento que del medio cultural e institucional, con sus tradiciones e innovaciones, donde recaen y operan. Hasta con Napoleón sucede. Siendo el mismo, puede ser otro (32). Aquí nos importa la

(29) C. PETIT, *The Code and the Goats: Western law in less-western cultural context. On the Code of Property of Montenegro 1888*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 20, 1998, 3-4, pp. 212-224. Es caso también parcialmente *more-western* como lo resulta el de Cataluña al que antes me refería: Pablo SALVADOR, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona 1985; Encarna ROCA I TRÍAS, *El Código Civil, derecho supletorio*, en B. CLAVERO, P. GROSSI y Francisco TOMÁS Y VALIENTE (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990, vol. II, pp. 535-572; B. CLAVERO, *Nativism and Transnationalism. Spanish Law after the Civil Code*, en Claes PETERSON (ed.), *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit*, Lund 1993, pp. 25-35.

(30) Michael JOHN, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989; Hans SCHULTE-NÖLKE, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main 1995.

(31) P. CARONI (ed.), *L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle*, Friburgo 1986; el mismo, *Saggi sulla storia della codificazione*, pp. 78-90, con valoración más favorable respecto a fuentes, bien que mi conocimiento para contraste no va mucho más allá del texto traducido en su momento, *Código Civil Suizo aprobado en 10 de diciembre de 1907*, Madrid 1908, y siendo materia frecuentada por P. CARONI, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basilea 1996.

(32) Por la revolución habida, *Napoléon* puede promulgarse con alcance derogatorio general (J.B. DUVERGIER, ed., *Collection complète* , vol. XIV, pp. 526-528, *loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps des lois sous le titre de Code civil*, de 21 de marzo de 1804, art. 7, con expresión agregativa el título de la ley que ya no tiene

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constante de entidad, no la variable de casos. Cada uno es una historia con su interés propio irreductible, pero hay comunidad de paradigma, de esto que ahora se trata.

Si es así, puede que no haya diferencias sustanciales por razón del diseño de fuentes entre casos, entre el prototipo *Napoléon* y la larga serie de Códigos que por Europa y por América le siguen a través de un siglo también largo, así por latitudes caseras nuestras hasta el Código suizo entrado el XX. Ya de nacimiento conoce el paradigma matizaciones. Tiene posibilidades de adaptación sin necesidad de quiebra ni riesgo por quiebro. No se parte de una cerrazón en ley para ir produciéndose aperturas con principios y otras ocurrencias sin capacidad entonces de dirección ellos ni ellas. Tal misma forma legalista a ultranza, más así que directiva, de arranque del movimiento codificatorio no parece haber existido por mucho requiebro con que luego se le encarezca. Como expresión de Codificación, nunca seguramente se ha dado la identidad entre ordenamiento y legislación sin más y a secas. Desde aquel origen napoleónico el modelo resulta complejo pudiéndose venir en diversos casos a formulaciones más francas de la admisión de otras fuentes, inclusive libertad, bajo determinación de ley (33).

Es de ley cualquier Código que responda al concepto con todas sus variantes y no otra cosa aunque pueda adoptar ayer u hoy el mismo nombre o también ahora en el caso de que no lo ostente. Dado el significado, no creo que se cometa petición de principio con la advertencia. No vendría desde luego mal, pues falta, una buena

---

la significación vista en 1791, antes de que existiera el Código), mientras que al extenderse por territorios italianos *Napoleone* a menudo se presenta por ediciones oficiales *con le citazioni delle leggi romane*, significando *leyes romanas* derecho de tracto nada legalista, aun conociendo también la cláusula derogatoria al menos en promulgación *pel Regno d'Italia*, Milán 1806, reprint 1989, con el añadido de versión latina del *Codice* reforzando el efecto. Y ya hay por entonces, desde temprano, guías menos oficiales francesas del *Code* con el arropamiento de *lois romaines* y otras *anciennes*.

(33) En España se cuenta con un material único en su género de toda la movida tanto para Europa como para América e incluso para otros continentes, gracias a la colección de *Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos* que se ocupó de ir ofreciendo traducciones sobre la marcha como la dicha del Código suizo: B. CLAVERO, *Legislación universal para pueblos modernos, 1868-1914*, en Víctor TAU ANZOÁTEGUI (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires 1997, pp. 31-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fenomenología, sin proyecciones anacrónicas ni sincrónicas, de los usos lingüísticos de toda la constelación contemporánea generada por una raíz tan antigua como *Codex*, dígase también ahora más inespecíficamente, pues no hace el nombre la cosa, *Gesetzbuch* o expresión similarmente compilatoria. Se nos introduciría en una casuística no poco expresiva de fenómenos bien reales, pero no se nos esclarecería el extremo nuclear de la significación del apelativo más allá de la propia evidencia de la importancia cobrada finalmente. La lengua guía al punto de lo que alcanza, por lo que habría de proseguirse adentrándonos para las debidas distinciones en contenidos a través siempre de palabras que al efecto se inician por las figuradas de una manida metáfora, la de fuentes. Como sus correspondencias lingüísticas y sus equivalencias sustantivas, Código es el manual normativo que puede plantearse como suficiente porque sitúa el ordenamiento bajo dependencia de ley constituyéndola él mismo, algo sólo pensable desde unos inicios del XIX y con acentuado predicamento a lo largo del siglo. Así se significan nombre y cosa.

Codificación es idea y realidad que se debe al *Code Napoléon* y su progenie, al Código que se caracteriza y define por la entronización de la ley como fuente de fuentes. En la categoría entonces no entran los manuales normativos que puedan recibir la denominación sin llegar a significarla en su día ni deber representarla hoy al no asumir la concepción legislativa no identificada exacta ni necesariamente con la parlamentaria. Los regímenes más parlamentarios, cual el británico, son precisamente los menos codificadores, los refractarios incluso a la Codificación con mayúscula aun practicando consolidaciones y otras formas compilatorias no necesariamente además legislativas. No es que se trate de parlamentos privados de poder de este carácter normativo, sino de sistemas jurídicos que no les confían la materia nodal de fuentes, la cual se considera como más bien propia de tradición políticamente indisponible y así administrable por jurisprudencia y costumbre. Por ello no se tiene de parte de poderes capacidad codificadora estricta en tales casos precisamente más parlamentarios y probablemente, al menos en cuanto a fuentes, más constitucionales. Queda hecha la sugerencia, pues no voy a salirme de matriz para entrar en matices. Mi actual terreno es el del Código singularizado con la mayúscula por mérito o tal vez demé-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rito, todavía veremos, de fuentes. Comparación ayuda, pero también descentra (34).

En tierras de Codificación, se ha dado y da el uso de denominar *preley* el preliminar del Código, sea norma exenta o título que lo encabece, lo que sienta el concepto con sus diversas modalidades dentro del paradigma característico de identificación del derecho con la ley más otras eventuales fuentes admitidas o sufridas por la legislación misma (35). Resulta una buena denominación la de preley también por lo que implica de negativo en el sentido de que cancela o al menos suplanta Constitución. Es el Código la ley de leyes. Habiéndolo, no hay otra. Su concepto se basta para fundar ordenamiento desde el instante y en la medida en que permite la identificación inicial de derecho y justicia con ley y por lo tanto consigo mismo (36). Esto no se produce de un modo necesariamente absoluto también por la razón de quedar espacio eventual en el orden político para Constitución, pero de esta forma queda excluido de la dimensión constitucional, de una tal presidencia, todo un resto que es el grueso, la Codificación en suma.

Resulta por lo usual un punto ciego, hoy incluso más que ayer, porque la propia escisión entre Constitución y Código se asume sin mayor problema, como manifestación de diferencia entre derecho público y derecho privado, por la doctrina y por la historiografía jurídicas, sin impedimento además de que la primera se entienda en el contexto como una expresión más, la política, de la Codificación, marcando ésta nada contradictoriamente el panorama. Mas si miramos a un régimen de fuentes antes que a unos contenidos, como

---

(34) Puedo remitirme a B. CLAVERO, *Imperio de ley y rule of law*, ya doblemente citado, pues es el artículo de *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996, pp. 285-346, y capítulo de *Happy Constitution*, pp. 181-236.

(35) Alessandro GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Turín 1999, que forma parte del *Trattato di Diritto Privato* dirigido por Pietro RESCIGNO como preámbulo sobre la base de tiempo largo que más seduce a juristas dificultándoles en el caso la visión del momento histórico del Código.

(36) Debida a Roberto BONINI, la *Premessa storica* de dicho mismo *Trattato* dirigido por P. RESCIGNO, vol. I, Turín 1982, pp. 43-155 (con edición también exenta: *Disegno storico del diritto privato italiano. Dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942*, Bolonia 1980), ofrece ejemplo de exposición sin cabida ni posibilidad, por alto y retroproyección del Código, para la problemática constitucional.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parece que procede cuando lo primero determina lo segundo, la evidencia es bien distinta. Debiéramos comenzar por traer Constitución y Código al terreno de la historia común, de una historia que comparten, no ya para presumir complementariedades, sino para analizar contradicciones. Va siendo hora de que emprendamos una historia no tan al servicio necesariamente separado de un constitucionalismo con minúscula y una Codificación con mayúscula (37). Aquí estamos con el Código, pero también comprobando que no podemos ignorar la Constitución. El parámetro constitucional entrará finalmente con fuerza propia debilitando Codificación.

3. *Desdicha de* Napoléon: *Código como cuenca en entredicho de afluentes en libertad.*

En Francia sigue hoy vigente el Código Napoleón, pero a estas alturas sin la compañía social o al menos jurídica de su modelo de base entre patriarcal y mercantil. Para mantenerse en una sociedad que no es la suya originaria, la misma Codificación ha tenido que someterse a tratamiento precisamente legislativo, a importantes reformas mediante leyes, al juego de su propia fuente primordial. Orden público y buenas costumbres son categorías que se han transformado también profundamente para el mismo Código por haberlo hecho los valores a los que responde la ley. Los principios son a estas alturas otros. Serán menos enigmáticos. La evidencia estará a la vista.

Ahora demuestra fuerza la ley en mayor medida que en el origen de toda esta historia. Como expresión de patriarcalismo, ya sabemos que el Código podía tenerse por materialización de orden natural o razón escrita. Así resiste. Frente al mismo, pues lo altera y hasta puede que lo subvierta, la ley extravagante aparece más paladinamente como poder normativo, como fuente de por sí con fuerza propia. Ahora es cuando cabe cuestión de representatividad y aún de democracia. La hay para reforzamiento de ley que novela y

(37) No sólo por los títulos ilustra esto último la serie de Carlo GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia, 1848-1948*, Bari 1976-1977; *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari 1979; *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari 1985. Y abunda realmente manualística si quiere proseguirse con fáciles ilustraciones.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corrige Código. Se sigue de este modo en su órbita de fuente con una parábola que incluso acentúa el trazado. La misma corrección tentativa y superación final del patriarcalismo beneficia ahora a la ley como poder, como fuente así operativa.

Tampoco se reduce por esto la ley a poder y punto. Cuenta con legitimación procedimental si se determina por parlamento y sustantiva si responde a libertades. Conoce estas fuentes de su posición como fuente, de una tal autoridad. Tiene principios. Ya no constituyen éstos el enigma de algo que funda y a la vez se subordina. Muestran capacidad directiva. Son cánones de libertad que puede así elevarse pues, distanciándose del patriarcalismo, no se reduce al ámbito del mercado y aledaños. Ya vienen también a operar unas libertades en materias tan neurálgicas para el sujeto como la de familia. Pueden ahora unos principios resultar verdaderamente generales y auténticamente efectivos. Alguna jurisprudencia se ha sumado respondiendo igualmente a libertades y éstas operan por sí mismas mediante cambios de costumbres. Sin embargo, la ley sigue rigiendo como fuente o así también para el caso como fuente de fuentes o al menos lo pretende. Si asume giros jurisprudenciales o también consuetudinarios, no es sólo por abundar, sino sobre todo por afirmar la posición propia. El Código Napoleón ya celebró su primer centenario desbordado en cuanto a novedades que afectaban al modelo social de base (38), pero no tanto al preceptivo de medios. Se mantenía todavía firme e incluso se reforzaba el control propio de la ley como fuente. Ya se desarrollaba abiertamente la dispersión normativa, mas aún legislativa, aunque no complementaria, sino correctora, de la Codificación (39), esto que luego se llamará decodificación como fenómeno de inflación de ley que suele entenderse negativo. Ahora aquilataremos si lo resulta tanto.

De momento el paradigma normativo del Código, esto estrictamente, no parece cancelarse porque venga cediendo y acabe incluso desapareciendo su modelo social no sólo para la evidencia común, sino también para la propia perspectiva de la legislación, la de toda

(38) Autores varios, *Le Code Civil, 1804-1904. Livre du Centenaire*, París 1904, reprint 1979.

(39) Judith F. Stone, *The Search for Social Peace. Reform Legislation in France, 1890-1914*, Albany 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una decodificación. Mas el panorama dista de clarificarse. La Codificación ha generado toda una cultura jurídica que eleva la ley en medida mayor incluso. Para bien o para mal, el Código era menos legalista que sus exégetas y operadores durante el XIX (40). El caso es que está identificado con ley y derecho. Y no parece que haya cambiado decididamente de posición ni parte de la jurisprudencia ni un buen grueso tanto de la política como de la enseñanza del ordenamiento todavía hoy en Francia. Aún se intenta mantener la elevación de la ley en sentido lato incluso cuando, según vamos a comprobar, viene a afirmarse la libertad como principio superior para el propio Código.

Una exención muy inferior ahora de los poderes políticos respecto a legislación o un principio así prácticamente de legalidad en un medio que es por fin además de vocación democrática viene a reforzar la posición respectiva de ley y de libertad. Las libertades proponen, las leyes disponen y hay resultas problemáticas realmente para ambas. Hagamos gracia de los episodios fascistas que refuerzan ley sin engorro de libertad. El hecho es que las libertades se recuperan y los Códigos no parecen inmutarse mucho. Los *Codes* se multiplican y tienden ahora a parificarse (41), lo cual, esto segundo, tal vez sea lo significativo, pues el uso laxo de la denominación

(40) Para tomas de conciencia entonces y hoy problemáticas, *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991, *Gény e la scienza giuridica del Novecento*; Marie Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'evolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, París 1992.

(41) Encuentro entre libros y cederromes unas decenas de Códigos vivos en el sitio de internet de una editorial especializada, www.dalloz.fr. Junto a los ya aludidos, *Civil*, *de Commerce*, *Pénal*, *de Procédure Civile* y *de Procédure Pénale*, y por aludir, *de la Santé Publique* y *de la Propriété Intellectuelle*, figura una serie en la que ya prevalece el derecho no privado, yendo desde los Códigos *Administratif*, *Électoral*, *de la Fonction Publique*, *des Collectivités Territoriales*, *de l'Urbanisme*, *de la Construction et de l'Habitation*, *de l'Environnement*, *de la Route*, *de la Communication*, *de la Consommation*, *du Sport*, *du Travail*, *des Procédures Collectives*, *de la Securité Sociale*, *de la Mutualité*, de *de Justice Militaire*, *des Procédures Fiscales* o el *Mégacode des Impôts*, hasta los *de la Famille et de l'Aide Sociale*, *Rural, Forestier*, *des Baux et de la Copropriété*, *des Sociétés* y *des Assurances*. Puede verse también la colección de *Codes* en la red: http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame-codes-lois-reglt.htm. E importa ahora tan sólo el panorama. No he comprobado la cronología ni qué títulos son oficiales y cuáles editoriales.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nunca se ha perdido del todo, ni siquiera durante el siglo XIX. Entonces había un escenario y se desarrollaba un argumento de protagonismo que hoy no cabe. Si *Napoléon* todavía parece que impera, puede ser por el arraigo de una cultura legalista que ya no le concede empero la primera ni la última palabra. Priva su imagen, un reflejo no muy fiel a estas alturas de cara a un segundo centenario. Aunque no sea ésta la impresión que ordinariamente se ofrece, tal vez el Código haya llegado ya a ceder en su posición de fuente de fuentes, si no incluso entre fuentes. Puede que las mismas ya no se encuentren bajo su control ni siquiera en casos donde ha sido más efectiva su incidencia directa. Francia cabe que con todo aún resulte de lo más ilustrativa.

Francia no es más que un caso hoy entre tantos para el asunto de la Codificación. Ser prototipo no garantiza ningún predicamento ni dominio para los restos. Porque su arranque fuera paradigmático, no va a resultar igual y siempre su presencia a lo largo de toda una historia pasada y por venir. Puede ser sin embargo Francia todavía reveladora. Cabe en efecto que enseñe, como también que sirva para suplir ignorancia y salvar de apuro. No tengo conocimientos ni tendría espacio para considerar particularizadamente una muestra holgada de casos en los que sigo dependiendo de los estudios existentes sin llegar a confiarme (42). Puestos a seleccionar por Europa, quedémonos con uno solo que puede además decirse genuino. El Código Napoleón se produjo en Francia y mantiene en ella resistiendo con él, si no otras cosas, la ley como fuente o al menos finalmente su imagen, lo que tampoco es inoperativo. Puede ofrecer buen laboratorio donde aquilatar su valor en nuestro momento. Vayamos en fin al grano. ¿Representa hoy el Código en general el mismo sistema normativo, ya que no igual modelo social o tampoco al fin político, que hace un par de siglos? Acudamos en particular por una respuesta al más fiable indudablemente de los testigos incluso por más interesado, cuál otro mejor en definitivas cuentas que el Código Napoleón mismo y su Título Preliminar mismísimo.

Acudamos a una versión del Código realmente al día de estos fines nuestros de milenio, lo cual significa que no sólo tenga incor-

(42) No comparto el optimismo bibliográfico de P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, p. 78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poradas o al menos registradas todas las reformas expresas hoy vigentes venciendo decodificación en lo que quepa, sino que también intente la integración de otro derecho que incida actualmente en sus previsiones y disposiciones. Centrémonos en los puntos más definitorios de su paradigma de identificación en arranque entre ordenamiento y ley, por hacerse para el momento de la verdad de la justicia, y observemos también los pasajes consecutivos que interesan a la posición resultante de los derechos de libertad. Son los artículos cuarto a sexto, los últimos del Título Preliminar, y los primeros del libro de derecho de personas, desde el séptimo hasta la serie de los decimosextos, pues éstos son ahora varios. Veamos lo que hoy se encierra en esta sucesión de presuntos principios de un entero ordenamiento, según la propia pretensión, y no sólo de su rama civil o de la privada, según el sentido final de la denominación. Habiéndose indicado los artículos y con la edición en la mano (43), no hace falta que andemos siempre especificando.

La justicia debe producirse conforme a ley sin poder excusarse por pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia. Un principio que originariamente mira a lo que manifiesta, esto es, al imperio de legislación, ahora aparece debido a otro distinto, el de "un deber de protección jurisdiccional del individuo", y ello no porque se produzca alguna reforma, pues los artículos últimos del Título Preliminar están intocados desde 1804, sino por haberse pronunciado una jurisprudencia interna, la misma justicia obligada a ley. He aquí un aparato interpretativo que viene realmente a superponerse al texto legislativo. Basta su debida agregación para que el efecto se produzca. Y dicha justicia no resulta ser ahora la única. Cuando otro artículo a continuación dispone que la misma no puede desempeñarse por vía de disposición general con el mismo propósito original de la sujeción a ley, el aparato de interpretación ahora añadido incluye registro de existencia de la Corte europea en Luxemburgo

(43) Para todo lo que sigue respecto al momento actual, hago uso de Gilles GOUBEAUX, Philippe BIHR, Xavier HENRY y Guy VENANDET (eds.), *Code Civil*, París 1999, pp. 28-68, la edición *Mégacode*, pues hay otra manual de los mismos responsables y la misma editorial, Dalloz, sin el volumen de aparato que aquí interesa. Y añado que excuso citas continuas al detalle, pues con la referencia dada no hay pérdida.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuyas determinaciones pueden tener dicho alcance general llegando incluso a sobreordenarse a ley doméstica, la del Estado.

Sigue el artículo final de los preliminares, sexto del Código, vedando derogación de leyes interesantes a orden público y buenas costumbres por medio de convenciones entre particulares, por este juego de libertad cuya especificación ya nos consta. El acento en lo que se nombra originariamente, la ley, pasa en el aparato interpretativo a situarse sobre lo que no se mencionaba entonces, la libertad, abriéndose notabilísimamente su margen o, dicho de otro modo, estrechándose ahora resueltamente el espacio del orden público y las costumbres buenas para los presupuestos de la Codificación y toda otra legislación. Si no es moral de libertad, también la moralidad adicional por vía de justicia puede así neutralizarse ahora. Ya no es la ley la que determina tales categorías.

Tampoco lo hacen principios que fueran inciertos o resultaran descomprometidos de cara a la ley. Se tienen ahora con virtualidad propia. Donde hubo dependencia o inoperancia, puede producirse solidez y activación. Es en la libertad o en un despliegue de libertades como derechos donde el mismo orden público viene a cifrarse. Y reconocen un sujeto de entrada que no resulta el originario, pues lo constituye la "persona humana" acreedora ante todo de "dignidad", con unas cualificaciones que así apuntan a todo individuo, lo cual no era desde luego *la persona* como sujeto de derecho en el patriarcalismo familiar del Código primitivo. La jurisprudencia francesa y la europea, también la del Consejo de Europa en Estrasburgo, abundan en esta línea tendente a la posición como principio, no de régimen de ley, sino de sujeto de libertad. Concurren y apoyan, pues tampoco dejan de comparecer como ordenamiento efectivo en la edición del Código al día, las convenciones internacionales en desarrollo de la declaración universal de derechos humanos, la de derechos civiles y políticos y la de derechos económicos, sociales y culturales fundamentalmente, con su alcance de orden no sólo público, sino también privado.

Los primeros artículos del libro de personas interesan a la posición del sujeto respecto al derecho, lo que, facilitando las cosas, era originariamente a la ley. En origen se supone que los derechos civiles son los resultantes del Código, como los políticos se dice que son los derivados de la ley correspondiente, la constitucional como

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una más, añadiéndose que todo francés es sujeto de los primeros. Es lo que siguen diciendo en sustancia, conforme en parte a redacción de 1889, unos mismos artículos, el séptimo y el octavo (44). Mas las cosas ahora no pueden resultar tan dóciles en un extremo tan clave. El mismo lenguaje cambia. El sujeto originario en masculino, *tout français*, ahora puede cubrir más de un género. Y diga lo que diga el mismo Código, ya no cabe entender subordinación tamaña de derechos a leyes. Todo esto lo pone de relieve no sólo un aparato interpretativo de matriz judicial, sino también unas reformas legislativas que han venido modificando o añadiendo artículos. Por encima de las leyes y para ellas mismas, tienen entrada derechos incluso impensables originariamente para el Código. No es momento de tratarlos en particular, sino de advertir el cambio de posición.

En el título primero del libro de derecho de personas hay ahora unos capítulos segundo y tercero tratando del individuo y su cuerpo por virtud de una ley sobre bioética de 1994 (45). Bástenos advertir el pié de entrada: "La ley asegura la primacía de la persona, prohibe todo atentado contra su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida" (artículo decimosexto, encabezando la serie subnumerada hasta el 16.12). He aquí todo un principio de posición del individuo por encima del ordenamiento como acreedor de dignidad y así también de libertad, según el propio entendimiento cultural de fondo, pudiendo esto cobrar en el seno del Código un sentido superior al de la misma norma de procedencia. En la ley suelta cabe todavía entender la dignidad como crédito para la protección del Estado sin implicación de

(44) Para contraste de versiones no vigentes, sirve una edición manualísima sin otro aparato: Jean VEIL (ed.), *Le Code Civil. Textes antérieurs et version actuelle*, París 1997.

(45) *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 1994, *Législation*, pp. 406-416: *Loi relative au respect du corps humain* de 29 de julio reformando los Códigos Civil, Penal y el de Propiedad Intelectual, *Code de la Propriété Intelectuelle*, acompañada el mismo día por otra relativa *au don et à l'útilization des éléments et produits du corps humaine, à l'assitance médicale à la procreation et au diagnostic prénatal* reformando a su vez el de Sanidad Pública, *Code de la Santé Publique*. Son leyes que pasan control previo de constitucionalidad sin cuestión de incidencia por alteración de fuentes en el Código Napoleón de rango formal al fin y al cabo meramente legislativo: *Recueil de Décisions du Conseil Constitutionnel*, 1994, pp. 100-105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libertad. Codificado el principio, cabe que produzca por puro contraste la subversión radical de un Título Preliminar que sigue en sustancia sin tocarse, además de la cancelación definitiva del patriarcalismo que ya viene seriamente enmendándose (46). *La personne*, todo individuo, no es lo mismo que *tout français*, el sujeto primitivo que sigue también literalmente constando. En el Código mismo puede así la persona venir a ocupar el lugar tradicional de dicha otra figura, el varón de nación francesa como sujeto de derecho conforme éste a la determinación de la ley y no a su propia existencia o por ser humano vivo tan sólo (47).

Por encima del mismo Código y mediante pronunciamiento así finalmente suyo, puede ahora sintonizarse de mejor forma con toda la jurisprudencia de derechos como libertades, ya francesa, ya europea y también internacional, o con toda la cultura social que está alimentando realmente un cambio de paradigma más difícilmente o de peor modo producible, por su misma base libertaria, a través de la legislación, salvo si ésta de entrada se limita a reconocer y garantizar. Hay costumbre en el origen de la renovación de la jurisprudencia judicial pudiendo mediar la no judicial, la doctrina. Por vía consuetudinaria antes que por ninguna otra han cambiado a los efectos civiles no sólo de contenido, sino también de posición

(46) El único cambio literal a través de los años en el Título Preliminar del Código Napoleón toca al artículo primero respecto al punto preciso de quién promulga la ley, una figura que pasa de Primer Cónsul a Emperador y de Rey a Presidente de la República, un Jefe del Estado en suma, con lo que ni siquiera habría retoque de haber existido dicha expresión en origen. J. VEIL (ed.), *Le Code Civil. Textes antérieurs*, opta por no cronometrar esta concreta sucesión de cambios superficiales para el Código, no digo que a otros efectos. Tampoco se han tocado desde 1804 el artículo 544, el de definición de la propiedad, ni la serie del 1113 al 1135, los de causa, licitud e integración del contrato, sin perjuicio de que su inteligencia se haya trastocado igualmente de raíz. Para enmiendas del patriarcalismo, basta confrontar las partes oportunas del Código en el tiempo. Sólo limitándonos a la sucesión entre reformas y la combinación menos controlada entre textos, hay ahí toda una arqueología que no es ahora el momento de explorar.

(47) B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 29-40. *Tout français*, el sujeto que consta literalmente hoy como en 1804, sufrió un eclipse entre 1893 y 1927 porque su artículo, el octavo, se aprovechó para unas disposiciones generales sobre la nacionalidad que ahora, renovadas en 1993, se sitúan en el primer capítulo de un título primero bis de este libro de personas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

por liberarse de ley, categorías como la de orden público, la de costumbres buenas y no perversas o las de moralidad, licitud y equidad en los contratos que hemos visto ulteriormente registradas en el Código. No es mala dirección la que con todo esto se perfila tocando a fuentes, a nuestro asunto neurálgico. Si partimos de la persona, de su dignidad y derechos como premisa constituyente, por delante y encima de la ley ha de situarse de alguna forma y en algún grado costumbre y jurisprudencia, también la primera en cuanto que ejercicio más expedito de libertad.

Con la credencial verdaderamente constitucional de la primacía de la persona y una dignidad propia que cabe entender de libertad, dicho artículo decimosexto puede resultar en realidad el primero de un Código que deja con ello entonces de serlo. Sigue siéndolo por supuesto entre la mayúscula que viene ostentando y la minúscula que acaba mereciendo en medio de las aguas revueltas de la herencia de un pasado y la esperanza de un futuro. El Código aún es manual para la preparación de juristas, si ya menos para la práctica del derecho. Se basta todavía para reproducir mentalidad. Por lo usual se edita como si todavía presidiera ordenamiento y cultura, reproduciendo de entrada el Título Preliminar casi intocado sin registro suficiente de jurisprudencia. Mentalidad y orden se resienten no respondiendo siempre ni de la mejor forma derecho y doctrina en Francia, como por otras latitudes de Codificación, al propio momento constitucional, ya no digo al social. El Código y su Título inicial resultan hoy en cuanto tales una ficción, pero nada inocente, pues se encuentra operativa. Incide en cultura y en ordenamiento.

En el mejor de los casos, hoy el Código ofrece cauce para afluentes que son los que aportan caudal y energía; en el peor, es un lastre que empantana y contamina; en todo caso, afea el paisaje. Imprime sesgo. Distorsiona vistas. Puede desvirtuar y aún contrarrestar novedades. Ya no es la fuente primordial, fuente de fuentes, por mucho que sus propias reformas legislativas hagan el esfuerzo de mantener apariencias. En todo este complejo panorama, lo que nos interesa es el cambio solapado de base conducente de las leyes a los derechos como primera identificación del ordenamiento. El Código se subvierte en el mismo punto cardinal de su valor como fuente. Ya no reparte ni siquiera juego entre fuentes. No es él quien lo hace,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sino una jurisprudencia de derechos de libertad que escapa al control de la misma justicia francesa, no digamos de la propia ley.

¿Estamos ante la decodificación que ya operaba por aquellos tiempos del primer centenario? ¿Asistimos a la exasperación ahora de la inflación normativa que afecta al Código de modo neurálgico por ser de su misma madera legislativa y así, sustrayéndole materia para innovación e incluso contraposición de planteamiento, alcanzar el efecto de descentrarlo sin tener la capacidad de sustituirlo? Es en suma lo que suele entenderse con el tópico (48), pero el fenómeno actual me parece que resulta todavía de mayor envergadura e incluso de otra naturaleza. El tiempo no pasa en vano. El segundo siglo de vida ha podido traerle al Código algo todavía peor para él, pero no por ello para nosotros. En nuestras latitudes codificadoras y adicionalmente constitucionales, pues es Constitución lo que en ellas llegara durante el siglo XIX a sumarse por subordinación a Código y no a la inversa, quizás no estemos ahora tan sólo, como viene repitiéndose, en la edad de la decodificación, sino en una fase distinta, la del *Codice disincantato*, del *entzauberte Gesetzbuch*, entiéndase también Código, deslucido y sin gracia ahora, incapaz ya de seducción, permitiendo, con el desencanto y los años, lucidez y soltura, una despedida (49). Cabe que la Constitución finalmente se reponga, lo que resultaría buena nueva para nosotros, esto es, para el sujeto.

Experimentamos por supuesto desde hace algo más de un siglo una decodificación legislativa, la que no responde al modelo social resistiéndose el político, la que incluso puede potenciar a la ley como fuente directiva, pero hay también en las últimas décadas por estas latitudes otra que puede decirse constitucional. Es la decodificación que ante todo importa al asunto neurálgico de los poderes que apodamos como fuentes, a la subversión radical del Título Preliminar del Código. Puede ser la auténtica por nuclear y la definitiva por

(48) Natalino IRTI, con presentaciones de Luís ROJO y Agustín LUNA, *La edad de la descodificación*, Barcelona 1992; original, *L'età della decodificazione*, de 1978; edición viva crecida, Milán 1999.

(49) P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, pp. 99-134. No es exactamente, sin embargo, en términos de despedida irremisible como ha tratado en nuestras jornadas al *Codice rinviato* ahora.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

irreversible con independencia de que lo advierta ni admita. Responde a pautas irreductibles a ley, así incatalogables bajo premisas de Codificación. Asume principios literalmente incodificables e incluso inconstitucionalizables, no reducibles a Constitución que se considere también ley todo lo cualificada que se quiera (50). Se trata de lo confeso por el actual artículo decimosexto del Código francés, de su subversión radical del sujeto codificado. No hace falta andar repitiéndolo para apreciarse el alcance.

La subversión del mismo Código, la definitiva decodificación, no viene por leyes ni tampoco en el caso por la *preley* que pudiera ser, no su Título Preliminar eventualmente reformado, sino la Constitución, pues la francesa ni siquiera contiene un catálogo de derechos comprometiendo a la legislación. Presenta una remisión a tradición que por vía jurisprudencial se identifica al efecto con la declaración de derechos de 1789 interpretada ahora de manera necesariamente anacrónica comenzándose por algo tan básico como que *homme*, el sujeto de derechos, signifique también mujer (51). Y a esto se suma una circunstancia no menos decisiva a efectos prácticos. Es igualmente por medio de jurisprudencia como se produce la cobertura europea de derechos de libertad desbordando definitivamente el planteamiento del Código como fuente. Lo cual no interesa por supuesto tan sólo a Francia, o además a otros casos sin catálogo de valor constitucional propio de derechos ni tampoco Codificación en sentido estricto como el de Gran Bretaña (52). Ambos supuestos, con todas sus peculiaridades respectivas, resultan sintomáticos en el seno de una Europa cuya integración jurídica por

(50) Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín 1992; Juan Luís REQUEJO, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Madrid 1995; Enrico SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Nápoles 1999.

(51) B. CLAVERO, *Les Domaines de la Propriété, 1789-1814. Propiedades y Propiedad en el laboratorio revolucionario*, pp. 274-276, 287-290 y 359, por notas, en *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, pp. 269-378, aparte de que puedan también estas páginas ilustrar un capítulo del fuerte contraste entre Código e historia mediante revolución en el que aquí, por ceñirme, he evitado entrar.

(52) Para una exposición actualizada especialmente oportuna en un caso respecto al que persisten los estereotipos más anacrónicos incluso entre especialistas, Colin R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, Londres 1999, pp. 173-214 y 333-356.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

encima de las Constituciones de los Estados viene produciéndose no tanto por la vía intergubernativa e interlegislativa de tratados y directrices como por la jurisprudencial de derechos (53).

Abundan leyes en Francia reconociendo y garantizando libertades, planteando también el reto de la conjugación entre un principio de legalidad que impone norma general y el de constitucionalidad o juridicidad que antepone libertad individual, resultando un encaje especialmente difícil cuando, como en el caso, la Constitución propia sostiene más lo primero que lo segundo. En todas las latitudes constitucionales y codificadoras, en las que conocen y mantienen ambos componentes del ordenamiento, el desafío está planteado y no se resuelve por yuxtaposición entre espacios de derechos y de leyes mediante la presunción de que exista sin mayor problema conjugación al ser de por sí garantía de libertad el principio de legalidad (54). Pudieran mediar fuentes confiadas a Constitución que a su vez confiase en libertades con la recomposición que requieren a favor de costumbre y jurisprudencia, a disfavor de ley y reglamento no éstos por sí mismos, sino por la posición que han venido suplantando.

Sólo por mantenerse sin reforma sustancial el Título Preliminar del Código, sólo con esto, debe predicarse dicha cuadratura del círculo entre ley y libertad precisamente para salvedad de esta segunda, para predicación y, en la medida entonces de lo posible, salvaguardia de los derechos ignorados en origen, pero esto sólo supone acuse de que el problema existe y además a la contra del régimen de fuentes literal y aparentemente establecido como es todavía regla bastante común en zonas de derecho codificado. Francia realmente ilustra. Hoy por hoy, los derechos y las leyes no casan en latitudes de Constitución y Codificación, en las de ambas divisiones normativas. Falta el encaje de fuentes ante libertades que se sitúan por encima. Aunque las apariencias se mantengan, falla lo

(53) J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge 1999, pp. 3-218, insistiendo en el aspecto de la vía jurisprudencial.

(54) Nicolas Molfessis, *Le Conseil Constitutionel et le Droit Privé*, París 1997; Pierre Cambot, *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, París 1998; Marie Thérèse Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, París 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primero, no lo segundo, el Código, no la Constitución, en la medida en que ésta tampoco ya se identifica exactamente con un texto integrante así de Codificación (55).

El reto lo plantea la anteposición constitucionalmente debida de la persona como individuo sin cualificación de entrada y así de la libertad como fuente del derecho por encima de cualquier otra, inclusive la ley, lo que para el *Code Napoléon* se ha producido en 1994. Ahora Francia no ha sido pionera. Dentro del espacio europeo al que luego acudiré, la cuestión se encuentra claramente planteada por vía jurisprudencial respecto a Codificación y bajo imperativo de Constitución al menos desde 1958 en Alemania (56). El reto es común. Todos los Estados constitucionales y particularmente los europeos, dada la jurisprudencia que comparten, conocen la necesidad y afrontan la dificultad de producir y construir un derecho precisamente constitucional de persona en singular por encima e incluso desplazando en su caso, el de que se tenga también Codificación, el derecho codificado de personas en plural (57). No se trata tan sólo de atender libertades, sino de concebir el sujeto de quien son atributos, este extremo que afecta radicalmente, por subordinarla, a la materia de fuentes. Ya tendría que constituirse así en título preliminar del ordenamiento como no ha dejado de mostrarnos el mismo caso francés.

---

(55) Son los extremos que me vienen especialmente preocupando desde *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra Costituzione e Codice*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 19, 1989, pp. 95-129 (= *Los derechos y los jueces*, Madrid 1988, pp. 15-57) o, contrastando el momento preconstitucional que estoy ahora también contraponiendo sin descender a detalle ninguno, desde las consideraciones finales de *Almas y Cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milán 1990, vol. I, pp. 153-171. La secuencia de publicación invierte la de escritura. Y mi obra anterior sobre *Código* la tengo hoy por un tanto deficiente, lo que también es motivo para sintonizar autocríticamente con P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, pp. 99-100.

(56) El registro canónico, que no he compulsado, remite como punto jurisprudencial de partida a *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 26, pp. 349-359, de 14 de febrero de 1958.

(57) Pues el tema me desborda y nos desbordaría, me limito a la indicación solitaria de una lectura española por sugerente al doble propósito de importancia sustancial y descuido usual: E. ROCA I TRÍAS, *Familia y cambio social. De la "casa" a la persona*, Madrid 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mediante el caso de Francia, sin entrar en ningún otro con algo más que alusiones, hemos venido a situarnos en los reales del Código, en un reino que se extiende por Europa y por otros continentes. Ya tenemos su alcance y también su contraste como fuente, sus distintivos de gloria y de miseria. Resulta todo menos inocente. Su forma es fondo; su voz, aviso y alarma; su implantación, apoderamiento de entrada e incluso de salida, la de una decodificación primera. Entre Códigos y leyes, no se trata en efecto únicamente de soportes para el ordenamiento. Vendría ancha entonces tanta historia. Codificación no ha sido ayer tan sólo librificación novedosa como informatización no es hoy solamente virtualidad nueva (58). Derecho nunca resulta mera escritura ni material en papel ni intangible en pantalla. Mas aquí ya sabemos que no vamos a extendernos con las interfaces. Nos limitamos a la del Código. Tenemos una historia que parece concluir y no va a hacerlo. He aquí un pasado que no pasa. Ocurre con la Codificación y con toda la decodificación que persiste para la disciplina de fuentes en la secuela.

¿Puede haber modo de escapar de la ley como centro recurrente del círculo así desorbitado de un universo normativo? Francia también nos ha brindado respuesta. Podríamos concluir con ella. El asunto del *Código como fuente de derecho* puede considerarse cubierto sin necesidad de extendernos a más casos entre vecinos y extraños. Pero ha surgido otro extremo estrechamente vinculado y aún, si cabe, más serio, el del *Código como desagüe de Constitución*. Por considerarlo en su debido mérito, desplacémonos a América, a la América Latina que también codifica de modo endógeno. No rendiremos aquí viaje. Retornaremos, no sé si para descanso, a Europa.

4. *Trasvase de aguas: Código como fachada constitucional de agencia intracolonial en América y como seña de identidad.*

América Latina es caso de Codificación no impuesta por Europa, sino emprendida por determinación de los propios Estados interesados tras la independencia respectiva durante las primeras

(58) Carlos Ramos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima 1997, y, el mismo, *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*, Lima 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

décadas del XIX. En este sentido, no se trata de un asunto colonial. La cuestión de tal índole, si la hay, es otra. Dichos mismos Estados se constituyen por iniciativa de población culturalmente europea que forma por entonces minoría respecto a la humanidad indígena, a la de culturas anteriores en el continente que han resistido al dominio directo de Europa. Desde el arranque de la propia independencia tales Estados consideran que necesitan Constituciones y Códigos, ambas piezas. ¿Cómo se establecen y de qué manera inciden estos elementos en unas sociedades que seguían siendo, por desencuentro de culturas con dominio de la última en presencia, coloniales? Ciñámonos a la dimensión que nos ocupa, la de las fuentes (59). Y atengámonos también, como para Francia en Europa, a un solo caso. No hace falta que nos extendamos por América. No estamos delineando una historia, sino tratando unos síntomas. La labor actual es de diagnosis para hacer posible el planteamiento de la terapia si resulta que se precisa.

Comencemos advirtiendo que por el continente americano no existe caso prototípico equiparable al francés y cuya consideración así pudiera más claramente bastarnos. No lo es, con todo su efectivo interés, el chileno que a menudo se encarece y hasta envanece (60). Lo cual no significa que no haya por aquellas latitudes prototipo, sólo que resulta uno mismo para América como para Europa, el Código Napoleón y ningún otro (61). Lo es en el capítulo primordial de la materia de fuentes, con la dirección inequívoca de ley, hasta el punto de no faltar a lo ancho y largo de América traducción poco menos que literal del Título Preliminar y otros extremos del Código que interesan a la identificación y reproducción del ordena-

(59) Para éste y otros extremos, B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código ladino por América,* Madrid 2000, que integra mi citada *Ley del Código* con correcciones y adiciones, y de donde extraigo, con disculpas por las reiteraciones, algún que otro material y alguna que otra reflexión.

(60) Bernardino BRAVO, *La difusión del Código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 7, 1982, pp. 71-106; A. GUZMÁN, *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile 2000, pp. 349-425.

(61) Se tiene ahora C. RAMOS, *El Código napoleónico y su recepción en América latina*, ya citado.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miento (62). También hubo proyecto de implantar casi sin más el Código Napoleón por América, aparte además del supuesto de su extensión colonial directa por parte de Francia revalidada incluso por España (63). No estarán entre estos casos aquel que pueda ahora interesarnos.

¿Qué sentido tendría aquí y ahora considerar la vertiente mimética de unas experiencias o tampoco entretenernos con intentos variados de establecer el imperio tan sectorial como sesgado de la ley característico y definitorio de la Codificación? Si el propio Código, él mismo, no siempre aparece en América como un producto netamente legislativo, es por motivo similar al que hemos apreciado en Europa, por considerársele como expresión de ordenamiento de naturaleza o de razón por escrito. En aquel contexto de culturas encontradas con sentidos muy diversos de lo que debiera ser la sociedad ya civil, ya política, ya ambas cosas a un tiempo, se potencia fuertemente dicho mismo factor de la concepción del Código como orden natural. Mas el régimen que se establece es el consabido de ley, lo decisivo para fuentes como ya nos consta de sobra.

Si no hay prototipo americano y no vamos a ser repetitivos con el francés ni a entrar nunca en casuística, ¿qué selección hacemos? Sea México y tampoco todo él, todo el territorio teórico de la independencia, inclusive el que pasara a los Estados Unidos vecinos, de Texas a California, y sumado el que se incorporara de Guatemala, como fuera caso de Chiapas, o ni siquiera todo el que permaneciera formando la propia federación, sino tan sólo Oaxaca, un Estado ayer y hoy federado en estos otros Estados Unidos norteamericanos, los mexicanos. No se diga que es un caso menor en el sentido de no tan significativo, pues no hay medida que valga para discriminación tamaña. Si no existe prototipo que marque paradigma y éste opera, cualquier caso lo encierra y puede patentizarlo. La cuestión es darle

(62) Alberto AGUILERA (ed.), *Código Civil Francés comentado, concordado y anotado con las legislaciones vigentes de España, Portugal, Italia, Suiza, Alemania, Bélgica, Holanda, Rusia, Inglaterra, Estados Unidos de América, Bolivia y Luisiana*, Madrid 1876, para el caso boliviano por ejemplo.

(63) *Código Civil de la Provincia Española de Santo Domingo. Edición oficial*, Santo Domingo 1862; Gonzalo PARRA, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana, 1810-1862*, p. XXI, en *La Codificación de Páez*, vol. I, *Código Civil de 1862*, Caracas 1974, pp. XI-LXXXIII; A. GUZMÁN, *La Codificación Civil en Iberoamérica*, pp. 289-306.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a luz. Así que acudamos para el alumbramiento a aquel Estado interior de México. Pues hay federalismo, la Codificación es competencia antes estatal que central y así Oaxaca puede plantearse tempranamente la suya propia. ¿Qué tenemos sobre fuentes más allá o más acá de la dirección por ley? Tampoco es necesario que recorramos el capítulo de fuentes de la entera historia oaxaqueña. Bastará, como para Francia, que contemplemos particularizadamente un par de extremos, el de arranque y el de hoy en día, el de unos comienzos y el de nuestras alturas.

En 1825 la primera Constitución de Oaxaca ya requiere Código, el cual se tiene pronto, al par de años prácticamente (64). Presenta Título Preliminar que es versión directa, aunque no literal, del homólogo napoleónico. Parte de la misma identificación de entrada entre ordenamiento y ley para añadir algunas previsiones que reforzasen y asegurasen. Se considera expresamente inexcusable la ignorancia de la ley no sólo para la función judicial, sino para la población toda, debiendo añadirse una inmediata puntualización. Puede alegarse desconocimiento del idioma del Código, el castellano, durante un plazo de cinco años a contar desde su publicación. Estamos en una sociedad con abundante mayoría que no tiene como propia o que ni siquiera usa como franca dicha lengua de origen europeo (65), pues le bastaba también para esto último de una intercomunicación con las indígenas de América. Mas no se planteó por la parte codificadora previsión ni posibilidad ninguna de que el Código se produjera en otro lenguaje. Nos encontramos por este lado ante una cultura minoritaria de dicha matriz tenida entonces por extraña, la europea para la perspectiva de la mayoría, intentando imponerse y dominar la minoría ahora por medio del régimen de fuentes del Código.

Que fracasara inicialmente, como lo hizo, no significa que cejara finalmente, pues tampoco. Hay una continuidad que puede decirse

(64) Mariano GALVÁN (ed.), *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos*, México 1828, reprint 1988; Raúl ORTIZ (ed.), *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México 1974, reproduciendo el Código. Andándonos entre preliminares de fácil localización, ya no hago indicación ni de artículos.

(65) John K. CHANCE, *Razas y clases de la Oaxaca colonial*, México 1982; Marcello CARMAGNANI, *El regreso de los dioses. El proceso de reconstitución étnica en Oaxaca. Siglos XVII y XVIII*, México 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sustancialmente colonial entre tiempos precedentes y estos constitucionales tras la independencia. El empeño de dominio se mantendrá con Constitución centrada en ley y Codificación cifrada en lo mismo, con el régimen de fuentes consabido como núcleo duro. Lo que ello con todo implica es punto más bien ciego para la política como para la historiografía, pues la presencia indígena, de advertirse por la otra parte, la que se hace con tales medios, sólo se produce en términos no sólo ocasionales, sino también adversativos (66). Y no se detecta la clave del Código cuando viene a contemplarse con mirada jurídica dicha presencia indígena desde tal misma posición, la propia del Estado y su cultura (67). No se concibe otra por esta parte, la mentora y artífice de Códigos y Constituciones.

Para el Código, para su perspectiva, la implicación es que persiste costumbre, esta determinada enemiga. Lo hace como ordenamiento por la adhesión social y como justicia mediante autoridades comunitarias que tampoco por lo común desaparecen aunque otra sea ciertamente la expectativa constitucional. La Constitución ni siquiera se plantea que unos pueblos, los indígenas, puedan contar de esta forma o de ninguna con autonomía propia, por lo que para su perspectiva, la constitucional, no cabe en el caso otra posición que la consuetudinaria, esto que el Código ignora porque repudia si le resulta, como así es, ajeno. No es costumbre que pueda entender como buena. Es el orden que la ley no produce ni dirige, el que no tiene a su disposición pese al empeño. Nunca se entiende costumbre indígena entre dichas costumbres buenas que también por allí comparecen entre preliminares y desarrollos de la Codifica-

(66) Marcial Rubio, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX*, en Abelardo Levaggi (ed.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación americana*, Buenos Aires 1992, pp. 157-186; C. Ramos, *El Código napoleónico y su recepción en América latina*, pp. 132-211; António dos Santos Justo, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, en B. Bravo y Sergio Concha (eds.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, Santiago de Chile 1998, pp. 217-256; A. Guzmán, *La Codificación Civil en Iberoamérica*, pp. 274-279, quien despacha la presencia como humanidad pasiva que pasa, en su visión, de amparo de Imperio a desamparo de Código, requiriendo ahora recobro de la protección por parte de Estado como incapaz siempre la indígena de derecho propio.

(67) Manuel Ferrer y María Bono, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción. Y no cabe otro orden para el caso, si hay empecinamiento, que el consuetudinario sin reconocimiento ni posibilidad de desenvolvimiento por otros medios, por otras fuentes. Constitución y Codificación se acoplan en un rechazo al tiempo que se resignan a la resistencia de costumbre y justicia indígenas por atenerse a un orden que no es derecho para ellas, para Constitución y Codificación. Cuentan con una reserva de poder, el Código como fuente.

La perduración de otro derecho se produce en dichos términos no sólo por empecinamiento de resistencia propia, la indígena, sino también y, respecto a la forma, sobre todo porque de parte del agente de dichas piezas, la constitucional y la codificada, no otro que el Estado, mal se concibe algo de fondo distinto. No se admite otra posibilidad por la parte que está atribuyéndose la capacidad de identificar y determinar el ordenamiento. El Código sirve aun en el caso bien usual entonces de que no llegara a imponerse y aplicarse regularmente. Es siempre fuente que apodera. El derecho de una parte de la sociedad, la indígena, queda en precario y así dependiente de los poderes del Estado para cuando logren imponerse. Lo que no acaban de alcanzar en toda línea ni regla. Todavía no imperan hoy. La evidencia está a la vista por si quiere mirársele.

Sigamos con el caso de Oaxaca. Venimos a otra fase, la de ahora. El Código hoy vigente en este Estado no es aquel primero, el cual apenas tuvo ocasión ni siquiera de ensayarse de modo que comprobara en carne propia el fracaso de la previsión de cinco cortos años para la adopción general de la lengua castellana y el establecimiento así de la inexcusabilidad de la ley por ignorancia. Ahora el Código muestra ciertas distancias de la matriz napoleónica, pero sin acabar de salirse de madre (68). Ratifica cosas como la identificación de justicia con ley y la inadmisibilidad tanto de costumbre mala, la contraria, como de dicha alegación de desconocimiento. Pero en el mismo capítulo preliminar aparece alguna otra cosa más peculiar para la sede.

Figura así en tal entrada, en ella misma, la rescisión de contrato por lesión "cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria

(68) Recibo la información directamente de Cletus Gregor BARIÉ, quien tiene actualmente en prensa como libro un panorama sobre *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo", lo que incluso merece una generalización pudiendo afectar a la posición de la ley aunque intente precisamente excluirse: "Cuando haya conflictos de derecho a falta de ley expresa que sea aplicable se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro". He aquí unos criterios impensables para el Código Napoleón, unos indicios de que pugnan con fuerza costumbres de economía y sociedad bien diversas a las presupuestas por el Código, tanto al patriarcalismo de ayer como al liberalismo de hoy. Pugnan unas culturas. Dejemos ahora aparte el prejuicio de empeñarse en conceptuar la diferencia como incultura aunque sea bien sintomático. No se trata de ignorancia de derecho de parte indígena, de uno propio por inexistencia y de uno ajeno por desconocimiento, que el Código pueda y deba remediar, sino de la contrariedad con que éste se encuentra por la pujanza de otros órdenes, los consuetudinarios, planteándole seria competencia.

Falta a lo que alcanzo una edición del Código de Oaxaca como la que hemos visto para Francia, una que, por su aparato, nos saque de dudas y perplejidades respecto al alcance actual efectivo de los pronunciamientos del Código interesantes a fuentes. Si hubiéramos considerado desnudo de ropaje el Napoleón vigente, habríamos sospechado muchas cosas y aprendido pocas, si es que alguna para hoy. Un aparato de jurisprudencia que le abraza y rodea virtualmente como la lección medieval al texto antiguo, la *Glossa* al *Corpus*, es lo que le confiere ahora sentido. Para el caso habría de colacionarse ordenamiento con jurisprudencia no sólo interior del Estado oaxaqueño y del federal, sino también internacional, incluso de carácter más específico que lo registrado por Francia, como un convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre "pueblos indígenas y tribales en países independientes" que, por consideración a ellos, a los primeros, interesa a fuentes y tiene ratificado México (69). Sin toda esta textualización de grados ulteriores en estratos que se superponen, la inteligencia es más difícil de lograr respecto a este otro caso, el de Oaxaca, pero no desesperemos. Y no permitamos nunca que se instale el prejuicio donde falta el conoci-

(69) Francisco López Bárcenas, *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo: Su validez y problemas de aplicación en nuestro país*, México 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miento. Seamos ante todo conscientes de una ignorancia, la nuestra. Tampoco abandonemos. Todavía no hemos agotado todos los resortes que podemos tener a mano.

Miremos ahora la Constitución. Veamos si la actual de Oaxaca nos ayuda a situar el caso. La Constitución ahí vigente en la actualidad por virtud de una reforma de 1998, nos comunica también entre los primeros artículos que "el Estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades que lo integran", de lo cual a continuación deduce que "el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente" (70). Dejemos ahora aparte los difíciles problemas de conjugación entre autonomía constitucional y otro ordenamiento que se dice igualmente en vigor. Observemos la confesión de presencia indígena que no comparecía para nada en la Constitución primitiva, la de 1825, y sopesemos su alcance respecto a la perspectiva que definía entonces, allá por el XIX, la Codificación. Donde hubo el emplazamiento de cinco años para la cancelación de una diferencia cultural, la indígena, ahora hay aceptación estable de la misma.

Es un registro constitucional que puede afectar desde luego, en lo que ahora nos interesa, a las posiciones respectivas de ley y de costumbre por encima además del propio Código. La Constitución realmente abunda en esto que con todo resulta un nuevo punto de partida: "El Estado reconoce a los pueblos y comunidades indígenas, sus formas de organización social, política y de gobierno, sus sistemas normativos internos, la jurisdicción que tendrán en sus territorios, el acceso a los recursos naturales de sus tierras y territorios, su participación en el quehacer educativo y en los planes y programas de desarrollo, sus formas de expresión religiosa y artística, la protección de las mismas y de su acervo cultural y en general para todos los elementos que configuran su identidad". Elementos

(70) Puede cotejarse en *Derechos de los Pueblos Indígenas. Legislación en América Latina*, edición de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999, pero con la advertencia de que se le ha añadido un encarte suelto con este concreto texto, confundido con un proyecto en el volumen encuadernado.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de cultura son la costumbre y la justicia que ya tenían con anterioridad e independencia respecto al propio reconocimiento constitucional: "Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos". Son siempre pronunciamientos constitucionales de ahora, de 1998.

Dice más la Constitución y añade bastante una legislación. En la línea del Código, la primera prevé de forma expresa y reiterada que es la ley del Estado y no otra fuente, no alguna de parte indígena, la que ha de abrir y marcar juego a la misma autonomía comunitaria pese así a su grado constitucional. La Constitución orgánica de unos poderes estatales no se revisa por este reconocimiento, pero el desarrollo legislativo se emprende. Estaba en realidad ya produciéndose incluso para el ámbito político al tiempo de prepararse la reforma última de la Constitución y conforme a una previa (71). Así, desde 1995 la legislación electoral de Oaxaca ofrece a las comunidades locales indígenas la opción de atenerse a costumbres propias o de aceptar de una vez, respecto a su organización y funcionamiento internos, el ordenamiento del Estado. A los efectos electorales, la alternativa implica sufragio conforme a consenso comunitario o mediante competencia entre partidos. Significativo puede ser que, de 570 municipalidades oaxaqueñas, algo más de cuatrocientas se han acogido al orden consuetudinario. Parece todo un signo de expectativa y capacidad para una autonomía más propiamente dicha, la de un alcance no sólo gubernativo interno y jurisdiccional, sino también más integralmente normativo (72). Por lo que ahora tratamos, es anuncio de una radical transformación del sistema de fuentes en la que el Código queda fuera de juego o reducido al régimen sectorial y ya no de Estado para una sola de la culturas en presencia.

---

(71) Enrique ZAPOTE (ed.), *Los indígenas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las Constituciones Locales de los Estados*, México 1995.

(72) F. LÓPEZ BÁRCENAS, *Entre lo propio y lo ajeno. El sistema electoral consuetudinario en el Estado de Oaxaca*, México 1998; María Cristina VELÁZQUEZ, *Fronteras de gobernabilidad municipal en Oaxaca, México: el reconocimiento jurídico de los "usos y costumbres" en la renovación de los ayuntamientos indígenas*, en Willem ASSIES, Gemma VAN DER HAAR y André HOEKEMA (eds.), *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reformas del Estado en América Latina*, Zamora 1999, pp. 289-313.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fuera de juego no está el Código todavía ni mucho menos respecto a fuentes. Desempeña aún el oficio de ley, la del Estado. Puede estorbar y hasta bloquear novedades con su concepción como orden natural o razón escrita del derecho por delante y encima aún incluso de Constitución. Oaxaca es además un Estado federado. Existe Código federal que, aunque no rija en su caso interiormente, también marca una cultura jurídica por México. En el capítulo de fuentes el corte y la factura son siempre napoleónicos. En 1928 se ha introducido una puntualización respecto a la inalegabilidad de ignorancia: "Los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrá, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten inexcusablemente al orden público" (73). Una presencia, la indígena, no se ignora, mas como se registra es entre tales prejuicios y como se admite es en tamañas condiciones. Hay lugar para costumbre e incluso para justicia ajenas al Código, pero hay también reserva última de poder en la ley con motivo de orden público como categoría superior de ordenamiento imperativo que así se endosa por definición al Estado.

Aunque otra cosa a primera vista parezca, nunca estamos con el Código lejos de Napoleón, ni siquiera por América, en cuanto a fuentes del derecho. Si alguna distancia se produce no es por mérito de Codificación, sino de Constitución. La federal también registra presencia indígena, afectando a fuentes, y la cuestión está hoy candente en México no sólo por los acontecimientos notorios de Chiapas (74), los que por irrumpir una guerrilla virtual, pero con mortandad real, han atraído a mediados de los noventa una atención

(73) Rodolfo BATIZA (ed.), *Las fuentes del Código Civil de 1928. Introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas*, México 1979.

(74) Victoria CHENAUT y María Teresa SIERRA (eds.), *Pueblos indígenas ante el derecho*, México 1995; Rosa Isabel ESTRADA y Gisela GONZÁLEZ GUERRA (eds.), *Tradiciones y costumbres jurídicas en comunidades indígenas de México*, México 1995; José A. GONZÁLEZ GALVÁN, *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

exterior en otro caso distraída, inclusive la de unas presuntas ciencias política y jurídica que tampoco es que se dejen captar más fijamente por la actualidad transitoria del periodismo. La dificultad del asunto también procede de que la ignorancia sigue siendo generalizada y mutua. No sólo ley ignora a costumbre y viceversa.

Intentemos mirar a ambas partes para hacernos con un panorama. Igual que una, la indígena, desconoce cuanto puede ley ajena, la otra, la no indígena, ignora cuanto cabe derecho extraño para ella. El Código no quiere saber nada sobre toda una realidad jurídica que es consuetudinaria porque no se le ha permitido ser otra cosa y cuya desaparición misma está así presumiéndose y no lográndose. Toda la presunción y el mismo logro pueden jugarse en la suerte de la costumbre. El Código se plantea para la imposición de una fuente, la ley, y no para el conocimiento de un ordenamiento, el consuetudinario, por muy existente y pujante que éste sea. No existe ni puja como derecho para el Código. No es título ninguno. Para la perspectiva de la Codificación, el universo de la costumbre no es nada, sino pura privación, mera ignorancia, la ignorancia del propio derecho que es ignorancia de ley ajena, una cosa lo mismo que la otra para el Código pues en su cabeza es lo que entra. Recibe el pago en la misma moneda con un desconocimiento de ley que no es anómico pues se hace sobre costumbre y justicia, las que ordenan las sociedades propias, las indígenas.

La cuestión de fuentes así se complica y más todavía por imperativo de derechos de libertad sobre dicha concreta situación. Cuando existen diferencias relevantes de culturas y más todavía cuando, colonialismo mediante, las hay originarias en el sentido de anteriores en el propio territorio a aquella con la que se identifica el Estado, se hace preciso un derecho colectivo por consideración de libertad individual, la de los individuos que se socializan y mantienen en ellas, en las culturas indígenas. Vienen así, más o menos resuelta o consecuentemente, Constituciones por América, no sólo la de Oaxaca, a reconocer autonomía comunitaria como forma de libertad colectiva, con lo cual, cuando menos, se abre un juego de la costumbre pudiendo anteponerse a ley en términos ya más formales.

---

derecho estatal y el derecho consuetudinario, México 1995; Magdalena GÓMEZ RIVERA (ed.), *Derecho indígena*, México 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si por parte de Constitución se tuviera la consecuencia de reconocerse netamente autonomía normativa en grado superior al consuetudinario, la propia comunidad se encontraría entonces ante la opción más nítida de producir políticamente orden sin apoderamiento en base a costumbre y justicia, esto es, con exclusión de la cultura de Código, de su idea y de su práctica. Tendríamos una modificación del régimen de fuentes en línea constitucional aún mayor que la de pluralidad legislativa o de Codificación en su caso de los sistemas federales. No es especulación, sino horizonte que cabe vislumbrar, pues no es que se abra todavía, en casos tan expresivos como el de Oaxaca (75).

El Código produce víctimas. Las ha causado desde el origen y las causa mientras no se abra otro horizonte de fuentes. Conviene el recuerdo y la advertencia aunque sea difícil o prácticamente imposible el recuento y la cancelación. Quienes padecen ante el Código indefensión no sólo son individuos, sino también sectores sociales extensos y comunidades enteras, las que no cuentan con Estado para dotarse del propio Código o con institución más o menos equivalente para optar por un sistema no tan impositivo de ordenamiento, por un régimen de fuentes más controlado por la sociedad misma mediante costumbre y justicia propias. La historia del Código y sus secuelas, de su particular imperio de la ley y su peculiar distorsión del sistema constitucional, podríamos planteárnosla algún día desde esta perspectiva de las víctimas que además forman mayoría. Lo advertiríamos mejor si no identificásemos de forma tan insuficiente cosas como parlamentarismo y democracia o juego de poderes y constitucionalismo.

Unas bajas del Código y con mayor exactitud de su régimen definitorio de fuentes bajo dirección de ley se cuentan en abundancia entre quienes no tienen para la Codificación reconocimiento como individuos cuales sujetos de libertad, aunque fuera de entrada tan sólo contractual, y también entre cuantas comunidades no disponen, por su égida, por el imperio del Código, de poderes reconocidos para responsabilizarse de su propio ordenamiento concurriendo de este modo y articulándose con otras formaciones

(75) B. Clavero, *Ama llunku, Abya Yala*, pp. 33-43, 207-211 y 410-426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunitarias. Se cuentan igualmente entre las comunidades carentes de facultades para esta dimensión colectiva de ejercicio de libertad que también interesa al individuo porque afecta igualmente a sus derechos, a su misma posibilidad. Es historia que vengo ahora intentando respecto a humanidad no europea (76).

Impone el Código ley y con ello cultura o tal cosa procura. Para ello sirve. Ofrece un régimen de fuentes capaz de cambiar no sólo ordenamiento, sino también sociedad, capacitado así para cancelar enteras comunidades y crearlas nuevas comenzando por la propia del Estado, la Nación igualmente con mayúscula, el agente constituyente y determinante del orden todo, el sujeto que se atribuye la dirección y producción del derecho. ¿Hay nada entonces mejor que la ley? Por América como por Europa el Código es proyecto de Estado y de Nación en el sentido no sólo de que lo apadrinan, sino también de que su propia existencia, la estatal y nacional, se dirime en el caso con la empresa codificadora. Por América Latina, fracaso del Código es frustración de Estado y de Nación, esto de lo que no acaba de cobrarse conciencia por parte de Constitución.

Se podría pensar que, guardándose las distancias, el Código intenta en Oaxaca lo que con éxito superior realiza por Francia, en América Latina lo que logra por Europa continental, esto es, la imposición de un sistema regido por ley y así por determinación política a una sociedad refractaria salvo, a los inicios, una minoría dominante e impositiva (77). Mas esta clase de cuestiones de envergadura mayor aquí evidentemente nos desbordan. No nos enzarcemos con ellas. Por lo demás, ya nos consta que democracia no casa precisamente con régimen codificado de fuentes. El problema es que

---

(76) No he vencido la tentación de alargarme al laboratorio latinoamericano, en el que trabajo últimamente, desde *Ley del Código* hasta, de momento, *Ama llunku*, para prueba suplementaria, pero no redundante, de la contradicción entre Constitución de derechos y Código de ley. Este título, *Ama llunku*, es expresión quechua, la lengua franca andina, para postura al fin y al cabo contraria a Codificación: "No seas servil". *Abya Yala* significa *Alma Mater* y así América en otra lengua no colonial, nada latina, la kuna.

(77) Eugene J. Weber, *Peasants into Frenchmen. The Modernization of Rural France, 1870-1914*, Stanford 1976, significando el eufemismo de "modernización" no otra cosa que sustitución inducida de cultura, esto es, guardándose todas las distancias, no otra cosa que la intentada por América.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se mantenga o que haga por sostenerse cuando se viene a la recuperación de planteamientos no sólo constitucionales, sino también democráticos.

Ahora tratamos de fuentes y no de problemas mayores. Ya lo es de por sí el nuestro. El Código de arte mayor, el mayúsculo, resulta elemento básico de la construcción del Estado como Nación desde el origen y allá donde se adopta (78). Entre América y Europa, entre Europa y América, es pieza que indudablemente sirve. Ofrece, por régimen de ley, el mejor de los mecanismos en tiempo constitucional para una suerte de objetivo, la de dominio de minoría para la construcción estatal como nacional, de política como de sociedad. A espaldas de la propia, hay Estado por América que tiene claramente el Código por signo primero de existencia como Nación (79). Adviértase también que, con todo lo visto, hoy en Francia y quizás igualmente por Europa, por otros Estados con Codificación, puede el Código a estas alturas estar representando una función similar a la que desempeña con superior claridad por América, esto es, de identidad, con la equivalencia, de Estado o Nación más que de orden, con la vigencia, de derecho. Que el capítulo de Napoleón más subvertido se mantenga casi incólume como pórtico del Código ya dice mucho.

Insistamos en lo que menos se advierte y más importa. No basta hoy con guardar respeto a la Constitución y culto al Código creyéndose que no se arriesga contaminación y hasta desvirtuación. La temporada nunca hace, sin sembrado, la cosecha. El buen tiempo, el de sol y lluvia alternándose, tampoco genera nada vivo sin semilla. Porque sea de período constitucional, no resulta tal la Codificación con mayúscula, la que se sitúa a la par y aún por encima. Aunque pueda contar con Constitución y ésta incluso, como en el arranque de Oaxaca y en tantos casos, requerir como complemento el Código,

(78) Rogers BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge de Massachusetts 1992; Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, II, *L'età delle rivoluzioni, 1789-1848*, Bari 2000; en índices de materias, *Civil Code* y *Codice* respectivamente, como indicios.

(79) Rossana BARRAGÁN, *Indios, mujeres y ciudadanos. Legislación y ejercicio de la ciudadanía en Bolivia (siglo XIX)*, La Paz 1999, pp. 7-17, con la fiesta patriótica por el advenimiento del Código, por las prisas de Bolivia a las que ya me he referido.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo que así se engendra resulta pareja estéril. La esterilidad es imputable a él, al Código, más que a ella, la Constitución. La Codificación, la mayúscula, no tiene entrañas aptas para la fecundación por el constitucionalismo. Si hay criatura, resulta inviable para una vida en libertad. Lo suyo, lo propio del Código, es el apoderamiento (80). No es tan sólo que las piezas no casen. Es que no pueden hacerlo y precisamente por razón y motivo de fuentes.

Ahí donde se coloca la libertad individual y, aún más, donde se produce, por la variedad de culturas en presencia, el requerimiento consiguiente de la libertad colectiva al mismo nivel primario, ahí no cabe el Código. No tiene cabida constitucional. No puede tener entrada su régimen característico y definitorio de fuentes con la presidencia de ley desalojando forzosamente la primacía de libertad. El desplazamiento hasta Oaxaca ha enriquecido nuestra visión de la humanidad afectada por el Código, lo que pudiera todavía ampliarse si prosiguiéramos viaje por el continente americano o también si nos extendiésemos a operaciones más directamente coloniales dirigidas a otras geografías, donde la ley como fuente de derecho y por alguna el Código entero como cuerpo de ordenamiento también jugaron fuerte y ahora pierden fuelle (81). Mas el veredicto, si ya se tiene, no creo que fuera a modificarse porque prosiguiéramos viajando entre continentes. En el caso, en este juicio, se ratifican entre sí unas instancias, América y Europa. No parece que otras fueren a sobreseerlo.

---

(80) El caso de Bolivia, cuyo Código primero está vigente, no sin reformas y con algún breve paréntesis, entre 1831 y 1976 y que alcanzó presencia e influjo o incluso copia por otras latitudes latinoamericanas, suele tenerse comparativamente, por temprano y por longevo, como un éxito: Carlos TERRAZAS (ed.), *Código Civil de Bolivia*, Madrid 1959, sin tomarse en debida cuenta que tal misma permanencia puede ser más política que civil como signo de Estado más que de derecho, pues éstas son cosas que siguen despreciándose: A. GUZMÁN, *La Codificación Civil en Iberoamérica*, pp. 307-327. Está en prensa el segundo volumen de la *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX* de C. RAMOS ocupándose más sensiblemente de dicho Código boliviano.

(81) Leon SHELEFF, *The Future of Tradition. Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*, Londres, 2000, a falta, a lo que llego, de algo equivalente que se centre en tierras de Código endógeno y exógeno, metropolitano o colonial. Para una entrada, C. PETIT, *Detrimentum rei publicae. Constitución de España en Guinea*, en José María IÑURRITEGUI y José María PORTILLO (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid 1998, pp. 425-509.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *Drenaje de vaguadas: Código como nudo de incomunicaciones entre constitucionalismos en Europa y como agente de seguridad.*

El veredicto común, el ordinario, es otro. Del Código lo que se pregonan son virtudes por sí y particularmente para Europa. Ahorremos constatación y notas para lo que está a la vista entre juristas. Unos presuntos méritos constituyen tópicos de cultivo y curso legales, doctrinales y hasta consuetudinarios. Es cultura jurídica o por tal se tiene y estudia. Así de la Codificación se asume que ofrece generalidad y certeza al ordenamiento e igualdad y seguridad consiguientes al individuo frente a la legislación dispersa y de cara a otras fuentes que se tienen aún por menos fiables. También se asegura que es fundamento y opera a favor de democracia por facilitar control del derecho y acceso al mismo. Son virtudes y se presumen.

Es falacia y se comprueba. Lo resulta en gran medida, la correspondiente a la envergadura del sacrificio que así se implica para los derechos de libertad. Se arguye en otra línea por añadidura que la Codificación supone garantía suma de la separación constitucional de poderes, pues evita que se interfieran legislativo y ejecutivo por parte del judicial gracias a la identificación entre ordenamiento, ley y justicia. Pero no hay constitucionalismo serio que hoy adopte, salvo solapadamente, tales corolarios más bien napoleónicos, aunque no dejen de pasar por revolucionarios con principios como se debe. Codificación mediante, certeza y seguridad puede haberlas, mas generalidad e igualdad mal caben si no damos abstracciones por buenas apartando efectos de la vista.

Buena prueba la ofrece América, pero también la tenemos por Europa. Estamos siempre en las mismas, con todo el trasiego entre continentes, con todo el transcurso del tiempo, respecto a Código y su potencial de cara a fuentes produciendo cortocircuitos con Constitución, ya junto a ella, de cifrarse en ley, ya frente a ella, de fundarse en libertad. La cuestión no es distinta por razón de latitudes. Por Europa como por América e inclusive ulteriormente por otras geografías, Código de ley riñe con derecho de libertad hasta extremos realmente, por cuanto resulta, de antítesis e incompatibilidad. Si aceptamos y hasta ignoramos el efecto grave de privación, la Codificación representa, cómo no, el mejor método de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

establecerse el ordenamiento. Si despreciamos y hasta olvidamos la consecuencia tamaña de sustracción, la de derecho de libertad individual y colectiva, no entenderemos el empecinado repudio y la irritada alergia por latitudes de características igualmente o tal vez más constitucionales. Pese a Ásterix, los ingleses y no los romanos serían los locos para los galos. Concedamos que hay insania, pero es por partida más que doble y nada simple. Captaremos mejor la ajena si admitimos antes la propia. Llegaremos a entender la una si conseguimos comprender la otra, la nuestra.

La cuestión mayúscula del Código no es de pura forma, sino de verdadero fondo, esto es, dicho con la metáfora y tenida en cuenta la interfaz, de fuente, no otra cosa que el modo no necesariamente de poderes como se determina el derecho. Esto último del apoderamiento es prejuicio impuesto por la Codificación. Allí donde los principios se identifican con las libertades, el principio con la libertad, Código de arte mayor no cabe. Aquí donde llega tal misma concepción constitucional que mira a la identificación del sujeto antes que a la producción del ordenamiento y a la consideración de poderes, pierde espacio vital. Carece entonces de lugar como fuente que no sea receptiva de otras fuentes dependientes de libertad, lo contrario precisamente de lo que caracteriza y define al Código, de lo que sigue comúnmente sobrentendiéndose cuando de Codificación se habla y la mayúscula se presume. Tampoco es que haga falta andar ahora, a estas alturas de la experiencia y del argumento, documentándolo.

Mas el Código goza de predicamento por latitudes que conocen la práctica y tampoco falta quien le defienda por donde no se le experimenta. Ofreció ayer seguridad y certeza frente a la irreductibilidad tradicional del derecho a libro y las promete hoy de cara a la dispersión normativa que Europa acrecienta y participa. Ha sido el Código ambición y fuerza de Estados entendidas como signo y logro de Naciones queriendo ahora elevarse limpiamente al ámbito europeo sin descuidarse tampoco el flanco cultural del reinvento de tradición para legitimación (82). No extrañará que tenga crédito, lo

(82) Reinhard ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, en el colectivo *Towards a European Civil Code*, La Haya 1998, pp. 21-39. Noticia de bibliografía sobre la reinvención de tradición para una Codificación europea se ofrece en *Revue d'Histoire*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cual podrá comprenderse que a estas alturas de mi argumento se me antoje parte del problema y no de la solución. Traería el Código, quién lo duda, certeza al derecho y seguridad al individuo en el mismo curso presente de la integración problemática del espacio jurídico europeo entre parlamento dislocado y judicatura insuficiente. Pero hay también y siempre contrapartida cuando la libertad se confía al ordenamiento y sus instituciones sin reserva clara de derecho del individuo y sus comunidades. El alegato a favor del Código se mueve y opera haciendo abstracción y escamoteo del gran problema de la interposición, por precedencia, de los derechos incodificables, de este presupuesto hoy, como ayer, obligado en un medio constitucional, estrictamente tal, cual es también ahora vocacionalmente sin género alguno de dudas el común de Europa.

No falta resistencia a la mera idea del Código europeo, pero no siempre por las razones más netamente constitucionales que estoy aquí intentando y no sé si logrando hacer bien explícitas. No son las que suelen atenderse. Es más usual que la oposición al Código europeo comience marcando distancias entre latitudes no codificadas y las codificadas, entre Gran Bretaña y Francia por ejemplo antonomásico, como si fueran culturas en cuanto que jurídicas, con la manida distinción entre *common law* y *civil law*, poco menos que extrañas mutuamente, teniendo que convivir ahora en Europa, lo cual de paso puede legitimar como seña de identidad continental la de signo más legalista, la que se quiere de *droit civil* desde antiguo con ideales presuntos como el de la Codificación (83). La invención

---

des Facultés de Droit et de la Science Juridique, 19, 1998, pp. 166-169, como complemento a la traducción de Rolf KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1994, 2, pp. 244-276, revista también comprometida, sin necesidad a mi entender para su objeto de construcción jurídica, en la operación historiográfica o manipulación al fin política de una tal invención para el derecho. Abunda el empeño por imaginar continuidad entre tradición romanista y textualización codificatoria: Enzo NARDI, *Codice civile e diritto romano. Gli articoli del vigente Codice civile nei loro precedenti romanistici*, Milán 1997. Y no se olvide P. CARONI y G. DILCHER (ed.), *Norm und Tradition*, para debate en nuestro terreno específico. En la crítica justamente reincide el mismo P. CARONI, *La historia de la codificación y la historia del código*, en *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, 5, 2000, pp. 403-431.

(83) Pierre LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code Civil européen*, en *Revue International de Droit Comparé*, 48-4, 1996, pp. 779-812, también en versión inglesa con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de tradición generada por ella sigue produciendo tales efectos artificiales de luz y sombra, sonido y furia. Artificios digo puesto que la misma contraposición resulta problemática (84). Hay a nuestras alturas un derecho europeo común precisamente de libertades poniendo en entredicho para ambos casos y todo el conjunto la bondad del Código. Y si por Europa entera no se coincide desde luego en la fase actual, ya se confluye en una evolución que apunta a combinación de fuentes, como jurisprudencia y legislación, bajo presidencia de libertad que también la requiere de costumbre, todo esto que se arriesga o incluso sacrifica por la disciplina del Código.

Es cuestión entonces la cabida de la Codificación en el horizonte común; dicho mejor, dada la presumible denegación de capacidad alguna tras todo lo observado y dicho, si es que se acepta y asume, lo resulta la del espacio restante para los códigos definitivamente, ya sin remisión, con minúscula, los de un arte menor. La respuesta no estaría dada ni siquiera para el penal, para su ámbito que más se presta al imperio práctico de ley como garantía además constitucional (85), si la ciudadanía participara por medio no sólo de parlamentos, sino también de jurados que alcanzasen por contrapeso de poderes igualmente a la determinación del derecho, como ya lo viene haciendo nada raramente, con su sobreordenamiento no siempre reconocido a legislación, una justicia de legitimidad en superior medida problemática al propósito normativo como la profesional o similar de jurisdicciones internacionales, europeas o también domésticas (86).

El Código de arte mayor parece en todo caso que se encuentra desahuciado y que resulta irrecuperable pese a oficialidad selecta y

---

variantes como la contundencia del título, *Against a European Civil Code*, en *The Modern Law Review*, 60-1, 1997, pp. 44-78.

(84) Para perspectiva británica al tanto, Colin R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, citados.

(85) *Forum: Codifying Crime, Finding Government*, sobre el caso británico, *paper* de Lindsay FARMER y *comments* de Michael LOBBAN y Markus D. DUBBER, en *Law and History Review*, 18, 2000, pp. 397-444.

(86) Mauro CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des Juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, París 1990, comprendiendo, pp. 23-114, *Des juges legislateurs?*; también *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bolonia 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tropa dispuesta ofreciendo buenos servicios de portavocerío y abogacía por interés al cabo propio que se cree sinceramente común. Pese al desapoderamiento por ley, la doctrina agradece Código constituyéndose en su oráculo. Nunca basta la escritura y el libro habla por la lectura, por ésta que se presume científica. Pagada de sí misma, fue y es buena madrina. Recodificación todavía mayúscula se quiere, algo que con la vanagloria y la añoranza, con presunciones y ficciones presentes y pretéritas, sencillamente no cabe y además se dificulta incluso para la codificación de arte menor. La ambición del Código rompe el saco del derecho, su recipiente discreto. El propio caso del *Code Napoléon*, el que será siempre prototipo y nunca ya pionero ni menos aún paradigma, ofrece buen testimonio de la frustración definitiva. Su dudoso activo histórico es indudable pasivo actual. El término mismo está cargado de elementos insanos y adictivos. La mala doctrina resulta aquí buena prueba.

Si lo que ahora perseguimos por Europa no es ya exactamente Código con mayúscula, será mejor entonces el abandono del nombre para evitar equívocos y también, pues caben, tentaciones (87). No olvidemos que por buena parte de la geografía europea estamos entre constitucionalismos vulnerables por Códigos, como no ignoremos que en el Parlamento Europeo se acaricia y alimenta la idea codificatoria sin conciencia manifiesta suficiente de reservas constitucionales netas, lo que la doctrina a su vez por lo usual tampoco añade en forma franca al menos (88). Se quiere Declaración, Constitución y Código, toda la serie que comienza presumiendo y concluye apoderando. Presume la determinación política como vía de los derechos y apodera con capacidad normativa más que constituyente de alcanzarse así a fuentes (89). Pues se mira de continuo y de soslayo al caso de los Estados Unidos, no olvidemos la experiencia americana de apoderamiento tanto jurisprudencial como parlamen-

(87) Franz WERRO (ed.), *L'européanisation du droit privé. Vers un Code civil européen?*, Friburgo 1998.

(88) Casi por todos, Antonio GAMBARO, *"Iura et leges" nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, pp. 1003-1004, en *Europa e Diritto Privato*, 1998, 4, pp. 993-1018.

(89) Para contraste último sobre el asunto primero, Florence BENOIT-ROHMER (ed.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européen*, en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 12-1/2, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tario, de Corte como de Congreso, por efecto de algo muy similar, pues funge, a declaración federal de derechos. Que allí se diera mayor necesidad de acción y cobertura de este género superpuesto para goce de libertades hace todavía más problemático el mimetismo europeo (90).

No es preciso que retornemos a América. Miremos el momento institucional de la Unión Europea, donde el Parlamento no tiene el poder legislativo preciso para la elaboración y promulgación de Códigos o ni siquiera visos, hoy por hoy, pues faltan condiciones constituyentes de base democrática en su espacio global y a su nivel elevado de posición superpuesta. ¿Cómo puede entonces contemplarse la posibilidad misma si no se reduce a codificación de inicial tan minúscula como para carecer de un valor normativo directo y suficiente? Para la previsión de entrada más mayúscula a una escala europea, se le trata en realidad como obra de doctrina. Así sustancialmente se le debate y prepara. Late de nuevo fuertemente la noción de que el Código represente un orden de naturaleza o una razón por escrito que el poder político hubiera de limitarse a asumir y respaldar. ¿No se trabaja sobre dicha base?

Si dependiese de Codificación para Europa, la Constitución seguiría perdida y la democracia le acompañaría en la perdición. El mismo procedimiento nada contrastado por ciudadanía ninguna como está procediéndose a la consecución de una primera pieza constitucional estricta, la Carta de Derechos de la Unión Europea, dice bastante. Sólo por vías de determinación sustraídas a democracia y libertades, aun emprendidas y recorridas en nombre de la una y de las otras, podría conseguirse el Código europeo con el riesgo que comporta de cortocircuito constitucional a ambas bandas. En el horizonte de la Unión no sólo menos democrático, sino también menos libertario, es donde se incuba el huevo del Código europeo o toda la puesta de una Codificación para Europa.

Por Europa, para labrarse una identidad y asegurarla, hay quien tiene necesidad de Código como quien no la tiene. Para nuestros medios culturales puede decirse lo primero a unos efectos de identificación hasta personal con el derecho codificado como refe-

(90) B. CLAVERO, *Constituyencia de Derechos entre América y Europa*, a publicarse en *Quaderni Fiorentini*, 29, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rente de razón en un mundo profesional incluso deslegificado (91). Vale también y sobre todo a unos propósitos colectivos. Precisan Código unos Estados con vocación de Naciones, no todos, o unas entidades más o menos equivalentes, tampoco todas, aunque se quiera para la actual de Europa. ¿No está ahora por nuestras latitudes una doctrina del derecho actuando más o menos como la política del derecho en los orígenes de los Estados latinoamericanos? ¿No sigue empecinada o vuelve a alucinarse con el Código como seña de identidad antes que de orden? ¿Es realmente posible, deseable y necesaria a nuestras alturas una Codificación para Europa habida cuenta de sus mismos principios de derechos antes que de derecho, de libertades antes que de ordenamiento? Es el escollo que no se interponía en unos inicios latinoamericanos y que ahora en cambio se encuentra bien operativo por fortuna en un desarrollo europeo. ¿Qué pinta una pieza como el Código en un escenario como éste? La respuesta negativa ya huelga.

No cunda sin embargo la pesadumbre ni prenda la melancolía. Hay trabajo decente para legislaturas, jurisprudencias y doctrinas, para unas ciencias presuntas, la política y la jurídica, en una línea todavía, si se aligera el término, codificatoria. Aún cabe juego no exactamente entre mayúsculas y minúsculas, sino con estas segundas más modestas y decorosas. Todo lo dicho no basta para darse por liquidado el asunto. No lo hace para la codificación de arte menor con lo que pueda todavía enseñarnos en negativo o incluso, depurada, en positivo la de estilo mayor. La parábola de la historia nunca se cierra en redondo. Tenemos aún para el debido discernimiento el trazo y la pista de la ortografía entre iniciales si sabemos manejarnos y no andamos confundiendo casos ni dilapidando experiencias, inclusive las mayúsculas. Y contamos especialmente con todo el arte menor que no tiene por qué ser minimalista. Códigos también se han llamado libros no apoderados ni apoderantes, manuales normativos, depósitos de derecho, que reciben la imposición del nombre sin verse éste acompañado por la gracia de la investidura de fuente. Tenemos las experiencias variadísimas, inclusive por Gran Bretaña,

(91) Baste como muestra, para lo que sería una panoplia poco menos que infinita, el botón de Antonio GARRIGUES WALKER, *Prólogo* al colectivo *El Derecho español en el siglo XX*, Madrid 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de manualización normativa o receptación jurídica sin estricta Codificación legislativa. Y el reto con todo es nuevo o tal me parece, pues no conozco modelo para códigos de leyes con premisas de derechos y la precedencia entonces consiguiente de costumbre y jurisprudencia o para codificación conjunta y estable del complejo todo en minúscula.

Códigos planteados en medios compuestos no codificados sin merma o incluso con ganancia de constitucionalismo por la razón precisa de federalismo, supuestos de esta conjugación que no se da exactamente por Europa, ni por la menos ni por la más federal, pero que no falta fuera de ella, como por los Estados Unidos de América, y en cuyo seno se podría en principio controlar de mejor forma y en mayor medida la ley como fuente, dados entonces pluralismo y contraste, tampoco es que ofrezcan hoy ni ayer modelo atractivo al propósito. Aun llegando a equipararse la costumbre, pueden comenzar por desconocer igualmente la precedencia de sujeto con libertades respecto a fuente con poderes (92). América Latina y la propia Europa han conocido y conocen Códigos federales sin que impliquen alternativa de fondo. Si ahora queremos por casa, por la europea, otra suerte de ordenamiento común por más apropiadamente integrado a efectos constitucionales, no es al Código, ni al paradigma ni a modalidad o evolución ningunas, donde corresponde que miremos. Tampoco por sí el federalismo o su eventual reconocimiento en el caso de la Unión Europea parece que traiga consigo resolución.

No doy por concluidas todavía las exequias que estoy oficiando. No lo hago sin detenerme en un último punto, el del sujeto de derecho, que resulta el primero y por serlo. Vengo aludiéndolo con reiteración porque lo juzgo clave para la misma cuestión de fuentes, donde impera poder si no figura libertad. Si el sujeto es, como en el

(92) A.N. YIANNOPOULOS (ed.), *Louisiana Civil Code. 1999 Edition*, New Orleans 1999, cuerpo que sigue arrancando no por sujeto, sino por fuentes, y equiparando hoy de entrada *legislation* y *custom*, ley y costumbre, pero no identificando junto a ellas jurisprudencia, con todo su valor efectivo más arraigado y su interés constitucional más aquilatado por un orden federal a estas alturas en aquellos lares. Para el ayer tampoco atractivo, con esclavitud inclusive en el mismo seno del Código, Richard H. KILBOURNE, *A History of the Louisiana Civil Code. The Formative Years, 1803-1839*, Clinton 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

patriarcalismo incluso moderado del Código primitivo, el varón con determinadas cualificaciones comenzando por la de Nación en el sentido además de equiparación a Estado, la ley puede entronizarse en este campo privado. Así pudo pretenderlo y, sin llegar a la exclusividad, lograrlo. Si es en cambio sujeto el individuo y punto para unas libertades y garantías primarias, para una base de partida, lo cual ahora se tiene desde el momento en que se suscriben y adoptan en serio las convenciones internacionales de derechos, entonces no cabe el Código como fuente (93). Entre uno y otro extremo transcurre la historia del mismo *Code Napoléon*, ayer estrella del ordenamiento y hoy extraño en el paraíso. Es astro que en su parábola ha perdido gravitación y satélites, órbita y firmamento, no sólo el par de atributos primero de encanto y atractivo propios.

Comprendamos la Codificación en su contexto específico, el característico y definitorio que al fin resulta de una desviación determinada de la historia constitucional, de una degradación bien marcada del constitucionalismo cuya seña de identidad, la de éste último, fuera y es de entrada, ayer como hoy, la concepción del individuo cual sujeto de libertad más y antes que ninguna otra pauta sobre poderes y así sobre fuentes. Para este mismo extremo de la capacidad recognitiva y determinante de ordenamiento que denominamos con dicha metáfora más bien fea, aunque estemos bien habituados, de fuente, si no se comienza por atender y precisar la cuestión del sujeto, si presumimos así para Francia, por ejemplo siempre antonomásico, que *homme* significaba también mujer y ya virtualmente cualquier individuo desde 1789, desde un momento que aún se tiene como legimitador por primigenio de éste y otros arranques más o menos revolucionarios, si procedemos entonces

(93) La edición utilizada *Mégacode* incluye ordenamiento internacional de derechos interesando al Código no sólo por las referencias del aparato interpretativo de los correspondientes artículos, como hemos visto, sino también en un catálogo de disposiciones que se reproducen cual *Appendice* así nada apendicular. Y entre los *Codes* referidos de la editorial Dalloz figuran compilaciones de derecho europeo igualmente subversivas en potencia de la categoría de Código, inclusive un *Code Européen des Personnes* con "les principaux textes du droit communitaire applicables aux personnes physiques" en este espacio común debiendo también acoger jurisprudencia que se sobreordena.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inventándonos tradición constitucional mediante un género tal de presunciones sin base porque tengan propósito, la historia del Código, con el imperio sectorial y sesgado de la ley que representa ayer y pugna hoy, se antoja ininteligible, quedando además intacto su predicamento y resultando incluso recuperable su imperio. Historia imaginada cancela historia efectiva y esto, con legitimación y tracto de por medio, no resulta nada inocente para el derecho (94).

Con tales modos se permite el mantenimiento susodicho de la buena imagen aún bastante viva, pues no mortecina, de la Codificación como seña de identidad de toda una cultura jurídica más que francesa en su misma contraposición definitoria entre partes de la propia Europa, continental y británica, y también de América, latina y anglosajona, y otras ulteriores latitudes de una u otra forma que suceda y se concrete. Según la operación de imagen, legalismo y judicialismo constituirían siempre y para los restos manifestaciones de *civil law* y de *common law*, de unas tradiciones que producirían desde antiguo división comenzándose por Europa y extendiéndose por otros continentes. No serían en cambio contingencias históricas además recientes en lo que interesa estrictamente al valor generativo de la ley, lo propio de la Codificación, lo que causa el problema y no puede traer la solución por más que se pretenda. La oposición habida al Código europeo sirve de poco, salvo para la reproducción de prejuicios, cuando se sitúa en dicho escenario de tradiciones como si fueran culturas poco menos además que irreductibles, la *civil* y la *common*, que no es tan dramático en su misma distinción ni resulta tan ancestral para elementos claves o que tampoco a estas alturas afortunadamente se encuentra de hecho tan operativo en el ordenamiento establecido (95).

---

(94) Así, con la presunción personal de existencia del sujeto constitucional sin acepciones como la de sexo desde un origen revolucionario y con el efecto generalizado de minusvaloración de hipotecas entonces opacas ayer como hoy, Michel TROPER, *The concept of citizenship in the period of the French Revolution*, en Massimo LA TORRE (ed.), *European Citizenship. An Institutional Challenge*, La Haya 1998, pp. 27-50.

(95) La dramatización ancestralista constituye el escenario protagónico en el entremés ya citado de P. LEGRAND con su versión no sólo lingüística, para anglosajones y para continentales, doble o casi triple: *Uniformità, tradizioni giuridiche e limite del diritto*, en *Politica del Diritto*, 28, 1997, pp. 3-26, si no más, pues es desde luego limitado mi control de revistas, ya no digo de conferencias, de oralidad conversa en escritura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Son otras las razones por las que no parece que quepa despejarse futuro europeo con Código mayúsculo o con el minúsculo que ayude todavía a apuntalar invenciones de tradición, sostener suposiciones de identidad y alimentar presunciones de poder. He aquí entonces el escollo para la posibilidad de Constitución ahora en Europa. Es el Código mismo o su mera idea. Si un constitucionalismo a escala europea quiere realmente cobrar, si no ya vida, pues la está logrando, sino cuerpo, pues le viene fallando, no conviene que responda al modelo de Codificación ni siquiera en su despliegue más aparentemente constitucional, al de la serie encadenada que comienza por la Declaración de Derechos y acaba, con solución solapada de continuidad, en Código. De este modo, despejándose completamente el horizonte del obstáculo de la Codificación, podrían no sólo comprenderse, sino también aprovecharse unas experiencias históricas en su misma diversidad a los propios efectos constitutivos europeos.

Las mismas divergencias históricas, como en particular la británica, no serían así adversidades por superar, sino herencias de las que beneficiarse. Ya sabemos que esto es aquí sólo sugerencia. El caso resulta que por Europa, por ella misma, hay quienes se han librado de la planificación y normalización de la Codificación, como quienes la han padecido y están ahora recuperándose del trance, pero sin conseguirse el olvido de Código mayúsculo mediante código minúsculo siquiera para caso alguno, ni aquí donde existe ni allí tampoco hacia donde se quiere extender e implantar. Así hoy gravita por doquier. Desde Europa de cara a América sigue la Codificación cerniéndose incluso en los términos hoy culturalmente, ya que no políticamente, más colonialistas (96).

Así, en casa y de visita, se alcanza y afecta del modo más neurálgico al constitucionalismo y no precisamente como realización o complemento. Vale también la secuela historiográfica. Historia inteligible ni análisis solvente del fenómeno codificatorio, con su reducción del derecho a ley como fuente de fuentes, no caben sin el contexto constitucional cuyo principio es en cambio de libertad.

Contrapuntea Ángel López, *Sobre epistemología y tradiciones jurídicas*, en *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, pp. 475-480.

(96) Como ejemplo que sigue impávidamente en activo, Sandro Schipani (ed.), *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Milán 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pero nada de ello quiere decir que las piezas encajen o pudieran llegar a hacerlo de modo que la Codificación de arte mayor supusiera o resultare una variedad pasable de constitucionalismo entre otras. Porque sea criatura de tiempo constitucional y se posibilite o facilite por revolución constitucional, no por ello el Código es elemento constitucional, valgan siempre estas redundancias pues ya sabemos que no lo son. Aunque la historiografía no quiera afrontarlo, con la pieza se bloquea el propio constitucionalismo al cancelarse la primacía de derecho de libertad. Puede ocurrir todavía, sin ir ya más lejos, en Europa.

Se suele encarecer el Código poniéndose de relieve un valor materialmente constitucional. La Codificación, allí donde se da, constituye ciertamente en mayor medida que la Constitución, empezándose porque es ella y no ésta quien se hace cargo del régimen de fuentes, esto es, de los principios y procesos de identificación y desenvolvimiento del derecho. Lo que no suele acusarse es que lo material y lo formal difieren seriamente en el caso. El valor lo que resulta más exactamente es inconstitucional, un disvalor tamaño. Las Constituciones mismas contribuyen con la inhibición. No tienen por hábito responsabilizarse y ocuparse de la entera materia de fuentes. Se centran en la ley como si también les encandilara con la ventaja de poder dejarle al Código, habiendo Codificación, el trabajo sucio de anteponer poderes a derechos tras declarar incluso exacta y formalmente lo contrario (97).

Por esta común deficiencia, no vamos a ignorar que tal materia, toda ella, la de fuentes, remitiendo a la determinación de derecho, ha de resultar competencia de Constitución y no de Código. Es propia del constitucionalismo, del sistema cuya primera cuestión es la de unos derechos, los de libertad, y la primerísima la de un sujeto, el

(97) Para nueva prueba del extremo, si hiciera todavía falta, entre Constitución y Código en instalaciones del laboratorio español donde con más soltura me manejo, B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, pp. 129-158, pudiendo añadirse afinaciones del mismo experimento con ocasión de sendos homenajes a la memoria de Francisco Tomás y Valiente: J. VALLEJO, *Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana (1873)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, pp. 821-845, y Carmen SERVÁN, *"Como losa de plomo": el derecho a la libre emisión del pensamiento en el constitucionalismo de 1869*, en J.M. IÑURRITEGUI y J.M. PORTILLO (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, pp. 397-423.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuo y también, con independencia de que se constituya Estado o se predique Nación, la comunidad o las comunidades donde se socializa y desenvuelve ese mismo titular y agente de libertades, el individuo. De aquí, de estas premisas constitucionales, deriva la necesidad de una pluralidad de fuentes no regida por ninguna de entre ellas, no desde luego por legislación, dígase Código, sino ni siquiera por Constitución bajo tal mismo concepto de ley aunque sea primera esta que se dice constitucional, o tampoco, claro está, por jurisprudencia. En todo caso, en cualquier supuesto siempre que sea de constitucionalismo, queda fuera de órbita el Código con la mayúscula de su preliminar.

De ahí proviene la inconveniencia terminante de cualquier monopolio normativo de carácter aunque sólo fuera directivo por muy constitucional, como la jurisprudencia, o incluso democrático, como la ley, que todavía se pretenda y pueda serlo. No habría de existir poder ya no digo legislativo o tampoco jurisprudencial, mas ni siquiera constituyente por una u otra vía sobre fuentes. La Constitución, de ocuparse como conviene, habría de proceder como con los derechos de libertad, registrando antes que regulando, reconociendo y no determinando. Jurisprudencia y ley, tanto la una como la otra, habrían de motivarse en consecuencia. La motivación justiciable de las leyes, como la de los pronunciamientos judiciales, sería expresión de acomodo definitivo en constitucionalismo con abandono lógico de toda pretensión directiva de escritura comenzándose ahora por la del Código, como antes ya ocurriera con la Biblia (98). A salvo creencias desde luego, si existe libertad con responsabilidad, un orden que pueda decirse justamente constitucional, para el derecho lo que no cabe son panaceas. Promesa y presunción de seguridad a ultranza es fraude proverbial del Código y su doctrina; dicho de otra forma, del imperio de la ley y su catequesis. Ni siquiera el anarquismo más acendrado pone en duda que libertad necesite seguridad, pero de forma y por grado naturalmente.

Todo ello importa a nuestros mismos efectos prácticos de que Europa no se someta a servidumbres históricas que son historiográ-

(98) B. CLAVERO, *De la religión en el derecho historia mediante*, en *Quaderni Fiorentini*, 15, 1986, pp. 531-549, tocando también a invención de tradición para Europa o para todo un Occidente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficas, a Código y doctrina, ley y catequesis, a la propia invención de tradiciones. Interesa para que no se empeñe en repetir miméticamente la historia normativa y la legitimación política de sus Estados, aunque fuera todo esto como réplica aligerada con codificaciones y secuelas menos mayúsculas. La determinación ahora europea de sujetos individuales y colectivos, aún ya más débil, puede ser todavía gravosa respecto particularmente a la humanidad exterior y muy en especial a la inmigrante con el cortocircuito consiguiente de la primacía constitucional del individuo sobre derecho y de libertad así también comunitaria sobre ordenamiento (99), con este efecto lesivo que el Código sin duda facilita.

Europa se encuentra ante un reto de Constitución, lo que no es de Codificación. Afronta el desafío de una identificación del derecho que comienza por las dimensiones básicas de los sujetos y de las fuentes en esta precisa secuencia y no a la inversa, no haciéndose depender lo primero de lo segundo. Guardándose el orden, no habrá de ser clónica la determinación europea con referencia a la de ninguno de los Estados componentes ni tampoco a la común que exista o se imagine entre ellos. Quienes defienden la Codificación europea nos prometen con toda convicción verdaderas cuadraturas de círculos como el Código sin Estado, sin necesidad de que Europa lo constituya. Puede que estén conduciéndonos con el reto a lo uno como a lo otro, a nuevos apoderamientos en suma, dígase como se diga, respecto a interiores como a exteriores. Por vestirse malamente, Europa puede que luzca bien desnuda (100). La parábola intracolonial americana cabe que se le reproduzca en su interior ahora. Hay con todo un desafío de índole constitucional, pero parece que es, si así realmente se cualifica, otro.

Lo pendiente y procedente es invención, no reinvención, y además de futuro, no de tradición. Y la cuestión nunca es nuestra en exclusiva, ni italiana ni española, ni francesa ni británica, ni germana ni escandinava, ni de un etcétera donde también se comprende y por tanto se

(99) Ruth Rubio, *Equal citizenship and the difference that residence makes*, en M. La Torre (ed.), *European Citizenship*, pp. 201-227, pues tenemos el volumen a mano.

(100) Insiste en el efecto reproductivo de exclusiones por construcción europea crecientemente mimética J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?"*, pp. 324-357.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

excluye al propósito la identidad europea. Tampoco es nuestra en el sentido de conveniencia y cometido de las profesiones jurídicas. La buena prensa indudable del Código debe mucho al empeño interesado y autista de su propia publicística, que no sólo es la privatística, produciéndose como suele, cual ciencia que se presume, a espaldas de la ciudadanía salvo fuerza de ley. ¿Hace falta que ilustremos todo esto? Las bibliotecas de derecho rebosan pruebas.

Miremos alguna vez con las ventanas abiertas, sin cristales engañosamente diáfanos, a los exteriores inhóspitos. Si estamos ante dificultades debidas a exigencias de derechos de libertad, como puede ocurrir desde tiempos de la mera decodificación legislativa, y si las complicaciones se acrecientan en los de democracia de libertades, como cabe que suceda luego con la seria decodificación constitucional, bienvenida sea la complejidad probada del ordenamiento de esta índole frente a la sencillez presunta del Código, frente a simpleza tamaña. Y no me recato, porque sea parte no sólo cívicamente interesada, en saludar también la tendencia que confronta Codificación y Constitución ([101]). El interés cívico resulta de todas y todos. Este asunto de las fuentes es ciudadano y constitu-

([101]) Quien principalmente contribuyera al planteamiento de una problemática integrada frente a la tradición historiográfica de tratamiento por separado de Códigos y Constituciones, Giovanni TARELLO con cursos desde 1969 sobre *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII* convertidos luego en el primer y único volumen de su *Storia della cultura giuridica moderna*, parte en cambio de la idea de sintonía incluso con precedencia del Código. Quien especialmente advierte y se ocupa de su adversidad para el derecho, Paolo GROSSI con intervenciones y trabajos desde 1988 reunidos ahora en *Assolutismo giuridico e diritto privato*, no afronta la contradicción constitucional ni siquiera en este ámbito del orden privado. Quien con intereses constitucionales viene agudamente incidiendo en el desencaje social de la Codificación, Pio CARONI desde al menos, a lo que alcanzo, *"Privatrecht". Eine sozialhistorische Einführung*, Basilea 1988, no profundiza en dicha clave de la contrariedad, la constitucional, salvo para el caso suizo donde menos la aprecia. Observo un viraje coincidente en línea crítica desde finales de los 80, cuando la alegre celebración de un bicentenario más que francés y que revolucionario, cuando también el pacífico derrumbe de un muro no sólo berlinés ni solamente de mampostería, pero no sabría decir ni siquiera a efectos autobiográficos cómo y cuánto influyen en nuestras derivas intelectuales unos acontecimientos presentes ni exactamente cuales. Aun con embarazo de una década, en mi caso, por si interesa, creo que, de influir, lo han hecho más el bicentenario americano, el estadounidense, y la Constitución española. Y me refiero siempre, por lo que aquí importa, de cara al Código y sus presunciones inconstitucionales.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cional antes que doctrinal ni científico que se diga ni tampoco que valga salvo participación igualitaria en ciudadanía no cerrada. La metáfora de fuente resulta fea también porque encubre. No hay mejor cómplice del poder sobre el derecho que el lenguaje convencional de éste mismo por herencia de tiempos que desconocían constitucionalismo o que supieron desvirtuarlo. Al contrario que el principio de libertad o que la libertad como principio y no como resulta de ordenamiento cual ocurre con el Código, la imagen de fuente es bien antigua.

Si Europa, los Estados integrantes y las constituyencias ciudadanas, los unos como las otras, no perdiesen de vista la primacía del sujeto para todo su compacto de derecho, para la complejidad creciente por confluencia y superposición de ordenamientos, ¿qué codificación o codificaciones ya con minúsculas tendríamos? Sería cuestión para más lances, réplicas y debates, para una serie inacabable entre escrituración, biblificación, documentación, corporificación, librificación, bibliotecación, manualización, micro y macrofilmación, informatización o digitalización, cederromización e internetización, otras ingenierías e imaginerías, según vayan produciéndose, y la repercusión respectiva, en el orden intrínseco y los dominios propios del derecho, de cada una de las diversas incidencias y operaciones, así como de todos los efectos y secuelas acumulados hasta el presente y hacia el porvenir, con algo, quizás bastante o tal vez mucho todavía, por hoy y para mañana, llanamente impensable. Se empieza por ficción y acaba en existencia. No hacen falta las presunciones del Código para demostrarlo (102).

(102) *Lexcalibur* es proyecto de sitio en internet de propósito no sólo informativo, sino también interactivo, con objeto de participación abierta en debates normativos de los que han venido ensayándose simulaciones, mediante encargo del Parlamento Europeo, por parte del Instituto Universitario vecino de Florencia en Fiesole. En el tiempo de nuestro encuentro, opera el real parlamentario con dirección de respuesta acerca del proyecto de Carta de Derechos Fundamentales enseguida adoptado sin valor normativo: http://www.europarl.eu.int/charter/default-en.htm, y otro de planteamiento más genérico sobre el futuro de Europa igualmente interactivo: http://europa.eu.int/comm/igc2000/dialogue/index-en.htm. En prevención de futuro, ante posibles cierres de filas de política y doctrina del Código y como impulso de la interminable serie pendiente, podría ser buen tema el confesadamente prematuro de la inimaginable incidencia de la internetización en el derecho con la multiplicación de foros virtuales bien reales de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mi intervención bien o mal pensada, mal o bien intencionada, este lance de encargo sobre el Código mayúsculo como fuente normativa y también, por cuenta propia, como desagüe constitucional, describe una parábola que está acercándose a su término si no lo impiden actitudes al fin y al cabo tan humanas como la inercia, el embeleco, la ofuscación, la comodidad o el empecinamiento. He ahí una hipoteca felizmente saldada aunque, con la costumbre del pago, no parece sino que nos estemos resistiendo a la liberación. ¿Alguien dice que el príncipe está desnudo? Porque se encuentre Europa con vestiduras ordenadas y dispuestas en el armario y así a cubierto de cielo raso, sólo por esto, su cuerpo todavía más indigente que pertrechado no deja de estar expuesto a la intemperie. He ahí a la vista sus vergüenzas. Si no depuramos nuestra mirada recuperando ingenuidad de libertades y exigencia de fuentes, seguiremos proyectando coberturas y activando poderes, proveyendo legitimidades y cosechando defraudaciones. Ocurre, por Europa como por América, con el Código de arte mayor, con tamaña armadura.

6. *Veneros del derecho: Código como reliquia.*

Hemos partido de la renuencia inveterada que se interponía desde antiguo frente a la reducción de derecho a libro haciendo impensable el Código. Resultaba durante siglos irreductible el ordenamiento incluso a escritura (103). Lo hemos subrayado porque es otra, bien di-

---

carácter parlamentario y universitario al tiempo o, más y mejor todavía, ciudadano indistinto. Con todos sus inéditos problemas comenzándose por los de seguridad y prosiguiéndose con los de responsabilidad, una nueva articulación entre participación directa y representación política, ¿ no vendría a afectar de raíz y cuajo a un elemento cual el Código procedente de tiempo y espacio donde no es que fuera impensable lo primero, pues lo hemos visto en 1789, pero quedó inmediatamente cancelado a los propios efectos de unas previsiones que resultarían codificadoras con la neutralización del sujeto de libertad supuesta a su vez por el Código mismo? Pero toda ésta es evidencia que parece insoportable para juristas no sólo privatistas, fáciles presas de anticuarismo civilistas como romanistas, sino también, por su forma de desentenderse, para constitucionalistas solventes y no digamos ya para la afición, la positivista como la historiográfica.

(103) Lo tengo personalmente comprobado: B. CLAVERO, *Beati dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 7-148; con resumen apretado que incide menos en fuentes, *Dictum beati: A proposito della cultura del lignaggio*, en *Quaderni Storici*, 86, 1994, pp. 335-363.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versa, la narrativa imperante en la historiografía jurídica en busca de tradición legitimadora imaginando un proceso dilatado y acumulativo de compilación que desemboca finalmente en un resultado de orden muy distinto, el de la Codificación, no se sabe muy bien cómo ni por qué en unas latitudes sí y en otras no. Las hay donde las libertades del individuo y éste mismo como sujeto fueron abriéndose paso entre principios tradicionales efectivos manteniéndose con ello un tracto, como haya notoriamente sido, en el seno de Europa, el caso de Inglaterra desde las postrimerías del siglo XVII y de Gran Bretaña toda más tarde. Otras latitudes contrapusieron revolucionariamente a continuación, entre el XVIII y el XIX, novedad a tradición con formulación legislativa que pudo acabar conduciendo al invento del Código. Entre unas y otras, con incidencias multiplicadas de decodificaciones, recodificaciones y también acodificaciones, estamos en situación un tanto incierta, por no decir perpleja.

No creo que nos importe ahora en nada, con toda su significación pretérita desde luego, cuáles fueran los principios tradicionalmente interpuestos frente a derecho escriturado o tampoco cuáles sean, más allá o más acá de las libertades como registro constituyente, los que puedan incidir en la irreductibilidad del ordenamiento a texto por estos tiempos nuestros constitucionales y europeos. Nos interesa ante todo el momento mismo del Código en origen y permanencia. Cuando el orden jurídico viene a remozarse, entre los siglos XVIII y XIX, con la novedad del individuo como sujeto de libertad y así principio de derecho, entonces la Codificación rompe resuelta y radicalmente con la tradición más adversa a escritura (104). Sacrificando así la propia premisa constituyente y constitucional, el Código puede hacerse por sí fuente, la fuente de fuentes. Resulta una entrada de hipoteca a tenerse en cuenta si queremos entender las dificultades que hoy afrontan la idea y la práctica de la Codificación todavía viva y coleando por unos y otros continentes. No nos hagamos ilusiones. Sigue haciendo de las suyas. Código ha sido con seguridad y cabe que sea todavía sumidero de

(104) B. CLAVERO, *Happy Constitution*, por cuyo capítulo primero, "Principio constitucional: el individuo en estado", puedo también decir lo de tenerlo comprobado, si no he observado mal, se entiende siempre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Constitución. Este presente con carga de futuro y no el pasado es nuestro actual asunto.

Andamos confundiéndonos incluso con las palabras. Si identificamos esa fea metáfora de fuentes con poderes políticos o también sociales capacitados para la determinación del ordenamiento, tendremos entonces que entender, no desde luego que los primeros estén de más ni mucho menos, sino que por delante de ellas, de las fuentes, o de ellos, los poderes, se sitúan las libertades como genuinos veneros del derecho, los que suministran el recurso y la energía a manantiales y a correntías, a vertientes y a cuencas, a esos cauces figurados que son las fuentes. Ordenamiento que no proceda de tal fluencia en libertad será expresión de poder, pero no de derecho, pese al lenguaje que identifica y confunde lo uno con lo otro. No conociendo por su parte otra autoridad ni otra dirección, otro suministro ni otro depósito, que la ley, ¿qué papel le queda al Código? ¿Cuál va a corresponderle cuando, como determinante hasta del sujeto, convierte el venero libre en afluente propio, en esta forma de dependencia? (105).

¿Cabe término medio, un arte ni mayor ni menor todavía codificatorio? No parece que así sea por mucho que nos impela la comodidad más doctrinal que social de la Codificación. Si hay o debe haber libertad no sólo individual en solitario, sino también comunitaria en consecuencia, no cabe dirección superior de ley o tampoco régimen codificado ni tan siquiera dispositivo, con el espacio de disponibilidad privada propio del Código, por cuanto que así también y no sólo imperativamente se define y privilegia un determinado modelo de sociedad, el patriarcalismo primero, el liberalismo de índole tampoco democrática más tarde y nueva modalidad de esto último hoy en día. El mismo nexo entre fuentes

(105) Tras excursiones por instrumentos de empleo del castellano, elijo la voz de venero como la más eufónica entre las cerca de cuarenta alternativas que ofrece para la de fuente uno de los más acreditados, el *Diccionario de uso del español* de María MOLINER, edición viva, Madrid 1998. De paso observo que nuestro sentido figurado de fuente tan consolidado entre juristas no suele comparecer en la voz respectiva salvo por acepciones menos específicas de autorización en origen con el ejemplo más moderno de las fuentes periodísticas. En estos testimonios *de uso*, encontramos un sentido normativo en la voz de código, pero también el más inespecífico de colección y ordenación, el engañoso también entre juristas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y contenidos no es algo que se pierda porque lo segundo cambie. La metáfora tiene sentido como pieza.

Las fuentes como poderes, exactamente en cuanto tales, cuentan todavía con funciones, quién lo duda. Las tienen de reconocimiento de derecho como libertad y de producción de derecho como ordenamiento, un producto entonces de motivación obligada para el control debido no sólo en el caso de jurisprudencia, sino también en el de ley. Lo primero, la libertad, ya encierra un valor no sólo meramente legitimador, sino también estrictamente normativo. El arte mayor del constitucionalismo, pues no de la Codificación, es el del verdadero encaje de bolillos en el terreno complejo de las fuentes cuando se anteponen, como es debido, libertades. Si la anteposición se produce tal y como constitucionalmente procede, lo que con todo en rigor no cabe, por mucho que la expresión tenga curso y se repita, es creación estricta del derecho, lo propio del Código.

Deberíamos cuidar nuestro lenguaje. No nos atribuimos en exclusiva un poder tan aparente como el sexual de producción de individuos, diciéndole sólo procreación incluso en el lenguaje laico por la presuposición religiosa de que una divinidad contribuye más o menos en el acto por medio de la infusión de alma y así de vida específicamente humana, todo lo cual casaba y se correspondía en tiempos preconstitucionales con un orden en el que también se concebía la determinación del derecho en términos procreativos semejantes (106). Ahora, en momento constitucional, nos arrogamos en cambio, con la expresiones como la de fuentes de creación, el poder de producir sociedad que, Código mediante, quiere alcanzar incluso a la determinación del individuo en cuanto que ser social y esto pese a la propia evidencia de la imposibilidad del intento al contrario que para la producción sexual. Puede prescindir ésta ricamente de concurso religioso, pero no tanto la ley, por mucho que se codifique, de libertad en tiempo constitucional.

No hará falta esperar al caso particular de una Codificación tan mayúscula como la fascista para que tengamos la ilustración máxima tanto del poder como del límite. El Código se hace la ilusión de la

(106) B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991, pp. 181-183 y 203-207; J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid 1992, con validez de fondo hasta unas vísperas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

determinación del individuo por medio de ley en consideración de derecho suponiendo todo esto algo tan efectivo como el establecimiento y asignación de poder político sobre el ordenamiento jurídico con perjuicio real para el sujeto (107). Nos hemos convencido de que la Codificación constituye un sistema individualista cuando, mediante su identificación entre derecho de persona y ley de Estado, es el individuo el primero que la sufre. Y hay correcciones y derivaciones, no todas desde luego, que han acentuado el estatalismo. Así, con fascismo o sin él pues la progenitura es anterior, las criaturas de la Codificación nos hemos formado una cultura engañosa de tradiciones y apoderamientos presumiéndose de libertades y derechos, nada menos. Hay todo a cuatro bandas que recíprocamente se condicionan padeciéndolo, si no la imagen del derecho asistida así por Codificación, la realidad de la libertad desasistida entonces de Constitución (108).

No nos pierdan las metáforas de doble cara. En las lenguas neolatinas, derecho es término ambiguo entre dos polos tan refractarios como libertad y ordenamiento, pero extremos también comunicables y a mayor razón desde que la primera representa principio constituyente y el segundo secuela constituida. Antes, en los tiempos preconstitucionales que aquí y ahora no nos interesan, la polarización entre contrarios no se presentaba en el orden establecido por el sencillo motivo de que libertad o, dicho mejor, libertades en plural, facultades diversificadas entonces por constitutivamente discriminatorias y jerárquicas, eran resultas y no premisas del sistema social. Lo cual o algo bastante similar también ocurre, ya en periodo constitucional, con la Codificación, lo que aquí y ahora nos importa. Entre

(107) Andrea ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, ahora en su *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bolonia 1990; Guido ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma 1993; Massimo LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milán 1996.

(108) Cuando tras la celebración de nuestras jornadas doy la última mano a mi ponencia, declinando con el 2000 siglo y milenio, aparece el número monográfico sobre *Continuità e trasfomazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, de nuestros *Quaderni Fiorentini*, 28, 1999, con páginas preciosas para la ilustración tanto del poder como del límite de la Codificación toda, no sólo de la fascista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

las dos acepciones de derecho, la de libertad y la de ordenamiento, restablece la comunicación sencilla que resulta incomunicación constitucional a sus alturas. Si lo primero no plantea problema a lo segundo, derecho a derecho, libertad a ordenamiento, es porque, gracias al Código, vuelve a ser su resulta. Porque la producción del individuo no esté del todo a su alcance, no por esto se le escapa la determinación de sus libertades, poder tamaño.

En cuanto que sujeto de derecho, en esta dimensión constituyente de orden social, el individuo puede reducirse entonces, por virtud y fuerza de la Codificación, a criatura de ley, fuente ésta de fuentes. ¿Cómo va a darse entonces por el flanco básico de la creación del derecho problema estricto constituyente o cuestión que comúnmente se tenga por constitucional? Se comprende en consecuencia, puede comprenderse sólo con darse el escenario por supuesto, que la Constitución se inhiba de la materia que se dice de fuentes salvo para contemplación de la ley, lo proverbial en ella, y ahora también no raramente por consideración de jurisprudencia superior, la de tribunales cualificados. La deferencia la sufre la Constitución misma. El sistema de fuentes como tal resulta de ese modo, por la inhibición constitucional, confiado a Código o a ley. Con la cesión, son las libertades las que se abandonan en manos de la Codificación o, más en general y a mayor facilidad, de legislación.

Lo propio cabe decir aunque se haga mediar a la jurisprudencia, por muy constitucional que ahora se entienda e incluso sea, si la misma, como suele, no pone en cuestión el propio trasfondo de régimen de fuentes limitándose si acaso a reajustes del principio codificado de imperio de la ley no siempre además presididos por libertad. ¿Qué jurisdicción constitucional ha determinado que los títulos preliminares de la Codificación resultan inconstitucionales por razones de índole competencial, al ocuparse una ley de materia de Constitución, y también sustantiva, al situar al derecho como ordenamiento por encima del derecho como libertad determinando incluso la segunda por el primero? En nuestros medios, los europeos continentales, esta pieza de carácter jurisdiccional ciertamente correctiva del paradigma codificatorio al alcanzar a ley no nació ni siquiera con algún horizonte más libertario que legalista. La modalidad constituyente con jurisdicción constitucional ahora incluida

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que puede decirse europea pertenece todavía al mundo del Código (109).

Resulta signo expresivo por encima de su propia incidencia real la jurisdicción constitucional y equivalentes, la estatal y las supraestatales. Aunque la primera en especial sostenga todavía Código con mayúscula, anuncia ya también código con minúscula. Basta para el augurio la misma posibilidad que dicha jurisdicción representa de enjuiciarse ley en función de libertad como parámetro incluso principal. Estamos con todo ello a nuestras alturas en una situación de equilibrio inestable por dinámico, bien lejos de la seguridad que promete fraudulentamente la Codificación. Su presencia con plan además de reduplicarse a nuevas escalas, como la europea, también puede a su vez bastar para inclinarse la balanza hacia el desequilibrio solapado del pasado que así no acaba de pasar. Lo primero que pesan son las palabras. ¿Se arriesgaría incomprensión más que se despejaría equívoco con abandonar el término distintivo mismo para la codificación de arte menor? Sería vana en todo caso la sugerencia. Quienes pugnan por Código lo hacen en busca no sólo de orden, sino también de identidad, con lo que necesitan todavía hasta la mayúscula. Son palabras mayores e incapaces, por soberbias, de advertir que la decodificación resulta a nuestras alturas un fenómeno definitivamente constitucional y no tan sólo reversiblemente legislativo. Constitución europea requiere lo mismo que cualquier constitucionalismo en serio, lo que no incluye Código.

Por no arriesgar incomprensión entre juristas, tal vez convenga mantener la infeliz metáfora de fuentes. Habrá entonces de procederse a distinciones que no son de curso común o a una ante todo que puede sonar inédita, aunque parezca mentira, en el capítulo, la que discierne nada menos que entre libertad y ordenamiento. Fuente de derecho como fuente de libertad sólo puede ser un sujeto, el individuo, mientras que fuente de derecho como fuente de ordenamiento ya pueden ser unos poderes, los de instituciones así entonces constitucionales. Sea fuente el venero en libertad como lo

(109) Sobre orígenes y actualidades iluminan las exploraciones y exposiciones de Pedro Cruz, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987; *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sea el encauzamiento por poderes, como si esto también fuese manantial. Igual que decimos derecho, una idéntica palabra, para libertad como para ordenamiento, lo mismo que utilizamos igual expresión para toda una pareja como si fueran una sola carne, digamos fuente de derecho para ejercicio de la una, la libertad, como para determinación del otro, el ordenamiento. ¿Tanto da? Redundancias y distorsiones acusan que hay problema. Puede haberlo todavía. Estemos alerta. No bajemos la guardia. El reto constitucional consiste en no perder ni el orden ni el nexo. Con el Código la pérdida es segura. Aún superándose, nuestro lenguaje convencional se basta para producir el cortocircuito. Las metáforas no sólo encubren, sino que cometen ellas mismas la perversidad. Fuente se entiende poder sin conciencia siquiera (110).

Arrojan sombras las luces. Lo hacen también las palabras. Sucede con el mero nombre de Código, que aún se tiene por foco de iluminación y puede ser factor de tiniebla. No resulta un agente de progreso cuyo rumbo se haya desviado y convenga reajustar. Ha sido un paso atrás respecto a unos principios constitucionales afectando neurálgicamente a cultura y no sólo accidentalmente a ordenamiento. Sin embargo, en sus propios medios, suele todavía estimarse la Codificación, pese a quien pese, ya a Constitución, ya también a tradición, de carácter positivo y resultado favorable para el derecho. La presunción tanto dulcifica historia como alimenta mentalidad, ésta la de imperio de ley como signo de constitucionalismo y credencial de democracia, la cifra que aún se entiende en la palabra. Se hace incluso respecto a proyectos y cuerpos normativos situados ya en otra onda, aun cometiéndose también y todavía, pues la significación característica se pierde sin quedar neutralizada por el extravío, el abuso de decirse, como siguen diciéndose, *códigos* o, con la mayúscula que se confiere automáticamente, sin necesidad de informática con corrector programado, por la posición inicial del término en la identificación de la pieza, *Códigos*.

---

(110) Todo este género de tensiones, con insatisfacción temprana ante la misma voz de fuentes por cómplice de poderes no necesariamente funcionales de libertades, puede pulsarse en la obra reflexivamente dilatada, responsablemente experimentada y brutalmente truncada de F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, Madrid 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Las palabras jamás son inocentes. No lo resulta el lenguaje. Ni siquiera es ingenuo un signo de ortografía como la mayúscula contaminando a la minúscula, Código a código. El arte menor, por serlo respecto al grande, tampoco resulta incólume. Estando operativo el agente mayor, sólo se le sortea con el minimalismo que prescinde de la palabra. Hoy por hoy, decir código sin el empaque es decir Código con la presunción o al menos dar pie al equívoco. Escribir lo uno puede ser escribir lo otro, pero también, si se alternan los signos para marcarse distinciones, resulta forma que se tiene a mano para decirse cosas diversas de siameses aparentes. Así tenemos que hasta las reglas de redacción deben motivarse debidamente para el derecho de inspiración constitucional. La motivación es clave para el constitucionalismo todo comenzándose por sus mismos signos de escritura. La pronunciación parece menos controlable.

Todavía resiste el uso de escribirse con la inicial mayor ordenamiento reservándose la menor para libertad, así Derecho lo primero y derecho lo segundo, lo que por secundario entonces se tiene aunque no lo sea para Constitución. Es una inversión de factores que altera producto o puede hacerlo radicalmente. Menos mal que, dependiendo de la inteligencia del contexto, no se trata de desvirtuaciones que quepan hoy programarse automática por informáticamente. Median siempre, por acción o por omisión, con deliberación o con inadvertencia, responsabilidades como la nuestra. Entiendo primera la del doble sentido de una voz, la de derecho, con riesgo para la significación de libertad. Para comunicación no falaz, tendríamos que comenzar por responsabilizarnos de las palabras, de las normativas por ciudadanía y de las profesionales por vergüenza. ¿Qué manual comienza advirtiendo el doble sentido no entre derecho objetivo y subjetivo con la posibilidad de dependencia no sólo ortográfica del segundo respecto al primero, lo propio de Código, sino entre ordenamiento y libertad sin semejante eventualidad, lo distintivo de Constitución? La pregunta ni siquiera cabe para la Codificación. He ahí el problema de entrada en suma, la cifra de todo lo dicho en definitivas cuentas.

Acerca de derecho, no de ortografía ni de otros códigos sociales o técnicos menos jurídicos, pues en algo siempre lo resultan aunque nos hagamos otras ilusiones, hemos departido durante nuestras jornadas en Florencia entre Código y Decódigo con más mayúsculas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que minúsculas. Sobre *Codici*, sobre Códigos en plural, han versado, encargándoseme el *Codice come fonte*, el Código como fuente, ambas cosas éstas en singular. Durante los encuentros de primera, segunda y tercera fase, para todos ellos, respecto al pasado como al presente y también mirándose hacia el futuro, la pluralidad ha privado sobre la singularidad. Ha brillado el Código con luz propia, con irradiación cegadora en momentos, tampoco siempre. Como el día y la noche alternan sucediéndose, como los cuerpos se animan gracias al letargo, las luces y las sombras pueden complementarse para la percepción y exploración de volúmenes y de vanos (111).

Personalmente he de confesar un error gravísimo de perspectiva en la elaboración de mi ponencia. No me duelen prendas. He controlado malamente. Me he precipitado con la alegre disposición a oficiar de facultativo para la certificación de un fallecimiento poco menos que inminente. Mas el Código no sólo está vivo, sino que parece además gozar de una salud envidiable. Entre decodificación y recodificación, los problemas le rejuvenecen. No aparenta que precise cura ninguna de internista. Si hay enfermedad, no sería suya, sino del entorno. ¿Cómo iba a padecerla mortal de necesidad? No le espera ninguna sepultura ni tampoco todavía panteón ninguno. Por tener altar, no es mausoleo. Resulta reliquia, pero por culto. Alienta e inspira mucho más, bastante más todavía, de lo que ilusamente me

(111) Aldo SCHIAVONE y Bernardo SORDI, promotor animoso el uno, decano de la Facultad de Jurisprudencia florentina, de nuestras jornadas, su coordinador eficiente el otro, director del respectivo Departamento de Teoría e Historia del Derecho, me formalizan el encargo. Así, debo y agradezco, entre tantas cosas, medio título, *Codígo como fuente de derecho*, con un resto, *y desagüe de Constitución*, que ya he confesado invasivo por responsabilidad exclusiva mía. Paolo GROSSI, fundador y director del Centro de Estudios para la Historia del Pensamiento Jurídico Moderno en la Universidad florentina, testigo presencial y árbitro rogado del encuentro, ha concluido situándonos en el *assolutismo* singular del Código como contramodelo al menos en esto tan neurálgico del despotismo normativo. Paolo CAPPELLINI y Giovanni CAZZETTA, discípulos directos y, como otros suyos, ya maestros por derecho propio, recomponen escenario y afinan argumento entre Código y Decódigo. Recuperamos el suspense que le sienta bien a la historia sin hacernos ilusiones sobre la certidumbre que le conviene más al derecho. Poso de estas y otras intervenciones espero que resulte reconocible, como sería justo, en mi exposición, en esta versión postrera que ahora se enriquece también y sobre todo por la buena compañía. La ponencia solitaria por previa al encuentro se publica en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 60, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

imaginaba. Está claro que no estamos asistiendo a exequias ni a inhumación ninguna, pues tampoco a la de fuentes por hacer aflorar veneros con el cegamiento. Por situarnos en *fine millennio*, no hemos presenciado algún crepúsculo, salvo el de los atardeceres florentinos encapotados los días de nuestro encuentro. Lo mismo que la noche, el Código espera amaneceres y además reanimados por mejoría de tiempo para sus propias expectativas que no son siempre las constitucionales. Ya sabemos que requiere buen clima sin especial provecho de agua ni de sol que permitan brotar y fructificar semillas de libertad. Las contiene y retiene el Código en su seno.

Así es que cargo la mano en la faena. El juicio formalmente más justo es el de órgano no unipersonal, sino colegiado. Como tal, con esta confianza en la concurrencia, por motivo de esclarecimiento y no de compensación, agravo mi voto al participar en la deliberación y el veredicto de las actas de nuestro encuentro. La afluencia y el desenvolvimiento de su celebración en plenos y en pasillos me han animado a reflexión ulterior cuidando al máximo la precisión oportuna para el procesamiento debido de la contradicción bienvenida. Mi deuda y mi gratitud se extienden a participación y audiencia todas, inclusive desde luego las de lectura y crítica. El encuentro no ha concluido ni tiene por qué. Hoy cabe perfectamente que no lo haga. Firmo del modo que nos permite mantener e incrementar la intercomunicación: clavero@fder.us.es.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

CÓDIGO Y COMPLEJIDAD

1. El Código y la reducción de la complejidad — un proyecto para la modernidad. — 1.1 Código y simplificación sintáctica. — 1.2. Código y simplificación semántica — estatización y legalización. — 1.3. Código y simplificación pragmática: hacia un derecho a la medida de las personas. — 2. Conclusión.

1. *El Código y la reducción de la complejidad — un proyecto para la modernidad.*

Como proyecto moderno, la codificación es el correspondiente, en el campo del derecho, a la sistematización en el campo de la ciencia. En esto, precisamente, se distingue el proyecto codificador de los anteriores intentos de incorporación normativa, de que son ejemplos los cuerpos jurídicos antiguos medievales, desde el *Corpus Iuris* hasta *Las Siete Partidas.*

Si estas compilaciones preveían una mera simplificación de manejo material de las fuentes, ya los códigos persiguen una tarea más amplia de reducción de la complejidad.

La cuestión de la reducción de la complejidad del sistema jurídico puede ser visto desde distintos ángulos. Utilizo aquí, por clásica y adecuada à la organización de la exposición, una sistematización común en los análisis semióticos, que distingue en una tripartición los distintos niveles de relaciones de los signos en un sistema simbólico.

El primero es el nivel sintáctico, que considera las relaciones de los signos (en este caso, de las normas jurídicas) entre si mismas.

El segundo es el nivel semántico, que analiza las relaciones de los signos con los objetos por ellos designados (en este caso, las valoraciones jurídicas).

El tercer y último es el nivel pragmático, que se ocupa de las relaciones de los signos con los locutores (en este caso, con los usuarios y operadores del sistema jurídico).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1.1. *Código y simplificación sintáctica.*

Un primer nivel de reducción es, así, el nivel sintáctico, significando con este término la simplificación del sistema de signos normativos (de fuentes jurídicas, hablando un lenguaje más común) utilizados por el derecho. Me refiero a un tema muy eficazmente explotado por Paolo Grossi (Grossi, 1991) y, en los años más recientes par Bartolomé Clavero (1990, 1991, 2000). En todo caso, querría poner de manifiesto distintas caras de este proceso simplificador.

Correspondiendo a un proceso de diferenciación social descrito por N. Luhmann, el derecho se fue separando de otras esferas normativas. De Luhmann se extrae aquí solamente el momento descriptivo. No un momento valorativo, ni siquiera la idea de que tal proceso tenga algo de universal y necesario. En Europa ocurrió así, con costes que autores como Zygmund Bauman (Bauman, 1987) muy bien describen y destacan y subre lo que más adelante se volverá, al analizar el nivel pragmático de la reducción de complejidad. Lo que aquí importa retener es que la simplificación se da, sea por la alienación y amputación del cuerpo del derecho, sea por colonización de un sector normativo sobre los otros. No por integración y armonización, en la vía, coleante y poco económica, que venía siendo trazada por el saber jurídico más tradicional, argumentativo y dialógico (Grossi, 1995).

De alienación y amputación se puede hablar cuando del cuerpo del derecho se excluyen momentos normativos no legales, como la religión, la moral y los deberes antidorales de amor y amistad, fenómeno que, en Europa, históricamente correspondió a la laicización y la racionalización del derecho. A colonización preferentemente nos referimos cuando una fuente normativa expande sus criterios de legitimación sobre otras, convirtiéndose en el centro y norma de reconocimiento de todas. Es lo que pasó durante el siglo XIX en las relaciones de la ley con los usos y costumbres o con la jurisprudencia judicial o doctrinal (Clavero, 1999): establecimiento de criterios de validez de las costumbres, prohibición de interpretación doctrinal, rigorismo en el control de la jurisprudencia por medio de juicio de casación. En contraste con una anterior situación en que cada fuente poseía sus propios criterios de validación normativa, conflictuales y en permanente intento de imponerlos a las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

otras. A cada una de estas reducciones sintácticas de complejidad le corresponden también reducciones de complejidad pragmática, en que se excluyen locutores, usuarios y operadores, como se dirá a su tiempo.

A esta simplificación normativa no le corresponde, sin embargo, ningún proceso de anormación social y de consecuente liberación individual. La sociedad no quedó por esto más despejada de normas que antes, ni tampoco los individuos resultaron más libresy auto-determinados. Al revés. Por una parte, los constreñimientos de los órdenes normativos no legales seguirán pesando sobre las personas, del todo abandonadas por el Estado liberal a poderes fácticos, ahora políticamente invisibles y innominados. Por otra parte, a las dominaciones de la "sociedad civil" se suma ahora una regulación estatal de "macro-escala" (Boaventura Sousa Santos), burda y distante de la vida, a veces más tiránica que la personalizada, flexible y multi-equilibrada regulación de "corta escala". Y a todo esto se suma la normatividad de la nueva empresa formativa de que el Estado liberal ahora se ocupa con instrumentos tan dispares como la escuela o la educación patriótica, cívica y moral.

Consecuentemente, el proceso de simplificación se realiza en los estrictos límites del derecho del Estado (*ie.*, reconocido por el Estado), ahora cerrado sobre si mismo, aunque progresivamente dotado de aperturas a otros órdenes normativos, funcionando como válvulas de escape que disminuyen tensiones insoportables (como la invocación de la buena fe, de la equidad, del principio de prudencia común, del estado de necesidad y de todo un abanico de cláusulas generales, típicas o atípicas).

En el plano del derecho, lo que se obtuvo fue la simplificación por exclusión y por aumento de escala, del estilo que se obtiene cuando a un mapa se le quitan las zonas donde hay cosas y, además, se amplía la escala, hasta llegar a ese mapa en blanco del mar abierto, sin costas ni islas, que encantó a los marineros del capitán Bellman en la historia de Lewis Carroll.

De notar, sin embargo, es que, además del referido reconocimiento del impacto normativo de las ya referidas cláusulas generales, se asiste hoy a una nueva reincorporación en el derecho de ciertos niveles de normación antes excluidos, con la nueva atención prestada por las distintas escuelas pluralistas a este derecho "del coti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diano" (Sarat), derecho "de la calle" (Santos), derecho "subalterno" (Gupta), derecho "indígena" (Clavero), derecho "rústico" (Hespanha). O, hablando de otras familias teóricas, a veces con propuestas al final convergentes, derecho "de las cosas" (*Natur der Sache*), derecho "del mercado". O sea, el derecho "formal" se complejifica de nuevo, incorporando múltiples escalas de observación y normación de los fenómenos sociales existentes en la comunidad local.

Pero, al mismo tiempo, órdenes normativos supra-locales comienzan de nuevo a hacerse vigentes en el plano local. La globalización destruye las fronteras del Estado-Nación, multiplicando las situaciones en las que un orden jurídico tiene que mirar órdenes vecinos, incorporando sus normas.

En el primer plano (el de la complejificación por intensificación [particularización, pluralización] de la mirada jurídica), el código es un instrumento totalmente inadecuado de reducción de la complejidad. Aunque matizado por aperturas particularizantes, el lenguaje legislativo es el lenguaje de la generalidad.

Sin embargo, la forma codificatoria añade todavía una vocación de perennidad y de inmovilismo que, a la generalidad sincrónica suma la generalidad diacrónica, a la insensibilidad al particular, la insensibilidad al cambio. De hecho, la política legislativa decimonónica confió eu que el código — o sea, la legislación más permanente y duradera, estrechamente ligada con los dados más permanentes de una cultura jurídica — siguiera jugando su rol de puerto sereno y abrigado, de retiro reposado, inmune a la complejidad de los normativos coyunturales, reservados para los niveles proto-jurídicos del quehacer burocrático y administrativo. Minimalista en sus contenidos, el código era también depurado en su lógica constructiva, dejando explícitamente o implícitamente para leyes extravagantes las materias carentes de dignidad codificatoria, o sea, des provistas de coherencia y de constancia de principios.

La pandectística decimonónica prolongará esta tarea, completando la sistematicidad estática del código con una sistematicidad dinámica (virtualidad generadora de los conceptos), que creaba nuevas normas por deducción y combinación, añadiendo normatividad sin añadir complejidad.

No es que el panorama normativo no se haya complicado (complejificado). Por una parte, la inflación legislativa provocada

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

por la progresiva juridificación de las relaciones sociales (a que se acostumbra asociar el advenimiento del Estado de Bienestar) transformó los códigos en isloteas de depurada sencillez en medio de un piélago de turbulencia normativa y axiológica. Pero, por otra parte, la palabra "código" se vulgarizó, siendo aplicada a micro-constelaciones normativas coyunturales y menos coherentes, desde el dominio fiscal hasta el dominio vial y de los mercados financieros. Códigos, pasaran a existir demasiados

La nostalgia Schmittiana de la estabilidad y permanencia jurídica corresponde a esta complejificación de la sintaxis normativa. La solución de Carl Schmitt es conocida: subir el nivel de la depuración o simplificación, en dirección a una entidad que funcionaría como guardián de ese derecho que, al ser constitucional y permanente, sería también la quintaesencia simplificada de la cultura jurídica. En la misma dirección van los intentos de buscar la simplificación y permanencia normativa en el nivel constitucional, no ya de una constitución "coyunturalmente voluntaria", sino de una práctica constitucional que decantara o destilara la esencia de los valores constitucionales, o, incluso, de una constitución material que los jusnaturalistas identifican con una *Wertordnung* pré-legal y los ordo-liberales con las leyes coherentes y indisponibles del sistema de mercado.

Pero con esto ya no estamos en el código, sino en substitutos que, realizando la misma función de reducción de la complejidad sintáctica, no tienen en otros planos de la simplificación jurídica, las mismas virtualidades.

En el segundo plano (el de la complejificación por extensión [amplificación] de la mirada del derecho), se sigue pensando que el código puede jugar un papel en la unificación del derecho, a lo que corresponden una serie de intentos de codificación internacional del derecho, particularmente en materia contractual y procesal (*v.g.*, proyecto Hazard-Taruffo), sobre todo en el dominio mercantil. El futuro dirá si estos intentos de re-codificación, incluso limitados a sectores normativos restringidos, muy coherentes y aspirando a un derecho casi meramente procesal, no naufragarán en la "re-localización" de sus normas, en el momento de aplicarlas en el contexto de los distintos órdenes jurídicos particulares. Si este mundo del tráfico jurídico internacional puede sufrir alguna simpli-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficación, esta tendrá que operar, quizás, por medio de una mera armonización, bien vinculada al estudio comparatista no simplificador (no opresor, respetuoso de las lógicas jurídicas locales), y dirigida por criterios y cánones doctrinales no obligatorios (*v.g.*, proyecto Unidroit), semejantes a las reglas del derecho doctrinal romano o del derecho común. A propósito del cual los juristas subrayaban el principio de que "el derecho no nace de la regla, sino la regla del derecho" (*non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*). Este principio valdrá, incluso, para esos códigos casi sagrados de los derechos humanos, de universalidad tanto más contestada y contestable cuanto que los valores que garantizan han nacido todos — acaso por un injusto de la Providencia — en una sola área cultural del mundo, el Occidente. Pero esto es ya cuestión del nivel semántico.

Sociedades de matriz pluralística donde el derecho del Estado no tiene medios de imponer la reducción normativa constituyen ejemplos de cómo opera la reducción de la complejidad sin reducción normativa. Un buen ejemplo es el de Macao, la ex-colonia portuguesa del sur de China. En el campo normativo se sobreponen distintos sistemas jurídicos, desde el derecho oficial de raíz portuguesa, hasta el derecho oficial de la RPC, además de derechos populares de las provincias chinas de Guangdong y Fukien y de la *common* law de la vecina Hong Kong contemporánea. Como el sistema oficial de fuentes de derecho no tiene fuerza para implantarse (Santos, 1995; Hespanha, 2000; Hsu, 1992; ejemplo, Hespanha, 1994), la armonización de los distintos sistemas se hace en la práctica, sobre todo en los bufetes de abogados, dando origen a aquello que ya se denominó como derecho "abogatício" (Santos, 1995).

Este modelo prudencial de reducción de la complejidad corresponde más al mundo jurídico contemporáneo de lo que frecuentemente se supone, sea en las cumbres del quehacer jurídico de los negocios internacionales (donde es decisivo un *lawyers made law* hecho de un bricolaje de normas de derecho internacional, derechos nacionales, reglas técnicas y fórmulas de composición), sea en la pequeña litigiosidad, donde crea, con base en el derecho vivido, soluciones viables. De ahí que las propuestas en el sentido de la creación de meta-sistemas jurídicos de tipo prudencial ni sea tan nuevo como se cree, en vista de los siglos del derecho común europeo, ni tan

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singular en el mundo contemporáneo, en el cual los modelos de derecho jurisprudencial no se reducen al *judge made law* estadunidense (como cree Ackermann, 1992, 104).

1.2. *Código y simplificación semántica — estatización y legalización.*

El segundo nivel de análisis es el de la análisis semántico, o sea, la forma por la cual el código opera (o ha operado) la reducción de principios y valores jurídicos distintos a un conjunto internamente coherente, dominado por grandes axiomas, a partir de los cuales se puede obtener una visión en macro-escala de todo el cuerpo del derecho. Los árboles y cuadros que acompañan muchos de los tratados de derecho universal de la segunda mitad del siglo XVIII demuestran esa pretensión de reducción del derecho a una especie de jeroglífico cartesiano, que permitiría comprender con una mirada todo un mundo de valores jurídicos más menudos.

Esta creencia en la capacidad de reducción de los valores jurídicos radicaba al final en la idea de unidad de la Nación y, a su vez, esta radicaba en la explícita o implícita exclusión de la ciudadanía de las capas axiológicas (y proto-ciudadanas) no conformes al mundo de valores de las elites reinantes (culturas femenina, campesina, no europea, popular). Hoy en día, la misma operación se cumple por la construcción de un "derecho igual" correspondiente a concepciones abstractas de justicia, calculadas a partir de la hipótesis de individuos uni-dimensionalmente racionales, no insertos en comunidades concretas, inmunes a las pasiones de la vida real y sujetos de un mercado ideal (cf., para la crítica menos radical, Walzer, 1983; Ackermann, 1992; más radical, Zolo, 1992). Como algunos de los neo-contractualitas sinceramente admiten, esta exclusión de complejidad no se hace sin correspondientes exclusiones de humanidad (Waltzer, 1997; también: Sarat, 1999; Darian-Smith, 1999; Parekh, 2000; Clavero, 2000).

La historia misma de la codificación y de su relación con la vida del derecho — incluso sólo con la del derecho oficial — nos da cuenta de la ineficacia del derecho codificado en la reducción de la complejidad axiológica de las sociedades. La misma rigidez del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

código exigía una tarea jurisprudencial de particularización de los valores, de adaptación de los valores generales e históricamente adoptados en el código a las varias y mutables sensibilidades sociales. El mismo código lo preveía a veces, como en el caso de las leyes de aplicación de codificaciones metropolitanas a las colonias. En otros casos, la localización de los principios generales estaba genéricamente prevista (como en el código civil portugués de 1867, en que se preveía la integracción de las lagunas por el recurso "a los principios de derecho natural, conforme a las circunstancias del caso"). La simplificación codificatoria ha sido una apariencia o, cuando menos, un mero intento de refrenar algo de inevitable — el pluralismo axiológico.

No se ve que el código pueda hoy reproponer con credibilidad esta función de reductor de los valores jurídicos. Pero, además de la posibilidad, resta la oportunidad.¿ Hay, con o sin código, ventajas en esta simplificación semántica del derecho?

Como siempre, las posiciones se apartan. Para unos, sigue existiendo posibilidad y ventaja en una reducción de los valores jurídicos a un conjunto coherente y estable. Este puede asumir la forma de un código, como el Código de los derechos humanos contenido en las Declaraciones famosas (u otros códigos de comportamiento universal, constantes eu otras Declaraciones de menor grado). O puede constar de elaboraciones meramente doctrinales menos tajantes, extraídas (por expertos) de construcciones intelectuales de las identidades jurídico-culturales nacionales (Europa, Brasil, Perú, España, Macao, solo por citar unidades políticas — de todos los ámbitos — más problemáticas, por distintas razones) o, incluso, transnacionales (como Europa, el mundo occidental, la aldea global).

Ya la forma no es la del código. Ni siquiera en el modelo de relaciones semánticas, pues — con salvedad de la primera categoría (las Declaraciones Universales) — la gramática de armonización doctrinal puede tener una labilidad axiológica que el Código excluye, pese al dogmatismo y rigidez de que muchas veces se revisten estos intentos de identificación de valores comunes (panorama, Parekh, 2000). En el nivel pragmático (en la forma como se imponen), entonces, es cosa totalmente diferente, pues, a pesar de las eventuales pretensiones de cogencia científica, es claro para todos

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los usuarios que los costreñimientos que estas elaboraciones intelectuales crean son, por lo menos en apariencia, mas dulces. Aunque — dado el impacto normalizador de la "razón" (en este caso, de la "razón jurídica") —, no menos eficientes en la descalificación y exclusión de las disidencias sobre valores jurídicos. La diferencia podrá ser, *en el límite*, la diferencia entre la cárcel y el hospital. Aunque, en no pocos casos, se saquen consecuencias estrictamente jurídicas de comportamientos sencillamente desviados o inusitados, que no llegan siquiera a ser anti-jurídicos, como en el caso famoso de un juez portugués expulsado de la magistratura porque, en los años de la revolución, se limitaba a interpretar consecuentemente la nueva Constitución 1976, pero contra la racionalidad jurídica (conservadora) establecida (caso del juez Dengucho, Hespanha, 1988).

Por otra parte, muchos declaran ridículos y peligrosos estos intentos de reducción de la complejidad, axiológica o ya meramente normativa del derecho. Ni las Declaraciones más solemnes de identidad de los valores humanos escapan a esta sospecha. Desde muchos lados — con intereses más o menos despejados —, se insiste, por ejemplo, en la pluralidad de los catálogos de derechos humanos y, por tanto, el la complejidad inextricable de los valores humanos. A este respecto, la única naturaleza del hombre sería, justamente, la de no tenerla. O de ser de naturaleza tan abierta y auto-poiética que ningún sistema exterior podría dominar su complejidad (Parekh, 2000). Lo mismo, por mayores razónes, se podría afirmar del espíritu de Europa, de la hispanidad, de identidad israelí, kurda o palestina (por citar una sola zona), todas ellas entidades construidas para incluir y auto-identificar, pero todas ellas también excluyentes de los disidentes internos, de sus íntimos colonizados (disidentes religiosos, minorías étnicas, niños, mujeres, campesinos, iletrados y, finalmente, locos), todos ellos (cada uno dentro de cada categoría de ellos ...) portadores de valores propios cuya riqueza y diversidad de dimensiones se pierde tanto en esta operación de identificación del "espíritu de pueblos" como la múltiple belleza o fealdad de un paisaje se pierde en su proyección cartográfica.

Como este radical "localismo" (mejor, "micro-localismo") de los valores simplemente impediría cualquier proyecto de comunicación/normación (desde el lingüístico al jurídico), alguna simplificación de la pluralidad de sentimientos de justicia tiene que existir. A esto sirve

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el derecho. Pero quizás algo se debería recuperar de contextos perdidos del sistema jurídico. Particularmente, se debería recuperar una perpetua y constante conciencia del carácter burdo y limitado del derecho y de su necesaria apertura a otros sistemas normativos más personales, más detallados, de escala micro, que antes se designaban por conceptos como "equidad", "gracia", "justicia distributiva" (y para los cuáles habría que encontrar hoy un contenido y unos operadores localizables en nuestras sociedades y en nuestros tiempos). O, entonces, se debería lidiar con el derecho de la misma forma como lidian con el idioma las personas sensibles y los pueblos cultos, evitando su congelamiento y buscando siempre en él sentidos específicos y más adecuados en cada situación comunicacional.

1.3. *Código y simplificación pragmática: hacia un derecho a la medida de las personas.*

Otro nivel de simplificación o de complejidad — el nivel pragmático — se refiere a las relaciones entre el sistema jurídico y sus usuarios (desde operadores a destinatarios).

El proyecto codificatorio encerraba toda una filosofía revolucionaria de relación del sistema jurídico con sus usuarios. Por una parte, el Código aspiraba a devenir un medio universal de comunicación. Su carácter compacto, todavía más compactable por su naturaleza sistemática, permitiría un acceso de todos a sus contenidos. Se realizaba, finalmente, tanto el anhelo antiguo de los humanistas de un derecho que pudiese ser dominado por un *populariter intellegere*, como la idea de Lutero de un Código que, con la Biblia, pudiera estar a la cabecera de todos, como fuente de orientación.

A esta aspiración democrática por lo que respecta a los receptores no le correspondía, sin embargo, una misma democraticidad del lado de los locutores. Independientemente de la naturaleza de los regímenes que han emprendido una tarea codificatoria, los codificadores se han entendido siempre como una elite educadora y el Código como una lección de civilización (Bauman, 1987). Por esto se excluyen de su sistema, no sólo todas las normas que representan las perspectivas "de abajo" — como la costumbre o los usos —, como se considera inexcusable el error (de los no educados) sobre el derecho codificado. Los mismos operadores tradicionales del dere-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cho estaban ahí para ser reeducados. Todos los programas de enseñanza jurídica de las postrimerías del dieciocho lo ponen de manifiesto, cuando se refieren a la doctrina y jurisprudencia pasadas.

El Código instauraba, así, una relación completamente asimétrica entre derecho y usuarios. Constituía, *en el límite*, un mensaje unilateral de uno para todos, sin cualquier espacio de interactividad.

A propósito de temas más generales, Zygmund Bauman ha escrito páginas luminosas sobre el proceso de educación/marginalización social correspondiente a este afán educativo de las Luces y del Liberalismo. Y explicado lo que él comportó de violencia y desposesión política de extensísimas capas de foblación (campesinos, iletrados). Trabajando más directamente sobre el derecho, Bartolomé Clavero acaba de publicar un precioso inventario del proceso de recolonización de los pueblos amerindios por el derecho liberal, que seguía llevando implícito un principio de homoculturalismo que, al igual de la anterior situación colonial, reducía los indígenas a meros objetos de derecho.

De hecho, como se puede ver a partir de este ejemplo, ni siquiera el hecho de que, en el siglo pasado, la codificación fue obra, en general, de regímenes más o menos democráticos cambió la situación, pues — además de todo lo que se da por entendido sobre la representatividad popular de dichas democracias — los Códigos raramente eran objeto de profundos debates parlamentarios y, mucho menos, de debates públicos y consecuentes compromisos jurídico-culturales.

No se puede decir que este efecto de desposesión jurídica sea exclusivo del código. Este lo comparte con la legislación en general, pero también con jurisprudencia y doctrina, aun cuando los juristas se presentan como augures del espíritu del pueblo — como pasó con la Escuela Histórica — o como intérpretes de un sentido común, aunque liberatorio. Pues casi siempre lo hacen en nombre de alguna particular sabiduría que creen ostentar en exclusivo.

En este sentido, la tarea de desinstalar el Código, complexificando (diversificando, pluralizando) de nuevo la relación del derecho con los usuarios, pasa por un no corto abanico de registros: reforma del lenguaje normativo, que haga el derecho oficial mas generalmente accesible; reformas institucionales que pluralicen la justicia, en cuanto a medios de prueba, formalismos admitidos,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

desburocratización, reconocimiento de una pluralidad de fuentes de resolución de conflictos correspondientes al abanico de instituciones de pacificación existentes en la comunidad; instauración de nuevos modelos discursivos (como el "contar de historias" [*story telling*], propuesto por algunas escuelas críticas norte-americanas, como alternativo del "discurso imperial" del derecho) (Sarat, 1993, *maxime* 55 n. 125, "Symposium...", 1989.); adopción de otros modelos pedagógicos (cf. Austin, 1998), que miren el derecho desde abajo y desde el particular, pues, como escribe Sarat: "In our view, scholarship on law in everyday life should abandon the law-first perspective and should proceed, paradoxically, with its eye not on law, but on events or practices that seem on the face of things, removed from law, or at least not dominated by law from the outset. As Silbey puts it, 'Law is located in concrete and particular circumstances where the relations of ends and means are governed by situational rather than abstract or general criteria'. By beginning with such circumstances, it is possible to see that more is at stake than law, that motives, needs, emotions, anxieties, aspirations that are not entirely fixed by legal meanings or by legal forces operate throughout without totally losing their identity to law. In fact, it is law that regularly buckles and is resisted, or reinterpreted, or distorted. It is awareness of this kind of multiplicity in interactions that is gained by relocating legal scholarship in the everyday; persons, relatively whole and complex persons, reemerge in the story of law in a way that is unlikely under either instrumentalism or the constitutive" (p. 55).

A final, este cambio en las relaciones pragmáticas del derecho se relaciona de forma isomórfica con el cambio en las relaciones sintácticas y semánticas. Porque, para dialogar con más gente, el derecho tiene que asumir un conjunto más complejo y más contradictorio de valores, admitiendo un abanico más amplio de fuentes normativas.

2. *Conclusión.*

¿ Si cesó el reino del Código como instrumento de reducción de la complejidad, como se podrá hoy realizar esa simplificación normativa que parece ser necesaria al trato social, a que los juristas se han habituado a llamar seguridad?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se trata quizás de un recuento demasiado largo y demasiado exigente para que se pueda hacer aquí.

Quizás la seguridad no sea tan constante y uniformemente necesaria al derecho como comúnlmente se cree. Quizás, seguridad no sea mucho más que un slogan, frecuentey oportunamente utilizado: los mismos que reclaman la seguridad en la disciplina de los negocios proponen flexibilidad (inseguridad) en el régimen jurídico del trabajo.

Significativo es que esta oposición entre justicia y seguridad fue, con pocas excepciones (*pacta sunt servanda*, *stare decisis, iura quaesita vel radicata*), desconocida durante largos siglos de cultura jurídica. Y que las excepciones se referían sobre todo a una fijación de fallos ya juzgados no de normas de ámbito genérico. Al contrario, formulaciones simplificatorias despertaban sospechosas cautelas (*nos ex regula ius sumatur*, *omnis definito periculosa est*). Al revés, se cultivaba la fluidez y indeterminación de contornos (*aequitas*, *misericordia*, *gratia*, *extraordinaria iustitia*). Puede que una codificación de *thin values*, como los derechos humanos más básicos y generalmente evidentes, sea posible. Pero no, seguramente, una codificación de *thick values*, como los valores culturalmente embebidos (si non lo son todos ...). Puede que en algunos dominios menos localizados geográficamente pero más localizados temáticamente (como los contratos internacionales o los títulos de crédito) de la prática, se pueda (y deba) codificar. Pero no en otros, menos especializados.

Quizás la misma movilidad de la vida, la casi apenas virtualidad de los hechos, reclame incluso constelaciones complejas y nomonótonas de soluciones jurídicas. A final, en el derecho pasaría lo mismo que pasa en dominios como el *management* o el mercado, en los que flexibilización y diferenciación (personalización) son hoy consideradas como características positivas. Por no hablar de la evolución mas reciente de *knowledge engeeering* (Hespanha, 2000ª).

Quizás la simplificación normativa pueda ser superada por la exponenciación de la información mutua. Cuanto más sabemos del otro — como en el ambiente doméstico — menos necesitamos regular. No se trata aquí apenas de un crecimiento cuantitativo de la información (saber más sobre el otro), sino de un progreso cualitativo (saber mejor, más profundamente, menos reductoramente, de forma menos objetivante, mas respetuosa, acerca del otro). A más

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conocimiento le correspondería menos derecho. La regulación sería, en otros términos, substituida por la solidaridad, para utilizar una terminología reciente de Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2000). Entonces, la exclusión del riesgo — a que el derecho viene responder — no resultaría tanto de la imposición de normas reguladoras como de una mejor comprensión inter-subjectiva.

En el plano pragmático, los retos de hoy serían, a su vez, recuperar la intención democrática originaria del código, como derecho que habla a todos. Hablar, de nuevo, a todos, comporta, desde luego, cuestiones de mero lenguaje, como el de utilizar formas de expresión accesibles, no demasiado cargadas de un lastre técnico-jurídico frecuentemente sin otro sentido que el de seleccionar los locutores. Después, habría que interrogarse si la forma abstracta y genérica soporta la comunicación de los valores de las personas con los cuales lidian el derecho y la moral. De hecho, hay dominios de la sensibilidad en que no se puede hablar en general. El amor es uno de ellos, porque, de su más íntima naturaleza, es personal y concreto (Cardim, 2000). También, la moral, esta moral íntima que tan eficazmente nos dirige en la vida cotidiana, como subraya Bauman, como poco puede articular preceptos generales y comunicables (Bauman, 1993). Con el derecho, puede pasar lo mismo.

Esta refundación popular del derecho, esta reconciliación del derecho con el pueblo, podría constituir el punto de partida de una nueva "revolución jurídica", semejante a la revolución política propuesta por Ackermann para la refundación liberal de la constitucional [de Europa] (Ackermann, 1992).

La idea final que dejaría, para ulterior reflexión, es la de que si la complejidad sigue siendo un reto para la convivencia humana, no esta claro que la respuesta tenga que ser la de su reducción epistemológica o normativa. Quizás al revés. La forma más eficaz de superar los obstáculos de la complejidad sea la de construir instrumentos de conocimiento, de descripción y de normación también cada vez más complejos. Como lo hacen las ciencias de la vida (o incluso otras, como la *bio-engineering*), que parten hoy de la complejidad misma de su objeto.

De modo similar, quizás, un derecho para la vida no puede dejar de nacer sino de la irreductiblemente caótica naturaleza de la misma vida.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bibliografía

AA. VV., "Symposium on legal storytelling", *Michigan Law Review*, 87(1989).

ACKERMANN (1992), Bruce, *The future of liberal revolution*, Yale, Yale Univ. Press.

AUSTIN (1998), Arthur, *The empire strikes back. Outsiders and struggle over legal education*, New York, New York University Press.

BARRY (1996), Andrew *et al.* (eds.), *Foucault and the political reason*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996.

BAUMAN (1987), Zygmunt, *Legislators and interpreters. On modernity, post-modernity and intellectuals*, Cambridge, Polity Press.

BAUMAN (1993), Zygmund, *Postmodern Ethics*, London, Blackwell.

CARDIM (2000), Pedro, *O poder dos afectos*. Tésis doctoral. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Univ. Nova de Lisboa, Departamento de História, inédita.

CLAVERO (1990), Bartolomé, "Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica", em Petit, Carlos (org.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 53-86.

CLAVERO (1991), Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de história*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

CLAVERO (1999), Bartolomé, "La Paix et la Loi": ¿absolutismo constitucional?, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69(1999), pp. 603-645.

CLAVERO (2000), Bartolomé, *Ama Llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

DARIAN-SMITH (1999), Eve and Fitzpatrick, *Laws of the postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 249-277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GROSSI (1991), Paolo, "Absolutismo jurídico y derecho privado", Bellaterra, Universitat Autónoma de Barcelona (version italiana original: *Rivista di storia del diritto italiano* LXIV (1991); inglesa: *Italian Studies in Law. A Review of Legal Problems.* II. Dordrecht, 1993; alemana: *TübingerUniversitätsreden-Reihe der Juristischen Fakultät,* B.3, Tübingen, 1992, y in *Rättshistoriska Studier,* Stockholm, 1993).

GROSSI (1995), Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza.

GROSSI (1998), Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè.

HESPANHA (1988), António Manuel, "La révolution et les mécanismes du pouvoir", em H. Mohnhaupt (ed.), *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderungen von Recht und Gesellschaft*, Frankfurt/Main, Vitt. Klostermann, 1988, 273- 276.

HESPANHA (1994), António Manuel, "Li-Va-Sam não era leproso", em Johannes-Michael Scholz (ed.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz. 15. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt/Main, V. Klostermann, 1994, 739-761.

HESPANHA (2000), António Manuel, "Feelings of justice in the Chinese community of Macao" (a publicar en las actas del Colóquio "Feelings of justice in the Eve of a New Millenium.An inquiry on the legal sociology of the Chinese Community of Macao", Macau, Febrero 2001.).

HESPANHA (2001), António Manuel, "Os juristas que se cuidem. Dez anos de inteligência artificial e direito", *Themis*, 1(2000) 139-173.

HSU (1992), Berry, *The common law in chinese context. Hong Kong becoming China: the transition to 1977*, Hong Kong, H.K. Univ. Press.

LUHMANN (1984), Niklas, *Soziale System. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/Main, Suhrkamp.

LUHMANN (1995), Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main, Suhrkamp.

PAREKH (2000), Bhikhu, *Rethinking multiculturalism. Cultural diversity and political theory*, London, Macmillan.

SANTOS (1998), Boaventura de Sousa, *Macau: o pequeníssimo dragão*, Lisboa, Afrontamento.

SANTOS (2000), Boaventura de Sousa, *Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, Porto, Afrontamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Discussione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1. Nell'aderire al cortese invito di Aldo Schiavone, ed oggi nell'ascoltare le tre acute relazioni, mi dicevo: perché incontri, seminari, convegni sulla crisi dei codici? perché questo assiduo e doloroso interrogarsi sul destino di ciò, che potrebbe apparire come un semplice modello di legislazione?

Mi pare che l'interrogativo debba avere duplice risposta. C'è, da un lato, *l'ambiguo intrecciarsi di piano storico e piano logico*: l'intrecciarsi, che è nel titolo di questa sessione del convegno, e tutto percorre la relazione di Paolo Cappellini. Mi spiego. I codici sono eventi storici, particolari e determinati: il Code Napoléon, il BGB, il codice civile italiano del 1942, e così via. Orbene, sulla pluralità dei codici come eventi storici è stata costruita una *teoria del codice come forma del diritto positivo*. La molteplicitá dei fatti storici viene risolta in *categoria logica*. In forza di codesta arbitraria transizione, *abbiamo perduto il senso della storicitá dei codici*; e perciò piangiamo nella crisi dei codici la crisi stessa del diritto. Se codice è categoria logica, senza la quale non appare concepibile un moderno diritto, allora la crisi del codice travolge l'idea costitutiva del diritto.

Ne è venuto anche che la nostra immagine di giuristi — in ispecie, di studiosi del diritto civile e penale — si definiva in ragione dei codici. *La crisi dei codici minaccia la nostra identità*. Esser giuristi significava, in primo luogo, essere *interpreti dei codici*, e sistematori del materiale in essi raccolto; il declino dei codici investe la nostra essenza di giuristi. I codici erano un mondo intero, dinanzi al quale l'interprete si poneva come giurista intero. All'unità del diritto, consegnato nella forma del codice, corrispondeva l'unità spirituale e politica del giurista.

L'interrogarci intorno ai codici si svela perciò come un interrogarci intorno a noi stessi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Qui mi sia consentita una notazione personale e autobiografica. Quando, venti e più anni sono, introducevo la parola 'decodificazione', mi proponevo uno scopo *fenomenologico* ed uno scopo *metodologico*. Da un lato, descrivere il moltiplicarsi stratificarsi consolidarsi delle *leggi speciali* in danno del codice; dall'altro, dire al giurista e quindi a me stesso: sciogli la tua identità dal rapporto con il codice; dai la tua opera nello studio delle leggi speciali; interpretale con scrupolo esegetico, e, se ti riesce, costruisci, in luogo della grande unitá del codice, le molteplici e fragili unità dei 'microsistemi'?

Così si consumava lo strappo del giurista dal codice. Rotta l'identificazione col codice, l'immagine del giurista *si frantumava e disperdeva*. Il collega Hespanha ci ha parlato di complessitá, ma un mondo complesso non è l'unità del mondo. Il tutto, del codice e del giurista, è ormai tramontato.

3. A rileggere oggi le pagine sulla 'decodificazione', non ho motivo di rettificare né il metodo né il risultato dell'analisi. Ma debbo sì collocarle in un quadro diverso, e tener conto di *nuovi impulsi delle leggi speciali*. Impulsi non più costituzionali, ma *spaziali*

Ormai da dieci anni, l'ideologia liberistica, vittoriosa nel conflitto con i regimi dell'Est, domina il mondo. Il suo carattere è *planetario*. Il suo orizzonte coincide con l'universalitá della tecnica. Questi fenomeni hanno per il giurista un significato straordinario. *Gli scambi economici, alleandosi con la tecnica, lasciano il territorio degli Stati*. Essi si muovono in una fascia, che sta oltre i luoghi: 'spazio senza frontiere interne' è definito nei Trattati europei.

Si apre l'antitesi fra territorialità e spazialità; e si delineano due categorie di rapporti. Rapporti, che chiamerei *territoriali o stanziali*; e rapporti, che chiamerei *spaziali o nomadi*. I primi (pensiamo ai rapporti di famiglia, ai diritti reali, ecc.) sono radicati nei luoghi; i secondi (pensiamo agli scambi telematici) sono *sradicati*, e non hanno dimora sulla terra. Questa duplicità non sta fuori di noi, ma attraversa ciascuno di noi: ci dividiamo tra appartenenza ai luoghi e immersione nella fluidità dello spazio tecnico-economico. Mondo diviso e io diviso.

4. La stessa lacerante separazione si determina all'interno del diritto positivo. Il codice civile a mano a mano si restringe e definisce

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come *legge dei rapporti territoriali*, della quotidiana particolarità, estranea agli scambi planetari dell'economia. Se volessimo racchiudere il fenomeno in formule ellittiche, diremmo il codice civile codice dei *cives* o *citoyens* e non degli *homines oeconomici*, della *civitas* e non degli spazi ultranazionali.

I quali spazi stanno dinanzi al diritto nella congiunta potenza della tecnica e dell'economia. *Come può il diritto, sciogliendosi dai luoghi storici, inseguirli raggiungerli regolarli?* Il codice civile appare del tutto disarmato: al più, in grado di agganciare qualche rapporto mediante le norme di diritto internazionale privato. È disarmato, perché legge del territorio e dei *cives*, mentre gli attori dell'economia planetaria sono imprese 'multinazionali', e anonime categorie di 'consumatori' 'clienti' 'operatori finanziari', e via seguitando. Si rinnova — io credo — l'antitesi storica tra diritto civile e diritto commerciale (o, se si vuole, diritto della navigazione): tanto l'uno fedele alla terra, quanto gli altri protesi al di là delle frontiere. È un caso che anche il percorso tra le rotte di Internet si chiami 'navigare'?

Si diceva del tentativo del diritto di impossessarsi della tecno-economia planetaria. Questo significa contrapporre potenza a potenza, arginare o orientare gli scopi della tecnica e dell'economia con la *forza di altri scopi*. Orbene il diritto, almeno fino ad oggi, fruisce soltanto della *potenza degli Stati o delle unioni di Stati*, e non è in grado di darsi altri scopi che gli scopi degli Stati o delle unioni di Stati. In questo quadro si iscrivono i Trattati europei e il processo di avvicinamento delle legislazioni nazionali: che è l'unico modo di affrancarsi dai limiti territoriali e di raggiungere gli spazi della tecno-economia. Donde il nuovo diritto interno, affidato a leggi speciali o *testi unici*, che discendono dagli organi europei e si collocano, e non possono non collocarsi, al di fuori del codice civile. Il regime della concorrenza, le operazioni finanziarie, le società quotate in borsa, il diritto dei consumatori trovano disciplina in sedi extra-codicistiche. Il codice civile non è legge del mercato. Se è vero — come intuì Max Weber — che la codificazione servì a soddisfare il bisogno di un diritto calcolabile (bisogno, avvertito dal capitalismo, il quale appunto soppesa tutte le incognite ed i rischi dell'agire economico); se questo è vero, allora deve dirsi che oggi il capitali-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

smo, dilagante nei mercati planetari, non fa più alcun 'calcolo' sul codice civile.

5. Quando si continua, o l'autore continua, a discorrere di 'decodificazione', è nel senso che il codice civile (e il medesimo può ripetersi per gli altri codici) è separato ed estraniato dalla spazialità della tecno-economia, che esso rimane legge della concreta territorialitá. La storicitá del codice, alla quale accennavo sul principio, ci consente di coglierne il *significato* allo scorcio del millennio.

Significato di durata e di stabilità, ma pure di chiusura e di limitatezza; di precisione concettuale e linguistica, ma pure di breve e contenuto respiro. I codici civili, sorti per la protezione di interessi della società agricola e della prima borghesia industriale (donde il gravitare di essi intorno a proprietà immobiliare, autonomia contrattuale, e diritto ereditario); i codici civili — dicevo — si trovano oggi al cospetto di potenze planetarie, che si dispiegano oltre i territori degli Stati e creano il loro proprio mondo. Un mondo, dove la titolarità di una 'frequenza' è più importante di qualsiasi proprietà immobiliare; dove masse anonime e spersonalizzate scelgono, sugli schermi televisivi e telematici, figure visive delle cose; dove i capitali finanziari e le imprese industriali si muovono in perenne circolazione.

Sono queste le potenze, che, distaccandosi dalle basi terrestri, decretano il destino dei codici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIETRO RESCIGNO

Spero di interpretare fedelmente il compito affidato a noi, che dovremmo introdurre la discussione rinviata a domani, raccogliendo nel breve tempo che mi è concesso qualcuna delle suggestioni venute dalle relazioni, ed aggiungendo qualche considerazione che nasce dalla personale esperienza d'incontro con i codici. Credo che questo risponda all'esigenza di tracciare una sorta di filo ideale tra le cose preziose che abbiamo ascoltato, e di legare tra loro i vari momenti del nostro discorso: la teoria con la storia e con la geografia dei codici — l'irradiamento della forma, ma anche le resistenze e i contrasti che la forma ha incontato —, e tutto, infine, con le prospettive future.

Il convegno si intitola *ai codici*, al plurale, e questo significa l'invito a prestare attenzione alle codificazioni che coprono i settori più vari dell'esperienza. Ma la scena è stata dominata dalla codificazione civile, e all'esperienza della codificazione civile non può non legarsi, in particolare, il discorso di chi si muove abitualmente nell'ambito degli studi privatistici. D'altra parte, com'è ben noto, la forma codice nasce sul piano storico come elaborazione di un sistema organico di regole giuridiche nel campo del diritto privato.

Vorrei dunque segnalare alcuni dei temi che sono stati suggeriti alla nostra riflessione, perché ritengo che debbano essere ricevuti e portati su un piano di successiva elaborazione; è stato detto del resto che questo è piuttosto un convegno *in progress* che una semplice ricognizione di dati.

Mi pare che il primo tema da segnalare sia quello del rapporto della codificazione con la democrazia, ed in particolare con la democrazia parlamentare. Torna alla mente, a questo riguardo, il giudizio di un nostro giurista — ma in realtà di più di un giurista —, sulla necessità, perché a una codificazione possa mettersi mano, e perché poi essa possa durare nel tempo, di una situazione politica ed economico-sociale relativamente stabile e tranquilla, e sulla mag-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giore facilità di tale condizione a verificarsi, piuttosto che nelle democrazie, sotto i regimi autoritari e le dittature. Un dato elementare, ma che è opportuno ricordare, è che in ogni caso i codici non nascono dal dibattito parlamentare, ma dal lungo lavoro di commissioni di esperti: anche nella democrazia parlamentare, dunque, la codificazione viene affidata a una ristretta cerchia di tecnici; non si può negare, peraltro, che alla creazione di questi centri specializzati di lavoro legislativo si siano sempre prestate meglio, storicamente, le dittature. Tutto ciò non basta tuttavia minimamente ad istituire una connessione tra regime autoritario e forma codice, né credo che si possa trarre argomento dalla constatazione che i paesi di più consolidata tradizione parlamentare siano paesi privi di codice: basterebbe notare al riguardo che la produzione legislativa, in quei paesi, diventa sempre più ricca, e regolarmente tocca le materie che nella nostra tradizione appartengono ai codici. Quest'ultimo rilievo, anzi, conferma un'esigenza che mi pare sia presente nell'ispirazione del convegno, quella cioè di ridimensionare la rigida, tradizionale contrapposizione tra sistemi di *common law* e di *civil law*.

Altro tema da raccomandare alla nostra ulteriore meditazione mi sembra quello del rapporto tra codificazione e fonti del diritto, a cominciare dalla collocazione del codice nel sistema delle fonti. Nonostante una certa retorica che sempre accompagna i riti delle celebrazioni e commemorazioni, io non credo che il codice abbia rappresentato — se non forse nell'ambizione di alcuni redattori — la "fonte delle fonti". È vero solo, sul piano storico, che molti codici civili sono serviti a dettare, ed ancora contengono, quelle "Disposizioni sulla legge in generale" che di fatto, per valore e dignità, stanno a metà strada tra norme costituzionali ed ordinarie. Certamente i codici hanno contribuito a mettere su un trono — come è stato detto in una delle relazioni — la legge; essi appartengono al fenomeno dell'esaltazione della legge come fonte cui sono strettamente connessi gli ideali di positività e statualità del diritto.

Il discorso si lega allora a quello sulla caduta e sulla crisi dei codici, al tema che siamo soliti designare con il termine *decodificazione*. Questa parola, come è stato ricordato, descrive una realtà più che indicare possibili rimedi; meglio ancora, esprime l'esigenza che il giurista acquisisca e coltivi familiarità con la legislazione speciale per quanto episodica, disorganica, frammentata essa si presenti. Ove

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si ridimensioni il ruolo del codice nel sistema delle fonti, il discorso potrà passare dalla decodificazione alla *delegificazione*: vocabolo che indica il passaggio di funzioni di regolamentazione della vita sociale ad autorità che offrono minori garanzie del legislatore, ed a strumenti normativi diversi dalla legge che tuttavia ugualmente incidono sui comportamenti, ed ugualmente si traducono in aspettative rilevanti. Ancora oltre sta il tema della riscoperta di spazi liberi dal diritto, e del fenomeno della *degiuridificazione* di talune materie.

L'esperienza storica — penso in particolare, ma non solo, all'ambiente dei paesi socialisti — rivela che materie come la famiglia e il lavoro sono più di altre restie alla codificazione; ciò conferma la continuità tra la decodificazione ed i temi apparentemente più vasti della delegificazione e della rinuncia del diritto ad invadere certi territori. Rinuncia ad alcuni territori, peraltro, non significa assenza di qualunque normativa, ma normativa affidata al costume di cui più volte si è parlato in questo convegno, ed inoltre alle autonomie sociali o collettive; il pericolo, come dimostra la *lex mercatoria*, è che la mancata invadenza del diritto statuale venga a tradursi in definitiva nel diritto del più forte, il diritto delle classi egemoni che anche per questa via riescono ad avere il monopolio della produzione giuridica ed un'incidenza decisiva sulla vita degli uomini.

L'ultimo tema che segnalerei in vista della discussione è quello della lingua: esso è stato qui trattato sul piano più elevato che la riflessione sul linguaggio del diritto possa assumere, che è il piano del rapporto tra emittente e destinatario; ma non sono mancati riferimenti più concreti al valore del linguaggio come strumento di comunicazione, e quindi al ruolo del linguaggio comune, e finanche dialettale. Porsi il tema della lingua e del codice sotto questi profili più umili è tutt'altro che inutile; si pensi all'esperienza del codice in paesi in cui si parli una pluralità di lingue; e alla difficoltà di interpretare non già la totalità delle norme, ma ogni singola norma, nel passaggio da una lingua ad un'altra. Il primo caso che viene alla mente è probabilmente quello della Svizzera, con le tre versioni del codice civile e del codice delle obbligazioni; ma anche da noi è costituzionalmente garantito ad una parte — sia pure esigua — della popolazione il diritto di usare una lingua diversa dall'italiano. Una traduzione in tedesco del nostro codice fu approntata rapidamente già negli anni dei lavori preparatori: tuttavia la mancanza di un testo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tedesco affidabile e sufficientemente fedele all'originale ha continuato, per decenni, a costituire un problema. Converrà anche occuparsi del trapianto di codici in esperienze diverse dal punto di vista non solo dell'identità nazionale e del costume, ma anche da quello della lingua, come nei rapporti tra Svizzera e Turchia, tra Germania e Grecia, tra Germania e Giappone.

Per quanto riguarda la mia personale esperienza di incontro con i codici, vorrei intanto ricordare che la mia generazione ha vissuto l'infanzia del codice civile attuale, ed è stata testimone delle contestazioni cui esso andò incontro non appena entrato in vigore. Erano attacchi anche irosi. che venivano da una dottrina autorevole e rispettabilissima, della quale tuttavia si deve dire che non aveva tenuto nei confronti dei lavori per la codificazione un atteggiamento di piena coerenza. La mia generazione è stata anche quella che ha visto nascere la Costituzione; l'invito più semplice che taluni di noi ritennero di dover rivolgere alla civilistica fu di considerare la Carta come un punto di riferimento, alla luce del quale il codice doveva essere riletto.

Altri momenti di discussione sono seguiti, e con essi la constatazione di un codice aggredito, emarginato, talvolta incapace di rispondere alle sollecitazioni dell'ambiente sociale sotto la pressione spesso meramente corporativa di interessi particolari: quegli interessi particolari che sfociano nella legislazione speciale. Crisi del codice, dunque, non solo dovuta alle sue origini, ma connessa alla proliferazione di leggi speciali, e di normative che solo con difficoltà — e neanche sempre — si riusciva a ricondurre alla coerenza con il sistema che un codice rappresenta.

Vari codici stranieri sono poi entrati nella mia esperienza come oggetto di studio almeno approssimativo: uno studio vero richiederebbe in realtà la conoscenza di tutta la storia e la cultura che stanno dietro ciascun codice. Ho incontrato i codici dei paesi socialisti, e in particolare quello della Repubblica democratica tedesca. Quest'ultimo fu, sotto vari profili, un codice importante: si poneva, ed in parte risolveva, il problema del linguaggio come esigenza di comunicazione accessibile; rifiutava tutta una dogmatica con le relative modalità d'espressione, ma inconsapevolmente finiva poi col reintrodurre in norme minori i termini che intendeva bandire dalla lingua ufficiale dei giuristi. È quanto accadde alla parola "negozio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico", che nel codice della Repubblica democratica ricomparve in una norma isolata, dopo che la considerazione del negozio quale istituto portante del sistema — alla maniera del codice tedesco che ha compiuto ora un secolo di vita — era stata eliminata.

Un'altra veduta interessantissima sul sistema della codificazione è offerta dai codici dell'America latina: non solo da quelli — e sono più d'uno — che hanno visto la luce nell'ultimo cinquantennio, ma anche dai codici più antichi di matrice iberica, talvolta tecnicamente più elaborati e perfezionati dello stesso modello spagnolo, come nel caso del codice di Andrès Bello. Questi codici entrano nel costume e nella cultura dei rispettivi paesi in maniera così radicata, che sopravvivono poi quando quei paesi si liberano dalla condizione di subalternità. Come non ricordare, infine, le grandi figure dei codificatori dell'800? L'argentino Vélez Sarsfield, che scriveva un codice annotato con indicazioni ricche di dottrina e giurisprudenza, e così filtrava attraverso la sua sensibilità di giurista latino-amiricano tutta l'esperienza europea; o quel personaggio singolarissimo che fu in Brasile Texeira de Freitas, il quale non riuscì né ad esaurire il compito della consolidazione, né a realizzare un progetto di codificazione che aveva linee tanto vaste ed ambiziose da condurlo, pare, a sfiorare la pazzia: nessun essere umano sarebbe stato fisicamente in grado di portare a compimento da solo un'impresa così poderosa.

L'una e l'altra esperienza, il diritto dei paesi socialisti ed il mondo latino-americano, si ritrovano sullo sfondo del *codigo civil* di Cuba, un altro testo incontrato lungo la via delle illuminanti scoperte e delle intriganti curiosità che ci riserva la lettura dei codici, nuovi (come mi era accaduto con quello peruviano, particolarmente attento ai diritti della personalità ed alla situazione del concepito) o di antica data. L'impianto del linguaggio e dei concetti, nella compilazione cubana, rivela le radici romanistiche della tradizione iberica, ma è pure evidente l'ispirazione politica che cerca di compensare la povertà dell'ambiente sociale alimentando le ingenue attese dell'utopia (in questa luce si spiegano scelte singolari come l'esile disciplina del mutuo, connotata dal divieto degli interessi, e l'ampio ed articolato regime del comodato).

Assai più concreta appare, al confronto, la recente legge sui contratti della Repubblica popolare cinese, che supera la dispersione della materia in una pluralità di fonti, semplifica abituali distinzioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e categorie (allineando, ad esempio, risoluzione, revoca e annullamento sullo stesso piano, con riguardo all'estinzione del rapporto), si apre a realtà ed istituti della pratica contemporanea (tra l'altro, per le clausole arbitrali, i "modelli-tipo", gli *standards* di condotta), offre in punti nevralgici soluzioni equilibrate e persuasive (una particolare segnalazione merita la disciplina dell'inadempimento e della impossibilità della prestazione).

Un discorso sui codici, per usare ancora del ristretto punto di vista degli "incontri" personali col tema, non può qui trascurare, almeno con un accenno, il lavoro che si va compiendo nei paesi della Comunità europea, ed anche al di là di quei confini, per la redazione di un codice dei contratti. I nomi di Ole Lando e di Mc Gregor e l'iniziativa assunta dall'*Unidroit* con la stesura dei *Principi* testimoniano un impegno che si è già tradotto in esiti apprezzabili, anche se i testi non sono rivestiti di formale autorità e di forza vincolante e si affidano perciò all'esercizio dell'autonomia negoziale degli operatori individuali e collettivi, e quindi ad una ritrovata ed ammodernata *lex mercatoria*.

Dalle suggestioni e dai pericoli della legge del mercato torniamo ora ai codici statuali, emanati all'origine nel segno dell'eguaglianza dei cittadini e della rimozione delle aree di diritto singolare. Le celebrazioni dei grandi codici ci hanno consentito, anche dal limitato punto di vista dell'esperienza italiana in cui operiamo, di renderci conto non solo — per riprendere un'espressione che già abbiamo usata per il codice di casa nostra — della "tenuta", ma anche del significato di modelli come quello tedesco, che ha un secolo di età. Il BGB ha conosciuto intorno agli anni '80 tentativi di riforma — in particolare per la materia delle obbligazioni — che furono poi sostanzialmente abbandonati; ciò non priva di interesse la meditazione che si svolse in quel periodo, né i documenti cui essa diede luogo; ma conferma la capacità di resistenza di un codice che pur siamo portati sotto tanti aspetti a considerare modello di una dogmatica superata e di un linguaggio inaccessibile — per il suo estremo rigore — al grande pubblico dei lettori.

Quanto al codice napoleonico che si prepara a celebrare i duecent'anni di vita, esso ha subito non solo il reiterato intervento — con le tecniche più varie — del legislatore, ma soprattutto la continua rielaborazione degli interpreti: ecco quello che in Italia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiamiamo *diritto vivente*, un diritto davvero riscritto dalla giurisprudenza quotidianamente. Resta però il carattere quasi sacro che il *code* assume agli occhi del lettore francese, per la capacità del legislatore d'oltralpe — a differenza di altri, e del nostro in particolare — di mantenersi il più possibile fedele al suo linguaggio originario, perfino quando accoglie normative imprevedibili, o rifiutate, dagli estensori di due secoli fa. Così è accaduto di recente per il patto civile di solidarietà, o per la famiglia di fatto che un legislatore moderno e spregiudicato ancora chiama con il nome di concubinato: l'inserimento di questi nuovi istituti in una trama antica vuol confermare i valori della coerenza del sistema, della certezza del diritto, dell'eguaglianza dei cittadini.

Con questa considerazione vorrei concludere il discorso. Il codice della Repubblica democratica, al quale ho prima accennato, si intitolava codice civile, *Zivilgesetzbuch*, e non già codice *borghese*, che è il senso letterale della denominazione del BGB in vigore nella Germania riunificata. I valori dell'eguaglianza, della certezza, della coerenza, non possono essere trascurati in una ricognizione storica; credo al contrario che essi debbano rimanere il criterio di lettura delle illusioni, delle utopie, delle esperienze fallite, ma anche delle speranze che accompagnano ogni riflessione sulla forma codice.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1. *I caratteri del codice civile del 1942.*

1.1. *La struttura.*

Il codice è diviso in sei libri: "delle persone e della famiglia" (I), "delle successioni" (II), "della proprietà" (III), "delle obbligazioni" (IV), "del lavoro" (V), "della tutela dei diritti" (VI); ogni libro è diviso in titoli, i titoli sono suddivisi in capi e i capi in sezioni.

L'ordine di esposizione delle materie del nuovo codice è originale. Non si tratta solo di un segno di modernità dovuto ad esigenze di immagine del regime, ma di una esigenza di adeguamento della concezione del codice e del diritto privato ai risultati della elaborazione scientifica. Si è superato quindi lo schema tripartito di Gaio (*personae, res, actiones*) per seguire questo itinerario: la persona intesa come individuo e gli enti (cioè i soggetti di diritto); la persona nella famiglia; dai rapporti familiari, intesi in senso patrimoniale, si passa al trasferimento dei rapporti e dei beni per causa di morte (successioni); seguono i beni; le obbligazioni; l'impresa, il lavoro e le società; finalmente gli istituti residuali. I titoli dei libri sono solo in parte pertinenti ai contenuti, dando rilevanza ai fenomeni più importanti (ad es. nel libro delle successioni si trattano anche le donazioni) oppure riflettendo l'ideologia corporativa (il libro del "lavoro" comprende tutte le forme di esercizio dell'attività economica a titolo individuale e poi le regole di funzionamento delle società), oppure riassumendo argomenti eterogenei tra loro (tutela dei diritti).

Come ha osservato Luigi Mengoni, il codice non è una tavola combinatoria da cui si possono dedurre tutti i casi futuri, bensì un principio di selezione strutturale dei conflitti mano a mano che si presentano e uno strumento di organizzazione delle relative deci-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sioni nell'unità del sistema giuridico, in modo da poter garantire, al suo interno, il primato dell'argomentazione giuridica (1).

Il diritto privato per tutto l'Ottocento si confondeva con il codice civile; solo con la prima guerra mondiale e la bipartizione della normativa privatistica tra codice civile e legislazione speciale si erano delineati i suoi nuovi confini (2). Ma il codice civile si pone ancora la finalità di dettare norme per tutti i cittadini, posti su di un piano di eguaglianza, superando i particolarismi e le divisioni per *status*.

1.1.1. *La redazione del codice civile.*

Il codice entra in vigore con r.d. 16-3-1942, n. 262 (approvazione del testo del codice civile), accompagnato da una Relazione al Re, che corrisponde alle ampie relazioni normalmente redatte per chiarire le scelte di principio, le soluzioni tecniche, le ragioni delle innovazioni (3). Al codice sono anteposte le "disposizioni sulla legge in generale (o preleggi)", e con r.d. 30-3-1942, n. 318, si sono posposte le disposizioni per l'attuazione e le disposizioni transitorie.

Al suo apparire il codice è preceduto dalla Carta del Lavoro, in cui si enunciano i princìpi generali del nuovo ordine (4).

Gli atti finali del lavoro di codificazione sono:

a) la delibera del Consiglio dei ministri del 30 novembre 1940, con la quale si decide di attribuire alle dichiarazioni della Carta del lavoro il valore di principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato;

b) la delibera del Consiglio dei ministri del 4 gennaio 1941 per l'approvazione dell'ordine sistematico da darsi al codice civile;

c) l'approvazione con il r.d. 30 gennaio 1941, n. 17, del testo definitivo del libro V del codice civile, che avrebbe dovuto contenere la disciplina dell'impresa, prima affidata al codice di commercio.

---

(1) In AA.VV., *I cinquanta anni del codice civile*, Milano, 1993

(2) Ribadite da P. Rescigno, *Rilettura del codice civile*, ne *I cinquanta anni del codice civile*, Milano, 1993, p. 22.

(3) V. ad es. i Motivi del codice civile del 1865; i Motiven del Bgb, ecc. La più accurata ricostruzione del clima culturale dall'Ottocento alla metà del Novecento si deve ora a P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. 1860-1950*, Milano, 2000.

(4) In argomento v. P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La scelta di fare delle dichiarazioni della Carta del lavoro i principi generali dell'ordinamento è essenzialmente una "scelta di compromesso", perché i principi non hanno immediato contenuto precettivo, ma valgono solo come "criterio direttivo della interpretazione della legge".

I due codici del diritto privato (civile e di commercio) continuano però a rimanere distinti, anche se la tesi della unificazione guadagna consensi (5).

Nel giugno del 1940 la commissione presieduta da Asquini presenta il progetto di un nuovo codice di commercio al Ministro guardasigilli, il quale, a sua volta, il 25 ottobre 1940, lo trasmette alla speciale sottocommissione legislativa della Camera e del Senato. Tale nuovo codice di commercio si differenzia notevolmente dai precedenti ottocenteschi, in quanto è basato non più su un sistema oggettivo ma su un sistema soggettivo, nel quale si unifica la disciplina delle obbligazioni e si limita il numero dei contratti commerciali a quelli nei quali almeno uno dei contraenti sia un imprenditore commerciale; tuttavia tale sistema rimane alquanto ambiguo e imperfetto, perché limita notevolmente la disciplina speciale riservata all'imprenditore e, anche se mantiene in vita un diritto dei contratti commerciali, non individua una ragione che giustifichi la natura commerciale di taluni contratti.

Per parte sua la "costituzionalizzazione" delle dichiarazioni della Carta del lavoro prefigura un ordinamento dell'economia a fondamento del quale si pongono gli *status* professionali. La Carta del lavoro sancisce (dichiarazione VI) che non è il soggetto, il cittadino al centro dell'ordinamento, ma bensì il "produttore", cioè il cittadino che non opera per fini soggettivi e personali, ma "come elemento costitutivo di una categoria e parte integrante della Città Corporativa". È una logica "produttivistica" quella che informa il codice civile del 1942 e che porta il legislatore a controllare la produzione della ricchezza (imprenditore) la circolazione (il contratto, per mezzo della causa) di essa o il suo godimento (il proprietario, per mezzo dell'art. 811 c.c. ora abrogato).

Il disegno di un'economia organizzata secondo una rigida ge-

(5) ROTONDI, in *Mon. Trib.*, 1923, 705; Vivante, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 572; Asquini, ivi, 1927, I, 527.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rarchia è chiaro: al potere politico è affidato il compito di esercitare "il controllo sull'indirizzo della produzione e degli scambi in relazione all'interesse unitario dell'economia nazionale" (art. 2085); mentre spetta al singolo imprenditore, capo assoluto ed indiscusso dell'impresa, l'esecuzione dei piani fissati dal potere politico.

È quindi coerente con questa concezione l'unificazione del diritto privato in un unico codice; e poiché per ragioni storiche e di prestigio il codice per eccellenza è ancora il codice civile, viene mantenuto al codice unificato il nome di "codice civile" anche se i suoi contenuti sono assai più articolati.

1.2. *La tecnica.*

Il codice civile ci appare come un'opera compatta, una successione di regole poste in bell'ordine, coordinate tra loro, conseguenziali e compiute, apparentemente neutre. In realtà ciascuna di queste regole ha una propria storia. È semplice ricorrere a metafore, per rendere l'idea di questo insieme di regole: il codice è come il tessuto urbanistico e architettonico di una città millenaria, con le sue vestigia romane, i suoi broletti medievali, la sua cattedrale romanica o gotica, i palazzi nobiliari cinquecenteschi, le chiese barocche o rococò, i quartieri borghesi ottocenteschi con i lunghi viali, i grandi edifici littori, l'architettura novecentesca *Coppedè* o razionalista, le nuove costruzioni e i miracoli dell'ingegneria dei grattacieli.

Così, dietro le formule racchiuse negli articoli, si scoprono radici romane (ad es. l'art. 1370, *interpretatio contra stipulatorem*), nozioni canonistiche (il matrimonio), regole medievali (la figura di persona giuridica), regole giusnaturalistiche (i diritti della persona), regole provenienti dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione francese (capacità giuridica), oltre che, naturalmente, regole riprodotte con qualche variante dal codice civile unitario del 1865, dal codice di commercio del 1882, dalle leggi speciali della prima guerra mondiale, dalle leggi speciali introdotte nell'epoca del regime fascista e nel periodo bellico (ammassi, requisizioni).

Conoscere la storia di una regola è utile anche per applicarla: l'interpretazione storica non è determinante, ma concorre con le altre tecniche a definire il significato di una disposizione.

Tuttavia, tutti quei bagliori di storia non possono oscurare una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

caratteristica comune alle regole vigenti: la loro attualità dal momento in cui entrano in vigore al momento in cui sono abrogate o cadono in desuetudine. La regola si considera come attuale e viene piegata alle esigenze di volta in volta emergenti; non c'è più differenza di origini, di tradizioni, di prestigio tra una regola e l'altra; i criteri dei loro rapporti sono tipicamente criteri normativi.

Il codice civile — ormai lo si è capito — è un vasto e interessante laboratorio, che può ospitare al tempo stesso il lavoro del giurista, dello studioso di logica, del sociologo, dell'economista, e così via. Esso offre un campo di studio notevole anche allo studioso del linguaggio. Le questioni che emergono sono molteplici: ad es., che distanza corre tra il linguaggio comune e il linguaggio tecnico? Come viene utilizzato nel codice il linguaggio tecnico? Quali differenze si possono riscontrare tra il linguaggio tecnico del codice civile e il linguaggio tecnico delle leggi speciali?

In generale i codificatori di tutti i tempi si rivolgono ad un codice quale: (I) testo normativo organico; (II) testo normativo onnicomprensivo; (III) testo normativo che riflette la realtà attuale ma è proiettato nel futuro; (IV) testo normativo destinato a durare indefinitamente; (V) testo normativo intelligibile da tutti i destinatari, anche se sprovvisti di cultura generale e sprovvisti di cognizioni giuridiche. L'ambizione del legislatore illuminista di dettare regole conformi a ragione e quindi a natura, immediatamente percepibili dai singoli, è però presto naufragata nel riscontro della scarsa accessibilità del linguaggio tecnico e della scarsa osmosi tra cultura giuridica (rivolta a preservare i propri tecnicismi e quindi la propria specificità e i propri utenti) e cultura generale. Con questa consapevolezza, ma non senza ambizioni, i codificatori del 1942 provvedono a far rivedere il testo del progetto del codice civile ai puristi della lingua italiana: tale significativa cura per la redazione della forma del testo ha comportato più la ripulitura estetica che non la volgarizzazione dei suoi contenuti.

In ogni caso, le espressioni, situazioni, formule del linguaggio comune possono assumere il significato che normalmente loro si assegna in un discorso colloquiale tra non-giuristi, ma nel contesto della disposizione possono anche assumere un significato proprio del linguaggio giuridico, che viene inteso, usato, riferito, studiato come tale dai giuristi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così, accanto ad espressioni quali animali (art. 2052), muro (artt. 874, 878, 880 ss.), canali e fossi (art. 891), alberi (art. 892 ss.) che, riguardando porzioni della realtà esterna, sono di immediata percezione, si rinvengono espressioni quali "finestre" (art. 900), che comprendono sia le luci (art. 901) sia le vedute (art. 905), che acquistano un significato proprio e sono differentemente disciplinate; allo stesso modo altre espressioni, quali "alimenti" (art. 433) non hanno il significato di materiale prodotto destinato all'alimentazione, ma di sussidio (economico) per consentire la sopravvivenza e, appunto per questo, costituiscono oggetto dell'obbligazione alimentare imposta dalla legge a determinati soggetti (artt. 433 ss.) distinguendosi perciò dal più lauto sostegno che si riassume nel termine "mantenimento"; su di un piano ancora più complesso, le espressioni "marito" e "moglie" alludono sì all'uomo e alla donna ma nel contesto dell'art. 143 indicano i diversi ruoli nell'ambito del rapporto coniugale (e si potrebbe anche fare questione, come accade in qualche altro ordinamento e nei primi casi affacciatisi di recente anche in Italia, se l'espressione marito e moglie possa assumersi come indicativa di persone dello stesso sesso). Per non parlare poi del termine "contratto", che ha valenza diversa a seconda del contesto (v. *infra*), e così di "legge", "diritto", "proprietà", "danno", o di termini assai più vaghi quali "correttezza" (art. 1175), o "buona fede" (art. 1366).

Intesi come il significato intenzionale di un vocabolo, i concetti giuridici risentono della tradizione giuridica così come della evoluzione interpretativa: le espressioni "nullità", "annullabilità", "risoluzione", "rescissione", ma anche "azione", hanno un debole e ambiguo contenuto nel linguaggio comune, ma un contenuto forte nel linguaggio giuridico, investendo l'essenza e la rilevanza di un atto, i suoi effetti, ecc.

Il codice civile abbonda di definizioni, con cui si attribuisce significato ad un termine; il significato è giuridico, e quindi stipulativo: v. ad esempio la definizione di imprenditore (art. 2082), oppure la definizione di contratti speciali, quali la vendita (art. 1470), l'appalto (art. 1655) e così via. Esse sono il frutto al tempo stesso della preoccupazione del codificatore, che intende indicare l'oggetto normato ma anche circoscrivere il compito dell'interprete. Ma sono anche frutto di ingenuità: i termini non definiti, come gli "alimenti", non ostacolano l'interpretazione, anzi, funzionano perfettamente;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelli definiti (come "bene", "pertinenza", ecc.) orientano l'interprete, ma qualche volta lo disorientano; in ogni caso le definizioni non impediscono il lavoro dell'interprete, che con le sue addizioni provvede, all'occorrenza, a modificare, adeguare, correggere le definizioni codificate nel testo normativo.

I teorici del diritto discutono anche se le disposizioni che si limitano a dare la definizione di un termine o di un istituto possano considerarsi norme giuridiche in senso proprio, perché sono sprovviste di sanzione.

Proprio per salvaguardare la libertà dell'interprete e rendere adattabili le disposizioni alla multiforme varietà delle circostanze concrete, la dottrina civilistica è prevalentemente orientata a non considerare vincolanti le definizioni legislative, in generale, e quelle contenute nel codice civile, in specie (6). Le clausole generali abbondano, e costituiscono uno strumento importante di adattamento delle regole giuridiche ai mutamenti economici e sociali.

Il codice civile si compone dunque di cinque grandi corpi: (I) le regole trasferite dal codice previgente del 1865, pur con modificazioni e perfezionamenti; (II) quelle derivanti dal codice di commercio del 1882 che evidenziano i suoi molti legami con il passato; (III) quelle riprese dalla legislazione speciale; (IV) quelle derivanti da massime giurisprudenziali precedentemente consolidate; e (V) infine le regole rivolte a disciplinare istituti nuovi e a colmare le lacune del codice previgente.

Conviene sottolineare la rilevanza ancor oggi rivestita dalla tradizione romana nella cultura giuridica civilistica. L'esame di questo fenomeno, che si riscontra, soprattutto, nei paesi latini, deve essere effettuato con cautela.

(a) Innanzitutto, occorre evitare atteggiamenti antiscientifici, o antistorici, mediante i quali talvolta si tende a riflettere in modo meccanico e deterministico l'influenza delle nozioni, delle categorie e delle regole con cui la scienza giuridica si è rappresentata nel corso dei secoli il "sistema" del diritto romano, sull'ordinamento giuridico vigente. In altri termini, non si può oggi parlare di "basi romanisti-

(6) Sul punto v. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che" del codice civile, ma, più correttamente, di trasposizione di regole dalla tradizione romana nella legislazione attuale, con tutte le modificazioni, lessicali, culturali e pratiche che esse hanno subìto e con tutte le libertà interpretative che il testo vigente consente. Ad es., la regola sull'interpretazione del contratto contro l'autore della clausola oscura, di cui all'art. 1370, suona simile, anche dal punto di vista lessicale, al passo riportato nel Digesto (45,1,38,18) secondo il quale "in stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt" (7), ma assume un significato più pregnante: ciò perché la regola è collocata nell'ambito dei criteri di interpretazione oggettiva (mentre le regole di interpretazione di tradizione romana erano tendenzialmente dirette alla interpretazione della volontà) e, in più, è circoscritta alle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto.

(b) In secondo luogo, il confronto meramente testuale non illustra né il contesto in cui la regola romana è collocata, né le possibili interpolazioni che ha subìto, né lo scopo per cui era stata coniata.

(c) In terzo luogo, occorre distinguere i principi generali, spesso espressi in brocardi latini, dai modi di dire, che hanno funzione meramente esornativa. Esempio del primo caso sono le motivazioni delle sentenze che ragionano in termini di interessi: qualora una parte chieda in giudizio il pagamento degli interessi senza qualificarli (compensativi, corrispettivi, moratori), la Suprema Corte, sulla base di una colta motivazione ampiamente riferitiva delle fonti romane, ha stabilito che si tratta di interessi compensativi, quali frutti civili del denaro (8). Esempio del secondo caso è il riferimento ai testi romani in un caso di risarcimento del danno alla persona (danno biologico), sicché il richiamo del Digesto (9,4,7) o di Cicerone (9) in cui si esclude che l'uomo libero sia meritevole di stima è puramente esornativo. Ma la citazione può anche essere fuorviante, o del tutto superflua, come accade quando si vuol

(7) V. S. Di Marzo, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950, 251.

(8) 12.4.1990, n. 3110, in *Giust. civ.*, 1990, 2001, commentata da Micali, *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 491.

(9) Cicerone, *De natura deorum*, 1, 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definire il contratto (*iuris vinculum*) con la terminologia romana (10).

(d) In quarto luogo, occorre individuare i rari casi in cui la ricostruzione storica del significato di un termine possa essere utile per integrare con le addizioni interpretative il significato di un testo normativo: così accade per il mandato *post mortem exequendum* (11) o come è accaduto per la definizione di matrimonio civile).

(e) In quinto luogo, occorre verificare i rari casi in cui la tradizione ci possa assistere per dare contenuto a nozioni non definite dal legislatore; come accade con il termine "equità", di cui si conoscono diversi significati, l'uno risalente ad Aristotele, l'altro ai filosofi giusnaturalisti, il terzo alla fine del secolo scorso (12).

1.3. *I contenuti.*

Descrivere in sintesi le innovazioni e gli aspetti originali del codice civile del 1942 è impresa ciclopica, alla quale i giuristi volentieri si sottraggono (13). Ogni sintesi, infatti, rischia di stemperare le tematiche che richiederebbero — attesa la complessità dell'ordito — una descrizione analitica, e al tempo stesso, rischia di sacrificare nella sequenza degli argomenti meritevoli di analisi molti punti di rilievo. In queste pagine si può proporre una semplice puntuazione, in cui segnalare alcuni aspetti della evoluzione degli istituti giuridici che costituiscono la materia preponderante dei manuali e dei trattati di diritto privato e delle introduzioni storiche che si occupano soprattutto del diritto sostanziale (14).

La storia degli istituti, come si è detto in apertura del discorso, può essere intesa in diversi modi. Essa può infatti riguardare la storia "normativa", cioè lo svolgimento nel tempo del complesso delle disposizioni dedicate ad una determinata materia nel codice con la

---

(10) Cass. 18.3.1983, n. 4958, *Giust. civ.*, 1983, I, 3193.

(11) Cass. 25.6.1988, in *Not. giur. lav.*, 1988, 605.

(12) Cass. 18.5.1989, n. 2383, in *Giur.it.,* 1990, I, 663.

(13) Fa eccezione lo splendido affresco di P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit.

(14) Ne è esempio la felice opera di J.-L.HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

registrazione delle innovazioni apportate dalle leggi speciali. Ma può riguardare la storia "concettuale", cioè il dipanarsi delle definizioni, delle classificazioni, delle elaborazioni dogmatiche con cui la dottrina ha condito la sostanza di un istituto. E può riguardare anche la storia "effettuale" dell'istituto, cioè il modo nel quale esso è stato modellato dal diritto applicato (nella connessione testo-interpretazione) da parte dei giudici.

Se si muove da un istituto, piuttosto che non dalle disposizioni riferite o riferibili ad un istituto, si sovrappone la costruzione concettuale a quella normativa e a quella effettuale. Questo è il procedimento che di solito si seguiva nell'Ottocento pandettistico, e che molti giuristi seguono ancor ora. Il giurista realista e il giurista ermeneuta rovesciano il processo analitico tradizionale, e, muovendo dal testo, esprimono ciò che il testo — letto alla luce della conoscenza preacquisita e della esperienza registrata — attualmente dice all'interprete o, meglio, come attualmente esso viene "ricostruito" dall'interprete. L'istituto — come complesso di disposizioni, applicazioni e teorizzazioni — diviene il prodotto di quei processi analitici, piuttosto che non il loro punto di partenza.

Ora, muovendo dal testo, non si deve credere che si muova dal punto di partenza: si muove dal punto di arrivo per pervenire ad un altro punto di arrivo. Il testo è il punto di arrivo della tradizione pregressa, e contiene innovazioni rispetto ad essa, altrimenti non si tratterebbe di un "nuovo" testo.

a) *Le disposizioni preliminari. Le fonti, l'interpretazione e il diritto internazionale privato.*

Fonti e criteri di interpretazione sono oggetto delle prime regole anteposte al codice civile. Anziché scegliere, come in Germania, di affidare ad una legge speciale queste disposizioni, nel 1942 si conferma la tradizione ottocentesca italiana. Formulata in modo più preciso — ingenuamente omnicomprensivo — la graduatoria delle fonti si rivelerà ben presto superata, non considerando né la Costituzione né il diritto regionale, che verranno a modificare la struttura dell'ordinamento, la prima nel 1948, il secondo — praticamente — a partire dal 1970.

È opportuno sottolineare che le disposizioni preliminari furono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

invece innovative in materia di diritto internazionale privato (l'uso del passato remoto ormai è d'obbligo, atteso che oggi la disciplina è stata scorporata dal codice e inclusa in una legge speciale, l. 31.5.1995, n. 218). Si volle conservare l'impianto del codice previgente, redatto sotto l'egida di Pasquale Stanislao Mancini (15); si provvide però ad articolare meglio le singole disposizioni. L'idea era quella di assegnare carattere di *universalità* alle regole del diritto privato internazionale, di ritenere bilaterale e paritetica l'applicazione di legge interna e legge straniera, di esprimere i principi di nazionalità, libertà e sovranità. Con un'eccezione, però: la rinuncia alla generosa scelta di non richiedere la reciprocità da parte degli Stati stranieri, come per contro si era stabilito con il codice del 1865 (*ex* art. 16 disp. prel.).

Il sistema rimane inalterato nel codice per più di mezzo secolo, ma nella legislazione speciale conosce varie alterazioni e modificazioni, dovute all'adesione dell'Italia alle concezioni internazionali che incidono sul diritto internazionale privato. L'intera materia sarà riformulata solo con la l. n. 218 del 1995, ma l'art. 16 rimarrà inalterato (16).

b) *Il Libro primo. Le persone e la famiglia.*

Al titolo del libro I, precedentemente circoscritto alle persone, si affianca la dedizione della famiglia. L'individuo, pur tutelato, è visto come componente della cellula della società, e la famiglia è posta sotto l'egida dello Stato. Così si esprime M. D'Amelio che, scomparso Vittorio Scialoja, lo aveva sostituito alla presidenza della Commissione Reale (17). La persona non è considerata un concetto neutro, perché è collegata con altre qualificazioni, in particolare con la razza. A. Azara

(15) Dell'illustre giurista v. la *Relazione preliminare*, ne *Il Filangeri*, 1876, I, p. 624 ss.; E. Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini. Il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padova, 1988; R. Luzzatto, *Le norme di diritto internazionale privato*, ne *I cinquant'anni*, cit., p. 72 ss.; Storti Storchi, *Il ritorno alla reciprocità di trattamento. Profili storici dell'art. 16, primo comma disp. prel. del codice civile del 1942*, ivi, p. 501 ss.

(16) In argomento v. ora F. Toriello, *La condizione giuridica dello straniero in prospettiva di comparazione*, Padova,1997

(17) M. D'Amelio, *Sul diritto delle persone e della famiglia nel progetto del codice civile*, Milano, 1939, p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giustifica la connotazione razziale, riflettendo il pensiero di alcuni giuristi dell'epoca, proprio con la connessione della persona con la famiglia, e di questa con lo Stato: è lo Stato che "vuole difendersi dagli ibridismi", egli sostiene con convinzione (18). La nozione di persona fisica è intesa come una specificazione, insieme con la persona giuridica, della concezione unitaria del *soggetto di diritto* (naturale, la prima, artificiale, la seconda) come postulava la Pandettistica: sulla scorta delle teorie di Savigny, la persona diviene una creazione dell'ordinamento giuridico, in quanto intesa come sintesi delle disposizioni ad essa riferite dall'ordinamento. Allo stesso modo, si seguono teorie tedesche in materia di persone giuridiche. Ma si accentua la matrice statalista della disciplina, assoggettando le associazioni e le fondazioni alla approvazione dell'Amministrazione pubblica, cioè dello Stato, per poter divenire persone giuridiche. Si applicano in tal senso la tesi di Ferrara, che considera la persona giuridica come creazione astratta dello Stato (19) e i principi del regime, il quale non può tollerare aggregazioni di persone o destinazioni di patrimoni che non siano in linea con i propri fini (20).

In ogni caso, la disciplina delle associazioni e delle fondazioni, quasi ignorata nel codice previgente, trova qui alcune regole essenziali, anche se incomplete. Qualcuno ritiene che l'incompletezza non fosse casuale, non volendo il regime agevolare più che tanto le comunità intermedie. Alle associazioni non riconosciute si concede una — sia pur limitata — autonomia patrimoniale, mentre non si estende ad esse nel testo la disciplina delle associazioni non riconosciute: a far questa operazione penserà però la giurisprudenza (21).

Assolutamente innovativa è la disciplina dei diritti della personalità, sia per la identificazione di alcuni aspetti della persona (nome, pseudonimo, immagine, onore, reputazione) sia per la disciplina

---

(18) A. AZARA, *Direttive fasciste nel nuovo codice civile*, Milano, 1939, p. 13; sul punto v. F. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, ne *I cinquant'anni*, cit., p. 101; e in generale G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993.

(19) F. Ferrara (sen.) *Le persone giuridiche*, Torino, 1938, p. 35 ss.

(20) *Rel. Guardasigilli*, Roma, 1939, p. 15.

(21) In materia v. per tutti A. FUSARO, *L'associazione riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze giuridiche*, Padova, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli atti di disposizione del corpo, sia per la disciplina dei rimedi (azione inibitoria).

Ovviamente, anche questi diritti erano subordinati alle finalità dello Stato secondo la concezione dell'epoca, ma dopo la caduta del regime gli artt. 5-10 cod.civ. manifesteranno una vitalità straordinaria.

In materia di rapporti familiari confliggono due diversi orientamenti: da un lato si mira ad aggiornare le regole che l'ottocento aveva consacrato; dall'altro mantenere saldi i poteri in mano al marito-padre, secondo le esperienze dell'epoca. I rapporti personali fra coniugi sono più netti (artt. 143, 144), i rapporti patrimoniali informati al regime della comunione; la posizione dei figli legittimi continua a prevalere su quella dei figli naturali e incestuosi; la famiglia di fatto ignorata, e comunque riguardata con sfavore. Occorreranno decenni, formule nette del dettato costituzionale, coraggiose sentenze della Corte costituzionale, per modificare la situazione normativa e restituire alla famiglia — e ai suoi membri singolarmente considerati — quei valori di libertà e responsabilità che sono il postulato delle società moderne (22).

Nonostante già alla fine dell'Ottocento si fosse proposto di introdurre il divorzio, i patti Lateranensi sottoscritti dal Governo con la Santa Sede nel 1929 — segno di distensione tra i due Stati dopo la presa di Porta Pia e l'annessione di Roma all'Italia e di riammissione dei cattolici alla vita politica — sanciscono, nel Concordato, l'indissolubilità del matrimonio e al matrimonio civile si affianca il matrimonio canonico con effetti civili.

La legge sul divorzio sarà approvata solo trent'anni dopo l'introduzione del codice, da un Paese combattuto, lacerato, l'intera materia sarà riformata solo nel 1975.

c) *Il Libro secondo. Successioni e donazioni.*

Rispetto alla disciplina del codice previgente, l'attuale codice apporta ben poche innovazioni anche in questa materia: qualche miglioramento alla disciplina della accettazione con beneficio d'inventario, della rinunzia, dell'eredità giacente, della riduzione delle

(22) Per una quadro sintetico v. G. Alpa, M. Bessone, Andr. D'Angelo, G. Ferrando, M.R. Spallarossa, *La famiglia nel nuovo diritto,* Bologna, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disposizioni testamentarie incidenti sulla legittima, a cui si accompagnano modificazioni di maggior rilievo, quali una più vantaggiosa posizione riservata ai figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili (artt. 580 e 594 cod.civ.vig. = artt. 193 e 743 cod. civ. abr.); l'ampliamento delle quote dei legittimari (artt. 537, 539, 540 = 805, 812, 815); la qualificazione di designazione di erede anche alla disposizione che assegna singoli beni (art. 588=760); la riduzione delle cause di nullità delle disposizioni testamentarie e della legittimazione ad agire (artt. 606, 619, 624, 625 = 804 ss.); alcune modificazioni relative alla condizione sospensiva (art. 646 = 853) e alla sostituzione fedecommissaria (art. 692 = 899). Nella sostanza, il sistema successorio, forte di una tradizione bimillenaria, passerà quasi indenne sotto la codificazione napoleonica e rimarrà pressoché inalterato nei due secoli successivi (23). Si è sottolineato come progressivamente la disciplina si sia venuta assottigliando: dagli undici libri dedicati alle successioni e alla donazioni nel Digesto si passa al ventesimo delle disposizioni del codice napoleonico e al decimo delle disposizioni del codice attuale. Parimenti si è ridotta la giurisprudenza in materia, e così la dottrina (24), mentre si sono moltiplicati gli istituti alternativi, cioè il ricorso a istituti diversi da quelli successori, considerati più utili dal punto di vista delle finalità perseguite o dal punto di vista del c.d. risparmio fiscale (25).

Il testo del codice è stato prima modificato dalle abrogazioni corrispondenti alle numerose sentenze della Corte costituzionale relative alla materia successoria, o a questa connessa perché relative ai rapporti familiari, e poi dalla disciplina della riforma del diritto di famiglia.

Anche se numericamente poco significative, le pronunce in materia sono però rilevanti, o dal punto di vista della soluzione di questioni incerte, o dal punto di vista delle lacune legislative da colmare.

d) *Il Libro terzo. La proprietà.*

Le innovazioni introdotte nel libro terzo sono molteplici. Come

(23) G. Pugliese, *Il libro delle successioni*, ne *I cinquant'anni*, cit., p. 159 ss.

(24) Sono i dati riferiti ivi, p. 156 ss.

(25) A. Palazzo, *Le successioni*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Alpa e P. Zatti, Milano, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si è segnalato in dottrina, da Stefano Rodotà, Umberto Breccia, Roberto Bonini, questo è forse il libro più curato, insieme al libro delle obbligazioni. Si è anteposta alla disciplina dei singoli diritti reali una parte generale concernente i beni; nella regolamentazione della proprietà, oltre alla ridefinizione del diritto — con l'ingresso di limiti dettati da esigenze pubbliche — si sono riportati i capisaldi della legislazione speciale dettata per le singole figure di proprietà, fondiaria ed edilizia, si è organizzata in modo organico la disciplina della comunione e si è introdotta la disciplina del condominio; inoltre — anche per l'incidenza della situazione bellica contingente — si sono disciplinate figure di intervento pubblico ispirate ad un interesse collettivo da tutelare in via d'urgenza, come gli ammassi, le confische, le requisizioni. Un libro articolato nel quale non si raccolgono solo regole di natura generale sulla disciplina dei beni, ma anche regole speciali di volta in volta dirette a tutelare specifici interessi, privati e pubblici.

Da questo punto di vista, ci si è chiesti come potrebbero essere regolati i beni in un codice con vocazione duratura: la risposta [26] consiste nel ricorso ad una finzione "che consiste nel presentare lo schema più semplice al fine di consentire una economia di linguaggio nella articolazione di tutti gli schemi successivi".

Presupponendo che lo scopo della disciplina consista nella indicazione dei criteri per la distribuzione delle utilità delle cose, lo schema più semplice consiste nell'immaginare un solo titolare del diritto che persegua il suo fine individualista. Ne è esempio sintomatico il godimento di un bene ad uso abitativo. A questo si aggiunge lo schema concernente la titolarità di un soggetto collettivo, lo schema della contitolarità, lo schema concernente lo smembramento delle utilità tra titolare del diritto principale e titolari di diritti particolari. Una disciplina generale — come quella peraltro raccolta dal codice del 1942 — prevede anche mezzi di tutela tipici della proprietà. Si è revocata però in dubbio la scelta di introdurre nel codice, destinato ad una lunga vigenza, uno schema classificatorio dei beni per loro natura suscettibili di alterazioni, modifica-

[26] A. Gambaro, *Il Libro della proprietà,* ne *I cinquanta anni*, cit., p. 181.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni, evoluzioni (27), sicché ogni regola sui beni poggia su di un fragile fondamento, tale da essere travolto ove le esigenze economiche, le nuove tecnologie, le nuove combinazioni di risorse e modalità tecniche facciano nascere nuovi tipi di beni, con nuove strutture e nuove possibilità utilizzatorie.

Si è osservato che le ripetute declamazioni di crisi dell'istituto della proprietà si debbano più correttamente riferire al modo di percepire questo istituto che non all'istituto in sé (28)ciò che appare però è una sorta di strabismo concettuale: da un lato si continua a parlare di garanzie costituzionali della proprietà, dall'altro si predica la frammentazione dell'istituto in altrettante proprietà nell'ambito della disciplina civilistica. Come dimostra l'intensa legislazione — statuale e regionale — in materia di proprietà agraria, di proprietà edilizia ed urbanistica, e le numerose pronunce della Corte costituzionale che hanno corretto gli eccessi degli interventi legislativi che limitavano oltre misura l'utilità dei privati. La disciplina di settore è divenuta così tecnicamente sofisticata, oltre che contraddittoria e confusa in molti punti, da rendere difficile per il giurista disegnare i confini precisi dell'istituto della proprietà.

Dal punto di vista teorico-dogmatico si è anche osservato che la scelta di considerare la proprietà solo sotto il profilo del godimento esclusivo, trascurando gli altri aspetti della disciplina, cioè le forme di circolazione e le situazioni di appartenenza (29) ha comportato un maggior rilievo dell'incidenza delle riforme legislative sul contenuto della proprietà che non degli altri elementi strutturali del diritto considerato nella sua prospettiva generale.

e) *Il Libro quarto. Le obbligazioni.*

Il libro quarto non è il frutto di una crasi tra tradizione francese ed edificazione pandettistica, né costituisce un mero aggiornamento del codice italiano-francese delle obbligazioni, anche se le tracce dei due modelli sono ben visibili (30). Esso costituisce l'esito, invero, di

(27) Ivi, p. 186.
(28) Ivi, p. 188.
(29) Ivi, p. 194.
(30) R. Sacco, *Il contratto in generale,* Torino, 1975, p. 208.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una abilissima tecnica redazionale che ha costruito la sua trama momento per momento, come risulta dalla documentazione storica concernente questa parte del codice, probabilmente la più ricca e attendibile (31).

Nonostante l'opinione dei più, che assegna a questo libro una lente di "neutralità", esso appare come un manifesto politico di cui, soppressi i riferimenti alla ideologia del regime, si sono salvate le scelte felici di natura tecnica. Sia questo libro, sia il libro quinto erano destinati a governare la transizione da un'economia individuale ad una economia di massa, a predisporre regole comuni per tutti i soggetti, essendo tutti considerati *homines oeconomici* votati alla tutela dell'interesse della collettività organizzata per categorie produttive.

L'istituto fondamentale di questo libro è il credito, essendo l'istituto fondamentale del quinto libro il lavoro e del terzo libro la proprietà. Ormai non vi è più un universo che ruota intorno alla proprietà, ma un sistema economico composito in cui proprietà, credito e lavoro sono coordinati, anzi, fusi, in un unico intento conformativo, la società corporativa.

Anche il libro quarto contiene importanti novità, che, secondo alcuni autori, sottolineano la frattura, piuttosto che non la continuità, di questa disciplina rispetto alla disciplina prevista nel codice del 1865. Rispetto a quella codificazione, infatti, le nuove regole contengono alcuni meccanismi tecnici che distanziano il codice vigente dalle codificazioni ottocentesche. Pur dando ampio spazio alla volontà delle parti, vi sono direttive che ampliano l'intervento dello Stato, nella veste del legislatore o nel ruolo del giudice, nelle pattuizioni private. Si pensi alle clausole generali, ai poteri equitativi affidati al giudice per completare o integrare le pattuizioni private, al controllo delle condizioni generali di contratto, alla sostituzione automatica di clausole, etc. (32).

Altre novità riguardano l'articolazione dei criteri di valutazione della diligenza, la pervasività della clausola di correttezza, il superamento del principio di tipicità delle obbligazioni, la disciplina delle

(31) G.B. Ferri, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Padova, 1990.

(32) L. Mengoni, ne *I Cinquant'anni*, cit., p. 240.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trattative, i contratti di massa e tutti gli interventi che sembrano codificare una sorta di "pubblicizzazione" del contratto (33).

Il codice non definisce il rapporto obbligatorio, ma lo erige a elemento fondamentale, quasi si trattasse del minimo comun denominatore, dei rapporti tra privati (34).

La fedeltà al modello francese si rinviene là dove si conserva il principio consensualistico: la proprietà si trasmette mediante un contratto giustificato da una causa senza bisogno della consegna o di pubblicità, si perpetua il divieto del patto successorio, la responsabilità da fatto illecito non presuppone la violazione di un diritto, la ripetizione dell'indebito non è tributaria dell'errore. La fedeltà al modello tedesco si ha là dove si parla di prestazione in luogo dell'adempimento, si distingue la nullità dalla annullabilità e dalla inefficacia, si prevede la estinzione dei rapporti giuridici patrimoniali e così via (35).

In materia di contratti speciali il legislatore non segue il criterio ordinante delle prestazioni o del contenuto dell'accordo, ma quello del *tipo* (36). In ogni caso, le regole speciali prevalgono su quelle generali, sicché il rapporto tra le due categorie di norme è nel senso della prevalenza della specialità sulla generalità e non viceversa (37).

Gran parte delle disposizioni sono derogabili, e quindi la libertà contrattuale delle parti ha la prevalenza sulle direttive del legislatore. Le norme imperative per parte loro non rispondono tutte alla medesima *ratio*: alcune riguardano la struttura degli atti, altre la forma, altre la durata, altre ancora la ripartizione dei rischi, poche sono a tutela di uno dei soli dei contraenti, e più numerose sono quelle a difesa dell'interesse generale.

---

(33) S. Patti, ne *I cinquanta anni, cit*., p. 766.

(34) M. Costanza, *ivi*, p. 754.

(35) R. Sacco, ivi, p. 209.

(36) G. De Nova, *ivi*, p. 218.

(37) G. De Nova, ivi, p. 219; P. Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 804 ss.; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990, 126; contra G. Benedetti, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 662.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

f) *Il libro quinto. Il lavoro.*

Il Libro quinto — al di là delle vicende sulla unificazione, auspicata da Cesare Vivante già alla fine del secolo scorso, e realizzata dal regime in gran fretta, quasi con mutamenti repentini e rimasti ancor oggi misteriosi (38) — è il libro più innovativo dell'intero codice. Ciò perché riferendosi alle attività economiche, alla produzione di beni e servizi, alle categorie professionali, doveva riflettere non solo una realtà coeva già molto distante da quella del codice civile del 1865 e del codice di commercio del 1882, ma una realtà proiettata nel futuro, gravida di sorprese, di rivolgimenti, di grandi mutamenti tecnici. È anche il libro nel quale si avverte di più l'impronta del regime. Come si è detto, è il libro incentrato sul lavoro, fattore unificante di tutti i tipi di attività economica, individuale e collettiva.

Innanzitutto, esso offre per la prima volta una disciplina organica del rapporto di lavoro, in cui il rapporto prevale sul contratto. Poi, rigoverna la disciplina delle società, tendendo a salvaguardare la libertà di mercato (anche se molteplici sono gli interventi autoritativi cari all'ideologia corporativa) e a conservar del vecchio codice i principi di autogoverno, autotutela, proporzione tra potere e rischio (39). Inoltre, estende l'area dell'impresa, sino a ricomprendervi le iniziative economiche a scopo non commerciale.

È chiaro che la disciplina del lavoro risente dei principi del corporativismo: il sistema « si proponeva di realizzare, indirettamente, l'obiettivo di sanare le contraddizioni resi palesi dalla crisi dello stato di diritto liberal-borghese, immettendo il "sociale" nella regolamentazione generale del rapporto di lavoro nell'impresa », e realizzava nel contempo un obiettivo politico, mantenendo « attraverso la delega della politica sindacale ad un organismo di diritto pubblico, quale era il sindacato unico fascista, il rigido controllo, centralizzato e burocratico, sull'effettivo svolgersi delle dinamiche economico-sociali ».

L'immagine di mercato che emerge dalla disciplina del codice — al libro quinto si affiancherà il numero più alto di leggi speciali,

(38) Cfr. *supra*, cap. VII, § 9

(39) G.OPPO, ne *I cinquanta anni*, cit., p. 272.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispetto agli altri libri — è piuttosto nebulosa: non mancano disposizioni che fanno riferimento ai monopoli, ma una lineare disciplina della concorrenza, quale oggi si è venuta formando grazie agli interventi comunitari, nel codice non si può proprio rinvenire.

L'impresa, sempre per obbedire alla ideologia del regime, è intesa in senso unitario; questo concetto unificante è certamente una finzione, del tutto inadatto a riflettere la realtà economica di allora, e ancor meno quella di oggi (40): i fenomeni che distinguono l'impresa commerciale da quella agricola, la piccola dalla media o dalla grande impresa, a tacer d'altri, non sono certo riconducibili ad un unico comun denominatore. Anche i rapporti tra disciplina di codice e disciplina dettata dalle leggi speciali (*in primis*, la legge fallimentare) non sono lineari; d'altra parte, la distanza dalla realtà è ancor più sottolineata oggi, con l'emersione del diritto comunitario, ove l'impresa non deve avere necessariamente scopo lucrativo, ove non è rilevante la forma giuridica esterna, e così via.

g) *Il libro sesto. La tutela dei diritti.*

Anziché proporre una disciplina organica dei rimedi (41), che sono lasciati sparsi tra un libro e l'altro, in chiusura delle discipline dei singoli istituti, il libro sesto annuncia con il suo titolo una materia che non ha un contenuto ad esso corrispondente. La sua eterogeneità e frammentarietà lo rendono piuttosto un libro residuale, in cui si sono ammassati istituti e regole che non potevano trovare collocazione altrove. Pubblicità, prove, responsabilità patrimoniale, garanzie patrimoniali, tutela giurisdizionale dei diritti di prescrizione e decadenza sono i capisaldi di questo libro.

Il sistema della pubblicità, imperniato sulla trascrizione degli atti, è piuttosto disorganico, perché ora propende per la natura dichiarativa della pubblicità, ora per la natura costitutiva; ad esso poi si affianca il sistema tavolare per le ex province austroungariche. La scelta del sistema di pubblicità personale, anziché di quello oggettivo-reale, si è rilevata poco felice per il sovrapporsi di vincoli legislativi di natura pubblica; convivono con il sistema di codice

(40) P.G. Jaeger, ne *I cinquanta anni*, cit., p. 308.
(41) V. A. Di Majo, *La tutela dei diritti*, Milano, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistemi speciali per beni mobili, per diritti immateriali, e per altri settori che non obbediscono ad un disegno organico dell'intera materia (42). La pubblicità commerciale — alle soglie del 1940 — è pensata come un sistema universale, ma ben presto questa concezione deve scontare non poche difficoltà di realizzazione, sicché sarà in parte attuata solo dopo cinquant'anni.

2. *Costituzione e codice civile nel secondo dopoguerra.*

2.1. *Il dibattito sulla ricodificazione.*

Con la caduta del regime si apre il dibattito sulla opportunità di abrogare i codici introdotti in epoca fascista. Il dibattito è svolto senza polemiche: Giuseppe Ferri, già nei primi mesi del 1945, e prima ancora che l'intero Paese sia liberato dalla occupazione nazista e dalla guerra civile, distingue il fattore politico dal fattore tecnico. Sottolinea che un codice non è mai creazione di un regime o di una fazione politica essendo "un complesso organico di principi consolidati attraverso decenni e talora attraverso secoli di esperienze, di principi cioè che solo raramente traggono alimento dall'ambiente politico nel quale i codici sono pubblicati. Tutto ciò che è contingente o immediato esula dalla materia di un codice per trovare la sua sede più adatta nella legislazione speciale" (43).

Allo stesso modo, Mario Rotondi in *La riforma delle istituzioni della legislazione privatistica e del codice civile* aveva sostenuto, in una rivista che usciva alla macchia negli ultimi mesi della guerra e dell'occupazione nazista, le ragioni secondo le quali il ritorno alla legalità non poteva passare attraverso l'abrogazione del codice civile, insieme con l'intera legislazione del ventennio. La certezza dei rapporti giuridici, l'eccessività del rimedio, il danno che ne sarebbe derivato sconsigliavano questa soluzione. E aveva sottolineato come gran parte delle innovazioni normative del regime, malgrado la proclamata ispirazione fascista, fossero — soprattutto il codice civile

(42) G. Gabrielli, ne *I cinquanta anni*, cit., p. 392.

(43) G. Ferri, *Scritti giuridici*, vol.1, Milano, 1997, p. 21. In argomento v. ora G.B. Ferri, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, I, p. 391 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— "in gran parte frutto di una elaborazione indipendente da ogni preoccupazione politica".

L'opinione prevalente è per la conservazione dei codici del regime. E che sia sufficiente eliminare "gli orpelli e le inserzioni politiche", piuttosto che abrogare codici tecnicamente pregevoli, per ripiombare in un sistema ormai consegnato al passato. La polemica si accende sul piano tecnico, perché alcuni, ad esempio Valeri, ritengono che la unificazione dei due codici sia stata una soluzione infelice; altri, come Mossa, che i codici siano l'immagine del regime e quindi debbano essere affossati (44).

Il nuovo codice civile — scrive Ferri — ha rappresentato un progresso notevole rispetto al codice previgente. "La maggior tutela assicurata ai figli illegittimi, l'affermazione del fondamento sociale della proprietà, la tutela della buona fede e dell'apparenza nel commercio giuridico, la tutela del lavoratore nei rapporti di lavoro subordinato, la difesa del contraente più debole" sono conquiste alle quali non si può rinunciare, anche se sono il portato del fascismo (45). Insomma, prevale la considerazione ragionevole che distruggere è più facile che costruire, e che emendare è più opportuno che scrivere, non essendo necessario rivoluzionare il sistema.

Appare quindi sufficiente emendare il testo dai riferimenti all'ordine corporativo e alle espressioni che richiamano, quale aspetto lessicale, i "valori" del regime sconfitto.

2.2. *La sistemazione del nuovo diritto civile. Dal metodo formale al metodo storico-comparatistico-casistico.*

Nel secondo dopoguerra la cultura civilistica si mantiene fedele alla tradizione culturale inaugurata negli anni Venti e Trenta: una tradizione formalista con basi pandettistiche, sistematica, del tutto aliena dall'accostare gli istituti del codice civile alla realtà palpitante, ad una società che muta rapidamente, che si apre alla mobilità sociale, ad una cultura che, nelle sue variegate componenti — ad

(44) V. I riflessi di questa polemica nelle pagine scritte all'epoca da G. Ferri, *op. cit.*, p. 29 ss.

(45) G. Ferri, *op. cit.*, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eccezione di quella giuridica — si lascia permeare dalle mode lanciate oltre Atlantico.

I civilisti avviano il grande processo di sistemazione del nuovo diritto. Intento degli autori è di illustrare il codice civile nel suo significato letterale e sistematico, nelle sue radici storiche e nelle più rilevanti modificazioni rispetto al codice del 1865: la cultura della fine dell'Ottocento, le prospettazioni teoriche di origine germanica, gli influssi della giurisprudenza rendono le materie complesse; in ogni caso, il diritto civile è ancora condensato nel *codice* civile. In quest'opera di tessitura e di orditura è fondamentale la raccolta degli atti preparatori al codice, pubblicata via via dai segretari della Commissione ministeriale per la riforma del codice civile G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter e G. Dallari (46). Nel riprodurre i passi salienti della Relazione al Re e della Relazione del Guardasigilli — predisposte dai giuristi che ne facevano parte con elevato tenore scientifico, con raffronti con il codice previgente e con i codici stranieri più rilevanti — quest'opera costituisce ancora oggi una miniera di informazioni, anche se talvolta restituisce l'impressione di una sovrapposizione delle idee che si vogliono imporre alla reale situazione maturata nei decenni anteriori alla redazione del codice.

Compaiono le prime monografie che aggiornano la trattazione di singoli istituti, si avvia la pubblicazione dei primi trattati, si inizia la pubblicazione di nuove enciclopedie, si inaugurano nuove riviste (47).

In una sintesi storica necessariamente elementare è impossibile dar conto finanche dei contributi più significativi, attesa la vastità di questa letteratura. L'opzione che si impone allora consiste nell'offrire qualche esemplificazione di questi apporti.

---

(46) *Codice civile illustrato con i lavori preparatori,* voll. 6, Milano, 1939-1942.

(47) Ad esempio, Ugo Natoli dà alle stampe alcune monografie, tra le quali *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943; nella materia delle successioni si segnala l'opera trattatistica di Calogero Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, voll. I e II, Milano, 1947, che viene ristampata e riedita negli anni seguenti; in materia di proprietà le opere di Pugliatti sono sempre il riferimento principe; la responsabilità civile è la "cenerentola" del diritto privato, sicché le trattazioni migliori risalgono ai decenni precedenti; in questo periodo si segnala solo l'opera di A. De Cupis, *Il danno*, Milano, 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Specchio e al tempo stesso fondamento di questa cultura — quasi ad abbracciare tutta la complessità e la vastità — sono le rarefatte pagine delle *Dottrine generali del diritto civile* di Francesco Santoro Passarelli, che appaiono a Napoli nel 1944 e saranno destinate a permanere, con le integrazioni e le modificazioni curate dal Maestro, per quasi mezzo secolo come l'esempio più felice della dottrina sistematica che riesce a raffigurare, *more geometrico*, gli istituti fondamentali del diritto civile. Le *Dottrine generali* si pongono come la moderna "parte generale" dei trattati di diritto civile; riguardano le persone, le cose, i rapporti e i fatti giuridici, con particolare attenzione al negozio giuridico.

L'anno in cui le *Dottrine generali* sono pubblicate vede ancora il nostro Paese diviso in due, e incerte le sorti (non della guerra, ormai prevedibili, ma) delle istituzioni: non si sa se il nuovo regime che subentrerà a quello littorio manterrà in vita i codici promulgati dal regime oramai caduto (quanto meno, nell'Italia centrale e nel Sud); non si sa se cambieranno gli istituti del diritto civile. È pur vero che — eliminati i riferimenti normativi al codice civile — l'impianto che esso costruisce è destinato a rimanere inalterato, qualunque cosa accada, proprio perché la forza della cultura giuridica sta nei suoi modelli, che superano i testi normativi, considerati fattore contingente.

Rispettoso tuttavia della scelta unificatrice dei redattori del codice civile, Santoro Passarelli professa l'unicità del diritto privato inteso come diritto civile, essendo, a suo modo di vedere, il diritto commerciale ormai assorbito nel diritto civile. Anche questa può apparire una posizione curiosa, atteso che tutti i commentatori sono convinti che il nuovo codice abbia subito l'influsso del codice di commercio e soprattutto delle scelte effettuate dalla Commissione reale per la redazione del progetto del nuovo codice di commercio, poi inglobato nel libro V del codice civile. Insomma, che la nuova realtà normativa esprima la tendenza alla commercializzazione del diritto civile piuttosto che non la tendenza opposta. L'opera viene accolta con grande favore, e il filosofo del diritto più influente del momento, Giuseppe Capograssi, vede in essa "uno sforzo di pensiero sul nuovo codice che fa onore alla scienza e alla scuola italiana". Ed in effetti, al di là dello sforzo straordinario di contenere la parte generale del diritto civile in poco più di due centinaia di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pagine, con tono asciutto e scultoreo, si nota l'enorme cultura dell'autore, che spazia dal diritto civile al commerciale, dalla dottrina anteriore al codice a quella coeva e posteriore, dai contributi saggistici anche di minor estensione ed impegno alle monografie e ai trattati, senza dimenticare le pronunce più rilevanti della Suprema Corte.

Non vi è profondità storica, quasi integralmente assorbita dall'ipotesi dei concetti; le uniche tracce del divenire storico sono nell'evoluzione formalistica delle enunciazioni giuridiche. Tanto meno vi è riferimento al fatti economici di cui è intrisa la forma giuridica. Qui il diritto è pura, purissima forma declinata sulla base di una logica coerente e rigida come una corazza; il diritto è rappresentato come un "qui" e un "ora", descritto come un dato indiscutibile, indefettibile, immodificabile e le costruzioni concettuali come il suo sostegno connaturale. Un prodotto quindi intrinsecamente ideologizzato anche se all'apparenza immune da ogni contaminazione metagiuridica.

L'opera che si staglia per l'assoluta novità del metodo, per la ricchezza delle fattispecie considerate, per l'ingegno profuso si deve però a Gino Gorla (48): *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* (49). Come si ricava dal titolo e come tiene a precisare l'autore nella prefazione, l'innovazione metodologica è determinata dal bisogno di concretezza, di controllo dei metodi astratti, di emancipazione dal giusnaturalismo. La comparazione è impiegata al fine di spiegare le ragioni di somiglianze e differenze tra i sistemi giuridici; "comparazione non è che storia", è un modo per sfuggire alle astrazioni e alle generalizzazioni; ed è significativo che la comparazione si estenda alla esperienza di *common law*, oltre che alle ben note esperienze francese e tedesca. La casistica serve a riprodurre il processo mentale che porta giudici e legislatori (...) a formulare astrazioni di regole e principi per ridiscendere, in uno scambio o circolo continuo, al problema del caso concreto. Si tratta di vedere come regole e principi (cioè gli uomini che li adoperano) si atteggiano, si adattano, si modificano di fronte a questo problema, che è poi quello

(48) All'epoca ordinario di Istituzioni di diritto privato all'Università di Pavia e di Diritto privato comparato all'Università di Alessandria d'Egitto.

(49) Milano, 1955, I. *Lineamenti generali*; II. *Casistica e problemi.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della giustizia, storicamente condizionata. Il *case method* utilizzato non è tratto mimeticamente dall'esperienza statunitense: là è usato comparatisticamente solo per conoscere i diritti stranieri, mentre qui è usato per intendere anche l'ordinamento italiano, per accertare le radici antiche degli istituti e dei modelli di ragionamento, per verificare il diritto in azione, come risultato delle manipolazioni degli interpreti. Un metodo quindi che non trascura i pregi del metodo logico-sistematico ma li affianca ai pregi del metodo storico-comparatistico-casistico. L'ambiente culturale dell'epoca è così ostile o prevenuto verso gli altri metodi che Gorla sente il bisogno di giustificarsi: l'ordine, la sistemazione, lo svolgimento logico del pensiero, la sua disciplina, non sono trascurati; ma non sono più considerati come l'*unico metodo* per lo studio e la rappresentazione del diritto. Si evita così il rischio di trasformare in una specie di "diritto naturale" le generalizzazioni e le astrazioni che ipostatizzano il diritto in teoria generale, quasi che il diritto non fosse altro che teoria generale e che il *common law* non fosse diritto. La conseguenza della applicazione del metodo formale è l'infiacchimento degli studi, la concezione di un diritto sradicato dalla sua storia e dalla realtà, che conduce all'abisso tra teoria e pratica. Dal punto di vista didattico l'opera è *extra ordinem* anche per un'altra ragione: riesce a comunicare allo studente una chiave di lettura fondamentale, e cioè che le disposizioni con cui si ha a che fare non sono un "dato indefettibile"; essa dà allo studente "il senso del problema e del suo vario svolgimento storico, piuttosto che quello della soluzione".

Ed ecco allora che l'impianto dell'opera restituisce l'immagine di un capolavoro: lo sviluppo dell'obbligazione contrattuale nel *civil law* muove dal diritto romano, passa per il diritto intermedio, arriva a Domat e Pothier, al diritto canonico, a Grozio e alla teorizzazione del principio consensualistico; tratta delle obbligazioni di dare, della donazione *cum onere*, della *causa praeterita*, delle promesse, del *nudum pactum*, della causa giusta, della forma; la critica alla concezione bettiana di funzione economico-sociale della causa è rigorosa e persuasiva. A fronte dell'evoluzione dottrinale e casistica del *civil law* Gorla illustra parallelamente l'evoluzione del *common law*, con particolare riguardo alla *consideration.* Già in questi termini la materia, raccolta nel primo volume, sarebbe sufficiente per sconvolgere la teoria delle obbligazioni e del contratto fino a quel momento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insegnata nelle Università. Ma il secondo volume, sul metodo casistico, è ancor più sorprendente: qui è trattata la donazione come contratto formale in rapporto agli altri contratti, la causa sufficiente, la promessa e l'alienazione per una *causa praeterita*, le obbligazioni a titolo gratuito, l'intento di contrarre, sia nella giurisprudenza dei sistemi di *civil law* sia nella giurisprudenza del *common law*; l'opera si chiude con la comparazione dei modelli giurisprudenziali.

L'innovazione metodologica è tale che nella omogenea cultura italiana dell'epoca ha uno scarso impatto immediato, occorrendo decenni perché l'insegnamento di Gorla sia assimilato e riprodotto (50); esso è oggi praticato anche all'estero ove il nome di Gorla appare come un simbolo della migliore cultura italiana di diritto civile e di diritto comparato (51).

Tra i primi commentari si segnala quello diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, edito a Firenze nel 1949.

Fra i trattati comprensivi dell'intero diritto privato si segnala l'opera di Francesco Messineo *Manuale di diritto civile e commerciale,* i cui primi volumi cominciano ad apparire a Milano negli anni della guerra, quali torni delle *Istituzioni di diritto privato;* negli anni 1946-1947 l'opera prende il titolo di *Manuale,* e si compone di tre tomi, cui segue una nuova edizione accresciuta a sei volumi più indici pubblicata nel 1955 (52). È un'opera monumentale, perché parto di un unico autore, a contenuto descrittivo, nella quale tutti gli istituti sono esposti in modo piano e minuzioso, con corredo di riferimenti di dottrina e di giurisprudenza. È un'opera che cerca — per ripetere parole di Aurelio Candian (53) — di combinare i fattori lessicali, logico-teleologici, sistematici, storici, facendo qualche concessione alla interpretazione evolutiva. Essa costituirà una sorta di

(50) Per un esempio, v. G. Alpa e M. Bessone, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1976 (l'ultima ed. è del 1999 a cura di F. Toriello).

(51) Per un esempio v. B. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The German Law of Obligations. I. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford, 1997.

(52) Seguiranno molte altre edizioni, aggiornate fino alla scomparsa dell'autore, nel 1974.

(53) Riprese dalla recensione di F. Ferrara sen., *Francesco Messineo*, ora in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 674.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"work in progress" a cui il suo autore attenderà tutta la vita, per aggiornarla, emendarla, integrarla.

Qualche anno dopo la pubblicazione delle *Dottrine generali* compare un'altra opera fondamentale destinata a condizionare non nell'immediato ma nel futuro il metodo degli studi giuridici, l'*Interpretazione della legge e degli atti giuridici* di Emilio Betti (54). Straordinario cultore del diritto civile e del diritto romano, del diritto processuale e del diritto internazionale, Betti aveva già dato alle stampe l'altra opera per cui sarà ricordato, la *Teoria generale del negozio giuridico* (55). Di quest'ultimo lavoro si è fatto cenno nell'ambito della ricostruzione storica della nozione di *negozio giuridico* (56). Il saggio sull'interpretazione della legge e degli atti giuridici è famoso non solo in Italia, ma anche all'estero, specie tra i filosofi ermeneutici, che la considerano, a giusto titolo, uno dei capolavori e dei capisaldi della teoria ermeneutica. Qui Betti esprime la sua profonda, eclettica cultura, costruendo la teoria generale dell'interpretazione giuridica, tenendo conto della ricognizione storica e dello sviluppo integrativo della norma, dell'efficienza evolutiva" dell'interpretazione giuridica, della discrezionalità dell'interprete, delle diverse forme di interpretazione, dell'analogia, dei principi generali del diritto, e completa la trattazione con l'interpretazione della consuetudine, dell'atto amministrativo, della sentenza, del negozio di diritto privato, del trattato internazionale. La dottrina tedesca è il naturale interlocutore di Betti, che illustra in tutte le sue pieghe, anche quelle più riposte, il significato del testo e l'apporto del suo interprete.

---

(54) Milano, 1949; l'opera reca come sottotitolo *Teoria generale e dogmatica.* Sull'opera complessiva e sul pensiero di Betti v. G. BENEDETTI, *Una testimonianza sulla teoria ermeneutica di Emilio Betti*, in *Riv.dir.civ.*, 1990, I, 777 ss.

(55) Torino, 1943; una nuova edizione è pubblicata nel 1950, ed una terza nel 1960; oggi è disponibile la ristampa con aggiunte dell'autore a cura di G. CRIFÒ, e con una introduzione di G.B. FERRI.

(56) La nozione di negozio giuridico oggi non è ripudiata: per molti continua ad essere una nozione ordinante, per altri una comoda tecnica linguistica per alludere a problemi, a categorie di atti, etc. Sul significato attuale del termine v. F. GALGANO, *Il negozio giuridico, nel Trattato di diritto civile* diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, Milano, 1988; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il solco tracciato da Betti diviene un "luogo classico", da cui non potranno prescindere i civilisti, i pubblicisti, i filosofi del diritto, gli ermeneutici.

Siamo arrivati ormai alle soglie degli anni Sessanta. Procedere oltre diventa difficile in un contesto di ricostruzione storica, dovendosi le singole materie aderenti al diritto civile svolgere piuttosto per trattazioni separate.

In materia di obbligazioni e contratti si registra la produzione più copiosa. Ed è a questa che conviene rifarsi per toccar con mano le fasi evolutive della dottrina del diritto civile.

A Milano, nel 1944, appare la *Dottrina generale del contratto* di Francesco Messineo ([57]), che costituisce uno dei primi tentativi di inquadrare dogmaticamente la normativa di codice, assai mutata rispetto a quella previgente.

La prima grande trattazione della materia si deve a Lodovico Barassi, che nel 1946 pubblica *La teoria generale delle obbligazioni* ([58]), articolata nella struttura, nelle fonti, nell'attuazione. Il grande maestro, che aveva fatto conoscere il suo acume già alla fine dell'Ottocento, con gli scritti sulla responsabilità civile e sui rapporti di lavoro, espone la materia in modo colto e suasivo, dialogando con i giuristi francesi e i giuristi tedeschi.

Ruggero Luzzatto, allievo di Vittorio Polacco, tornato all'insegnamento nella facoltà giuridica genovese, dopo esserne stato allontanato per le persecuzioni razziali, pubblica un corso su *Le obbligazioni nel diritto italiano* ([59]), tutto incentrato sulla nozione di causa: "lo studio della causa — egli precisa nella premessa — non solo permette spesso di determinare , in modo adeguato, il quid e il quantum debeatur, ma perfino influisce sull' an debeatur, cioè serve a decidere se la prestazione sia dovuta o no". Andando contro corrente, criticando la dottrina che nell'indagare sulle obbligazioni prescinde dalla loro causa, egli esamina in modo sistematico la

([57]) La cui ultima edizione, collocata nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto dallo stesso Messineo e da Cicu, prende il titolo *Il contratto in genere*, Milano, 1973.

([58]) A Milano. A quell'epoca Barassi era professore emerito dell'Università cattolica del Sacro Cuore.

([59]) Corso litografato, Torino, 1950.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disciplina delle singole obbligazioni, e dedica ampio spazio alla trattazione delle diverse tipologie di prestazioni.

Nello stesso anno appaiono l'edizione di Pacchioni, *Obbligazioni e contratti*, a cura del suo allievo Cesare Grassetti (60) e la *Teoria generale delle obbligazioni* di Scuto (61).

L'anno successivo appaiono *Le obbligazioni* di Gangi (62) e Michele Giorgianni, allievo di Salvatore Pugliatti, pubblica il corso di lezioni *Le obbligazioni* (63), che si segnala per la limpidezza dell'esposizione e per l'acutezza dell'indagine.

A questa e alle altre opere in materia risponde Betti con la *Teoria generale delle obbligazioni* (64) articolata nei prolegomeni riguardanti la funzione economico-sociale dei rapporti di obbligazione, la struttura, le fonti e le vicende, la difesa preventiva e successiva. La profonda cultura dell'autore fa di quest'opera un nuovo caposaldo della dottrina civilistica.

A Napoli, nel 1955, Luigi Cariota Ferrara dà alle stampe un'ampia monografia su *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, pensata soprattutto come una rimeditazione dell'insegnamento pandettistico alla luce della nuova disciplina del codice civile. Cariota Ferrara prende le distanze dalla concezione statalista di Betti. Mentre per Betti caratteristica del negozio giuridico "è che già la sua fattispecie, prima ancora che il suo effetto, prescrive un regolamento impegnativo il quale, rafforzato che sia dalla sanzione del diritto, è destinato ad assurgere a precetto giuridico" (65), per Cariota non è la volontà a produrre effetti giuridici, né è l'ordinamento a porsi come forza generatrice di essi, ma "è la legge che autorizza l'autonomia privata rendendo possibile che il negozio giuridico produca da sé gli effetti giuridici, munendolo di efficacia". La teoria del negozio è inquadrata nell'ambito della distinzione tra atti e fatti giuridici, in particolare tra i "fatti volontari", che sono rappresentati come categoria ordinante dei rapporti tra privati.

---

(60) Milano, 1950.
(61) Milano, 1950.
(62) Milano, 1951.
(63) Milano, 1951.
(64) Milano, 1953.
(65) *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 100.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2.3. *I nuovi manuali.*

Nel dopoguerra, la varietà dei manuali è notevole; per capacità penetrativa si segnalano tre trattazioni: quelle di Barbero, di Trabucchi, di Torrente.

L'analisi di Domenico Barbero, esposta in un quadro eretto a "sistema" è la più articolata, ed è quella che risente ed esplicita in modo più palese i valori sui quali si regge la formazione dell'autore. Essa prende l'avvio dalla contrapposizione tra individuo e Stato, e dall'avvicendarsi delle concezioni che sull'individuo incentrano il concetto stesso di diritto (le teorie giusnaturalistiche) e delle concezioni che assorbono l'individuo nello Stato (teorie giuspositivistiche); l'idea propugnata è che sopra l'individuo non c'è lo Stato, ma il diritto; lo Stato non esiste, ma consiste in una funzione (66); la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non è dunque una distinzione di comparti dell'ordinamento giuridico, ma una distinzione di norme: le norme di diritto pubblico sono quelle che compongono l'ossatura dello Stato, quelle di diritto privato stabiliscono i rapporti tra i soggetti sul piano della parità; le prime sono inderogabili, le seconde sono rimesse alla discrezione dell'individuo (67). L'A. è consapevole del fatto che la distinzione spesso è incerta, e lascia aperte "zone grigie" (68). Ciò che colpisce il lettore odierno è l'assenza di riferimenti al diritto romano e allo svolgimento storico dei concetti e della distinzione, l'assenza di una elencazione dei criteri distintivi, la ineluttabilità della distinzione, e la sua sussunzione nell'ambito della differenziazione delle "norme".

Più problematici sono gli altri due manuali, di cui qui si considerano le edizioni aggiornate, attualmente in circolazione.

L'analisi di Alberto Trabucchi si svolge su due piani. Nel testo si enuncia la definizione elementare: il diritto pubblico regola l'organizzazione dello Stato, degli enti pubblici e dei rapporti che si istituiscono tra di loro, così come dei rapporti che essi istituiscono con i "cittadini"; si tratta di rapporti dominati dalla partecipazione di un soggetto portatore di "interessi superiori", e quindi i soggetti

(66) *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, Milano, 1946, p. 21.
(67) *Op. cit.*, pp. 42-43.
(68) *Op. cit.*, p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non sono tra loro su un piano paritetico, piano che invece contrassegna i rapporti tra i privati, cui il diritto privato fissa presupposti e limiti agli interessi dei singoli (69). Nelle note al testo la dimensione sociale dei rapporti confluisce nel diritto privato; ma si osserva che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato "un tempo piuttosto netta, va rendendosi sempre più incerta e confusa"; l'interesse privato spesso si rappresenta come interesse pubblico, l'autorità sormonta la sfera pubblica; sul primo versante, l'autonomia privata è compressa dalle esigenze pubbliche, sul secondo versante la pubblica Amministrazione realizza nei rapporti con i privati interessi pubblici e privati "in un sistema normativo che necessariamente deve essere unitario, perché così è il diritto civile modernamente inteso" (70). Si avverte poi che la distinzione non è netta e costante, anche per la maggior sensibilità manifestatasi per i problemi sociali (71).

Nella versione del manuale di Andrea Torrente (ora riformulata da Piero Schlesinger) la distinzione, che si dice "tradizionale", è rappresentata in termini di supremazia del soggetto pubblico nei rapporti pubblici e di eguaglianza dei soggetti nei rapporti privati. La contrapposizione è definita tuttavia variabile ed incerta, oltre che impossibile là dove le norme perseguono al tempo stesso un interesse pubblico e un interesse privato; la distinzione chiara e netta prospettata dal brocardo romano è ormai evanescente, va conservata in via orientativa e come criterio di massima, attesa la confluenza degli interessi sociali nel diritto pubblico (72).

La versione semplificata di questa problematica così come risulta da alcuni manuali istituzionali presenta connotati salienti e uniformi: perduta per strada l'influenza delle fonti romanistiche, le due categorie non sono storicizzate, ma piuttosto assunte come un "dato a priori" che tuttavia non si attaglia più alla realtà giuridica complessa che è il portato della modernità. Le due categorie sono raffigurate come un modello tendenziale, ma i loro confini sono affatto incerti.

---

(69) *Istituzioni di diritto civile*, ora alla XXXIX ed., Padova, 1999, p. 9.
(70) *Op. cit.*, p. 9 n. 2.
(71) *Op. cit.*, p. 10.
(72) *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Milano, 1995, pp. 17-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Occorrebbe dar conto di tanti altri contributi, scritti dagli illustri maestri. Si pensi a Ugo Natoli e Alberto Trabucchi, scomparsi solo di recente, e ai maestri ancor oggi operosi come Michele Giorgianni e Angelo Falzea, Rodolfo Sacco e Pietro Rescigno, dovendo trascurare tutti coloro — e sono ancora molti — in ruolo nelle Università del Paese. Dei maestri attuali del diritto civile o del diritto commerciale, del diritto comparato o di filosofia del diritto, si farà cenno nelle pagine conclusive di questo sintetico profilo.

Le "scuole", un tempo facilmente identificabili per il metodo e per la ubicazione universitaria, veri poli di attrazione per i cultori del diritto civile e veri centri di formazione professionale e di irradiazione del sapere, si sono dilatate, ramificate, in un alternarsi di presenze e di metodi, di iniziative e di indirizzi che fanno della civilistica italiana una delle compagini più prestigiose di giuristi noti anche all'estero. Si può davvero ormai parlare di generazioni di studiosi che si sono succedute tramandando il sapere e indirizzando la carriera accademica degli allievi.

In una storia del diritto civile occorrerebbe anche menzionare quanti, per poliedrico ingegno, scrissero di diritto civile pur non essendo titolari di cattedre di questa materia, come Francesco Carnelutti o Piero Calamandrei. E quanti, alti magistrati o famosi avvocati, si dedicarono agli studi portando un contributo scientificamente tanto apprezzabile. Ma la cultura del diritto civile nel nostro Paese è eminentemente cultura accademica, anche se i suoi protagonisti si sono distinti nel foro o hanno avviato la loro professione militando nella magistratura. Ma vi sono eccezioni, che riguardano soprattutto i magistrati e gli avvocati che, senza titoli accademici, contribuiscono al processo della scienza giuridica.

E una storia attenta dovrebbe rilevare l'apporto che essi diedero svolgendo importanti ruoli nelle istituzioni del Paese (dal Parlamento al Governo, dalla direzione di enti alla presidenza di organismi amministrativi, quali membri della Corte costituzionale o del Consiglio Superiore della Magistratura).

Al fine di segnalare gli assi portanti della rivoluzione degli studi civilistici nel nostro Paese conviene allora individuare alcuni temi che in modo "trasversale" consentono di ripercorrere sinteticamente quest'ultimo quadriennio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2.4. *Le "stagioni" della dottrina civilistica.*

Anche la descrizione delle "stagioni", degli indirizzi metodologici, delle acquisizioni, delle mode della dottrina civilistica degli ultimi cinquant'anni meriterebbe analisi assai approfondite. Esse si possono rivisitare in alcune opere (73), in atti congressuali (74) ed ora in un completo "affresco" di storia della scienza giuridica del Novecento (75). Basti qui richiamare il dibattito alimentato dalle pagine di Pietro Trimarchi sui rapporti tra regole giuridiche e realtà economica (76), il dibattito sulla codificazione per principi e clausole generali aperto da Stefano Rodotà (77), il dibattito sull' "uso alternativo del diritto", promosso da Pietro Barcellona (78), le riflessioni corali sulla riforma del diritto di famiglia, il dibattito sulla "decodi-

---

(73) Si tratta soprattutto delle voci enciclopediche e delle raccolte di saggi che illuminano singoli settori dell'ordinamento: si pensi al *Trattato di diritto civile* diretto da R.Sacco, Torino, dal 1998; si pensi a P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991; a N. Irti, *La cultura del diritto civile*, cit.; a P. Perlingieri, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit.

(74) Mi riferisco soprattutto agli scritti più volte citati da *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981; a *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, a cura di C. Grassetti, Milano, 1985; alle celebrazioni del codice civile, con i volumi che raccolgono gli atti del convegno organizzato presso la Università statale di Milano (*I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1992), presso l'Università di Genova, per iniziativa dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati (*La riforma del codice civile*, a cura di G. Alpa, Padova, 1994) e presso la Fondazione Cini di Venezia (***).

(75) Opera di L. Ferrajoli (*La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999) questo affresco si segnala non solo per l'arditezza del disegno ma anche per la completezza del quadro, per la chiarezza del dettato, per l'acutezza dell'analisi.

(76) P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, recensito da G.Tarello (ora in *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 422 ss.).

(77) S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Annali Univ.Macerata*, 1967. Oltre alle opere a cui si è fatto cenno nel corso di questo lavoro, si devono a S. Rodotà due antologie che raccolgono importanti riflessioni sul diritto privato, l'una relativa ai nuovi confini della materia (*Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971), l'altra relativa alle tecniche di controllo sociale delle attività private effettuato mediante gli strumenti privatistici e quindi mediante l'intervento giudiziale, diretto o in via di "supplenza" legislativa (*Il controllo sociale delle attività private,* Bologna, 1977).

(78) P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973. La riflessione di P. Barcellona si articola per fasi segnate dalle opere dedicate alla lettura dei fenomeni istituzionali: v. *Diritto privato e processo economico, Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficazione" provocato da Natalino Irti (79), la discussione sul metodo degli studi del diritto civile promossa dalla "Rivista critica del diritto privato" (80). Alle riforme legislative — particolarmente importante quella dell'ordinamento regionale e poi quella dell'intero apparato amministrativo — hanno partecipato anche i civilisti. Ma la stagione si è poi complicata con l'irrompere nella scena del diritto comunitario puntualmente analizzato da Nicola Lipari (81), che postula una intera rivisitazione delle stesse categorie del diritto civile, e delle nuove tecnologie che hanno imposto riflessioni sulla bioetica e sulla protezione dei dati personali e della globalizzazione (82) dei mercati, che impone una rivisitazione delle categorie giuridiche del capitalismo maturo, avviata ai suoi albori da Francesco Galgano, e sulla protezione degli interessi economici dei consumatori e dei risparmiatori (83), e quindi, in generale, sul ruolo della persona nell'ordinamento civilistico, indagato da Pietro Perlingieri sia nei suoi profili costituzionali sia nei suoi profili comunitari (84).

Si sono ancora una volta ridisegnati i confini del diritto civile, che vedono come punti nodali i nuovi rapporti con il diritto pubblico, il ruolo del "mercato", i compiti attuali del diritto civile.

Si apre così un nuovo capitolo della storia della cultura giuridica del nostro Paese, alla cui redazione i civilisti stanno attendendo con brio, la fantasia e il realismo che hanno (si spera) definitivamente sepolto la stagione della dogmatica.

---

(79) N. Irti, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999.

(80) *Il metodo della ricerca civilistica*, fasc. n. 1-2 di marzo-giugno 1990, a cui hanno collaborato M. Barcellona, A. Belvedere, C. Castronovo, P. Cendon, M. D'Antona, G. De Nova, A. Galasso, B. Inzitari, M. Libertini, N. Lipari, G. Marini, L. Mengoni, S. Patti, S. Rodotà, M. Taruffo, G. Teubner, R. Weigmann.

(81) *Diritto privato europeo*, (N. Lipari curatore), Padova, 1997.

(82) Di F. Galgano v. già *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Bologna, 1974, opera recensita da G. Tarello, ora nella *Cultura giuridica, cit*., p. 453 ss.; cui hanno fatto seguito *Le istituzioni dell'economia di transizione;* ed ora il *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª ed., Padova, 1999.

(83) I contributi più rilevanti si devono ancora a S. Rodotà, *Riflessioni sulla bioetica*, Roma-Bari, 1997; *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1998 (ma lo stesso Rodotà aveva inaugurato, insieme con Vittorio Frosini gli studi sulle tecnologie informatiche: v. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973).

(84) P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991; *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUCIANO VIOLANTE

Intervengo non in qualità di penalista, essendo questa una discussione che ha visto coinvolti altro tipo di specialismi. Intervengo in ragione del lavoro che la Camera dei Deputati in questa legislatura sta svolgendo sulle questioni relative alla qualità delle leggi e al rapporto fra codici e leggi.

Qualche giorno fa si è tenuto a Montecitorio un incontro, al quale hanno preso parte alcuni degli esperti presenti oggi, sul tema della competitività italiana nel confronto con quei paesi che sono dotati di sistemi più conoscibili, più conosciuti e più funzionali del nostro.

Nel mondo globalizzato le parti private più forti possono generalmente scegliere la legge da applicare alle proprie relazioni; conseguentemente rischiano di essere emarginati quei paesi che, rispetto ad altri, hanno norme più complesse e più difficilmente applicabili.

Poiché i criminali sono gli unici soggetti che non possono scegliere le norme da applicare, i sistemi giuridici, sostanziali e processuali, meno appetibili dai soggetti privati forti rischiano di diventare sistemi prevalentemente penalistici. Questo non aiuterebbe la formazione di un ordinamento giuridico equilibrato in tutte le sue parti.

Nell'ambito del tradizionale sapere codicistico, come è stato sottolineato, sono in corso trasformazioni che possono così sintetizzate :

1) sugli ordinamenti nazionali incidono in misura crescente discipline definite in sedi sovranazionali alla cui elaborazione i parlamenti nazionali partecipano in misura ancora molto ridotta e alla cui formazione non prendono parte quasi mai soggetti investiti di legittimazione democratica;

2) è in atto un processo di frantumazione dell'ordinamento giuridico in una pluralità di sottosistemi governati da regole specialistiche, determinate anche dalla complessità del reale;

3) c'è un'impreparazione dei sistemi normativi tradizionali a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soddisfare la domanda di regolazione imposta dalle applicazioni delle innovazioni scientifiche e tecnologiche nei campi più disparati, si pensi alla procreazione assistita o ai nuovi tipi di negoziazioni.

A questo proposito vorrei fissare brevemente l'attenzione su un teorema che è tanto diffuso quanto difficilmente dimostrabile: mi riferisco alla completa conoscibilità delle leggi da parte del cittadino comune: per quanto ricordi questa conoscibilità non si è mai verificata in nessun paese, in nessun posto e in nessun tempo.

Non vedo perché dobbiamo continuare ad insistere su questo punto. Nessuno di noi conosce bene le regole di funzionamento del proprio corpo o le regole per costruire la casa dove abita. Il cittadino usa il diritto così come si può usare il computer o l'automobile senza sapere assolutamente come funzionano o come sono fatti.

C'è invece un altro aspetto del problema della conoscibilità del diritto, meno affrontato, che riguarda il modo in cui si è trasformato il significato del principio di legalità.

Nel vecchio sistema esso esprimeva la conformità di un comportamento al modello. Oggi mi pare, invece, che legalità voglia dire conoscibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti.

Il principio di legalità entra in crisi quando il cittadino, anche avvalendosi di mediatori professionisti, non è in grado di conoscere con certezza quali sono le conseguenze giuridiche che deriveranno dai propri comportamenti.

Credo che la preoccupazione complessiva che dobbiamo avere non sia tanto quella di descrivere i modelli formalmente corretti, quanto quella di garantire al cittadino che il sistema gli consente di prevedere in maniera accettabile le conseguenze della sua condotta.

Tuttavia io penso che l'idea delle codificazioni vada oggi riproposta con forza, non solo per le questioni che sono state definite oggi, ma anche perché dovremmo sforzarci di lavorare attorno ad un'idea di codici di seconda generazione.

In altra occasione Natalino Irti ci aveva invitato ad abbandonare una concezione museale dei codici per sfuggire alla tentazione di porli al riparo dai processi di modernizzazione.

È un invito da accogliere; ma per raggiungere l'obbiettivo, vale a dire per fare del codice uno strumento fondamentale di governo di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuovi sistemi normativi, dobbiamo ridefinire le moderne funzioni di garanzia e di orientamento dell'intero sistema normativo.

Proprio le condizioni di estrema complessità in cui operano i sistemi normativi contemporanei rendono più forte la domanda di principi generali di orientamento, più che di una normativa completamente dettagliata all'interno del codice.

Si riflettono qui alcune tendenze culturali profonde: ad una fase dominata dai saperi parziali e dalla prevalenza del frammentario stia subentrando un bisogno diffuso di ricomposizione di categorie culturali unificanti.

Oggi si registra una domanda di ricomposizione dei saperi. Mi sembra che questa fase di superamento della postmodernità sia già in corso in altre scienze, come per esempio nell'architettura e nell'urbanistica.

In questo quadro si inserisce, credo, l'esigenza che riguarda i codici.

Naturalmente i tentativi di risposta dovranno avvalersi di basi nuove rispetto al passato; ciò è particolarmente evidente per il rinnovo dell'impresa codicistica che deve abbandonare i vecchi presupposti ottocenteschi, ormai superati, di riferimento monoclasse o di riferimento allo stato nazionale.

E qui devo dire che i Parlamenti non riescono da soli a formulare idee nuove perché, come è stato detto prima, i parlamenti fanno le leggi, non fanno codici. Essi delegano la stesura di codici che poi ratificano, se necessario apportando correzioni.

Sulla base di queste premesse credo che il tipo di attività necessaria per andare verso la definizione di nuovi codici debba essere orientata al raggiungimento di quattro obbiettivi fondamentali:

1. *L'attenzione alle esigenze di semplificazione normativa.*

L'attività legislativa incide su un ambiente saturo di norme; per questo ogni nuovo intervento legislativo deve introiettare, sin dal momento della sua progettazione, la necessità di semplificare nella misura più ampia possibile la normativa previgente. Si cerca di farlo ma, vi assicuro, è complicatissimo. Perché i tempi necessari per definire esattamente il settore dell'ordinamento dove si va ad inci-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere non sempre sono compatibili con la rapidità degli interventi. Inoltre l'intreccio tra i vari livelli della produzione normativa, le sentenze della Corte Costituzionale, l'interpretazione della Cassazione e dei giudici di merito, rende difficile capire qual è l'esatto ambiente normativo nel quale si colloca ogni nuova legge.

2. *L'affinamento nell'uso dei diversi tipi di strumenti legislativi.*

La produzione legislativa oggi non è più riconducibile ad un'unica procedura. Il contenuto e le procedure di approvazione delle leggi tendono a specializzarsi in relazione alle finalità istituzionali proprie dei diversi tipi di intervento.

Nel sistema italiano hanno, ad esempio, raggiunto un alto grado di specializzazione leggi a cadenza periodica quali le leggi di bilancio, le leggi comunitarie e le leggi di semplificazione.

Un uso ordinato dello strumento legislativo presuppone ormai una sempre più accurata definizione del procedimento e del contenuto proprio di ogni intervento legislativo, perché c'è un rapporto tra contenuto e procedimento: il procedimento legislativo non è uguale in tutti i casi, esso cambia a seconda dei contenuti.

Da questo punto di vista, recependo un suggerimento del Professor Rescigno, il problema della delegificazione pone due questioni:

a) le norme delegificate sono assai più complicate, più difficili, più minuziose e peggio scritte delle leggi; ciò si deve al fatto che la burocrazia, che scrive quelle norme, è abituata a scrivere norme di dettaglio, non è abituata a scrivere norme generali;

b) tra breve tempo si assisterà al passaggio da una delegificazione per "sottrazione" ad una delegificazione per "ristrutturazione" dell'ordinamento.

Non è più possibile pensare che la delegificazione equivalga semplicemente a togliere, come con un cucchiaio, dei frammenti normativi e a trasformarli in altra cosa. Il punto vero è vedere come ristrutturiamo l'ordinamento sulla base di norme non legislative, di testi unici, di leggi semplici e di codici; come cioè risistemiamo la materia normativa all'interno dei vari comparti, in cui essa può essere correttamente collocata sulla base dei principi che determi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neremo. Questa tecnica della "sottrazione" francamente non risponde più alle esigenze originali.

3. *La definizione di principi di riparto di competenza attraverso le diverse fonti normative.*

In un ambiente dominato da fenomeni di policentrismo normativo, la funzione della legislazione parlamentare deve essere sempre quella di stabilire chiari criteri per la definizione degli ambiti di competenza tra diversi centri di regolazione.

Voglio dire che il Parlamento ha perso il monopolio della legislazione come i governi hanno perso il monopolio della decisione; ci sono molti soggetti che decidono e ci sono molti soggetti che producono norme.

Il ruolo del Parlamento in relazione al principio di sovranità si esprime sempre di più nelle grandi normative di principio e nell'attività di regolazione delle competenze dei soggetti che possono produrre norme.

4. *La rinuncia ad una legislazione eccessivamente dettagliata e frammentata.*

I parlamentari si trovano molto spesso di fronte ad atteggiamenti contraddittori: ceti o soggetti forti, che riescono ad interloquire con il parlamento, chiedono sempre più spesso meno leggi per gli altri e più leggi per sé. Non c'è soggetto interlocutore del parlamento che non chieda una legge per qualunque cosa e che contemporaneamente non dica che ci vogliono meno leggi.

La somma di queste richieste crea un mondo difficilmente gestibile per la contraddittorietà delle situazioni.

In questa prospettiva credo che l'idea antica della codificazione rimanga essenziale per progettare il futuro dei sistemi normativi nelle democrazie avanzate.

Ad essa è collegata un'esigenza sostanziale di garanzia di funzionamento degli ordinamenti giuridici che richiede di essere costruita con una serie di azioni positive da parte dei massimi organi della rappresentanza e con il concorso della scienza giuridica, della giurisprudenza e degli altri operatori del diritto.

Uno dei punti che, ad esempio, si porrà con sempre maggior

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

urgenza è come legare insieme codici per sistemi, civile, penale etc., e codici per materia, la famiglia, le società etc. La questione assumerà particolare rilevanza quando si realizzerà il sistema federale.

In materia di turismo ci saranno ventidue normative, una per regione, più quella nazionale. Servirà, credo, un codice del turismo che faccia capire all'albergatore marchigiano che apre un albergo in Umbria che cosa gli succederà.

Dovremo nel futuro pensare sempre più alla necessità di tue tipi di codici, quelli per settori dell'ordinamento e quelli per materia, perché solo l'insieme di questi due livelli consentirà di avere un quadro di conoscenza delle linee fondamentali dell'ordinamento giuridico. Nei codici per materia, inoltre, dovremo inserire la normativa europea e la normativa delegificata perché altrimenti il cittadino non riesce ad orientarsi in modo corretto.

Questo tipo di codice è diverso dal testo unico, che si limita a raccogliere la normativa esistente: nel codice invece c'è tutta la normativa, vecchia e nuova, sulla materia esposta in maniera sistematica. Produrre un codice non è un lavoro compilativo; è un lavoro innovativo.

Per queste ragioni occorre individuare nuove sedi per confrontarci su questi problemi.

In alcuni paesi, come la Danimarca o l'Italia, si è già avviata l'esperienza di conferenze interistituzionali sulla legislazione.

Il convegno di oggi testimonia l'impegno della migliore cultura giuridica. Spero che ci siano le condizioni perché possa trovare sempre più frequentemente un raccordo fra politica e specialismi anche sul terreno della legislazione. Quando si affrontano questi temi ciascuno di noi avverte la fragilità del proprio ruolo rispetto al compito. Per questo mi auguro che si possa trovare il modo per far sì che questo complesso di riflessioni abbia una ricaduta sul mondo parlamentare, che possa servire a far lavorare meglio il Parlamento, in raccordo permanente con gli specialisti.

Vi ringrazio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GEOGRAFIA DEL CODICE: RESISTENZE E PERSISTENZE

Relazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JEAN-LOUIIS HALPÉRIN

CODES ET TRADITIONS CULTURELLES

I. Les moyens et les politiques d'acculturation des codes. — I.A. Comment faire du code un élément central de la culture juridique. — 1. Une énigme: l'impression des codes. — 2. Le complément des travaux préparatoires. — 3. Code et endoctrinement universitaire. — 4. L'insertion des codes dans une tradition juridique et livresque. — I.B. Comment faire du code une composante de la culture populaire. — 1. Les encouragements à la lecture populaire. — 2. Les éditions de vulgarisation des codes. — 3. L'art au service de la glorification de la codification. — 4. La codification, sujet littéraire. — II. Les résultats de "l'imposition" du code. — II. A. Les résistances et les inerties. — 1. Des populations rebelles à la codification. — 2. L'hostilité ou l'indifférence des intellectuels. — II. B. Les réussites et les illusions. — 1. Des signes d'attachement au code. — 2. Une acculturation toujours problématique.

Les rapports entre la codification et les traditions culturelles peuvent être compris de diverses manières. La codification du droit est un processus historique advenu à plusieurs époques: des codes antiques aux plus récents, la codification possède un certain nombre de caractéristiques communes, même si l'on convient d'une nette transformation avec l'apparition de la codification "moderne" à la fin du XVIII^{e} siècle et au début du XIX^{e} siècle (1). Tous les codes ont une généalogie, tous sont le prolongement de courants de pensée plus anciens, tous sont l'aboutissement d'entreprises de grande envergure et souvent de longue haleine: la route qui conduit au code — et plus encore d'un code à l'autre — forme rétrospectivement un itinéraire intellectuel et politique qui peut être considéré comme une forme de tradition, de transmission de l'idéal codificateur entre plusieurs juristes, voire entre plusieurs générations différentes (2). S'agissant du contenu même des codes, on s'est souvent interrogé

(1) P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

(2) Cf. l'ouvrage collectif *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il regno di Napoli (1808)*, Padova, 1998, p. X et XIV sur l'idée d'un code produit d'une culture pénale authentiquement italienne.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sur la part de la tradition et de la nouveauté: la matière du code emprunte inévitablement des règles et des techniques au droit qui l'a précédé. Plusieurs codes ont été comparés à du vin vieux dans des outres neuves et même si l'existence d'une formulation nouvelle a été proposée comme critère de distinction entre la compilation et la codification, nos certitudes ont été ébranlées aussi bien par les recherches sur certaines "compilations" canoniques du Moyen Age (le Sexte comprendrait un grand nombre de textes nouveaux) que par l'idée récente de "codification à droit constant". Nous ne reviendrons pas sur cette problématique de la continuité et de la rupture relative à l'entreprise de codification considérée par rapport à l'ancien droit. L'intérêt historiographique pour la codification s'atténue considérablement si les codes sont considérés comme les produits d'une évolution rectiligne s'inscrivant dans la lignée d'une tradition seulement adaptée aux temps nouveaux. Pour nous, la codification "moderne" qui apparaît au XVIII^{e} siècle et s'épanouit au XIX^{e} siècle constitue bien un saut qualitatif dans l'histoire du droit. Les premiers codes systématiques — qu' il s'agisse d'un code civil, d'un code pénal ou d'un code général — ont bien été voulus et ressentis comme d'indéniables nouveautés, créant un choc par rapport à la tradition antérieure. Ce hiatus entre le code et la tradition antérieure tient notamment au fait que ce droit législatif et étatique est venu, dans la plupart des cas, remplacer des règles d'origine coutumière, jurisprudentielle ou doctrinale qui fondaient précisément une grande part de leur autorité sur l'ancienneté. Le Code Napoléon offre le paradigme de cette "table rase" avec la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) abrogeant toutes les sources de l'ancien droit (3). Plutôt que de revenir sur l'archéologie des codes, nous nous proposons d'étudier l'intégration des codes — en tant que formes nouvelles, sur la base d'un livre de droit homogène supposé doté de qualités de clarté et de complétude — dans les traditions culturelles de quelques pays où la codification a joué un rôle moteur dans l'histoire juridique. Cette notion de "traditions

(3) Le relief sculpté par Simart pour le tombeau de Napoléon aux Invalides (1846-1852) offre une illustration frappante de cette rupture avec l'ancien droit: cfr. infra p. 247. Sur la complétude du code, U. Petronio, *La nozione di Code Civil fra traduzione e innovazione*, in *Quaderni fiorentini* 27 (1998), p. 88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturelles" — beaucoup plus large que celle, un peu tautologique, de tradition juridique — nous paraît bien adaptée au phénomène de la codification. Les codificateurs modernes ont eu, en effet, l'ambition de simplifier le droit, de le rendre accessible au plus grand nombre sous la forme d'une livre aux dimensions relativement restreintes dont la lecture serait possible, et même nécessaire, pour tout citoyen. La codification est liée aux conceptions de la pédagogie et de la citoyenneté héritées des Lumières. Beccaria (*Des délits et des peines*, § 5) rêvait ainsi d'un code écrit dans une langue familière au peuple, qui soit à la fois un "livre solennel et public" et un texte "privé et domestique". Comme en réponse, soixante ans plus tard, Savigny dénonçait l'illusion d'une réduction des procès par la publication d'un code populaire dont on aurait voulu faire une sorte de Bible (4). Cette problématique de la "popularité" des codes, de leur diffusion dans un univers mental et culturel le plus large possible nous apparaît d'autant plus justifiée que les codes ont généralement correspondu à des projets d'unification d'Etats nationaux ou multinationaux: les codes ont ainsi été confrontés dans leur application à *des* traditions locales souvent divergentes. Dans la mesure où les codes ont pu être considérés comme des modèles de "manipulation nationaliste", figures parfaites et "structurales" du Livre de la Loi imposé par l'autorité à des populations dressées à l'obéissance (5), l'histoire de la réception des codes dans les traditions culturelles fait partie de l'étude de la codification. Les codes ont-ils été pleinement intégrés à la culture nationale qu' ils auraient "informée" en devenant un élément du patrimoine collectif ou sont-ils restés de purs objets juridiques à l'influence limitée en dehors des tribunaux et du monde des juristes? La réponse à cette question, peut-être un peu naïve, constitue à notre avis un des enjeux de la codification. Dans cette optique, nous considérerons à la fois la consécration des codes à travers la culture savante des juristes et leur diffusion dans la culture "populaire" des non-juristes, en prenant comme principaux exemples les grands codes de la

(4) F. C. v. SAVIGNY, *Landrechtsvorlesung, 1824, Drei Nachschriften*, Frankfurt am Main, 1994, p. 29-31 s'en prenant à un plan proposé par Eggers à Copenhague pour distribuer un exemplaire du code à chaque citoyen.

(5) P. LEGENDRE, *L'amour du censeur*, Paris, 1974, p. 193 et 254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

première vague de codification (ALR, Code Napoléon, ABGB), quelques codes du XIX^{e} siècle, comme les codes italiens ou japonais, ainsi que le BGB et le ZGB. Nous nous intéresserons à différentes manifestations des traditions culturelles expimées dans les courants de pensée, la littérature et l'art ou à travers des pratiques révélatrices des mentalités et des "passions". En partant de l'idée que la codification constitue une "révolution imposée par en haut", nous examinerons d'abord (I) les moyens et les politiques d'acculturation des codes avant d'envisager (II) les résultats de "l'imposition" du code.

I. *Les moyens et les politiques d'acculturation des codes.*

La promulgation constitue une ligne de démarcation, parfois sous-estimée par l'historiographie, entre les projets de code et les codes qui sont devenus des normes de droit effectives. Quel que soit l'intérêt des projets de code — susceptibles eux-mêmes de former une tradition propice à la codification, encore que leur échec puisse également constituer un frein à la codification — la vie d'un code à l'intérieur d'un corps social ne commence vraiment qu' avec sa mise en vigueur. A juste titre, les juristes ont distingué les ambitions et la portée attendue de telle ou telle codification: alors que les plus célèbres codes ont été conçus comme impératifs et parfois imposés de la manière la plus autoritaire qui soit, d'autres ont été dotés d'une valeur subsidiaire assortie d'un fort pouvoir d'attraction (6) et certains ont même été pensés comme un droit supplétif renonçant à l'unification territoriale du droit privé ou au monopole étatique des sources du droit (7). Une attention moins soutenue a été portée aux moyens déployés pour faire connaître les codes, les diffuser matériellement et intellectuellement dans le monde des juristes et au-delà dans l'opinion publique.

---

(6) C'est le cas de l'ALR, R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, Stuttgart, 1967, p. 38 avec les exceptions du droit public, de l'armée et des territoires polonais; dans une moindre mesure, le BGB avec sa loi d'introduction respectant dans certains domaines les lois de chaque Land.

(7) C. PETIT, *Il "codice" inesistente. Per una storia concettuale della cultura giuridica nella Spagna del XIX secolo*, in *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi e G. Gozzi, Bologna, 1995, p. 182-183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I.A. *Comment faire du code un élément central de la culture juridique.*

La diffusion du code auprès des juristes paraît aller de soi ou se ramener aux problèmes classiques de la publication des lois. Pourtant chaque code est un livre singulier pour lequel se posent des questions d'impression, de présentation matérielle ou "scientifique" (avec l'édition des travaux préparatoires ou de textes annexés), de traductions, d'éditions comparées et d'enseignement. Mêmes les traditions juridiques savantes ont été plus ou moins imprégnées des codes adoptés depuis la fin du XVIII[e] siècle.

1. *Une énigme: l'impression des codes.*

Le parcours éditorial des codes commence avec leur édition authentique par les pouvoirs publics. La fréquence des rééditions, de caractère officiel ou privé, ainsi que les chiffres concernant le tirage de ces impressions sont des éléments à prendre en compte pour apprécier les politiques de diffusion des nouveaux codes. Ainsi, nous savons que l'ALR a été imprimé à 29 500 exemplaires jusqu' en 1830 (8). Ce chiffre, qui peut nous paraître modeste, constituait très certainement un progrès considérable par rapport aux tirages des textes législatifs antérieurs en Prusse et correspondait à la volonté étatique de réaliser un code relativement accessible dans un allemand moderne (9).

L'histoire de l'édition du Code Napoléon reste paradoxalement à faire pour déterminer avec précision le nombre d'exemplaires authentiques qui sont sortis de l'Imprimerie nationale (ou impériale, ou royale) en 1804 — 80000 exemplaires auraient été enlevés en moins d'un mois selon le *Moniteur Universel* (10) — en 1807

(8) H. THIEME, *Die preussische Kodifikation*, in *Zeitschrift des Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, GA, 57 (1937), p. 405; R. KOSELLECK, *op. cit.*, p. 24; H. DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, éd. 1894, p. 10 relevait que les premières éditions étaient celles du *Gesetzbuch*, parues en 1791-1792, avec simplement un changement du titre, les éditions officielles n'auraient commencé qu'en 1804.

(9) H. KIEFNER, *Zur Sprache des Allgemeinen Landrechts* in B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt, *200 Jahre Allegemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, Frankfurt am Main, 1995, p. 25-72.

(10) *Moniteur Universel*, n° 348, 18 fructidor an XIII, p. 1442; quatre éditions

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(deuxième édition sous le titre de Code Napoléon avec quelques modifications) et en 1816 (troisième et dernière édition officielle à travers le *Bulletin des lois* suite à l'ordonnance du 17 juillet 1816 prescrivant le remplacement des dénominations, expressions et formules rappelant les "divers gouvernements antérieurs" à la Restauration).

Rapidement "des éditeurs empressés ont rivalisé avec les éditions officielles" (11) pour vendre des codes: le Code civil seul ou avec des annotations (par Pailliet à partir de 1812, par Sirey à partir de 1819, par Dalloz à partir de 1873 (12)) les cinq codes napoléoniens (plusieurs éditions à partir de 1813, dont *Les Cinq codes en miniature*, 1827-1828 "petite édition bijou" sur vélin avec des caractères Didot) ou tous les codes français (C. Bourguignon, *Les huit codes*, 1830; Teulet, *Les Codes*, 1838-1839; L. Tripier, *Les Codes français collationnés sur les éditions officielles*, Paris, 1848, 33e éd. en 1883; Pailliet et Rogron, *Tous les codes officiels français*, 1866; Royer-Collard et Mourlon, *Les Codes français*, 1877; H. F. Rivière, *Codes français et lois usuelles*, à partir de 1875 proche des codes annotés comme la publication de Pailliet; E. Hocquart, *Les 57 Codes, le Vade-mecum des Plaideurs*, Paris, 1865 avec sept réimpressions de 1851 à 1866). Il faut attendre le début du XXe siècle pour qu'un éditeur (Dalloz à partir de 1902) publie chaque année un "petit" code civil tenu à jour avec, ce qui est caractéristique de l'évolution, l'apport de la jurisprudence. L'ABGB a donné lieu également à des éditions diverses, sous forme authentique ou non (13), ainsi que les codes italiens (L. Franchi, *Codici e leggi del regno d'Italia*, 1897-1899 ou l'édition avec les annotations de l'avocat

---

avaient été faites aux formats In-4° papier fin et papier ordinaire, In-8° et In-32° avec des prix décroissants. Il est question de 10 000 ou 14 000 exemplaires en 1810-1811: A. N. BB[4] 29 et 30. Des publications partielles des différentes lois composant le code avaient été réalisées précédemment dans le *Bulletin des lois.*

(11) H. J. B. DARD, *Code civil des Français avec des notes indicatives des lois romaines*, Paris, 1805, p. V.

(12) Sur les codes civils annotés pour la Belgique, cf. Ed. PICARD / F. LARCIER, *Bibliographie générale et raisonnée du droit belge*, Bruxelles, 1890, p. 61, 208, 210 et 346.

(13) W. BRAUNEDER, *Der Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811*, in *Gutenberg Jahrbuch*, 1987, p. 232-233.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V. Cattaneo en 1865). Les difficultés d'édition de certains codes espagnols — le code de commerce de 1829 publié de manière privée par son rédacteur à côté d'éditions officielles ou le code pénal de 1850 publié en tout petit format pour les abonnés d'une revue (14) — pourraient être des indices de la fragilité de ces codes. Pour la plupart des codes, il nous manque des chiffres ou des documents sur cette opération élémentaire d'impression des codes qui était pourtant déterminante pour leur diffusion auprès des juristes (juges, avocats, notaires et professeurs avaient, sans doute, tous leur édition des codes courants, ce qui contribuait à rendre leurs bibliothèques plus standardisées que sous l'Ancien Régime) et dans tout le corps social.

2. *Le complément des travaux préparatoires.*

L'impression des travaux préparatoires nous paraît révélatrice à plus d'un titre: contemporaine de l'élaboration du code, elle témoigne des intentions du pouvoir politique soucieux de susciter un débat public (plus ou moins ouvert, il s'agit souvent d'obtenir l'adhésion de l'opinion publique) et de guider les juges dans l'interprétation du code; postérieure au code, elle illustre à un moment donné un regard "historique" et rétrospectif dont il faut chercher à analyser la cause. L'histoire des travaux préparatoires du Code Napoléon présente ces différents cas de figure. Pour servir son dessein et alimenter sa propagande, Bonaparte n'a pas hésité à rendre publics les principaux actes de l'entreprise de codification de 1800 à 1804. Le projet de Code civil de la commission gouvernementale a été publié en l'an IX (une édition "officielle" in quarto par l'Imprimerie de la République; une édition en deux volumes petit format chez Lepetit jeune), faisant ainsi connaître le Discours préliminaire et ouvrant la voie à d'éventuels commentaires, comme celui de l'émigré Montlosier. "Mesure aussi grande, aussi politique que sage en elle-même! Elle a nationalisé, si l'on peut s'exprimer ainsi, les matériaux du code civil" affirmait le tribun Grenier (discours du 9 ventôse an XI) avec une formulation moderne évoquant l'accul-

(14) M. Torres Campos, *Bibliografia espanola contemporanea del derecho y de la politica*, Madrid, 1880, p. 142; C. Petit, *op. cit.*, p. 198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turation de la codification. Les observations des tribunaux ont également été imprimées (quatre volumes en l'an IX sur celles des tribunaux d'appel, puis édition sous chaque article par Crussaire en 1802), puis les débats devant les assemblées ont fait l'objet de publications dans les journaux (comme le *Moniteur universel*) ou sous forme d'ouvrages composés en suivant l'ordre du code (15). "Aujourd'hui les motifs de la loi sont exposés officiellement; la loi est le sujet d'une discussion publique" écrivait Locré, en notant les différences avec les publications des travaux préparatoires des ordonnances de Louis XIV, d'abord imprimés hors de France et circulant clandestinement (16). La grande affaire fut celle de la divulgation des discussions décisives au sein du Conseil d'Etat. Le procès-verbal de ces discussions avait été, en effet, imprimé en l'an IX et au début de l'an X: il avait même été distribué au Sénat, au Corps Législatif, au Tribunat et au Tribunal de cassation. Mais lorsque Bonaparte, confronté à la fronde des assemblées, avait suspendu la discussion en l'an X, il avait ordonné de ne pas publier le procès-verbal des 21 séances précédentes du Conseil d'Etat qui était alors sous presse. Lorsque la discusssion et la publication reprirent en l'an XI — au total, cinq volumes de l'an IX à l'an XII — cette lacune ne fut pas réparée, Bonaparte ne voulant pas donner trop de publicité à ses opinions "paradoxales" sur le divorce et l'adoption selon Locré (17). Les Français ne disposaient donc pas de la totalité des travaux préparatoires au moment de la promulgation du Code civil: cette situation explique le succès des premières explications publiées par des acteurs ou des témoins de la codification: Locré et son *Esprit du Code Napoléon* présenté à l'Empereur, imprimé par l'Imprimerie impériale, Maleville et son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, ouvrages sur lesquels Savigny

(15) *Code civil des Français contenant la série des lois qui le composent avec leurs motifs, les rapports faits au Tribunat et les discours prononcés au Corps Législatif*, 6 vol., Paris, an XII, 1804; édition en 11 volumes par Rondonneau; édition en 10 volumes par Favard de Langlade.

(16) J. G. LOCRE, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, Paris, an XIII-1805, p. 11.

(17) J. G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, t. I, p. 91-98 et t. VI, p. 364 pour les conséquences relatives à la controverse sur l'adoption des enfants naturels.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

travailla pour connaître les motifs du codificateur français. Il fallut attendre 1827 pour que soient publiées les deux collections "complètes" des travaux préparatoires, destinées à devenir des références "canoniques", le recueil Fenet en quinze volumes et la *Législation civile* de Locré en 31 vol. sur les cinq codes. Les deux entreprises, concurrentes, avaient un sens politique dans la mesure où elles visaient à glorifier la codification napoléonienne en pleine Restauration. L'avocat Fenet — qui utilisa également les *Mémoires* de Thibaudeau — parlait ainsi du maintien du Code civil en 1814 "au grand désappointement d'une faction qui aurait voulu replonger la France dans le chaos où elle se trouvait avant 1789" (18). L'ancien secrétaire général du Conseil d'Etat Locré ne cachait pas ses convictions bonapartistes en faisant l'éloge de la constitution de l'an VIII ou en défendant les "sources pures" de la loi contre les interprétations arbitraires (et réactionnaires) des juges risquant de ruiner l'oeuvre de Napoléon (19).

En comparaison avec le Code civil français, les travaux préparatoires des autres codes ont fait l'objet de publications plus incomplètes ou plus tradives. Si l'entreprise de codification prussienne a été connue par l'opinion éclairée d'une grande partie de l'Europe — notamment à travers la traduction en français du Code Frédéric — les juristes allemands sont restés plusieurs années sans connaître les travaux préparatoires de l'ALR. C'est en 1811 que le ministre de la Justice von Kircheisen prit la décision de les réunir (20) et l'entreprise fut réalisée en 1819 sous la forme de 88 volumes in folio peu maniables (21). Le délai nécessaire à la publication des travaux

(18) P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. I, p. CXXXIV.

(19) J. G. LOCRE, *op. cit.*, t. I p. 49 et t. XVI, 1829, p. 607 et s. où il polémique avec un auteur anonyme.

(20) H. THIEME, *op. cit.*, p. 408 et p. 373 sur le rôle des *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* pour faire connaître l'élaboration de l'ALR de 1788 à 1809.

(21) C. WOLLSCHLÄGER, *Savignys Landrechtsvorlesung: ein Beitrag zu wissenchaftlicher Juristenausbildung*, in B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt, *op. cit.*, p. 197-199 et 202; A. SCHWENNICKE, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt am Main, 1993, p. 2; ces documents d'archives ne paraissent pas avoir été utilisés par des commentateurs comme Dernburg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

préparatoires de l'ABGB fut encore plus long, puisque leur impression ne commença qu' en 1877 (22). Ces "retards" dans la connaissance des matériaux de l'ALR et de l'ABGB peuvent s'expliquer par le caractère "autoritaire" et relativement secret du processus de codification à l'intérieur des monarchies prussienne et autrichienne.

Il en va autrement pour le Code civil italien de 1865 et pour le BGB qui ont fait l'objet de travaux parlementaires et de débats publics, sans pour autant que les travaux préparatoires soient immédiatement connus. En Italie, le Ministère de l'Intérieur publia en 1860-1863 les avis des cours d'appel sur les différents projets de code et les débats parlementaires furent, bien sûr, imprimés; mais le recueil des travaux préparatoires ne fut édité par le ministère de la Justice qu' en 1888-1892 (7 vol. pour le Code civil (23)). De manière encore plus étonnante, l'élaboration du BGB qui donna lieu à un intense débat entre juristes avec un grand nombre de publications et à une discussion parlementaire relativement nourrie (24) ne fut pas accompagnée d'une publication complète des travaux préparatoires. Les motifs du premier projet de 1888 furent connus par des travaux de seconde main (5 vol. en 1888), les protocoles de la seconde commission se limitèrent à ses avis et les éditions de *Materialen* (par Achilles, Gebhard et Spahn en 1897, par Haidlen en 1897, puis par Mugdan en 1899 auxquels s'ajoutent le rapport de la commission du Reichstag et la sténographie des débats en 1896 (25)) furent lacunaires jusqu' à l'édition des sources par Jakobs et Schubert depuis 1978. Le Code Napoléon offre ainsi un exemple unique d'une publication rapide de la quasi-intégralité des

---

(22) Cf. l'introduction de W. Brauneder, *Zeillers zweiter Kommentar*, in Zeiller, *Abhandlung über die Pincipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien, 1986, p. 19-20; W. Brauneder, *Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung 1812-1987*, in G. Hamza (dir.), *Studien zum Römischen Recht in Europa*, Budapest, 1992, p. 208; la publication de l'Ur-Entwurf par J. Ofner date de 1889.

(23) C. Ghisalberti, *La Codificazione del diritto italiano 1865-1942*, Bari, 1995, p. 71-72.

(24) Cf. F. Brändl / H. Coing, *Staudingers Kommentar zum BGB*, 1957, 11e éd., t. I, n° 20-21; M. John, *Politics and the Law in late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford, 1989, p. 105 parle de textes émanant de 400 particuliers et de 80 associations.

(25) cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992, p. 11-12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

travaux préparatoires servant admirablement la propagande bonapartiste, déjà à l'oeuvre dans le Discours préliminaire pour exalter la codification et le rôle du Premier Consul.

3. *Code et endoctrinement universitaire.*

Plusieurs des grands codes européens ont été accompagnés de mesures spécifiques pour réformer les facultés de droit et pour donner à la codification une place de choix dans l'enseignement universitaire. L'exemple français est bien connu: la loi du 22 ventôse an XII rétablissant les écoles de droit est exactement contemporaine de la promulgation du Code civil et elle accorde le premier rang à l'étude du "droit civil français, dans l'ordre établi par le Code civil", le droit romain étant étudié "dans ses rapports avec le droit français". Cette position fut encore renforcée par la définition des programmes de la licence en droit (décret du 4e jour complémentaire de l'an XII) et l'attribution des chaires: l'enseignement du Code Napoléon constitua, pendant plusieurs décennies, la matière reine dans les facultés de droit. On connaît le mot attribué à Bugnet: "Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon". En Autriche, des mesures furent également prises dès 1808 pour assurer la prépondérance à l'étude de l'ABGB dans le cursus juridique (26). En Italie, la loi Casati de 1859, antérieure aux codes du royaume unifié, mettait bien en valeur le *diritto civile patrio* à côté du droit romain et il y eut par la suite des chaires d'*Esegesi delle fonti del diritto italiano*. Enfin, le vote du BGB entraîna dans les programmes universitaires de profondes réformes — réclamées par les professeurs lors de la réunion d'Eisenach en 1896 — qui favorisèrent l'exégèse du nouveau code sous la forme d'une floraison de commentaires, tout en conservant des enseignements généraux faisant appel au droit romain (27).

En comparaison, le sort académique d'autres codifications paraît moins enviable et l'ALR offre un contre-exemple. L'enseignement du

(26) W. Brauneder, *op. cit*., p. 169-170.

(27) J. Duquesne, *L'organisation des études de droit en Allemagne à la suite du vote d'un Code civil d'Empire*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XLV, 1903, p. 233-239; D. Klippel, *Juristiche Zeitgeschichte*, Giessen, 1985, p. 7-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

code prussien resta, en effet, marginal dans les facultés de droit de l'Etat prussien qui conservèrent, comme dans le reste de l'Allemagne, un cursus fondé sur le droit romain, reléguant au second rang l'étude des droits locaux ou particuliers (28). La nouvelle université de Berlin ne fut pas dotée d'une chaire consacrée à l'ALR et son enseignement fut, d'abord, confié à un *Privatdozent*. Savigny finit par enseigner lui-même l'ALR en 1824 (les manuscrits de ses cours ont été publiés en 1994), le Landrecht devint une matière d'examen en 1826 et une chaire spécifique fut érigée en 1845 pour Heydemann, élève de Savigny (29). Cette portion congrue laissée à l'ALR peut expliquer bien des divergences méthodologiques entre le pandectisme allemand et l'exégèse française. Elle est probablement à l'origine de différences quantitatives relatives à la littérature didactique consacrée aux codes. Le Code Napoléon a donné naissance en France (sans compter hors de France) à une floraison de commentaires destinés prioritairement à l'enseignement (même si certains d'entre eux ont été rédigés par des avocats ou des magistrats), dont le nombre approche probablement la centaine, avec souvent plus d'une dizaine de volumes et de nombreuses rééditions (30). L'ALR n'a suscité, en revanche, qu' une vingtaine de manuels (31), dont les plus célèbres (Bornemann, 1834-1839; Koch 1845; Heydemann, 1851; Förster/Eccius, 1e éd. 1865; Dernburg, 1e éd. 1875) sont relativement tardifs. En outre, beaucoup de ces ouvrages ne se limitaient pas à l'exposition du code prussien mais indiquaient, dans leur titre même, la comparaison avec le droit commun allemand.

A cette littérature proprement doctrinale, il faut ajouter des productions para-universitaires, destinées aux étudiants ou aux apprentis juristes. Si les *Répétitions écrites sur le Code civil* de Mourlon ont un

---

(28) L'Espagne présente la situation d'un cours de codification organisé pour le doctorat seulement en 1842, C. PETIT, *op. cit.*, p. 196.

(29) C. WOLLSCHLÄGER, *op. cit.*, p. 187, p. 190 sur un cours commencé à Königsberg en 1789 et p. 195 sur l'attitude de Savigny; R. KOSELLECK, *op. cit.*, p. 23; H. THIEME, *op. cit.*, p. 415.

(30) Cf. E. DRAMARD, *Bibliographie raisonnée du droit civil*, Paris, 1879, p. 10-22 qui répertorie plus de 70 titres d'ouvrages scientifiques et de manuels.

(31) Cf. la liste établie par G. BERNERT *in* H. HATTENHAUER, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe*, Frankfurt am Main-Berlin, 1970, p. 43-45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certain intérêt (qui les fit apprécier au Québec), le *Code Napoléon par questions et réponses* de Prosper Rambaud (par un répétiteur en droit, Paris, 1868) est un vulgaire memento à l'intention des étudiants qui voulaient réussir leur premier examen en droit. Il faut penser également aux ouvrages écrits pour les notaires et futurs notaires, qui ne sortaient pas tous, loin s'en faut, des facultés de droit en France au XIXe siècle (à la différence des juges et des avocats... ainsi que de beaucoup d'hommes politiques formés au Code civil). Le *Répertoire de la législation du notariat* de Favard de Langlade (éd. 1807 et 1829-1830), la réédition actualisée du *Parfait notaire* de C.-J. de Ferrière (ou *Science des Notaires mise en harmonie avec les dispositions du Code civil*, 1805-1807, 2 vol.) ou les tableaux synoptiques publiés par le notaire Ludger Bruno (*Législation et jurisprudence du notariat résumées en cent tableaux synoptiques*, Riom, 1857 avec quatorze tableaux résumant le Code civil) sont des exemples de ces manuels "formulaires" detsinés aux praticiens (32). Cette forme de littérature sécrétée par les codes (on pourrait en citer d'autres exemples pour le code de procédure civile) nous montre la volonté, particulièrement dans la première moitié du XIX[e] siècle, de renouer avec la tradition d'ouvrages comparables sous l'Ancien Régime.

4. *L'insertion des codes dans une tradition juridique et livresque*

Plusieurs publications se sont efforcé — comme on vient d'y faire allusion pour l'ALR — de comparer un code avec le droit antérieur, rétablissant de la sorte une continuité avec des textes plus anciens supposés déjà connus des juristes. En France, dès l'Empire, le Code Napoléon a été rapproché du droit romain: le *Code civil des Français avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes et ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport à chaque article ou Conférence du Code civil avec les lois anciennes* de Dard (Paris, 1805) avait "pour but de démontrer que la plupart des dispositions du Code civil ont été puisées dans les lois anciennes et principalement dans les lois romaines" (comme Maleville, Dard voit la source de l'article 544 sur la propriété dans la loi 21, cod. mandati). Des ouvrages de Coffinières (*Analyse des novelles de Justinien conférées*

(32) J. Hilaire, *La science des notaires*, Paris, 2000, p. 297-298.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avec l'ancien droit français et le Code Napoléon, 1805), de Berthelot (*Justiniani Institutionum libri IV, observationibus perpetuis illustrati, additis earum institutionum cum codice Napoleone collationibus*, 2 vol. 1809), de J.-B. Delaporte (*Novum juris compendium in quo praecipue servatur ordo codicis galici*, Paris, 1806-1808, avec les observations de Perreau), d'Arnold (*Elementa juris civilis Justinianei cum Codice Napoleone*, Paris, 1812) ou de d'Esquiron (*L'esprit des Institutes de l'empereur Justinien conféré avec les principes du Code Napoléon*, Paris, 1807, 2 vol.) allaient dans le même sens. Au même titre que les *Paratitli universali e ragionati del Codice Napoleone parogonati con il diritto romano* de Romagnosi (1807-1809), ce type de comparaisons — destinées à un public savant — visait à exalter l'empereur législateur en faisant le parallèle avec Justinien, que nous retrouverons dans le domaine artistique.

En France, la volonté d'établir une "concordance" entre l'ancien et le nouveau droit se focalisa sur l'oeuvre de Pothier. Le juriste orléanais, qui ne s'était jamais prononcé en faveur de la codification du droit français, fut considéré comme le "meilleur interprète" du Code civil et ses traités firent l'objet de plusieurs rééditions sous la Restauration et la Monarchie de Juillet (par Dupin aîné en 1824, par Fenet en 1826, par Bugnet à partir de 1845; il y eut également un *Pothier des notaires* publié en 1823),cherchant presque toutes à mettre cette oeuvre en rapport avec le Code civil. Il fallut attendre les traités de Troplong, dans les années 1830, pour que soit dénoncée l'illusion consistant à croire que tout le Code civil était déjà dans Pothier (Troplong reconnaissant cependant à Pothier "le talent de faire aimer la science et de la populariser"). La vogue de Pothier dans les premières décennies d'application du Code Napoléon peut s'expliquer par des raisons politiques: à l'époque de la Restauration, la référence à l'Ancien Régime permettait de gommer les aspects révolutionnaires du code et la part qu' y avait prise "l'usurpateur". Plus généralement, nous voyons là un moyen de diffuser le Code civil auprès de juristes conservateurs fidèles — par leur formation ou leur orientation idéologique — à l'ancien droit. En renouant la "chaîne des temps", selon l'expression de la Charte de 1814, ces rapprochements opérés entre le droit ancien et la codification "moderne" masquaient l'effet de rupture au profit d'une continuité rassurante. Les rééditions du *Répertoire de jurisprudence* de Guyot

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

par Merlin de Douai, en intégrant dans les articles des références entre crochets aux nouveaux codes, l'édition de Domat par Rémy en 1828-1830 avec l'indication des articles "de nos codes" ou l'édition par Maurice de Voet mis en parallèle avec les codes français obéissaient à une logique comparable. Dans le même esprit, les juristes n'eurent aucune difficulté à rattacher le Code de commerce à l'ordonnance de 1673 et au *Parfait Négociant* de Jacques Savary (réédité en l'an VIII) ou à voir dans le Code de procédure civile une simple réactualisation de l'ordonnance de 1667: l'ouvrage de Pigeau, *Procédure civile du Châtelet de Paris*, réédité en 1809, va encore plus loin puisqu' il ne fait pas la moindre allusion au code de procédure civile dans son discours introductif sur l'étude de la procédure.

Les traductions savantes des codes — qui n'avaient pas une finalité pratique très nette — peuvent être comprises enfin comme des instruments de banalisation des codes traités comme d'autres productions de la littérature juridique et non comme des "pièces rapportées" en rupture avec la doctrine des siècles passés. Il en va ainsi des traductions latines du Code Napoléon (33), de l'ALR (34) ou de l'ABGB (35), mais aussi des traductions en français de nombreux codes européens et de la *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* d'Anthoine de Saint-Joseph.

I. B. *Comment faire du code une composante de la culture populaire.*

Dans la lignée de la philosophie des Lumières, les rédacteurs des grands codes du XVIIIe et du XIXe siècle entendaient s'adresser au plus grand nombre de citoyens: la codification, censée simplifier le

(33) Pour le royaume d'Italie, cf. les remarques de P. CAPPELLINI dans la réédition du *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia*, p. XV qui y voit un moyen de "solenniser" le code et de le légitimer sur le terrain même du jus commune rival; sur la traduction en latin du code par Gibault en 1806, cf. A. TEISSIER-ENSMINGER, *Recréation de la forme et récréation de la norme: trois versifications du Code civil français au XIX^e^ siècle*, thèse Montpellier I, 1986, p. 504.

(34) D. JANICKA, *Das Allgemeine Landrecht und Polen*, in B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt, *op. cit.*, p. 449 sur les difficultés de l'édition en 1000 exemplaires.

(35) Traduction de Winiwarter en 1812, considérée comme officielle en 1817, W. BRAUNEDER, *op. cit.*, p. 147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

droit, est associée à la notion de citoyenneté — il suffit de songer au titre de *Code civil des Français* et plus généralement au lien droit civil/ droit des citoyens — et dotée d'une dimension pédagogique qui a pu susciter des réticences de la part des juristes craignant d'être dépossédés de leur "magistère" comme le notait Bentham. Il y avait, pourtant, bien des équivoques dans la définition des "destinataires" ou "lecteurs" des codes, équivoques bien traduites par le double sens de l'allemand *Bürger*: citoyen et bourgeois. Zeiller n'avait pas caché que l'ABGB s'adressait d'abord à des hommes éduqués (*gebilderten Bürger*) avant de pouvoir être compris à la simple lecture par les membres des dasses populaires (*Bürger von schlichtem Verstande*) (36). Les rédacteurs de l'ALR pensaient eux aussi avoir rendu leur code directement accessible aux juges inférieurs, c'est-à-dire à des hommes pourvus d'un minimum d'éducation (37). Quand Achim von Arnim parlait, en 1814 (38), de son souhait de voir l'ALR devenir l'équivalent de la traduction allemande de la Bible par Luther, il reconnaissait que le peuple ne lisait pas vraiment ces ouvrages, mais pouvait y avoir accès. Il pensait plutôt au rôle des propriétaires, des prédicateurs et des fonctionnaires comme "médiateurs" de la codification (39). En France, sous la Restauration, le *Journal général de législation et de jurisprudence* affirmait que "l'étude des lois positives devait être partout une étude populaire" (40).

La diffusion des codes en tant que livres dépendait des progrès de l'alphabétisation — plus précoces en Allemagne (2 % de conscrits analphabètes en 1870, pratiquement aucun en 1900) et en France (plus de 50 % des conscrits analphabètes en 1830, un peu plus de 20 % en 1870, 10 % environ en 1890) qu' en Italie (59 %

(36) W. Brauneder, *op. cit*., *Gutenberg-Jahrbuch*, 1987, p. 235.

(37) C. Wollschläger, *op. cit*., p. 191; H. Thieme, *op. cit*., p. 376 mentionne un texte de Suarez en 1791 parlant de la possibilité pour chaque citoyen de lire et comprendre le code.

(38) Dans une lettre à son beau-frère Savigny, H. Hattenhauer, *op. cit*., p. 39.

(39) Cf. la composition sociologique du Juridisch-politische Leseverein de Vienne à partir de 1840, W. Brauneder, *Leseverein und Rechtskultur*, Wien, 1992, p. 95 qui mettait à la disposition de ses membres une bibliothèque avec des livres de droit.

(40) Cité par G. Navet, *De l'usage de Vico en France. Le problème de la légitimité du droit civil*, thèse science politique, Reims, 1987, p. 190.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de conscrits analphabètes en 1870, 33 % en 1900) (41) — et des initiatives officielles ou privées pour diffuser la connaissance du droit dans le grand public par la lecture, les éditions de vulgarisation, l'art ou la littérature.

1. *Les encouragements à la lecture populaire.*

La lecture ou la consultation publique ont été envisagées comme des moyens de diffuser la connaissance des codes, au même titre que les autres lois. Dans plusieurs parties de la Prusse, il est question de conférences ou de "cours" sur l'ALR, avec mise en vente d'un certain nombre d'exemplaires (42). En Italie, la loi du 2 avril 1865 avait prévu un système de consultation publique des nouveaux codes dans toutes les communes (43). Il est bien difficile de mesurer le succès de telles initiatives, aux effets de toute façon limités dans le temps. Il aurait fallu, pour les relayer, que la codification trouve une place dans l'enseignement primaire et l'éducation populaire. En France, l'idée de développer l'étude de la "législation usuelle" dans le cadre de l'enseignement secondaire spécial (de caractère "moderne" par rapport aux humanités classiques) remonte au Second Empire (44). La Troisième République lui donna une nouvelle impulsion, en liaison avec le remplacement du catéchisme par une instruction morale et civique dans les établissements laics. L'historien Ernest Lavisse n'hésita pas à rédiger des manuels élémentaires sous le pseudonyme — très évocateur — de Pierre Laloi: son *Instruction morale et civique ou philosophie pratique* (Paris, 1888) contient un chapitre spécifique sur le Code civil. Il n'est pas indifférent de noter que le code y est défini comme un ensemble de lois "préparées par la Convention, remaniées, votées et promulguées sous le Consulat en 1803 et 1804". Si toute référence à Bonaparte, et au titre de Code Napoléon, est omise,

(41) M. Meriggi, *Bourgeoisie italienne et bourgeoisie allemande* in J. Kocka, *Les bourgeoisies européennes au XIX^e siècle*, Paris, 1996, p. 195; A. Prost, *Histoire de l'enseignement en France*, Paris, 1968, p. 96.

(42) H. Thieme, *op. cit.*, p. 405.

(43) C. Ghisalberti, *op. cit.*, p. 57; en Suisse, le ZGB fut envoyé à chaque électeur.

(44) Cf. E. Cadet, *Dictionnaire de législation usuelle*, Paris, 1872, avec un article consacré au Code civil défini comme "le code de la famille et de la propriété".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'auteur n'oublie pas, en fervent républicain, d'insister sur l'égalité successorale et la suppression du droit d'aînesse. Le code n'est pas mis sur un piédestal (les prescriptions morales vont au-delà d'un simple respect des prescriptions légales), mais il est bien intégré à l'héritage révolutionnaire comme le montrent les manuels d'histoire du même Lavisse (45).

Il faut également tenir compte des initiatives privées pour instruire le peuple en matière juridique. L'action de sociétés charitables, pour favoriser le mariage des plus pauvres y compris des indigents, peut apparaître comme une entreprise paternaliste de "contrôle social" des classes ouvrières (46). L'esprit des démocrates qui voulaient faire connaître ses droits à chaque citoyen est nettement différent, et d'ailleurs, certaines initiatives des républicains et des socialistes s'accompagnaient de critiques à l'égard des codes napoléoniens (47). Il est cependant probable que les bureaux de renseignements ou de consultations créés par des syndicats à la fin du XIX^{e} siècle — notamment en Allemagne — ont aidé à une meilleure connaissance des codes dans les milieux populaires.

La traduction des codes dans les langues en usage à l'intérieur des Etats multi-nationaux devait, en principe, rendre leur lecture plus accessible à des populations ne comprenant pas la langue officielle. C'est ainsi que l'ALR fut traduit en polonais (en 1826, suite à un ordre de 1816) et l'ABGB en polonais (1811), en tchèque (1812), en roumain (1812), en italien (plusieurs traductions en 1814, une officielle en 1815), en serbe (1849), en hongrois (1852, suite à l'extension du code), en croate (1852) et même en hébreu pour les Juifs qui ne formaient pas une nationalité de l'Empire (1876, avec

---

(45) *La première année d'histoire de France*, Paris, 14e éd., 1890, p. 310 fait seulement allusion à l'oeuvre codificatrice de Napoléon: "après lui, il n'était plus possible d'effacer de nos codes les grandes lois qui régissent encore aujourd'hui la famille et la propriété"; l'*Histoire de France*, avec la collaboration de P. Conard, Paris, 1933, p. 246 reprend l'idée d'un code rassemblant des lois votées "par les assemblées précédentes et le Consulat".

(46) J. DONZELOT, *La police des familles*, Paris, 1977, p. 34-36 à propos de la Société de Saint-François-Régis, fondée en 1826.

(47) Cf. les petits ouvrages d'E. ACOLLAS, *Le droit mis à la portée de tout le monde*, 1885-1886 ou les conférences aux universités populaires du syndicaliste Maxime Leroy.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des passages en yiddisch) (48). Il est à noter que le Code Napoléon n'a pas fait l'objet, à notre connaissance, d'une traduction dans une langue régionale ou un patois, ce qui correspond bien à l'exclusivisme linguistique de la centralisation française.

2. *Les éditions de vulgarisation des codes.*

C'est au pays de Bade qu'est apparue, semble-t-il (49), l'idée d'un ouvrage élémentaire pour expliquer le code aux profanes. Sous le titre explicite de *Das badische Landrecht oder der Code Napoléon als populäres Handbuch des bürgerlichen Rechts* (Mannheim, 2e éd. en 1847), le manuel de Carl Théodore Müller — peut-être parent de l'éditeur du code - se présentait comme un catéchisme destiné à faire comprendre facilement aux "non-juristes" le Landrecht badois élaboré par Brauer à partir du Code Napoléon.

En France même, il faut attendre curieusement le milieu du XIXe siècle pour que des initiatives privées s'intéressent à cette vulgarisation du Code civil. A partir de 1852, l'avocat Jean-Bonaventure-Charles Picot se fit une spécialité de ce type de littérature: en 1852, il publiait un *Manuel de Code Napoléon* pour exposer "succinctement les principes élémentaires des lois [...] faites pour tous les Français" puis, après avoir dit-il diffusé plus de 200 000 exemplaires de ce manuel, il proposait un *Catéchisme du Code Napoléon* (1861) afin de "graver nettement et fortement dans l'esprit du lecteur" la "parole grave du législateur" en destinant spécialement son ouvrage sous forme de demandes et réponses aux instituteurs et aux frères des écoles (50). Dans la même veine, le *Résumé populaire du Code civil* de Morin (1863), le *Nouveau guide usuel et national du Code Napoléon* expliqué de Solon (1869), ou *Le Code civil mis à la portée de tous* (1873) de l'avocat Pierre Farine essa-

(48) W. Brauneder, *op. cit.* in G. Hamza, p. 145-150 et *op. cit.,* in *Gutenberg Jahrbuch*, p. 238.

(49) Sous réserve de quelques tentatives précédentes concernant l'ALR: le *Handbuch gemeinnützlicher Rechtswahrheiten für Geschäftmänner* de Gossler dont les premières éditions datent de 1793-1794 avec un travail en commun de Gossler et Suarez, cf. C. Wollschläger, *op. cit.*, p. 195.

(50) Il se prononçait pour l'introduction d'un enseignement juridique de base dans les collèges et les écoles normales, p. VI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

yaient de rendre moins fictif le principe "nul n'est censé ignorer la loi". Le *Moniteur des Français ou explication des lois civiles et commerciales mises à la portée de toutes les classes* de Boursin et Gosselin (1869) fut même "agréé" par Napoléon III et le ministère de l'Intérieur: il y était question de traduire le Code civil "sous une forme claire, précise, dégagée de termes scientifiques et techniques" sans renvoi aux articles eux-mêmes. L'épaisseur relativement importante de ces ouvrages (il est vrai de petit format), qui s'efforçaient de rendre compte de l'ensemble des articles du Code Napoléon, suscite des doutes sur la portée réelle de ces tentatives de vulgarisation. Avec des ambitions plus limitées, le livre de J. E. Hérissé, *Jurisprudence populaire du Père Joseph, Des servitudes ou services fonciers* (1868) paraît plus adapté à un public peu instruit. Sous forme d'une historiette à lire dans les veillées campagnardes — celle du père Joseph cultivateur et ancien soldat de l'empereur ayant participé à la campagne de Russie — ce petit livre offrait un court historique du Code Napoléon ("que vous connaissez tous sous le nom de la Loi") et un exemple vivant de mise en pratique sur les servitudes, mettant en avant le bon sens de paysans avertis face à un méchant homme d'affaires, Jean Chicanneau... Le Code civil essayait bien, par ce biais, d'entrer dans la culture populaire.

La promulgation du BGB s'accompagna également de tentatives, plus ou moins naïves, pour expliquer le nouveau code au plus large public: l'ouvrage de Rosenthal (*Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze mit gemeinverständlichen Erläuterungen unter besonderer Berücksichtigung des täglichen Lebens*, 1903) aurait atteint les 200 000 exemplaires, dépassant les tirages du livre comparable de Reatz (*Das BGB für das Deutsche Reich für das Deutsche Volk erläutert*, 1897) les "causeries" de Lobe (*Plaudereien über das neue Recht*, 1900) l'ABC du BGB (de Hoffmann, 1900) ou le BGB sous forme de proverbes de Cohn (1896) qui cherchaient tous à aider les non-juristes ([51]). Là encore, il est bien difficile de savoir si les ambitions commerciales de ces publications privées correspondirent à une réelle portée sociale.

([51]) H. MOHNHAUPT, *Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtspsrechung (1897-1914)*, in U. Falk/H. Mohnhaupt, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt am Main, 2000, p. 497.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Depuis longtemps, des auteurs et des éditeurs s'étaient demandés s'ils ne valaient pas mieux cibler leur public en destinant ces ouvrages élémentaires aux classes bourgeoises ou, dans une perspective un peu différente, aux personnes que leur éducation ou leurs préjugés risquaient de tenir éloignées de la codification. Plusieurs éditions du Code civil furent expressément adressées aux "propriétaires": il s'agissait de leur dire, s'il était encore besoin de les rassurer, "pour presque rien, comment et pourquoi ce qui est vôtre est vôtre" (52). Le magistrat G. de Lusignan publiait en 1854, sous forme de dictionnaire, *Les lois de l'Empire français mises à la portée des propriétaires, commerçants, manufacturiers, industriels, locataires...* D'autres auteurs visèrent le public féminin: il y eut plusieurs publications avec le titre de *Code des femmes* (1823, par l'avocat Auguste-Charles Guichard sous forme de consultations; 1828 par N. E. Carré) et un *Code conjugal* publié sous le pseudonyme de Napoléon Landais (ou Horace-Napoléon Raisson, journaliste et écrivain sous plusieurs pseudonymes, éditeur notamment d'un *Code de la toilette*, d'un *Code galant* et d'un *Code des boudoirs*). Plus surprenantes encore sont les éditions pour les ecclésiastiques ou les personnes pieuses qui voulaient respecter la plus stricte morale du for intérieur: *Le Code civil commenté dans ses rapports avec la théologie morale* de l'abbé (plus tard cardinal) Th. Grousset (3e éd., Valence, 1836, les onze éditions auraient fait tomber "bien des préjugés répandus" contre le code) qui cherchait plutôt à justifier les dispositions du code (y compris l'interdiction de la recherche en paternité, pourtant critiquée par de nombreux catholiques), *Le Code civil commenté à l'usage du clergé* du chanoine Allegre (1893, trois éditions en cinq ans annonçant une grande diffusion en France et à l'étranger) tenant compte du rétablissement du divorce en 1884 pour donner également des conseils aux avocats et magistrats catholiques. Pour n'oublier personne, *Le Code Napoléon mis à la portée des sourds-muets* de Ferdinand Berthier (1868) s'intéressait surtout aux questions d'état et capacité indispensables à connaître pour les "frères d'infortune" de l'auteur.

(52) Cité par A. TEISSIER-ENSMINGER, *op. cit.*, p. 602.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le Code des Femmes
ou
RECITS ET ENTRETIENS
Sur leurs Droits et Priviléges.

Par un Avocat.

à Paris.

Chez l'Auteur, rue de Caillou, N.° 12.
Et chez Porthmann, Imprimeur, rue ste Anne, N.° 43.
1823.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nous touchons ici aux "curiosités bibliographiques", dont on peut sourire, mais qui sont d'autres témoignages de l'acculturation de la codification. Non seulement des auteurs ont cherché à présenter le Code Napoléon en tableaux faciles à visualiser (*Le Code civil réduit en tableaux synoptiques*, Paris, 1822; Brossard, *Synopsie du Code civil*, 1839-1840), mais certains ont eu recours à la mnémotechnique comme Darel (*Les Codes mnémonisés*, Paris, 1829) ou Aimé Paris (*Le Code civil mnémonisé en cinquante leçons*, Paris, 1825). Cette dernière brochure laisse rêveur quand elle prétend aider à retenir la numérotation des articles du code à partir de "codes" correspondant à chaque chiffre: sachant que 0 est l'or et 1 le premier homme (Adam), 10 est le banquier ou Crésus, l'homme cousu d'or et 100 le jongleur, l'homme qui, avec sa bouche d'or, gagne de l'or, ou, on l'aura deviné, Law, "dont le système de finance n'était qu' une jonglerie"... Il était sans doute plus simple d'apprendre le code que de le "coder"!

De manière plus sérieuse, le Code Napoléon fut mis en vers à plusieurs reprises: par Flacon-Rochelle en 1805, par Decombrousse en 1811, par Andriot en 1852 et par Pons-Euzières en 1882. La version de Decombrousse, en axelandrins pour tous les articles du Code, n'était pas une "facétie": elle émanait d'un ancien avocat et député, chef du bureau du ministère de la Justice (53). Versifier le code pouvait permettre de le mémoriser plus facilement et surtout de l'exalter, en l'élevant au rang d'oeuvre d'art. Des productions du même genre glorifièrent le BGB en vers joyeux (B. Kann, *Das "Neue Bürgeliche" in fröhlichen Versen*, 1898) (54). Du manuel élémentaire, on passait insensiblement à l'art et à la littérature, comme vecteurs de vulgarisation du code.

3. *L'art au service de la glorification de la codification.*

Par rapport au flot d'ouvrages composés sur les grands codes, les oeuvres artistiques évoquant la codification ne sont pas très nombreuses. Elles correspondent, pour la plupart, à des opérations officielles ou officieuses de propagande pour glorifier le législateur et son oeuvre. Les choix stylistiques sont néanmoins révélateurs

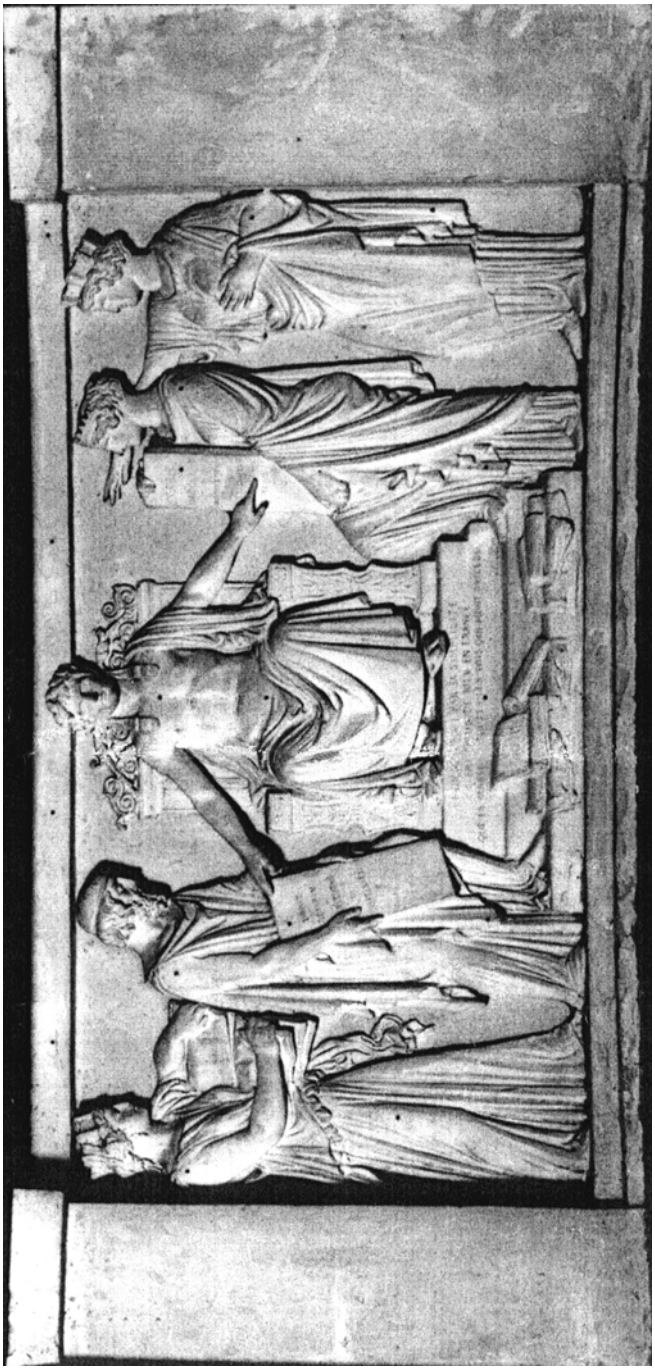
(53) A. Teissier-Ensminger, *op. cit.*, p. 28 et s.
(54) Cf. H. Mohnhaupt, *op. cit.*, p. 497.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Kup Fertick von Johann M. Mettenleiter 1801 in H. HATTENHAUER G. LANDWEHR, *Das nachfriderizianische Preußen* 1786-1806, Heidelberg, 1988.

d'orientations diverses. En Prusse, une gravure de 1801 représente Minerve offrant un code à la Justice et brûlant les sources du droit antérieur: dans l'esprit des Lumières, le recours à l'allégorie insiste sur le passage de l'ancien droit au nouveau droit, sans mettre en avant les codificateurs eux-mêmes, choix iconographique que l'ont peut rapprocher du tableau de Belle, *La Convention nationale donne à la France le Code des lois républicaines*, 1792-1794. L'art napoléonien insiste, au contraire, sur la figure de Bonaparte: pour célébrer l'adoption du Code civil, le Corps Législatif passe commande à Chaudet d'une statue à l'antique de l'empereur législateur et Napoléon est représenté donnant le Code civil sur l'arc de triomphe provisoire érigé en 1810 pour l'entrée de Marie-Louise à Paris. Très vite, la légende d'un code tout entier sorti du cerveau de Napoléon trouve son illustration en dehors de la commande publique: David peint en 1812 (pour un duc écossais!) Napoléon à son cabinet de travail composant pendant la nuit (l'horloge en fait foi) le Code civil

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano



Simart, Modéle pour le tombeau des Invalides, 1857.
Cliché Musée d'Art et d'Histoire de Troyes - Photographie: Jean Marie Protte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(dont le manuscrit est deposé enroulé sur son bureau), tandis qu'une gravure (de style plus "populaire") de Monnet imagine l'empereur et roi montrant à l'impératrice "les articles du Code civil qu' il vient de terminer". Sous la Monarchie de Juillet, le tableau de Mauzaisse, *Le Code Napoléon couronné par le temps* (1832), présente une apothéose pour l'oeuvre considérée comme la plus durable de l'empereur (la composition rappelle en contrepoint les défaites militaires et l'exil à Sainte-Hélène). Dans le même contexte, un des reliefs de Simart pour le tombeau de Napoléon aux Invalides honore la simplification du droit par Napoléon ("Mon seul code, par sa simplicité, a fait plus de bien en France que la masse de toutes les lois qui l'ont précédé"), en jouant de la rupture (avec un droit romain dépassé tenu par un vieillard, un droit coutumier déchiré par une femme) et de la continuité (avec les oeuvres de Domat et Pothier à la base qui inspireraient, avec quelques grandes coutumes, le code en surplomb). Autre temps, autre style: le *Deutsche-Juristen Zeitung* de 1900 associe le portrait de quatre rédacteurs du BGB (Pape, Planck, Nieberding et Küntzel) au slogan "Ein Volk, ein Reich, ein Recht!": cette fois, c'est l'oeuvre collective et unificatrice des juristes qui est exaltée.

Il n'est pas sûr que cet art académique ait beaucoup aidé à la diffusion des codes, mais des artistes ont trouvé le sujet assez important pour s'y attaquer, en dépit de son caractère abstrait. A ce titre, les quelques exemples d'estampes anti-napoléoniennes évoquant le Code civil sont aussi des preuves indirectes du culte de la codification (55). Enfin, l'humour a pu exercer ses droits sur le Code civil: une édition illustrée du livre I du Code civil par Hémard en 1925 croque un certain nombre de situations familiales dans l'ambiance du vaudeville. La présence de la codification dans la vie quotidienne et dans les mentalités peut susciter aussi bien le rire que la louange ou la critique.

---

(55) Une estampe anglaise représentant Napoléon à son retour de Moscou, un exemplaire du code sur sa table, peut-être en rapport avec le tableau de David; une caricature française sur l'arrivée de Napoléon à l'île d'Elbe avec sous le bras un sceptre brisé et le Code civil, cf. J. P. RIBNER, *Broken Tables. The Cult of the Law in French Art from David to Delacroix*, University of California Press, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *La codification, sujet littéraire.*

Les productions littéraires qui ont pour sujet la codification — sans prétendre vouloir rendre compte de l'intégralité de son contenu — appartiennent à deux genres très différents: la poésie "dythirambique" et le roman social. Comme exemples de la première catégorie figurent le *Panegerico a Napoleone legislatore* (1807) de Pietro Giordani (56) et deux textes allemands: une Ode à l'ALR de Jenisch en 1797 et le poème "Das deutsche Recht" de Ernst von Wildenbruch sur le BGB en 1900 (57). Tout en se rapprochant des formes versifiées des codes, ces compositions poétiques n'ont pas la même fonction: il ne s'agissait pas de rendre le code plus attrayant ou plus facile à mémoriser, mais d'exalter l'oeuvre du législateur dans une perspective nationaliste, avec un objectif comparable à celui de certaines oeuvres peintes, gravées ou sculptées.

Concernant le roman, il existe bien sûr des références éparses dans la littérature européenne à tel ou tel code. Un subjectivisme trop français pourrait donner l'impression que ces notations — difficiles à distinguer de celles se rapportant au droit en général — ont été pus fréquentes dans la littérature française que dans les littératures allemande, autrichienne ou italienne. De manière plus sure, la France se singularise par la place centrale occupée par le Code civil dans l'oeuvre d'un de ses plus grands romanciers, Honoré de Balzac. Ayant travaillé comme clerc d'avoué, puis de notaire, Balzac s'est très tôt intéressé à la figure littéraire du code et il a été associé, à partir de 1823, aux publications collectives d'Horace Raisson jouant autour du terme de code (*Code civil, manuel de la politesse, du ton, des manières, de la bonne compagnie*, 1828). Il publie en 1825 un *Code des honnêtes gens ou l'art de ne pas être dupe des fripons* où il dénonce les escroqueries pratiquées par les "industriels privilégiés", notamment les notaires et les avoués. En 1829, sa *Physiologie du mariage* apparaît comme un "code marital", se servant de la mode des "simili-codes" d'Horace Raisson (comme un

(56) A. Cavanna, *Mito e destini del "Code Napoléon" in Italia. Riflessioni in margine al "Panegerico a Napoleone legislatore" di Pietro Giordani*, in *Giordani Leopardi, Convegno nazionale di studi*, 1998, p. 35-75.

(57) H. Thieme, *op. cit.*, p. 373; H. Mohnhaupt, *op. cit*., p. 502.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Code gourmand en 1827) et des points de contact mis en évidence par Brillat-Savarin entre la gastronomie (physiologie du goût) et le droit (58). De nombreux volumes de *La Comédie humaine* traitent, ensuite, de tel ou tel aspect du Code civil: *Gobseck* (sur le prêt à intérêt), *Le colonnel Chabert* (sur l'absence), *Louis Lambert* (l'apôtre de la Volonté dénonce dans une lettre l'oeuvre "draconienne" du Code Napoléon, le partage des successions menant à l'abâtardissement de la nation), *Le médecin de campagne* (sur la légende napoléonnienne), *Le contrat de mariage*, *L'Interdiction*, *Le Curé de village* (accusant le Code de détruire la famille), *Mémoires de deux jeunes mariées* (sur le mariage), *Ursule Mirouët* (sur les enfants naturels), *Les Paysans* (sur la propriété), *Le Cousin Pons* ou *La Rabouilleuse* (à nouveau sur successions). L'oeuvre balzacienne peut être comprise comme un "long commentaire", romancé et critique, du Code Napoléon: une preuve, en tout cas, de la place acquise par le Code Napoléon dans la société et l'imaginaire du XIXe siècle français. Balzac, en mettant en scène le code, a participé involontairement à son acculturation, il fournit en même temps la preuve des résultats tangibles auxquels a pu parvenir la politique d'imposition du code.

II. *Les résultats de "l'imposition" du code.*

Il est relativement plus facile de relever les moyens utilisés pour "acculturer" les codes que de mesurer les résultats de ces "politiques" (plus ou moins officielles, on l'a vu) destinées à faire pénétrer la codification dans le tissu social et dans la tradition culturelle. En fonction de la durée de vie des différents codes et de critères plus ou moins subjectifs (dans la mesure où ils sont liés à notre appréciation personnelle sur tel ou tel code), nous avons trop tendance à parler de "succès" ou "d'échec" d'un code sans apporter d'arguments suffisants en faveur d'un jugement aussi tranché. S'agissant de la réception des codes, il nous paraît toujours utile de combiner l'étude de la culture savante et celle de la culture populaire, en faisant état de nos connaissances sur les pratiques sociales et les réactions idéologiques provoquées par la codification. Il est tout aussi néces-

(58) A. TEISSIER-ENSMINGER, *op. cit.*, p. 626.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

saire de s'interroger sur l'ambivalence de certains phénomènes. L'expression répétée de critiques à l'égard d'un code peut être aussi bien interprétée comme une forme de rejet ou comme un indice de vitalité de ce "livre" de droit: le seul fait de parler d'un code montre qu' il a un tant soit peu pénétré les mentalités. Inversement, l'apparente "popularité" d'un code, considéré comme un élément immuable du paysage culturel d'un pays, peut cacher en profondeur une indifférence du corps social à l'égard d'une relique privée de vie. Il faut donc s'interroger à la fois sur les résistances, les inerties, les consécrations et les illusions, comme on pourrait le faire pour la diffusion d'une oeuvre littéraire.

II.A. *Les résistances et les inerties*

Nous partirons de l'idée qu' un code n'est pas parvenu à donner naissance à une tradition culturelle s'il n'a pas été appliqué, s'il a fait l'objet de nombreuses critiques accompagnées de phénomènes d'ineffectivité ou s'il a été largement ignoré par ses lecteurs potentiels. L'absence de positivité est, bien sûr, la forme la plus radicale d'échec (au moins à court terme) qui a affecté les projets de code ou les codes éphémères, souvent pour des raisons politiques. La "violation" du code apparaît plutôt comme une manifestation de "résistance" populaire, même si elle a pu être soutenue par de forts courants doctrinaux. Le désintérêt à l'égard du code correspondrait davantage à une marginalisation opérée par les juristes eux-mêmes, avec la complicité d'une éventuelle indifférence des populations.

1. *Des populations rebelles à la codification.*

Là encore, la prudence s'impose dans l'évaluation de ces pratiques allant à l'encontre des codes. La transgression d'un code pénal (pouvant aller jusqu'au non-droit du brigandage) est évidemment plus "mormale" que celle d'un code civil (le code forestier français de 1837 remettant en cause les usages en la matière présente une situation intermédiaire, la délinquance forestière étant soutenue par une large partie de la population paysanne). Beaucoup de violations de la loi sont tournées contre la règle de fond elle-même (qu' elle soit ou non présente dans un code) et non contre le code en tant que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

figure spécifique. Il n'en reste pas moins vrai que les codes, dans la mesure où ils bouleversaient les usages traditionnels et où ils imposaient un droit national, ont pu faire l'objet d'actes de résistance des populations refusant expressément de se plier à ce moule juridique. Le conflit typique se situe ici entre l'absolutisme de la loi étatique et le pluralisme des coutumes, entre l'unicité d'un code général et la diversité du droit "vivant" (59).

La France offre ainsi l'exemple, dans le Midi, de pratiques contractuelles ou testamentaires s'opposant ouvertement au XIX^e^ siècle au Code civil, considéré comme un droit des hommes du Nord. Plutôt que dans le domaine matrimonial — où les codificateurs avaient ménagé les traditions locales — ces difficultés d'acculturation du code se sont rencontrées dans le droit successoral fidèle à la "tradition égalitaire" des anciennes coutumes du Nord et de l'Ouest de la France (60). Dans le Midi, et plus encore dans certains terroirs montagneux, la tentation était forte de continuer à "faire un aîné" auquel était transmis l'essentiel du patrimoine foncier. On a l'impression parfois d'une lutte entre des populations cherchant par tous les moyens (légaux ou illégaux) à contourner le code et des juristes centralisateurs (les magistrats de la Cour de cassation ou les professeurs parisiens) peu enclins à admettre la moindre entorse aux règles codifiées du partage. La question du partage d'ascendants est au centre de cette polémique qui donna lieu à quelques affrontements entre la Cour de cassation et les cours d'appel du Midi. Un étude récente sur le Béarn a montré que ces phénomènes, bien que fréquents dans le premier tiers du XIXe siècle, ne devaient pas être exagérés: l'assimilation du Code civil a progressé rapidement, sans nécessairement provoquer une baisse de la fécondité (61). Des

(59) Cf. le vocabulaire utilisé par von Gerlach en 1833 à propos de l'ALR, R. VIERHAUS, *Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten als Verfassungsersatz?*, in B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt, *op. cit*., p. 15.

(60) J. HILAIRE, *Vivre sous l'empire du Code civil. Les partages successoraux inégalitaires au XIX^e^ siècle*, in *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, t. 156, 1998, p. 117-141.

(61) C. LACANETTE-POMMEL, *Les Béarnais et le Code civil. Etude des pratiques successorales et matrimoniales dans les Pyrénées (1789-1840)*, thèse dactylo. Toulouse, 1998, p. 20, 156, p. 307; L. SOULA, *La Robe, la Terre et le Code. La Cour d'appel d'Agen (an VIII-*1851), thèse Toulouse, 1966, p. 514-524 sur les partages d'asecendants; sur le processus

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"survivances" coutumières ont également existé en Espagne, en Autriche et en Prusse, même si dans ces cas la coexistence des droits avait été prévue par les codificateurs eux-mêmes (62). Les codes ont globalement bénéficié des progrès de la "nationalisation" (y compris à l'égard des populations immigrées d'origine étrangère) des sociétés au XIXe et pendant une grande partie du XXe siècle.

D'un point de vue social, il paraît également légitime de s'interroger sur le nombre de "marginaux" qui vivaient en dehors des règles codifiées, voire rejetaient volontairement les codes bourgeois. Au-delà des phénomènes de brigandage, difficiles à mettre en liaison avec la codification en tant que telle, il nous semble difficile de parler d'un rejet significatif des codes par les classes populaires rurales et urbaines. Celles-ci ont été soumises, en effet, à de lourdes pressions sociales (par l'administration, l'école, les classes possédantes) pour intégrer un "droit bourgeois" et des valeurs fondées sur la propriété qui présentaient, par ailleurs, une importante force d'attraction. Pour reprendre l'exemple français, des institutions comme le mariage (par opposition à un concubinage qui n'était pas plus fréquent chez les ouvriers), la séparation de corps ou la correction paternelle se sont "démocratisées" au cours du XIXe siècle, notamment grâce au développement des mesures en faveur des indigents et de l'assistance judiciaire (63). L'apparition de codes du travail peut être interprétée comme un moyen (sinon un "ruse" du capitalisme) pour rallier les ouvriers au processus codificateur. Il convient, de manière générale, de marquer une distance entre d'éventuels phénomènes de

---

d'extinction des droits d'usage, C. GAU-CABEE, *L'invention d'un hybride juridique: le droit d'usage dans la jurisprudence et la doctrine du XIX^e siècle*, thèse Toulouse, 1999.

(62) W. BRAUNEDER, in G. Hamza, *op. cit.*, p. 157 sur les réglementations propres à chaque province, à nouveau libres à partir de 1889 de se doter de lois successorales spéciales; R. KOSELLECK, *op. cit.*, p. 40, 45-46, la rédaction partielle et tardive de codes provinciaux en Prusse orientale (1802) et en Prusse occidentale (1844) aurait plutôt joué en faveur du maintien des droits particuliers; M. WIENFORT, *Administration of private Law or private Jurisdiction?* in W. STEINMETZ (dir.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age*, Oxford, 2000, p. 85 sur des interprétations régionales de l'ALR. Sur l'Italie, des études sont en cours sur les résistances au Code Napoléon évoquées par G. M. NEGRI, *Dei difetti del Codice civile italico che porta il titolo di Codice Napoleone*, Vicenze, 1815.

(63) B. SCHNAPPER, *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 497 et 536.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

résistance "populaire" aux codes et la vision, subjectivement amplifiée, qu'en avaient les adversaires de la codification.

2. *L'hostilité ou l'indifférence des intellectuels*

En schématisant quelque peu, les codifications ont dû affronter, de la part des juristes et plus généralement des intellectuels, deux types d'opposition: d'une part, les "conservateurs" ont reproché aux codes d'opérer une révolution juridique trop brutale par rapport à la tradition ou aux moeurs; d'autre part, les démocrates et les socialistes ont dénoncé le caractère inégalitaire et autoritaire des codes. La première opposition était, sans doute, la plus dangereuse dans la mesure où elle était la plus ancienne et la plus capable d'influencer les autorités politiques. Tout le courant anti-codificateur — autour de Savigny ou des royalistes français (en remontant jusqu'à Montlosier) — a menacé sérieusement la poursuite de l'élan lancé par la première vague de codification. Il convient néanmoins de relativiser la puissance effective de ce mouvement: les plus critiques à l'égard des codes furent obligés de reconnaître la part de tradition qu'ils consacraient. Les ultra-royalistes ne parvinrent pas à obtenir l'abandon du Code Napoléon en France et si Savigny put affaiblir la portée de l'ALR — notamment en freinant sa révision — il ne réussit pas davantage à arrêter le mouvement codificateur que soutenaient même certains de ses disciples (comme Bluntschli). En dehors des codes "importés" par la force, aucun Etat ne prit le parti d'abroger un code "national" pour revenir à l'ancien droit non codifié! Certaines attaques, venues de ce camp conservateur, sont arrivées trop tard pour faire vasciller des codes bien enracinés: Le Play n'avait aucune chance de convaincre Napoléon III d'abandonner (ou de modifier) radicalement le Code civil, le journalsite Coquille passait pour un marginal en accusant la codification de tous les maux dans *La France et le Code Napoléon* (1894).

Le courant démocrate et socialiste fit, lui aussi, entendre sa voix à un moment où les premiers grands codes étaient déjà entrés dans les moeurs. Il pouvait, tout au plus, peser sur le contenu (mais non sur le principe lui-même) des nouveaux codes, comme il chercha à le faire en Allemagne à la fin du XIXe siècle (avec l'action de la social-démocratie lors de la discussion du BGB ou le livre d'Anton

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1899). De plus, les socialistes restèrent divisés quant au jugement à porter sur les codes "bourgeois": tandis que Proudhon dénonçait le caractère rétrograde du Code Napoléon (et le concours de flatteurs autour de lui), Jaurès relevait des "fêlures" prometteuses dans le Code civil (64). Est-il besoin de rappeler que Marx considérait le même Code Napoléon comme un progrès — dépassable — par rapport à la société féodale et à son droit? La Russie soviétique reprit d'ailleurs les projets de l'époque tsariste (1905-1914) pour élaborer le premier code civil socialiste de 1922.

Plutôt que par des attaques frontales, venant surtout d'opposants aux régimes en place, les codes risquaient d'être affaiblis par l'indifférence des intellectuels, y compris des juristes. Dans une telle optique, toutes les tentatives faites pour rattacher les codes à la tradition antérieure révèlent leur ambivalence. Quand Louis XVIII prétendait ramener le Code civil à une collection des "anciennes ordonnances et coutumes du royaume" (*Louis XVIII aux Français*, 1er avril 1814), quand certains juristes voulaient croire que tout le code était déjà dans Pothier ou niaient toute originalité au Code de procédure civile et au Code de commerce par rapport aux ordonnances louis-quatorziennes, ils participaient consciemment ou non à un "aplatissement" de la codification considérée comme un événement mineur. Dans une perspective similaire, un tableau de Blondel représentait en 1827 la France recevant la Charte constitutionnelle de Louis XVIII avec *en dessous* un livre ouvert avec le simple mot de *code*. Avec de tels procédés, ouvrant la voie à une décodification dévastatrice (par exemple, pour le code de commerce napoléonien) les codes pouvaient être réduits à l'état de "ruine" (65).

L'exemple le plus patent, mais aussi le plus difficile à interpréter, de ce type de processus concerne l'ALR. Il n'est pas interdit de penser que le Code prussien a été "boudé" par une partie de la doctrine allemande, en grande partie sous l'influence de Savigny (66). L'histoire de l'ALR après 1794 a pu être considerée comme une

(64) J. JAURES, *Etudes socialistes, de la propriété individuelle* (1901) in *Oeuvres*, Paris, 1933, t. VI, p. 375.

(65) W. BRAUNEDER, *op. cit.*, p. 219 pour l'ABGB en 1947.

(66) H. THIEME, *op. cit.*, p. 374.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entreprise consistant à "vider" le code de son contenu et surtout de sa portée, lui enlevant toute force d'expansion territoriale d'abord avec l'épisode des pays rhénans, puis après 1848 pour les territoires nouvellement annexés à la Prusse (67). L'arrêt des projets de révision du code prussien après l'arrivée de Savigny au ministère de la législation en 1842 a peut-être porté le coup fatal à une possible modernisation du code qui aurait prolongé son existence. Il faut rester néanmoins circonspect face à la position de Savigny et à la remarquable propagande qu' il a lui-même organisée pour minorer le poids de l'ALR. A côté ou en dehors de Savigny, des juristes et des intellectuels allemands (on pense, bien sûr, à Hegel) ont accordé une grande place au code et il n'est pas impossible que leurs sentiments traduisent une réelle popularité de cette codification auprès des juges et des justiciables (comme en témoigneraient les réponses aux enquêtes du gouvernement au moment de la réflexion sur la révision de l'ALR). L'indifférence des juristes a été probablement moins active dans l'échec de certains codes que les événements politiques ou les évolutions sociales: la doctrine doit rester modeste sur son pouvoir...

II.B. *Les réussites et les illusions*

La plus grande circonspection nous apparaît nécessaire pour parler du succès d'une codification. Une histoire de l'acculturation des codes ne peut se contenter du critère, souvent avancé, de la pérennité de certains codes (le Code Napoléon, l'ABGB): d'autres codes, peut-être aussi enracinés dans les traditions culturelles, ont pu disparaître du fait d'aléas politiques "extérieurs" et surtout le maintien de certains codes sur plusieurs siècles peut être interprété aussi comme une preuve de sclérose. Sans pouvoir mesurer l'adhésion des populations aux codes, l'on est réduit à relever des signes de reconnaissance symbolique (68) ou, au contraire, des indices d'une désaffection silencieuse.

---

(67) H. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 38; R. KOSELLECK, *op. cit.*, p. 51.

(68) Ou politique: cf. W. SCHUBERT, *Der rheinische Provinziallandatg und der Kampf um die Beibehaltung des französisch-rheinischen Rechts (1826-1845)*, in R. SCHULZE, *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1994, p. 123-155.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1. *Des signes d'attachement au code*

Nous avons déjà abordé les manifestations de glorification des codes. Le discours laudatif ou l'art officiel, s'ils sont contemporains de la codification, peuvent être considérés comme des instruments de propagande au résultat incertain. Mais quand cette exaltation (souvent accompagnée, à l'ère coloniale, d'une croyance dans la facilité d'exportation du modèle codificateur) d'un code survient plusieurs générations après son élaboration, il est légitime de parler d'une véritable reconnaissance symbolique. Avec le temps, certains codes se sont véritablement inscrits dans le patrimoine culturel et la mémoire nationale dans la mesure où, au XIX[e] siècle, le sort des codes a été intimement lié à celui des Etats-nations (69).

Là encore, le Code Napoléon offre l'exemple-type de la constitution d'un "lieu de mémoire" (70). Maintenu par le régime de la Restauration, ce code a en effet bénéficié de la légende napoléonienne: il a été exalté, aussi bien par les historiens (Mignet en 1841, Thiers en 1849, Quinet en 1865) que par les juristes (Ledru-Rollin dans le *Journal du Palais* en 1844, Introduction, p. XXXVI) comme un "chef d'oeuvre de législation", un "majestueux monument élevé au génie français" . Le régime du Second Empire renouvelle, bien sûr, les efforts de "sacralisation" du Code: le législateur, réformant les hypothèques en 1855, refuse de porter "une main sacrilège" sur le code, en reprenant l'image de l'arche sacrée déjà utilisée par Bigot de Préameneu et Chabot de l'Allier en 1807. Enfin, le code surmonte les critiques adressées à une oeuvre "contre-révolutionnaire" par certains républicains (comme Acollas) pour accéder au Panthéon des gloires nationales de la Troisième République. L'organisation des fêtes du Centenaire du Code civil témoigne de cette "apothéose": à l'initiative de la Société d'études législatives (et de Saleilles, son secrétaire général; une proposition soumise à la cham-

(69) E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. A. Febbrajo, Milano, 1976, p. 578; cf. également l'*Histoire de la législation italienne* de Fr. Sclopis, trad. fr. 1860, t. III, p. 43; rappelons que la discussion du BGB fut introduite au Reichstag le jour de l'anniversaire de la bataille de Sedan et que le code civil italien de 1942 fut promulgué pour les vingt ans du régime fasciste.

(70) Cf. J. CARBONNIER, *Le Code civil*, in P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire. La Nation*, Paris, t. II, p. 293-315.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bre des députés en faveur de la commémoration n'avait pas été votée), un comité de patronage fut constitué avec l'Institut, les compagnies judiciaires (avec le rôle éminent du procureur général près la Cour de cassation, Baudouin, également président de la société de législation comparée), les sociétés savantes. Ce comité parvint à réaliser le volume jubilaire (le *Livre du centenaire* en deux volumes), à frapper une médaille commémorative et à organiser une séance solennelle à la Sorbonne aux "proportions grandioses" avec la présence du Président de la République (Loubet) et des hautes autorités de l'Etat (le ministre de la Justice, Vallé, en profitant pour annoncer la création d'une commission de réforme du code). Le soir, dans un banquet officiel — où fut exécutée la Marseillaise et où furent invitées des dames, probablement en réponse aux manifestations féministes — Vallé concluait cette célébration en affirmant: "La solennité de ce jour a été un hommage rendu à la nation tout entière". Si l'on songe au symbole que représentait l'intoduction patriotique au *Livre du centenaire* par Albert Sorel (le théoricien du syndicalisme révolutionnaire) et aux débats que suscita ce centenaire (71), il n'est pas excessif d'affirmer que ce centenaire attestait de l'inscription du Code Napoléon dans la tradition culturelle française (72).

Quelques années auparavant, lors du débat sur l'élaboration du BGB, Gierke avait d'ailleurs envié aux Français cette fierté nationale qu' ils tiraient de "leur" code et il avait ardamment souhaité qu'il en soit de même pour le futur code allemand (73). Il est vrai que l'ALR n'avait jamais donné lieu à une telle célébration patriotique, même si

(71) Avec, par exemple, l'article contestataire des féministes Paul et Victor Margueritte dans *La Dépèche* de Toulouse du 21 juillet 1904 ou le discours prononcé à la Faculté de droit de Lille par H. Lévy-Ullmann, *Revue internationale de l'enseignement*, t. XLVIII, p. 128-134.

(72) Dans le *Livre du centenaire*, A. Esmein parlait du peuple français "qui avait appris l'art de la codification" depuis Louis XIV.

(73) O. GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, p. 14; cf. aussi l'objectif patriotique donné au code civil saxon de 1865, CH. ACHIN, *Zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863-1865*, Frankfurt am Main, 1996, p. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelques juristes prussiens tiraient fierté de ce code (74). En Autriche, le centenaire de l'ABGB ne donna pas lieu à une célébration (peu de temps avant la Novelle de 1916 modifiant 207 paragraphes (75)) et c'est seulement ces dernières années qu'un mouvement s'est amorcé pour fêter le bicentenaire d'un code dont environ trois quarts des articles subsistent dans la version originelle de 1811. L'histoire de l'image du BGB en Allemagne illustre la possibilité d'un renversement de tendance: longtemps considéré d'un point de vue politique comme une oeuvre de compromis, à ce titre rapidement dépassée par les évolutions sociales (76), le BGB a paradoxalement profité des attaques dirigées contre lui par le régime nazi pour apparaître, depuis 1945, comme un élément de continuité de la tradition culturelle allemande autour de valeurs "libérales" (77). L'extension du BGB à l'ancienne Allemagne de l'Est et la célébration éditoriale de son centenaire à travers plusieurs articles illustrent cette "promotion" du BGB dans les mentalités, du moins chez les juristes. L'exemple italien est peut-être plus ambigu, dans la mesure où malgré la prise en compte du cinquantenaire du Code civil en 1992 (78), une controverse subsiste sur l'empreinte ou non "fasciste" de cette codification.

Cette légitimité nationale acquise par certains codes dès le XIX^e^ siècle a-t-elle été relayée, au XX^e^ siècle, par une légitimité démocratique? Les codes "bourgeois" du XIX^e^ siècle avaient été, dans une grande mesure, imposés d'en haut — dans des Etats centralisés avec une administration forte — par la classe des juristes et des bureaucrates (79), même si certains d'entre eux avaient fait l'objet d'une

(74) Par exemple, Fr. FÖRSTER / M. E. ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, 1887, t. I, p. 22.

(75) Il y eut seulement quelques publications en 1911, W. BRAUNEDER *in* G. HAMZA, *op. cit.*, p. 218.

(76) Un enfant tard-venu du libéralisme classique selon F. WIEACKER, *Industriellegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974, p. 22.

(77) Cf. H. SCHULTE-NÖLKE, *Das Reichjustizamt und die Entstehung des BGB*s, Frankfurt am Main, 1995, p. 283 sur cette apparente neutralité, facteur de longévité.

(78) A. PADOA-SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al Codice civile del 1942*, in *Atti dei convegni Lincei*, 106, 1994, 43-71.

(79) M. JOHN, *The Peculiarities of the German State: Bourgeois Law and Society in the imperial Era*, in *Past and Present*, n° 119, 1988, p. 127.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discussion parlementaire. Les progrès démocratiques ont amené à développer des procédures associant davantage les citoyens à l'élaboration ou à la réforme des codes: le referendum — en 1898, pour l'unification intégrale du droit civil suisse (80); en Italie, à propos du divorce en 1974 (après son introduction en 1970) — ou des débats parlementaires plus ouverts (pour le ZGB, les réformes du Code civil français, le code néerlandais). On pourrait donc penser que la codification a puisé de nouvelles forces dans cette source démocratique pour pénétrer plus profondément les sociétés. L'adhésion des justiciables reste cependant tout aussi difficile à mesurer et la crise de la codification a affecté également la dimension culturelle de ce phénomène.

2. *Une acculturation toujours problématique.*

Les arguments avancés en faveur d'une crise de la codification touchent aussi notre domaine de la diffusion des codes. Il est certain que l'extension de la législation spéciale et l'essor de la décodification sont de nature à affaiblir l'intérêt des citoyens pour des codes et à menacer l'intégration de ces "monuments du droit" — réduits, dans certains cas, à l'état de ruines — dans les traditions culturelles. La multiplication des "faux" codes réalisés par des éditeurs (le "code administratif" en France) ou par l'Etat lui-même (la codification à droit constant, avec par exemple le code de la consommation en France) est également susceptible de nuire à l'image de la codification dans l'opinion, en raison des imperfections formelles de ces compilations. L'historien doit cependant constater que ces "simili-codes" ne sont pas une nouveauté (81) et qu'ils participent, de manière paradoxale, à l'ancrage de la forme codificatrice dans les mentalités. Nous voyons se développer des phénomènes culturels peut-être plus inquiétants pour la codification: l'indifférence croissante des juristes de plus en plus tournés vers la jurisprudence, le droit européen et la pratique internationale et l'ignorance du droit

(80) P. CARONI, *"Privatrecht": Eine sozialhistorische Einführung*, Basel und Frankfurt am Main, 1988, p. 95 sur le caractère "populaire" du ZGB.

(81) Ala fin du XIX^e^ et au début du XX^e^ siècle ont paru en France et en Italie de nombreux codes de ce type consacrés à la législation spéciale ou à telle branche d'administration.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la part de l'immense majorité de la population des pays à droit codifié. Quelques enquêtes sociologiques témoignent de l'absence presque totale de connaissances sur le contenu des codes de la part d'un citoyen moyen qui n'a pas suivi d'études juridiques (82). L'adhésion au code est souvent "de surface", voire totalement illusoire. Sans que l'on puisse parler de recul dans ce domaine par rapport au XIX[e] siècle — qui a fait preuve de beaucoup de "naïveté" dans la croyance à une éducation juridique populaire — il faut noter la quasi-disparition des tentatives similaires à celles faites au siècle dernier pour vulgariser les codes. Les sociétés post-modernes, de plus en plus décentralisées, paraissent aspirer à un pluralisme juridique ne laissant guère de place à l'idéal codificateur.

Les codes n'ont pas pour autant disparu des traditions culturelles des pays qui ont eu recours à ce type de formalisation du droit. Les revendications en faveur de "codes de conduite" dans le domaine de la concurrence illustrent, au moins, la fortune du mot. Même le Code civil ou le Code pénal — avec les discussions sur le Code "Badinter" de 1992-1993 en France qui ont mobilisé les juristes, sinon l'opinion publique, autour des notions de droits de l'homme et de crime contre l'humanité — a conservé, ici ou là, une valeur symbolique non négligeable. En France, les réformes des années 1960-1970 ont entendu — selon les conceptions de sociologie juridique du doyen Carbonnier — respecté l'enveloppe formelle du Code civil pour ne pas heurter les habitudes. Plus récemment le débat tumultueux sur le PACS (pacte civil de solidarité) a porté en partie sur l'insertion dans le Code civil — finalement obtenue à la fin du livre I — de ce concubinage ouvert aux homosexuels. Si l'on définit le code, d'un point de vue culturel, comme un livre de la raison juridique nationale, il pourrait survivre dans le cadre de l'unification européenne à condition de redéfinir une conception commune de la règle juridique et de défendre la nécessité d'un "codex" sous forme imprimée à l'ère de la télématique.

(82) Par exemple, en France, au moment de la réforme des régimes matrimoniaux, Fr. TERRE, *La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux*, in *L'Année sociologique*, 1965, p. 31 et 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIO CARONI

IL CODICE RINVIATO

Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico

"Meno male che andavano incontro al giorno. Al suo paese non amavano le ore che andavano incontro alla notte. Lo dicevano sulle mulattiere, su lunghe strade. 'Se parti col buio e arrivi nel podere all'alba, non è lontano. È lontano quando non arrivi mai nel tuo'".

FRANCESCO BIAMONTI , *Attesa sul mare*, Torino 1994, p. 91

I. Introduzione. — 1. Voltare pagina, ma come? — 2. La "terza" storia della codificazione. — 3. La prospettiva dei protagonisti. — 4. L'arcipelago. — II. La scuola storica (ossia: le resistenze dogmatiche). — 1. Gli ortodossi (e per essi ovviamente F.C. von Savigny). — 2. Gli infedeli (se non proprio eretici). — III. Le resistenze larvate (o sotterranee). — 1. Introduzione. — 2. I codici "sussidiari". — 3. La sussidiarietà del diritto comune. — 4. Qualche conclusione. — IV. Come si diventa nemici del codice. — 1. Introduzione. — 2. La società feudale e i suoi amici. — 3. Ma anche: la società democratica e i suoi amici. — V. Qualche riflessione conclusiva. — 1. Perché parlare di un codice "rinviato"? — 2. Un segno di lungimiranza? — 3. L'ordinaria coesistenza di elementi eterogenei. — 4. Esiste una "storia della codificazione"?

I. *Introduzione.*

1. *Voltare pagina, ma come?*

Anche in àmbito giuridico, e massime rispetto al sistema delle fonti, l'Europa ottocentesca ha davvero voltato pagina. È passata dal sistema del diritto comune a quello della codificazione. Che diventò tosto, in questo stesso àmbito, misura e simbolo della modernità. E che tuttora rinvia sia il giurista che lo storico, che volentieri aspirano ad occuparsene esclusivamente, al contesto sociale, politico e culturale. Dal quale solo è possibile cavare significati o almeno suggerimenti per determinare il senso e la portata della transizione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche se generalmente ammettiamo che questa transizione non sia avvenuta simultaneamente, poiché ogni Stato ha avuto la sua storia, anche la sua storia giuridica, che sola spiega tempi e modalità del cambiamento, pure amiamo ritenere che, quando concretamente avvenne, sia stata rapida e radicale, persino fulmìnea. E lo supponiamo tanto più facilmente, quanto più istintivamente proiettiamo nel tempo storico l'incompatibilità teorica (risp. concettuale) dei due sistemi. Dato che si attestavano su posizioni letteralmente inconciliabili ed implicavano scelte esclusive, non sopportavano — ne deduciamo — né mediazioni, né compromessi. Probabilmente per questo motivo abbiamo ritenuto che si alternassero nel tempo con la stessa fulmìnea esclusività. Per cui da un giorno all'altro fu soppresso il vecchio sistema, ne fu azzerato persino il retaggio culturale e potè finalmente raggiare indisturbato il codice (1).

Ricerche svolte nel corso di questi ultimi anni hanno provvidenzialmente sconfessato questo quadro (2). Grazie ad esse sappiamo ora che solo pochi Stati voltarono davvero pagina da un giorno

---

(1) È proprio questa la visione che ispira, notoriamente, l'opera di Francesco Calasso. Vedi ad es. *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 5, 11, 86, 124-125, 338-339; ID., *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, p. 454; ID., *Storicità del diritto*, Milano 1966, p. 114, 116-117, 163-164, 196-197, 207-208, 244, 247-248, 252, 255, 373 ss. Una descrizione puntuale e tendenzialmente completa delle novità che connotavano il nuovo sistema delle fonti si trova ad es. in GUIDO ASTUTI, *Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Raccolta di scritti a cura di G. Diurni, Napoli 1984, II, p. 713-802, in part. p. 728; ID., *La codificazione del diritto civile*, ora in *Tradizione romanistica*, cit. II., p. 805-846, in part. 806, 809, 815.

(2) Ad. es. UGO PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere*, in *Quaderni fiorentini* 13 (1984), p. 705-717; ID., *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, in *Quaderni fiorentini* 27 (1998), p. 83-115; JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris 1992; ID., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 1ª edizione aggiornata, Paris 2001; PIO CARONI, *Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice*?, ora in *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, p. 165-199; ID., *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29 (2001), p. 1-27. Ma è bene non scordare che già Adriano Cavanna nel 1980 aveva sottolineato la lentezza con la quale avvenne "il trapasso dal declinante regime di diritto comune a quello di codici" (A.C., *La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca*, in *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, a cura di A. De Maddalena, E. Rotelli e G. Barbarisi, III, *Istituzioni e società*, Bologna 1982, p. 611-657, la citazione a p. 615).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'altro, a passo di corsa. Gli altri, la maggioranza, lo fecero invece in modo meno precipitato, quasi direi circospetto. Ebbero spesso bisogno di molto tempo per riflettere, per decidere quale strada imboccare, per valutare e soppesare quanto andava perduto con questo cambiamento e quali opportunità offriva il nuovo sistema. Logicamente la transizione occupò un arco di tempo piuttosto considerevole, scandito da interruzioni e ricadute: come documentano del resto episodi e strategie, sui quali tenterò di ragionare in questo contributo.

Proprio analizzando le molte avventure, provocate o subìte dal codice a partire dalla sua promulgazione e fino al suo definitivo assestamento (se mai c'è stato), si è recentemente proposto di distinguere perentoriamente fra due storie della codificazione: quella anteriore all'entrata in vigore e quella successiva (3). La prima sarebbe la storia *della codificazione*, ossia del codice *in statu nascendi*, risp. della elaborazione (che è sempre un'operazione ad un tempo dogmatica e giuspolitica) di quel complesso unitario di leggi, che fu poi deputato a diventare l'epicentro del nuovo sistema delle fonti, nel nome del monopolio statale. La seconda sarebbe invece la storia *del codice*, di quello concluso e promulgato, del suo lento dispiegarsi e dilatarsi, più o meno in conformità ai programmi disposti (o magari solo auspicati) dal legislatore. Per molto tempo non percepita, e forse ignorata proprio in virtù della teoria che preferiva credere ad una transizione rapida e definitiva, ci appare oggi quale terra vergine ed inesplorata: che dovremo dissodare e ridurre a coltura, prima di valutarne il rilievo.

2. *La "terza" storia della codificazione.*

Anche ammettendo che questa nuova distinzione — della cui utilità sono fermamente convinto — contribuisca a valorizzare discorsi ed àmbiti finora lasciati nell'ombra, resta comunque un fatto:

(3) P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, cit. (con la corrispondente versione in castigliano sulle pagine di *Initium. Revista catalana d'història del dret* 5, 2000, p. 403-431), insieme con l'inevitabile (e salutare) rinvio all'opera di J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non esaurisce le situazioni e le esperienze legate in qualche modo al cambiamento del quale mi sto occupando. Pare dunque vi sia una *terza* storia, oltre alle due appena evocate: prende paradossalmente il largo ove la "lotta per la codificazione" viene momentaneamente vinta da coloro che combattono il nuovo sistema ed a tal modo gli impediscono di mettere radici. È la storia, questa, sulla quale gli amici che hanno voluto e realizzato questo stupendo incontro mi hanno proposto di riflettere: ben sapendo, mi pare di capire, che finora anch'io l'avevo solo lambita o magari, peggio ancora, sottovalutata. Tanto per darle subito un nome, che può piacere, ma che è anche problematico, propongo di chiamarla *la storia del codice rinviato*.

Di che cosa si dovrà occupare? Di molti argomenti, peraltro disparati:

— dell'elaborazione di progetti di codificazione, poi rimasti tali e massime della ricerca dei motivi che ne hanno determinato finalmente il rifiuto;

— della discussione pubblica sul controverso tema codificatorio ed anche qui anzitutto degli argomenti messi in campo dagli oppositori, come pure dell'influsso che ebbero sugli interlocutori;

— finalmente anche delle strategie adottate dai nemici del codice per rallentarne l'applicazione o neutralizzarne gli effetti più drastici.

Sono, dicevo, vicende disparate. Eppure hanno qualcosa in comune: in tutte risuona infatti — talora nitidamente, altre volte già contrastata — l'eco del vecchio mondo che ancóra si ribella al ribaltamento proposto (o imposto) dalla codificazione. Tutte rinviano inevitabilmente al concetto di resistenza e sono per forza di cose attente a quanto — come solo noi possiamo sapere — si perse poi per strada ed apparentemente non approdò in nessun luogo. Evocano perciò, tutte queste vicende, le paure, i timori, le perplessità, anche la rassegnazione dei vinti. Se oggi ci interpellano così insistentemente, al punto da costringerci a recuperarle e riproporle alla nostra distratta riflessione, non tanto per la simpatia che potremmo occasionalmente provare per loro, i vinti, quanto per il fascino che emana — discreto ma irresistibile — anche da questa "cathédrale engloutie": bloccata, travolta, cancellata, poi irrimedia-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilmente scomparsa (4). Senza dimenticare che riportarla in superficie e tenerne conto può comunque essere anche utile ed istruttivo: specialmente se svela il prezzo "politico" che il legislatore dovette spesso sborsare, per far passare il proprio progetto. Ben vengano dunque i numerosi e scomodi interrogativi che sorgono da queste vicende, comunque le interpretiamo: vòlti a chiarire le cause del sistematico fallimento dei progetti settecenteschi, ad appurare i motivi delle reticenze ottocentesche, a misurare l'impatto del dilatarsi del modello codificatorio sul tessuto sociale, tanto per citare qualche esempio.

3. *La prospettiva dei protagonisti.*

Il territorio, che il tema ci costringe a calcare, è notoriamente insidioso. Va quindi attraversato con prudenza. Una prudenza suggerita anzitutto dal fatto che i protagonisti delle nostre storie, i critici, gli oppositori ed i dissidenti che citerò fra poco, sono dei contemporanei, quindi dei testimoni che vivono in prima persona l'avventura codificatrice, ne provano sgomento e tentano di ostacolarla o di sottrarvisi, così come possono. Se i loro argomenti e le loro preferenze divergono talora vistosamente dai nostri, per motivi che non dovrebbero indurci a ritenerci più scaltri o lungimiranti. Se ci preme misurare l'eco suscitata dalla loro opposizione, dovremo piuttosto scoprire la logica sottesa ai loro ragionamenti, dovremo muoverci sul filo della loro cultura e della loro esperienza, come anche del loro modo di immaginare il possibile futuro di un sistema

(4) Ho tentato di ragionare su questi aspetti relativamente inconsueti della storiografia giuridica in *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, in *Juristenausbildung als Denkmalpflege? Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlass der Reform des juristischen Studiums*, a cura di G. Arzt, P. Caroni e W. Kälin, Bern 1994, p. 27-56, *passim*. Proprio perché generalmente il nostro modo di guardare al passato, inconsapevolmente tributario dell'efficientismo moderno, viene catturato solo dall'evidenza, ci interroghiamo raramente sui motivi che spiegano anche ciò che non è divenuto, ossia l'insuccesso, risp. il naufragio, di piani, progetti, programmi, ecc. Il che vale anche in tema di codificazioni, come hanno opportunamente ricordato recenti autori. V. ad es. GUNTHER A. WEISS, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, in *Yale Journal of International Law* 25 (2000), p. 435-532, specialmente p. 531; FR. TERRÉ, *La codification*, in *European Review of Private Law* 1 (1993), p. 31-47, specialmente p. 34 ("L'histoire des codes avortés reste à écrire").

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che conoscevano solo sommariamente, ma che già avversavano con impeto e passione. Nemmeno ci è lecito dimenticare che i loro giudizi (come del resto anche quelli dei fautori del codice) furono tutti in un certo senso *ipotetici*, ossia formulati sulla scorta di testi astratti e programmatici, come erano per necessità le singole regole del codice. Sarebbe facile — ma storicamente imperdonabile — dimostrarne l'inattendibilità in base ai significati concreti via via assunti da quelle norme in anni e decenni di pratica applicazione. Se possono clamorosamente sconfessare le previsioni, non debbono indurci a modificare o correggere la prospettiva, alla quale dobbiamo attenerci: che solo può essere quella dei protagonisti (5).

4. *L'arcipelago.*

Detto questo è finalmente arrivato il momento di inquadrarle, queste situazioni e queste vicende. E poi anche di discuterle, una dopo l'altra, prima di azzardarne un commento conclusivo. Chi tentasse di abbracciarle tutte con un rapido sguardo iniziale, ricorrerebbe istintivamente alla metafora dell'arcipelago: come a dire un gruppo più o meno sparso di realtà storiche connotate da una comune tendenza di fondo, ma per il resto singolari e disparate, persino autonome, come vedremo. Ad ulteriore conferma di una regola, che agli storici è familiare: dovendo anzitutto affrontare un comune nemico, rispettivamente un pericolo purtroppo incombente, e quindi potendo provvisoriamente prescindere da un puntiglioso confronto dei rispettivi programmi, l'accordo — anche fra casuali compagni di viaggio — viene tosto trovato (6). Nel nostro caso, ad esempio, sulla falsariga di una teoria che, debitamente volgarizzata fino a diventare orecchiabile, è assurta nel corso dell'Ottocento a simbolo e sinonimo della strategia anticodificatrice. È ovvio che, dicendo queste cose, penso a Savigny, alle sue scelte ed alla polemica da lui innescata nel 1814.

---

(5) Mi permetto di rinviare in merito ad un recente breve intervento sui problemi sfiorati nel testo: P. CARONI, *Kodifikation und Kontinuität*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 23 (2001), p. 293 ss.

(6) Già J.A. SCHUMPETER amava sarcasticamente rinviare alla "ausreichend bekannte Analogie des brennenden Schiffes" (JOSEPH A. SCHUMPETER, *Dogmenhistorische und biographische Aufsätze*, Tübingen 1954, p. 155).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. *La scuola storica (ossia: le resistenze dogmatiche).*

1. *Gli ortodossi (e per essi ovviamente F.C. von Savigny).*

Discorrere di queste vicende senza ricordare anzitutto le riflessioni da Savigny opposte nel 1814 all'euforico Thibaut sarebbe infatti impensabile. L'argomento è classico, la bibliografia relativa s'infittisce a vista d'occhio (7), è stata arricchita recentemente dalla pubblicazione dei materiali sparsi e dei manoscritti ancora inediti che formano in un certo senso il retroterra documentario del *Beruf* (8). Se non è il caso di incoraggiare questa tendenza, nemmeno mi pare lecito evitare del tutto lo scoglio. Quindi mi accontenterò di poche riflessioni, per poi continuare il mio cammino.

Ragionando sul codice e proponendosi — dopo averne appurata l'estrema insidiosità — di combatterlo, Savigny affronta la realtà su tre piani diversi, modificando di volta in volta le ragioni del suo rifiuto.

a) Analizza dapprima gli ipotetici codici prospettati dalla cultura illuministica e giusnaturalistica, che intendevano innovare tramite una legislazione completa ed esaustiva. Se li condanna in tronco, già in forza della sua convinzione, che il diritto nasce diversamente e comunque sempre anticipando la legge, che perciò doveva accontentarsi di confermarlo (9).

---

(7) Fra le pubblicazioni più recenti meritano una citazione: la raccolta di saggi di PAOLO BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania — Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Genova 1999, nonchè quattro opere pubblicate nel 2000, che in un modo o nell'altro si imbattono nella (risp. intersecano la) problematica affrontata in questo contributo: LAURA MOSCATI, *Italienische Reise — Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma 2000; CRISTINA VANO, *"Il nostro autentico Gaio" — Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000; SEBASTIAN GÜNTHER, *Friedrich Carl von Savigny als Grundherr*, Rechtshistorische Reihe, Band 227, Frankfurt a.M., etc., 2000; MATHIAS FREIHERR v. ROSENBERG, *Friedrich Carl von Savigny im Urteil seiner Zeit*, Rechtshistorische Reihe, Band 215, Frankfurt a.M., etc., 2000.

(8) FRIEDRICH CARL v. SAVIGNY, *Politik und Neuere Legislationen — Materialien zum "Geist der Gesetzgebung"* — Aus dem Nachlass herausgegeben von Hidetake Akamatsu und Joachim Rückert, *Ius commune*, Sonderhefte, Band 135 (= *Savignyana* Band 5), Frankfurt a.M. 2000.

(9) FRIEDRICH CARL v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

b) Detto questo prende in esame i tre codici storici, che erano in vigore da qualche anno, ai quali attesta benevolmente di non aver voluto rivoluzionare l'assetto giusprivatistico tradizionale. Li sottopone perciò ad una critica tecnico-dogmatica, che ne denuncia finalmente tutta una serie, quasi interminabile, di malintesi, imprecisioni e contraddizioni. Non mi attardo qui a discuterli, come del resto si fa da decenni, con inaudito (e forse anche inspiegabile) impegno: mi basta evocarli *en passant* (10). Non perché li ritenga

---

Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814 (citato qui e di seguito nell'edizione di JACQUES STERN, *Thibaut und Savigny — Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin 1914, p. 72-166, in part. 80-82; ID., *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 104. All'importanza di questa riflessione ho già rinviato in *Savigny und die Kodifikation — Versuch einer Neudeutung des "Berufes"*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Germanistische Abteilung*, 86 (1969), p. 97-176, in part. 141-143; ID., *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini* 9 (1980), p. 71-111, in part. p. 73. Può forse essere utile ricordare, come nel contesto svizzero proprio questa convinzione abbia a lungo potuto ostacolare l'unificazione del diritto privato. Fu infatti calorosamente condivisa dai giuristi romandi, per i quali "la loi civile écrite ne vaut rien, si elle ne préexistait dans les idées du peuple auquel elle doit s'appliquer". Per cui un buon codice dovrebbe essere radicato "dans un ensemble d'idées juridiques devenues antérieurement le bien et le lien commun du pays auquel on le destine" (così l'intervento di R. JACCOTTET al congresso della Società svizzera dei giuristi del 1871, riprodotto nella *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 7, 1871/1872, p. 134-137, le citazioni letterali a p. 135). Questa non fu una presa di posizione isolata, come confermano analoghe riflessioni in occasione di dibattiti parlamentari (ad es. *Bulletin des séances du Grand conseil du Canton de Vaud*, août 1869, p. 336, 348).

(10) Anche a trent'anni suonati dalle prime riflessioni in merito (P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 131 ss.) non posso far altro che confermarle. Sono infatti tuttora convinto che il significato profondo del *Beruf* non stia nelle pagine, ove si passano in rassegna (per poi subito condannarli) i tre codici recenti (SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 102-136). Anche i materiali manoscritti recentemente trascritti e pubblicati da H. Akamatsu e J. Rückert (vedi *supra*, nota 8) non mi inducono a rivedere questo giudizio. È vero che documentano splendidamente l'eccezionale intensità, con la quale Savigny approfondì la storia del Code. Ma proprio questa meticolosità nel seguire passo a passo l'elaborazione del codice francese rende ancora più inspiegabile la parzialità della stroncatura finale. Che fu così evidente da indurre l'autore, nel 1828, ad una clamorosa ritrattazione (il cui testo si legge in J. STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 203-204). Interessanti considerazioni sui motivi della critica savignyana al Code propone ora OKKO BEHRENDS, *Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, seine Kodifikationsgeschichte, sein Verhältnis zu den Grundrechten und seine Grundlagen im klassisch-republikanischen Verfassungsdenken*, in *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pretestuosi o immeritati, ma per motivi ben più plausibili. Perché Savigny stesso in realtà non li ha mai considerati davvero determinanti per il suo rifiuto. L'aveva già affermato nel 1814 (11), lo ha poi ribadito con tutta l'auspicabile chiarezza nel 1842. Nella sua qualità di ministro preposto alla produzione del diritto, e forse già per questo motivo ora più disponibile a distinguere tassativamente fra legislazione e codificazione (12), in quell'anno si oppose alla revisione totale dell'ALR — che pur era stata sollecitata da tempo — adducendo che i veri motivi di tale intransigenza non erano gli equivoci, le imprecisioni come anche le altre brutture, che purtroppo lo costellavano, quanto "die Abfassung des Gesetzbuches selbst, die Codification an sich" (13), risp. "der allgemeine Charakter der Unternehmung" (14). Se le aveva bollate a fuoco nel *Beruf*, quelle come anche altre, proprio solo perché le considerava il frutto

---

Bürgerlichen Gesetzbuches, *9. Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*, a cura di O. Behrends e W. Sellert, Göttingen, p. 9-82, in part. p. 30 ss.

(11) F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 135; sul punto anche P. CARONI, *Der unverstandene Meister? — Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB, in Festschrift Hermann Baltl zum 60. Geburtstag, herausgegeben von K. Ebert, Innsbruck 1978, p. 107-122, in particolare 113.*

(12) È incontestabile che nelle opere della piena maturità la contrapposizione fra la legislazione (tuttavia permessa, a condizione che non innovasse materialmente, come precisò GUSTAV GEIB, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, p. 20-23) e la codificazione sia diventata più cosciente ed inequivocabile. Lo ricordano giustamente, fra altri, WOLFGANG v. HALL, *Savigny als Praktiker — Die Staatsratsgutachten (1817-1842)*, Bremerhaven 1981, p. 52-53; HORST HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1983, p. 65.

(13) Così argomenta il programma ministeriale *Vorschläge zu einer zweckmässigen Einrichtung der Gesetzrevision (1842)*, pubblicato da ADOLF STÖLZEL in *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, II, Berlin 1888, p. 733-750, in particolare le riflessioni alle pp. 734, 735, 747, i passi citati nel testo a p. 736, per i quali rinvio anche a P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 172 nota 442.

(14) F.C. v. SAVIGNY, *Vorschläge*, cit., p. 737. La condanna, come si vede, fu dunque assoluta. Sbaglia perciò a mio avviso chi — non tenendone conto — afferma che Savigny respinse proprio solo quei codici, che non corrispondevano concretamente alle sue direttive (per le quali si vedano i rinvii *infra*, alla nota 16). Così ad es. H. HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys*, cit., p. 57, 59, 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(ovviamente bacato) di una scienza giuridica visibilmente decaduta e più che mai bisognosa di vigorose rianimazioni (15).

c) Ragionando così Savigny spostava per l'ultima volta il bersaglio della sua critica: prescindeva perciò da singoli predicati del codice, e senza più indugiare su difetti concreti *folgorava il principio stesso della codificazione*. Che, cadendo, provocava inevitabilmente il rifiuto di tutti i modelli possibili ed immaginabili, proprio anche di quello che teneva conto di tutte le sue critiche e che perciò prefigurava clamorosamente i codici poi davvero elaborati e promulgati a fine Ottocento (16). Come spiegare tale rifiuto, come giustificare l'implacabilità che l'aveva ispirato e sorretto? (17)

Per riuscirci, occorre stavolta partire da lontano, da quella che potremmo chiamare la particolare *teoria della conoscenza*, che Savigny aveva posto a fondamento della nuova scuola (18). Per essa il presente era legato al passato in un modo specifico, ossia organico ed essenziale (*scil*. né meccanico, né casuale) (19). Così essendosi strutturato "mit innerer Notwendigkeit" (20), l'unico approccio davvero idoneo a conoscerlo poteva (e doveva) essere quello storico, secondo la massima: "Geschichte ist der einzige Weg zur wahren Erkenntniss unseres eigenen Zustandes" (21). Dalla quale derivava poi il sugge-

(15) F. C. v. SAVIGNY, *Vorschläge*, cit., p. 736-737: è ovvio che tale rianimazione potesse unicamente consistere nel ristabilire il contatto, purtroppo interrotto, "mit der allgemeinen Rechtswissenschaft" (*ibidem*, 737), ossia con quella del diritto comune.

(16) Riflessioni di Savigny sul concetto di codificazione stanno nel *Beruf*, cit., p. 81-85, 104, 114, 134, 149, 163, come anche in *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3 (1817), p. 1-52, in particolare p. 18-20 (riprodotto anche in STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 213-214). Altri rinvii propongo in *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 149-150, 155-156.

(17) P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 172.

(18) Sulle riflessioni che seguono v. P. CARONI, *La cifra codificatoria*, cit., p. 74, 78-81.

(19) F. C v. SAVIGNY, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1 (1815), p. 1-17, in particolare p. 3.

(20) F. C. v. SAVIGNY, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 3-4, 6-7; ID. *Beruf*, cit., p. 137 (ma già 76, 78, 93, 99). Mi pare oltremodo importante sottolineare il senso specifico di questa, come anche di analoghe (ad es. "unvermeidlich") espressioni nel ragionamento di Savigny.

(21) F. C. v. SAVIGNY, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rimento metodologico, al quale era inevitabile attenersi: "Verfolgung jedes gegebenen Stoffes bis zu seiner Wurzel" (22).

In campo giuridico era stata finora la scienza del diritto comune a corrispondere, parola per parola, a queste direttive: prescriveva infatti all'interprete un ricorso non occasionale od episodico, ma organico e strutturale, al passato; gli imponeva a tal modo quel continuo andirivieni fra passato e presente, in mancanza del quale non sarebbe stato possibile appurare con la necessaria chiarezza la consistenza del diritto vigente, ossia: quanta parte del passato era organicamente tracimata nel presente, quanta invece ristagnava — destinata ad evaporare — in qualche pozzanghera dimenticata. Si capisce dunque bene perché Savigny considerasse questa "sua" scienza del diritto comune (insieme con il sistema delle fonti, al quale aveva dato vita e che tuttora disciplinava) anche l'unica meritevole di questo appellativo: poiché essa sola trasferiva in campo giuridico le leggi inesorabili (e quindi teoricamente inviolabili) della conoscenza.

In questo idillio la codificazione irruppe con l'impeto dissacratore di un uragano. Nasceva infatti da una diversa filosofia, che sconfessava proprio quelle premesse epistemologiche, che Savigny riteneva inviolabili. E lo faceva modificando "la forma dell'autorità" delle regole giuridiche (23), ossia indicando un'altra strada da percorrere per identificare le fonti del diritto positivo. All'"autorità" finora appurata in sequela al metodo storico sostituiva essa il principio, secondo cui "oramai solamente l'ammissione nel codice decide della validità e del senso delle disposizioni giuridiche" (24). È logico che potesse permettersi tanta spavalderia: ragionava infatti diversamente sul presente, lo riteneva sì effetto del passato, ma "un semplice effetto, il quale tostochè è prodotto, non ha più a che fare con quella causa" (25).

Se oggi, più che in passato, insisto su quella che vorrei chiamare *l'incompatibilità epistemologica* fra le due "filosofie" ricordate, lo faccio per un motivo molto semplice: perché sono convinto che

(22) F. C. v. SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 140, 142, 154.
(23) FRIEDRICH JULIUS STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, Torino 1853, p. 627.
(24) F. J. STAHL, *Storia*, cit., p. 627.
(25) F. J. STAHL, *Storia*, cit., p. 622.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tipiche e persino chiacchierate "preferenze" savignyane non siano state il frutto di scelte autonome, ma debbano piuttosto essere considerate quali conseguenze inevitabili e perciò indiscutibili dell'epistemologia storicista. Penso, per citare almeno un esempio, alla notissima affermazione di Gustav Hugo, secondo la quale Savigny nel 1814 intese mettere a riparo la giusromanistica dall'aggressione dei codici (26). Da cui parve indicato (o almeno lecito) dedurre che la polemica del 1814 vertesse sul destino della scienza giuridica (27). Oggi credo si imponga almeno una precisazione: per sottolineare che Savigny difese a spada tratta la scienza del diritto comune (insieme con il relativo sistema delle fonti, che garantiva il primato di un diritto "storico") *non* perché gli fosse congeniale a livello personale (28), ma perché era l'unica che derivasse da quella teoria della conoscenza, l'unica che vedesse nel passato una causa immanente e tuttora vitale del presente (29). Per cui non era immaginabile aderirvi, senza poi "scegliere" la scienza giusromanistica, e senza difenderla dai pericoli cui andava incontro.

Ed ora riassumiamo, prima di continuare:

se la ribellione savignyana continua tuttora ad intrigarci, ed occasionalmente persino ci affascina, per due motivi: poiché movendosi contemporaneamente su piani diversi offrì argomenti a bizzeffe

---

(26) Testo del 1814, riprodotto anche in STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 187. Sul punto vedi anche GIULIANO MARINI, *A.F.J. Thibaut — F.C. Savigny. La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982, Introduzione generale, p. 39.

(27) Ha ribadito recentemente questa convinzione P. BECCHI, *Ideologie della codificazione*, cit., p. 110-111, 166-167. Ma va pure aggiunto che nessuno aveva finora insistito con paragonabile lucidità sulla creatività della scienza giuridica, come Savigny. Anche questo aspetto viene ora giustamente ribadito da BECCHI, *ibidem*, p. 35-37, 110-111, 165-166.

(28) Come aveva maliziosamente suggerito Anselm v. Feuerbach nel testo del 1816 riprodotto anche da J. STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 195 ss., ed in particolare p. 196 (testo integrale di questo importante scritto polemico in ERIK WOLF, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main 1949, p. 285-295, in particolare p. 289). Va da sè che, ragionando oggi così, correggo anche mie formulazioni oramai vecchie di anni (P.C., *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 167-168; ID., *La cifra codificatoria*, cit., p. 71, 80).

(29) P. CARONI, *La cifra codificatoria*, cit., p. 79. Condivide questa interpretazione, se vedo bene, O. BEHRENDS, *Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., p. 32, 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per screditare preliminarmente il nuovo sistema, ai quali tutto un secolo fece largamente ricorso, talvolta senza preoccuparsi troppo della loro coerenza o idoneità (30). Secondariamente poiché documenta la genialità di chi l'aveva così disposta ed articolata. Solo uno spirito eccezionale poteva analizzare con tale algida lucidità il nuovo concetto ed intuirne così compiutamente l'insidiosità. Solo uno spirito eccezionale poteva, ne deduco, formulare e giustificare *quel* rifiuto: così definitivo, indiscutibile, irrevocabile. Anche così malinconico: ricorda infatti specularmente la (appunto malinconica) storia del lupo recidivo, riproposta recentemente da Sánchez Ferlosio (31). La storia del lupo spelacchiato ed in fin di vita, che per tre volte bussò alla porta celeste. Fu sempre respinto, ma di volta in volta — proprio come nella nostra storia — il cherubino di guardia addusse nuove ragioni. Rinfacciò così al trepido bussatore dapprima il suo passato di assassino, poi quello di ladro. Ed alla fine lo folgorò con un ragionamento tanto ineccepibile quanto purtroppo definitivo: "Adesso te ne andrai come le altre volte, ma per non tornare mai più.

---

(30) Anche questo mi pare sia un argomento meritevole in futuro di maggior considerazione: l'uso indifferenziato e spesso decontestualizzato, persino irrimediabilmente equivoco, del rifiuto savignyano, che nel corso del XIX. secolo diventò un topos ubiquitario, comodamente opponibile a tutto quanto si riteneva frutto di deprecabile frenesia legislatrice. Qualche esempio dal dibattito sulla unificazione del diritto commerciale in Svizzera: Gustav Vogt, *Zur Kritik des bernischen Vertragsrechts*, in *Zeitschrift für vaterländisches Recht* 14 (1855), p. 209-253, specialmente p. 253; Andreas Heusler, *Der Entwurf eines Schweizerischen Handelsrechts*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 13 (1865), p. 131-245, specialmente p. 132-134, 141-144, 162-165, 193; Charles Brocher, *Mémoire présenté au Conseil d'Etat sur le projet de Code de Commerce suisse par la Commission spéciale chargée dans le Canton de Genève d'étudier cette question*, Genève 1865, p. 8-9, 12, 15-16, 21; Jean Martin-Franel, *Mémoire sur l'unification des Lois commerciales suisses présenté au nom de la Chambre de Commerce à l'Assemblée générale de l'Association commerciale et industrielle du Canton de Genève*, Genève 1866, p. 18-19; James Fazy, *De la révision de la Constitution fédérale*, Genève 1871, p. 68-69, 77, 79, 83. Ho citato altri esempi svizzeri, al difuori della problematica finora trattata, in *Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben — Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit*, in *Zeitschrift für Historische Forschung* 2 (1975), p. 223-240, specialmente 238-239; Id., *Rechtseinheit — Drei historische Studien zu Art. 64 Bv*, Basel-Frankfurt a.M. 1986, p. 42 ss., 111.

(31) Rafael Sánchez Ferlosio, *Relitti*, Milano 1994, p. 86 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa volta non è in quanto assassino. Non è nemmeno in quanto ladro. Ora è in quanto lupo" (32).

2. *Gli infedeli (se non proprio eretici).*

Ma la realtà, notoriamente, non ama queste storie. Ne sopporta male l'implacabilità. Quando può, dunque, le annacqua: implorando eccezioni o epiloghi meno traumatici, magari anche propiziando compromessi. Vale anche, tutto questo, per l'impietoso verdetto savignyano: benché legato a filo doppio ai capisaldi teorici della scuola storica, come abbiamo visto, non fece l'unanimità, nemmeno all'interno della scuola. Nell'àmbito di uno sguardo complessivo, come quello che aspiro ad offrire qui, è dunque opportuno far spazio anche agli episodi, che concorrono a ridimensionare l'impatto della condanna savignyana.

Il *primo* è legato al dissenso manifestato, a far data da metà secolo, da qualche romanista di grido: K.G. v. Wächter, C.G. Bruns ed K.L. Arndts, tanto per citare i nomi più noti. Con o senza ragione ritennero la codificazione compatibile con l'adesione alla scuola, persino con l'invariata disponibilità ad occuparsi, come finora, delle fonti romanistiche e della loro interpretazione moderna (33). Non furono casi isolati, al contrario! Se meritano qui una menzione esplicita, perché in realtà — come si addice a pionieri — con loro in un certo senso iniziò il declino della parabola savignyana. Se non di quella legata al "System", che "tiene" tuttora (con tutte le riserve del caso), certamente di quella che, senza possibilità di ripensamenti, chiudeva ad ogni prospettiva codificatrice. Dopo di loro questo approccio pragmatico venne infatti sempre più condiviso e sfociò finalmente nel contributo, determinante e quasi ossessivo, fornito dai romanisti di fine secolo

(32) R. Sánchez Ferlosio, *Relitti*, cit., p. 89-90.

(33) Ne ho già parlato, anche se in un altro contesto, in *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 144; Id., *La cifra codificatoria*, cit., p. 91-92. Vedi inoltre Heinrich Getz, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966, p. 132, 134, 142, ed ora i due contributi di A. Laufs e M. Lipp nel volume curato da Bernd-Rüdiger Kern, *Zwischen Romanistik und Germanistik — Carl Georg von Wächter (1797-1880)*, Berlin 2000, p. 11-31 e 65-87. Sull'atteggiamento di Wächter vedi anche Michael John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany — The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989, p. 30-31.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'elaborazione del BGB. Che fu incontestabile, almeno quanto le perplessità ed i conflitti che suscitò in taluni protagonisti (34).

Un *secondo* episodio è ancora più esplicito: mostra infatti con quanta *verve* e competenza (ma anche con quale successo) due notissimi allievi di Savigny si siano dedicati proprio a codificare il diritto privato della loro patria locale. Alludo ovviamente a Fr. L. v. Keller e a J. C. Bluntschli, come anche al "loro" codice civile del Canton Zurigo, promulgato fra il 1853 ed il 1855 (35). I due furono, vita natural durante, fedelissimi del Maestro: Keller al punto dal venirne ritenuto l'unico romanista meritevole di succedere a Puchta sulla leggendaria cattedra berlinese (36). Ne condivisero pienamente persino quella che ho chiamato la teoria della conoscenza (37), senza

---

(34) Valga per tutti l'esempio di Bernhard Windscheid, sul quale hanno scritto recentemente HORST HEINRICH JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn/München/Wien/Zürich 1983, p. 101 ss.; O. BEHRENDS, *Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., p. 30, 42; M. JOHN, *Politics and the Law*, cit., p. 80-87. Sul punto anche P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 165.

(35) Sull'argomento orientano egregiamente: ALOYS v. ORELLI, *Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz, vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zürich und Bern*, Zürich 1879, p. 62 ss.; PAUL GUGGENBÜHL, *Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches*, Zürich 1924; HANS FRITZSCHE, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich*, Zürich 1931; ARTHUR BAUHOFER, *Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 46 (1927), p. 1-82; HANS OPPIKOFER, *J.C. Bluntschli' s Theorie und die einheimische Rechtsentwicklung*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 60 (1941), p. 361-382; ISO KELLER, *Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung am Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Aarau 1947; FERDINAND ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts – Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1975, in particolare p. 357 ss.

(36) Così esplicitamente Savigny in una lettera del 24 aprile 1846 al Kultusminister prussiano J.A.F. Eichhorn, ora riprodotta integralmente da LIESELOTTE JELOWIK, *Friedrich Ludwig Keller — seine Berufung nach Halle und Berlin im Spiegel des Briefwechsels berühmter Zeitgenossen*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 111 (1992) I, p. 441-457, i passi citati nel testo a p. 455.

(37) Così espressamente J. C. BLUNTSCHLI, convinto com'era che il diritto non fosse "ein willkürliches, das heute so und morgen anders sein könnte, sondern die Vergangenheit war mit der Gegenwart und Zukunft eng verbunden und verwachsen. Es war nicht ein zufälliges, sondern ein innerlich bestimmtes" (*Die neueren Rechtsschulen der*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

però inferirne la necessaria ed assoluta condanna di ogni codificazione (38). Lo sconfessarono? Non è facile ammetterlo, già perché la situazione concreta, nella quale i due operavano e che desideravano ardentemente cambiare, non era paragonabile a quella nella quale era immerso (e che strenuamente difendeva) il Maestro. Zurigo, come del resto tutta la parte germanofona della Confederazione, non era infatti terra di diritto comune. Aveva finora tenuto a ragionevole distanza i giuristi con le loro strategie e le loro pratiche labirintiche, che tutte furono ritenute (a torto o a ragione) poco repubblicane. La codificazione, in questo contesto così diverso e specifico, emetteva perciò altri segnali: senza rinnegare il necessario contatto con la tradizione — peraltro rivisitata con cura (39) —, permetteva finalmente un approccio meno dilettantesco (risp. arbitrario) al mondo del diritto (40). Non minacciava una tradizione scientifica (che ancora non esisteva), ma poteva contribuire a propiziarne (finalmente) una: diversa, ma ugualmente tributaria del passato. Per questo motivo penso oggi (41) che Savigny, attento com'era alle vicende

---

deutschen Juristen, 2. erweiterte Auflage, Zürich 1862, p. 18). Ho citato altre convinzioni di Bluntschli, che documentano un'adesione incondizionata alle tesi del Maestro, in *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 141. Vedi anche H. Oppikofer, *J. C. Bluntschli's Theorie*, cit., p. 363, 365. Fra queste convinzioni assume un valore centrale quella, secondo la quale "nicht das Gesetz schafft das Recht, das Gesetz spricht das Recht nur aus und verschafft ihm Geltung" (J.C. Bluntschli, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* — Mit Erläuterungen herausgegeben, I, Personen- und Familienrecht, 3. Auflage, Zürich 1855, p. XII). Il che permetteva di riassumere caratterizzando la codificazione quale "neue Aussprache des Privatrechts" (*Die neueren Rechtsschulen*, cit., p. 95). Vedi anche *supra*, nota 9.

(38) J. C. Bluntschli, *Die neueren Rechtsschulen*, cit., p. 12-13. Sulla coesistenza fra insegnamento universitario del diritto comune e adesione al principio della codificazione, che ha caratterizzato un periodo non troppo remoto della romanistica elvetica, v. P. Caroni, *Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 16 (1994), p. 243-271, in particolare 245-246, 258.

(39) Bluntschli si era preparato ad assumere e svolgere il ruolo di legislatore proprio indagando sul passato giuridico del proprio Cantone, ossia scrivendo un'opera meritatamente celebre, la *Staats- und Rechtsgeschichte von Stadt und Landschaft Zürich*, pubblicata in due volumi fra il 1838 ed il 1839.

(40) Oltre alle opere già citate *supra*, nota 37, vedi anche P. Caroni, *Die Schweizer Romanistik*, cit., p. 258 ss.

(41) Ovvio che, ragionando così, correggo anche quanto scrissi in *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 144-145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

elvetiche, e generalmente lesto a marcare dissenso, tacendo l'avesse poi implicitamente omologata (42).

I tre romanisti appena citati, come anche i due discepoli svizzeri finalmente tratti dall'oblìo: malgrado tutto non furono gli unici a nuotare contro corrente. Non vanno infatti dimenticati, anche se operavano nell'ombra e preferivano perciò la contemplazione alle chiassose esternazioni dei grandi *maîtres-à-penser* ottocenteschi, quei romanisti, che sùbito parve comodo chiamare gli "antiquari". Avevano scelto lo scavo storico *tout court*, loro essendo del tutto estranea l'ambizione di contribuire, con le loro ricerche, a cavare dalle fonti classiche moderne "applicazioni". Non si ritenevano perciò vocati a nessun servizio pratico o "attuale". A Savigny interessavano, ma relativamente. Forse solo perché qualche critico disattento li aveva considerati i veri protagonisti di una scuola, che si dichiarava pur "storica" (43). Questo spiega perché intervenisse un pò contrariato a rimettere le cose a posto ed a ribadire che la scuola semmai aveva due anime (44). Era un mezzo come un altro per tenere a distanza gli amici troppo fastidiosi: toccò ora agli "antiquari", più tardi ai germanisti. Resta il fatto — e questo è il motivo che mi induce a ricordarli qui — che la prospettiva della possibile (o persino incombente) codificazione del diritto non solo non li abbat-

(42) L'interesse del Maestro per le vicende (anche politiche) svizzere e particolarmente zurigane viene ben documentato dalle lettere, specie da quelle indirizzate a J. C. Bluntschli. Vedi ad es. quella — davvero istruttiva — del 12 aprile 1841 (pubblicata da WILHELM OECHSLI, *Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschlis mit Savigny, Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer*, Frauenfeld 1915, p. 84; questo documento va preferibilmente letto insieme con lo scritto recapitato da J.J. Bachofen a A.F. Rudorff il 26 marzo 1841, ora riprodotto in JOHANN JAKOB BACHOFEN, *Gesammelte Werke*, volume X, *Briefe*, Basel/Stuttgart 1967, p. 21 ss.). Sul punto v. anche *Erinnerungen aus dem Leben von Dr. Friedrich v. Wyss gew. Professor der Rechte in Zürich*, Zürich 1913, p. 74.

(43) Così A. v. Feuerbach nella sua recensione al *Beruf*, pubblicata nel 1816 (testo in J. STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 195-201, in particolare p. 197, 199; in merito al testo integrale di questo intervento v. *supra*, nota 28).

(44) F.C. v. SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, cit., p. 13-14 (anche in J. STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 210). Su questo particolare aspetto della polemica v. P. BECCHI, *Ideologie della codificazione*, cit., p. 172 ss. Sulle due anime della scuola storica P. CARONI, *Saggi*, cit., p. 166-169; ID., *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 98, nota 4. Ma in realtà già prima della stoccata di Feuerbach Savigny aveva chiarito che la nuova rivista della scuola non avrebbe fatto posto solo a contributi "der eigentlichen Rechtsgeschichte", ma pure a riflessioni dogmatiche ed interpretative "sobald sie in geschichtlichem Sinne behandelt werden" (*Über den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 14).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teva, ma li consolava. Come abbiamo visto, negava essa d' *emblée* la "positività" del diritto romano ed a tal modo creava le premesse di uno sguardo storiografico davvero degno di questo nome (45). Per cui mi pare lecito concludere questa riflessione affermando che la codificazione fece spazio ad una storia certamente meno "operativa" ed "utile" di quella praticata da Savigny e dai suoi, ma in compenso più vicina alle esplorazioni spensierate e disinteressate degli antichisti (46).

III. *Le resistenze larvate (o sotterranee).*

1. *Introduzione.*

Se non è stato finora difficile descrivere e commentare le opinioni, peraltro occasionalmente discordi, di autori pur sempre fedeli alle direttive storicistiche, tutto si complica dovendo ora riferire di resistenze di tutt'altra natura, meno dichiarate ed esplicite, che già per questo motivo non è facile valutare nella loro reale consistenza. Se ne parlo ugualmente, è perché coinvolgono anche aspetti metodologici, che sarebbe forse inopportuno tacere. Tanto più che lo spazio occupato da questi miei rilievi sarà ridotto. Non perché faccia difetto la materia, quanto perché, come vedremo, la conosciamo poco e male.

Penso, esprimendomi così, a situazioni che documentano una resistenza tanto sotterranea quanto ostinata all'invadenza codicistica

---

(45) Per tutti vedi J.J. BACHOFEN, *Eine Selbstbiographie, zugleich ein Gedenkblatt zu seinem hundertsten Geburtstag (22. Dezember 1915)*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 34 (1917), p. 337-380, in particolare p. 371. Splendida mi appare poi la premessa alle *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts*, Bonn 1848, p. VII/VIII. Ulteriori riflessioni in merito si leggono in P. CARONI, *Die Schweizer Romanistik*, cit., p. 249; ROY GARRÉ, *Fra diritto romano e giustizia popolare — Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen (1815-1887)*, *Ius commune*, Sonderhefte, Band 126, Frankfurt a.M. 1999, *passim*, ad es. p. 184 ss.

(46) Così esplicitamente — e con ottimi argomenti — gli autori che ho citati in *Saggi*, cit., p. 166-167, ai quali vorrei solo ancora aggiungere FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. neubearbeitete Auflage, Göttingen 1967, p. 416 ss.; STEN GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960, p. 24 ss.; GERHARD DILCHER, *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem*, in AA. VV., *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Berlin 1992, p. 21-65, in particolare p. 37 nota 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(così essendo percepita quella tendenza che, a rigor di logica, potevasi pure ritenere quale legittima pretesa di codici già formalmente promulgati di venir finalmente presi sul serio). E cito quelle che conosco meglio di altre: mostrano codici che, rinunciando ad un primato loro dovuto ed anche generalmente riconosciuto, si accontentarono di venir applicati solo in seconda battuta, ossia in mancanza di diritto locale. Oppure evocano quelli che in barba all'implicito divieto di eterointegrazione confermarono il ruolo sussidiario del diritto comune. Sono cose note, ovviamente. Ma le conoscevamo appunto a modo nostro, ossia come situazioni palesemente irregolari. Le abbiamo squadrate con imbarazzo, poiché le ritenemmo figlie di una concezione lacunosa e dilettantesca della codificazione. Per questo motivo ci siamo generalmente accontentati di disapprovarle, raccomandabile apparendo distanziarsi dalle maldestrezze di politici frettolosi e superficiali. E logicamente le abbiamo inserite nella categoria dei codici ancora imperfetti, ossia di quelli insabbiatisi a metà strada fra le antiche consolidazioni e le nuove, genuine codificazioni. Perciò mi chiedo, con crescente insistenza: e se invece di condannarle e "correggerle" le accettassimo e tentassimo di capirle, queste strane combinazioni? Se esplorassimo con la dovuta circospezione il loro retroterra, cosa scopriremmo?

2. *I codici "sussidiari".*

Un primo esempio lo offre l'*Allgemeines Landrecht* prussiano, che in capo ad una elaborazione *somme toute* lineare entrò finalmente in vigore nel 1794 quale semplice "subsidiarisches Gesetz-Buch, zu welchem der Richter beym Mangel der Provinzial-Gesetze recurriren kann".

Si intuisce subito che la moderazione espressa da tale regola non fu il frettoloso compromesso della fatidica ultima ora, nella quale spesso la rigidità dei princìpi viene sacrificata dal pragmatismo dei politici. Veniva piuttosto da lontano, corrispondeva cioè parola per parola ai desideri espressi da Federico il Grande nelle sue istruzioni del 6 e del 14 aprile 1780 (47). Era stato infatti lui, che il paese

(47) Testo riprodotto da ultimo in CAROLA BARZEN, *Die Entstehung des "Entwurf(s) eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten" von 1780 bis 1788*, Kon-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finalmente non lo conosceva male, a ritenere che solo una concessione di tale ampiezza potesse garantire il successo dell'impresa in una monarchia ancora saldamente cetuale, ove gli *Stände (ordines)* rivendicavano tuttora regole conformi alle loro prerogative feudali e nel contempo rispettose delle abitudini locali (48). Vi fu ovviamente chi criticò questa moderazione: ricordo le sarcastiche riflessioni del Mirabeau, dettate alla vigilia della rivoluzione, nel 1788 (49), come anche i rilievi — pur così pieni di buon senso — di giuristi prussiani (50). Ma non è ugualmente lecito dimenticare che l'"unità del diritto" auspicabile e realizzabile in un contesto costituzionale ancora feudale diverge necessariamente (e di molto) da quella che si addice ad una società defeudalizzata, come fu appunto quella borghese. Non sorprende perciò, anzi conferma palesemente quest'ultima riflessione, l'atteggiamento assunto da Federico Guglielmo, nel gennaio del 1794, pochi giorni prima di promulgare l'opera (51):

---

stanzer Schriften zur Rechtswissenschaft, Band 156, Konstanz 1999, p. 25-26, 27, 257-259.

(48) I motivi che indussero Federico il Grande ad accontentarsi della sussidiarietà del suo codice non sono mai stati seriamente chiariti (come ha dovuto ammettere qualche anno fa un conoscitore della materia: PETER KRAUSE, *Das gemeine Recht und seine Kodifikation durch das Allgemeine Landrecht*, in J. Wolff (a cura di), *Das Preussische Allgemeine Landrecht — Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, Heidelberg 1995, p. 69-95, in part. p. 69), poterono perciò a lungo essere ritenuti la conseguenza di "une idée assez bizarre et dont on ne peut guère se rendre raison" (così JONAS DANIEL MEIJER, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier, Amsterdam 1830, p. 143)*. Oggi — come suggerisco nel testo — vengono preferibilmente collegati al desiderio di Federico di modificare l'assetto esterno (formale) del diritto senza mettere contemporaneamente in pericolo la vigente struttura "costituzionale", che garantiva i privilegi cetuali, ma nello stesso tempo ne neutralizzava politicamente i titolari. Vedi in questo senso P. KRAUSE, *Das gemeine Recht*, cit., p. 74 ss.; THOMAS FINKENAUER, *Vom Allgemeinen Gesetzbuch zum Allgemeinen Landrecht — preussische Gesetzgebung in der Krise*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Germanistische Abteilung* 113 (1996), p. 40-216, in particolare p. 47-48, 59, 64; C. BARZEN, *Die Entstehung*, cit., p. 22-23, 27-36. Fondamentali restano peraltro le riflessioni di REINHART KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution — Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, 2. berichtigte Auflage, Stuttgart 1975, p. 44-51.

(49) Riprodotte in P. CARONI, *Saggi*, cit., p. 235 ss.

(50) C. BARZEN, *Die Entstehung*, cit., p. 31.

(51) La promulgazione avvenne con decreto (Publikations-Patent) del 5 febbraio 1794.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proibì ai suoi ministri di chiamarla "Gesetz-Buch" — com'era stato inizialmente previsto — ed impose loro quella denominazione (ossia "Landrecht"), che più fedelmente rinviava al regime ancora feudale ed a tal modo marcava esplicitamente la distanza dalle moderne costituzioni (52).

Vagamente analogo è il caso del Codice civile spagnolo del 1889, che riconobbe la precedenza del *derecho foral* in tutte quelle provincie e quei territori, ove tale diritto locale ancora esisteva, accettando il (o accontentandosi del) ruolo invero modesto di ultima fonte sussidiaria (53). Ma è anche più complesso, perciò meno facile da decifrare. Poiché, diversamente dal caso prussiano, si intreccia su uno sfondo in rapido e costante movimento. Ove si distingue da un lato uno Stato alla disperata ricerca di una propria identità, difficile da raggiungere dopo secoli di autonomie e sovranità separate, dall'altro una società ora formalmente egualitaria — come può comunque esserlo quella borghese — ma ugualmente connotata dagli interessi e dalle prospettive delle classi materialmente detentrici del potere. È pacifico dedurne, a queste condizioni, che il secolo trascorresse fra l'alternarsi di prospettive rigidamente unitarie ed euforiche riconferme dei diritti locali (54). Dietro a cui si intravve-

(52) C. BARZEN, *Die Entstehung*, cit., p. 249; TH. FINKENAUER, *Vom Allgemeinen Gesetzbuch zum Allgemeinen Landrecht*, cit., p. 74-75, 167 ss., 186 ss.; RUDOLF VIERHAUS, *Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten als Verfassungsersatz?*, in B. Dölemeyer — H. Mohnhaupt (a cura di), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten — Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, *Ius commune*, Sonderhefte, Band 75, Frankfurt a.M. 1995, p. 1-21, in part. 6-8.

(53) Código civil 1889, art. 12 II.

(54) Questo alternarsi, che si situa a livello temporale fra il 1812 (risp. l'art. 258 della Costituzione di Cadice) ed il 1889, viene ora agevolmente riassunto da RAINER BECKER, *Foralrechte und Kodifikation im Spanischen Privatrecht*, Nortorf 1996, *passim*, in part. p. 36 ss., 41 ss. Una versione abbreviata di questo sguardo già fortemente riassuntivo è stata pubblicata nella *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4 (1996), p. 88-106 (con il titolo: *Der Ursprung der Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht — eine historische Betrachtung der Foralrechte*). Naturalmente l'argomento è stato spesso approfondito nella storiografia giuridica spagnola. Così ad es. in FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989, p. 9-30 e 81-109; BARTOLOMÉ CLAVERO, *Der Code Napoléon und die Konzeption des Rechts in Spanien*, in R. Schulze (a cura di), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1994, p. 271-286. Ma sarà utile consultare anche le (molte) opere dedicate all'elaborazione del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dono conflitti difficili da mediare e strategie non prive di ambivalenze. Come quella preferita dalla borghesia agraria ed industriale catalana, che seppe rivestire le proprie aspirazioni politiche e giuridiche (ovviamente funzionali sia alla tutela dei propri interessi economici, che alla garanzia dell'autonomia politica) di argomenti propagati (ma sarebbe preferibile dire: desunti) dalla scuola storica: peraltro agevolmente riassumibili nella fedeltà alle tradizioni giuridiche locali, ora vista anche quale indiscutibile valore morale (55). Alla fine, come si è visto, prevalse il compromesso. Ma sarebbe fuori posto metterlo sullo stesso piano di quello conseguito dal codice prussiano. Come dimostra ampiamente l'evoluzione successiva all'entrata in vigore dei due codici. Mentre in Prussia l'ALR lentamente guadagnò punti, sfruttando l'inconcludenza dei legislatori provinciali (56), in Spagna fu il *derecho foral* ad acquistare vieppiù vigore, man mano che si rafforzava la disponibilità dello stato

---

Código civil del 1889 ed elencate nelle rassegne bibliografiche di R. Becker, *Foralrechte und Kodifikation*, cit., p. 7-14, e Bartolomé Clavero, *Cadice come Costituzione. Nota bibliografica*, in Andrea Romano (a cura di), *Costituzione politica della monarchia spagnuola — Ristampa anastatica dell'edizione di Messina (1813)*, Soveria Mannelli 2000, p. LXXVII-LXXXVI.

(55) All'influsso (risp. alla "ricezione") della scuola storica nel mondo giuridico spagnolo è dedicata la poderosa (ma malauguratamente inedita) tesi di dottorato ginevrina di Rafaël de Gorgolas, *L'influence de Savigny sur la codification civile en Espagne au XIXe siècle. Les aléas de la théorie savignyenne des sources du droit dans l'histoire juridique espagnole*, dattiloscritto, Ginevra 1987 (e per il destino specificatamente catalano della scuola p. 155 ss., 197 ss., 203 ss.). Qualche conclusione di questa dettagliata analisi fu anticipata in un breve scritto dello stesso autore: R. de G., *Problèmes de l'unification du droit privé en Espagne dans la deuxième partie du XIX^e siècle*, in P. Caroni (a cura di), *L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle*, Enseignement de 3^e cycle de droit 1985, Fribourg/Suisse 1986, p. 259-265. Sullo stesso tema ora Antonio Serrano González, *System bringt Rosen — Savigny in der spanischen Kultur*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 19 (1997), p. 31-53; R. Becker, *Foralrechte und Kodifikation*, cit., p. 50 ss. Sul fatto (del tutto prevedibile, anzi scontato, eppure solo sporadicamente percepito nella sua valenza), che le idee della scuola storica furono anche in Spagna recepite e realizzate secondo le necessità del luogo, insiste opportunamente Aquilino Iglesia Ferreirós, *La codificación civil y su fracaso*, in *El dret comú i Catalunya*, *Actes del VII Simposi internacional*, Barcelona 1998, p. 213-343, in particolare p. 319 ss.

(56) Fenomeno ben conosciuto, basti quindi il rinvio a P. Caroni, *Saggi*, cit., p. 58 e P. Krause, *Das gemeine Recht und seine Kodifikation*, cit., p. 78-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spagnolo a riconoscere e garantire "el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones" (57). Come a dire: le combinazioni del 1794 e del 1889 furono poi implicitamente reinterpretate in sequela ai cambiamenti sociali e politici dei due Stati.

3. *La sussidiarietà del diritto comune.*

Anche il sistema delle fonti della codificazione, come del resto quello che l'aveva preceduto e dal quale comprensibilmente aspirò a distinguersi, implica un pluralismo di norme che, perché contemporaneamente in vigore, in un certo modo concorrono. Con l'ovvio pericolo di collisioni a non finire: che i codici tentano perciò di sventare istituendo una gerarchia loro congeniale. L'indiscutibile primato lo attribuiscono perciò alla legge, alle altre fonti — che ordinano secondo uno schema variabile — conferiscono valore residuale o sussidiario. Su questo punto le strategie dei legislatori furono costanti: evitano preferibilmente di menzionare la consuetudine, la dottrina o la giurisprudenza, se non per impedirne esplicitamente l'applicazione; rinviano in compenso volontieri all'analogia e nei casi di ostinato silenzio raccomandano il ricorso ai princìpi generali di diritto, o a quelli dedotti dal diritto naturale. Sono cose, sulle quali generalmente sorvoliamo (58), convinti come siamo che i

(57) Così esplicitamente la Costituzione del 1978, art. 2. Sull'evoluzione citata nel testo informano: A. IGLESIA FERREIRÓS, *El código civil (español) y el (llamado) derecho (foral) gallego*, in Carlos Petit (a cura di), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990, p. 271-359; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Notas para una metodología de los derechos forales*, ora in *Derecho civil — Metodo, Sistemas y categorias jurídicas*, Madrid 1988, p. 179-188; R. BECKER, *Foralrechte und Kodifikation*, cit., p. 69 ss. Ha approfondito con ammirevole caparbietà, e nell'ottica specificatamente catalana, tutti questi temi legati all'interpretazione dell'art. 12 II del titolo preliminare del Código del 1889 ENCARNA ROCA TRIAS. Vedi ad esempio: *El código civil, derecho supletorio*, in B. Clavero - P. Grossi - Fr. Tomás y Valiente (a cura di), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, *Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca maggio 1989*, Milano 1990, II, p. 535-572 (ed in ordine alla tesi, secondo la quale in Catalogna vale tuttora la sussidiarietà del diritto comune e canonico p. 562 ss.); ID., *La supervivència de les institucions romanes en el dret civil de Catalunya*, in A. Iglesia Ferreirós (a cura di), *Actes del I Simposi jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino — El "ius commune" com a dret vigent*, Andorra 1994, II, p. 735-754; ID., *El tratamiento de la diversidad foral catalana*, in AA. VV., *Foralismo, Derechos históricos y democracia*, Bilbao 1998, p. 117-142.

(58) Ma vi sono anche qui salutari eccezioni: fra queste primeggia GIAN SAVINO

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casi evocati siano comunque rari e le soluzioni previste scontate. Persino quando ci imbattiamo in una norma, che in questi casi prescrive il ricorso sussidiario al diritto comune, non ci scomponiamo. Pensiamo — senza peraltro farne un dramma — sia stata formulata a sproposito ed il codice che la sancisce lo vediamo perciò ancora "nell'ottica della consolidazione" (59).

Se questa impassibilità si può capire, mi è sempre più difficile condividerla. Me lo impediscono sia la consistenza del fenomeno — davvero non circoscritto a casi più unici che rari — sia i segnali, che bene o male trasmette. Sul primo punto: il ricorso sussidiario al diritto comune fu spesso suggerito da notissimi rappresentanti della civilistica ottocentesca (60); fu ripetutamente proposto o ventilato nell'àmbito dell'elaborazione di codici civili (61), fu finalmente san-

---

PENE VIDARI, *Aspetti di storia giuridica del sec. XIX*, Torino 1997, p. 37 ss. (*Le "disposizioni preliminari" del Codice civile*), 185 ss.

(59) Così G.S. PENE VIDARI, *Aspetti*, cit., p. 55, 59.

(60) Vedi gli autori da me citati in *Saggi*, cit., p. 176 nota 24, ai quali va aggiunto HEINRICH DERNBURG, *Pandekten*, I/1., 6. verbesserte Auflage, unter Mitwirkung von Johannes Biermann, Berlin 1900, p. 3. Sulla propensione di Wächter a confermare la sussidiarietà del diritto comune vedi BERNHARD WINDSCHEID, *Carl Georg von Wächter*, Leipzig 1880, p. 60-64. Su Alberto De Simoni ora anche ETTORE DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, seconda edizione, Torino 2000, p. 96-97.

(61) Ho indicato fonti e reperti in punto alla discussione francese del 1804 ed a quella sàssone del 1863/1865 in *Saggi*, cit., p. 177 nota 25. Sul dibattito che ebbe luogo nel Senato piemontese e che si concluse su posizioni interlocutorie (ossia con un rinvio del codice al valore sussidiario dei "princìpi generali di diritto", così l'art. 15 del Codice civile albertino del 1837) vedi ora in dettaglio G.S. PENE VIDARI, *Aspetti*, cit., p. 55-63; SANDRO SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996, p. 90-95. Il caso sicuramente più noto, già per la fama della quale godevano i protagonisti, è quello legato all'elaborazione del progetto di una codificazione bavarese del diritto civile, che doveva ispirarsi al Code civil francese, e della quale fu incaricato Anselm von Feuerbach. Vincendo forti resistenze Feuerbach aveva inserito nel progetto una regola, che prevedeva il ricorso sussidiario al diritto comune. Ne parlò in lettere indirizzate a Savigny fra il 1808 ed il 1809 (pubblicate da HERBERT KADEL, *Paul Johann Anselm Feuerbach/ Friedrich Carl von Savigny — Zwölf Stücke aus dem Briefwechsel*, Lauterbach 1990, e qui in particolare p. 14, 20, 23-24, 25-27, 29, 32, 37, 40): lettere, nelle quali esprimeva inoltre la speranza di ottenere, così facendo, il plauso di Savigny, magari anche un aiuto concreto per difendere più efficacemente la difficile posizione così assunta (*ibidem*, VI, 40). Ma Savigny non si lasciò intenerire dalle suppliche feuerbachiane e tacque (*ibidem*, 23-24). Probabilmente poichè riteneva inopportuno associare il suo nome ad un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cito espressamente da codici promulgati nel corso del secolo (62). Ritenerlo tuttavia episodico o eccezionale mi pare perciò fuorviante. Il fenomeno ha piuttosto una consistenza, che dovrebbe indurci a maggior circospezione.

---

progetto, che comunque non poteva approvare e che certo preferiva veder naufragare. Come davvero avvenne (*ibidem*, p. 76-77).

(62) Codice civile ticinese 1837, art. 5; Bündnerisches Civilgesetzbuch 1861, § 3 (su cui hanno già ragionato MARIO CAVIGELLI, *Entstehung und Bedeutung des Bündner Zivilgesetzbuches von 1861 — Beitrag zur schweizerischen und bündnerischen Kodifikationsgeschichte*, Freiburg/Schweiz 1994, p. 96-98; ALFONS BÜRGE, Recensione dell'opera di Cavigelli nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Germanistische Abteilung*, 114, 1997, p. 615-628, in particolare p. 618; EUGEN HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, I, Basel 1886, p. 63-64: tutti e tre unanimi nel mettere questa regola sullo stesso piano di quella inserita nel Codice civile ticinese. Sbagliando, credo: perché il codice ticinese rinviava — come svelano inequivocabilmente i dibattiti parlamentari — alla scienza del diritto comune, quello grigione invece solo ad un magazzino di soluzioni concrete); Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili per lo Stato pontificio, del 17 novembre 1834, Art. 1 (sul quale vedi MIRELLA MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, I, Napoli 1987, p. XIV, XXVIII, con ulteriore bibliografia. Il Regolamento restò in vigore fino alla fine del potere temporale dei Papi, garantendo così per tutto questo lungo periodo anche la valenza sussidiaria del diritto comune: M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, II, Napoli 1988, p. IX-X, XCI, XCIV).; Landrecht für das Grossherzogtum Baden, nebst Handelsgesetzen, del 1810 (in connessione con l'art. 3 del secondo Einführungsedikt, del 22 dicembre 1809, sul quale vedi: W. BEHAGHEL, *Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon, mit bes. Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis*, 2. Auflage, I, Freiburg i.Br. 1875, p. 37-38; WERNER SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln-Wien 1977, p. 214-218, 324-325; P. BECCHI, *Ideologie della codificazione*, cit., p. 50, 77; KARL H. NEUMAYER, *Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten Privatrechtsstoffes im Grossherzogtum Baden und auf dem linken Rheinufer bis zum Beginn der Vorarbeiten zum* BGB (1874), in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, a cura di H. Coing e W. Wilhelm, I, Frankfurt a.M. 1974, p. 197-216, in part. 201 ss., 204 ss., 215 ss.). Sul ricorso al diritto comune in Lombardia, nel periodo in cui eravi in vigore il Code francese, vedi P. CARONI, *Bericht des Präfekten Angiolini über das Veltlin vom Jahre 1813*, in *Jahresbericht der Historisch-Antiquarischen Gesellschaft Graubünden 1965*, p. 1-33, in particolare 6-7; ELISABETTA D'AMICO, *Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione*, in *Studi di storia del diritto*, II (1999), p. 773-818, in particolare 801-802. Ed infine su quella particolare lettura dei "princìpi generali di diritto", che intendeva recuperare la positività del diritto comune, rinvio alla bibliografia indicata in P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., nota 26; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano*, cit., p. 119-127; FLORIANA COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna 1999, p. 167-170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sul secondo punto: se al momento di valutare l'impatto concreto di questo *repêchage* del diritto comune non ci limitassimo a considerare le fattispecie, per risolvere le quali si fece davvero ricorso ad una regola tolta di peso dall'arsenale romanistico, ma considerassimo pure l'influsso esercitato dalla relativa tradizione scientifica all'atto di interpretare il codice, che fu continuo e perciò assillante (quando non ossessivo), improvvisamente ci renderemmo conto di un fatto: che questa rivalutazione del diritto comune defraudò il codice della sua autonomia, poichè lo inserì impercettibilmente in un nuovo contesto e ciò facendo gli impresse una nuova direzione. Della quale si potrà pensare tutto quello che si vuole, solo non che potesse convenire anche a chi, battendosi per la codificazione del diritto, piuttosto intendeva propiziare una fonte autonoma ed autoreferenziale, integrabile perciò facendo esclusivo ricorso all'analogia (63). Sarebbero congetture vaghe ed ipotetiche, tutte queste, se non disponessimo delle prove storiche che tutto poteva davvero svolgersi secondo questo copione: penso alle "correzioni" da Savigny inflitte all'ALR prussiano non meno che alla nuova "lettura" (rapinosa o recuperatrice, a seconda dei punti di vista), alla quale i pandettisti austriaci sottoposero l'ABGB (64). Per cui è

(63) Analogia intesa qui come metodo, in forza del quale "unser positives Recht aus sich selbst ergänzt (wird), indem wir in demselben eine organisch bildende Kraft annehmen" (come argomentava F.C. VON SAVIGNY nel suo *System*, cit., I, Berlin 1840, p. 290). Per questo motivo già nel *Beruf* l'analogia fu connotata quale "organische Ergänzung" dell'ordinamento legislativo (*Beruf*, cit., p. 114; sul punto vedi anche P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 157). Frammenti di una ricostruzione storica di questo metodo stanno in opere recenti: ad es. MARIO SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto — Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969, p. 209 ss. (con ampie informazioni bibliografiche); FRANCESCO ROMEO, *Analogia: per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova 1990; A.W.H. LANGHEIN, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode — Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert*, Berlin 1992; CHANOS ANTONIS, *Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechtsanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit*, Köln 1994; JAN SCHRÖDER, *Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Germanistische Abteilung* 114 (1997), p. 1-55.

(64) Dettagli e rinvii bibliografici su queste notissime "manipolazioni" stanno in P. CARONI, *Saggi*, cit., p. 173-175. Ma è ugualmente utile aggiungere che la romanistica tradizionale in tutto ciò, e massime in questo intervento volto a recuperare l'ortodossia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certamente lecito arguirne che la sussidiarietà del diritto romano fu una mossa, una accanto ad altre (65), insieme tutte destinate a ricondurre il codice nell'alveo tradizionale, rinnegandone a tal modo il primato. Nessuno potrà allora meravigliarsi, se dietro a queste strategie e manovre si intravede, talora persino nitidamente, la *longa manus* del giurista, ovviamente di quello tradizionale (66). Abituato com'era a muoversi con dimestichezza nel dedalo ricco di anfratti e ipertrofie del vecchio sistema, tentava, così facendo, di salvare almeno quelle coordinate, al cui riparo poteva poi continuare indisturbato a tessere la sua labirintica tela.

4. *Qualche conclusione.*

È vero che tutte queste riflessioni avrebbero bisogno di verifiche, possibilmente complete ed inconfutabili, per essere accettate senza riserve. Anche se ognuno ne intuisce sùbito la tendenziale

---

romanistica dei codici, non ha mai visto nulla di artificiale o comunque problematico. Anche in ciò tacitamente condividendo il pregiudizio del Maestro, in forza del quale i migliori codici erano paradossalmente quelli che meno ostacolavano l'intervento emendativo. Così almeno i passi savignyani citati in P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 164 ss.

(65) Sui singoli momenti di questa strategia P. CARONI, *Saggi*, cit., p. 173 ss.

(66) Ciò risulta con evidenza anche dalla discussione parlamentare sull'art. 5 del progetto di Codice civile ticinese (riprodotta nel *Bullettino delle Sessioni del Gran consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, Sessione ordinaria di maggio*, Anno 1837, Bellinzona 1837, p. 89-96). Sette granconsiglieri perorarono la causa del diritto comune (ed erano tutti avvocati), solo tre preferirono il rinvio al diritto naturale o all'analogia, e nessuno di loro era giurista. Le resistenze di giudici e giuristi dell'Ancien Régime agli sforzi della monarchia francese volti ad unificare (e quindi semplificare) il diritto (tematizzate ad es. da J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, p. 42-43, 46-49, 73-74, e sulle quali ha pure insistito GIOVANNI TARELLO, ad es. in *Codificazione*, in *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione civile*, Quarta Edizione, Torino 1988, II, p. 465-472, in particolare 469-470) sono peraltro note almeno quanto quelle opposte dal ceto forense lombardo alle iniziative codificatrici di Maria Teresa e Giuseppe II (così A. CAVANNA, *La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca*, cit., p. 618 ss.), da quello piemontese ai piani di Carlo Alberto (v. GIAN SAVINO PENE VIDARI, *L'attesa dei codici nello Stato sabaudo della Restaurazione*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 68, 1995, p. 107-152, passim, in part. p. 117-118, 120, 122, 127, 129, 131, 139) o finalmente da quello dello Stato pontificio ai ripetuti tentativi di codificazione che si susseguirono nel XIX. secolo (così M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, cit., I, p. LIV-LV, LXVII-LXVIII).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inesperibilità: come documentare le cose appena dette, le congetture appena formulate? Dovremmo sobbarcarci a un impegno non solo indicibilmente gravoso, ma persino difficile da definire. Quando m'imbatto in queste difficoltà, penso — magari per consolarmi — ad un'affermazione balzacchiana, che genera uguali perplessità: "En France, pour vingt millions d'êtres, la loi n'est qu' un papier blanc affiché sur la porte de l'Eglise, ou à la Mairie" (67). È letteralmente inverificabile, eppure sbaglierei, se non ne tenessi conto, se non vi vedessi almeno un pretesto per ragionare sul tema che implicitamente mette a fuoco. Per cui penso che anche le supposizioni formulate in questo capitolo abbiano un loro valore, seppure in mancanza di prove inconfutabili e definitive. Dipende in fondo da noi tenerne conto e considerarle con la necessaria prudenza.

Detto questo, occorre poi distinguere. Chi affronta l'argomento in un'ottica preferibilmente dogmatica, perciò ossessionata dalla "purezza dei concetti", pronuncerà subito — ossia senza ulteriori esami — una condanna, tanto prevedibile quanto definitiva. Muovendo da (appunto indiscutibili) premesse concettuali, vedrà nelle situazioni descritte finora banali incidenti di percorso, ossia maldestrezze tipiche di una società che non sapeva purtroppo legiferare con maggior accortezza e che perciò non meritava (ancora) una "vera" codificazione. Chi invece, come suggerivo inizialmente, guardasse anzitutto al contesto sociale e politico di questi "ibridismi", perché magari desidera più capire che condannare (o perché sa che proprio questo contesto stravolge inevitabilmente anche i dogmi), scoprirà che i codici incriminati non furono *gaffes* di legislatori inesperti, ma scelte oculate, fatte in capo ad analisi circostanziate e comunque giustificate da ragioni molto concrete (68). Perché ha un senso parlarne qui ? Perché a loro modo (e spesso solo indirettamente) insegnano molte cose. Mostrano anzitutto che i codici non

(67) BALZAC, *Les paysans*, 1844, Première partie, ch. IX.

(68) Come documentano i dibattiti parlamentari ticinesi citati *supra*, nota 66 ed i motivi concreti (anche se discutibili) accampati da Feuerbach per giustificare il ricorso al diritto comune (v. in merito H. KADEL, *Feuerbach-Savigny*, *Zwölf Stücke aus dem Briefwechsel*, cit., p. 25-27). L'ammirazione giovanile di Feuerbach per il Corpus iuris traspare anche da una lettera al padre del 1796, citata in EBERHARD KIPPER, *Johann Paul Anselm Feuerbach — sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Köln/Berlin/Bonn/München 1969, p. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potevano mettere radici in qualsiasi terreno, ma abbisognavano, per attecchire e crescere, di un *humus* e di un clima specifici, ossia di condizioni particolari, mancando le quali le loro parole restavano (se andava bene) vaghi richiami. Adducendo poi i motivi concreti, che indussero il legislatore a fermarsi a metà strada, indicano anche (ma sempre solo indirettamente) quelle premesse politiche e sociali, che andavano preliminarmente realizzate, per poter codificare a tutto tondo. Solo esse infatti erano in grado di creare e garantire quello spazio istituzionale, del quale un codice aveva assoluto bisogno, se ambiva ad essere esclusivo ed autonomo, solo così potendo dominare il continente giusprivatistico. Ma di quale natura erano, e perché ancora nel corso dell'Ottocento potevano mancare?

IV. *Come si diventa nemici del codice.*

1. *Introduzione.*

A ragionare così di queste cose, ed in particolare di quanto doveva essere accuratamente predisposto ed era raccomandabile funzionasse affinchè il codice potesse *démarrer* con successo, veniamo impercettibilmente catturati da una tendenza storiografica, che forse va (ri)messa in discussione: già perché enfatizza la codificazione, la considera l'esito di una lunga e spesso estenuante rincorsa, il traguardo che non poteva essere raggiunto senza una minuziosa e costante preparazione. Così facendo, tutta la storia precedente vien percepita ed elaborata nell'ottica esclusiva della codificazione, quasi non fosse altrimenti pensabile, non potesse avere altri punti di riferimento, non riuscisse a raggiungere altri sbocchi. Non critico nessuno, è chiaro. Semmai penso all'imperdonabile leggerezza, con la quale io stesso ho parlato e parlo, proprio in merito a questo spezzone di storia, di resistenze, di controindicazioni, di tempi che non sono maturi, di premesse che ancora fanno difetto, ecc. A pensarci bene mi pare sempre più discutibile (per non dire arbitrario) vedere in tutto ciò anzitutto la storia di un'attesa, ove il codice monopolizzava a tal punto aspirazioni ed interessi, da diventare sogno (ma anche bersaglio) di tutta una società. Preferisco perciò capovolgere i termini del discorso e ritenere la codificazione solo una delle (possibili) conseguenze di avvenimenti che l'hanno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preceduta, di scelte che l'hanno anticipata (e magari prefigurata), di strade già imboccate e percorse, ma non ancora giunte a destinazione. Che tutte hanno avuto una loro dignità ed una loro logica, anche a prescindere da quanto potè poi succedere in merito alla struttura conferita alle fonti del diritto privato. Ne deduco che i cosiddetti "nemici" della codificazione non lo furono per partito preso, ma solo perché vi scorsero un ordine incompatibile con strutture politiche e sociali che ancora preferivano. I dubbi, le reticenze, le perplessità che occasionalmente opposero al postulato codificatorio trovano perciò una spiegazione in questa storia: come abbiamo già potuto verificare parlando di resistenze larvate, e come ancora più nitidamente mostreranno le situazioni, alle quali desidero ora brevemente accennare.

2. *La società feudale e i suoi amici.*

I codici borghesi sono notoriamente pervasi da una forte tensione egualitaria: già perché recapitano messaggi, ordini e suggerimenti ad una generalità di destinatari, proprio come la legge descritta da Portalis: "elle statue sur tous; elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers" (69). Ma sbaglieremmo, se per questo motivo li ritenessimo anche gli artefici di quell'uguaglianza formale, che pur scaturiva da questa definizione e che subito diventò il simbolo della società borghese. Perché senza quella rivoluzione, che aveva messo fine al feudalesimo, e quindi soppresso, risp. neutralizzato i ceti, sarebbe stato impensabile, persino del tutto inutile, generalizzare la capacità giuridica e riconoscere ad ogni abitante la qualità (ora ritenuta innata) di soggetto giuridico. I codici, piuttosto, in questo nuovo ordine si imbatterono, lo omologarono e poi se ne servirono; ne fecero la piattaforma di un programma generale ed astratto (70), in ciò (ma solo in ciò) esprimendosi la tensione egualitaria appena ricordata. Ed a tal modo provocarono il dissenso, l'ostruzione, la condanna di tutti quegli autori, come anche di tutti quei politici, che in un modo o

(69) J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement*, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, p. 463 ss., il passo citato nel testo a p. 475.

(70) Così le fonti citate in P. CARONI, *Saggi*, cit., p. 221 N. 10, a cui va aggiunto MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (1748)*, Livre XII, ch. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'altro ancora si riconoscevano nelle strutture dell'antico regime, e che perciò vanno considerati anzitutto amici della società feudale e solo di riflesso nemici del codice. Se lo criticano e se ne distanziano, lo fanno in difesa di questa società, risp. di sue peculiarità, proprio di quelle che stanno per essere irrimediabilmente travolte dalle rivoluzioni borghesi.

Cito *anzitutto* autori che condannarono la codificazione, perché la ritennero lesiva del particolarismo feudale, come anche delle libertà (al plurale!) (71) che propiziò ed ora garantiva. Taluni, come Justus Möser ed August Wilhelm Rehberg, sono noti, già perché Savigny li aveva letti e ricordati con devozione (72). Altri non meritarono la stessa considerazione, ma andrebbero oggi ugualmente riletti e meditati, come l'infelice Carl Ludwig von Haller, sul quale tornerò (73).

Secondariamente vanno ricordati storici e giuristi che, memori delle esasperazioni assolutistiche, si opposero allo statualismo na-

---

(71) Sui problemi inerenti a questa formulazione vedi P. CARONI, *Rechtseinheit*, cit., p. 116-117.

(72) Vedi in merito (con altri rinvii) HANS-ULRICH STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780 — 1815*, Berlin 1978, p. 234-236. L'importanza attribuita da Savigny a questi autori viene ora evidenziata anche dalla documentazione contenuta nel volume curato da H. Akamatsu e J. Rückert (citato *supra*, nota 8), *passim*, v. *Personenregister*.

(73) Nelle numerose iniziative volte ad emanare codici generali, completi e durevoli — da lui comunque indistintamente ritenute "bizzarre ed insulse" (CARL LUDWIG v. HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft — oder Theorie des natürlich-geselligen Zustandes, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, 2. Auflage, I, Winterthur 1820, p. 183) — Haller vide l'influsso esercitato da "neuphilosophische Irrtümer" sui sovrani illuminati (I, p. 193). Ovviamente le criticò tutte e senza riserve (sul rifiuto della legislazione prussiana *ibidem*, I, p. 188-200, di quella austriaca *ibidem*, I, p. 203-214), servendosi almeno in parte di argomenti familiari anche ai giuristi della scuola storica. Ma questa convergenza non ne fa ancora un seguace dello storicismo. Sia Gustav Hugo che Savigny lo tennero piuttosto a debita distanza e respinsero in modo inequivocabile la sua teoria dell'origine "naturale" della società. Vedi GUSTAV HUGO, *Über Herrn von Haller's Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, im Verhältnisse zu der Philosophie des positiven Rechts*, in *Civilistisches Magazin vom Professor Ritter Hugo in Göttingen*, III, Berlin 1812, p. 462-484, in part. p. 469-471; F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., I, p. 31-32. Sul punto anche KURT GUGGISBERG, *Carl Ludwig von Haller*, Frauenfeld-Leipzig 1938, p. 100 ed ora soprattutto RONALD ROGGEN, *"Restauration"-Kampfruf und Schimpfwort*, Freiburg/Schweiz 1999, p. 167-176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scente come anche al suo modo, ritenuto dispotico ed invadente, di monopolizzare la produzione del diritto. In quest'ottica la codificazione si caricava di contenuti estremamente autoritari, perciò negativi: figlia di quella "unglückliche Richtung", che già Savigny aveva condannato (74), risp. della manìa di regolare e governare tutto (75), emarginava le fonti concorrenti e riduceva il diritto alla legge scritta (76). Persino occupava prepotentemente (e meglio sarebbe dire colonizzava) la sfera della libertà negoziale dei privati (77). Era perciò da combattere, se si voleva salvare qualche brandello di un mondo non ancora sconvolto dalla presenza ubiquitaria e soffocante della legge.

In *terzo luogo* meritano un cenno (fugace, ma non marginale) le reazioni verificatesi nei paesi della Confederazione Renana (1806-1813) al momento di introdurre — com'era stato prescritto dall'alto — il *Code* francese. Lo scontro qui era ampiamente programmato,

---

(74) F.C. v. SAVIGNY, *Stimmen für und wider*, cit., p. 44 (anche in J. STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 224).

(75) "Regierungssucht": così l'aveva chiamata Savigny nel passo citato *supra*, nota 74.

(76) F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 75.

(77) Così ad es. C.L. von Haller: già nel primo volume dell'opera principale aveva ammesso l'esistenza di norme giuridiche sancite dal comportamento dei privati (*Restauration*, cit., I, p. 32 nota 6 e p. 183-184). Nel secondo volume, trattando ex professo il tema — per lui insidioso — della legislazione (*ibidem*, II, Winterthur 1820, p. 175-215) negò esplicitamente che il diritto di legiferare fosse di esclusiva competenza del principe ed ammise quindi l'esistenza di diritto privato di origine extra-statuale (II, p. 179-183). Per questo motivo raccomandò al principe di rispettare questo àmbito e di astenersi dall'intervenire sui rapporti "civili", per non intaccare la libertà dei sudditi (II, p. 195-202). Proprio perché i codici non si attenevano a questo suggerimento, ma invadevano senza troppo rispetto un campo finora risparmiato dall'invadenza statale, Haller vide in essi "Beweise des Despotismus" (II, p. 199-200). Ove non può meravigliare che la stroncatura più drastica abbia folgorato il codice francese: "Von der Tyrannei des Code Napoléon mag ich hier nur nicht reden. Sie ist ein wahres Greuel" (II, p. 200 nota 27). Sul punto vedi anche un prezioso rinvio di PAOLO UNGARI, *L'età del Codice civile — Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967, p. 21 nota 9. Ma anche Savigny fu sempre contrario all'intervento dello Stato nei rapporti giuridici esistenti fra i privati: come evidenzia (tanto per citare un esempio) la sua teoria del denaro (deliberatamente concepita quale "Kurswerttheorie, vedi *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1851, p. 423-468). Sul punto HANS KIEFNER, *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, herausgegeben von H. Coing u. W. Wilhelm, V, Frankfurt am Main 1980, p. 27-54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspirando un codice dal taglio palesemente borghese a disciplinare una società ancora tendenzialmente feudale (78). Per di più in un contesto costituzionale che garantiva esplicitamente agli attuali titolari il rispetto dei loro privilegi e delle loro prerogative (79). E scontro fu dunque, anche se dall'esito mai davvero incerto: già perché ovunque l'aristocrazia si oppose decisamente allo smantellamento della propria supremazia e massime alla soppressione di quella signoria fondiaria (*Grundherrschaft*), che rappresentava pur sempre l'epicentro della tentacolarità feudale. Le fu dunque piuttosto facile resistere alle lusinghe del *Code*, seguendo peraltro strategie diverse da paese a paese: se in Baviera bloccò con un'ostruzione gagliarda ogni tentativo di introdurre un codice anche solo vagamente tributario del modello francese (80), nel Granducato del

(78) Una prima rassegna dei problemi sollevati dal desiderio di introdurre il Code francese in terra tedesca l'aveva proposta in un saggio purtroppo dimenticato WALTER WILHELM, *Bemerkungen zur Rezeption ausländischen Rechts*, in *Mitteilungen aus der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, 1974, p. 106-123. Più tardi l'argomento è stato ripreso ed approfondito da ROBERT CHABANNE, *Napoléon, son Code et les Allemands*, in *Etudes Jacques Lambert*, Paris 1975, p. 397 ss.; W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland*, cit., *passim*; ELISABETH FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht — Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, terza edizione, Göttingen 1983; P. BECCHI, *Il Code Napoléon in Germania. Il dibattito intorno alla recezione nel Granducato del Baden*, ora in *Ideologie della codificazione*, cit., p. 47-93; NORBERT J. GROSS, *Der Code Civil in Baden. Eine deutsch-französische Rechtsbegegnung und ihr Erbe*, Baden-Baden 1993, *passim*.

(79) Rheinbundakte 1806, Art. 27. Sul conflitto che automaticamente ne derivava insiste a ragione E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., p. 31, 50-52, 135. Recitava infatti l'art. 27 I dell'atto del 1806: "Ein jeder der jetzt regierenden Fürsten oder Grafen behält als Patrimonial- und Privateigenthum, ohne Ausnahme, alle Domainen, welche sie gegenwärtig besitzen, und so auch alle Herrschafts- und Feudalrechte, die nicht wesentlich zur Souverainetät gehören, namentlich das Recht der niedern und mittlern bürgerlichen und peinlichen Gerichtsbarkeit, der forsteilichen Gerichtsbarkeit und Polizei, der Jagd und Fischerei, der Berg- und Hüttenwerke, des Zehnten und der Feudalgefälle, das Patronatrecht und andere diesen ähnliche, so wie die aus besagten Domainen und Rechten fliessenden Einkünfte."

(80) Sull'emblematico rifiuto bavarese, che almeno in parte andava messo in conto all'intransigenza di Feuerbach, vedi W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland*, cit., 162-192, 319-323; E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., 31, 33, 133-145; P. BECCHI, *Ideologie della codificazione*, cit., p. 137 ss.; BARBARA DÖLEMEYER, *Die bayerischen Kodifikationsbestrebungen*, in *Ius commune* 5 (1975), p. 138-177, specialmente 140-146; WALTER DEMEL - WERNER SCHUBERT, *Der*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Baden lo corredò, questo stesso modello, di tutta una serie di "aggiunte" ("*Zusätze*"), che non solo salvaguardarono le strutture cetuali e feudali, ma persino le rafforzarono (81).

E *per finire* va rievocata la politica legislativa attuata a partire dal 1814 in quei territori italiani, ove durante il periodo napoleonico erano stati messi in vigore i codici francesi. Non potendo qui entrare in dettagli — anche se recenti ricerche lo permetterebbero — mi accontento di uno sguardo riassuntivo: per tener fermo che il sistema del diritto comune, precipitosamente recuperato nel 1814, fu tosto sostituito quasi ovunque (82) dai cosiddetti codici preunitari (83). Nei quali, a volerlo, si può anche vedere una "seconda e più durevole vita" del *Code* in Italia (84). Ma solo a condizione di dimenticare che, pur accettandolo quale modello (85), non lo imitarono pedissequamente. Se ne distanziarono in tutti quei casi, ove senza riforme preliminari molte sue regole apparivano premature e quindi inattuabili (86). In attesa, se non di tempi migliori, almeno delle necessarie

---

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1811, Ebelsbach 1986, p. XLVII-XLVIII.

(81) W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland*, cit., p. 193-242; E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., p. 102-121; P. BECCHI, *Ideologie della codificazione*, cit., p. 47-93; N.J. GROSS, *Der Code Civil in Baden*, cit., p. 19 ss.

(82) L'eccezione qui implicitamente evocata è quella del Granducato di Toscana, che fino al 1865 restò terra di diritto comune. La storia di questa fedeltà, peraltro costellata di codificazioni auspicate ed avviate, ma mai giunte in porto, è stata recentemente raccontata da FLORIANA COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, cit., *passim*. Significativo ritengo anche il fatto che tutti i progetti elaborati e discussi in Toscana fra il 1814 ed il 1865 avessero previsto la valenza sussidiaria del diritto comune (vedi in F. COLAO, *ibidem*, p. 4, 7, 24-25, 71, 134, 161-162.)

(83) Sono elencati da ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, p. 736-744, 830-832; G.S. PENE VIDARI, *Aspetti*, cit., p. 23-27.

(84) Così G.ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, p. 717.

(85) Splendida la formulazione di FEDERICO SCLOPIS, *Della legislazione civile — Discorsi*, Torino 1835, ristampa a cura di G.S. Pene Vidari, Torino 1996, p. 59, 86; G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, p. 747 ss.

(86) Esaminano queste modifiche G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, p. 749-767; GIAN SAVINO PENE VIDARI, *Diritto romano e codificazione — Vicende storiche e questioni di metodo*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 53-54 (1980/1981), p. 171-186, in particolare 177-179; GUIDO ALPA, *Status e capacità — La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari 1993, p. 104 ss.; E. DEZZA,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ristrutturazioni. Ancora una volta era il contesto costituzionale e sociale, tuttora tendenzialmente monarchico e feudale, che circoscriveva gli spazi occupabili o, se vogliamo, fissava d'autorità i limiti della recezione. Confermando — qui come anche in molte altre situazioni meno note ma non meno istruttive (87) — se non proprio una supremazia indiscutibile dello "Stato" e delle sue leggi, almeno la necessità di garantire un minimo di coordinazione fra il codice e l'assetto normativo destinato a riceverlo.

3. *Ma anche: la società democratica e i suoi amici.*

Questo era stato del resto anche il tema, sul quale Anselm v. Feuerbach aveva magistralmente ragionato in una memoria del 1808 (88). In capo alla quale asseriva che un'adesione dei territori tedeschi ai princìpi sanciti dal *Code Napoléon* era impensabile, senza preventive e radicali modifiche della costituzione politica, dell'amministrazione pubblica, della giurisdizione e del diritto proces-

---

Lezioni di storia della codificazione, cit., p. 102 ss.; G.S. Pene Vidari, *L'attesa dei codici*, cit., p. 152; Paolo Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, p. 121 ss., 124 ss.; Carlo Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari 1979, p. 227, 230, 234, 239, 258-259, 262, 277-281; Id., *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, p. 19-20.

(87) Tanto per citarne uno, davvero poco noto: quando nel principato di Neuchâtel (e Valangin), che dal 1707 apparteneva alla Prussia e nel 1814 era pure diventato Cantone della Confederazione Svizzera, nella prima metà del XIX. secolo i sudditi reclamarono un codice che supplisse ai molti difetti della *coutume*, le autorità politiche (monarchiche) fecero più o meno orecchio da mercante: ben sapendo che finchè esisteva una "société d'ordres" non era il caso di pensarci, al codice, opponendovisi frontalmente il peso dei privilegi. Per cui era consigliabile attendere una rivoluzione democratica: già perché solo un nuovo ordine politico — ovviamente repubblicano — avrebbe conferito credibilità e soprattutto effettività ad una eventuale codificazione del diritto privato. Su questo intreccio ha ragionato lucidamente Maurice de Tribolet, *Société d'ordres et égalité républicaine*: *Coutume, Codification et perception du droit en pays neuchâtelois*, *1755-1855*, in *Conservatisme, réformisme et contestation — Aux origines de la Révolution neuchâteloise de 1848*, Textes réunis et publiés par Phil. Henry, Neuchâtel 1999, p. 79-85.

(88) Anselm v. Feuerbach, *Betrachtungen über den Geist des Code Napoléon und dessen Verhältnis zur Gesetzgebung und Verfassung teutscher Staaten überhaupt, und Bayerns insbesondere*, in *Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung*, I, Landshut 1812, p. 3-73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suale (89). Ed in merito al primo punto, quello costituzionale, precisava il suo pensiero affermando che un codice borghese poteva persino convivere con la monarchia senza perdere lo smalto, ma solo a condizione che fosse quella parlamentare (90).

Se insisto su queste cose, lo faccio *pour cause*. Perché mi preme sottolineare, proprio come faceva Feuerbach (andando peraltro vistosamente contro corrente), l'urgenza di un approccio unitario a questi problemi. Del quale mi servo per collegare tanto le adesioni spontanee, quanto le reazioni di rigetto, alla natura dell'alveo istituzionale, nel quale il codice aspirava ad inserirsi. Se era monarchica, feudale o cetuale, il destino del codice, ossia di un progetto tendenzialmente liberale e democratico (91), era praticamente segnato. Ma non è detto che in caso contrario tutto filasse sempre liscio. Perché se è vero che lo stato repubblicano sembrava predestinato a propiziare la codificazione del diritto, non è men vero che anche questa regola ha conosciuto le sue eccezioni. Una almeno vorrei ricordarla qui, già perché evoca storie che — per puro caso — conosco meglio di altre.

Riguarda dunque la Svizzera, ossia un paese tradizionalmente

---

(89) A. v. FEUERBACH, *Betrachtungen*, cit., p. 61-63; sul punto anche E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., p. 55-69, 149 ss.

(90) A. v. FEUERBACH, *Betrachtungen*, cit., p. 63-64. Il tema della compatibilità fra monarchia e codice è stato ripetutamente approfondito da G.S. PENE VIDARI: ad es. in *L'attesa*, cit., p. 124-125, 128; ID., *Aspetti*, cit., p. 23; ID., *Premessa* alla Ristampa dei Discorsi di F. Sclopis, p. XXI n. 40. Una valida considerazione riassuntiva offre ENRICO GENTA, *Eclettismo giuridico della Restaurazione*, *Rivista di storia del diritto italiano* 60 (1987), p. 285-309.

(91) Se ritengo superfluo riassumere per quali (e, come oggi sappiamo, più che discutibili) motivi i codici borghesi poterono essere considerati monumenti di una legislazione liberale, può essere invece utile dire esplicitamente in che senso furono già ritenuti democratici, almeno a livello formale. Anzitutto perché trasmettevano un messaggio uniforme a tutti gli abitanti, tutti essendo stati riconosciuti quali soggetti di diritti. Secondariamente poichè, tramite la pubblicazione ufficiale, anche la conoscenza dei codici fu egualmente accessibile a tutti. In terzo luogo poichè proponevano una disciplina preferibilmente egualitaria, e finalmente perché, emanati in capo ad una procedura parlamentare e spesso persino referendaria, potevano essere ritenuti l'espressione della volontà del popolo (come del resto confermarono indirettamente le critiche dei giuristi fascisti, sulle quali vedi RAFFAELE TETI, *Codice civile e regime fascista — Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990, p. 182 ss.). Ho tentato di documentare queste riflessioni in *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*, Rektoratsrede, Bern 1988, p. 12-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

repubblicano, che nel 1848 riuscì finalmente a darsi una stabile costituzione liberale e democratica. Di stampo federale, lasciò deliberatamente intatta la competenza giusprivatistica dei Cantoni. Quando, incalzati dall'evoluzione economica, all'inizio degli anni sessanta si ventilò il progetto di unificare il diritto privato, subito fu battaglia. Non tanto perché venisse negata l'urgenza di regole e procedure comuni, quanto perché fu messa in dubbio l'opportunità di provvedervi emanando un codice complessivo, e quindi trasferendo preliminarmente in capo alla Confederazione la necessaria ed esclusiva competenza legislativa (92). Memori dell'antico adagio, che vedeva nel particolarismo la premessa di un'incisiva partecipazione democratica (93) — da cui era facile inferire il taglio periferico della tradizione repubblicana (94) — furono proprio i Cantoni a democrazia diretta ad opporsi all'elaborazione di un codice unitario: la subirono quale espropriazione politica, perché sottraeva ai loro abitanti la possibilità di inserirsi fattivamente nel processo legislativo (95). Non entro nel merito di questo emblematico scontro: ma mi preme ugualmente ricordare che al riparo dal polverone che sollevò, riemersero sporadicamente — ma a dir la verità non so con quanta efficacia (96) — *topos* più volte evocati, persino tipici dei

(92) Sull'evoluzione sfociata nella riforma costituzionale del 1896 vedi P. CARONI, *Rechtseinheit*, *passim*, ed in particolare p. 9-54. Qui mi preme non tanto parlarne in dettaglio, quanto sottolineare che la logica del federalismo avrebbe piuttosto suggerito l'aggiudicazione di competenze solo parziali (e non esclusive) alla Confederazione. Se così non fu, per motivi estranei a questa logica, ma comunque ritenuti prevalenti.

(93) Ha spesso sottolineato l'importanza di questa connessione per "decifrare" le origini della Confederazione, un grande storico svizzero, KARL MEYER, *Aufsätze und Reden*, Zürich 1952, *passim*, in particolare p. 51: "Demokratie und Partikularismus sind ein Geschwisterpaar". Il che corrisponde sostanzialmente a quanto aveva già intuito l'abate Sieyès nel VI. capitolo del suo fortunato pamphlet del 1789 *Qu' est-ce que le Tiers état?* ("Ces messieurs ignorent que des représentans ne sont point des démocrates; que la véritable démocratie étant impossible chez un peuple nombreux ...": così nell'edizione critica dello scritto di E.-J. SIEYÈS, a cura di ROBERTO ZAPPERI, Genève 1970, p. 196, da collegare al rilievo critico del curatore, *ibidem*, p. 55).

(94) Come ha giustamente ricordato J.C. BLUNTSCHLI, *Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 2 (1880), p. 337-358, la citazione a p. 341.

(95) P. CARONI, *Rechtseinheit*, cit., p. 45 ss.

(96) P. CARONI, *Rechtseinheit*, cit., p. 93 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ragionamenti svolti finora: l'idea che solo il diritto locale potesse godere di un vero supporto popolare (poiché corrispondeva fedelmente alle attese dei destinatari), quindi la centralità dello spirito popolare (ovviamente nella versione biologica-germanistica), la predilezione per Montesquieu (rispettivamente per certi passi, o meglio ancora per certe interpretazioni di certi passi (97), forse proprio per quelli, che Savigny aveva pure letti e magari fraintesi, secondo le necessità del ragionamento o del contesto (98)). Così il cerchio si chiudeva: con quella (solo apparentemente marginale) riflessione del Maestro, che ammetteva senza reticenze l'influsso delle strutture politiche su quelle giuridiche, per cui in costanza di una costituzione repubblicana il diritto rimaneva di regola consuetudinario, ossia preferibilmente radicato "in Sitte und Volksglaube": potendo a tal modo felicemente prescindere dalla mediazione dei giuristi (tipica invece della monarchia) come anche da eventuali codificazioni (99).

---

(97) Sullo scetticismo che caratterizza le pagine di Montesquieu dedicate alla codificazione vedi ad es. VINCENZO PIANO MORTARI, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII*, Napoli 1971, p. 19-20; HENRY CAUVIÈRE, *L'idée de codification en France — avant la Rédaction du Code civil*, Paris 1910, p. 53-55; J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, cit., p. 61-62; ALFREDO MORDECHAI RABELLO, *Montesquieu and the Codification of Private Law (Code Napoléon)*, in A. M. Rabello (a cura di), *European Legal Tradition and Israel, Essays on Legal History, Civil Law and Codification, European Law, Israeli Law*, Jerusalem 1994, p. 39-53.

(98) Savigny fu notoriamente un lettore assiduo e fedele di Montesquieu (v. ad es. *Beruf*, cit., p. 95, 145; impressionante anche il numero dei rinvii a Montesquieu contenuti nei frammenti ora pubblicati da H. Akamatsu e J. Rückert, vedi *supra*, nota 8, *Personenregister*, p. 312; sul punto ora anche O. BEHRENDS, *Das Privatrecht des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., p. 32 ss.). Su qualche identità di vedute fra Montesquieu e Gustav Hugo insiste GIULIANO MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1969, p. 20, 59.

(99) F. C. v. SAVIGNY, *Beruf* (cit.), p. 78-79, 138; ID., *Stimmen für und wider*, cit., p. 44-45 (anche in J. STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 225). Tutti questi passi avrebbero un urgente bisogno di approfondimento, che purtroppo non è possibile offrire qui. Mi accontento perciò di ricordare che in essi vien spesso evocato l'esempio dell'Inghilterra, della mitica terra che mostrava "dass ein Volk bei einer tüchtigen, kräftigeren Staatsgewalt wahrhaft frei sein kann, und dass eine gute Ordnung durch solide Freiheit nicht aufgehoben wird" (come scriveva nel dicembre del 1838 Friedrich Ludwig Keller al suo allievo zurigano Alfred Escher, vedi ERNST GAGLIARDI, *Juristenbriefe an Alfred Escher*, in *Festgabe für Max Huber zum 60. Geburtstag*, Zürich 1934, p. 263-279, la citazione a p. 269-270). Per cui rinvio, in attesa delle necessarie precisazioni, alle riflessioni di P.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V. *Qualche riflessione conclusiva.*

1. *Perché parlare di un codice "rinviato"?*

La storia della codificazione è una disciplina con il vento in poppa: lo conferma questa "riflessione di fine millennio". Perciò non sorprende, che al codice vengano affibbiati sempre nuovi predicati. Al massimo può incuriosire la loro costante connotazione negativa: abbiamo così incrociato il codice "perduto" (100), poi quello "impossibile" (101), finalmente quello "inesistente" (102). Ed ora ci imbattiamo in quello (solo) "rinviato".

Predicare così un codice non è del tutto innocuo. Implica infatti una scelta che non solo riassume, ma pure impercettibilmente condiziona (per non dire: anticipa) il significato delle storie così intestate. Ma lo ritengo ugualmente appropriato, questo aggettivo. Felicemente interlocutorio com'è, ha un preciso riscontro storico, vien cioè confermato dall'andamento concreto delle cose, dalla piega davvero presa dagli avvenimenti. Se parlo infatti di codici "rinviati" vedo negli episodi analizzati scelte non definitive, destinate con il tempo a venir accantonate o superate; oppure ostruzioni transitorie, prima o poi travolte dall'evoluzione. Calza perciò perfettamente la pregnante metafora di Ernest Roguin, che riassumeva così bene la percezione dell'*ineluttabilità.* Per essa la tendenza che, col passar degli anni, sfocerà poi nella codificazione del diritto "est un torrent qui submerge tout et qui enfoncerait les digues les plus savamment construites" (103). È una previsione, che la storia ha ampiamente

---

Becchi, *Ideologie della codificazione*, cit., p. 158-159; G. Marini, *Introduzione*, cit., p. 41 ss.; Laura Moscati, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di Filippo Liotta, Bologna 1999, p. 278-321, in part. p. 292 nota 59.

(100) Roberto Pavanello, *Il codice perduto — La formazione dello stato assoluto in Austria tra Quattrocento e Cinquecento nelle vicende degli Statuti di Trieste*, Trieste 1990.

(101) J.-L. Halpérin, *L'impossible code civil*, cit.

(102) Carlos Petit, *El Código inexistente* (I). *Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX*, in *Anuario de derecho civil* 48 (1995), p. 1429-1465.

(103) Ernest Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, in *Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'Exposition nationale suisse*, Lausanne 1896, p. 73-134, la citazione a p. 74. Su Roguin, che fu un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confermato. Non si conoscono casi di codici respinti definitivamente, quindi di stati che, potendo codificare, hanno liberamente deciso di battere altre strade. Almeno sul continente. L'implicito rifiuto inglese, condizionato come fu da strutture giuridiche tradizionalmente autoctone (104), non sconfessa questo accertamento. Vista dunque in quest'ottica, la codificazione appare come la forma preferibilmente assunta dal diritto (privato) una volta raggiunta la modernità: perciò ovviamente anche figlia del capitalismo e di quella particolare razionalizzazione del diritto che esso aveva auspicato e che finalmente, come sappiamo, raggiunse.

2. *Un segno di lungimiranza?*

Dire che un codice, ancorchè combattuto, osteggiato, quando non fatto oggetto di scherno, fu in realtà "solo" rinviato: questo è frutto di una scelta che ci possiamo permettere noi. Nella nostra qualità di posteri sappiamo infatti come sono andate le cose, ne teniamo logicamente conto ragionando del passato. È bene esserne coscienti e sfruttare con discrezione questo privilegio.

Ma nemmeno va taciuto il pericolo che nasconde: quello di indurci a "leggere" le resistenze storiche alla luce delle nostre valutazioni odierne. Che, vista la congiuntura attuale, non è tanto quello di squalificare le resistenze (considerandole magari frutto di opposizione irragionevole e testarda al "progresso"), quanto quello contrario, di magnificarle *ante litteram*, o comunque sopravvalutarle. Va dunque esplicitamente detto che sarebbe prematuro (e quindi ingiustificato) considerarle a priori segni di lungimiranza per aver pronosticato gli appiattimenti, le espropriazioni, i disagi che sareb-

---

originalissimo teorico del diritto, si vedano almeno: Francois Guisan, *Ernest Roguin (1851-1939)*, in AA. VV., *Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre*, Zürich 1945, p. 393-421; Norberto Bobbio, *Un dimenticato teorico del diritto*, *Ernest Roguin*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano 1978, vol. IV.

(104) Werner Teubner, *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, *passim*, specialmente p. 130-131, 159 ss.; Raoul C. Van Caenegem, *I signori del diritto — Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991, p. 38 ss., 43-50, 67 ss., 77 ss., 82 ss., 132 ss.; G.A. Weiss, *The Enchantment of Codification*, cit., p. 470 ss., 486 ss., 492 ss., 531.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bero poi davvero subentrati una volta emanato ed operante il codice (105). Con un'eccezione, che davvero non posso tacere: perché nessuno si rese conto così fulmineamente di cosa volesse davvero una codificazione, delle amputazioni che stava per infliggere, come delle prospettive che apriva, come Savigny (106); e di conseguenza nessuno la combattè più implacabilmente di lui, al quale tuttavia ricorriamo quando ragioniamo seriamente sul concetto di codificazione (107).

3. *L'ordinaria coesistenza di elementi eterogenei.*

Chi legga dunque questo frammento del nostro passato giuridico in chiave appunto interlocutoria, preferirà ragionare sulla transizione nell'ottica della lunga durata. Appare convincente ed indicata, già perché — come ricordavo iniziando — il passaggio dal vecchio al nuovo sistema delle fonti abbisognò davvero di tempi lunghi: quello vecchio si spegneva più lentamente del previsto, quello nuovo chiedeva tempo per decidere quale strada imboccare e quali alleanze contrarre. Emergeva perciò solo a fatica (108). Quest'ottica svela peraltro che per decenni, quando non per secoli, la storia delle fonti giuridiche, come anche quella del sistema destinato a riassumerle e disciplinarle, è stata *la storia di una regolare, ordinaria, quotidiana coesistenza di materiali compositi, spesso eterogenei o persino male assortiti*: come lo erano finalmente tutti quelli incontrati

(105) Già perché la descrizione, come anche la valutazione, della storia del dopo-codice dipendono da scelte personali (come dimostra la discussione sull'"assolutismo giuridico") che sarebbe ingiustificato far ricadere sui protagonisti dell'epopea codificatrice.

(106) Come già mi parve plausibile affermare recensendo le *Vorlesungen über Juristische Methodologie 1802-1842* nei *Quaderni fiorentini* 24 (1995), p. 410 ss., ed in particolare p. 415.

(107) Basterebbe un esempio, uno solo, a documentare questa affermazione: la radicalità, con la quale Savigny subito sostenne che ogni codificazione, a prescindere dai prestiti eventualmente contratti con la tradizione, poco o tanto innovava sempre. Vedi P. CARONI, *La cifra codificatoria*, cit., p. 71-77; ID., *"Privatrecht": Eine sozialhistorische Einführung*, 2. Edizione, Basel/Genf/München 1999, p. 73 ss.; G.A. WEISS, *The Enchantment of Codification*, cit., p. 466-467.

(108) Ma sono pur sempre momenti che sottolineano l'urgenza di una maggior attenzione per la storia del dopo-codice.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella nostra randonnée odierna. Storia di incontri e scontri, dunque: di aggregazioni, mescolanze e separazioni. È pur vero che, se potessimo scegliere, le eviteremmo, queste situazioni. Ci imbarazzano, poichè offuscano uno sguardo che noi vorremmo limpido e quasi "monodico". Perciò tentiamo spesso di rassettarle ricorrendo ad uno stratagemma: dovendo riferire della convivenza effettiva di situazioni difficilmente riconducibili a strategie o matrici comuni, *parliamo di società distinte ma parallele*, che funzionano secondo logiche diverse, ma bene o male convivono: di regola nell'ignoranza vicendevole e nella tolleranza, occasionalmente disponibili a trovare un accordo, altre volte ancora preferendo la provocazione ed il conflitto. Sono invero molti i contesti che tentiamo di riordinare ricorrendo a questo artificio: oltre a quello che fa da sfondo al presente contributo anche le situazioni caratterizzate dalla coesistenza di economia naturale e monetaria, legge e consuetudine, diritto popolare e cólto, oralità e scrittura, per non citare che esempli universalmente noti.

Non critico questo approccio. Ammetto anche che, abilmente sfruttato, possa contribuire a rimettere molte cose al loro posto, *scil.* a ristabilire un ordine turbato da una promiscuità tutto sommato sempre un pò destabilizzante. Ma neppure lo condivido. Già perché impercettibilmente ci induce a valutare (perciò di regola a squalificare), dove invece dovremmo accontentarci di appurare una semplice diversità di strutture. Non ci è forse (purtroppo) familiare la tentazione di ritenere "irrazionali" il sistema probatorio ordàlico, l'estremo frazionamento (reale e personale) della proprietà fondiaria, il primato dello sfruttamento comunitario della terra, la trasmissione orale e consuetudinaria dei precetti giuridici? Ma anche prescindendo da questo pericolo, penso che tutta la storia giuridica sia fondamentalmente una storia di transizioni ([109]): il che ci imporrebbe di considerare la coesistenza di programmi non precisamente sintonizzati (come si diceva una volta) come un fatto normale, del tutto scontato e regolare. Affrontarlo secondo l'artificio appena esaminato, cioè sdoppiando la società, significa in realtà negarlo per

([109]) "Tutta" significa: non solo quando questo fatto viene esplicitamente evocato dai concetti, dei quali ci serviamo, come quando parliamo di "Medio Evo" o di "droit intermédiaire".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ripristinare un ordine, che ovviamente ci è più caro della (scomoda) verità storica. Per questo motivo esprimo il mio dissenso. Credo sia preferibile l'ipotesi di una sola società, *mossa però da antagonismi durevoli e forse insopprimibili*, all'interno della quale gruppi, clans, classi e ceti si affrontarono non solo su quisquilie e non solo accidentalmente, ma anche — e periodicamente — sui grandi temi della convivenza, facendo talvolta capo alle (appunto diverse) modalità giuridiche appena elencate. Proprio come nel caso concreto, del quale mi sono occupato in queste pagine.

4. *Esiste una "storia della codificazione"?*

Per cui, ancora una volta, la materia stessa nella quale ci imbattiamo e che aspiriamo a strutturare, ritenendola squisitamente "giuridica", ci rinvia alla società. Lungi dal dolermene, questo rinvio mi offre piuttosto l'occasione di ribadire che tutte le nostre riflessioni e congetture restano approssimative e sibilline, se non le riferiamo scopertamente ad una concreta società storica. Solo essa svela infatti di volta in volta il senso attendibile di frasi, argomentazioni, metafore e teorie, delle quali ci si servì nel corso dell'Ottocento per propiziare oppure ostacolare la codificazione. Come sa bene del resto chi abbia già ragionato sulla valenza a dir poco europea della strategia anticodificatrice di Savigny. Ricorderà infatti che le stesse pagine del *Beruf* furono lette in Toscana, in Catalogna o a Ginevra con la stessa commossa ammirazione e con la stessa incondizionata adesione, ma per motivi (rispettivamente con esiti) ampiamente differenti (110). Per questo non è lecito accomunarle,

(110) Per la Toscana rinvio all'opera di F. COLAO, *Progetti di codificazione civile*, cit., *passim*; analogamente faccio per la Catalogna, rimandando il lettore alle pubblicazioni citate *supra*, nota 55. Per Ginevra sono da consultare: P. CARONI, *Pellegrino Rossi et Savigny — L'école historique du droit a Genève*, in AA. VV., *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi organisé à Genève, les 23 et 24 novembre 1979, Genève 1980, p. 17-40; ANTOINE-ELISÉE CHERBULIEZ, *De la codification*, in *Bibliothèque universelle de Genève*, juin/juillet 1832; ALAIN ZOGMAL, *Egalité devant la loi: les liens entre la constitution de 1814 et le Code civil de 1804*, in AA. VV., *Le libéralisme genevois, du Code civil aux Constitutions (1804-1842)*, a cura di A. Dufour, R. Roth e Fr. Walter, Bâle et Francfort - sur - Le Main 1994, p. 139-160; ed ora soprattutto ID., *Pierre-François Bellot (1776-1836) et le Code civil — Conservatisme et innovation dans la législation genevoise de la Restauration*, Genève 1998, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

queste esperienze così irriducibilmente "locali". Ad ulteriore conferma di quella verità, che il giurista deve ancora percepire nella sua sconvolgente centralità, in forza della quale il significato dei messaggi (anche di quelli giuridici) viene preferibilmente determinato dal lettore, rispettivamente dal destinatario (111).

Ma se è davvero così, se è sempre e solo la società (non però quella mitica ed astratta ipotizzata dal *contrat social*, ma quella concreta e storica) che si muove, progetta, realizza o desiste, anche quando intende codificare; se persino il messaggio specifico che noi, nella nostra qualità di storici del diritto ritagliamo con cura e pretendiamo di amministrare in esclusiva, resta indecifrabile senza ricorso ad essa, e quindi senza ricollegarlo ad una concreta trama politica, economica, culturale; c'è ancora — e la domanda non sembri temeraria — lo spazio per una storia *specificatamente giuridica*, perciò autonoma, della codificazione?

Chiedendomelo in conclusione, non penso tanto alla storia dell'idea di codificazione: che ritengo tuttavia concepibile, anche se alla fine offrirà una descrizione (per non dire un elenco) tanto cólto quanto monotono di studiosi e di loro opere, che si incontrano ed intrecciano nel tempo e nello spazio, stimolandosi a vicenda secondo un piano che resta misterioso ed imprevedibile fino alla fine, e che comunque si avvera senza interpellare la società.

Penso invece ai codici concreti, a quelli proposti, accettati e realizzati, come anche a quelli incontrati piuttosto nella mia esplorazione odierna, perciò respinti, rinviati, più tardi magari dimenticati. Hanno una storia più plausibile e terrena, intrisa di lacrime e di gloria. Ma fino a che punto è settoriale e davvero autonoma, obbedisce a modelli elaborati unilateralmente da giuristi e può perciò venir da loro rivendicata e gestita in esclusiva?

A me pare che tutte queste storie esprimono piuttosto qualcosa di molto concreto ed elementare, *scil.* la determinazione di una comunità storica di disciplinare taluni àmbiti della vita sociale facendo ricorso ad una legislazione complessiva, perciò unificante, che per convenzione chiamiamo "codificazione". E dato che ritengo ovvio ammettere che questa determinazione potè variare (nei con-

(111) Rimando, tanto per restare nell'àmbito della bibliografia citata finora, alle opere indicate in A. SERRANO GONZÀLEZ, *System bringt Rosen*, cit., p. 47 nota 68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenuti, come anche nella estensione) da paese a paese, dò per scontate anche le differenze, spesso abissali, fra codici di stati contigui, emanati nello stesso torno di anni.

Stando così le cose, non è più tempo di scegliere fra strade, che tutte sboccano ammalianti dove stiamo seduti a riflettere su queste belle cose: perché in realtà — anche questo si capisce meditando sul codice rinviato — ne resta una sola. Non nega essa del tutto la presenza di un elemento tecnico all'interno di questo percorso, di un "quid" peculiarmente giuridico, che solo gli specialisti possono valutare correttamente. Nemmeno contesta che si debba tenerne conto ricostruendo complessivamente la vicenda codificatrice. Ma ci invita a non enfatizzarne la portata, a non dimenticare che proprio questo "nòcciolo" corre costantemente il pericolo di venir risucchiato dai gorghi della società (112). Chi tentasse di afferrarlo per farne l'oggetto di attenzioni esclusive, si disporrebbe in realtà a ghermire qualcosa che si sta diluendo, se mi si perdona questo ossimoro conclusivo.

---

(112) Da differenti osservatòri, che talora si nascondono a vicenda, ma altre volte collaborano e si integrano perfettamente, permettendo a tal modo un giudizio differenziato ed una previsione non necessariamente apocalittica sui destini di una storiografia giuridica quale disciplina moderatamente autonoma, hanno scrutato le vicende evocate nel testo e tracciato provvisoriamente il perimetro di questa autonomia: anzitutto gli autori del volume curato da PAOLO GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica — Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'incontro di studio Firenze 26-27 aprile 1985, Milano 1986 (ed in particolare J. LE GOFF, C. VIOLANTE e M. SBRICCOLI). Inoltre, citando magari un pò alla rinfusa, ma non senza logica: ARNALDO MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, *Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, Firenze 1966, p. 21-37, specialmente p. 22-23; ALDO SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in AA. VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari 1990, p. 275-302, *passim*; MARC BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico, Redazione definitiva*, Torino 1998, p. 110-111; MARIO BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Nuova ed. ampliata, Roma-Bari 1999, *passim*, specialmente p. 129-151; HERMANN KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Berlin 1962, p. 140-144; ADRIANO CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, p. 74-75, 86-87; ALEJANDRINO FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoléon*, Roma-Madrid 1970, p. 120; R. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, cit., p. 95; GIULIANO CRIFÓ, *Materiali di storiografia romanistica*, Torino 1998, *passim*, specialmente p. 9-31, 351-371.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI CAZZETTA

CRITICHE SOCIALI AL CODICE E CRISI DEL MODELLO OTTOCENTESCO DI UNITÀ DEL DIRITTO

1. Gli organizzatori del Convegno mi hanno chiesto di tracciare un profilo della "Critica sociale alla codificazione"; ho inteso rispondere al loro generoso e amichevole invito in una maniera che forse potrà risultare ristretta (ho concentrato l'analisi su un particolare periodo storico: la fine del XIX secolo) o, per altre ragioni, potrà risultare ampia (ho infatti assunto come 'critica sociale' l'emersione, diciamo così, drammatizzata della questione sociale nelle pagine dei giuristi).

L'impatto della questione sociale nel giuridico spinse — com'è noto — alla non difficile individuazione dei molteplici "difetti sociali del Codice" e alla proposizione di variegati progetti di riforma. Non tenterò di tracciare qui una sintesi delle *critiche sociali ai Codici*; non elencherò le tante "ingiustizie" individuate nei "Codici borghesi", né analizzerò i progetti di riforma; mi propongo invece di verificare se la critica sociale riuscì a trasformare la relazione tra scienza giuridica e legislatore che si era consolidata nel corso dell'Ottocento.

L'impatto sul Codice di trasformazioni sociali percepite come accelerate pose, per la prima volta in modo ampio nelle pagine dei giuristi, il problema del rapporto tra il diritto codificato e una società di cui si avvertiva la crescente complessità. La nuova rappresentazione della società costrinse a rivedere le idealizzazioni del recente passato e a rileggere il rapporto tra decisioni politiche e interventi della scienza giuridica sulla realtà; un rapporto che negli anni antecedenti si era cristallizzato attorno alla mera esaltazione del Codice, attorno ad un concetto mitizzato di Codice (o se si vuole — come è stato detto in questi giorni — attorno alla 'mistica del Codice').

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In bilico tra le rappresentazioni che avevano caratterizzato l'Ottocento e la ricerca di una relazione meno statica tra diritto e complessità sociale (una ricerca che rappresenterà il filo conduttore del Novecento), i dibattiti sollevati dalla critica sociale ebbero un'importanza cruciale nel delineare la complessiva *geografia del Codice* su cui gli organizzatori del Convegno ci chiamano oggi a riflettere. L'esigenza di fornire risposte al mutamento rese visibile la fragile tenuta di un Codice chiamato contemporaneamente ad essere l'unica fonte di un astratto diritto comune a tutti i soggetti e l'espressione storica di un diritto radicato nella natura stessa delle cose, il prodotto di una contingente volontà politica e il neutro contenitore di princìpi intangibile da parte dello stesso legislatore. La visibilità degli interessi presenti dietro alle norme astratte spinse ad individuare modalità di intervento su un ordine sociale che non appariva più statico, regolato una volta per sempre da semplici norme generali. La veloce usura dei Codici (che si mostrava non solo nella precoce obsolescenza di Codici ancora giovani; ma anche nel volto già pieno di rughe dei Codici in gestazione) esigeva una ridefinizione dei compiti della politica legislativa e dell'interprete.

I nuovi problemi mutarono in pochi anni le tradizionali certezze della codificazione: i giuristi si chiesero quali fossero gli strumenti più adeguati per affrontare il mutamento sociale e, più radicalmente, tornarono a interrogarsi su chi fosse il soggetto legittimato a scolpire i segni del nuovo sul vecchio tronco di un diritto sempre più inadeguato a dirsi 'comune'.

Si tratta di un momento decisivo nella rappresentazione del Codice. A quasi un secolo di distanza dall'ingresso nell'èra della codificazione tornano al centro dell'attenzione problemi che parevano risolti per sempre da quella sorta di 'patto di non belligeranza' stretto tra i giuristi e il legislatore attorno alla presenza di una legge immobile, posta come garanzia dell'unitarietà del diritto e della stessa tenuta scientifica del discorso giuridico.

La mutata percezione della società tende a dividere la scienza dal legislatore. Come sospesa tra difesa delle tradizionali certezze e progettazione di un nuovo ordine, la scienza giuridica più che dall'impatto della questione sociale appare disorientata dalle prime leggi speciali che, mostrando una sin lì trascurata onnipotenza del legislatore, alteravano l'indiscusso modello di unitarietà del diritto offerto dal Co-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dice e porgevano i primi segni di un assetto normativo fatto di segmenti e frammenti sempre più difficili da sistemare entro un ordine.

I primi 'interventi sul sociale' infrangono i consolidati miti che avevano nutrito la retorica ottocentesca: intervenire sulla società significa rinunciare alle geometrie del diritto uguale, significa perdere quella coerenza dei princìpi del diritto civile cui era stata costantemente rimessa l'idea dell'unitarietà scientifica del diritto. Le prime leggi speciali (per quanto povere e caute) incrinano quella vera e propria preminenza costituzionale dei princìpi del Codice civile che nel corso dell'Ottocento era stata utilizzata per esorcizzare qualsiasi riflessione sull'incidenza delle scelte politiche (della 'semplice legge') sul 'vero diritto', sul diritto codificato. Appare ora sempre più difficile per il giurista tracciare linee ordinanti affidandosi ancora a una legalità codicistica sempre più angusta e prescindendo da "l'arruffo di norme" progressivamente prodotto dal politico.

L'esigenza di 'intervenire sul sociale' apre, insomma, un vasto processo di 'decostituzionalizzazione' del Codice, imponendo una complessiva ridefinizione degli 'spazi di convivenza' tra i giuristi e il legislatore, tra scienza giuridica e potere politico. Più che nell'aver evidenziato le tante "concrete ingiustizie" presenti nei Codici, l'aspetto più rilevante della critica sociale sta forse — ed è quanto qui tenterò di mettere in luce — nell'aver scomposto le illusioni e le speranze racchiuse nell'unitaria simbologia ottocentesca del Codice. La scoperta della fragilità del 'mito del Codice' sollecitò tutti i soggetti a ridefinire il loro ruolo e costrinse a rideterminare le questioni sopite da quella semplice presenza idealizzata.

2. Il valore simbolico del Codice — così forte nel corso del XIX secolo da far percepire le diverse vicende storiche dei Codici come avvinte in un unitario modello — condizionò anche coloro che assunsero la critica sociale come complessiva chiave di lettura dell'ordinamento, anch'essi incapaci di affrontare 'senza il Codice' la questione di una trasformazione sociale del diritto e di rinunciare alla 'storia ufficiale' della codificazione (1). Per tentare di compren-

(1) La scoperta della questione sociale da parte dei giuristi non pose radicalmente in discussione il concetto di codificazione; ma costrinse ad affrontare la crisi dell'idea di staticità, di immobilità del Codice. Il Codice è per lo più considerato nelle pagine dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere l'articolazione delle relazioni tra scienza giuridica, legislatore e mutamento sociale a fine secolo, è utile partire proprio dal precedente bagaglio di simboli del Codice che furono talvolta combattuti e talvolta introiettati anche dai critici più severi (2).

La forza del Codice trae alimento nel corso dell'Ottocento da un doppio sogno di stabilità. Il Codice è rappresentato come quiete rispetto al movimento, come luogo di convergenza e di sintesi di istanze molto diversificate tra loro: è il luogo che armonizza i legami tra il diritto e la società; è il luogo che dissolve le relazioni conflittuali tra scienza giuridica e legislatore. La forza di quel sogno impone il silenzio: le certezze del Codice vincolano, ben oltre la legge, il legislatore e la dottrina. La visione idealizzata della società (la presunta autonomia della società borghese fotografata dal Codice) non impone il risveglio e fa sì che il sogno si prolunghi: il legislatore, che pur si sente padrone del Codice, è condannato a non intervenire sulla sua creatura;

---

critici come un prodotto comunque necessario, un dato acquisito, una tappa all'interno di un processo evolutivo da assecondare; come un modello di comprensione razionale della realtà che è da perfezionare e non da abbattere. L'emersione della questione sociale nelle pagine dei giuristi non si pose, dunque, come fondamento di una critica contro l'èra della codificazione di cui si continuò a subire il fascino e i miti. Dico ciò non solo per il dato estrinseco del richiamo al Codice come momento spesso centrale della strategia riformista (da più parti si richiede un *Codice di diritto privato sociale*; un *Codice sociale*, un *Codice dell'avvenire*, un *Codice di diritto operaio*, un *Codice del lavoro* e così via), ma soprattutto per il forte ruolo giocato, anche nella mentalità dei critici, dal mito del Codice, per il riferimento costante ai nessi possibili tra lettura sistematica del Codice e trasformazione sociale del diritto. Per questi motivi parlo qui di *critiche sociali al Codice* (ai Codici) e non di *critiche sociali alla codificazione*.

(2) In alcuni interventi in questi giorni di Convegno è stata avanzata l'esigenza di una separazione tra 'storia della codificazione' e 'storia dei Codici', per riuscire finalmente a contestualizzare i Codici 'concreti', sottraendoli alle molte nebbie con cui l'ideologia della codificazione li ha avvolti. La separazione è più che mai opportuna per far emergere dalla retorica tenacemente unitaria del Codice percorsi storici relativamente autonomi con vicende dottrinali e giurisprudenziali difficilmente racchiudibili entro oppressive etichette unitarie. Ben vengano dunque ricerche di questo tipo, a patto però che si resti consapevoli che — se ci interessa cogliere appieno i percorsi del pensiero giuridico — non si possono tracciare linee con il bisturi: la concreta storia dei Codici si è infatti nutrita della storia della codificazione, si è fondata sui suoi simboli, ha reso reali le sue utopie, le sue speranze, le sue illusioni, ora osannandole ora demonizzandole. È difficile dunque dividere senza gravi fraintendimenti questo tutto unitario che ha innervato la mentalità degli interpreti, colorando con i suoi simboli anche sentieri concreti, appartati o iconoclasti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i giuristi, che pur si dichiarano servi della legge, obbedendo al Codice si sentono sottratti alla transitoria mutevolezza delle legge.

Due immagini contrastanti sostengono tale retorica: quella di una radicale innovazione formale, caratterizzata nello stesso tempo da contenuti tradizionali. Il Codice propone innovazione e continuità.

Il Codice è posto infatti a segnare un punto di svolta formale nella moderna storia del diritto: è percepito come il compimento di un secolare processo e l'avvio di una nuova fase, è indicato come la realizzazione di un'ampia serie di cesure storiche finalmente culminate nel proclama di un diritto uguale, unitario, completo. Caratterizzato da un soggetto di diritto unificato e dalla supremazia della legge tra le fonti del diritto, il Codice innova perché finalmente offre un sistema "chiaro, semplice e certo" capace di imporsi agli interpreti e allo stesso legislatore. La 'forma Codice' contiene infatti regole 'uguali' che, mentre mostrano la forza del comando generale e astratto della legge, segnano nuovi limiti per il legislatore e per i giuristi cui non sono consentite valutazioni di casi concreti e asimmetrici interventi su particolari situazioni. L'uguaglianza del Codice costringe a distogliere lo sguardo dai fatti e propone, entro gli angusti confini dell'astrazione, l'immagine di un diritto civile 'comune' per tutti i soggetti.

Se non altro dal punto di vista formale, tali caratteristiche evocano tutte il superamento della situazione giuridica di antico regime: il particolarismo e le arbitrarie interpretazioni dei giuristi sono sconfitte dal primato della legge dello Stato, dalla preminenza della volontà del legislatore (e dal conseguente drastico impoverimento dell'assetto delle fonti del diritto).

La 'forma Codice' è per queste sue caratteristiche posta a segnare *di per sé* il compiersi della riforma degli ordinamenti giuridici, l'avvento di un sistema 'semplice' di garanzie costituzionali per il cittadino e il definitivo superamento della dialettica tra certezza e incertezza del diritto, tra pluralità di fonti di produzione e centralità della legge, tra ricognizione equitativa del caso concreto e scelta razionale, generale e astratta della legge (3).

(3) Per una ricognizione critica della letteratura sul punto è qui sufficiente rinviare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rendendo omogenee le varie vicende codificatorie e tracciando comunque un netto solco tra un prima e un dopo la forma Codice, le problematiche evocate — semplificazione del sistema delle fonti, unificazione giuridica, statualismo e garantismo, nessi tra Codice e Costituzione — impongono, già nell'immaginario giuridico dell'Ottocento, la vicenda codificatoria come spartiacque della moderna storia del diritto.

L'ideologia della codificazione (4) raramente trovava nell'assetto normativo dei Codici un puntuale riscontro. Anche dal punto di vista formale la netta cesura con il passato era spesso più immaginaria che effettiva: la rigida compiutezza del divieto di eterointegrazione aveva delle vistose aperture (si pensi, ad esempio, ai richiami al *diritto naturale* del § 7 dell'ABGB e al riferimento ai *principi generali del diritto* dell'articolo 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano del 1865); l'abbandono del particolarismo non era sempre assoluto; il ripudio delle eredità tecniche del passato era semplicemente impossibile e la retorica del diritto uguale era, com'è noto, costellata da un quadro di disuguaglianze di fatto (e non solo di fatto) ancora così ricco da non temere più di tanto il confronto con la situazione di antico regime (5).

La retorica riguardo alla modernità formale del Codice è comunque così forte da rendere pressoché invisibili le anomalie; ed è così forte da poter convivere tranquillamente anche con una retorica di segno opposto tutta volta ad esaltare la necessaria continuità del Codice con il passato. Spesso infatti chi difende il Codice utilizza argomentazioni eclettiche che attingono con disinvoltura dalla cosiddetta letteratura anticodificatoria, sino al punto da rendere possibile una stretta di mano (tanto disinvolta quanto ferma) tra Savigny

---

ai saggi di Pio CARONI (*Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998) e a quelli di Paolo GROSSI (*Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998).

(4) La ricostruzione più nota è quella offerta da G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976.

(5) La retorica del diritto uguale, del resto, riesce a lungo a convivere senza molti problemi con la schiavitù nelle colonie e riesce a giustificare una condizione giuridica della donna ispirata da una concezione semplicemente punitiva dell'uguaglianza (si cfr., riguardo a quest'ultimo tema, G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onesta e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, in particolare pp. 187 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e Thibaut. Non c'è molto da stupirsi. Anche nei lavori preparatori del Codice 'per eccellenza', del resto, l'idea di una svolta rispetto all'assetto di antico regime si nutre di ripetitivi rinvii alla continuità, alla tradizione, *ai legami naturali del passato col presente* (6).

Nonostante queste molteplici ambiguità, la lettura delle vicende del diritto civile dopo la codificazione napoleonica non riesce a sottrarsi alla rappresentazione di un Codice come cesura storica che abbaglia con la sua simbologia. Riverito oltre i suoi meriti, il Codice promette più di quanto dà; la sua affermazione resta comunque per tutti, anche per i suoi critici più severi, il segno della presenza di un nuovo diritto caratterizzato dall'abbandono delle obsolete forme giuridiche di antico regime (7).

Coloro che assumono l'analisi dei contenuti come angolo visuale privilegiato ripropongono e accrescono il quadro delle ambiguità; ma esse, lungi dall'indebolire la retorica del Codice, la rafforzano ulteriormente.

Quel Codice che dal punto di visto formale si lega completamente alla volontà del legislatore è rappresentato come pura espressione della società: il legislatore — si ripete — non è padrone dei contenuti del Codice, non può rinnegare le solide tradizioni giuridiche nazionali, è costretto a porre quei soli vincoli che assecondano la libertà dei singoli. I contenuti del Codice si impongono da sé; il legislatore ha le mani legate, non potrebbe ('neanche se volesse')

---

(6) Particolarmente significative, da questo punto di vista, restano le note pagine del *Discours préliminaire* di Portalis.

(7) Basti pensare, ad esempio, all'ammirazione mostrata da Anton Menger — critico severo dei progetti del BGB — nei confronti dei grandi Codici realizzati tra Sette e Ottocento: "Le tre grandi opere legislative dell'epoca moderna: il codice civile prussiano, il codice civile francese e quello austriaco comparvero sul finire di un'epoca che a buon diritto fu chiamata l'epoca dei lumi. Imperocché mai l'umanità si sentì meno minacciata dall'ammasso di tradizioni, mai le classi alte si mostrarono così favorevoli verso le bassi classi popolari quanto nell'epoca dei lumi. Gli autori di quei tre codici si lasciarono compenetrare dallo spirito magnanimo che sprezza il delirio del momento, e compilarono opere legislative le quali (...) precorsero di molto lo sviluppo sociale delle nazioni. Questo è veramente il compito del legislatore...". A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, Bd. II, 1889 (pp. 1-73; 419-482), pp. 7 e 8 (ho citato utilizzando la traduzione italiana, curata da G. Oberosler, *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Torino, Bocca, 1894, p. 9).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opporre un suo astratto 'sistema di legislazione' al 'sistema della natura'. L'innovazione formale appare come un vuoto e innocuo guscio al cui interno ogni mossa del legislatore è vincolata da una necessaria continuità con le tecniche del passato, dalla necessaria armonia che deve esistere tra il Codice e le razionali regole di libertà che caratterizzano la società (8).

A giocare un ruolo sempre più ampio in tale rappresentazione è soprattutto l'idea di nazione. In un contesto come quello italiano dove la richiesta di un Codice unitario si lega alla lotta per il raggiungimento dell'unificazione nazionale, il Codice, ad esempio, si sovraccarica di un destino: è l'espressione giuridica di un comune diritto, di una millenaria tradizione giuridica nazionale che finalmente può riemergere, superando l'apparente discordanza del diritto degli Stati pre-unitari e svincolandosi dalle artificiali imposizioni dei governi stranieri. Come il nuovo Stato unitario, segnando l'approdo di un lungo itinerario, è molto più della semplice somma delle antecedenti entità territoriali, così il Codice è la sintesi di un diritto comune all'intera nazione, un diritto che il legislatore ha avuto il solo merito di rendere visibile. Argomentazioni savigniano-storicistiche possono per questa via essere abbondantemente utilizzate per sorreggere un Codice che non oppone dighe al fluire del diritto e che è più forte di qualsiasi tempesta legislativa (9).

---

(8) Concentrando l'attenzione sui contenuti del Codice si notano dunque molteplici continuità con i princìpi della tradizione romanistica, con il diritto consuetudinario e con le costruzioni teorico-pratiche della dottrina antecedente: le caratteristiche moderne, 'eversive', tracciate dalla 'forma Codice' sarebbero pertanto tutte temperate o annullate dalle continuità affermate dai singoli contenuti del Codice. La contraddittorietà di tali tesi continuiste fu ben sottolineata da Savigny che rimarcò come i vecchi contenuti assumevano comunque nella nuova forma un valore diverso (si cfr. sulla questione P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, pp. 69-111, in particolare pp. 74 e ss.). Giova sottolineare che qui non mi interessa mettere a nudo la contraddizione, ma più semplicemente prendere atto della sua diffusa presenza nelle pagine dei giuristi nel corso dell'Ottocento.

(9) In tal senso si veda, a mo' d'esempio, L. BOSELLINI, *Del Gius comune, e dei Codici in relazione alla nazionalità*, in *La Temi. Giornale di legislazione e di giurisprudenza*, I, 3 (gennaio 1948), pp. 139 e ss.; M. BENSA, *Codificazione nazionale*, in *ibidem*, II, 18 (agosto 1950), pp. 334 e ss.; G. BANDI, *Il codice civile e la tradizione*, in *Annali della*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La ripetitiva rappresentazione di un nesso necessario e indissolubile tra i contenuti del Codice e la libertà rafforza ancora di più l'immagine di un assetto formale innovativo e impotente. Contrapponendo ai vincoli costringenti dell'appartenenza cetuale un permanente richiamo alla libertà, l'unificazione dell'ordinamento giuridico attorno al monopolio statale delle fonti del diritto privato pone sulle ceneri dell'antecedente società disuguale nuove regole del gioco: il Codice — si ripete unanimi — dà regole uniformi che impongono vincoli solo per assecondare la libertà, per dar pieno svolgimento alla libertà (10). Il Codice, simbolo dell'autonomia della società, ha contenuti 'minimi' e intangibili; è — e deve restare — garanzia esterna di una trama di relazioni economiche e sociali di per sé armoniche. Qualsiasi 'aggiunta' è percepita come attentato alla libertà.

Da punti di vista diversi la retorica ottocentesca offre, insomma, contenuti necessari a un Codice che, pur restando espressione formale del comando legislativo e "voce dello Stato", appare come irriducibile alla sfera politica. Il diritto (razionale, nazionale, naturale (11)) presente nel Codice si colora così di una legittimità ben più ampia di quella offerta dal legislatore. La contraddittorietà degli assunti posti a sostegno del Codice non giova certo alla coerenza della teoria, ma è uno strumento formidabile per creare ed accrescere un mito.

3. È avvalendosi di questa variegata simbologia del Codice che la scienza giuridica stringe un patto di fedeltà con il legislatore, dichiarandosi sottomessa ai suoi comandi. Filtrata attraverso la mitologia del Codice, la preminenza della decisione politica è, però, non tanto esaltata, quanto osteggiata. La scienza giuridica si schiera

---

giurisprudenza italiana, I, 3, 1866/67, pp. 17 e ss.; F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, Pisa, Nistri, 1876.

(10) Si vedano ora su questo tema le osservazioni di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni (1879-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 184 e ss.

(11) Le antinomie del giusnaturalismo — ha scritto recentemente Paolo Grossi — sono riproposte e accresciute dalla mitologia di un Codice che vuole essere radicato nella stessa natura delle cose e, al tempo stesso, è voce dello Stato. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

infatti compatta attorno alla supremazia del Codice e non attorno all'onnipotenza del legislatore. A ben vedere, la tanto celebrata onnipotenza del legislatore si riduce infatti a ben poca cosa di fronte al Codice: un coro di voci ricorda a ogni piè sospinto che il legislatore è solo spettatore di fronte ai mutamenti sociali e che le sue leggi nulla possono contro quei princìpi codificati unanimemente ritenuti intangibili. Il Codice, insomma, afferma l'onnipotenza del legislatore solo in quanto mostra il trionfo di una decisione politica che si limita per sempre.

La dottrina giuridica che a ridosso dell'emanazione del Codice sostiene a mo' di parola d'ordine l'assoluta preminenza della legge conferma appieno questo quadro, proponendo una gerarchia non scritta delle fonti in cui la decisione politica è costantemente subordinata al Codice; un Codice oramai sottratto alla realtà e assunto nel mito. Tanto vistoso quanto incompiuto, il positivismo giuridico che si può rintracciare nelle pagine dei giuristi del periodo è per lo più apparente. La figura del legislatore è tanto più esaltata quanto più forte è la certezza della sua necessaria subordinazione al Codice, la certezza dell'inutilità (ma, considerando le reazioni ai pochi progetti di modifica del Codice, si potrebbe dire l'illegittimità) di ogni suo intervento.

La contraddizione è ben evidente nei giuristi della cosiddetta Scuola dell'esegesi il cui discorso, più che di un compiuto positivismo giuridico (12), è forte di un insieme di certezze pregiuridiche, di un composito bagaglio culturale che, proiettato sull'impianto del Codice, dà sicurezze ricostruttive sempre confermate dalle dichiarazioni del legislatore. Invasive certezze generali inducono gli interpreti a colorare ogni riferimento ai limiti della proprietà in semplice riconferma di un diritto volto a regolare gli interessi di individui considerati *uti privati et singuli*; spingono sempre lontano da un'analisi non apologetica dell'autonomia negoziale e imbrigliano la lettura degli articoli in tema di responsabilità entro goffe finzioni consone a modelli individualistici. Il mito della libertà contrattuale, come

(12) Cfr. in tal senso, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, pp. 92 ss. Si veda anche G. TARELLO, *La "scuola dell'esegesi" e la sua diffusione in Italia* (1969), ora in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna il Mulino, 1988, pp. 69 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quello del diritto del proprietario di godere e di disporre del bene nella maniera 'più assoluta', sono più forti di qualsiasi analisi esegetica dei limiti fissati dalla legge per l'autonomia contrattuale e per la proprietà; così come la retorica del diritto uguale si sottrae a qualsiasi seria riflessione riguardo alle non poche disuguaglianze fissate dalla legge (13).

Racchiuso nel solo ordine del Codice, l'omaggio alla legge è sterilizzato da pericolose valenze politiche: è un semplice richiamo a princìpi guida di un ordine dato (che la 'onnipotenza' del legislatore non può che confermare), è un atto di fiducia in quel 'mondo della sicurezza' miracolosamente generato dalla libertà dei singoli (che il politico è tenuto a garantire con notarile indifferenza) (14).

La preminenza della libertà e della sovranità dell'individuo offerta dal Codice è avvertita come più forte della legge; quella preminenza non si presenta — neppure negli esegeti — come il semplice punto di approdo di una rigorosa costruzione di stampo positivistico e di una pedissequa lettura del testo del Codice, ma più semplicemente come l'immediata assunzione nel giuridico di certezze che, più forti del comando formale della legge, si impongono allo stesso legislatore (15).

4. Un Codice che è un luogo così affollato di simboli non può che generare la certezza della stabilità, la sicurezza di aver vinto una volta per sempre il confronto con le trasformazioni imposte dal trascorrere del tempo: non è necessario inseguire i mutamenti sociali

---

(13) Cfr. A.J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon et Durant, 1973.

(14) Cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano Giuffrè, 1986^2. Il legislatore — si ripete — non deve valutare gli scopi che il singolo persegue avvalendosi della sua libertà, non può andar oltre un Codice esaltato come l'unica garanzia dei diritti dei singoli, come l'arca santa della piena autonomia della sovranità individuale ("autonomia nel triplice significato di libertà nella esplicazione di valori individuali, di potere, come signoria sui beni, di potestà di autodeterminarsi per il regolamento dei propri interessi": R. Nicolò, *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, pp. 904-921, p. 909).

(15) Per un'analisi più articolata della questione, si cfr. G. Cazzetta, *Civilistica e "assolutismo giuridico" nell'Italia post-unitaria (1865-1881)*, in *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995, pp. 399 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esigendo nuove leggi, né è necessario motivare le scelte interpretative richiamando la cruda varietà degli interessi in gioco.

Fondato sull'astrazione dei princìpi e, nello stesso tempo, sulla rivendicazione di una corrispondenza assoluta di quei princìpi alle esigenze della società, l'ostentato rifiuto di riferimenti a concreti interessi economico-sociali che caratterizza la letteratura civilistica dell'Ottocento non fa che riprodurre fedelmente le certezze e le ambiguità del mito del Codice. I princìpi del Codice sono presentati come il necessario riflesso nel giuridico delle poetiche armonie della società; di una società idealizzata, mai indagata volgendo lo sguardo in basso. Il silenzio del legislatore, più che come espressione di un'interessata scelta politica, è così percepito come una solenne conferma della tenuta di una struttura giuridica perenne e dell'impossibilità di qualsiasi intervento volto ad alterarla.

Il prezzo di queste certezze è ovviamente alto. Mentre il legislatore continua a tacere, appellando come rispetto delle uguaglianze la sua interessata miopia, i giuristi scorgono (cioè ricercano e, ovviamente, trovano) la compiuta coincidenza tra l'universo codicistico e la realtà; e lo fanno per lo più distogliendo lo sguardo dai fatti per mettere continuamente a fuoco una piatta uniformità di regole.

La corrispondenza tra la generalità "senza mondo" di quest'ordine (16) e gli interessi della borghesia è ben evidente, e non mancherà di essere sottolineata a forti tinte da chi guarderà ai difetti sociali del Codice (17). La critica sociale infatti indicherà con grande

---

(16) Ho preso in prestito, impoverendola, l'immagine da Elias Canetti. Ignorando il disordine del mondo, i giuristi in questo momento tendono ad accordare al Codice lo stesso privilegio che Canetti concede a Peter Kien e alla sua biblioteca nella prima parte del suo romanzo (*Auto da fè*): quello di vivere, "testa senza mondo", in un ordine che è perfetto solo perché distante dalla vita, lontano da un pericoloso "mondo senza testa". Fuori dal mondo è impresa agevole per Peter Kien — e forse anche per i nostri giuristi — sostituire (come noterà poi la critica sociale), il Codice, la biblioteca agli uomini: "Tanto egli amava la sua biblioteca; essa gli sostituiva gli uomini".

(17) Inutile dire infatti che questa scelta, pur affermando di voler prescindere da un richiamo diretto ai princìpi economici e sociali, è in accordo con essi. Il lapidario giudizio di Wieacker sulla Pandettistica ci pare possa essere esteso a gran parte della civilistica ottocentesca che operò in presenza del Codice: essa manifestò il suo segreto accordo con la società del suo tempo proprio attraverso il rifiuto di giustificare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lucidità le contraddizioni interne di questo modello e — sforzandosi di recuperare il diritto al buon senso e ad una visione meno idealizzata e partigiana della società — rivendicherà l'apertura del giuridico verso quelle classi sino a quel momento ignorate dalle armonie del Codice.

Il mito del Codice non può, però, dirsi liquidato dalla salutare 'riconciliazione con il mondo' proposta dai critici. Il riferimento mitizzato al Codice racchiudeva in sé, infatti, una tensione verso un diritto certo e unitario, in necessaria (automatica) corrispondenza con la società; un diritto che nell'immaginario del giurista era ancora irriducibile a reiterate 'imposizioni' del politico. La scoperta della società, l'esigenza di un intervento giuridico (politico) su una società in mutamento, non indusse neppure i critici più severi del Codice a gettare alle ortiche il sogno ottocentesco di un ordine più solido, più certo, di quello offerto dal politico.

Considerare quest'aspetto può forse aiutarci a comprendere come mai il dirompente impatto della questione sociale sul giuridico non riuscì a travolgere un Codice così compromesso con una visione statica della società. Quel contraddittorio assieme di richiami a nozioni tecniche antiche e a nuovi princìpi formali, a certezze generali di sicurezza e a specifici interessi, ad una razionalità fuori dal tempo e ad un diritto storicamente determinato, che caratterizzava il mito ottocentesco del Codice, fece ancora sì che esso fosse percepito come lo strumento indispensabile per affrontare anche i problemi posti dal mutamento sociale. L'esigenza di considerare politicamente nuovi e crescenti interessi particolari non annullò, insomma, la forza simbolica del Codice: la ricerca di un *diritto comune civilistico* come unitaria piattaforma di approccio scientifico alla realtà, la ricerca — su cui, come vedremo, da diversi angoli visuali si insisterà ampiamente negli ultimi decenni dell'Ottocento — di una compiuta corrispondenza tra l'evoluzione della società e quella del diritto, tra l'organismo sociale e quello giuridico, rinvia-

---

costruzioni e scelte tecniche in base ad interessi economico-sociali. Cfr. F. WIEACKER, *Pandettistica e rivoluzione industriale* (1968/69), ora in ID., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, Esi, 1983 (ed. orig. 1974), pp. 84 e ss. Si vedano anche sul punto le osservazioni di P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., in particolare, p. X e pp. 117 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vano ancora ad un Codice in grado di sottrarsi alle contingenti scelte del politico.

La raggiunta consapevolezza della 'parzialità' del Codice, più che abbattere il mito del Codice, per molti aspetti lo riattivò. La scienza giuridica compì un'ampia ricerca per rivitalizzare i princìpi 'comuni' del Codice, per 'capovolgerli', per porli a diretto contatto con 'i fatti reali'. E fu ancora guardando al Codice che il giurista tentò di non essere relegato in un cantuccio dalla preminenza del politico; fu ancora grazie ai 'punti fermi' fissati nel diritto comune offerto dal Codice che l'interprete non si sentì condannato a far necessariamente propria la costringente alternativa tra un'applicazione di una normativa 'di parte' sempre più ingiusta e una mera richiesta di continui interventi legislativi.

Non era facile, d'altronde, per i giuristi di fine Ottocento abbandonare la forma Codice. Essa continuava a prospettare enormi vantaggi ad una scienza giuridica che, scoperta la dimensione sociale del diritto, era chiamata a confrontarsi quotidianamente con il politico. Il Codice offriva ancora una relativa stabilità per il discorso scientifico, offriva una mappa di princìpi di un diritto percepito come più forte delle scelte del legislatore, di un diritto che, se liberato dalla sua immobilità e assecondato nelle sue 'naturali' trasformazioni, poteva rispondere al mutamento sociale evitando i molteplici rischi, 'gli arbitri', che si intravedevano nelle scelte di un potere politico ora propenso a intervenire giuridicamente sulla società.

L'impatto della questione sociale nel giuridico rese, insomma, chiaro a tutti che non esisteva più una stabilità del sociale rispecchiata nel Codice; ma, per quanto svelata nella cruda realtà dei suoi interessi, l'unità giuridica del Codice continuò comunque ad affascinare i giuristi.

Permeata da queste convinzioni diffuse nella mentalità del periodo, la critica sociale si accostò al Codice sedotta dal fascino di tematiche contrastanti: oltre alla veemente affermazione della parzialità del 'Codice borghese' e alla richiesta di smantellare un diritto 'comune' ai soli interessi delle classi abbienti, ripropose il sogno una rinnovata generalità di un Codice di diritto 'privato-sociale'; oltre a sostenere le riforma, l'intervento dello Stato e la giuridificazione dei nuovi volti del sociale, sostenne con non minor forza il recupero di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una nuova unitarietà del diritto, la sua necessaria evoluzione sociale, la preminenza del diritto 'organico' prospettato dalla scienza rispetto a quello offerto dal legislatore. Per cogliere l'apporto dato dalla critica sociale alle scienza giuridica tra Otto e Novecento, occorre tentare di dipanare questi fili intricati, senza fermarsi soltanto a considerare il dirompente impatto delle urla iconoclaste nel quieto torpore degli ambienti giuridici borghesi.

5. La critica sociale capovolge, dunque, alcune certezze offerte dal Codice. Con varietà di toni si sottolineano i suoi grossolani difetti, si mette a nudo il suo spietato individualismo e il suo egualitarismo solo astratto. La scoperta della complessità del sociale detta l'elementare constatazione offerta dagli scritti dei critici: il diritto legale (il diritto codificato) non è in grado di tenere il passo col mutamento sociale. L'universo del Codice è ridotto a un piccolo mondo popolato da interessi partigiani: i contrasti e le lacerazioni sociali smitizzano la naturale armonia della società fotografata dal Codice; le ingiustizie sociali del Codice sono un atto d'accusa contro la colpevole inazione dello Stato e contro una scienza giuridica dedita a ricostruzioni avulse dalla realtà ("nave incantata" che "solca tranquilla le onde burrascose dell'oceano seminate di cadaveri e moribondi" (18)).

Il contesto italiano è da questo punto di vista particolarmente significativo: nel giro di pochi anni la retorica della nazione, dell'uguaglianza e della libertà che aveva osannato il primo Codice nazionale unitario (19) appare in gran parte capovolta. Già a partire dall'inizio degli anni Ottanta il nuovo Codice del 1865 è dichiarato vecchio: si pone in evidenza la sua ingannevole unitarietà, la sua incapacità di far fronte alle situazioni sociali improvvisamente balzate in primo piano dopo il raggiungimento della piena unità politica del Paese; superate appaiono le solide certezze che solo qualche anno prima avevano spinto ad esaltarne la corrispondenza con le esigenze del tempo e del nuovo Stato.

---

(18) È il noto avvio del fortunato libro di Enrico Cimbali (*La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, Ute, 1895[3]; la prima ed. è del 1885).

(19) Si veda, per tutti, la pacata riflessione di G. Pisanelli, *Dei progressi del diritto civile in Italia nel secolo XIX*, Milano, Vallardi, 1872.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un insieme variegato di parole d'ordine, di professioni di fede sociologizzanti, di inviti a rivoluzioni metodiche è presente nelle pagine dei 'critici'. La scienza giuridica di questi anni si apre alla questione sociale e, nello stesso tempo, abbandona l'osservatorio dell'esegesi per dichiararsi disponibile a colloqui interdisciplinari, ad analisi storiche e comparativistiche. Il complessivo rinnovamento presente negli scritti dei giuristi è difficile da racchiudere entro etichette unitarie: inappagante è il riferimento al 'socialismo giuridico' come ad un fenomeno omogeneo (20); generico nella sua evidenza è il richiamo alle nuove consapevolezze metodologiche che si concretizzano in particolare nel passaggio (in linea con il complessivo avvicinamento delle relazioni politiche e culturali tra Italia e Germania) dall'asfittica esegesi, servile imitazione della letteratura francese, all'arioso sistema ispirato alla Pandettistica.

Nelle prolusioni e nei libelli pubblicati in questi anni (21) troviamo una fitta rete di richiami al diritto come espressione della "vita reale" e il ripetuto invito a considerare la legge come "concetto organico", la richiesta, colorata di illusioni scientiste, di venature solidaristiche e talvolta socialistiche, di riforme legislative (22), una serrata critica all'individualismo che fa intravedere un diritto privato

---

(20) Cfr. P. Ungari, *In memoria del socialismo giuridico — I — Le "scuole del diritto privato sociale"*, in *Politica del diritto*, I, 2 (1970), pp. 241 e ss.; e, soprattutto, i vari interventi presenti nel numero monografico dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4 (1974-1975): *Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture*.

(21) Cfr., ad esempio, G. Vadalà Papale, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881; E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni* (1881), in Id., *Studi di dottrina e di giurisprudenza civile*, Lanciano, Carabba, 1889, pp. 5 e ss.; E. Gianturco, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia* (1881), in Id., *Opere giuridiche*, I, Roma, Libreria dello Stato, 1947, pp. 3 e ss.; G.P. Chironi, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (1882), in Id., *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, *Parte generale*, Torino, Bocca, 1913, pp. 32 e ss.

(22) Un'ingenua sintesi dei temi organicistici, sociologici e solidaristici presenti negli scritti di questi anni può essere letta in Bassano Gabba, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, in particolare pp. 12 e ss.: "Il diritto ... ha per sua necessità fondamentale di uniformarsi alla situazione sociale quale esiste in fatto. Ne viene che se tutti gli esseri costituenti la società possono considerarsi quasi membri di uno stesso corpo, il diritto deve poi disciplinare le loro azioni in modo che queste riescano tutte intonate e dirette a uno scopo supremo: il benessere dell'organismo"; "Se la società è un organismo, la necessità della cospirazione di tutti i suoi membri ad uno scopo comune ne discende chiara, evidente. Chi ciò dice e ammette, ammette e dice *solidarietà*".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dai caratteri molto più ampi di quello circoscritto nei confini del 'Codice borghese' (23).

6. Negando il consolidato mito della compiuta autonomia del diritto civile codificato, la constatazione dei "difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie" pone inevitabilmente in primo piano il ruolo delle riforme, quello dell'intervento sociale del legislatore (24). Le riforme sono indispensabili perché indispensabile appare, dettata da "l'influenza rivoluzionaria dei nuovi tempi" (25), una trasformazione sociale del diritto che impone nuovi compiti allo Stato.

Il riferimento all'intervento 'speciale' del legislatore, alle leggi sociali, sorregge la richiesta di una "nuova fase" del diritto civile e preannuncia in concreto il futuro 'Codice sociale'. Il legislatore — si afferma — non può restare inerte di fronte all'ampiezza della questione sociale, deve risolvere subito palesi ingiustizie, sanare i contrasti generati dalle 'norme borghesi', allargare il diritto ai gruppi, disciplinare situazioni ignorate da princìpi giuridici oramai 'erosi' dai mutamenti sociali (26).

La richiesta della legge appare il risultato inevitabile della congiunta considerazione di questione sociale e Codice, ed è l'aspetto che più colpisce l'attenzione di chi valuta gli scritti dei giuristi riformatori: nelle pagine degli innovatori c'è spesso una fiducia miope nei confronti dello strumento legislativo e un'enfasi contraddittoria riguardo al solidarismo sociale del legislatore.

---

(23) "Come è una metafisicheria la concezione dell'uomo isolato, così è metafisicheria la concezione di un diritto privato che regoli esclusivamente gli individui *uti privati et singuli*. Oggi l'individuo non può separarsi dalla collettività". Così A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, p. 575. Per un quadro complessivo si cfr. P. GROSSI, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, Giuffrè, 1988.

(24) Cfr. G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Palermo, tip. Statuto, 1890; G. VADALÀ PAPALE, *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 23 e ss.

(25) E. CIMBALI, *La Nuova Fase*, cit. Significativo, del resto, è il sottotitolo di questo volume: "Proposte di riforma della legislazione civile vigente".

(26) Cfr. , per tutti, C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 95 e ss. Sul punto si cfr. P. GROSSI, *"La scienza del diritto privato"*, cit., pp. 153 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'illusoria, "illogica", fiducia dei giuristi volti a richiedere il 'diritto sociale' allo Stato borghese fu sottolineata — com'è noto — con sprezzante ironia dai socialisti. Basti pensare ad alcune pagine molto note di Antonio Labriola: "Come chiedere l'abolizione della miseria, senza rovesciare tutto il resto? Chiedere a questa società, che essa muti anzi rovesci il suo diritto, che è la sua difesa, gli è chiederle l'assurdo. Chiedere a questo Stato che esso cessi dall'essere lo scudo, anzi il baluardo di questa società e di questo diritto è volere l'illogico" (27).

La richiesta di un intervento sociale del legislatore suscitò reazioni diverse, ma non meno accese, nella scienza giuridica 'ufficiale'. Il continuo intervento del legislatore per far fronte alla complessità del sociale scardina — così affermarono in molti — l'equilibrio dei princìpi, anteponendo la mutevolezza della legge alla stabilità del Codice.

Nonostante la vistosità delle reazioni provocate dalla richiesta dell'intervento legislativo "come mezzo pratico per elevare la condizione del proletariato", non è possibile ridurre l'apporto degli innovatori a questo solo aspetto. Guardando al di là della richiesta di 'correzioni' legislative al Codice, al di là della rivendicazione di leggi sociali e di 'Codici dell'avvenire', può essere utile verificare se tale reiterato riferimento agli interventi legislativi riuscì a scalfire davvero la consolidata centralità del Codice. La questione dell'affermarsi di una compiuta 'onnipotenza della legge' (attivata dalla considerazione ampia da parte dei giuristi della questione sociale) merita cioè di essere considerata con maggiore attenzione alla luce della composita mitologia del Codice e del diritto comune civilistico cui abbiamo fatto riferimento sopra.

7. Gli scritti che a fine Ottocento sottolineano l'esigenza di un intervento della legge non valorizzano mai — a ben vedere — il momento della decisione politica: l'intervento sociale del legislatore

(27) Si cfr. V. GERRATANA, *Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4 (1974/75), 55 e ss.; si cfr., anche, S. CASSESE, *Socialismo giuridico e 'diritto operaio'. La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*, in *ibidem*, pp. 495 e ss. (da p. 504 è tratta la citazione di Labriola riportata nel testo).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è semplice affermazione di una necessità dell'organismo sociale, della naturale corrispondenza tra il diritto e l'evoluzione della società evidenziata dalla scienza. Anche negli scritti dei giuristi dediti alla critica sociale al Codice il ruolo del legislatore non è molto rilevante. Nessuno di loro richiama la preminenza della decisione politica, tutti rinviano invece alla sua ineluttabilità: la caduta delle immobili certezze del Codice (il venir meno dell'automatica corrispondenza tra diritto comune civilistico e certezze del modello individualistico borghese) 'condanna' il legislatore a muoversi nella direzione indicata dalla scienza, lo costringe a rispettare le regole dell'organismo sociale e la sua naturale evoluzione. Il legislatore — si ripete — non è "l'arbitro e il creatore delle leggi" (28).

Particolarmente significativa appare, da questo punto di vista, la posizione di Anton Menger, un giurista che pur richiama ripetutamente il ruolo 'attivo', 'giacobino', del legislatore. Il legislatore — dice — ha il compito di precorrere lo sviluppo sociale (ed è quanto, a suo dire, avevano fatto il *Code civil*, l'ABGB, l'ALR) (29), è 'educatore della nazione', deve essere capace di elevarsi al di sopra dei materiali accumulatisi per secoli per cogliere nuove corrispondenze tra gli istituti giuridici e le condizioni sociali. Con lo sguardo costantemente rivolto all'avvenire, il legislatore di Menger è insomma veramente proteso a 'legiferare'. Forte di questa rappresentazione, Menger non può che dichiararsi critico nei confronti della "incapacità della Scuola Storica a legiferare": *presa da un'interpretazione organica del diritto, la Scuola Storica guarda solo al quieto prosperare delle piante e degli animali, dimenticando che anche gli uragani e i terremoti fanno parte del regolare andamento della natura* (30).

Il riformismo giuridico di Menger non può essere, però, compreso appieno se ci si ferma a questi suoi richiami alla figura di un "legislatore illuminista". Anche Menger infatti inserisce "uragani" e "terremoti" legislativi in una visione 'organica' del rapporto tra diritto e società: è convinto che il terremoto non possa essere veramente provocato dal legislatore, ma da una scienza giuridica 'sociale', politicamente impegnata, volta a misurare, al di là delle

(28) E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 14.

(29) Si veda sopra alla nota 7.

(30) A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, cit., p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esigenze dei pochi appartenenti alla classe abbiente, la complessiva congruenza tra il diritto e i rapporti di forza, i bisogni, esistenti nella società. Menger, d'altronde, non intende certo condannare "l'ideale" della Scuola Storica che mira a rintracciare una corrispondenza profonda (organica) tra il diritto e lo spirito di tutto un popolo; vuole più semplicemente combattere la mistificazione di quell'ideale ("il ritenere realtà quello che è un ideale"). La corrispondenza (profonda e organica) tra il diritto e 'lo spirito di tutto un popolo' resta la meta da raggiungere: occorre aspirare a un diritto che sia espressione 'reale' del popolo, che sia espressione di tutte le classi della società. Questa missione, anche per Anton Menger, non appartiene al legislatore bensì alla scienza giuridica, alla nuova scienza giuridica impegnata socialmente (31).

Allargando lo sguardo alle variegate correnti di pensiero che muovono critiche sociali ai Codici, l'opposizione nei confronti dell'arbitrio della decisione politica appare ancora più marcata, e spesso si traduce in una netta opzione 'antilegislativa'. Sono in particolare i molteplici richiami evoluzionistici ed organicistici a ridimensionare di continuo i poteri del legislatore e a riproporre, sotto una nuova veste, le gerarchie che la scienza giuridica antecedente aveva collegato al mito del Codice.

Dalla lezione positivistica della "necessaria corrispondenza fra atto legislativo e condizione sociale del momento", la scienza giuridica deve trarre — si afferma — l'insegnamento per cui "la società non è un meccanismo che il legislatore possa regolare a suo arbitrio". La necessaria armonia del diritto con la società non impone uragani legislativi, ma un nuovo ruolo per la dottrina che è invitata a trasformare princìpi giuridici "adattantisi a qualunque tempo, a qualunque condizione" (32). Più che dal legislatore, la riforma del diritto esige risposte da una scienza giuridica attenta alle società e consapevole dell'impossibilità di una statica difesa delle certezze del Codice.

Il cenno sin qui fatto mi pare sufficiente per evidenziare la fragilità delle prospettive volte ad appiattire completamente la centralità della questione sociale sulla richiesta di leggi sociali e di un

---

(31) Cfr. A. MENGER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Wien, 1895.

(32) G.P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile* (Prolusione al Corso di Diritto Civile nella Regia Università di Torino detta il 25 novembre 1885), Torino, Bocca, 1886, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crescente ruolo attivo del legislatore. La centralità della questione sociale più che sedimentarsi nelle pagine dei giuristi in un semplice rinvio alla legge, fa infatti emergere soprattutto un'attivazione politica del ruolo della scienza. In tal senso occorre leggere, a mio avviso, anche lo stretto rapporto che si realizzò a fine Ottocento tra critica sociale al Codice e ricostruzione sistematica del diritto.

8. L'arma che il giurista ha a disposizione per far fronte al mutamento è, infatti, per riconoscimento pressoché unanime, il sistema. Il sistema sposta l'attenzione sui princìpi: essi rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto; rendono ancora intelligibile il disegno (armonico, organico, unitario) sotteso alla sempre più vistosa frammentarietà delle parti. I princìpi sono sottratti alla piena disponibilità del legislatore, non nascono da sue volizioni: la piena esplicazione della loro potenzialità si ha solo grazie alla scienza giuridica e al suo bagaglio culturale.

Pur di fronte ad un mutamento sociale percepito come accelerato, il sistema garantisce, dunque, stabilità tecnica e scientifica: consente di innovare la trama di princìpi consolidati senza sconvolgerli; impedisce che la rappresentazione drammatizzata del sociale annienti le coordinate culturali della scienza giuridica.

Molte strade conducono in questi anni i giuristi al sistema: si cerca di cogliere il diritto civile all'interno di un quadro di relazioni tra le parti e il tutto, tra le cellule e l'organismo; si scorge e si critica lo spietato individualismo sotteso agli istituti cardine della società borghese — proprietà, contratto, responsabilità — e si avanza per contrasto la richiesta di un diritto ordinato in modo corrispondente alle mutate esigenza del corpo sociale; si guarda alla genesi e all'evoluzione del diritto per coglierne, con Darwin, il segreto di una ricostruzione capace di assecondare le risultanze delle scienze antropologiche e storico sociali (33). L'accentuazione dell'uno o del-

(33) L'organicismo è presente sia nella sua versione di derivazione savigniana, frutto della concezione di uno sviluppo "naturale e necessario" del diritto in opposizione alle dighe legislative; sia nella versione naturalistica avente in Schäffle la sua massima autorità. Cfr. P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato. Prolusione detta nell'Università di Camerino il 21 novembre 1881*, Camerino, Savini, 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto* (Discorso pronunciato per la commemo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'altro elemento (evoluzionismo, diritto sociale-socialista, sistema di stampo organicistico e/o savigniano) esaspera le differenze e fa scaturire dispute spesso ripetitive e scontri metodologici a tratti sterili.

Al di là delle scaramucce metodologiche, comune è il richiamo all'unità del sistema come necessario filtro attraverso cui affrontare nel giuridico anche la questione sociale. Giova insistere ancora su questo punto per chiarire quanto si sta dicendo.

Le potenzialità del sistema sono esaltate, anche nelle pagine dei giuristi dediti alla critica sociale al Codice, da una ricorrente contrapposizione tra unità e frammentazione del diritto, tra conquista di una nuova unitarietà (sociale) del diritto e ritorno del particolarismo. La preminenza della questione sociale colora di tinte forti il contrasto, eliminando le sfumature: la riforma sociale del diritto ripropone uno scontro tra il Codice come simbolo dell'unitarietà del diritto e l'intervento speciale del legislatore, come nuovo simbolo di un particolarismo che ritorna. Anche i giuristi fautori della riforma sociale del diritto finiscono per essere completamente avvinti da questa polarizzazione del discorso giuridico; anche nelle loro pagine infatti l'unitarietà della ricostruzione sistematica è giocata *contro* le leggi speciali, dietro a cui affiora lo spauracchio della caduta dei princìpi comuni, della crisi e della fine del diritto. L'unità del Codice — di un Codice riscattato socialmente — è opposta al particolarismo del legislatore, il cui intervento introduce disorganici segmenti normativi, smembrando irrimediabilmente l'unitarietà degli istituti del diritto (34).

---

razione di C. Darwin nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882), Siena, Lazzeri, 1882. Sul nesso tra critica all'esegesi, organicismo e sistema cfr., soprattutto, E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit.

(34) L'esaltazione del contrasto tra Codice e leggi speciale non appartiene, dunque, solo a quei giuristi che, muovendo da posizioni conservatrici, rifiutano qualsiasi ipotesi di riforma sociale, ma è propria anche di coloro che avevano posto la critica verso i difetti sociali del Codice al centro della loro attenzione. Inseguendo i dibattiti su temi specifici la questione affiora con nettezza. Sia che si parli di infortuni sul lavoro che di malattie professionali, di trasporto ferroviario o di contratto di lavoro, ricorrente è l'affermazione per cui la riforma 'per legge' non è necessaria, può essere evitata ricorrendo al sistema che permette di elasticizzare i princìpi in 'corrispondenza alla vita'. Per alcune esemplificazioni si veda in G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al contrario della riforma 'imposta' dal legislatore, la trasformazione giuridica affidata al sistema lascia intravedere la possibilità di affrontare i mutamenti senza sfaldare l'unitarietà del diritto, senza porre in discussione le fondamenta del discorso scientifico. La preoccupazione è molto diffusa: non è possibile — si afferma — inseguire con figure giuridiche settoriali tutte le pieghe della nuova realtà industriale, non è possibile 'normativizzare' tutti gli incessanti mutamenti dell'industria e del commercio. La disciplina dei rapporti giuridici non può differenziarsi all'infinito e sformarsi, inseguendo i mutamenti accelerati del sociale; ciò significherebbe "rendere impossibile un Codice civile, e assoggettare i rapporti giuridici ad una pedantesca e insopportabile disciplina" (35).

Si fa sicuramente carico di queste preoccupazioni chi avanza la richiesta di fissare "nella legislazione di diritto privato ... un punto fermo che più resista alla smania non sempre giustificata di continue mutazioni" (36). Viste le grandi possibilità di espansione del Codice offerte dal sistema, tale richiesta è ovviamente destinata a raccogliere consensi anche da parte di giuristi collocati su posizioni culturali molto distanti tra loro.

9. L'attenzione nei confronti del sistema che caratterizza la scienza giuridica di fine secolo è, dunque, alimentata anche dalle critiche sociali al Codice. La rappresentazione di uno sparuto gruppo di innovatori che, agitando nel giuridico il tema della questione sociale e delle riforme legislative, si scontra con una scienza giuridica 'ufficiale' volta ad astratte costruzioni e ad un'acritica difesa dei princìpi del Codice è dunque semplicistica. L'intera scienza giuridica è sollecitata dall'emersione della questione sociale

---

giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), pp. 171 e ss.; e G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, in particolare pp. 166 e ss. e pp. 409 e ss.

(35) A. TARTUFARI, *Recensione a* Enrico Cimbali, *La Nuova Fase del diritto civile*, in *Archivio giuridico*, XXXVI, 1886, pp. 158 e ss.

(36) F. FILOMUSI GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che a essa si riferiscono* (Discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 3 novembre 1886 in occasione della solenne inaugurazione degli studi), ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto* (a cura di G. Del Vecchio), Milano, Giuffrè, 1949, pp. 205 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e guarda al sistema per ridefinire i suoi rapporti con il legislatore, per rileggere il Codice e i suoi simboli. Se scartiamo le distinzione troppo nette, possiamo tentare di comprendere meglio le tensioni che muovono in questi anni la scienza giuridica verso l'unità del sistema e verso quella complessiva rivitalizzazione del Codice che si realizzò proprio nel momento in cui più debole avrebbe dovuto essere il suo ruolo.

L'attenzione nei confronti del sistema non si esaurisce, ovviamente, nella ripetuta esigenza di porre un contatto più immediato tra il diritto e la dimensione sociale. Un ruolo rilevantissimo è giocato — com'è noto — dall'esaltazione della necessità di prospettare il sistema come l'essenziale strumento a disposizione del nuovo giurista, della nuova scienza giuridica.

Il sistema — si afferma — può scaturire soltanto da una scienza giuridica consapevole, da una *vera scienza giuridica*. Muovendo da tale constatazione, le argomentazioni rinviano da sistema a scienza e da scienza a sistema (37). Le vie che conducono in questi anni al sistema sembrano ricongiungersi tutte nell'affermazione del ruolo centrale della scienza giuridica. E spesso, più che come uno strumento per un necessario confronto con il mutamento, il sistema è presentato come un fine: la scienza è nel sistema; l'unico obiettivo del sistema è la stessa scienza. Non è difficile tessere, da questo punto di vista, l'elogio di una scienza e di un sistema 'puri', fini a se stessi e capaci di vivere senza alcun apporto 'pratico', senza tenere conto del legislatore e della giurisprudenza (38).

Il sistema rende più corrispondente il diritto alle trasformazioni in corso; ma il sistema ha anche una sua vita autonoma, ha una sua purezza teorica, non si limita a fornire risposte ad esigenze 'concrete'. Il sistema — afferma a mo' di programma Chironi — deve essere costruito "indipendentemente da ogni applicazione pratica", "non per i bisogni del foro, ma in se stesso per i suoi princìpi". Il giurista deve utilizzare il setaccio scientifico per filtrare i grezzi dati sociali e

---

(37) "Senza sistema non vi è scienza: difetto di sistema significa dunque difetto della scienza". E. Lai, *Sistema del diritto civile italiano*, Cagliari, tip. Timon, 1885, pp. 4 e ss.

(38) Per un cenno al rapporto tra scienza giuridica e giurisprudenza si veda *infra* al n. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per avere punti fermi nel mutamento: il sistema è "scienza per la scienza", "teoria del diritto civile" (39).

Anche nelle pagine di autori sensibili a cogliere la dimensione sociale del diritto, l'istanza di purezza scientifica appare connaturata al sistema (40). Alla tensione verso una trasformazione sociale del diritto si affianca sempre più spesso, insomma, il richiamo alla 'scienza per la scienza', e i due aspetti si confondono.

È come se la scienza giuridica proiettasse in questi anni sul suo sistema tutte le antecedenti simbologie del Codice: il sistema è perfezione di linee, compiuta 'parte generale', astrazione immune dalla pratica, teoria sempre lontana dalla volgare individuazione di sanguigni interessi di parte; ma il sistema offre, nello stesso tempo, una permanente apertura del giuridico al sociale, consentendo di piegare gli istituti alle variegate esigenze dei tempi e di rinnovare così l'unitarietà del diritto comune civilistico.

10. L'unitarietà offerta dal sistema della scienza non è meno ambigua di quella offerta dal mito del Codice: le scelte ricostruttive di una dottrina pressata dalla complessità del sociale si diversificano enormemente, sempre più contrastanti tra loro. Non c'è da stupirsi se è proprio in questi anni (caratterizzati — come abbiamo visto — da un'immagine drammatizzata della questione sociale, da critiche fermissime nei confronti dell'individualismo borghese e da una tensione 'militante' della scienza giuridica) che si portano agli estremi sviluppi le costruzioni giuridiche dell'individualismo borghese, ergendo pinnacoli ricostruttivi su quella stessa casa che — a dire di molti — esigeva una pronta demolizione per le sue vistosissime crepe.

È in questi anni che l'esaltazione della struttura volontaristica del negozio raggiunge la sua compiutezza attraverso uno sforzo

---

(39) G.P. CHIRONI, *Del libro e del metodo*, prefazione a *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1884, pp. VI e ss.

(40) "Il nostro diritto positivo — torna a ribadire Vincenzo Simoncelli — ha più che mai bisogno di depurarsi"; occorre "liberare la scienza del diritto civile da quello che non è strettamente giuridico". V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* (Discorso letto, per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890, nell'Università di Camerino, il 17 novembre 1889), ora in *Scritti giuridici*, Roma, S.E.F.I., 1938, vol. I, (pp. 415 e ss.) p. 418.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scientifico volto a dare linearità al postulato dell'interno volere come elemento produttore di effetti giuridici (41). Il negozio giuridico è presentato come il modello compiuto dell'intangibilità dell'autonomia dei privati, come la piena estrinsecazione del diritto soggettivo (42).

Ed è ancora in questi anni che in tema di proprietà si ha la piena traduzione giuridica del modello culturale dell'individualismo possessivo che permeava l'intera visione del Codice. L'idea della proprietà come sintesi, come totalità di poteri sulla cosa, proietta nella tecnica giuridica la preminenza del soggetto sulle cose quando più forti sono gli attacchi all'individualismo proprietario e le richieste di limiti sociali alla proprietà. La ricerca dogmatica di una teoria astratta e armonica assolutizza il paradigma di un solo modello proprietario, nega o condanna ogni modello deviante (43), e impone così una tardiva linearità del sistema proprio nel momento in cui una realtà sociale sempre più composita mostra ampie trasformazioni della proprietà e invita a una sua fondazione oggettiva nei fatti economici (44).

---

(41) Cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici* (Corso di diritto romano nella Regia università di Roma nell'anno accademico 1892/93) (prefazione di S. Riccobono), Roma, Foro Italiano, 1933.

(42) La visione soggettiva si scontrò con le tesi di quanti, insistendo sull'assenza di una preminenza dell'interno volere rispetto alle dichiarazioni, insistevano sull'oggettività delle modifiche apportate alla realtà circostante, indipendentemente dalle intenzioni del soggetto. Cfr., ad esempio, G. VENEZIAN, *La causa nei contratti* (1892), in *Opere giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 378 e ss. I primi decenni del Novecento videro i civilisti (fautori delle teorie della volontà, della dichiarazione, dell'affidamento) impegnarsi in sottili battaglie scientifiche. La disputa sulla portata dell'interno volere era mossa — come ha notato Irti — da un presupposto comune, da un "comune *naturalismo giuridico*" volto a riconoscere ai singoli "una forza o attitudine originaria, anteriore alla legge e dalla legge soltanto garantita"; "forza originaria dei singoli che lo Stato e la legge trovano già esistente ed operosa sul terreno sociale". N. IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1991 (raccoglie due saggi pubblicati nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* nel 1972 e nel 1990), si veda, in particolare, pp. 12 e ss.; 50 e ss.

(43) Cfr. P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

(44) Dedicando una sua Prolusione del 1923 proprio al tema delle *moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, Enrico Finzi dirà che esse erano oramai volte a "trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso". Sul punto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche in riferimento ad altri istituti fondamentali la dottrina compie un sforzo di pulizia concettuale e di ricomposizione dogmatica degli studi antecedenti, estrinsecando compiutamente il disegno individualistico che permeava il Codice.

Il sistema, insomma, è utilizzato sia per interpretazioni volte ad incuneare entro la fortezza del Codice dirompenti elementi di socialità, sia per consolidare con nuovo cemento dogmatico le fondamenta individualistiche della fortezza. Pur stridendo tra loro, i due aspetti non possono che convivere in anni in cui anche il giurista più disimpegnato non può esimersi dal confrontare la sua ricostruzione scientifica con le grandi trasformazioni della vita sociale e, al contrario, anche il più acceso fautore della riforma sociale avverte prepotente il fascino di una ricostruzione scientificamente pura.

Chi oppone frontalmente all'individualismo 'storico' del Codice ardite interpretazioni evolutive, ispirate dal nuovo criterio della socialità, sa di osare troppo e finisce con arrendersi di fronte alla legalità codicistica (45). I più sono propensi a percorrere una via meno audace, ma — a loro dire — più efficace: utilizzano il sistema per colorare l'individualismo del Codice con sfumature di socialità. 'Gocce di olio sociale', 'germi sociali', 'fermenti di socialità', princìpi di diritto 'privato-sociale', sono immessi in ricostruzioni dai compiuti tratti individualistici, generando nuovi contrasti dogmatici (46).

---

si cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 77 e ss. e pp. 168 e ss. (da p. 185 ho tratto la citazione di Finzi). Per una complessiva ricostruzione degli itinerari moderni della proprietà si veda in ogni caso P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992.

(45) Si cfr., ad esempio, in tema di responsabilità extracontrattuale le tormentate pagine di Venezian protese a configurare un sistema oggettivo del 'torto' non solo come progetto di politica del diritto conforme a una nuova realtà sociale incompatibile con schemi individualistici, ma anche come interpretazione 'oggettiva' degli articoli del Codice: G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (1884/1886), in *Opere giuridiche* I, *Studi sulle obbligazioni*, cit., pp. 3 e ss. L'opera "così ardita da sgomentare il pubblico studioso di quegli anni" (cosí Ludovico Barassi) fu pubblicata soltanto nel 1919. Mi permetto di rinviare sul tema al Capitolo sesto (*Giacomo Venezian: il torto come realtà oggettiva sociale*) di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pp. 265 e ss.

(46) Si pensi, per citare soltanto qualche esempio, alle ricostruzioni 'sociali' del diritto di proprietà tutte fondate sull'ambiguo concetto di 'limite'; alle ricostruzioni sul

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non è qui possibile tentare di inseguire questi temi in relazione ai contenuti; giova invece insistere sulla nuova centralità del Codice generata da questa molteplicità di richiami al sistema. Con le sue purezze e con le sue aperture, il sistema ripropone l'unitarietà e la stabilità dei princìpi di fronte al dirompente tema della riforma: il sistema (che "non è assoluto, immutabile, costante") consente di guardare alla legalità codicistica come a un "prodotto sociologico" da difendere dagli arbitrari interventi del legislatore (47). Più che la riforma legislativa, anche chi denuncia i macroscopici difetti sociali dei Codici ricerca nuove forme di corrispondenza tra princìpi giuridici codificati e dimensione sociale, immaginando nuovi compiti, una nuova missione, per il giurista.

---

contratto individuale di lavoro articolate attorno all'ambigua nozione di subordinazione e a quelle sul contratto collettivo incapaci di distaccarsi dal una visione di tipo 'atomistico'.

(47) In tal senso possono essere lette molte pagine proposte da Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSA nelle *Note* alla loro traduzione italiana del trattato di WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, Torino, Ute, 1902): i vari elementi del diritto privato — scrivono — appaiono al giurista "armonicamente collegati" in un sistema che rivela, sottoposto ad uno "studio diligente", non solo un "contenuto immediato", ma anche uno "latente o mediato" [*ibidem*, nota (t) al § 23, p. 129]. "Il diritto positivo non è il prodotto della volontà del legislatore, non è dettato da concepimenti più o meno architettati da costui, esso è prodotto sociologico. Oramai è tal verità questa, che non ha bisogno di dimostrazione". Il sistema di diritto positivo è completo, in quanto capace di 'estensioni' che lo pongono in continua aderenza alla 'vita': "il legislatore può non avere pensato ad una determinata conformazione di rapporti: poco monta, questi rapporti che sono nella vita trovano la loro norma generica nell'organismo giuridico che è espressione della vita, che deve essere come questa completo e in tutto corrispondente ad essa" [*ibidem*, pp. 129/130]. Per quanto omaggiato, il legislatore ha un ruolo che è marginale. Gli autori, certo, considerano "creazione fantastica" l'affermazione (di Matteo Pescatore) secondo cui i princìpi del diritto hanno per fondamento solo l'intuizione della loro verità (che sussiste in modo assoluto, indipendentemente da considerazioni di convenienza e da qualunque dichiarazione legislativa a cui la verità preesiste); ma l'affermazione non rinvia alla centralità del legislatore bensì a quella del sistema, un sistema di princìpi di diritto che "non è assoluto, immutabile, costante", che "non si fissa con deduzioni aprioristiche"[*ibidem*, nota (y) al § 29, p. 140]. Il tema del mutamento non rinvia, insomma, al legislatore ma a una scienza giuridica che (muovendo dal presupposto che "il diritto preesiste alla legge": "il legislatore non dee far altro che dar forma legislativa al diritto che egli ha trovato") deve espandere i princìpi e realizzare così la "continua trasformazione" del diritto inteso come "prodotto della vita del popolo" [*ibidem*, nota (y) al § 29, pp. 140 e ss.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A ben vedere, attraverso il sistema la scienza giuridica si accosta al sociale riproponendo la stessa diffidenza nei confronti del politico iscritta nei caratteri genetici del mito Codice: la 'vera' riforma, la 'vera' trasformazione del diritto, non è affidata alla legge (alle arbitrarie leggi del politico volte ad incidere solo sulla parte più superficiale del giuridico) ma alla scienza, al suo sistema, al suo Codice.

11. Rispondere attraverso il sistema alla questione del rapporto tra Codice e mutamento sociale, tra diritto e trasformazioni sociali accelerate, è la scelta che si prospetta come prevalente nella scienza giuridica a cavaliere tra Otto e Novecento. Anche quando si discute di aspetti completamente ignorati dal Codice, la scienza giuridica avverte l'intervento del legislatore come una pericolosa minaccia e si affida al sistema.

Significativo, da questo punto di vista, è l'atteggiamento dei giuristi di fronte al silenzio del Codice civile in tema di contratto di lavoro; un silenzio assordante e arrogante che aveva costituito un costante bersaglio della critica sociale (48). Le 'lacune' del Codice civile riguardo al contratto di lavoro possono essere colmate — questa è la linea che diviene presto ufficiale — anche nel silenzio della legge, permanendo nel diritto comune civilistico e scorgendo ancora *l'essenza immutabile degli istituti giuridici* (senza compromettersi con l'intervento del legislatore, senza accettare la legge sociale come elemento fondante del discorso giuridico (49)). Il civilista può

(48) "Nel contratto di lavoro — scrive il giovane Panunzio nel 1905, riprendendo critiche avanzate negli anni antecedenti — culmina l'ingiustizia e l'assurdità giuridica della costituzione vigente" (S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico. Esposizione critica*, Genova, 1906, p. 31 e ss.). Riguardo alle critiche nei confronti del silenzio del Codice sul contratto di lavoro si cfr., a mo' d'esempio, L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, tip. Bianchini, 1893; I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, in *Il circolo giuridico*, 1896, pp. 107 e ss; 164 e ss.; 224 e ss.; 277 e ss. Cfr. sul tema L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 246 e ss.; L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.

(49) La sottolineatura dei limiti di una 'codificazione del contratto di lavoro' (inutile cristallizzazione delle relazioni giuridiche tra capitale e lavoro) si accompagna

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affrontare la composita realtà del lavoro industriale confrontando i princìpi generali con le esigenze della realtà sociale in atto, attento a "ossigenare" il diritto, a "rinsanguare" gli istituti e a ravvivare la loro apparente immobilità con "la corrente fresca e vitale della corrispondenza alla vita" (50).

Insomma: l'elasticizzazione dei princìpi porge silenziosamente quanto chi, afflitto da una "smania innovatrice", esige attraverso "trasformazioni violente"; la paziente costruzione del sistema consente di "cogliere la vita palpitante" e di trovare "una espressione giuridica" ai "nuovi fenomeni che vanno assumendo vita" (51).

Al di là dell'enfasi posta sull'immutabilità dei princìpi, la scelta propone ancora l'idea di un'interazione tra diritto e realtà sociale realizzata dalla scienza e non dal legislatore, dal sistema e non dalla legge sociale.

L'esempio è significativo di una mentalità che appare oramai dominate tra Otto e Novecento: nel diritto privato il mutamento sociale può essere affrontato rinviando ancora alla centralità di un Codice che è ora rinvigorito dal sistema, dalla elasticità dei princìpi generali, dalla capacità della scienza di dar comunque *espressione giuridica* ai *nuovi fenomeni*. Il Codice è prospettato sempre più esplicitamente come 'Codice della scienza' in contrasto alle transeunti 'leggi politiche' del legislatore.

---

alla negazione di ogni commistione tra aspetti giuridici e aspetti sociologici, tra vera essenza del giuridico ("struttura vera", "parte immutabile" degli istituti) e parte "moderna", "contingente", "variabile". L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901; ma si veda anche la seconda edizione, Milano, Soc. Ed. Libraria, vol. I, 1915; vol. II, 1917. Anche chi muovendo da un'ottica diametralmente opposta a quella di Barassi tenta "di combattere con le armi della critica socialista" il generico "solidarismo" presente nelle critiche sociali al Codice, giunge poi a negare il ruolo della legislazione sociale. Si vedano, ad esempio, le pagine in cui il giovane Panunzio, fortemente influenzato da Sorel, nega che il 'diritto operaio' possa scaturire dalla legislazione sociale: il diritto non è il prodotto legislativo dello Stato, bensì è il prodotto della vita associata; il 'diritto operaio' "non è prodotto artificiale dello Stato, ma un prodotto naturale indipendente e autonomo del suo specifico organo produttore: il sindacato operaio" (S. Panunzio, *Il socialismo giuridico*, cit., p. 228).

(50) L. Barassi, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 559; cfr. anche, nella seconda edizione, in particolare, vol. I, pp. XXXIX.

(51) Cfr. L. Barassi, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 7; e, seconda edizione, vol. I, p. XLV e p. 451.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rispetto a questa scelta dominante l'apporto dato dalla critica sociale non era stato né esterno, né marginale: i giuristi che avevano innalzato il vessillo della critica sociale al Codice non potevano agli inizi del Novecento considerarsi 'sconfitti', essi infatti avevano contribuito enormemente a rinsaldare il traballante mito del Codice.

È quanto, nel 1908, è disposto a riconosce alla critica sociale anche Vittorio Polacco, un giurista che negli anni antecedenti era stato molto cauto nell'aderire alle critiche sociali nei confronti del Codice e, soprattutto, si era mostrato scettico riguardo alla possibilità di rispondere alle trasformazioni sociali attraverso le leggi speciali (52). Nel 1908 Polacco testimonia appieno il diffuso disagio dei giuristi di fronte ai mutamenti impressi nel quadro dell'unitarietà codicistica dalla questione sociale (53). Sono notissime le sue pagine contro la "farraginosa produzione della macchina parlamentare" che

---

(52) Nel 1884 e nel 1885, Polacco aveva chiesto di porre al riparo dai mutamenti accelerati i princìpi e le idealità del diritto privato (cfr. V. POLACCO, *Prelezione al corso di istituzioni di diritto civile letta nella R. Università di Padova il giorno 26 novembre 1884*, Padova, tip. del Seminario, 1885; e, soprattutto, V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*. Prelezione letta a Camerino il 22 gennaio 1885, Camerino, Savini, 1885); nel 1889, guardando al progetto di Codice civile germanico, aveva ancora insistito sul Codice come compiuta espressione di un'unità giuridica non realizzabile inseguendo un generico criterio di socialità: le critiche di Gierke — scrive — sono eccessive; anche se si deve riconoscere che "niun legislatore saggio potrà oggi sottrarsi, e non in Germania soltanto" dall'affrontare "le nuove esigenze sociali". "Io temo che questo grand'astro della socialità si trovi ancora circonfuso da troppe nebbie, perché possa rendere almeno distinti i contorni delle cose che dovrebbe senz'altro illuminare di nuova luce, colorare di nuove tinte; io temo che questo elemento sia piuttosto vagamente intuito come ingrediente necessario delle moderne leggi civili, che concreto e concretizzabile in tutte le sue applicazioni, né quindi si presti ancora a lasciarsi inquadrare nelle linee precise d'un Codice, quale criterio direttivo fondamentale" (V. POLACCO, *Il diritto romano nel recente progetto di Codice civile germanico*. Memoria letta nella Accademia di scienze, lettere ed arti in Padova nella tornata del giorno 23 giugno del 1889, Padova, 1889, pp. 8 e 28).

(53) "Poche età come la nostra videro tanta febbre di lavoro rivolto a innestare sul vecchio tronco giuridico provvedimenti nuovi perché il diritto armonizzi con le condizioni sociali profondamente mutate". V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, Discorso letto nell'Adunanza solenne del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio 1908 in Palazzo Ducale, in ID., *Opere minori*, Modena, 1928, 1, pp. 41- 68, p. 42. Per un complessivo inquadramento dell'opera scientifica di Polacco si cfr. P. GROSSI, *"Il coraggio della moderazione" (Specularità dell'itinerario scientifico di Vittorio Polacco)*, (1989), ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 69 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produce un "arruffo di norme" (54); contro l'addensarsi di leggi affrettate, incoerenti e irrazionali; contro "il mal vezzo" di far "penetrare di sbieco" tra le "leggine che si votano a vapore quando la canicola infuria" grosse modifiche all'edificio legislativo (55). La speranza (o, già in quel momento, l'illusione) di una tenuta dell'unitarietà del diritto di fronte alle trasformazioni sociali sta, a dire di Polacco, nella "elasticità dei princìpi del diritto", nella tecnica "mirabilmente flessibile" dei giureconsulti, sta in quegli "organi respiratori" presenti "nel corpo delle patrie leggi" che offrono "una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benevola" (56). L'armonizzazione del diritto alle mutate condizioni sociali deve essere affidata — ripete ancora Polacco — ad equilibrate scelte interpretative della dottrina (57).

Pur muovendo da questa scelta 'moderata' (che possiamo dire dominante nella scienza giuridica tra Otto e Novecento), Polacco riconosce però un merito al 'socialismo giuridico' e alle critiche sociali rivolte al Codice nel recente passato. Per quanto radicale, quella critica

---

(54) V. Polacco, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 42.

(55) *Ibidem*, p. 51.

(56) *Ibidem*, pp. 60 e 61. Il testo è notissimo, vale comunque la pena di riprodurlo (l'esempio fondamentale è dato proprio in riferimento al tema del contratto di lavoro cui si faceva cenno sopra): "Sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentare di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda. Tale la massima ... del rispetto ai buoni costumi ed all'ordine pubblico ... Tale parimenti quel precetto del Codice che, nella deficiente disciplina del contratto di lavoro, fu come il germe di tutta una lussureggiante fioritura di massime ad opera dei probiviri, il precetto che debbano i contratti eseguirsi di buona fede ed obblighino, oltre a quanto vi è espresso, alle conseguenze che ne derivano secondo l'uso e l'equità. Non si ha in tutto questo una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benefica?".

(57) È il richiamo all'equilibrio vale contro "i seguaci di questa cosiddetta scuola libera del diritto": "Uscire dalla legalità per rientrare nel Diritto può ben essere sacrosanta divisa di un popolo in rivolta, non di un giudice nell'esercizio normale della sua potestà. Colmi la giurisprudenza, d'accordo con la dottrina progressiva che non ristagna negli imparaticci scolastici, colmi, io dicevo, le lacune della legge, quelle inevitabili sin dal momento in cui la si emana, e quelle che vi aggiunge di poi il moto della vita che mai non si arresta. E mezzi sufficienti all'uopo gliene fornirà, io credo, se rettamente intesa, la nostra legislazione stessa con quei canoni generali di ermeneutica, che stanno, *lex legum*, in sul vestibolo del Codice civile" (V. Polacco, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 60).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è stata utile — scrive — per riattivare la scienza giuridica, per rivitalizzare uno strumentario giuridico che non poteva essere travolto col Codice borghese, né associato alla sua immobilità. Il merito della critica sociale, dunque, non è stato quello di aver posto, con i suoi continui richiami alla riforma, un diverso rapporto tra diritto e potere politico (né ovviamente quello aver valorizzato le leggi speciali); il suo vero merito è stato invece quello di aver contribuito a un riscatto della scienza giuridica, rendendo vitali "quelle armi istesse che malediceansi poc'anzi come asservite agli oppressori" (58), quello di essersi comunque inserita nel coro inneggiante alla capacità del Codice di sopravvivere ai suoi stessi limiti.

Agli inizi del Novecento, quando si spengono le più accese animosità riformistiche date dalla 'scoperta della società', quando si diradano le aperture interdisciplinari e si smaltiscono le 'sbornie sociologiche', è l'intera scienza giuridica che, aggrappata al Codice, guarda con sgomento a un potere politico sempre più propenso a giocare la carta dell'intervento legislativo 'eccezionale'. La difesa della "mirabile elasticità" dei princìpi del Codice contrapposta a 'l'arruffo di norme' prodotto dal legislatore si presenta ora come un lascito anche di quei giuristi che con forza avevano posto la questione del rapporto tra mutamento sociale e diritto, agitando il tema della riforma.

La possibilità del potere politico di porsi come 'padrone' del diritto è esorcizzata dal richiamo al Codice che nell'età delle trasformazioni sociali offre ancora un rifugio sicuro, un punto fermo nel movimento, un modello di stabilità scientifica sottratta alle mutevolezze delle scelte politiche. Il tema delle riforma sociale, la diffusa convinzione della necessità di ampi interventi dello Stato sulla società e sul diritto, è come assorbito da una riproposizione del mito di un Codice-costituzione ancora sottratto, come nel corso dell'Ottocento, alla 'onnipotenza del legislatore'. Certo, in un contesto sociale che appare complesso non è più la 'nuda' presenza del Codice ad offrire di per sé il diritto comune civilistico, ad offrire lo strumento di pacificazione, di 'cordiale intesa', tra giuristi e legislatore: le norme del Codice non rappresentano più l'indiscussa costi-

(58) *Ibidem*, p. 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzione dell'età borghese, ma concreto terreno di scontro tra scelte interpretative sempre più colorate di intrinseca politicità.

12. La riproposizione dell'unità del diritto attraverso l'ordine e il sistema della scienza, attraverso il richiamo a princìpi percepiti come 'più solidi' rispetto a quelli proposti dagli interventi legislativi speciali, caratterizza profondamente i discorsi dei giuristi agli inizi del Novecento. Si mantiene così ancora ben al centro dell'attenzione il Codice, mentre parti sempre più rilevanti dell'ordinamento restano trascurate o completamente sacrificate. Resta in ombra la comprensione della pluralità di fonti concorrenti che oramai caratterizzano l'ordinamento; restano relegate in un cantuccio, separato dal sistema, le innovazioni che le riforme sociali introducono. Tutto fondato sul Codice, il sistema della scienza riesce a presentarsi ancora come unitario perché trascura l'arruffo di leggi prodotte dalle rinnovate forme di intervento dello Stato sulla società.

Agli inizi del secolo l'apporto delle leggi speciali al sistema è, più che trascurato, completamente ignorato: l'intervento sociale del legislatore è classificato come espressione di transitorie scelte di stampo pubblicistico, come diritto eccezionale (non suscettibile di interpretazioni estensive o analogiche). Le leggi sociali — si afferma — non fanno parte del vero diritto privato, non incidono sulle naturali trasformazioni del diritto civile ([59]). Il sistema conserva la sua scientificità affermando nette separazioni tra diverse sfere di giuridicità ordinate gerarchicamente: le leggi speciali sono considerate estranee agli sviluppi 'autonomi' del diritto civile; l'eccezionale intervento del legislatore non incide sulla generalità del diritto comune civilistico.

Pur essendo molto fragile teoricamente, tale lettura è continuamente proposta attraverso fortunate banalizzazioni che contrappongono strategie separate di confronto tra il diritto e le trasformazioni sociali: la via (lenta, naturale, organica) data dal sistema della scienza (che guarda al diritto 'vero', 'nobile', 'stabile' del Codice e alle sue

([59]) Cfr. G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica*, cit., pp. 230 e ss.; G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e Repubblica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28 (1999), t. I, pp. 519 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lentissime trasformazioni) e la via (violenta, coattiva, eccezionale, pubblicistica) offerta dalle imposizioni legislative dello Stato (una normazione minore, incapace di trasformarsi in sistema, incapace di divenire vero diritto) (60). Insomma, la via della scienza e del Codice contro quella del potere politico.

L'esasperazione di questa lettura separata delle fonti del diritto non impedisce certo il progressivo incrinarsi dell'idea di unitarietà del diritto aggregata attorno a quello che resta del mito del Codice. Agli inizi del Novecento, costellata da 'eccezioni' sempre più consistenti e rinserrata in confini sempre più angusti, la complessiva unitarietà del sistema dei princìpi del Codice si regge infatti su finzioni sempre più fragili: è difficile mantenere completamente separate dal Codice le leggi speciali, così come è sempre più difficile mostrare una compiuta linearità dogmatica degli istituti quando le scelte 'transitorie' del legislatore preannunciano nuovi sistemi e aprono il varco alla configurazione di nuovi settori disciplinari che rivendicano una loro relativa autonomia scientifica.

13. Presto imprigionato entro la stessa paralizzante contrapposizione tra necessaria unitarietà del diritto e timore di un'arbitraria frammentarietà del giuridico è anche il richiamo a una 'missione della giurisprudenza' proposto dalla critica sociale. La questione potrà ricevere qui solo un cenno fugace.

Al di là di qualche accorato riferimento alle potenzialità della giurisprudenza, la critica sociale nutrì nei confronti della giurisprudenza una sostanziale diffidenza, non lontana dal diffuso atteggiamento antigiurisprudenziale che caratterizzava la scienza giuridica 'ufficiale'.

Anche quando con maggior lucidità si intravedono 'i difetti

(60) L'apporto al sistema offerto dalle leggi sociali è così completamente ignorato; esse sono relegate in un angolo appartato quali fonti minori, interpretate da una scienza giuridica "imperturbabilmente borghese" come subordinate ai princìpi del Codice. Lo noterà con spregiudicatezza il giovane Francesco Carnelutti (*Infortuni sul lavoro. Studi*, Roma, Athenaeum, 1913, p. XII), in pagine audaci e isolate, sorrette — come ha notato recentemente Paolo Grossi — da "la coscienza che l'esigua legge speciale non sia un miserabile e disprezzabile rimedio isolato improvvisamente da un legislatore incolto, ma la tessera di un mosaico in via di composizione, che, unita ad altre tessere, è capace di rivelare un nuovo paesaggio" (P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 126).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociali' del Codice e se ne denunciano le ingiustizie, la dottrina oppone alla giurisprudenza i vincoli imposti dalla legalità codicistica. Sullo sfondo permane una profonda diffidenza nei confronti dei giudici, sorretta — mi pare — dallo stesso timore che caratterizza negli stessi anni la diffidenza della scienza giuridica nei confronti degli interventi 'speciali' del legislatore: si teme che la soluzione 'equa' (la soluzione 'giusta' nel nuovo quadro sociale) fornita caso per caso dal giudice possa incrinare le linee della lenta espansione del sistema scientifico, possa distruggere l'ordine del diritto. La risposta al mutamento sociale offerta dai giudici è opportuna solo come eccezionale denuncia, come ribellione isolata impossibile da porre a fondamento di una complessiva trasformazione del diritto. Resta diffusa nel giurista continentale la riserva mentale per cui affidarsi alla giurisprudenza significhi rinunciare a far scienza, arrendersi ad un'incoerente casualità delle regole di giustizia, e perciò all'ignoto e all'arbitrario. Un'arbitrarietà non dissimile da quella che in questi anni si vede racchiusa negli interventi legislativi speciali.

Furono in pochi a tessere 'l'elogio dei giudici' e a sottolineare la vitalità della giurisprudenza 'pratica', vera e propria fonte del diritto, nel produrre 'creazioni' e mutamenti (61). L'idea di una complessiva trasformazione sociale del diritto civile affidata ad una 'missione della magistratura' (62) non fu presa molto sul serio dagli stessi fautori delle critiche sociali al Codice (63). Al di là dei rituali omaggi, anche la dottrina più attenta alla dimensione sociale nutrì cioè nei confronti della giurisprudenza una malcelata diffidenza, temendo, come i giuristi più moderati, che la risposta al mutamento sociale affidata alle scelte dei giudici conducesse a decisioni 'giuste' ma disperse nell'anarchia ("anarchia delle coscienze come quella degli

(61) Un Autore che mostrò, ad esempio, una costante attenzione verso la giurisprudenza fu Pietro Cogliolo (si cfr. la sua *Prefazione* al primo numero dell'*Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 1889; e *La funzione giurisprudenziale nell'interpretazione della norma*, in *Scritti varii di diritto privato*, Torino, Utet, 1910, pp. 375 e ss.);

(62) Cfr. E. Caldara, *Per una missione della magistratura*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, pp. 371 e ss.

(63) Così come, del resto, furono pochissimi coloro che diffusero in Italia il messaggio di Gnaeus Flavius o la voce di Gény (si veda sul tema il numero monografico dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991: *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intelletti, sperduti senza guida nel pulviscolo dei casi singoli e insofferenti di ogni teoria" (64)), anarchia di intuizioni senza teoria ("...la scienza si rimette all'intuizione del giudice rinunciando al suo compito" (65)).

Anche se le trasformazioni sociali rendono sempre più evidente che è spesso una giurisprudenza teoricamente approssimativa — più disposta a usare grossolani richiami alla 'naturale giustizia', che sofisticati impianti sistematici — a trasformare quotidianamente gli istituti (66), la dottrina, anche quando non è protesa a sterili idolatrie del Codice, non sa trattenersi dal notare il contrasto con la lettera della legge, l'erronea affermazione delle nuove consapevolezze giuridiche e sociali ottenuta invadendo, più che le attribuzioni del legislatore, la missione riformatrice della scienza (67).

---

(64) V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 62. Contro il pensiero iconoclasta di Kantorowicz si sostiene l'impossibilità di distruggere "ogni criterio stabile ed ogni norma logica di interpretazione".

(65) P. BONFANTE, *Criterio fondamentale nei rapporti di vicinato* (1911), in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, Utet, 1918, pp. 774 e ss.; ma in particolare pp. 798 e ss. in cui si oppone a Biagio Brugi che proponeva il giudice come legislatore del caso speciale.

(66) Per dei riferimenti al ruolo della giurisprudenza in questi anni si veda ora G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 204 e ss.; per una disamina riguardo all'apporto dato dalla giurisprudenza su un tema specifico, rinvio a G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pp. 327 e ss.

(67) Le posizioni assunte nel corso degli anni da Carlo Francesco Gabba sono da questo punto di vista emblematiche. Non insensibile ai temi sollevati dalla critica sociale, Gabba fu tra i primi a sostenere una visione del diritto privato 'allargata' oltre i confini del Codice, puntando in particolare sull'utilizzazione dell'articolo 3 delle preleggi (Cfr. C.F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile. Anno scolastico 1887/88*, in *Archivio giuridico*, XXXIX, 1887, pp. 517 e ss.; poi sostanzialmente riprodotta, con il titolo *Intorno al concetto e all'orbita del diritto civile*, in *Quistioni di diritto civile*, I, Torino, Bocca 1897, pp. 1 e ss.). Puntuale ed instancabile annotatore di sentenze, Gabba richiamò costantemente i giudici alla 'retta' applicazione della legge anche quando palesemente ingiusta. Il compito del giudice — scrive con enfasi didattica — non può, non deve, essere quello di sostituire la legge, di eluderla, di usare i princìpi generali — 'generalissimi' — del diritto in opposizione al suo dettato: "l'articolo 3 del Codice civile [disp. prel.] autorizza il giureconsulto a risalire ai princìpi generali del diritto", ma non bisogna dimenticare che "di codesta facoltà non è certamente lecito far uso in contrasto ad un espresso canone di legge, fuorché al legislatore medesimo". È da "escludere in modo assoluto" che la giurisprudenza possa "per mere ragioni di equità e di utilità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un ripensamento dei modelli culturali di riferimento si avrà soprattutto quando, dopo la guerra, apparirà chiaro che le certezze della scienza sono oramai impotenti di fronte alla "marea che tutto incalza e travolge", al "mondo nuovo che avanza". In questo momento anche giuristi ben immersi nella tradizione disciplinare proporranno, tentando di andar oltre le semplificanti opposizioni tra onnipotenza della legge e sua impotenza, una rivalutazione del ruolo del giudice (68).

14. Ma è tempo di avviarsi verso la conclusione. La critica sociale al Codice aveva sollevato con forza la questione — sepolta dalla contrastante retorica ottocentesca del Codice — del soggetto legittimato a fornire nel giuridico una risposta ai mutamenti sociali; ma era stata ancora la forza simbolica del Codice a veicolare l'approccio complessivo dei giuristi nel momento della scoperta del sociale.

La rinnovata centralità del Codice agli inizi del Novecento è giocata sull'idea di princìpi stabili perché 'flessibili', aperti alle mutevolezze della vita. Per quanto scosso dalla questione sociale, il Codice resta essenziale per percepire ancora l'unitarietà del diritto e

---

sociale" estendere specifiche disposizioni del Codice a casi non contemplati. La dottrina — conclude — deve opporsi a sentenze raggiunte "senza preparazione scientifica alcuna", a risoluzioni empiriche sicuramente coraggiose, ma di scarso rilievo teorico, incapaci di "dischiudere, come si suol dire, nuovi orizzonti dottrinali". Il compito di ricondurre le sparse 'eccezioni' legislative entro un ordine, entro "un sistema presieduto e sostenuto da un canone generale" spetta solo alla scienza che deve saper cogliere ed estendere quanto "l'equità e l'utilità sociale suggeriscono ed esigono" per "sintetizzare e formulare la nuova dottrina". Le note di Gabba possono essere lette nelle raccolte *Quistioni di diritto civile*, Torino, Chiantore e Macarella, 1882; in *Quistioni di diritto civile, I, Diritto personale e diritto reale*; II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Torino, Bocca, 1897/1898; *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, Bocca, 1905/1906. Le citazioni sono tratte da C.F. Gabba, *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, Nota a Corte d'Appello di Bologna, 31 dicembre 1898, in *Giurisprudenza Italiana*, 1899, I, 2, (cc.738-756), cc. 738 e 748 e ss.; poi in *Nuove questioni*, I, cit., pp. 239 e ss.

(68) Si veda ancora V. Polacco, *La scuola di diritto civile nell'ora presente* (Prolusione al Corso di diritto civile nella R. Università di Roma, letta il 17 dicembre 1918), in *Opere minori*, II, 2, Modena, Università degli Studi, 1929, (pp. 1-19) in particolare pp. 3, 5, 11 e 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per affermare un ruolo della scienza giuridica in anni in cui essa è costantemente chiamata a misurarsi con il mutamento sociale. Il Codice resta vitale agli occhi del giurista perché rappresenta ancora un luogo sottratto al legislatore, con princìpi in grado di evolversi autonomamente, immuni dai disordinati interventi sul sociale proposti dal potere politico.

In Germania, del resto, il nuovo secolo si apre salutato da un Codice che, metabolizzate le critiche sociali, pare incarnare in sé la perfezione delle linee dogmatiche della scienza e non certo le scelte del potere politico: un "capolavoro tecnico", il BGB, che comunque — ha scritto Wieacker — non riuscì "a dare il tono ad un'epoca nuova", cimentandosi presto con "la dissoluzione dell'unità interna del diritto privato" (69).

La finzione — una finzione che, come abbiamo visto, attinge ad una storia lunga — di un legislatore prigioniero del Codice è sempre più difficile da sostenere nel corso del Novecento; così come sempre più fragile è la netta scissione delle concorrenti fonti di diritto tra pubblico e privato, la lettura che le ordina attorno alla supremazia *scientifica* del Codice.

La compiuta unità del diritto — che nel corso dell'Ottocento era forte di una complessiva simmetria tra una società percepita come semplice e un diritto arroccato attorno a un Codice chiamato al ruolo di Costituzione — è ripetutamente riproposta anche nel corso del Novecento, recuperando reliquie di convinzioni antecedenti sempre più impotenti di fronte ai nuovi volti della società.

Punto di stabilità di fronte alla nebulosità delle altre fonti, il Codice continua ad essere percepito come rifugio sicuro per una riflessione scientifica non episodica e, dopo la critica sociale, può anche essere rappresentato come strumento per una 'vera' trasformazione della società, come 'arma' posta nelle mani della scienza per rispondere al mutamento in modo meno effimero del politico.

Privata della corrispondenza tra il volto del Codice e quello della società, questa rappresentazione diviene nel corso del Novecento sempre più fragile anche se non cessa di essere fortunata. E, in fondo, non cessa di essere fortunata perché ancora sostenuta dal-

(69) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980, (ed. orig. 1967), vol. II, pp. 198, 199 e 285 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'idea di un Codice capace di sottrarsi alla geografia dell'èra della codificazione, realizzando una corrispondenza autonoma (autonoma dalle risposte fornite dal politico) tre il diritto e la società.

Il Novecento offrirà ancora molte testimonianze della prosecuzione delle ambiguità e dei miti antecedenti. Si pensi, da un lato, all'esaltazione del Codice come mera espressione della scienza giuridica, al Codice come luogo del tecnicismo "impermeabile ad ogni contaminazione politica o ideologica" (70), al Codice come voce di una titanica figura di giurista che, facendosi legislatore, sintetizza in unità di princìpi quanto il politico manifesta incompiutamente nella farraginosità delle leggi. E, dall'altro lato, si pensi ai risvegli che hanno caratterizzato l'intero secolo: si pensi, ad esempio, a quella sorta di reiterato sconcerto che caratterizza la scienza giuridica del Novecento ogni volta che — a più di un secolo dall'èra della codificazione — scopre la potenza del legislatore e la supremazia del politico.

Più che i molteplici resoconti volti a ribadire come 'l'arruffo di norme' prodotto dal politico abbia svilito la moneta buona degli unitari princìpi giuridici, vale forse qui la pena ricordare alcune note pagine di Filippo Vassalli sulla legislazione eccezionale di guerra. Da quelle pagine traspare, oltre alla lucidissima analisi di una 'rivoluzione', anche una sorta di ingenuo stupore di fronte alla forza di un legislatore che può disegnare nuovi confini per il diritto privato e oltrepassare quei limiti non scritti di una costituzione codicistica che i giuristi non avevano comunque osato infrangere (71). Un mondo finisce: la poesia del Codice cede il passo alla prosa scomposta della legislazione eccezionale di guerra, la 'rivoluzione attuata' irrompe a sconvolgere l'idea di una graduale espansione sociale del diritto guidata in autonomia dalla scienza.

---

(70) Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, pp. 49 e ss.

(71) Cfr. F. VASSALLI, *Della legislazione eccezionale di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), in *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 337 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Discussione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIA GIGLIOLA DI RENZO VILLATA

TRA CODICE E COSTUME: LE RESISTENZE

Innanzitutto vorrei ringraziare gli organizzatori di questo così significativo e stimolante convegno fiorentino per l'onore che mi hanno fatto nel chiamarmi a fornire un piccolo contributo al loro progetto.

Ho ricevuto dalle tre relazioni che abbiamo appena ascoltato infinite suggestioni, che qui, per ovvi motivi di tempo, non posso esprimere.

Mi soffermerò perciò principalmente su due aspetti, il mito del Code Napoléon e le resistenze, anzi soprattutto sul secondo, che mi riesce in qualche modo più congeniale: mi servirò cioè del primo quasi come pretesto per giungere a trattare degli ostacoli ad una piena recezione del mito.

Due autori, che si possono qui rammentare, offrono una testimonianza eloquente dell'aura trionfale creatasi attorno al *Code civil* legato indissolubilmente al nome dell'imperatore: uno è Melchiorre Cesarotti, l'altro Pietro Giordani.

Il primo riesce, al di là dello stile pomposo e retorico caratteristico dei componimenti epici d'occasione scritti con chiaro intento apologetico, a porre in rilievo quegli elementi d'equilibrio e di moderazione, in una mescolanza tra libertà ed autorità, che conferiscono al nuovo regime una valenza positiva: « Lo spirto intanto del novel Regnante / Mostra alla nuova Francia un regno in cui / Con saggio metro attemperati e misti / Son quei principj, che sformati e resi / Da trasognate menti idoli o mostri / Fer di germi del ben veleni e pesti. / Illesa libertà, ma sol di quanto / Lascia in balìa dell'uom civil natura, / Ordine e patto; ugualità, ma quale / L'esige il giusto, e qual può darla un saggio / D'armonizzate inuguaglianze accordo: / Dritti dell'uom, ma social, ma retto, / Dritti, ma figli del dovere e padri; / Verace nobiltà, che altrui sovrasta / D'onor suo, non degli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avi, e maggioranza / Solo dall'arti del giovare attende… » (1). Accantonati gli eccessi rivoluzionari, si guarda a Napoleone come a restauratore dell'ordine, sapiente dosatore degli equilibri, ben dipinto nei versi come dispensatore di « ugualità, ma quale / L'esige il giusto, e qual può darla un saggio / D'armonizzate inuguaglianze accordo: / Dritti dell'uom, ma social, ma retto, / Dritti, ma figli del dovere e padri… ». Si percepisce l'eco delle suggestioni giusnaturalistiche, riflesse nel *Code civil* (2), ma si lambisce appena la superficie del recente parto legislativo, di cui si vogliono indicare i positivi principi ispiratori.

L'altro è Pietro Giordani che, nel pronunciare il 16 agosto 1807 presso l'Accademia di Cesena un discorso scarsamente familiare alla letteratura storico-giuridica (3) — Napoleone legislatore ossia Panegirico allo Imperator Napoleone per le sue imprese civili (4) — non lesina lodi al grande condottiero per le imprese realizzate sul versante legislativo, elencate con sufficiente dovizia di particolari : tra i benefici arrecati all'umanità attraverso la sua opera saluta come « doni di libertà » la distruzione del regime feudale, l'uguaglianza successoria tra tutti i figli, maschi e femmine, attraverso l'abolizione del tradizionale privilegio di primogenitura (« i figliuoli di un padre ha renduto veramente fratelli » (5)) e l'eliminazione di ogni disparità successoria fondata sul sesso (« vendicando dalla ingiustizia le femmine… ai genitori ha tolto l'arbitrio di essere ingiusti colle

---

(1) Cfr. M. Cesarotti, *Pronea. Componimento epico*, Brescia 1807, p. 42.

(2) Cfr. in tema ad es. A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris 1969, *passim*.

(3) Cfr. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna 1974, p. 119; E. M. Theewen, *Napoléons Anteil am Code civil*, Berlin 991, p. 17 (con recensione di P. Cappellini, in *Quaderni fiorentini*, 21, 1992, pp. 585-595); ma v. ora A. Cavanna, *Mito e destini del* Code Napoléon *in Italia (riflessioni in margine al Panegirico a Napoleone legislatore di Pietro Giordani)*, in *Giordani Leopardi 1998* (Convegno Nazionale di Studi Piacenza, Palazzo Farnese, 2-4 aprile 1998) a cura di R. Tissoni (Biblioteca Storica Piacentina promossa dal Bollettino Storico Piacentino, Nuova Serie 11. Studi, Piacenza 2000, pp. 35-75.

(4) Cfr. l'edizione in P. Giordani, *Opere*, VIII, a cura di A. Gussalli, Milano 1854, p. 219, poi riprodotta con introduzione da B. Romani, in P. Giordani, *L'età napoleonica in Italia*, Roma 1949, pp. 39-147 (da quest'ultima si trarranno le citazioni di cui al testo).

(5) P. Giordani, *Panegirico*, p. 108.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

figliuole ») (6), l'abolizione drastica della libertà testamentaria (« Levò l'arbitrio al padre di arricchire troppo uno de' figliuoli, o in danno de' figli la moglie, o con ingiuria de' suoi uno strano ») (7), la concessione, pur fortemente circoscritta, del divorzio, « rimedio certamente necessario » per impedire al matrimonio di « diventare… un inferno », l'adozione di scelte normative idonee ad agevolare il frazionamento e la ripartizione della proprietà privata in un numero maggiore di soggetti rispetto a prima, per correggere quanto meno la « smodata disuguaglianza delle fortune ». Manca la comunione dei beni tra coniugi, istituto con scarse radici nella penisola (8), ma i motivi dell'esclusione dalla lista delle 'conquiste', assaporate con il nuovo codice nel territorio italiano, potrebbero essere diversi e legati anche alla non obbligatorietà della comunione: i coniugi che lo volessero optavano infatti, secondo legge, per una disciplina diversa dei loro rapporti patrimoniali.

Cominciamo allora proprio da questi, che da noi erano regolati per lo più secondo i criteri di separazione dei beni, mentre, con l'introduzione in Italia del *Code civil*, la comunione diveniva regime legale. Il vaglio della documentazione notarile dei mesi e degli anni immediatamente successivi al 1806 ha consentito di rilevare, per lo meno in Lombardia, che i contratti matrimoniali stipulati davanti a notaio sono fondati di regola sul sistema dotale ed escludono la comunione dei beni, secondo una formula di questo tenore: « interpellati quindi li detti futuri sposi a quale regime essi volevano attenersi, spontaneamente e come meglio, hanno dichiarato e dichiarano di volersi unire in matrimonio sotto la previsione del regime dotale, esclusa ogni comunione di beni. » (9). Anzi numerosi atti,

(6) *Ibidem*, p. 111.

(7) *Ibidem*, p. 112.

(8) Cfr. M. Roberti, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, III, p. IV *La famiglia*, Padova 1935, p. 238.

(9) V. ad es. Milano, Archivio di Stato, Fondo notarile, filza 48902 n. 1008, su cui cfr. C. Danusso, *Gli atti del notaio milanese Massimiliano Pianca (1805-1807)* (tesi di laurea anno accademico 1974-1975 Università degli Studi di Milano Facoltà di Giurisprudenza Istituto di storia del diritto italiano, p. 60 ss., ove sono registrati ben nove strumenti dotali rogati dal notaio Pianca tra il 28 ed il 31 marzo 1806 e non pochissimi concernono matrimoni conclusi pure diversi anni prima. Tra gli atti di un altro notaio di Desio, che confermano la linea di tendenza sopra accennata, si trova una formula di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rogati nell'imminenza dell'entrata in vigore del *Code civil* nell'area italiana, sono volti a ratificare ed a confermare la costituzione di dote a suo tempo seguita, nel timore (in realtà infondato) di doversi comunque assoggettare alla nuova normativa.

E veniamo al divorzio. È ampiamente noto che l'istituto non attecchì nell'area italiana dove fu introdotto.

Benedetto Croce (10) segnalava per il regno di Napoli due o tre casi, da lui ricostruiti servendosi delle testimonianze dell'epoca di varia provenienza. Le fonti a cui attingeva, lette nella pienezza dei dettagli che trasmettono, rimandano l'eco di tensioni composite, di un rifiuto che, lungi dal rimanere confinato nel privato e nella sfera delle coscienze, si rivela in molteplici occasioni: mi sembra che valga la pena ripercorrerne alcuni momenti 'eroici', emblematici di una resistenza significante, frapposta all'irruzione non voluta di un assetto di rapporti familiari senza radici nella storia di un popolo.

Lo stesso Napoleone sembrava già quasi, per così dire, comprendere una eventuale ostilità all'introduzione del nuovo strumento di risoluzione del vincolo matrimoniale quando, scrivendo il 5 giugno 1806 al fratello Giuseppe Bonaparte allora re di Napoli, per caldeggiare il suo *Code civil* come strumento di trasformazione della società, contemplava la possibilità di 'accantonare' l'applicazione degli articoli sul divorzio: « Etablissez le Code civil à Naples; tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire alors en peu d'années, et ce que vous voudrez conserver se consolidera. Voila le grand avantage du Code civil. Si le divorce vous gêne pour Naples, je ne vois pas d'inconvénient de cantonner cet article: cependant je le crois utile; car pourquoi le Pape prononcerait-il lorsqu'il y a cause d'impuissance ou autre force majeure ressortissant de l'ordre civile?

---

uguale significato, per cui gli sposi « convengono non vi debba essere fra essi ... alcuna comunione di beni, al qual effetto, edotti della disposizione del Codice Napoleone, hanno rinunciato e rinunciano alla detta comunione e dichiarano di stare alla disposizione di detto Codice relativamente al regime dotale » (Milano, Archivio di Stato, Fondo notarile, filza 47040 n. 11; i rogiti tra il 1806 ed il 1808 del notaio Villa sono stati oggetto di studio nella tesi di laurea di C. Villa, *Gli atti del notaio E. Villa rogati a Desio tra il 1806 e il 1808* (tesi di laurea anno accademico 1973-1974, Università degli Studi di Milano Facoltà di Giurisprudenza Istituto di storia del diritto italiano, p. 75 ss.

(10) Cfr. B. Croce, *Il divorzio nelle provincie napoletane*, in *Aneddoti di varia letteratura*, II ed. con aggiunte, III, Bari 1954, pp. 410-432.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Toutefois, si vous le croyez nécessaire, changez-le. Pour les actes de l'état civil, vous pouvez les laisser aux curés. Au moyen de ces modifications, il faut établir le Code civil chez vous; il consolide votre puissance, puisque par lui tout ce qui n'est pas fidéicommis tombe, et qu'il ne reste plus de grandes maisons que celles que vous érigez en fief: C'est ce qui m'a fait prêcher un Code civil, et m'a porté à l'établir. » (11).

Pur mostrandosi in linea di principio avverso anche per la sorta d'invasione di campo del pontefice, prefigurata nei poteri di decisione della Chiesa intorno alla nullità del matrimonio, e considerando fondamentale puntello del suo dominio il nuovo regime civilistico nel suo complesso, ragioni di *Realpolitik* inducono l'Imperatore ad assumere una linea più morbida su singoli aspetti, che non avrebbero potuto inficiare la forza innovativa dell'insieme. La risposta segue rapida, ma non è di segno completamente positivo: lungi dall'entrare nel merito delle specifiche modifiche da apportare ad una completa francesizzazione (12) sul versante privatistico, si giudica opportuno un rinvio fino al momento dell'avvenuta conqui-

(11) Cfr. lett. da Saint Cloud 5 giugno 1806, in *Correspondance de Napoléon. Six cent lettres du travail (1806-1810)*, présentées et annotées par M. Vox, Paris 1943, pp. 335-336, pubblicata anche già in *Correspondance de Napoléon I er, publiée par ordre de l'Empereur Napoléon III*, XII, Paris 1863, pp. 432-433. L'attenzione della storiografia è da tempo attirata da essa: cfr. F. Sclopis, *Storia della legislazione italiana dall'epoca della rivoluzione francese, 1789 a quella delle riforme italiane*, parte prima, Torino 1864, pp. 526-527, 557-558; indi Ch. Maurras, *Napoléon avec la France ou contre la France* (1937), in Id., *Oeuvres capitales*, II, Paris 1954, pp. 363-364; in tempi più recenti Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)* cit., p. 103, 117; ora S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998, p. 117; Cavanna, *Mito e destini del* Code Napoléon *in Italia (riflessioni in margine al* Panegirico a Napoleone legislatore *di Pietro Giordani)* cit. , p. 48; Id., *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 1, 2001, p. 96.

(12) Cfr. Cavanna, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, spec. p. 673 ss.: Napoleone aveva accennato alla francesizzazione in una lettera del 12 giugno 1805 indirizzata da Brescia al Principe Eugenio: (*Correspondance de Napoléon Ier* cit., X, 1862, p. 518: II annexe), su cui v. J. Godechot, *Italie*, in *Dictionnaire Napoléon* sous la direction de J. Tulard, Paris 1987, pp. 947-948.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sta della Sicilia per potere poi, con maggior vigore, imporre nuove leggi (13)

Se questa è la posizione di Napoleone nel 1806, si registrerà poi un suo progressivo irrigidimento. Sedici mesi dopo riscrive allo stesso corrispondente chiedendo informazioni in argomento ed esprimendo il desiderio che il Codice entri infine in vigore a Napoli con il 1° gennaio 1808: la diffusione del *Code* stava crescendo, tanto che l'Imperatore cita come esempio di rilievo la Germania e considera impresa quasi realizzata l'adozione in Spagna; l'utilità di una simile operazione per il Regno di Napoli non poteva essere messa in discussione (14). Giuseppe risponde quasi a stretto giro di posta fornendo una sorta di giustificazione al ritardo: si fa riferimento ai curiali, che a Napoli costituivano un potere consolidato e dovevano avere frapposto ostacoli, ormai considerati in via di superamento, sì che il terreno, grazie all'azione propiziatoria dello scrivente, sembra ormai preparato per il verificarsi dell'auspicato evento a partire dall'anno successivo (15). Ma la trama delle vicende si dipana diversamente da quanto il sovrano napoletano aveva previsto.

Intanto Giuseppe si allontana da Napoli per salire sul trono spagnolo e nel Regno giunge Gioachino Murat: con l'ottobre le richieste pressanti che provengono dalla Francia vengono soddisfatte almeno parzialmente. Così, con il decreto 22 ottobre 1808 si promulga il Codice Napoleone nel Regno di Napoli, prescrivendone l'entrata in vigore al 1° gennaio dell'anno successivo, tranne che per le « disposizioni contenute sotto i numeri 2, e 3 dell'art. 227, ne' i primi quattro capitoli del tit. VI del primo libro, e nell'art. 310 »: con ciò si rinvia l'applicazione della disciplina relativa allo scioglimento del matrimonio per cause diverse dalla morte (art. 227, n. 2 e 3) e in particolare per divorzio (16) a « quando con altro…

(13) Cfr. lett. 15 giugno 1806, in *Mémoires et correspondance politique et militaire du Roi Joseph*, publiés et annotés et mis en ordre par A. Du Casse, t. II, Paris 1856, p. 301.

(14) Cfr. lett. 31 ottobre 1807, in *Mémoires et correspondance du roi Joseph*, t. IV, Paris 1854, p. 50).

(15) Cfr. lett. 20 novembre 1807, in *Mémoires et correspondance du roi Joseph*, t. IV, cit., p. 67.

(16) L'art. 227 disciplinava le cause di scioglimento del matrimonio specificandole nella morte (n. 1), nel divorzio legalmente pronunciato (n. 2), nella condanna definitiva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decreto » ne verrà ordinata l'osservanza, lasciando quindi indeterminato il momento in cui si sarebbero realizzati i presupposti per un più sereno accoglimento dei nuovi istituti (17).

Ma già il 26 dicembre 1808 Murat fa cessare l'incertezza fissando al 1° gennaio 1809 la vigenza degli articoli momentaneamente accantonati (18). Il *Diario napoletano* dell'avvocato Carlo De Nicola, di recente ristampato, miniera preziosa di dati di indubbia rilevanza anche per la storia del diritto, riferisce con pochi cenni del veloce mutamento di rotta sotto il giorno 28 dicembre 1808: « Gli articoli del codice Napoleone riguardanti il divorzio, che si erano sospesi, con la legge pubblicata questa mattina si è ordinato di dover essere in vigore col primo gennaro in avanti, giorno in cui comincia quel codice ad essere in osservanza. » (19).

Nel lasso di tempo intercorso tra i due decreti, Napoleone aveva duramente stigmatizzato con linguaggio colorito l'eccezione introdotta riguardo al divorzio (« Je préférerais que Naples fût à l'ancien Roi de Sicile plutôt que de laisser châtrer ainsi le Code Napoléon » (20)) e non appare perciò senza ragione l'improvvisa accelerata impressa al radicale mutamento legislativo: il *Code Napoléon*, così fortemente identificato ormai con la persona del Bonaparte, non può subire amputazioni, che ne sminuirebbero la portata complessiva.

Ad onta della volontà imperiale, alcuni segni rivelatori testimo-

---

di uno dei coniugi ad una pena producente la morte civile (n. 3). « i primi quattro capitoli del tit. VI del primo libro » si riferivano al regime del divorzio, mentre l'art. 310 prevedeva la possibilità di conversione della separazione personale pronunciata « per qualunque altra causa, eccetto che per quella d'adulterio della moglie » in divorzio su richiesta del convenuto nel procedimento di separazione.

(17) *Decreto, con cui si fissa l'epoca dell'osservanza del Codice Napoleone, e si premettono alcune spiegazioni che lo riguardano*, in *Bullettino delle leggi del Regno di Napoli*, *anno 1808 da luglio a tutto dicembre*, pp. 569-571.

(18) Cfr. *Decreto, con cui si ordina che le disposizioni contenute nel codice Napoleone sotto i num. 2 e 3 dell'articolo 227, ne' primi quattro capitoli del tit. VI del primo libro e nell'art. 310, abbiano vigor di legge dal 1º gennaio 1809 ...*, in *Bullettino delle leggi del Regno di Napoli*, *anno 1808 da luglio a tutto dicembre*, pp. 795-796.

(19) Cfr. C. De Nicola, *Diario napoletano 1798-1825*, Parte II, Napoli 1999, p. 437.

(20) Cfr. lett. 27 novembre 1808, in *Correspondance de Napoléon Ier*, cit., XVII, Paris 1865, p. 85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

niano in modo eloquente la scarsa simpatia con cui il divorzio viene visto nel regno napoletano: non solo la popolazione vi fa ricorso in misura assai limitata, ma la stessa magistratura manifesta in modo emblematico il suo atteggiamento di sfavore.

Si leggano le chiose di De Nicola sull'evento, traumatico per taluni giudici, chiamati ad applicare la nuova legge: « La legge del divorzio, autorizzata col decreto che notai, ha scosse le coscienze di alcuni dei nuovi magistrati, che dovendo giurare la osservanza delle leggi nella istallazione dei nuovi Tribunali, hanno avanzati caldi uffizi al Ministro della Giustizia perché si adotti l'antica formola del giuramento di fedeltà ed obbedienza. » (21)

Ma il governo sembra irremovibile, anche se sempre dalla stessa fonte apprendiamo che il Ministro la mattina del precedente 6 gennaio aveva spinto i giudici esitanti a prestare il giuramento, rassicurandoli a nome del Re « che l'art. divorzio non era scritto pei cattolici, e che, o tale caso non sarebbe accaduto, o accadendo il Re, cui si andasse a rappresentare, avrebbe manifestata la sua volontà » (22).

Vi è comunque un ondeggiare di posizioni nel gruppo dei giudici napoletani: accanto ad alcuni, che esprimono più o meno timidamente la loro contrarietà, vi è chi si irrigidisce e non vuole piegarsi alla volontà superiore. È il caso del consigliere Tramaglia: costui si dimette ma ottiene poi clemenza dal Re che gli concede di godere « la metà del soldo a titolo di pensione », encomiandolo « come uomo di carattere, non ostante che sia dispiaciuto di sua rinunzia. Il pubblico ne ha avuto sensibile piacere, perché rende giustizia alla rettitudine del cuore ed alla Religione di quest'ottimo soggetto. » (23).

Se quanto appena narrato risale a fatti del febbraio 1809, sono dello stesso anno altre notizie pervenuteci circa una forma di opposizione latente dei giudici all'osservanza di alcune parti del Codice Napoleone. Un tale fa ad esempio istanza di divorzio dalla moglie; convocate le parti in udienza, il Tribunale motiva il rifiuto di dar seguito alla domanda adducendo la irretroattività delle disposizioni del *Code civil* al riguardo « perché le cause che si allegavano erano tutte sorte prima della pubblicazione di quel codice ». Segue

(21) De Nicola, *Diario napoletano* [nt. 19], p. 440.
(22) *Ibidem*, p. 452.
(23) *Ibidem*, pp. 449-450.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un ricorso al re da parte dell'attore, che avanza una querela contro i giudici « come quelli che cercassero eludere la legge e negassero osservarla »; per via burocratica il re scrive al Ministro di Giustizia Cianciulli, che a sua volta scrive il 19 febbraio 1809 al Procuratore Regio minacciando sanzioni ai giudici renitenti.

Sono parole, quelle di Cianciulli, che meritano di essere ricordate perché riflettono in maniera limpida il modesto gradimento del ceto magistratuale nei confronti di istituti percepiti come non appartenenti alla propria tradizione culturale e così in contrasto con le proprie regole morali da spingere i giudici a violare i doveri d'ufficio: « Mi vien riferito che generalmente i giudici, non contenti di parlare con poco rispetto delle disposizioni del codice Napoleone relativamente al divorzio, si obbliino a segno di dire che essi sapranno col fatto renderle elusorie. Io non so fino a qual punto sieno queste voci fondate, sembrandomi difficile che ci sieno degli esseri i quali possano spingere tant'oltre la loro malizia da mancare alla santità del giuramento, alla confidenza di cui il Governo li ha onorati, ed a tutti gli obblighi di giudici non solo, ma di sudditi ben anco verso il Re, delle sue leggi e della Società di cui fanno parte, e nella quale per Sovrana clemenza sono stati pur scelti ad amministrare la giustizia. Comunque la cosa sia, io mi affretto a prevenirvi di essere costante e ferma intenzione del Re, che l'indicate disposizioni del codice Napoleone vengano dai tribunali eseguite con tutta l'esattezza, ed in tutta la estensione, senza che vi si apporti la menoma restrizione ».

Ricordando poi al Procuratore i suoi doveri di vigilanza sulla esatta esecuzione della legge, gli impone di fargli « quindi conoscere senza ritardo colla massima precisione tutti quei giudici che osassero disapprovare le suddette disposizioni del codice Napoleone, e volessero deluderle » per giungere, se del caso, a perseguire e a punire i colpevoli per denegata giustizia (24).

Con altro rescritto il Ministro chiede al Procuratore di informarlo sui motivi che avevano condotto a respingere la domanda di divorzio proposta dal marito a fronte di una moglie « di nuovo maritata », che viveva pubblicamente in stato di concubinaggio.

La pur pronta risposta non soddisfa l'autorità governativa che,

(24) *Ibidem*, pp. 452-453.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oltre ad attivarsi presso il Tribunale d'Appello perché riformi, in caso di impugnativa, la sentenza emanata in primo grado, censura senza mezzi termini la condotta della precedente corte giudicante (25).

Il conflitto, che negli episodi qui prima accennati si mostra in modo inequivocabile, altre volte assume minore ufficialità, ma non per questo l'impressione che suscita ne viene smorzata: di un vicepresidente del Tribunale di prima istanza di Napoli, morto giovane nel marzo 1811, De Nicola rammenta: « Si è detto che avesse negli ultimi momenti abiurato la massoneria e l'articolo del divorzio » (26).

Intanto nel settembre del 1809 i tempi sono maturi per un inizio meno lacerante delle cause di divorzio, così documentato nel *Diario napoletano*: « Le cause di divorzio sono cominciate nel Tribunale di prima istanza di Napoli. » (27).

A Napoli non solo il divorzio incontra resistenza da parte dei magistrati e della popolazione restia a farvi ricorso; pure il matrimonio civile suscita nel clero reazioni di segno difforme. Annota il nostro diarista nel gennaio 1809: « Si ha notizia che il Pontefice abbia fatta una circolare ai vescovi, perché non riconoscano gli atti che si fanno di matrimonio innanzi al giudice civile… » e, poco più avanti, « Il nostro vicario di Napoli… ha ordinato alla sua Curia che non spediscano decreti per contrattazione di matrimonii se non riscontrati di essersi fatti gli atti innanzi al giudice civile. Il vescovo di Pozzuoli monsignor Rosini all'incontro ha ordinato ai parrochi di sua diocesi che facciano quello stesso che prima erano soliti di fare, e non si diano pena alcuna di quanto fatto o non fatto sia innanzi al giudice civile. Il vescovo di Caserta, Monsignor Rogadei, che faceva l'attaccato a Ferdinando IV, … ora rivoltato mantello, con una pastorale, ha esaltato il codice Napoleone, come il distruttore delle ambiziose mire dei preti. » (28).

Nella Lombardia le cose non vanno diversamente: sono pochissimi i casi attestati (solo due con prove documentarie di peso) e non

(25) *Ibidem*, p. 466.
(26) *Ibidem*, p. 552.
(27) *Ibidem*, p. 492.
(28) De Nicola, *Diario napoletano* [nt. 19], p. 446.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

v'è neanche l'assoluta certezza che la procedura avviata fosse giunta a compimento: non si sa, ad esempio, quale sia stato il destino dei due sposi, che fecero domanda di divorzio consensuale nel 1806, come risulta dal rogito del notaio milanese Innocenzo Valsecchi, poiché, sebbene sembri ipotesi inverosimile un abbandono della loro domanda dato lo stato avanzato dell'iter procedimentale, pienamente rispettoso della normativa di rigore prevista dal Codice Napoleone in particolare per il divorzio per mutuo consenso, non si è rinvenuto l'anello ultimo della complessa catena, vale a dire la sentenza di divorzio (29). Occorre inoltre riflettere sulle circostanze peculiari dell'unione, contratta il 1° febbraio 1804 tra un giovane negoziante ventiquattrenne e una trentenne possidente con solo rito civile, non seguito da quello religioso poiché, « essendosi essi medesimi (sposi) di poi avveduti che un tale matrimonio poteva per entrambi rivelarsi mal'augurato, si astennero dal progredire alla ratifica del contratto col Sagramento della Chiesa e dal consumarlo colla comunione e congiunzione di vita e delle loro persone » per dedurne che si trattava di un vincolo pure annullabile qualora fosse intervenuto il matrimonio religioso (30). Manca ugualmente la sentenza di divorzio per gli altri coniugi che nel 1806 avviarono a Milano un probabile procedimento di divorzio consensuale, con l'intenzione resa manifesta di contrarre nuove nozze una volta ottenuto lo scioglimento del loro vincolo (31).

Per il Piemonte Gian Savino Pene Vidari (32) ha potuto reperire

---

(29) Cfr. G. Vismara, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici. Appunti*, Milano 1978, p. 47 ss., ora in Id., *Scritti di storia giuridica*, V. *La famiglia*, Milano 1988, p. 104 ss. Si fa riferimento ai dati raccolti attraverso diverse tesi di laurea discusse nell'Università degli Studi di Milano, frutto di un lavoro di spoglio degli Archivi che portò ad individuare un limitatissimo numero di divorzi richiesti ed infine concessi, mentre sono stati anche rinvenuti casi di procedimento incominciati ma non documentati nella loro conclusione.

(30) Cfr. A. Chiesa, *Atti del notaio Innocenzo Valsecchi (1805-1807)*, tesi di laurea anno accademico 1974-1975, Università degli Studi di Milano Facoltà di Giurisprudenza Istituto di storia del diritto italiano, p. 212 ss.

(31) Cfr. S. Cretì, *Gli atti del notaio Giò. Batta Nicolini*, tesi di laurea anno accademico 1976-77, Università degli Studi di Milano Facoltà di Giurisprudenza Istituto di storia del diritto italiano, p. 143 ss. (Milano, Archivio di Stato, Fondo notarile, filza 48600 n. 11, notaio Giovanni Battista Nicolini).

(32) Cfr. G. S. Pene Vidari, *Famiglia e diritto di fronte al « code civil »*, in *Ville de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel *Recueil de jugements*, raccolta di decisioni giurisprudenziali promossa dall'*Accadémie de Jurisprudence de Turin* e pubblicata a partire dal 1805, un numero comunque limitato di richieste di divorzio. Una di queste, presentata da una moglie il 19 pratile anno 13 al Tribunale civile di Torino per causa determinata costituita dalla condanna a pena infamante del marito ex art. 232 del *Code civil*, è respinta in forza della considerazione che nel passato ordinamento piemontese alle pene infamanti non si attribuivano i medesimi effetti previsti nel Codice penale francese pubblicato nel Dipartimento in epoca posteriore alla condanna avvenuta nel 1801: ne consegue per i giudici che « sarebbe accordare alla legge sul divorzio una maggior latitudine , semprechè si volesse estendere alle pene infamanti del tempo, in cui la detta legge non era peranco da noi conosciuta. » (33). Non si può certo dedurre nella magistratura torinese un atteggiamento lassista nei confronti del nuovo strumento di dissoluzione dell'unione coniugale. E tuttavia nel 1808 l'esito del giudizio d'appello promosso dalla donna per ottenere infine il divorzio, sebbene una questione d'identità personale del marito impedisca una pronuncia incondizionata dello scioglimento del vincolo, sembra volgere a favore della ricorrente: tanto il Procuratore Generale, chiamato ad esprimere le sue conclusioni in merito, quanto la Corte non nutrono dubbi sul ricorrere dei presupposti di applicazione dell'art. 232 del *Code civil* poiché « les lois qui règlent l'état des citoyens, exercent leur vigueur dès le moment de leur publication », sì che ad esse si può far ricorso se lo stato e la condizione delle persone sono quelli indicati dalla legge, « sans blesser d'aucune manière que ce soit le principe de la non rétroactivité. » (34)

Turin 1798-1814, a c. di G. BRACCO, II, TORINO 1990, spec. p. 77 ss.: v. *Recueil de jugements prononcés par les Tribunaux établis dans la 27e division militaire, depuis leur installation, sur les points les plus importans de l'ancienne et nouvelle législation publié par l'Académie de jurisprudence de Turin*, Torino III, pp. 64-69; V, p. 3, 26, 42, 374; VII, p. 256; IX, p. 65.

(33) V. *Recueil de jugemens publié par l'Académie de jurisprudence de Turin*, III, Torino s. d. , pp. 64-69: la richiesta di divorzio è presentata da Maria Domenica Saracco contro Bernardo Fantino.

(34) Cfr. *Recueil de jugements prononcés par les Tribunaux établis dans la 27e division militaire, depuis leur installation, sur les points les plus importans de l'ancienne*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alla luce dell'impiego assai limitato che ne viene fatto dai destinatari della legge, riesce quanto mai comprensibile la 'moderazione' che ispira le redazioni del progetto di codice della Repubblica italiana redatto da Alberto De Simoni tra il 1802 ed il 1803 e approntato per l'esame del Consiglio legislativo nel 1804 ([35]): in essi il divorzio compare ma il suo campo d'utilizzo è circoscritto a poche ipotesi gravi motivate dalla colpa di uno dei coniugi: « Il divorzio non può ammettersi se non per le « sevizie, e cattivi trattamenti del marito rispetto alla moglie, per l'attentato di uno de' coniugati alla vita dell'altro, per l'adulterio della moglie accompagnato da pubblico scandalo e per quello del marito, che ritiene la concubina in casa a dispetto della moglie ». Si esclude quindi il divorzio consensuale (« Ogni divorzio volontario è proibito dalla legge ») come quello che ha 'minori' giustificazioni se raffrontate al principio generale, pure ammesso dal *Code civil*, di un'indissolubilità tendenziale del matrimonio (art. 227); anzi nel 1803 il § XVII recita in modo perentorio: « Il matrimonio è indissolubile durante la vita d'entrambi li conjugati », mentre tra le cause del divorzio per colpa scompaiono « le sevizie, e cattivi trattamenti », sì che le fattispecie contemplate si restringono all'« attentato alla vita » e all'adulterio, disciplinato secondo una linea discriminatoria tra moglie e marito destinata a svilupparsi nell'area italiana senza soluzione di continuità fino agli anni '60 del secolo scorso.

Se in definitiva i progetti De Simoni si rivelano più aperti alle nuove correnti 'permissive' nei confronti del matrimonio, più rispettoso invece della coscienza religiosa dei sudditi dell'ex-Stato della Chiesa era stato il *Projet du Code civil de La Republique Romaine*, redatto nel 1798 sull'onda dell'occupazione francese dei territori prima soggetti al Romano Pontefice: in esso da una parte non vi è spazio per il divorzio, dall'altra la separazione appare retta da una

---

et nouvelle législation publié par l'Académie de jurisprudence de Turin, IX, Turin 1808, pp. 60-64.

([35]) Cfr. P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica italiana (1802-1805)*, Milano 1971, p. 313. Sul progetto si può anche leggere, oltre a quanto scrive PERUZZI nella *Prefazione* all'edizione del progetto, pp. 3-253, il mio saggio *Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa* (Atti del Convegno 1979), Milano 1980, p. 381 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativa che riecheggia quella 'divorzista', quale si era configurata in Francia negli anni precedenti ed in ispecie nel terzo progetto Cambacérès presentato nel 1796 all'Assemblea dei Cinquecento (36).

Appaiono quindi quasi scontati gli immediati interventi di riforma promossi dai sovrani dell'età della restaurazione che, appena tornati al potere, azzerano le norme dell'ordine legislativo privatistico di origine napoleonica contrastanti con il costume del paese.

Si ritorna in parte all'antico, laddove questa scelta si risolve in un modo di regolare la famiglia in sintonia con tradizioni ancora radicate; si accantona la tendenza laicizzante costruendo più serene relazioni con la Chiesa; si rimanda espressamente al diritto canonico come fonte di riferimento per la disciplina di alcuni profili del matrimonio. Si eclissa il matrimonio civile, la cui sorte è segnata già dal 1814 in Piemonte, in Toscana, negli Stati pontifici, nel Ducato di Modena, ove ci si riannoda al passato riconfermando il matrimonio come istituto di diritto canonico e da esso disciplinato.

Il duca Francesco IV infatti, con notificazione 2 maggio 1814, prescrive che « il contratto di matrimonio fra i cattolici non sarà valido, né legittima la prole, se non dal momento, in cui sarà celebrato secondo i riti prescritti dalla Chiesa per questo Sacramento » (art. 1), inibendo all'ufficiale dello stato civile di « pronunziare la loro unione » (art. 2); mentre all'art. 4, affermata la « massima » che la sola morte naturale di uno dei coniugi può sciogliere il vincolo del matrimonio », vengono aboliti l'intero titolo del divorzio, oltre ai nrr. 2 e 3 dell'art. 227 (già qui ricordati riguardo alla loro provvisoria sospensione a Napoli) e a tutte le altre disposizioni contrarie al principio indicato in esordio dell'articolo (37); pochi mesi dopo il

(36) Cfr. *Projet du Code civil de La Republique Romaine (1798). Paris, Bibl. Nat. – Nouv. Acq. Fr. 21892*, edito con una introduzione di F. RANIERI (Ius commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte. Sonderhefte. Texte und Monographien 5), Frankfurt am Main 1976, spec. p. 69, ove si rileva peraltro, in nota, il parallelismo tra le cause di separazione ex art. 179 del progetto per la Repubblica Romana e le cause di divorzio ex artt. 328, 331 del 3° progetto Cambacérès.

(37) *Notificazione della Reggenza provvisoria del 2 maggio 1814*, in Modena, Archivio dell'Arcivescovado, Segreteria, filza 145, su cui C. FANO, *Francesco IV (Documenti ed aspetti di vita reggiana)*, Reggio Emilia 1932, p. 32 s., ma vedila anche in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia*, Torino 1845, p. 850.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decreto 28 agosto 1814 cancella la legislazione « straniera ai costumi dei sudditi e contraria in alcune parti al pubblico interesse dello Stato ed al benessere delle private famiglie, nonché alle massime della nostra Santa religione Cattolica », richiamando in vigore il codice estense del 1771 ([38]).

L'anno successivo nel Regno delle due Sicilie un decreto reale del 16 giugno 1815 dichiara nulli i matrimoni non celebrati secondo le norme del Concilio di Trento.

L'orientamento, già palese nel regime di diritto transitorio che emerge da questa legislazione, sarà poi confermato nei codici via via redatti, dal napoletano (art. 67) al parmense (art. 347), dall'albertino (art. 140) all'estense (art. 74).

Ma anche laddove nei codici italiani dell'età della restaurazione, che seguono tendenzialmente le linee indicate nella codificazione francese, si introducono principi non capaci di rispecchiare i costumi della popolazione a cui le leggi nuove sono destinate, si verifica una sorta di 'rivolta silenziosa'.

In anni ornai lontani svolsi ricerche a campione sul grado di accoglimento a Parma della norma che regolava l'ordine della successione *ab intestato* devolvendo i beni dell'ascendente in primo luogo ai figli legittimi o ai loro discendenti « senza distinzione di sesso »: nei testamenti, che ebbi l'occasione di consultare per gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della disposizione sull'uguaglianza successoria di maschi e femmine, rilevai una netta propensione dei testatori a favorire nelle clausole delle loro disposizioni di ultima volontà i figli maschi, per correggere, per così dire, la portata applicativa di un principio non aderente alle loro radicate costumanze.

([38]) Cfr. *Decreto di S.A.R. dato in Modena 28 agosto 1814*, in *Collezione generale delle leggi, Costituzioni, Editti, Proclami per gli Stati estensi*, Modena 1814, 1,11 s., ma anche in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia* [nt. 37], p. 847. Sull'argomento v. L. SPINELLI, *La regolamentazione del matrimonio nel Ducato di Modena nei secoli XVIII e XIX*, in *Arch. giur.*, 175, VI s., 44, fasc. 1-2, 1968, ma anche già ID., *Le legislazioni matrimoniali degli stati italiani preunitari*, con riferimento al sistema concordatario, in *Studi Urbinati di sc. giur. ed ec.*, 19, 1950-1951, pp. 183-232; inoltre V. DEL GIUDICE, *Validità civile del matrimonio religioso nella legislazione degli Stati italiani dopo la Restaurazione*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, IV, Milano 1939, pp. 452-454.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Poiché credo che la cifra del giuridico sia un modo di esprimersi dei nostri atti, di cui non ci accorgiamo, come non ci accorgiamo di tanti punti fermi della nostra vita (39), ne acquistiamo forse maggiore consapevolezza quando le nostre abitudini nella sfera del giuridico, conformi ad una tradizione che si svolge nel lungo periodo, vengono scosse di fronte ad una realtà diversa: le resistenze, di cui qui ho indicato alcune manifestazioni composite e estese, offrono alle mie convinzioni materia per verificarle sul piano della pratica.

Per contro, quando il costume diffuso si rivela in armonia con la normativa codicistica, non vi è difficoltà a seguirla: il campo delle obbligazioni, con la sua incisiva origine romanistica, presenta presupposti per integrare un valido esempio.

Non a caso Alessandro Verri, in un'epoca di grande fermento riformistico, quali furono gli anni '60 del Settecento, poteva affermare: « Né i patti, i contratti, le donazioni, i testamenti prender possono norma dal clima e dalla natura della nazione che ben di rado. Con poche mutazioni l'Europa tutta potrebbe avere le stesse leggi civili, quantunque i costumi, le indoli, le nature sieno differenti ogni cento miglia » (40). Pur in un'epoca in cui l'idea di codice, collegata ad un'idea di Stato, andava prendendo corpo in forma sempre più precisa, uno spirito aperto al nuovo conveniva sull'utilità di un insieme di leggi identiche, per lo meno per determinati istituti, che « l'Europa tutta » era in grado di seguire.

In termini in parte simili si era espresso Pompeo Neri, che riconosceva la necessità di norme comuni per ragioni di commercio e di relazioni fra i popoli (41).

---

(39) È facile il riferimento al pensiero, da me qui in parte parafrasato, di P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nell'esperienza attuale del diritto*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Per la storia del pensiero giuridico 52), Milano 1998, p. 268.

(40) Cfr. A. VERRI, *Ragionamento sulle leggi civili*, in *Il Caffè* (foglio XVI), ed. G. FRANCIONI - S. ROMAGNOLI, Torino 1993, pp. 605-606. Avevo segnalato il passo già in *Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa* (Atti del Convegno di Varenna 12-15 giugno 1979 sotto il patrocinio dell'Istituto Lombardo e della Regione Lombardia), Milano 1980, p. 377.

(41) Cfr. P. NERI, *Discorso primo tenuto nell'adunanza dei deputati alla compilazione di un nuovo codice delle leggi municipali della Toscana (sotto il 31 maggio 1747)*, in V.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alle soglie del nuovo millennio questa esigenza si fa sempre più viva e l'intervento di grande respiro di Natalino Irti l'ha posta in piena luce, riproponendo l'immagine di un diritto radicato nel territorio, attinente, ad esempio, ai rapporti familiari e reali, e di un altro 'sradicato', destinato a regolare i rapporti tra appartenenti a luoghi diversi, senza limiti di spazio. È una prospettiva che guarda al futuro, ma ha un retroterra storico-culturale che lo storico del diritto conosce nel profondo.

Grazie.

PIANO MORTARI, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel secolo XVIII*, Napoli 1971, pp. 126-127. Tra le avvertenze per la compilazione la prima era « che si contenesse il nuovo Codice dentro i limiti delle sole materie trattate dai nostri Statuti, e che delle materie che questi hanno lasciato intatte non s'intraprendesse di parlarne, e molto meno di far correzione o altre novità sopra il Gius comune, poiché questa sarebbe un'impresa d'infnito e pericoloso lavoro, e che ci allontanerebbe dalle massime con cui vivono tutti i popoli nostri vicini... »; la stessa direttiva veniva reputata utile da seguire per il diritto della navigazione « poiché il comodo reciproco della navigazione esige che gli affari si decidino secondo i principi comunemente ricevuti dalle Nazioni che con noi hanno commercio ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PHILIPPE RÉMY

OBSERVATIONS D'UN CIVILISTE FRANÇAIS SUR LES "RÉSISTANCES À LA CODIFICATION"

C'est assurément un paradoxe — en même temps qu' une amabilité — que d'avoir invité un civiliste français à ouvrir la discussion de trois rapports sur les résistances à la codification: chacun sait en effet que les "résistances" françaises au Code civil ont été faibles et peu nombreuses. La question même des résistances à la codification en général peut paraître aujourd'hui délicieusement anachronique à un civiliste français; la question actuelle (vraie question existentielle) serait plutôt celle de la décodification du droit civil, après deux siècles d'expérience d'un droit codifié. Après avoir entendu les rapports de Jean-Louis Halpérin, Pio Caroni et Giovanni Cazzetta, je dirai néanmoins que l'étude des résistances à la codification me paraît pleine d'enseignements. La principale leçon, qui contient toutes les autres, est celle de la diversité: diversité des résistances (dans leur intensité, leur durée, leur moment, leurs causes ou leurs formes), diversité des canaux de pénétration du droit codifié (l'appareil d'Etat, la doctrine, la pratique, l'opinion éclairée, l'école même), diversité des types de réception (imposée de l'extérieur ou venue de l'intérieur, savante ou populaire, politique ou technique, totale ou partielle, soudaine ou préparée de longue main).

Dans le champ géographique couvert par les rapports que nous venons d'entendre (France, Allemagne, Italie), les résistances à la codification ont en effet été très inégales. En France, il me semble que les résistances ont été politiques plutôt que savantes. Les premiers ennemis du Code ont été "à droite", et les plus constantes critiques sont venues de ce côté là (1). Symptomatiquement, c'est sur

(1) J. CARBONNIER, *Le Code civil*, in *Les lieux de mémoire*, dir. P. Nora, II. 293.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le divorce et l'égalité successorale que le Code a d'abord été attaqué (et modifié sous la Restauration). Rien d'étonnant à cela; politiquement, le Code civil est clairement, pour ses contemporains, le produit de la Révolution; laïcisation de la famille et de l'état civil, égalité des personnes, abolition de la féodalité, liberté des terres (art. 544 C. civ.) et liberté du contrat (art. 1134 C. civ.), égalité successorale — de ce point de vue, le Code civil n'est que la consolidation de principes révolutionnaires; le "droit intermédiaire" avait mis fin à l'Ancien Régime civil, le Code marque l'entrée dans le Nouveau Régime civil. Dans l'imagerie du temps, comme l'a montré Jean-Louis Halpérin, cette dimension politique du Code est ce qu' il y a de plus visible —d'autant qu' il s'y associe inséparablement la grande ombre de Bonaparte, qui s'étendra sur le siècle. Le "Code civil des français" (c'était son nom en l'An XII) est devenu "Code Napoléon" (en 1807). Il y a là, d'ailleurs, me semble-t-il, la racine principale de la critique "de gauche", qui viendra plus tard (sous la Seconde République et surtout sous le Second Empire): derrière l'attaque du Code "Napoléon", et l'exaltation des projets de la Convention par Accollas, c'est "Napoléon le petit" qui est visé. Mais cette critique "de gauche" reste marginale: à l'avènement de la III^{ème} République, le Code est politiquement absous d'avoir été "puissamment voulu" par Bonaparte. "De gauche" ou "de droite", les critiques sont donc venues, au cours du XIX^{ème} siècle, des marges politiques ; elles n'ont jamais sérieusement mis en danger le Code lui-même; l'opposition au Code, semble-t-il, n'a été à aucun moment une opposition à l'entreprise même de codification. Il n'y a pas, en France, de 1804 à 1880, d'opposition scientifique au Code. Les plus décidés partisans français de l'Ecole historique (la "petite secte germanique" de la Thémis et ses continuateurs) n'avaient au fond pour projet que d'historiciser le Code, non de le "renvoyer" — comment auraient-ils pu le faire? Jean-Louis Halpérin a au contraire montré comment le Code s'était profondément acculturé, par des voies étonnament diverses: voies savantes et voies populaires, doctrine et pratique, grands livres et "petits catéchismes" pédagogiques — le Code devenant ainsi, en un siècle où la France cherchait sa constitution politique, la "vraie Constitution civile de la France". Qu' on me pardonne de redire ici ce que j'ai déjà dit ailleurs; dans ce travail d'acclimatation du Code, la doctrine dite "de l'Exégèse"

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

joue un rôle évidemment essentiel, qu' il faut réapprécier après les critiques portées contre elle par l'Ecole "scientifique" du tournant du siècle passé: adhérant dans son ensemble à la philosophie générale du Code (disons: un individualisme libéral tempéré (2), pour faire vite), cette doctrine assure, en trois générations, la transition de l'Ancien au Nouveau régime civil, et elle le fait selon des méthodes qui sont, au fond, traditionnelles (le commentaire, les questions, la confrontation des opinions, les cas). Le th^{ème} de la "continuité du droit civil français" est d'ailleurs constant dans cette doctrine, qui va chercher chez Pothier, Cujas ou Dumoulin, dans le "droit français" ou dans les "lois romaines", les raisons des textes qu' elle commente, au moins autant que dans les travaux préparatoires (qui ne seront connus, comme l'a rappelé Jean-Louis Halpérin, qu' après les premiers commentaires).

L'expérience allemande de codification rend, dans l'exposé de Jean-Louis Halpérin et plus encore dans celui de Pio Caroni, un son très différent. C'est qu' on ne reçoit pas un Code, après Savigny, Puchta et Windscheid, comme on le reçoit après Pothier et Bourjon. On ne reçoit pas de la même façon une codification d'abord "renvoyée" et une codification espérée depuis deux siècles; la codification elle-même a sans doute un sens différent lorsqu' elle s'opère au nom de la "Raison" ou de la "Nature", ou qu' elle intervient, après la féroce critique de l'Ecole historique, comme un produit de la *Rechtswissenschaft.* L'entreprise de codification n'est pas non plus politiquement la même, qui vient pour consolider la Révolution française ou pour manifester l'unification des Allemagnes en un un seul Reich.

Je voudrais ici souligner que, parmi les facteurs de diversité de réception des Codes, il en est un trop peu évoqué en général: c'est la diversité des Codes eux-mêmes. La codification n'est pas un bloc; les Codes ne se réduisent pas à une "forme" ou à un idéal-type possédant toujours les mêmes caractères; ils sont eux aussi les produits d'une histoire singulière pour chacun d'eux (3). Un siècle

(2) Pour saisir les particularismes et les difficultés du libéralisme "à la française" de 1814 à 1880, v. L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, 1997.

(3) Sur la relativité historique de la notion de code, et l'exemple du Code civil français, v. U. PETRONIO, *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, *Quad. fior.*, 1998, 83 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(et quel siècle!) de décalage entre la codification française et la codification allemande explique une bonne partie de cette diversité; mais il y a plus. La diversité des Codes est, me semble-t-il, de nature véritablement culturelle; cela saute aux yeux de qui compare le Code civil français au BGB: Code de praticiens "peu éclairés" (comme disait méchamment Savigny) contre Code de professeurs — de professeurs de Pandectes, qui plus est. Il me semble que cette opposition (qui n'est pas seulement de styles) se prolonge dans les modes de réception. Un Code "peu savant" se prête à une réception peu savante, et même populaire (relativement); la doctrine qui s'y accroche est elle-même "peu savante" (relativement aussi); elle reste attentive à la pratique et très consciente des intérêts en jeu sous les questions de droit. Un Code de savants appelle des constructions savantes, qui autonomisent la "science juridique" comme "science pure" (pure de tout attachement avoué à des intérêts déterminés) (4). Ces deux races de Codes font deux sortes de juristes assez différentes (5). On comprend du même coup que la réaction du tournant du siècle (querelle des sources et conflit de méthodes) n'ait pas eu la même intensité des deux côtés du Rhin: Saleilles et Gény ne sont pas Ehrlich et Kantorowicz. Les expériences concrètes de droit codifié ne sont pas les mêmes parce que les Codes eux-mêmes ne sont pas taillés sur un modèle uniforme; la "forma-codice", dont il a été fort question hier, est un concept trop abstrait, me semble-t-il, pour rendre compte de la diversité des expériences historiques de codification.

Une illustration complémentaire de ce constat de diversité serait à rechercher dans le thème abordé par Giovanni Cazzetta: le choc de la codification et du mouvement social. Le "mouvement social" est lui-même un terme un peu vague; mettons qu' au XIX^{ème} siècle il se

(4) F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2nde éd. 1967, trad. T. Weir, *A history of private law in Europe*, 1995. Ch. 25, *The German civil Code* (Bgb) 374 s., spéc. 379 s.

(5) Il ne faut pas confondre non plus les positivismes auxquels on peut rattacher un civiliste français du XIX^{ème} siècle ou un Pandectiste allemand de la même époque; v. F. Wieacker, op. cit. trad. T. Weir, 341 s.: le positivisme légaliste du premier est, à tout prendre, plus tempéré et moins formaliste que le positivisme "scientifique" du second; il faut dire que le premier, qui n'a pas la tête philosophique, n'a pas lu Kant.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ramène à la "question sociale" sous ses divers aspects (question ouvrière, liberté des associations, fondements de la responsabilité civile, limitations de la liberté contractuelle dans le contrat de travail, limitations de la propriété etc..). Bien évidemment, la montée d'intérêts nouveaux (compris ou non comme "intérêts de classe") est toujours une mise à l'épreuve du système juridique en place, et une occasion de trouble doctrinal. Cette épreuve peut être vécue sur le mode tragique, comme une menace radicale pour le système, contesté dans ses fondements et ses concepts essentiels (il me semble que c'est ce qui ressort de l'exposé de Giovanni Cazzetta); mais l'émergence de ces intérêts nouveaux peut aussi être vécue comme une péripétie historique que le système absorbe et dont il se nourrit. Un droit peu systématique, qui ne se pense ni comme absolument cohérent, ni comme absolument complet, traversera certes une crise, mais ne la vivra pas comme une menace: un Code lacunaire et peu "scientifique" se laisse manipuler, admet les dérogations, les interprétations nouvelles, tolère les législations spéciales et même s'en nourrit. On le voit bien depuis un siècle où, sous des textes immobiles, la jurisprudence "découvre" (*praeter legem* ou *contra legem*) des solutions nouvelles (pas toujours cohérentes et pas toujours heureuses: c'est une autre question). On voit aussi que le droit "social" (ou, plus récemment, le droit de la consommation) n'a pas tué le droit civil; du Code du travail ou du Code civil, le plus instable ou le plus menacé des deux par le "mouvement social" actuel n'est d'ailleurs pas le vieux Code "bourgeois", me semble-t-il. Les menaces d'aujourd'hui viennent d'un autre horizon— du côté des droits de l'homme, de la constitutionnalisation du droit privé, de l'européanisation, de la concurrence de la Common Law; de ce côté-là, l'avenir des vieux systèmes civilstes me paraît bien obscur.

Mais voilà que je reviens à mon point de départ — la question de la persistance du droit codifié, question exactement inverse de celle que nous traitons aujourd'hui; il est grand temps que je m'arrête, avant de verser dans le pessimisme ou la nostalgie, en remerciant derechef les organisateurs de ce passionnant colloque d'avoir eu le courage (et l'amabilité) d'inviter un civiliste français.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RECEZIONI E DIVERGENZE

Relazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RICHARD HYLAND (*)

SHALL WE DANCE?

I used to think of every presentation as a job talk. Since someone in the audience might one day be in a position to hire a scholar who does the kind of work I do, I designed my remarks to be clever enough to be memorable, but not so rude there'd be anything to hold against me. Though I've never misrepresented what I think, I've avoided certain topics and there are thoughts I've never mentioned. Last year, when I turned fifty, I made two resolutions — first, I'd try never to do anything I didn't enjoy, and second, when asked to speak, I'd try never to say less than the truth. Of course I didn't want to be uncivil, but I would not let anything less than compassion dissipate my courage.

One thing I know but have never said aloud before is this — with rare exceptions, no one in America cares what civil lawyers do in the private law (1). The exceptions are those comparativists — I'm one of them — paid, tenured, and promoted for studying the civil codes and making intriguing and outlandish claims, such as that we in America should consider adopting this or that civilian institution. But we're all cranks. In a country as populous as the United States, you can find fifty examples of anything.

The proof of American disdain for the civil law is that we today do not borrow civilian institutions — and rarely even consider importing into our legal system products of civil law ingenuity (2).

(*) © Copyright 2001 by Richard Hyland. All rights reserved.

Distinguished Professor, Rutgers School of Law, Camden, New Jersey.

Many thanks to my Rutgers colleagues for their many apt suggestions, not all of which I was wise enough to accept. The usual disclaimers apply.

(1) If proof is needed, see RICHARD CAPPALLI, *At the Point of Decision: The Common Law's Advantage over the Civil Law*, 12 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 87 (1998).

(2) See UGO MATTEI, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The current revision process of the Uniform Commercial Code (the "UCC" or the "Code") offers a suitable example (3). These revisions, which began in the late 1980s — the first full-scale revisions since the Code became widely adopted twenty-five years earlier — will be completed during the next two or three years. As far as I know, nothing in the revisions has been influenced by the civilian codes. During the drafting process, one American colleague suggested that our sales law could benefit by adopting ideas from the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG" or the "Sales Convention") (4), but none of his suggestions was accepted, even though his approach would have contributed to unifying the laws governing domestic and international sales of goods in the world's largest economy (5).

American lawyers may seem particularly narrow-minded in this regard, since civilians are increasingly fascinated with American law — from the law of products liabilities, which resulted in an EU Directive, to the doctrine of informed consent in tort law, and the duties of corporate directors and the like in the law of business associations. In a stunning article, Wolfgang Wiegand catalogued the extent of the European borrowings and suggested that the reception of American law in Europe is similar in scale and impor-

---

Law, 42 *Am. J. Comp. L.* 195 (1994). For the importation of civilian ideas into the common law during the 19th century (which was then a more common occurrence), see MATHIAS REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World*, 1820-1920 (1993).

(3) The Uniform Commercial Code covers much of the private law of commercial transactions in the United States - the sale and lease of goods, negotiable instruments and the bank collection of checks, funds transfers, letters of credit, bulk sales, bills of lading and warehouse receipts, the sale of investment securities, and secured transactions in personal property. These matters are governed largely by state law, and virtually all American states have adopted some version of each of the various articles of the Code.

(4) See PETER WINSHIP, *Domesticating International Commercial Law: Revising U.C.C. Article 2 in Light of the United Nations Sales Convention*, 37 *Loyola L. Rev.* 43 (1991).

(5) A rare provision in the revised Code based on a comparative study is, I should probably admit, a provision for which I myself am somewhat responsible. I was Reporter for the provision on the seller's cure of defective performance in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, and was later asked by the Article 2 Drafting Committee to redraft that provision for inclusion in the Code.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tance to the original Continental reception of Roman law (6). Moreover, while few American law students take the time to round out their American legal education with a course of study devoted to the civilian codes, the civilians continue to send their best graduate students to our LL.M. programs.

Yet, despite enormous good will on the part of civil law scholars, very little of our thought processes finds its way into the civilian discussion (7). LL.M. students from civil law countries are generally delighted by the year they spend in the States, but they almost universally return home with the view that their own legal systems are superior to ours. To the extent there is borrowing, it is our rules that are borrowed and not the way we talk about them. I have never encountered a civil lawyer or law professor who believed anything could actually be learned from American legal thought. Of course there is constant talk of unification and the need to accommodate foreign legal ideas and concepts, but civil lawyers do not approve of the apparent chaos that our system presents.

This lack of understanding and exchange is particularly odd given the massive cultural interpenetration in both directions during the past half century. The American fascination with things foreign, especially everything European, reaches back before the birth of our nation. Even today, the NEW YORK TIMES never criticizes anything that happens in Paris — ever, no matter what the circumstances — just as it never praises anything that happens in the state of New Jersey. New Yorkers feel a privileged relationship to Paris, as though nothing in the world as much resembles a great metropolis as another great metropolis. All over America we have set up cappuccino makers on our counter tops and café awnings on our sidewalks. We collect wines from Europe and Chile, we enjoy the cuisines of France and Thailand, we listen to what is now called world music, we borrow fashion, furniture, and religion from every country we visit. Borrowing is if anything more far-reaching in the other direc-

---

(6) See WOLFGANG WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, 39 *Am. J. Comp. L.* 229 (1991).

(7) For a demonstration of the insurmountable difficulties, see MARIJAN PAVCNIK and LOUIS WOLCHER, *A Dialogue on Legal Theory Between a European Legal Philosopher and His American Friend*, 35 *Tex. Int'l L.J.* 335 (2000).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion — foreign interest in American culture is too extensive to require documentation — from jeans, skateboards, and Coca-Cola to American blockbuster films that can be enjoyed in the cinemas of every major city on earth, to translations of American fiction stacked up in the bookstores, to MTV, professional basketball, the computer, and the internet. Our cultures today depend on imports from abroad, and it is in this context mystifying that civil and common lawyers have so little to say to one another.

The question I would like to address is why these differences of legal conception have proved so difficult to bridge. I believe I have an answer, though it will encourage no one. I believe that both systems entered into a legitimation crisis with the collapse early in the 20th century of a cherished legal axiom — the proposition that the process of resolving a legal dispute coincides with the process of legal construction, in other words, the conviction that cases are decided by working through the code provisions. Once it became clear that the two processes — the process of coming to a decision and the process of explaining the result — though interconnected, greatly differed, the law could no longer aspire to certainty, heretofore one of its primary virtues (8). The rule of law had been upended — it became as difficult to know what goes into a judicial opinion as it is to ascertain the contents of a sausage. Neither of our legal systems was able to stare into the bright light of this discovery for very long, and each has taken refuge in inadequate alternatives, cover-ups, and camouflages that most of us recognize for exactly what they are. Most interesting, each system attempted to regain self-respect after the trauma by taking refuge in diametrically opposed visions. As a result, today, each system — to the extent we engage with one another at all — sees in the other a reminder of its own inadequacy, a trace of the truth we cannot confront, the truth

(8) 'The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding.' OLIVER WENDELL HOLMES, *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev*. 457, 465-66 (1897).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

that we cannot explain what we do. In the end, the thesis of this paper is that truth does not set us free. But then that's something that everyone who knows anything at all about truth already knows.

One initial caveat: this paper is not intended to be read as history. Like Bergson, I do not believe that events in the past cause things to occur in the future. Thus, my references to concepts that also occur in historical scholarship — causation, claims about what scholars in the past actually thought, and the like — are meant as metaphor. Mine is a speculative attempt to understand an undeniable structure, the peculiar relationship between the civil and the common law, systems that rotate, without encountering one another, around some dark star.

My one basic historical claim is this — by about 1930, a new conception of the law — a set of ideas we know in America as legal realism but that is known by other names abroad — managed to present a coherent, though unruly, alternative to 19th century formalism. One of the principal accomplishments of this way of thinking about the law, which I will designate as Realism for short, was the analytical operation to which I referred earlier — the Realists distinguished between the process of resolving a legal dispute and the process of explaining the result. That I take it is the point of the story that so amused Llewellyn — *'Judgment for the plaintiff', runs the old anecdote of Marshall; 'Mr. Justice Story will furnish the authorities'* (9).

The Europeans came to a similar understanding, often even earlier than the Americans — François Gény saw it in the course of his free scientific research, as did Philipp Heck and the interest jurisprudes, Eugen Ehrlich and the so-called free law school, and Alf Ross and the Scandinavian legal realists. Today the idea still surfaces in discussions of civilian legal methodology — *It continues to be useful to note that the question concerning the actual making of a legal decision must be strictly distinguished from the question of the acceptability of a given legal construction. The distinction between the two questions is important because the answer to either one of the questions yields fundamentally nothing as far as the answer to the*

(9) KARL LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* 33 (1930).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

other is concerned: questionable motives do not turn a good construction into a bad one, and praiseworthy motives do not turn a bad construction into a good one (10).

The differences among these different theories have been frequently parsed (11), but those differences are irrelevant here. I want only to examine the different lessons that Americans and civilians seem to have drawn from the Realist premise. Both have recognized the latent risk of uncertainty in the law, and both have done what they could to circumvent it. American legal scholars accept Llewellyn's diagnosis that the law stands on clay feet — *It's turtles all the way down*, as some like to say (12) — and have now largely abandoned the belief that the legal norms produce certainty. Instead, when the time comes to explain a norm, we take refuge on ground outside the quagmire of the legal system, hoping to find solid footing for the law in other disciplines (13). Thus, in America, the Realist vision represents the baseline for the discussion — both for those few who adhere to it and for those who seek to find certainty beyond the law. The civilians have instead sought to reinforce the law, to plug the dike against the risk of uncertainty. To this end, the civil law represses the Realist insight, and yet because much of the modern civil law represents an effort to guarantee certainty, the Realist vision continues to structure the attempts to avoid it. In the end, two complimentary and incompatible sorts of blindness prevent us from coming to terms with the fundamental importance of the imagination in resolving legal disputes under a code.

To begin, I need to dwell for a moment on Realism's traumatic insight. I rely on a familiar exposition of these ideas, probably their first formal presentation in the United States, in the lectures Karl Llewellyn gave to the entering class at the Columbia Law School in the week before classes began in the Fall of 1929. Even today these

---

(10) HANS-JOACHIM KOCH & HELMUT RÜßMANN, *Juristische Begründungslehre* 1 (1982) (my translation).

(11) See, e.g., JAMES HERGET & STEPHEN WALLACE, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 *Va. L. Rev*. 399 (1987).

(12) See JOSEPH SINGER, *Radical Moderation*, 1985 *Am. B. Found. Res. J*. 329, 329-30 (reviewing Bruce Ackerman, *Reconstructing American Law* (1984)).

(13) For comment on the trend, see ROGER CRAMTON, *Demystifying Legal Scholarship*, 75 *Geo. L.J.* 1 (1986).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ideas strike some as radical, and I cannot imagine what their first audience might have thought as they listened. Probably the entering students were scribbling in the margins of their notepads and wondering what they'd find in the cafeteria for lunch. Few could have understood what Llewellyn was saying (14).

Llewellyn distinguished between two models of the law, the first being the understanding of the law generally accepted when he began teaching, the second being the new model he proposed to replace it. I will call the two models here Law I and Law II. To eliminate any suspense, let me explain that I believe civilian lawyers have to some extent returned to the pre-Llewellyn conception of law, to Law I, to avoid the consequences of his truth, while in America, Law II serves as a baseline for legal thinking — though few of my colleagues adhere to Llewellyn's views, many believe they have overcome him. Both pre-Moderns and Postmoderns are busy escaping the consequences of Modernism.

According to Law I, the law consists of rules (whether derived from statute or case law) which are applied to facts to decide cases. Legal science is a science because the rules are applied similarly by each adjudicator — personalities are irrelevant — and (if judges act appropriately) there should be nothing outside the law that influences the legal result.

Llewellyn rejected this view. He believed, instead, that rules don't decide cases, judges do. Moreover, he believed that the internal resources of the law are insufficient to resolve a legal dispute — in other words, no rule or legal argument ever clinches the debate. A good legal argument can always be made on both sides of every case, and judges, when resolving disputes, are always deciding against coherent legal positions. To decide correctly, they have recourse to everything they hold to be true about the law and the world. Though the rules guide the analysis, they don't determine the result. It would perhaps be more accurate to conceive of rules as a product of the case resolution, a vocabulary judges use to summarize the problem area they have discussed. For Llewellyn, the law consists of the discussion about how judges resolve disputes —

(14) The lectures are still in print. See KARL LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, supra note 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

whether among the judges themselves, in the law school classroom, or around the law firm conference table.

In other words, the presence of a rule never prohibits an activity or forecloses a result. It is impossible to predict the legal result by looking at the content of the legal norms. Today in American law, if a party's only argument is to point to the text of a contract or a statute — if there is no prudential argument about why the world would be a better place if the party were to win — that party is probably going to lose. As it turns out, this does not prevent certainty — in many cases, even difficult cases, experienced lawyers will agree on how the case should come out, though they might each explain the result in a different way.

The aspect of the Realist vision that especially terrifies the Europeans is what I will call the personality of the law — it matters whether your lawyer is competent, it matters which judge your case draws. The system works only as well as we work — legal expertise, professional responsibility, attention to detail, they all count. Yet though professional skill matters, we still don't know exactly how to teach it, we are even unable to define a good lawyer, and we can't agree, after several centuries of observation, how judges decide cases. In THE BRAMBLE BUSH, Llewellyn already recognized the problem of the personality of the law and proposed a solution — his theory of the Nietzschean judge (my term, not his). Weak judges, those without the ability to manipulate the legal rules to reach the result they think just, are constrained by the system. Great judges, wise judges, those who can prestidigitate to achieve any result, will use their abilities to obtain more perfect justice. This explanation, though brilliant and perhaps accurate — Llewellyn was thinking of the opinions of Justice Cardozo — reassures no one.

This is the moment in the discussion when a civilian lawyer may ask for proof. Even the generous reader will want some example of a case in which the rules don't matter. I have an example ready, though it is not of the type I think the civilian is expecting. The civil lawyer is familiar with cases in which judges take the law into their own hands, lawless decisions, those that ignore the dictates of the code. Such an example proves nothing, the civilian would say, only that the judge made a mistake. And the civilian would be right.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

But that is not the nature of my example. Instead, to demonstrate that the presence or absence of the rule does not determine the result, I present two examples, two cases otherwise identical except that the rule that governed the first case was not applied in the second.

Let me offer into evidence the *MCC-Marble* case (15), one of the few federal circuit court decisions under the Sales Convention. The parties entered into an agreement evidenced by a writing. Buyer claimed that the parties had orally agreed that the pre-printed terms on the verso would not become part of the contract. Under the UCC, we resolve such questions by applying the parol evidence rule, which prevents a party from relying on agreements made prior to or contemporaneously with the execution of the writing to the extent the writing was integrated, which means to the extent the court finds the writing was intended to represent the final expression of the terms of the contract (16). In *MCC-Marble*, the trial court granted summary judgment for Seller on the theory that, since the writing was integrated, Buyer may not introduce the oral agreement into evidence. The appellate court reversed and remanded for trial, correctly observing that the Sales Convention, which governed the transaction, does not contain a parol evidence rule (17).

There we have it, the rule-oriented lawyer might say, under American law, the parol evidence rule prevents Buyer from introducing the oral agreement into evidence while under CISG, a more modern and commercially flexible set of rules, the trier of fact has access to all relevant information. The presence or absence of the parol evidence rule seems to determine the result.

Yet, as the appellate court itself admitted, under both the UCC and CISG the trial court has to ask the same questions. In commercial transactions it is always possible for parties to agree that their rights and obligations are to be governed exclusively by a writing and that preliminary agreements and negotiations will have no further effect. Under both sets of norms, the judge will have to ask

---

(15) *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova d'Agostino, S.p.A.*, 144 F.3d 1384 (11th Cir. 1998).

(16) See UCC § 2-202.

(17) See CISG art. 11 (2d sent.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

what the parties intended. The parol evidence rule provides the questions the judge should address to the transaction. Whether under the regime of the parol evidence rule or outside it, the court will ask whether, given all the facts and circumstances of the case, the bargain in fact of the parties should be construed to include the pre-printed terms on the back of the written form.

In other words, the presence or absence of the parol evidence rule does not determine the result. The courts are always obligated to make sense of the transaction in front of them, regardless of the rules that apply to it. Legal rules provide the judge with questions to ask about the transaction. The rules don't determine the result, but they do assist the judge, by enumerating some of the relevant factors, when the time comes to focus the issues.

To repeat, Llewellyn held that legal disputes cannot be resolved solely on the basis of the internal resources of the law — the legal norms present in the statutes and court decisions. Instead, a judge evaluates the facts and circumstances of the case, integrates those elements with the legal sources into an imaginative whole, and decides the dispute based on the judge's vision of the purpose of the transaction. In other words, there is a regulative system of norms by which to judge the parties' conduct, but the rules never formulate those norms in all their complexity. Llewellyn recommended that we look at that normativity directly and not limit ourselves to the outline provided in the statute. To their credit, American legal scholars have not, in general, denied the validity of Llewellyn's insight — though I have done no empirical research, I believe the majority of American legal scholars acknowledge the power of Llewellyn's thought. Very few suggest we should instead return to the jurisprudential theories incorporated in the first Restatements of Law, to the ideas of Joseph Beale and Samuel Williston. Rather American legal thought, when interpreting a norm, seeks to ascertain the norm's purpose, and that purpose is always found beyond the confines of the law in some social policy. Thus, in American law, when a solid foundation for the law is needed, it is sought in neighboring disciplines. Since there is no room here to catalogue the variety of fields in which footing has been sought, a brief reference to three such fields perhaps will suffice.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

One of the first theories to attempt to resolve the questions raised by Realism is known today as legal process theory. The legal process theorists implicitly accepted Realism's vision of the challenge, and they sought a neutral, apolitical solution. They developed criteria and methodologies for resolving cases without resort to the personality of the individual judges — ideas such as allocating decision-making to those institutions with the resources to make the decisions. Judicial law-making, for example, should be restricted to issues that do not require extensive fact-finding. The law, for these thinkers, became a subdivision of political science, a method of allocating institutional competence among the branches of government.

Critical legal studies pushed Llewellyn's idea yet further. To the critical theorists, recourse to the facts and circumstances of the case does not produce a unique resolution. The answer continues to depend on an ideological perspective — either the perspective of the individual judge (whether a particular judge is pro-tenant, pro-consumer, or committed to racial equality) or, much more importantly, of the ideology incorporated as the subtext of legal doctrine, statutes, and decisions. In other words, there is certainty in the decisions even if not in the law — judges will follow the mandates of ideology. To change the law means to criticize that ideology — in the end, there is no distinction between law and politics.

Law-and-economics thinkers also refuse to fall back behind the level of the debate Llewellyn created. Those theorists accept Llewellyn's suggestion that case decision requires an evaluation of all the facts and circumstances. Indeed they too push beyond him, suggesting that each decision requires evaluation of facts not directly before the court — to the second-order considerations, the incentives a decision would give to others. Since rational actors will use the rules promulgated by the decisions in their market choices, courts should seek to mimic the market, to decide as the parties would have decided had a market transaction been available. Moreover, law-and-economics scholars claim that the law has always tended to follow the efficiency principle, even unbeknownst to the judges who were making the decisions. The law, in other words, is but a subdivision of economics.

Out of these and other theories grows an American consensus about the nature of legal norms — each statutory provision and each

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

judicial decision floats on its own bottom. Each is designed to accomplish a purpose. If the rule promulgated by a statute or decision does not accomplish its purpose, the rule or decision must be jettisoned and replaced by one better crafted. The structural aspects of a code cannot override the need to advance the proper societal purpose. In this way, the law has collapsed into its neighboring disciplines and lost its identity. The law is politics or economics, the law is metaphor or power — the law, in the current American vision, is anything and everything except for one thing, it is not and cannot be a separate and independent enterprise — the law can be anything and everything except law.

Once again the current revision process of the Uniform Commercial Code provides a dramatic example of the way we think about the law. The code revision process has become a forum for economic debate and a struggle among political constituencies, leaving the UCC drafters to seek a temporary truce in the partisan debates rather than well-crafted norms. Representatives of the various areas of practical activity affected by the law, the law's 'consumers' — sellers and buyers, secured parties and debtors, users and licensors of software — come to the table and participate directly in the drafting. Each constituent group implicitly threatens to hold the final product hostage before the legislature if its demands are not met. Law results from the momentary compromise the various political forces achieve on the afternoon an issue comes up for debate. Some provisions are negotiated word by word, with the goal of resolving nothing, since each side hopes it will gain leverage and additional clout at some later moment in the process (18). In the 1950s, Fred Beutel, one of the nation's leading commercial lawyers, called an early draft of one of the Code's articles *an unfair piece of class legislation* (19). Today instead, since competing groups participate directly in the drafting, the Code has evolved into an explicit political compromise.

The irony is that while those revising the Code attempt to avoid the difficulties that arise from the truth discovered by Realism, they will inevitably be defeated by another aspect of the same truth. The

---

(18) See, e.g., UCC § 9-626 (b) (revised 2000).

(19) See FREDERICK BEUTEL, *The Proposed Uniform [?] Commercial Code Should Not Be Adopted*, 61 *Yale L.J.* 334, 335 (1952).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

drafters are aware that the rules do not generally decide the cases. In order to create certainty, they resort to extremely explicit drafting, formulating ironclad rules that leave neither loopholes nor weasel words. But of course no amount of drafting can mandate how the judges read the statute. Though they will rarely succeed in constraining the judges, the drafters' attempt produces technocratically worded — and even incomprehensible — provisions.

The civilians have followed a different path — or rather many different paths. The contemporary civil law presents such a diversity of traditions it cannot be summarized in a few statements or examples, and only rare generalizations apply to the entire civilian universe. Nonetheless, I would like to offer one generalization and two examples that seem to me representative.

The generalization is this — no civilian jurisdiction with which I am familiar has accepted the Realist insight as the premise of its debates ([20]). Rather, to the extent these systems recognize the problem to which Realism points, they have taken measures to correct the shortcomings, they believe they have overcome the problem by adopting prophylactic measures to guarantee the necessary degree of certainty. Two common civilian methods to assure certainty are, first, the emphasis on structure and, second, the encouragement of systemic convergence. These two ideas will serve as my examples.

([20]) I am aware that civil lawyers may not immediately (if ever) recognize themselves in the portrait I paint. And of course it goes without saying that civilian judges do not mechanically apply norms to reach their results — in fact it is very hard to formulate a sentence about how cases are decided in the common law that does not equally apply to cases decided in the civil law. Everywhere — not just in America — judges, not rules, decide cases. And everywhere precedents can be as authoritative as statutes. See, e.g., ERNST RABEL, *Deutsches und amerikanisches Recht*, 16 *RabelsZ* 340, 345 (1951); MITCHEL LASSER, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, 104 *Yale L.J.* 1325 (1995); KONRAD ZWEIGERT & HEIN KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* 268-71 (Tony Weir trans., 3d ed. 1998); VERNON PALMER, *From Embrace to Banishment: A Study of Judicial Equity in France*, 47 *Am. J. Comp. L.* 277 (1999).

The difference is how we talk about what our judges do. While we in America justify all our rules and explain all our court decisions on the basis of social policy, the civilians generally insist that judicial creativity is invoked chiefly in the case of gaps in the code. See, e.g., CARL BAUDENBACHER, *Some Remarks on the Method of Civil Law*, 34 *Tex. Int'l L.J.* 333 (1999).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Common lawyers passing through civil law educational institutions are puzzled at the energy devoted to elaborating the proper conceptual structure or framework for discussing legal issues. Since the structure differs in each civilian jurisdiction, I will limit myself to a pair of examples.

German private law is universally esteemed for the rigorous structure its scholars have elaborated for resolving legal disputes governed by the BGB. In private law questions, German jurists are taught to locate the remedies provision, the *Aspruchsgrundlage*, and to follow the cross-references in the code to the proper result. The method is more complex than it sounds, since general questions are discussed in the BGB before particular issues, and each question must first be characterized according to its level of abstraction. Though in some private law fields, such as unjust enrichment, some believe the law has exceeded a reasonable degree of subtlety and sophistication, there is no question that German conceptual thinking has had a powerful influence on legal systems throughout the world.

French law has elaborated different structures of analysis. These structures are just as rigorous — and just as mandatory — as German principles of legal construction. One such structure is that of judicial opinions, particularly those of the French Cassation Court, which traditionally are written as a single short paragraph — in fact in grammatical form they are but a single sentence. Another French law structure is the form of the *exposé*, which is used to present an overview of a legal question. The structure of the *exposé* — known as the *plan* — consists of a short introduction and two equal parts, each divided into two equally-balanced subparts. The genius of the structure is its ability to facilitate a discussion of the contradiction underlying any legal topic.

Despite the virtues of these structural thoughts, a foreigner cannot help feeling they are somewhat obsessive. Of course the modern German legal tradition, after its disastrous experience with a wholly different understanding of the personality of law during the Third Reich (21), may feel attention to detail is required. The complex structure of legal construction in the German civil law may

(21) See BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (4thed. 1991).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

represent a bastion against the return of Nazi jurisprudence as much as it responds to the insights of progressive German legal thinkers from earlier in the century, but the fact that these two dilemmas are identified, though understandable, is precisely the problem. The enemy is always the same — the risk that a judge will deviate from the structure of the law and decide according to personal interest, belief, or whim. However many caveats are mentioned along the way, by emphasizing a structure that channels thought from conceptual premises to the correct conclusion, the German system teaches its students that the correct substantive result can be derived from the structure of the code.

The French structures create a similar feeling of excess. A three-word phrase in a Cassation Court opinion can revolutionize a field of the law, yet the court itself never explains its innovation. Equally odd, in fact absurd, are the mandatory bipartite structures adopted by French law for all forms of legal scholarship, whether three-page case commentaries, twenty-page law review articles, or thousand-page treatises. I have unsuccessfully searched for the origin of this dualist structure. It is not in Gaius, an ancestor of the Civil Code, nor in Pothier, from whom some of the Code was transcribed, and also not in the Code itself. I don't find the dualities in Aubry & Rau nor even in the treatise writers from the beginning of the 20th century — Josserand, Colin & Capitant, and the like. I can't be certain what causes this arbitrary structural tic, but this ossified structure seems for all the world to hide something — perhaps it is a fortification against the Realist truth that rules don't decide cases.

Due to the current efforts to unify European private law, Llewellyn's insight raises greater stakes in Europe than elsewhere. If judicial decisions depend on a judge's personality and culture rather than on the substance of the rules, unification of European law will be much more difficult than even the skeptics have predicted. For this reason, perhaps, the Europeans employ a different means to avoid the Realist insight. Many who favor a European Civil Code have adopted from Rabel's work on the unification of sales law (22) the notion of convergence, and assert that since the domestic civil

(22) See Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung* (vol. 1 (1936), vol. 2 (1957)).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

laws of the European countries are converging — under the pressure of globalization — few serious choices will have to be made, and, even more important, once the rules are formulated, adjudication in different cultures will not threaten uniformity.

The concepts of structural rigor and convergence permit the civilians to avoid confronting the inevitability of uncertainty in private law adjudication. I suspect civil lawyers quietly take comfort in the Weberian judgment that their rationally organized system of laws is superior to the common law version of *kadi* jurisprudence that depends on prophetic pronouncements by individual judges — judges with a recognizable personality.

Of the various responses I have discussed to Llewellyn's insight — phenomena I have tried to explain as reactions to the indeterminacy of legally formulated norms — one of them, the notion of convergence, is at best wishful thinking. Even in Rabel's extraordinary investigation of the sales laws of the world, convergence was more postulated than demonstrated — with regard to each sales issue, Rabel concluded that all legal systems had adopted something closely resembling the German law solution. Moreover, the projects his work inspired — first the 1964 Hague conventions (23) and now CISG — have not demonstrated the convergence Rabel postulated. The Hague conventions were adopted by few states, while the official records of the Vienna conference on the Sales Convention reveal that, to the extent uniformity was achieved, it resulted more from horse-trading than convergence, and on the most difficult questions, CISG contains different rules to accommodate opposing points of view (24).

---

(23) The Uniform Law on the International Sale of Goods ("ULIS") and the Uniform Law on the Formation of Contracts on the International Sale of Goods ("ULF").

(24) Neither the civil nor the common law representatives, for example, were willing to compromise on the question of the primary remedy, so while the Convention permits civil law countries to award specific performance, common law countries will award money damages. See CISG art. 28. In the North-South debates, the developing countries won special rules for the timing of the notice of non-conformity, see id. arts. 39, 44, and the socialist countries were able to prevent the abolition of the Statute of Frauds for the contracts their trading companies conclude. See id. arts. 11-12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Moreover, some voices in the European discussion have suggested that European private law is not converging (25). Though the position has been challenged (26), even Europeans who take the unification of European private law seriously have analyzed the situation and concluded that the European systems are still much too far apart to yield a common normativity (27).

On the other hand, each of the other two insights — the importance of contextual analysis and the need for structure — results from a correct, though one-sided, understanding of the Realist vision. Systematic rigor and the evaluation of all the facts and circumstances have each found solid footing in the law because each represents one aspect of the way law actually works.

The civilian focus on ordering permits a focus on craft and a fabulous precision in resolving cases. Though we in America reject this civilian understanding, perhaps because it is important to our self-image to have passed beyond not only Law I but also Llewellyn's Law II, some American jurists have long lamented that American legal education fails to provide an appreciation of the common law as a coordinated system (28). Moreover, there is nothing in Llewellyn that precludes us from focusing on the craft of the law, on the proper structure and ordering of our norms. What prevents us from taking craft seriously is not Law II, not Llewellyn's insight, but rather the reductionist attempt to repress the truth of Realism by collapsing law into its neighboring disciplines.

Llewellyn suggested that the rules never clinch the argument, not that they don't matter. He spent twenty years of his life as the chief reporter for the Uniform Commercial Code. One of Llewellyn's primary contributions to the law of sales is precisely in terms of systematicy, and it is worth dwelling for a moment on his discovery in order to demonstrate that not all change in the law is result-

---

(25) See, e.g., PIERRE LEGRAND, *Against a European Civil Code*, 60 *Mod. L. Rev*. 44 (1997).

(26) See ALAN WATSON, *Legal Transplants and European Private Law* (2000) (Ius Commune Lectures on European Private Law).

(27) See EWOUD HONDIUS, *Towards a European Civil Code: General Introduction*, in Arthur Hartkamp, et al. (eds.), *Towards a European Civil Code* 3 (2d ed. 1998).

(28) See WESLEY HOHFELD, *The Relations Between Equity and Law*, 11 *Mich. L. R.* 537, 540 n. 3 (in fine) (1913).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oriented. Llewellyn perfected the solution to a problem that has plagued sales law since the Romans, namely the distinction among sales remedies — especially between the *actio redhibitoria* that remedies non-conformity of the goods and the rules for general breach of contract that govern other types of non-performance (29). In the civil law, particularly in German law, the remedies for defective delivery are more limited and have a shorter statute of limitations than actions for non-delivery (30). As a result, German lawyers still today are obligated to debate whether a particular breach of the sales contract is best characterized as non-delivery or as defective delivery — if, for example, I promise to deliver an elephant to the zoo and instead deliver a giraffe, have I failed to deliver the promised goods or have I delivered a defective elephant?

Llewellyn wished to transfer all such discussions from the terrain of abstract theory to the terrain of practice — he wanted to focus on the actions of the parties rather than on the interplay of legal concepts (31). To accomplish this, he shifted the terms of the debate from the type of breach to the question whether the buyer accepted (or revoked acceptance of) the goods, whether the buyer properly rejected, and whether the buyer properly refused the seller's offer of cure (32). Llewellyn realized that a code cannot eliminate disputes, but it can move them from a conceptual terrain to one capable of resolution by evidence of practical action. Llewellyn never retreated from his insight that the decision process differs

---

(29) The problem also arose under the British Sale of Goods Act . Williston laid the initial groundwork for the solution in the American Uniform Sales Act.

(30) Compare BGB §§ 320-327 (non-delivery) with §§ 459-480 (non-conformity).

(31) 'The arrangement of the present Article is in terms of contract for sale and the various steps of its performance. The legal consequences are stated as following directly from the contract and action taken under it without resorting to the idea of when property or title passed or was to pass as being the determining factor. The purpose is to avoid making practical issues between practical men turn upon the location of an intangible something, the passing of which no man can prove by evidence and to substitute for such abstractions proof of words and actions of a tangible character.' UCC § 2-101 Comment.

(32) See RICHARD HYLAND & DENNIS PATTERSON, *An Introduction to Commercial Law* 392-93 (1999).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

from the explanation process, but he nonetheless respected the role of structure in the law. A well-crafted code can focus the discussion in terms that are helpful, facilitating rather than inhibiting the consideration of relevant practical issues.

We have a lot to learn from the civilians, who tend to view a code as a well-organized set of remedies provisions that cross-reference prerequisites located throughout the code. A code should assure judges that, if they consider the enumerated factors, they will not inadvertently skip relevant considerations during the course of their evaluation. In other words, a judge should not create an ad hoc framework for the discussion of each case but rather should employ the framework used for other cases. A well-elaborated structure — this is one aspect of the craft of the law — contributes to the law's principal undertaking, which is to decide like cases alike. The structure also provides a system for anchoring the decisions after they have been made, making it possible to locate relevant precedent in the course of subsequent disputes. Unfortunately, American lawyers and judges tend instead to guess at the central issue in the case, and, once they have fastened on something, they argue it to the exclusion of everything else. Much of the time the issues the courts discuss with such energy become irrelevant when the case is properly analyzed. My colleague and I were able to fill a casebook with cases in which the courts proved incapable of following the proper analysis through the UCC (33).

I should probably point out that my acceptance of this aspect of the civilian vision puts me at odds with those of my colleagues who believe that the content of the individual norms can be altered at will. If structure is an essential element of a code, each norm does not float on its own bottom, and an alteration of any one norm has an effect throughout the system.

Now to Llewellyn's other insight, the one American law has preserved as the baseline of our discussion, the proposition that cases can only be properly decided if based on an analysis of all the facts and circumstances. This principle too is valid. Once we ascertain the framework provided in the code, the work, namely the

(33) See ID.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

analysis, has yet to begin. The facts and circumstances still have to be evaluated. Those facts can be evaluated differently by different judges — reasonable people can differ and there are no absolutes. In fact it is an axiom of the philosophy of science that an infinite number of theories can be generated to explain any state of affairs. A number of competing legal theories are possible, even within a code's analytical framework, and whenever two of those theories are reasonable, and they often are, a legal dispute arises, and must be resolved, resolved by an evaluation of all of the facts and circumstances of the case, weighed in the light of the judge's aspiration to do justice. The specific content of the rules does not dictate the result. Instead, in the image of the much-regretted Michel Pêcheux, the cases offer us the opportunity to tinker with the formulation of the rules to get them nearer the correct result in every case.

In other words, the law consists of two seemingly incompatible processes, one captured by the civilian vision of the law, the other by that of the common law. In the civil law, judges follow the rules for fear of unbalancing the structure, while in the common law, judges reinterpret the rules as they decide the cases. The law is both the process of step-by-step reasoning from one code provision or case precedent to the next, and a holistic evaluation of the facts and circumstances of each case. Once again, perhaps an example is useful.

I propose we examine briefly the *Nanakuli* case ([34]). In *Nanakuli*, Buyer, a paving contractor, sued Seller, its asphalt supplier, for breach of a requirements contract. Buyer argued that Seller breached the contract by failing to 'price protect' Buyer when Seller raised its prices — failing to delay its price increases until Buyer had purchased sufficient asphalt to fulfill its current obligations to third parties. The issue was whether price protection was required by trade usage and good faith, even though it contradicted the terms of the written contract. The court held that price protection was contractually required.

The evaluation of Buyer's claim requires an examination of the remedies provisions and of the UCC's provisions governing trade usages and good faith. But that is not how a common lawyer would

([34]) See *Nanakuli Paving and Rock Co. v. Shell Oil Co., Inc.,* 664 F.2d 772 (9th Cir. 1981).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reason to the result. Instead, we might imagine the hypothetical discussion the parties' business representatives might have if they had sat down to settle the matter without their lawyers. Seller might begin by pointing to the written contract that did not obligate Seller to price protect. Buyer would point to Seller's long-term practice of price protection. Seller might respond that the fact it had protected Buyer in the past did not bind it to do so in this case. Buyer might mention that it had justifiably relied on price protection when it concluded paving contracts with third parties. Seller might claim that the previous instances of price protection involved smaller quantities of asphalt and smaller price increases (the increases complained of took place during the 1973-74 oil embargo). Buyer might then argue that Seller knew that Buyer was entering into fixed price paving contracts and therefore Seller took the risk of the increases.

At this point in our simulation, the real questions for decision emerge — which of the two parties should bear the risk for a massive price increase for which neither is responsible, and what role should be played by the fact that it was in the interest of both parties that Buyer enter into government paving contracts without escalator clauses. If the court decides the risk belongs on Seller, it must then confront the second-order considerations, the consequences for future adjudication, particularly whether it is wise in these circumstances to rewrite the contract, to interpret exceptionally broadly a usage that contradicts the terms of the signed written agreement.

In summary, common lawyers and civilians, in flight from the terrifying truth of Realism, have each taken refuge in a different cave. The law is neither of two naïve extremes — it is not a formalist application of rules to facts, and it is not a decisionistic application of one's favorite principles from politics or economics. Until the civilians face the uncertainty Realism demonstrates in the law, until they are willing to live with it, draw consequences from it, and reason from it, no American lawyer — including me — will be able to follow civilian legal discussion with interest. On the other hand, Americans have to learn that legal analysis has to take place within the structure elaborated by the law — even though the rules do not decide the cases, they provide the terms in which the discussion must be carried out. Until American lawyers accept that there is a craft to the law and that legal argument is distinct from politically (or

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

economically) correct results, the Europeans — and I side with them in this — have no reason to take American legal scholarship seriously.

It may seem impossible to reconcile these two ideals — the need to follow the structure of the Code and, at the same time, to evaluate freely all the facts and circumstances of the case. But in fact the effort needed to understand statutes and facts requires the same judicial imagination. It would be impossible to think legally about the facts without the vocabulary provided by the code, just as it would be impossible to understand the purpose of the code provisions without imagining how they would apply to different hypotheticals. Law is the product of the imagination, or it is nothing at all.

One final, more personal example. As the result of a lifelong passion for old stone, I have spent more time than necessary or even useful strolling through ancient ruins, particularly the ruins of Roman provincial cities. On my first encounter with a Roman city, I orient myself, without recourse either to guide or guidebook. I locate the forum, the main axes (the *decumanus maximus* and the *cardo maximus)*, the *tepidarium* and *caldarium* in the baths, the temple *cellae*, the *proscenium* in the theater, the *curia* and *basilica*, the pomerial road just within the walls, and sometimes I can even locate the *comitium* and the *aerarium*, the cisterns, the palaestra, and a postern gate. I try to decipher the Latin inscriptions to determine to which gods the buildings were dedicated. When I have gone as far as I can on my own, I consult my guidebook and see how well I have done.

I was fortunate enough last year to spend several days examining the ruins of Palmyra in the midst of the Syrian desert. After a day and a half, I looked up a guide who had been recommended to me — Ibrahim, a thin leather-skinned, white-haired Palmyrene who had been guiding for fifty years and who told me he knew every stone at the site. I told him I'm a law professor, I'd spent a lifetime studying Roman civilization, and I'd already combed over the ruins at Palmyra a number of times. I told him I'd like to see the subtleties he usually doesn't have time to show his clients. He told me he was booked for the day, but a few dollars convinced him to give me an hour at dusk.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

We met as the sun was setting through the monumental arch at the entrance to the mile-long colonnaded street.

'What are you looking at?' he asked.

I pointed up to the arch. 'A triple arch, from about 300 AD, reign of Septimus Severus, with typical floral and geometric designs,' I said, as proud as a first-year law student who for once has done the reading.

'Don't look up there, Professor, look down here,' he said. 'What do you see?' He was pointing to the ground beneath the arch.

'The street.'

'Right, the street, but what's special about the street?'

'You mean because it's so long?'

'So, Professor, this is your first visit to a Roman city.'

'No, I told you, I've seen a lot of Roman cities.'

'Have you ever seen a street like this? Why isn't it paved?'

I thought about it for a moment. 'Maybe they didn't get around to it. Or they didn't have the resources.'

'They didn't have the resources? At Palmyra?' He looked at his shoes and shook his head. I was wasting his time. 'They didn't pave the street because camels lose their footing on stone. The caravans passed down this street after they paid their taxes.'

I knew the City of Palms, the Bride of the Desert, was a caravan city, but I had never thought about what that meant. As we walked down the wide gravel street, Ibrahim painted for my imagination an Orientalist vision of the shops lining the colonnade, filled with silks purchased from the caravans and food and rugs to be sold to them. Then we stopped inside the Tariff Court and examined the three gates, each ten meters high, that pierced its back wall.

'What do you make of the height of the portals?' Ibrahim asked.

Once again I was stumped. 'Maybe they were preparing for a visit from the Emperor.'

'From the Emperor!' he repeated. 'Why would the Emperor want to come to Palmyra?' He shook his head again. 'No, this is the camel entrance. The caravans came from the east, traveling by night across the desert from the Euphrates.' Ibrahim pointed to the darkest part of the sky, a cobalt blue already twinkling with stars. 'They arrived at dawn and followed Zenobia's wall around the city until they arrived here, where they camped until the city opened. In

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the morning, the camels entered the courtyard one by one, the duty was collected, and then they passed through that gate into the agora.'

He rotated his body, following with his eye and the forefinger of his outstretched hand the curve of the caravan route along the city's northern fortifications, then followed the camels past the portico into the city and waved for me to follow him into the agora.

'What do you think happened in the agora, Professor?'

'It must have been the market place, and perhaps the site of political discussions.'

'There's a raised marble platform over there, the speaker's platform,' Ibrahim said. 'Who do you think spoke there?'

'The politicians?'

'The auctioneer. He auctioned the goods brought from the East. When the goods were sold, and when the travelers had purchased supplies, they watched a show in the theater and then, around midnight, they exited the city under the arch and set out for Damascus or Apamea.'

By the time Ibrahim left me I could hardly hear myself think. Though I was alone in the moonlight, the ancient caravan city of Palmyra had come to life around me. I saw the caravaners laughing and clapping each other on the back as they thronged out of the theater, I saw them at their last minute errands in the candlelight of the colonnade, I imagined how they collected the animals grazing just beyond the walls, loaded their heavy wool rugs, and mounted their camels. I felt the pulse of a living city. It had never before occurred to me to think of those who inhabited those cities, to consider the urban agglomerations themselves as living organisms.

The legal norms as we find them in the codes are the arteries and squares of the city — the forum, the *decumani*, the *cardines*, the entire centuriation grid. The facts and the circumstances of the cases are the stones scattered over the archaeological site. Our job is to use the law and the facts to bring the transaction to life, to imagine how it was lived and breathed by human beings like ourselves. For that task we need the law and the facts, but also our imagination. Law is an art, like writing and painting, a creative activity. The law is an art, and we should respond as artists when someone criticizes us for not following the rules.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ZHIPILING LIANG (*)

LAW, POLITICS AND SOCIAL CHANGE: CODIFICATION IN CHINA SINCE 1902

1. On May 13, 1902, the Guangxu Emperor (reign, 1875-1908) issued an imperial edict which appointed Shen Jiaben and Wu Tingfang special officials in charge of revision of laws and asked them to "carefully reconsider and revise all the statues and sub-statutes in force according to the situation concerning foreign affairs and in reference to the laws of the foreign countries in order to have the laws of the empire recognized by foreign countries and benefit governance" (1). In the following years, a Commission for the Codification of Laws was set up (1904) whose function included investigation of the legal institutions in western counties, the translation of foreign codes and treatises on law, and the drafting new codes; in 1906, a law school was initiated, in which two Japanese experts were invited to teach. Finally, a series of western-style codes were drafted though few of them were promulgated and enforced by the collapse of the Qing dynasty in 1911 (2).

These events, of course, constitute the main contents of the legal reform on a large scale in the late Qing, and they also represent the

---

(*) Zhiping Liang is Professor of Law, Institute of Chinese Studies, Chinese Academy of Arts, Beijing, China.

The Author wishes to express his thanks to Professor William P. Alford of the Harvard Law School for his reading and polishing the draft. He would also like to thank Professor Luigi L. Vallauri of Florence University for his comment on the paper at the conference "Codes: A Reflection on Codification at the End of Millennium", October 26-28, 2000, Florence, Italy.

(1) About the imperial edict, see SHEN JIABEN, "Shanchu lvli nei zhongfa zhe" in Jiyi wencun, Vol. 1, in Lidai xingfa kao, vol. 4. Beijing: Zhonghua shuju [China's Press], 1985.

(2) See LIANG ZHIPING, *Falvshizhengzhuyi zai zhongguo* ["Legal Positivism in China"], in Zhongguo wenhua [*Chinese Culture*], 1993, Vol. 8, at 147-164.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

beginning of the legal modernization movement in China, which was characterized by both legal transplantation and so-called codification whose effects are carried into contemporary China. This leads to the question of what has been the role of legal reform since that time?

Looking back to the process in the early stage of the movement, one may ask the following questions. Under what circumstances did the above events arise? What were the main goals of the legal reform? Why was codification chosen as the proper way of the legal reform in China? Is the new codification a continuation of an indigenous tradition with a long history, or is it a revolutionary change that interrupted that tradition? What were the results of the codification process? Or in a broad sense, what has been the role of the legal reform in historical and social development since then? The investigation of those questions forms the core of this paper.

The paper is divided into two parts. In the first part, it will briefly describe the process of codification since the late Qing while the second part tries to evaluate the implications and significance of the codification by comparing and analyzing the different legal traditions and their encounter. The codification in China, on the one hand, can be reasonably seen as a part of the codification movement originally initiated in the western countries in 18 century, but on the other hand, it also had its own sources and peculiar problems, some of which confront Chinese society even today. In view of this duality of the codification in China, the investigation will, I hope, not only throw light on some crucial aspects of legal modernization in China, but also deepen our reflection on the world-wide codification movement itself.

2. The process of codification in modern China can be basically divided into two periods. The first period started in the late Qing and ended in 1940s, including three stages and spanning the last dynasty of the empire and the Republic. The second began in 1949, also taking different stages, and is in its high tide today. Now let us take closer look at this process.

From the issue of the imperial edict about legal reform to the collapse of the Qing dynasty, the first stage of the first period was less than ten years, but it was during this period when the foundation of Chinese modern legal system was laid. In addition to the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

systematic introduction of western law into China and creation of modern legal education, China had established its own modern legal system based on the western model for the first time. The codification includes, among many other separate laws and regulations, some basic codes such as constitutional laws (promulgated in 1908 and in 1911), the Current Criminal Code (promulgated in 1909) and New Criminal Code (promulgated in 1910) ([3]), Civil Code Draft (completed in 1911), Commercial Code Draft (completed in 1909), Criminal Procedure Law Draft (completed in 1910) and Civil Procedure Law Draft (completed in 1910) ([4]). Though the most of those codes just remained in draft, which were not mature to be promulgated and enforced by the end of the Qing dynasty, the codification itself, as the first step in the legal modernization movement, had greatly influenced legal development from then on.

The revolution in 1911 overthrew the old regime but inherited the legal achievements. According to a decree issued by Provisional President Yuan Shikai on March 10, 1911, all the previous laws in force, including the New Criminal Code, except the clauses conflicting with the new Republic were still valid and to be observed temporarily since the laws of the Republic had yet to be made and promulgated ([5]). In fact, the codification initiated in the late Qing was consciously continued by the new government of the Republic. Though the political situation was quite turbulent during its first 15 years, important progress was made in this period. It suffices here to mention three things: (1) a new legislative organ, with different names in its first years (known as Law Revision and Law-making Association from 1918) was set up once the Republic was estab-

([3]) Contrasted to the New Criminal Code which was based on the western model but never put in effect, the Current Criminal Code was traditional style though it was revised in order to adapt to the specific situation in the late Qing. It could be pointed out by passing that the parts of the Current Criminal Code concerning "civil affairs", according to a decree of the Republic (see note 5), continue to be valid during the early period of the Republic.

([4]) For the details of the process of drafting and the contents of the codes, see YANG HONGLIE, Zhongguo falv fada shi [*The Development of Chinese Legal History*], ch. 26, Shanghai: Shangwu yinshuguan [The Commercial Press], 1930.

([5]) See "Linshi dazongtong xuangao zhanxing yuanyong qianqing falv ji zhanxing xinxinglv wen", in Linshi gongbao [*Provisional Bulletin*], March 11, 1911.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lished in order to continue the codification started in the late Qing (6); (2) a nation-wide investigation of civil and commercial customs applied under direction of the Department of Administration of Justice of the Beijing Government and the materials were compiled later into a pendictist framework, which was the main reference for the law-makers (7); and (3) two draft amendments to the Criminal Code (8), a series of drafts of civil and commercial law were finished by the time the Nanjing Government established itself in 1927 (9).

With the process of unification under the Nanjing Government, the codification quickened. First, the new government was divided into five bodies, in which the legislative body had overall authority on legislative issues. Second, the Three Principles of the People (i.e. Nationalism, Democracy and People's Livelihood that was put forward by Dr. Sun Yat-sen) was taken not only as the founding principle of the party-state but also as guide for the legislation. In the following years, the Constitution (1928-1931), the Civil Code (1928-1931), the Criminal Code and its revision (1928-1934), the Criminal Procedure Code (1928-1929), the Civil Procedure Code (1928-1931) and a number of statutes in the fields of labor, land and

---

(6) According to the specific regulation, the function of Falu biancha hui or Xiuding falu guan is to investigate and compile criminal and civil laws. See YANG YOUJIONG, Jindai zhongguo lifa shi [*The History of Legislation of Modern China*], p. 325. TAIBEI: Shangwu chubanshe [Taiwan Commercial Press], 1966.

(7) Although the investigation of local customs was also initiated in the late Qing, it was in the Republic period that the investigation was effectively conducted and completed. The result of the investigation is Minshangshi xiguan diaocha baogao lu [*The Investigation Report of Civil and Commercial Customs*] issued by the Department of Administration of Justice in 1930. (Taibei: Jinxue shuju [Jinxue Press], 1969). For the details, see HUANG YUANSHENG, Minchu falv bianqian yu caipan [*The Legal Changes and Judicature in the Early Republic*], pp. 373-385. Taibei: Guoli zhengzhi daxue [National University of Politics], 2000. As to the uses and evaluation of the *Report*, see LIANG ZHIPING, Qingdai xiguanfa: shehui yu guojia [*The Customary Law in the Qing Dynasty: Society and State*], Beijing: Zhongguo zhengfa daxue chubanshe [China University of Political Science and Law Press], 1996.

(8) This Criminal Code was directly based on the New Criminal Code of the late Qing.

(9) As to the details of codification in this period, see YANG HONGLIE, Zhongguo falu fada shi [*The Development of Chinese Legal History*] ch. 27 and YANG YOUJIONG, Jindai zhongguo lifa shi [*The History of Legislation of Modern China*], ch. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the administrative law were drafted, completed and promulgated one after another (10). So, the three decades after the initiation of the codification in the late Qing, a modern legal system based on so-called Six Codes (Liu Fa) had been established. However, a dramatic turn occurred at this moment just as the enterprise of the codification seemed to have gained a remarkable achievement.

3. After an extremely hard and ruthless struggle for several decades, the communists successfully drove the Kuomintang government from the mainland and established the People's Republic of China in 1949. An instruction issued by the Central Committee of the CCP in February 1949 explicitly abolished the whole legal system established by Kuomintang (Liu Fa Quanshu) and replaced it with Communist guiding principles, laws, orders, regulations, decisions and even policies (11). This demonstrated the determination of the new regime to break with all previous laws, be they "feudal" or "capitalist". The underlying ideology can be seen in the same document. It said that "law is so-called state ideology that is publicly enforced through force by the ruling class. Law, just like the state, is no more than a tool that is to protect particular interests of ruling class". As a reflection of the people's will and protection of people's interests, socialist law is believed to have nothing to do with any kind of old law that reflects the will of this or that exploiting class. Accordingly, the establishment of a socialist legal system meant an absolutely new era characterized by a rupture with all sorts of tradition, except its own.

Although the Chinese Communists had made, promulgated and implemented their own laws and regulations in the limited area they controlled before they came to national power, and although some important laws such as Land Reform Law (1950), Marriage Law (1950) and constitutional laws (1949, 1954) had been enacted and

(10) See YANG YOUJIONG, Jindai zhongguo lifa shi [*The History of Legislation of Modern China*], ch. 32; ZHU YONG, (ed.) Zhongguo falv tongshi [*A General History of Chinese Law*], Vol. 9, ch. 25. Beijing: Falv chubanshe [Law Press], 1999.

(11) See GUO DAOHUI, (ed,) Dangdai zhongguo lifa [*The Legislation in Contemporary China*], pp. 388-389. Beijing: Zhongguo mingzhu fazhi chubanshe [China's Democracy and Law Press], 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

applied in the first years after the new regime came into being (12), the Communist did not look to law in the sense of a rule of law until recently. In the first ten years of the new regime, the party launched many campaigns and movements, which covered nearly all aspects of life. There were, just to name some of them, the Land Reform Movement, the Suppression of Counterrevolutionaries Movement, the "Resist-America Aid-Korea" Movement, the "Three-Anti Movement, the "Five-Anti" Movement, the Judicial Reform Movement, the Fulfillment of the "Marriage Law" Movement, the Thought Reform Movement, the Elimination of Counterrevolutionaries Movement, the Socialist Transformation Movement, the "Hundred Flowers Bloom and Hundred Schools of Thought Contend", the Rectification and Anti-Rightists Movement, the Great Leap Forward, etc (13). The goals of these campaigns and movements were never to build a country under legal governance and the ways they developed were even countered legality although a few separate laws and regulations were enacted in the movements. It was a time when legality was disregarded, the authority of law (if there was any) was lost and even the need for law was not appreciated. In the notorious movement known as Cultural Revolution that lasted over ten years, law schools were completely closed, the legal profession was disbanded and the functions of judiciary were reduced to policing (14). Not surprisingly, there was little progress in legal development in this whole 30 year period that largely consisted of successive campaigns and movements.

A meaningful change came at the end of 1970s when the failure of the politically radical experiment was felt and, in a sense, recognized. Establishment of a legal system was set up as an important goal

---

(12) About these and other laws and regulation enacted in this period, see LASZLO LADANY, *Law and Legality in China*, pp. 56-61. Honolulu: University of Hawaii Press, 1992. More details, see GUO DAOHUI (ed.) Dangdai zhongguo lifa [*The Legislation in Contemporary China*], pp. 393-396.

(13) Based on his personal experience, Chow Ching-wen records, describes and analyzes these movements in his reminiscence-style book, *Ten Years of Storm*, trsn. by Lai Ming, New York: Greenwood Press, 1973.

(14) According to the prevailing division of the period, the enterprise of the legislation stagnated from 1957 to 1966 and was disrupted severely in the period of 1966-1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of the new era and an essential part of the whole scheme of Reform and Openness. From the beginning of 1980's on, the National People's Congress and its Standing Committee have made and promulgated more than 300 laws and legal decisions, which include, to mention the basic ones, Constitution (1982, Amendments, 1988, 1993 and 1999), Criminal Law (1979, revised, 1997), Criminal Procedure Law (1979, revised, 1996), Sino-foreign Joint-Venture Law (1979, revised 1990), Marriage Law (1980, revised, 2001), Economic Contract Law (1981, revised, 1993), Civil Procedure Law (1982, 1991), Trade Mark Law (1982, revised 1993), Patent Law (1984, revised, 1992), National Regional Autonomy Law (1984), Foreign Economic Contract Law (1985), Inheritance Law (1985), General Principles of the Civil Law (1986), Foreign Enterprise Law (1986), Technique Contract Law (1987), Sino-foreign Contract Joint-Venture Law (1988), Administrative Litigation Law (1989), Basic Law of Hong Kong Special Administrative District (1990), Copyright Law (1990), Consumer Rights Protection Law (1993), Corporation Law (1993), State Compensation Law (1994), Administrative Penalty Law (1996) and Contract Law (1999) etc. (15). It is interesting to note that the most basic laws among the above, such as constitutional law, criminal law and criminal and civil procedural laws, have taken the form of codes while the promulgation of a Civil Code is a goal that the legislators and jurists are now pursuing. In short, after so long interval of legislation and codification, Chinese legal reform is returning to the enterprise initiated a hundred years ago and taking the way that seems most natural, namely, codification.

4. The codes made during the late Qing legal reform are usually referred to by legal historians as "new-style codes". After all, the traditional codes whose original model known today can be traced back to the Tang Code in eighth century are a sort of comprehensive compilation of law characterized by prohibitions with punishment.

(15) There are much more regulations, rules and ordinances enacted by the State Council and local People's Congress. About the development of legislation during this period, see GUO DAOHUI (ed.) Dangdai zhongguo lifa [*The Legislation in Contemporary China*], vol. 2, "Dangdai zhongguo lifa de fazhan" ["The Development of the Legislation in Contemporary China"].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The divisions and classifications, which modern jurists are familiar with, such as pubic law and private law, substantial law and procedural law, criminal law and civil law, did not exist in traditional Chinese law. More importantly, the ideas and principles underlying those codes are quite different from the ones dominating the western-style law that were imitated by Chinese at the time. However, the traditional and modern compilation of law are both termed code in English and Fadian (code) in Chinese. The application of the word code or Fadian in those different occasions seem to indicate a certain continuity of tradition in modern era as well as some similarity between western law and Chinese legal tradition. It may also help to explain why the codification rather than other method was chosen by Chinese legal reformers as a proper and seemingly natural way to develop its modern legal system when it decided to transform its legal system in term of this or that western-style model. So the implication of the word code becomes important.

It was said that the most celebrated system of jurisprudence know to the western world, begins with a Code, the Twelve Tables (16). Indeed, the legal science and legal practice, including the codification, in the ancient Rome had an extremely deep and overarching influence on the formation of western legal tradition so that the codification movements in eighteenth and nineteenth century could be seen as the culmination of many centuries of European legal evolution. Nonetheless the codes emerging from the modern codification like *Code civil des Francais* of 1804 definitely "marked a decisive break in the gradual evolution of the law" (17). What makes those new codes distinct from the previous compilation of law or "codes" partly concerns the language and structure of the code itself. As Professor Caenegem has pointed out "a true codification is an original, exhaustive regulation of a particular area of law (for example, civil law or civil procedure). Furthermore, the drafting of a code involves a coherent programme and a consistent logical structure. The language of a modern code ought to be accessible to

(16) See HENRY S. MAINE, *Ancient Law*, p. 1. New York: Charles Scribner &Co., 1867.

(17) R. C. VAN CAENEGEM, "*An Historical Introduction to Private Law*", p. 1, trans. by D. E. L. Johnston, Cambridge University Press, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all and, as far as possible, free from archaisms and technical professional jargon" (18). The codification or the code in the strict sense also involves a particular historical belief and legal ideology: the belief in reason and its role in historical progress and the ideology that conceive the codification as an embodiment of the reason as well as an instrument of social reform and progress. "In the eighteenth century", Caenegem wrote, "insistent demand for codification were expressions of a desire for innovation and progress, rather than of a hope that the existing legal order would be compiled and ordered" (19). The codification movement initiated in eighteenth century thus was absolutely modern and extremely important in that it remolded the idea of law, transformed legal science, changed the role of law in society, established a new identity of national law as well as the nation-state, and determined legal evolution from then on. It is this kind of law that China encountered during the late Qing and tried to imitate in its legal reform.

At first glance, traditional Chinese codes, as they are usually called, are a somewhat counterpart of compilation of law in the pre-modern West. But a close examination from a western jurisprudential perspective reveals that they defy easy classification by western legal scholars (20). For example, they are not simply a sort of "criminal law" though they seem close to that part of Western law since they contain prohibitions with physical punishment. Nor they are an abstract system of rules that deal with many concrete fact situations, real and imaginative, systematically and coherently. Rather, they are a collection of orders issued to officials by the emperor, aiming at maintaining the imperial as well as social order as a whole. As a result, the contents of the traditional codes are arranged in terms of subjects of administration and even divided into chapters that directly correspond to the administrative departments in order to facilitate the administrative management. In fact,

(18) Ibid. p. 12.

(19) Ibid.

(20) Professor WILLIAM C. JONES, an expert of the Qing law, frankly admitted this perplexity in the studies of Chinese legal tradition. See WILLIAM JONES, "Studying the Ch'ing Code — The Ta Ch'ing Lu Li", in *The Journal of Comparative Law,* 1974, pp. 330-365.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

there were no such things as distinction between law and administration, as those terms are generally understood in the West today. All behaviors are measured in the same scale, which stressed morality, social interests and political values, and dealt with in a centralized and hierarchical bureaucratic system (21). Then, what is the relevance of this legal tradition to the western-style code and the codification in the late Qing legal reform? To answer this question requires us to go beyond such things as technical methods of compilation of law and even legal domain itself, and step further into a more complicated situation in which law functions as a part of political change and social transformation.

5. The late Qing legal reform was a direct response to foreign extraterritorial jurisdiction in China at the time. One reason why China wished to reform its legal system and bring it into accord with that of western nations was, above all, the leading western powers and Japan promised to surrender their extraterritorial rights "when the state of the Chinese laws and the arrangements for their administration warrant us in so doing" (22). It is not, however, the only important reason for the legal reform, otherwise it would be hard to explain the current legal reform that is now continuing. The deeper, as well as more important, impetus to the legal reform has been to make China prosperous and strong. A western style legal system, rather than traditional law, was believed to be necessary for accomplishing this hard task. Why had a small country like Japan, who had followed and imitated Chinese model in the past, become admirably strong in such a short time? The answer was that Japan adopted western law and poured her energy into the laws (23). So China had

(21) The essential feature of the Chinese legal system was that "law was an aspect of administration". See WILLIAM JONES, "Studying the Ch'ing Code — The Ta Ch'ing Lu Li", p.339.

(22) WANG CHUNG-HUI, "Law Reform in China", in *The Chinese Social and Political Science Review*, 1917. Mr. Wang was the Chairman of the Codification Commission of the Chinese Government and the head of the Ministry of Justice of the Beijing Government. The paper was read before the Annual Meeting of the Chinese Social and Political Science Association on March 30th, 1917.

(23) SHEN JIABEN, the Commissioner of Revision of Laws, explicitly expressed this opinion, see GUO CHENWEI AND TIAN TAO, "Luomafa dongjian yu zhongguo jindai minfa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to follow Japan's model and do the same thing in order to become prosperous and strong. The fact that China respected Japan as a model as well as an intermediary with the West in the legal reform, indeed, influenced the choice of legal example in the late Qing legal reform since Japanese successful legal reform after Meiji Reform is characterized by codification. But it is obviously not the only reason for China to do so.

In the first years of the legal reform, the Commission for the Codification of Laws translated a number of codes, regulations and legal treaties of western countries, including the US's (24). Even more than that, the general principles of English company law were adopted in the draft of commercial law in 1904, and the Anglo-American practice of cross-examining witnesses by counsel was introduced into the Code of Civil and Criminal Procedure drafted in 1906 (25). But finally, instead of following the common law tradition, China built its modern legal system on the base of the civil law tradition. The reasons for this, in Mr. Wang Chung-hui's opinion, are two. First, Anglo-American law emphasized the individual as against family while the Continental system inherited something of the old Roman *familia*, which is compatible with the Chinese traditional value of family. Secondly, "to imitate a law, developed by judicial interpretation is difficult, if not impracticable. It is easier to adopt a ready-made system of comprehensive rules clearly and concisely set forth section by section" (26). Another reason that is relating to the latter is timing. The need for abolishing extraterritorial jurisdiction and making China prosperous and strong were so important and urgent that there was little time left to China to develop a modern legal system at that particular moment in a way

---

xingcheng" ["The Spread of Roman Law towards the East and the Formation of Chinese Civil Law"], p. 184, in YANG ZHENSHAN and SANDRO SCHIPANI (ed.) Luomafa, zhongguofa yu minfa fadianhua [*Roman Law, Chinese Law and the Codification of Civil Law*], pp. 179-192. Beijing: Zhongguo zhengfa daxue chubanshe [China University of Political Science and Law Press], 1995.

(24) Shen Jiaben listed more than 30 laws, regulations and treaties translated and being translated in his memorial to the throne. See Liang Zhiping, "Falv shizhengzhuyi zai zhongguo" ["Legal Positivism in China"].

(25) See WANG CHUNG-HUI, "Law Reform in China".

(26) Ibid.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

that either the common law or the Continental law, in a sense, developed. As a matter of fact, there was hardly such a possibility for China. After all, the legal system that the late Qing government was trying to build did not grow from inside society, but, instead, was imported from outside. This particular situation determined that the legal reform was conducted from above and that centralized political authority would play a leading role in the reforms.

The occurrence of the codification movement in the European countries in the eighteenth century was partly the result of the existence of centralized political authority. However, the process of the codification and the application of the codes nation-wide, in turn, strengthened political authority. This also was the case for China. The difference is that China has a long history of the centralized political authority and the tradition of compilation of laws under it. And more importantly, making the state prosperous and strong, which implied a powerful and centralized political authority that was expected to accomplish the reform and save the nation from doom, was itself the primary goal at the time and legal reform was conceived as an essential part of the project. The codification is probably the only choice that both fit China's political and legal tradition and was effective in pursuing the social and political goals that were urgent at the time since the process, regardless of the concrete contents of the codes, could guarantee centralization of the political power, be that of the Manchu dynasty or the Republic government, and keep reform under control. Here we touch the crucial point of the legal reform and social change, that is the concurrence and entanglement of nation-state building, transplantation of a modern legal system and a planned modernization movement.

6. In the first two decades of the twentieth century, with the introduction and spread of western thought and ideology such as the theory of evolution, the ideas of progress and revolution, the concepts of science and democracy, the project of codification and the process of nation-state building eventually attained some new ideological justification that is even more meaningful than the utilitarian one. Now learning from the West was believed as not just a passive response to certain foreign demands, and even not just to save the nation from extinction, but a necessary step to change the old and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

backward society and lead China into an advanced and progressive historical stage. In this great transformation of society, the emerging state, a modern nation-state armed with new institutions and ideologies was expected to play a crucial role. It would make a blue-print for social development, initiate the reforms, spread the new knowledge, educate the people, get rid of backward habits and customs, make regulations and enforce laws, etc. A duality of state vs. society arose from this situation, of which the former is new, advanced and the initiator of the reforms and movements, and the latter the object of transformation. The laws, now the monopoly of the state, served as both the legitimate symbol of the state and the normative model for society. By using the laws as a powerful weapon, the new state would be able to legitimize its governance, carry out its will, and realize the social progress and the project of reforming the society.

The progressive nature of the state and its laws caused an obvious tension between the new and advanced codes and the old society. So a basic problem was: What is the proper distance between those two if the "lead legislature" is inevitable? What is the relevant criterion by which the "step" of the new law can be measured and justified? There are basically two main sources that can be drawn for the purpose. One is the latest achievement in the world, which, in Chinese context, often means the most scientific and progressive. Another is the "national conditions" or "Chinese characteristics".

In his memorial to introduce the Qing Draft Civil Law (1911), "a slightly reorganized translation of the *BGB*" ([27]), Yu Liansan, Grand Commissioner for Codification, listed the principles for drafting the code, which included being in accordance with the most universal principles in the fields like sale, interest rate and prescription; adoption of the latest legal development and refined principles

([27]) EDWARD J. EPSTEIN, "Codification of Civil Law in the People's Republic of China: Form and Substance in the Reception of Concept and Elements of Western Private law", in *U. B. C. Law Review*, Vol. 32:1, 1998, pp. 153-198. In addition to the dominance of the *BGB*, the draft code is also subject to the influence of Swiss Civil Code and Japanese Civil Code. See PAN WEIHE, Zhongguo lici minlv caoan jiaoshi [*Comparison of the Drafts of Civil law of China*], pp. 23-26. Taibei: Hanlin chubanshe [Hanlin Press], 1982. Pan's book contains the texts of first draft of civil code accomplished in the late Qing and the second draft of the civil code in the Republic period.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of law regarding legal person and debts in land; and maintenance of the classics, current institutions and morality most suitable to China's people with regard to kinsfolk, marriage and inheritance (28). Nearly two decades later, the new Civil Code of the People's Republic, another slightly reorganized translation of the *BGB* and Swiss Civil Code, was cheered as a perfect blend of the latest legal thought and legislation in the West and the original national psychology of China (29). Then, what made Chinese legislators and jurists believe that German model could serve for that purpose perfectly? Wang Chung-hui mentioned, as we saw above, the respect for family of the Continental system as a reason why China chose this tradition rather than the Anglo-American system. Yet there was surely more to Chinese emulation of the German model than that.

Compared with the Chinese tradition, the basic principle throughout new laws was no doubt individualistic and rights-based in its focus. Indeed, the individual liberation from traditional family and society also formed an important element of the new culture movement in 1910s and 1920s. Nonetheless, the urgent and dominant subject at that time was not so much enlightenment as saving the nation from extinction. What can individuals do if the state is weak, the society is poor and the nation can not survive? The main message of Sun Yat-sen's Three Principles of the People is its emphasis on "society", rather than individuals (30). And this is true of legislation in the period (31). According to Hu Hanmin, the head

---

(28) YU LIANSAN, "Xiuding falv dachen Yu Liansan deng zhou bianji minlv qiansanbian caoan gaochen shance chenglian zhe", Qingmo choubei lixian dangan shiliao, Vol. 2. Beijing: Zhonghua shuju [China's Press] 1979.

(29) See WU JINGXIONG (John Wu), "Xin minfa he minzuzhuyi" ["The New Civil Code and the Nationalism"], in Falv zhexue yanjiu [*The Study of Legal Philosophy*], cited from Li Da, Falixue dagong [*A Program of Jurisprudence*], p. 10-11. Beijing: Falv chubanshe [Law Press], 1983.

(30) The Three Principles of the People are Nationalism, Democracy and the People's Livelihood. It is interesting to note that the second principle in Chinese is read as Minquan, which is also the translation of "civil rights". The choice of democracy, rather than civil rights, as the translation of Minquan is meaningful.

(31) See YANG YOUJIONG, Zhongguo jindai minfa shi [*The History of Legislation of Modern China*], pp. 372-374.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of the legislation branch, the first principle of the legislation is social security, the second one is the economic development and the third is the adjustment and balance between various social interests (32). He further explained that the aim of the law is the common good of the whole society or the whole nation. The law ought to be able to protect the interests of social groups, and private ownership, indeed, depends on the social life and survival of the nation (33). Surprisingly, the emphasis on the society was found in the latest legal development in, for example, *BGB* and Weimar Constitution. The latest tendency, it was said, was that the rights-based idea prevailing in eighteenth and nineteenth centuries now had transferred to a new duty-based idea, which reintroduced state interference in order to restrict the use of private rights for social interests, and that the individualist oriented law and idea were being replaced by so-called society oriented legal thoughts (34). However, in contrast to Weimar Constitution, the emphasis on the common good and social interests as a whole here seemed to open a way to the statism. The state, again, come to the front of the stage.

7. Actually, the state has been always standing at center-stage. Although the constitutionalism movement had never ceased since the late Qing and the Nationalist Government had made a great effort in drafting the new constitution, the condition for the constitutional governance in China had never been thought of as being mature in the whole period. The reason is quite simple: people were not ready to accept constitutional governance and still needed to be educated. It is the party that could protect, cultivate, instruct and guide them and lay a deep foundation for constitutional government before the time come. Here the people were likened to a baby and

(32) See HU HANMIN, "Sanminzhuyi zhi lifa jingyi yu lifa fangzheng" ["The Spirit and Principles of the Legislation of the Three Principles of the People"], cited from Zhang Guofu, Zhonghuaminguo fazhi jianshi [*The Concise History of Law of the Republic of China*], Beijing: Beijing daxue chubanshe [Beijing University Press], 1986.

(33) HU HANMING, "Minfa wuquan de jingshen" ["The Spirit of Property of the Civil Law"], in FAXUE WENXUAN [*Selected Essays in Jurisprudence*], Huiwentang xiji Press, 1935.

(34) See PAN WEIHE, Zhongguo lici minlv caoan jiaoshi [*Comparison of the Drafts of Civil law of China*], pp. 46-51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the party a baby sitter ([35]). Law, of course, is one of the important instruments by which the party/state educates the people and reforms the society. Unfortunately, there was little time and little stability within which the Nationalist Government might finish its political, social and legal experiment in mainland China before it was driven to Taiwan.

In 1949, the Chinese Communists came to power and announced the birth of a new Republic. One of its first acts, as we saw above, was to abolish all of its predecessor's laws. The action, however, should not lead us to believe that the Communist Party and the state, as they declared themselves, had nothing to do with the Kuomintang reactionary regime and all other political power serving for the interests of exploiting class in the history, simply because the CCP represented the interests of the proletarian class and broad masses of the working people. The life-and-death struggle between the two parties only tells one side of the story. As matter of a fact, those two sworn enemies share, to varying degrees, many things from the techniques of governance to revolutionary ideas. Both attack tradition and worship the modern; both believe in science and historical progress and revere those as the goals they pursue as well as excuses to justify their actions. And more importantly, perhaps, they both were the results of the same social change and responding to the same challenges. They both were keen to save the nation from the crisis, wipe out the national disgrace, build a strong nation-state, unify the country, educate the people, reform the society and bring China into a prosperous and bright future. The difference between the two, among other things, is that the ways the Communists used to achieve those goals were much more radical and harmful than its predecessor's.

The first and provisional constitution, The Common Programme of the Chinese People's Political Consultative Conference, was passed in the same year the new Republic was established. A formal Constitution was promulgated 5 years later. From then on, other three Constitutions have come out successively, but none of

([35]) See SUN KE and HU HANMIN, Xunzheng dagong tian shuomingshu, in Yang Youjiong, Jindai zhongguo lifa shi [*The History of Legislation of Modern China*], pp. 346-352.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

them has functioned in the same way as a constitutions in liberal democratic country. The basic difference is that the Party has never intended to be bound by the Constitution, let alone other laws. On the contrary, the constitution is no more than an expression of the Party's policy and an instrument for realizing the party's political goals (36). That is why the preface of the constitution has always been key and the constitutions made in the different periods may varied greatly (37).

We have mentioned the Land Reform Law and Marriage Law enacted and applied in the beginning of 1950s. Though those documents were and could be called law properly, they did not operate as law usually does elsewhere. The aim of the land reform, according to the Land Reform Law, was "to confiscate the land of the landlord class and distribute it to the landless poor peasants. Thus, the landlord class may be eliminated from Chinese society and the feudalistic exploitation land ownership system changed into a system under which only the peasants own the land" (38). The method the Party used to achieve the goal, however, was not so much legal as it was political violence. Even the Party leaders made no attempt to conceal the truth. Just as Liu Shaoqi, the second man in the Party hierarchy said: "Land reform is an organized violent struggle. We rely on peasants and hired agrarian workers to destroy the feudal exploiting system" (39). The land reform movement was declared successful in 1953. As a result, the Party got what it wanted, that is, "to create class struggle, to eliminate the influential

(36) That is why the communist Constitutions of China was ironically called by a western scholar as "a program seeking unlimited government". ROGER PILON, "A Constitution of Liberty for China", in *China in the New Millennium: Market Reform and Social Development.* CATO Institute, Washington, D. C., p. 355.

(37) One can find a useful description of the general history of the Constitutions and the changes between them in GUO DAOHUI (ed.) Dangdai zhongguo lifa [*The Legislation in Contemporary China*] pp. 446-490.

(38) Cited from CHOW CHING-WEN, *Ten Years of Storm*, p. 97.

(39) Cited from LASZLO LADANY, *Law and Legality in China*, p. 58. In his book about Chinese village, C. K. Yang, based on his personal observation, recorded the process of Land Reform in a small village in south China, and analyzed the profound and comprehensive impact of the Land Reform on social institutions, structure and daily life in rural society. See C. K. YANG, *A Chinese Village in Early Communist Transition.* The MIT Press, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

landlord class and to win over to their side the numerous poor people" (40) while the mass of peasants were distributed a piece of land temporarily (41). The price was terribly high. In a conservative estimation by Mr. Chow Ching-Wen, who experienced the movement personally, at least two million people were killed and terrorized into committing suicide during the early years of the PRC (42).

The application of the Marriage Law, in which marriage and the family were regulated on western lines (e.g. equality of men and women, monogamy and individual autonomy in marriage affairs) (43). was another movement paralleling the Land Reform movement. In 1950, the Government Administration Council issued a directive in connection with Marriage Reform which said, "Marriage Reform is not only the task of the courts and local women's organizations, but also of schools, youth leagues, unions and cultural organizations. Large-scale complaint meetings must be held to expose those marriages which do not comply with the provisions of this new Marriage Law. The Reform must be carried out in co-ordination with the Land Reform Movement and the same methods must be adopted" (44). The Marriage Law was called the Divorce Law among the people since the couple married in the old ways were agitated and even enforced to divorce (45). Those who refused were treated as counter-

(40) CHOW CHING-WEN, *Ten Years of Storm*, p. 98.

(41) The pieces of land the peasants got in the land reform, along with many other customary rights they had had for hundreds years, were deprived soon in the following socialist reform movements.

(42) There is vivid description of the land reform movement in Chow's book. See CHOW CHING-WEN, *Ten Years of Storm*, pp. 95-106.

(43) It is worth noting that the Marriage Law differs little from the Family Law of the Nationalist Government, promulgated in 1930 in Section 3 of the Civil Code. See LASZLO LADANY, *Law and Legality in China*, p. 59-60. In fact, the similarity of legal principles reflects a broader tendency in social and cultural change since the late Qing in general, and a continuing effort to liberate individuals from family and seek equality between sexes in particular. See C. K. YANG, *The Chinese Family in the Communist Revolution*, pp. 10-21. The MIT Press, 1974.

(44) Cited from CHOW CHING-WEN, *Ten Years of Storm*, p. 145.

(45) See Laszlo Ladany, *Law and Legality in China*, p. 60. According to Chow, the divorce cases amounted to millions at the time. More empirical investigation and analysis can be found in C. K. YANG, *The Chinese Family in the Communist Revolution*, pp. 67-85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

revolutionaries and many women were handed over to the village militia. Many men, the heads of the family and husbands, also became victims of the movement. Again, in Chow's estimate, the total number of deaths all over the country for which the Marriage Reform was responsible must have amounted to hundreds of thousands (46). The family had been the basic unit of the traditional society in both a cultural and sociological sense. So it was not surprising that the Marriage Law became one of the first laws that the Party-state promulgated and implemented. By destroying the traditional family and the values it cultivated in the Marriage Reform and following movements, the Party successfully and harmfully "liberated" individuals from old and "feudal" family and completed an important move to build a party-state free of society (47).

8. As a great and revolutionary event, the codification movement in European countries has broad and profound significance in the development of law, society and legal science. The rise of legal positivism is one of consequences of the movement. From then on, a positive system of rules of nation-wide, whether they are orders issued by the sovereignty or the union of primary and secondary rules (48), has replaced the role of natural law and become the basic object of the legal studies.

The late Qing legal reform began with transplanting a western-style positive legal system. Not surprisingly, a sort of legal positivism, as a idea of law as well as a method of legal science, was transplanted into China with the codification process. Here we may find one more reason for China's reception of the codification since the traditional method of legal studies named *lvxue* is somewhat close to the positive method (49) and, more importantly, a legal attitude and

(46) See CHOW CHING-WEN, *Ten Years of Storm*, pp. 144-146 and LASZLO LADANY, *Law and Legality in China*, pp. 59-61.

(47) Sociological analysis of the process in shifting center of loyalty, see C. K. YANG, *The Chinese Family in the Communist Revolution*, pp. 166-182.

(48) See H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1967.

(49) I have compared and analyzed the lvxue, China's traditional method of legal studies, and the legal science developed basically since, in a sense, the twelfth century in the West. See LIANG, Zhiping, Xunqiu zhiran zhixu zhong de hexie: zhongguo chuantong falv wenhua yanjiu [*Searching for Harmony in the Natural Order: A Study of Chinese*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

method that stressed the positive nature of the law could both conform with China's traditional concept of law (50) and correspond to the particular needs for nation-state building at that time.

The significance of the introduction of a sort of legal positivism into China can be understood, at least, on both ideological and methodological levels. At the first level, an idea of unity of legal order and an ideology of legal centralism has been claimed and insisted in legal development so that the goals of nation-state building and establishment of a modern legal system nation-wide could be attained. With the growth and stretch of centralized political power in the grass-roots society, formal law had tried to build its monopolist control over the whole society, though there was certain interruption in the process (51). So the local police stations and courts began to be set up in the countryside; local customs were investigated, gathered and interpreted in judicial practice in order to be put into a national, as well as positive legal framework (52). One of the manifestations of legal positivism was that, on the one hand, law was explicitly defined as the will of the ruling class supported by the state force (53) and, on the other hand,

---

Traditional Legal Culture] (revised version), pp. 307-325. Beijing: Zhongguo zhenfa daxue chubanshe [China University Political Science and Law Press], 1997.

(50) For more detailed discussion of the subject, see LIANG ZHIPING, "Explicating 'Law': A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture", in *Journal of Chinese Law*, Vol. 3, Summer 1989, No. 1. pp. 55-91.

(51) It should be pointed out that this interruption only occurred in legal development but not in the nation-state building. Further more, the legal development is an fundamental aspect of the nation-state building in a long run.

(52) A book newly come out discusses the uses of the local customs in judicial practice in details in the early period of the Republic. See HUANG YUANSHENG, Minchu falv bianqian yu caipan [*The Legal Changes and Judicature in the Early Republic*], pp. 361-424. Professor Jones suggests that in traditional China, the law and custom were two separate things, which require the different approached of studies. The former was a vertical order system that aimed at protection of the interests of government while the latter concerned the horizontal relations arising from private persons. See WILLIAM C. JONES, "Studying the Ch'ing Code — The Ta Ch'ing Lu Li", pp. 354-360. He also believes that the contemporary law inherits that tradition a lot although it uses the language close to western law. See WILLIAM JONES, "Chinese Civil Law: The Pandektenwissenschaft with Chinese Characteristics", unpublished paper. If it is so, the absorption of the local customs into the legal framework will have another significance.

(53) This definition of law is surely influenced by the Soviet version of Marxist

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the legal rights approved and set by the state, rather than natural rights, become nearly the only source of rights. So the government always possessed the power to intervene and restrict the use of individual rights in the name of common good, national interests, public morality, policies, socialist economic order or whatever (54), while the interests of the individuals as citizens could not be protected unless they were "legal" (55) and not in conflict with those values defined and confirmed by the officials. This orientation is strengthened, no doubt, by the emphasis on the correlative nature of rights and duties in the legal doctrines and texts (56).

---

concept of law, but it is also the idea of law that is closest to Chinese tradition. See Liang Zhiping, "Explicating 'Law': A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture".

(54) Even in the private field, the legality of behavior has been always emphasized. For example, the Contract Law passed last year still contains such clause stipulating that the making and application of contract ought to abide by laws and administrative regulations, respect public morality and must not disturb the social economic order and harm the social common good. See the Contract Law, article 7. The problem here is not that there are some restraints on civil activities but an assumption and requirement behind the provisions, that is, judges serve as, above all, supervisors and defenders of interests of the state and society other than arbitrators among parties with conflicting interests. That is why the judges, in many cases, are required to actively review validity of the contracts regardless of specific claim by the parties. See LIANG ZHIPING, "Zunzhong qiyue" [Respecting Contract], in Shuzhai yu shehui zhijian [*Between Study and Society*], pp. 255-257. Beijing: Falv chubanshe [Law Press], 1998.

(55) In many statutes and regulations, being "legal" is the first and perhaps most important requirement for and restraint on citizen's activity though it is not the only one. This emphasis on legality, however, is based on a sort of supremacy of the state in that the positive law itself can not be challenged by any citizen. See MARGARET Y. K. WOO, "Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts", p. 182-183, in KAREN G. TURNER et al (ed.) *The Limits of the Rule of Law in China*. pp. 163-195. Seattle: University of Washington Press, 2000. A study of the language in contemporary Chinese law shows that, compared with the obligations between private parties, the obligations to state are always stronger and mandatory. See CLAUDIA ROSS and LESTER ROSS, "Language and Law: Sources of Systemic Vagueness and Ambiguous Authority in Chinese Statutory Language", pp. 224-140, in KAREN G. TURNER et al (ed.) *The Limits of the Rule of Law in China*. pp. 221-270.

(56) See EDWARD J. EPSTEIN, "Codification of Civil Law in the People's Republic of China: Form and Substance in the Reception of Concept and Elements of Western Private law". But the shift from the rights to the duty, as we saw above, occurred as early as in the nationalist period.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

At another level, legal positivism has served as a method of legal science that can best meet the need of the legal ideology of both the nationalist and communist government. As has been pointed out earlier, the transplanted and progressive nature of the modern legal system in China necessarily causes intensive tension and a gap between the law and the society in which it is applied. This uncomfortable reality, however, was ignored and concealed by legislators and mainstream jurists who argued that the latest legal thoughts and legislative tendency in the West fit Chinese national psychology perfectly (57). What they need in legal science is thus no more than so-called "annotation jurisprudence" or "concept jurisprudence", which were imported along with the law (58).

Jurisprudence was interrupted for decades under the communist regime for the reasons mentioned above. When it resumed with the process of reestablishing the legal system after 1976, it was still a certain annotation jurisprudence though it was much less sophisticated than its predecessor in the nationalist period, let alone the original Pandictist doctrines (59). The dominating legal ideology dislikes any of critical approaches towards law and society but needs only annotation of current laws and apology for the policies. This, of course, has never presented an obstacle to codification. Now a key subject is the codification of civil law, which is approaching completion with the promulgation of the Contract Law in 1999 and the pending revision of the Marriage Law. One of the reasons for the codification of civil law is that it would greatly promote legal education and studies. Indeed, with the completion of a positive legal system, some improvement in the legal studies might be expected (60), but it is also clear that an annotation jurisprudence has

(57) See WU JINGXIONG, "Xin minfa yu minzuzhuyi" ["The New Civil Code and the Nationalism"].

(58) Mr. Li Da was dissatisfied with this apology for the new Civil Code and took a serious critique of it in his book originally published in 1940s, see LI DA, Falixue dagong [*A Program of Jurisprudence*], p. 11.

(59) It is not surprising that a number of legal textbooks and treatises of Taiwan were reprinted in the mainland since the 1980s and influence the legal studies, especially in civil and commercial law.

(60) It need not to say that a positive analysis of law will be useful and necessary for any of legal development. Actually, China has been in a need for an elaborate and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

been far from meeting the needs arising from such a complicated social reality (61).

9. The codification initiated in 1902, just as China's modernization movement in general, is no doubt a part of a broader history of the world. The influences from the outside world are so tremendous and deep that the codification itself can be read as an imitation and copy of certain foreign codes (62). Nonetheless, this phenomenon should not lead us to overlook or underestimate the impact of the inner logic of Chinese society on legal development. In other words, the surface similarities arising from imitation should not conceal the meaningful differences, which are not so much in the codes themselves as in the historical, social and cultural dimensions. It is the latter that determine not only the path of the legal reform but also the way and scope in which the new law operates.

The first and, perhaps, biggest difference is the fact that in China the modern legal system is, instead of growing from the inside of the society naturally, transplanted from western countries. It produces a big gap between the law and society as well as the present and the past. The second difference is that the legal transplantation paralleled and overlapped, to a great extent, the process of nation-state building and so-called planned social change. Because of these particular conditions, the proper method of legal reform should be able to satisfy the varied needs simultaneously. It should be able to change China's image rapidly. Meanwhile, it should carry forward the project of nation-state building and help to realize the social progress. For the purpose, it should be under control and carry out as planned. Codification other than any other method was obviously a good and effective choice. But the codification itself has never determined the nature and function of the law

---

sophisticated legal positivism like Pandict but not the vulgar and abnormal one as it has now.

(61) To view the legal development since the late Qing in terms of legal positivism, see LIANG ZHIPING, "Falv shizhengzhuyi zai zhongguo" ["Legal Positivism in China"].

(62) Even in the General Principles of the Civil Law of 1986, one can find a number of evidences show the influences of Pandictist system. See EDWARD J. EPSTEIN, "Codification of Civil Law in the People's Republic of China: Form and Substance in the Reception of Concept and Elements of Western Private law".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in the society. On the contrary, it is the inner logic of the social development, the particular historical and cultural conditions that determine the nature and function of the codification in China. We have seen how the enterprise of codification develops in a dichotomy of state vs. society, formal law vs. local customs, and modernity vs. tradition, how the state employs law, sometimes combined with other things, as an instrument of transforming society and achieving its political goals in different ways and in different periods. Today, with the rise of the rule of law as a new ideology (63), we are witnessing another marriage of law and political power, an emergence of claim of legality based on the supremacy of the party-state. At this particular moment, it would be highly helpful to review the story of codification. It will definitely lend us some reflective thoughts on, for example, the codification of the civil law in process.

Though there were four drafts of Civil Codes since 1949, there had been no civil law until the General Principle of Civil Law was promulgated in 1986. But the Civil Law is, at most, a temporary substitute for civil code but not the code itself. This situation is thought not to match the economic development since 1980s and fails to meet the demand of the rule of law, and thus causes jurists much concern. Now the conditions for making the Civil Code are believed mature and the composing of it is being accelerated. In an authoritative and representative article newly published, the necessities of making the Civil Code were proclaimed, above all, to promote and realize the universal humanist values. The Civil Code, the author wrote, "embodies the ideas and norms needed in the civil society, represents the basic rules of the civilized and progressive life of human society, and will contribute to draw on the advanced experiences of foreign civil legislature" (64). Another advantage of the Civil Code is its comprehensiveness, logical consistency and scientific nature, which make the Civil Code "a basic law for the

(63) See LIANG ZHIPING, "Fazhi: shehui zhuanxing shiqi de zhidu jiangou" ["Rule of Law: Institutional Construction in Social Transformation of China"], in Dangdai zhongguo yanjiu [*Modern China Studies*], No. 2, 2000, pp.18-66.

(64) WANG LIMING et al., "Guanyu zhiding minfadian de jige wenti" ["On Some Issues of the Civil Code Making"], in Renda falv pinglun [*Renda Law Review*], No. 1, 2000, pp. 1-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relations of market economy" (65). The same article showed a deep distrust of and contempt for traditional elements such as custom in constructing civil law institution. A civil law institution, it proclaimed, could only be set up through legislation; it could not take reference to the [Chinese] history as a starting point, still less grow up naturally from indigenous tradition (66). The propositions remind us of many subjects and assumptions that have repeated and continued since the late Qing legal reform. They conceal but never remove many contradictions and conflicts that have remained and lasted under cover of the "historical progress".

I am not meant to say that the codification is a wrong choice, or, it makes no difference whether there is a Civil Code or not (67). But I do doubt if the social progress can be realized simply by making and promulgating more codes. I doubt that an instrumentalist view of law and the relation of law to society is proper (68). I even more doubt the dominant belief in universal values and elitist attitudes that have prevailed in the process of nation building and legal

(65) Ibid. The other advantages of the Civil Code the article lists include the protection of the property and the judicial justice. Here I'd like to point out in passing that in a huge number of articles discussing the issue, nearly all of them have taken the codification for granted and few, if any, has a different voice about it.

(66) At one point, the argument seems irrelevant since nobody actually hold that one should do nothing but wait until a civil law institution naturally grow up from, say, society itself.

(67) In Professor Jones' opinion, the tradition that the law is no more than an aspect of administration and an instrument of protection of the interests of the government has remained the same from the Qing Code through Mao's period into today, even civil law operates in this tradition. See WILLIAM C. JONES, "Chinese Civil Law: The Pandektenwissenschaft with Chinese Characteristics". While admitting this opinion is true to a great extend, I would like to draw equal attention to the significance that a new language and discourse of, for instance, civil code might have.

(68) I mean by "instrumentalist view of law" here a sort of idea that views law as an effective tool of affecting and controlling social change. This idea of law has been proved to be naïve and problematic even in a "highly centralized political system, with its advanced technology and communication apparatus". (SALLY FALK MOORE, *Law as Process*, p. 54. Routledge &Kegan Paul, 1978). For critique of this idea of law, see SALLY FALK MOORE, "Law and Social Change: the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", in *Law as Process*, pp. 54-81; JOHN GRIFFITHS, "Legal Pluralism and the Theory of Legislation", in HANNE PETERSEN AND HENRIK ZAHLE (ed.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, pp. 201-234. Dartmouth, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reform since the late Qing. China has had conspicuous achievements in codification since 1980s, but new laws can not even today prevent themselves from being a part of the movements, although the movement in an era of "ruling the country according to law" are milder than those in the 1950s. The Criminal Code in "strike hard" launched in 1980s is one example (69). The implementation of, say, the Protection of the Right and Interests of Consumer Law is another (70). Traditionally, judiciary was subject to administration and constituted a link of the latter. Today, "the court's role in the Chinese political system is more as an administrative bureaucracy, subject to supervision and not yet fully empowered to supervise other institutions" (71). Similarly, vagueness and ambiguity in legal text and comparatively more space for discretion in adjudication institutionally remain and characterize the new legal system (72). Because of those, instead of cheering for the progress of the legis-

(69) The "strike hard against serious criminal offenses" is the recent movement that is closest to those of the 1950s-1970s. The principle of treatment of the criminal offenses in the movement was "Congzhong congkuai" (deal with offenders severely and quickly). According to the series of decisions made by the Standing Committee of the National People's Congress during the movement, the validity of these decisions could be extended to the crimes that were committed before the decisions while in the trial when and after they were issued; the decisions also established additional death penalties and delegated the power of death penalty approval from the Supreme Court at national level to the High Courts at province level; still they simplified the criminal procedure in some aspects and relaxed the restrictions on the detention and investigation in the other, etc. See GUO DAOHUI (ed.), Dangdai zhongguo lifa [*The Legislation in Contemporary China*], pp. 682-703. In addition to the above decisions and supplementary stipulations, it is worth noting that the "strike hard" shares many other features with general movements launched by the Party.

(70) It is still a common practice to propagate, carry out and implement laws and regulations in a way of movement in today's China. Though China has been proclaimed to be entering an era of the rule of law, the movements are still a fundamental instrument the Party employed to pursue its social, political as well as legal goals. The relationship between law and movement in modern China is, no doubt, an important and fascinating subject of study, which I hope to deal with in another paper.

(71) Margaret Y. K. WOO, "Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts", p. 182.

(72) See CLAUDIA ROSS and LESTER ROSS, "Language and Law: Sources of Systemic Vagueness and Ambiguous Authority in Chinese Statutory Language"; MARGARET Y. K. WOO, "Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lation and codification in past two decades, I prefer to conclude the paper by posing a series of questions: What is the role of law in a society like China? How codification relates to social change and economic reform? If there is, indeed, such a thing as social progress, who and how can define and accomplish it? Is the society, along with the local organizations, norms, customs and practices, really old and backward and thus incompatible with "modernization"? (73) Why there is still a need for a code that serves as a normative model of the society after so many years of social transformation? Can a code really do the job well? If it can, what is the price? They are surely not all the relevant questions concerning the subject. However, one will not be able to understand the problems China has been confronting since the late Qing legal reform until she takes those questions seriously.

(73) I have discussed this complicated issue from a historical as well as a sociological perspectives somewhere else. See LIANG ZHIPING, "Tradition and Change: Law and Order in a Pluralist Landscape", in *Cultural Dynamics*, 11 (2), 1999, pp.215-236. For more detailed discussion, see LIANG ZHIPING, "Xiangtu shehui zhong de falv yu zhixu" [Law and Order in the Rural Society], in Wang Mingming and Stephan Feuchtwang (ed.), Xiangtu shehui dezhixu, gongzhi yu quanwei [*Order, Justice and Authority in the Rural Society*], pp. 415-480. Beijing: Zhongguo zhifa daxue chubanshe [China University of Politics and Law Press], 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Discussione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CLAES PETERSON

LE IMPLICAZIONI METODOLOGICHE DELLA CODIFICAZIONE

Introduzione

Il proposito di questo mio contributo è quello di investigare le conseguenze giuridico-metodologiche di una codificazione del diritto. In particolare, la mia prospettiva si può definire come di tipo giuridico-genetico, cioè si tratta di una prospettiva finalizzata ad evidenziare le diverse componenti storiche dell'idea di codificazione, allo scopo di identificare le conseguenze giuridiche di una tale impresa.

L'idea della codificazione

Un tratto comune per tutti i progetti di codificazione giuridica consiste nell'avere la loro origine in un sentimento di insoddisfazione nei confronti del diritto esistente. Un contenuto frammentario ed in molti casi contraddittorio di tale diritto, infatti, rende impossibile un'applicazione dello stesso unitaria e per questo prevedibile. La mancanza di unitarietà sul piano giuridico è stata ed è tuttora recepita come un freno per lo sviluppo ed il progresso sociali. L'uniformità e la prevedibilità giuridiche sono requisiti indispensabili per la sicurezza giuridica ed una stabile attività economica e non possono essere garantite nel caso in cui andasse perduta una visione complessivamente sistematica del diritto. In una situazione dove sia permesso che la realtà del diritto sia dominata dalla frammentarietà e dall'insicurezza giuridiche, per ragioni facili da comprendere, la fiducia viene spesso riposta nello strumento legislativo come mezzo di soluzione dei problemi, dal momento che né la prassi né la dottrina sembrano possedere la forza necessaria per creare un'unitarietà giuridica. Una codificazione esauriente e completa costituisce

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'operazione radicale, il cui scopo è con una sola mossa sia di raggiungere l'unità giuridica, sia di fermare mediante ciò quella che puó definirsi come una decadenza giuridica. In tale scenario la codificazione si distingue quasi come un atto rivoluzionario: attraverso un'incisione chirurgica si elimina il diritto "malato", cioè quello storicamente tramandato, e lo si sostituisce con un codice. È tale considerazione pratica che porta alla codificazione del diritto. L'unitarietà giuridica che si raggiunge tramite la codificazione, richiede un aumento della capacità sia negli studiosi che nei pratici del diritto di avere una visione generale e di conoscere a fondo il materiale giuridico.

I segni di riconoscimento della codificazione

1. La codificazione deve implementare un *diritto basato sulla ragione*, il quale sia indipendente da relazioni di carattere storico. Questo significa che la codificazione deve raggiungere un tale livello di astrazione da divenire applicabile sempre ed ovunque, cosí da assumere una caratteristica di applicabilità a-temporale ed a-spaziale, dove tutte le specificità storiche sono represse. In particolare è il diritto privato ad essere considerato come possessore di un tale carattere trascendentale, dal momento che tale diritto costituisce una formalizzazione in termini giuridici dei movimenti economici e finanziari del mercato, movimenti che sono di per sé neutrali essendo governati esclusivamente dalle leggi economiche. Esiste, in altre parole, un parallelismo fra la razionalità del diritto privato e la similare tendenza razionalizzatrice delle forze del mercato. Entrambe esprimono una conformità ad una legge che è indifferente a tutte le circostanze esterne, circostanze che sono variabili storicamente. Una caratteristica espressione di un tale modo di vedere il fenomeno giuridico è riscontrabile in Thibaut, quando descrive il diritto come "una sorte di pura matematica giuridica". Lo scopo della codificazione di un tale diritto privato basato sulla ragione è ovviamente quello di raggiungere una regolamentazione giuridica che non deve costantemente essere cambiata e modificata, ma che, grazie alla sua stabilità, fornisce un alto grado di sicurezza giuridica.

2. La codificazione deve essere *esauriente* e *completa*, il che a sua volta vuole dire che il legislatore deve padroneggiare la molte-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plicità casistica in modo da sviluppare una tecnica legislativa di carattere sintetico. Questo modo di pensare trova la sua massima e più pregnante espressione in Jeremy Bentham e nel suo "A General View of a Complete Code of Laws" (1802).

3. Dall'ideale di completezza deriva quale corollario che il prodotto della codificazione, ovverossia i codici, si presuppongono privi di lacune. Questo, a sua volta, significa che l'applicazione può avvenire solamente in forma di sussunzione ed il ruolo del giudice è quindi ridotto a quello di una macchina automatica di sussunzione. Nel caso in cui vi sia una lacuna nella legge, questa non può essere colmata con un'analogia e non è nemmeno consentito al giudice, di fronte ad un testo oscuro, di interpretare la legge. Se il giudice manca di una guida, deve invece prendere in considerazione la posizione che lo stesso legislatore ha preso nei confronti del punto in questione, nella particolare posizione espressa nel *référé législatif*.

4. Il diritto viene identificato con il prodotto della codificazione, che, in altre parole, viene considerata come l'unica fonte produttrice di diritto. Da un punto di vista storico, questa teoria monistica delle fonti del diritto ha avuto delle conseguenze estremamente negative per le altre fonti del diritto, che addirittura divengono oggetto di sospetto e vengono eliminate da parte del legislatore. Un esempio al riguardo sono gli Ordini di Gabinetto di Federico II emessi dal 1780. *Supra* si è visto come la proibizione di interpretazione e la proibizione vigente nei confronti dell'analogia giuridica trasformino il giudice in una mera macchina di procedimento sussuntivo. Anche la scienza giuridica ne soffre, dal momento che il carattere esauriente della codificazione implica il divieto di commentari. Questo significa che l'attività della scienza giuridica viene limitata a riportare in un modo descrittivo il contenuto del testo contenuto nella legge.

5. Con una codificazione ci si propone quindi di creare sia un'unità giuridica interna, cioè un'uniformità nell'applicazione del diritto, sia un'unità giuridica esterna, cioè un'uniforme legiferazione all'interno di una determinata area geografica. L'idea di codificazione è oltremodo seducente, dal momento che pone nelle mani del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudice uno strumento (o principio guida) che dovrebbe garantire un'applicazione del diritto unitaria e per questo prevedibile.

Critica

Nella maggioranza dei casi la codificazione è stata considerata e presentata come un grande passo in avanti della civilizzazione, dal momento che essa ha rappresentato e rappresenta un rinnovamento radicale incarnando la stessa modernità. Inoltre, la codificazione ha fornito il diritto di ulteriore peso ed autorità.

Però la consapevolezza che è comunque impossibile con un codice raggiungere la completezza materiale nel diritto è una verità vecchia quanto la stessa codificazione. Le infinite variazioni della pratica nella vita giuridica fanno sì che solamente ci si possa pronunciare "ut in pluribus". Quindi, la questione diventa soprattutto se l'esteso materiale giuridico possa essere "dominato" mediante una codificazione, o se l'interna unitarietà giuridica derivi automaticamente da una codificazione esauriente. Indipendentemente dal fatto che le codificazioni siano prodotte secondo una tecnica legislativa casistica o sintetica, si può comunque constatare che esse rappresentano esclusivamente una catalogazione di carattere empirico. Se la codificazione deve essere in grado di offrire una via verso la vera *unificazione giuridica*, allora a quest'ultimo concetto deve essere dato un diverso significato, in particolare quello di *unitarietà organica* al posto di semplice aggregazione empirica.

Non è sorprendente scoprire che la teoria monistica delle fonti del diritto, che l'ideologia della codificazione implica, non riflette che cosa i giuristi facciano nella realtà. Dopo l'introduzione dei codici, infatti, diviene chiaro che sono non la codificazione ma altre forze che determinano e guidano l'applicazione e l'evoluzione giuridiche.

1. È certamente una verità banale affermare che l'ideale di completezza è un'utopia. La codificazione non può coprire tutti i casi pratici che sorgono.

Con la versione casistica, essa dovrebbe prefigurare un legislatore con una palla di cristallo con il cui aiuto poter vedere nel futuro e prevedere che cosa accadrà; il che, ovviamente, è di per sé un'idea assurda. D'altro canto, una codificazione in versione sintetica do-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vrebbe, se volesse realizzare l'ideale della completezza, operare ad un livello tale di astrattezza da divenire, al contrario, quasi priva di qualsiasi contenuto. Un esempio illustrativo di tale fallimento è il *Code civil* francese. La sua incompletezza si può ricavare dal fatto che solamente un numero limitato di casi poté essere risolto facendo diretto riferimento alla lettera del testo di legge. Un ulteriore esempio dell'incompletezza della codificazione è il fatto che i codici devono essere costantemente rivisti al fine di adattarli ai cambiamenti sociali. Ciò significa che la codificazione è appropriata, per le relazioni alla cui regolamentazione è designata, solamente nel momento della sua promulgazione. Con il tempo, quindi, la codificazione diviene piuttosto come un'etichetta o, usando la definizione di un giurista svedese del 1700 riguardo al codice svedese dell'epoca, come "un muro di marmo pieno di crepe sulle quali siano messi dei pezzi di pietra grigia".

2. Alla luce di tale situazione, il giurista deve fare riferimento ad altre imprecisate fonti sussidiarie di diritto. Considerando il fatto che è nello stesso concetto di codificazione l'eliminazione della libera valutazione da parte del giudice — divieto di interpretazione — il giudice non può mostrare o motivare il perché abbia ricavato una certa conclusione, se non facendo riferimento alla natura delle cose, alla generale coscienza giuridica o alla sana ragione. Nel caso in cui l'argomentazione non possa essere mostrata apertamente e il giudice sia costretto a fare riferimento alla politica e alla morale, si aprono le porte ad ogni tipo di arbitrio nell'applicazione del diritto. Al fine di preservare l'amministrazione della giustizia, il giudice è costretto ad interpretare e a costruire il sistema giuridico di propria iniziativa. Se la codificazione volesse escludere ogni tipo di arbitrio, dovrebbe a tal fine garantire "eine mechanische Sicherheit der Rechtspflege" (F.C. v. Savigny). Una tale sicurezza meccanica — sussunzione logica — porta a grossi problemi nell'applicazione del diritto, dal momento che rende impossibile ogni considerazione delle specifiche condizioni in cui si trovi il caso individuale sotto investigazione.

3. Il proposito della codificazione è anche quello di eliminare, con il divieto di commentari, la necessità di una cultura teoretica come parte integrante della scienza giuridica. L'esclusiva posizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che viene assegnata alla codificazione — "tutto ciò che non si trova nei codici delle leggi, non deve essere considerato come legge" ["whatever is not in code of laws, ought not to be law"] (Bentham) — significa che la prospettiva teoretica viene negata. La scienza giuridica non puó quindi contribuire al controllo del materiale giuridico, che, a sua volta, tenderà nuovamente a crescere in maniera incontrollata, nonostante la "completezza" della codificazione. Paradossalmente quindi la codificazione enfatizza l'importanza della cultura giuridica con una prospettiva teoretica, anche se in un modo indiretto.

4. *Conclusione 1*: la codificazione porta ad uno sbilanciamento nella teoria delle fonti del diritto, dal momento che l'applicazione del diritto non avviene in un modo controllabile, all'interno della teoria del metodo giuridico. Questo comporta ulteriori conseguenze negative per la certezza del diritto, dal momento che diviene incerto su quali fondamenti i giudici hanno preso le loro decisioni.

5. *Conclusione 2*: la codificazione enfatizza il pluralismo nella teoria delle fonti del diritto e diviene quindi una minaccia contro l'unità giuridica e la certezza del diritto, non una loro garanzia.

Conseguenze

La ragione della fiducia eccessiva nella codificazione si trova nelle assunzioni, evidentemente errate, che tutto il diritto scaturisca dalla legislazione e che il codice sia un testo inglobante l'intero diritto positivo.

In realtà, è il codice stesso che sta in una relazione indissolubile con le altre fonti del diritto, dal momento che il diritto non si lascia identificare in modo esclusivo con la legislazione. Lo sviluppo del diritto è invece il risultato di una cooperazione fra le diverse fonti del diritto. La teoria delle fonti del diritto può perciò definirsi come espressione di una divisione del lavoro fra i giurisperiti. Per adempiere ai loro rispettivi compiti, il legislatore, il giudice ed il giurista considerano il diritto da diverse prospettive. Queste diverse prospettive non concorrono l'una con l'altra ma, piuttosto, si richiedono e si completano a vicenda. In base alla scelta fondamentale di un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dato mandato politico il legislatore fissa le norme, il giudice amministra il diritto nel caso individuale mentre il compito del giurista accademico consiste nel mantenere l'unità sistematica del diritto, in particolare attraverso il lavoro sulle fonti del diritto. I diversi gruppi di attori giuridici, quindi, non possono fare l'uno il lavoro dell'altro ed i loro rispettivi contributi alla cultura giuridica divengono, in tal senso, esclusivi. La teoria delle fonti del diritto, in altre parole, mostra un'interazione sottile e dinamica, per non dire dialettica, fra le diverse fonti del diritto. L'unità del diritto viene realizzata attraverso lo stesso costante processo di carattere organico che caratterizza le relazioni fra le fonti del diritto. Da questo punto di vista giuridico-metodologico, la conclusione deve essere un approccio scettico nei confronti della codificazione, dal momento che i codici non possono essere considerati come l'unica fonte del diritto, che esclude gli altri fattori creativi del diritto. Se bisogna mantenere un bilanciamento nella teoria delle fonti del diritto, si deve allora considerare il codice solamente come un prodotto legislativo particolarmente vasto, prodotto che comunque sta in un rapporto interattivo con le altre fonti del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ho il cuore che mi batte, e mi batte anche perché sto dicendo che ho il cuore che mi batte.

Ma passiamo alle cose serie che sono i concetti. Mi limiterò, diversamente dalla maggior parte dei *discussants*, a commentare le relazioni, facendo solo precedere il commento da due osservazioni sul convegno nel suo insieme come si è svolto finora. Noto, anzitutto, tre assenze.

La prima assenza è quella della scienza giuridica come fonte, l'assenza dello *Juristenrecht*. Si è parlato di *Gesetzesrecht* e di *Richterrecht*, ma è stata cenerentolizzata, per così dire, la giurisprudenza fonte.

Seconda assenza: il problema delle tecniche redazionali dei codici, in particolare se redigerli più casistici o più per clausole generali. Vi ha accennato, mi pare, Petit, ma è l'unico accenno che non ho sentito acusticamente, certo per colpa mia.

Il terzo, e il grande, assente sono i contenuti. Ricordo che ne ha parlato Cazzetta, ma i contenuti sono ben più importanti delle forme, e sono stati negletti. Prendiamo problemi come: la famiglia gay e la sua possibilità di adottare bambini; oppure: a chi tocca lo spazio circumterrestre? (se tocca al primo occupante, in base a una visione romanistica, siccome i poveri non possono lanciare satelliti tutte le orbite verranno occupate dai ricchi, i quali diventeranno ancora più "più ricchi" dei popoli poveri); oppure: l'auto- o etero-regolazione di Internet; forse possiamo dubitare che un codice sia adatto a occuparsi di questi problemi, resta che sono problemi importanti. Ha meno importanza, direi che ci si arrivi col codice, con una sentenza, con una legge speciale o con autoregolamenti di corporazioni planetarie.

Dopo le assenze, vorrei dedicare un pensiero al paesaggio che si è formato in questo congresso e poi passare alle tre relazioni con un'aggiunta su quello che ha detto ieri Irti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il paesaggio è quadricontinentale. Abbiamo parlato di Europa, America, Asia, Africa: codice e America, codice e Asia, codice e Africa (Egitto, Eritrea). In questa occasione ho fatto una scoperta: tutti i continenti extra-europei cominciano con A, in ordine alfabetico Africa, America, Antartide, Asia, Australia. Non può essere casuale che tutti e cinque i continenti non europei comincino con A! E come mai l'Europa no? Be', forse questo non è molto rilevante, ma quello che è rilevante è che la nostra comparazione si estende ormai a tutti i continenti, esclusa, per ragioni serie e intuibili, l'Antartide. Quando ero piccolo, invece, si comparavano soltanto l'Europa e le sue due mega-figlie, cioè l'America del Nord e il resto dell'ex-*Commonwealth*, la Russia e i paesi socialisti. In fondo era un paesaggio ancora endo-europeo, adesso la prospettiva si sta felicemente planetarizzando.

E arrivo alle relazioni. Comincio da quella di Petit: tocca il problema storico, abissale a mio giudizio, della colonizzazione del mondo da parte dell'Europa. Abissale in termini di valutazione: davvero a quelle profondità non sappiamo più cosa è bene cosa è male. È bene o è male che tutti i centro- e sudamericani di antichissime culture siano stati sterminati? È bene o è male che i negri siano stati schiavizzati e trasportati in Brasile? È bene o è male che la Cina sia stata assoggettata e sfruttata attraverso i *comptoirs* occidentali? Non si sa cosa dire. Perché possiamo dire che è criminale quello che la cattolicità conquistatrice ha fatto in America latina e possiamo dire che è straordinariamente bene che il mondo sia stato unificato.

Il problema è abissale anche in termini di conoscenza, per l'estrema complessità di questo processo che è tuttora in corso con la globalizzazione e che nessuno è in grado di dominare.

A Petit segnalo una curiosità: lui ha mostrato che in Occidente il concetto di cristianità si è secolarizzato in quello di civiltà, che la legittimazione delle conquiste è stata prima diffondere la cristianità e poi diffondere la civiltà, e che nelle prime fasi "civiltà" era tutt'uno con "cristianità". Ebbene, l'editoriale del primo numero di "Civiltà cattolica", del 1850, spiega il nome della rivista così: "È un fatto oggimai irrepugnabile non avervi nel mondo altra civiltà che l'europea, e nell'Europa l'incivilimento essere stata opera cristiana, cattolica, romana; un guardo posato sul planisfero ne può convincere chi ne

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avesse dubbio: ove l'influenza romana si arresta, ivi trova una diga insuperabile l'incivilimento [...] Prendendo le mosse dalle scoperte del Megellano e del Colombo, dagli apostolati del Saverio e del Casas, non ci par molto asserire che tre secoli sarian bastati perché nulla restasse a scoprire, quasi nulla a incivilire a cristianeggiare nel mondo [...] Ma per suprema sventura della umana famiglia il movimento deviò dal suo indirizzo [...]". Equazione civiltà = civiltà cattolica. Credo che questa citazione possa andare nel suo dossier.

Ultima osservazione su Petit: ritengo fascinosa la sua ipotesi di un confronto tra il codice di Macaulay e il "codice" di Manu (in sanscrito *Mānavadharmaśāstra* o *Manusmṛti*). Come voi ben non sapete, le *Leggi di Manu* (ora tradotte e introdotte molto bene presso Adelphi) sono state adottate dagli inglesi come codice penale nel trattamento degli indiani induisti. Ma devo dire che sono — in molti punti — assolutamente incredibili a una ragione di tipo occidentale moderno; perciò credo che confrontare un codice penale che risale alla mente vedica e un codice razionalista benthamiano come parti integranti di una stessa amministrazione della giustizia sarebbe divertente (si tratta sempre, è chiaro, dei casti divertimenti degli eruditi).

Passo alla relazione di Hyland. L'incontro con Hyland è stato in un certo senso un incontro con un alter ego. Mi ha molto colpito. Mi riferisco al suo *paper* scritto, che lui ha quasi omesso e che io vorrei rendere di nuovo presente perché è molto più aggressivo di quello che lui ha detto a voce. Su quello che ha detto a voce, Hyland ha spiegato: "Siccome parlavo in inglese sono stato estremamente mite, anzi sono stato dolcissimo". Ma lo scritto non è dolcissimo, e io ho il desiderio di portare in luce l'elemento *hard* di questo testo. La cosa più importante che dice è che noi non sappiamo come i giudici decidono i casi, non sappiamo spiegare il risultato del "ragionamento" del giudice, in ogni caso non possiamo spiegarlo in base alla conoscenza della norma legale. È questa la "truth we cannot confront" (p. 5), è questo il "Realism's traumatic insight" (p. 7). La verità che non possiamo guardare né in Europa né in America è che non esiste vera prevedibilità della sentenza nemmeno se si conoscono tutte le norme rilevanti.

Questa terrifica, gorgonica verità che Hyland attribuisce al *legal realism* è semplicemente identica con l'intuizione centrale della *Freirechtsbewegung*, cioè del movimento del diritto libero, del giu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sliberismo europeo dell'inizio del 20º secolo: siamo una trentina d'anni prima di Llewellyn e degli altri realisti americani. Non posso che rimandare, su questo punto, al capitolo III del mio *Saggio sul diritto giurisprudenziale* del 1967, diventato libro autonomo come *Geschichte des Freirechts*, Klostermann 1971.

Come sappiamo, questa terrifica verità del *Freirecht* è stata rimossa sia in America che in Europa: è tuttora impossibile in Italia che la prova scritta di un concorso per magistratura o la sentenza di un tribunale vengano motivate esplicitamente mostrando che si sceglie in modo valutativo, "politico", tra molte equilegittime possibilità di interpretazione della legge (equilegittime sul piano ermeneutico e logico). Sia nelle prove concorsuali che nei giudicati bisogna tenere in piedi la finzione che si raggiunge, "costruttivamente", l'unico possibile risultato.

Hyland aggiunge che le rimozioni americana e continentale europea sono state diverse, e che proprio questa diversità di rimozioni è alla base della reciproca totale irrilevanza e incomprensione.

Gli americani, secondo lui, hanno rimosso ricorrendo alle *neighbouring disciplines*, in particolare alla politica e alla sociologia interpretate come scienze fattuali suscettibili di apportare certezza. Quindi la scientificità della decisione giuridica nascerebbe da tutt'altro che il diritto. Ugualmente fattuale sarebbe l'analisi di tutte le circostanze del caso concreto da decidere. Questa somma di fatti verrebbe poi sottoposta a giudizi di valore, riassumibili nella domanda: "why the world would be a better place if the party were to win" (p. 9), domanda alla quale i giudici rispondono "having recourse to everything they hold to be true about the law and the world" (p. 8). Quello che l'idealismo americano suggerisce al cuoricino tenero del giudice buonista è la domanda: "come migliorerò il mondo con la mia sentenza?". Secondo Hyland, se non si capisce che la sentenza americana nasce all'intersezione *a*) del riconoscimento (rimosso) della verità terrifica del *legal realism*, *b*) del ricorso alle scienze *neighbouring*, *c*) dei giudizi di valore buonisti di un animo candido, non si capisce niente del giudicare americano.

La conseguenza è che la gestione giudiziaria del diritto è, al di là dei confini della norma, una "social policy" orientata al "purpose": forse possiamo tradurre questo in europeo dicendo che si tratta di una interpretazione "evolutiva teleologica".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E i *civilians*, come hanno, secondo Hyland, rimosso-razionalizzato? Lui dice: ricorrendo alla "structure", che noi chiameremmo piuttosto "sistema", o "interpretazione sistematica concettuale", o *Begriffsjurisprudenz*, o "costruzione", o "dogmatica giuridica".

Hyland si chiede (e noi con lui ci chiediamo) se questi due approcci siano compatibili o incompatibili. La risposta alla domanda è difficile, e possiamo anche rinviarla ad altro momento. Quello che è chiaro fin d'ora, secondo me, è che Hyland ha ragione quando dice con grande franchezza, a p. 24 e 25: "Until the civilians face the uncertainty Realism demonstrates in the law, until they are willing to live with it, draw consequences from it, and reason from it, no American lawyer — including me — will be able to follow civilian legal discussion with interest. On the other hand, Americans have to learn that legal analysis has to take place within the structure elaborated by the law [...] Until American lawyers accept [...] that legal argument is distinct from politically (or economically) correct results, the Europeans — and I side with them in this — have no reason to take American legal scholarship seriously". Hyland non garantisce che la comunicazione sia possibile, dice a quali condizioni lo sarebbe, e in più dice che sarebbe una buona cosa, perché entrambe le rive dell'Atlantico hanno capito qualcosa di essenziale.

Alla sua *pars construens* un po' salomonica Hyland aggiunge che l'una e l'altra dimensione dell'arte giuridica matura esigono "immaginazione": "Law is the product of the imagination, or it is nothing at all" (p. 25). La sua frase finale è molto bella: se l'attività del giurista, più che una scienza, è un'arte, "ebbene noi giuristi dovremmo rispondere come risponderebbe un artista a chi ci critica perché non seguiamo precise regole".

Io non sono proprio completamente d'accordo con la tesi che la giurisprudenza è un'arte. Se lo fosse bisognerebbe che ogni giudice, come ogni artista degno di questo nome, producesse opere (ossia sentenze su uno stesso caso) diverse da tutte le altre. Sostenere, con il *Freirecht* e con il *legal Realism*, che il giudicare sulla base di norme positive non è un'attività puramente logico-formale, ma include un momento politico-valutativo, non costringe ad affermare che il momento politico-valutativo sia tutto affidato a una creatività dagli esiti obbligatoriamente diversi. Io sono un cognitivista critico: penso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che i giudizi di valore possano essere argomentati con forza intersoggettivamente riconoscibile, perfino in campo artistico, tanto più in campo etico o politico-giuridico.

Resta l'universo completamente alieno evocato da Liang. Provo a riassumere, perché secondo me ce n'è bisogno, vista la ricezione reale che ha avuto qui il suo contributo. Enucleo cinque punti.

1) Punto storico. La storia della codificazione in Cina dal 1902 è un secolo di pandettistica in veste cinese che ingloba un trentennio di marxismo in veste cinese. I primi 10 anni Qing, i 20 anni di Kuomintang fino ai "sei codici" e il successivo periodo fino al 1949 sono tutta una continuità sotto il segno della germanistica. Dal 1949 all'80 il maoismo ha fatto piazza pulita del vecchio ordine, con le leggi sulla proprietà e sul divorzio e soprattutto con una serie ininterrotta di "campaigns and movements" che coprivano praticamente tutti gli aspetti della vita senza alcuna intenzione di fondare una specie di legalità. È invece legalista la nuova era che comincia con gli anni 80 e che si riallaccia all'impostazione del periodo 1902-1949, esplicitamente mirando alla forma codice in tutti i principali ambiti del diritto.

2) Secondo punto, anch'esso storico. C'è continuità delle codificazioni cinesi del Novecento con le compilazioni tradizionali dette *Fadian*, per esempio con il codice Tang del 906 av. C. Bisogna però notare che si trattava essenzialmente di collezioni di direttive rivolte ai funzionari di un sistema burocratico centralizzato e gerarchico: una "forma codice" che avrebbe fatto piacere al Kelsen sostenitore della teoria che le norme giuridiche hanno per destinatari non i cittadini, ma l'amministrazione.

3) Terzo punto, teorico-generale. Il codicismo, o codificazionismo, cinese si traduce: per quanto concerne la teoria delle fonti, in positivismo legalista, in progressiva sostituzione dei diritti naturali-tradizionali con i diritti legali erogati dal governo centrale; e per quanto concerne la teoria della scienza giuridica, nella spiccata preferenza non solo dei legislatori, ma anche dei "mainstream jurists", per una "annotation jurisprudence" o "concept jurisprudence", evocatrice, in noi europei, di qualcosa come una combinazione tra *école de l'exégèse* e *Begriffsjurisprudenz*; dove ciò che viene scoraggiato è precisamente quella giurisprudenza critica, consapevolmente valutativa, anche-filosofica-e-sociologica, rivendicata per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

motivi non ideologici, ma principalmente logico-analitici dal realismo giuridico americano e dal giusliberismo europeo. Se tutto questo è esatto, sembra scavarsi un piccolo abisso teorico tra la scienza giuridica evoluta, auspicata due ore fa da Richard Hyland per l'Occidente, e la scienza giuridica cinese ufficiale descritta da Zhiping Liang, che a un metodologo occidentale difficilmente può non apparire o candidamente immersa nella (tenacissima, come abbiamo visto, anche in Occidente) illusione legalista-logicista, oppure saputamente, per non dire callidamente, dedita a una gradita *in alto loco* "apology for the policies".

4) Quarto punto, struttural-funzionale e storico-sociologico. Probabilmente è il punto più importante. La struttura formale "codice" ha, in Cina, una peculiare funzione, che non consente di pensarla fuori dei nessi con la storia politica, economica, sociale e culturale. La codificazione cinese nasce soprattutto dall'antico e perenne tormento "to make China prosperous and strong" mediante misure che vadano dall'alto e dal centro verso il basso e la periferia. La codificazione è elemento di una politica (policy) paternalistica dello Stato, che si vive come più "progredito" della società. La dicotomia Stato-società assegna allo Stato un ruolo propulsore, ai codici un ruolo di modernizzazione occidentalizzante: a ben guardare, sono aspetti comuni anche alla politica del diritto per "campaigns and movements" maoista.

Questa funzione del codice forse riduce, in Cina, l'antitesi tra le figure, per non dire gli archetipi, codice e piano. Il codice archetipico fissa regole del gioco senza precostituire risultati; il piano archetipico (i famosi piani quinquennali, decennali, dei regimi comunisti) fissa i risultati. Si può dire, con un ampio margine di approssimazione, che il codice è borghese e il piano socialista. In Cina abbiamo il fenomeno singolare che le codificazioni fanno esse stesse parte di una politica di piano.

5) Ultimo punto, contenutistico. Secondo Liang ci sono essenzialmente due fonti di contenuti normativi: "One is the latest achievement in the world, which, in Chinese context, often means the most scientific and progressive. Another is the 'national conditions' or 'Chinese caracteristics'". La tensione principale è quella tra una recezione (alla giapponese) di modelli tedeschi e l'ottica non-individualista (o anti-individualista), "comunitaria", tradizionale; la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima è più *rights-based*, la seconda più *duty-based*; lo Stato sembra giocare sui due *tableaux* dell'introduzione dei modelli individualistici occidentali e della loro correzione "by the so-called society oriented legal thoughts". Tutti conosciamo la polemica contro l'ideologia (o la "religione civile") dei diritti dell'uomo in nome dei cosiddetti "valori asiatici". Sarà forse questa gigantomachia ideale il tema saliente del nostro confronto con le macromolecole India e Cina.

Ho ancora da dire una cosa, se mi permettete, a proposito di Irti e poi termino. Irti ha attirato l'attenzione sulla differenza tra territorialità e spazialità. Il codice, come strumento statale, è più territoriale; il diritto della società mercantile globale, il diritto della grande economia planetaria è spaziale, ma non è territoriale nel senso di legato a una precisa superficie materiale. Lo spazio inaugurato dalla *koinè* economica, dal sistema mercato globale, è affine allo spazio di Internet; e certamente uno dei problemi giuridici più affascinanti di questo periodo è quello della (auto-, etero-) regolazione di Internet. Internet è una gigantesca comunità anarchica o autodespota che non ha cittadini recensiti, non ha territorio né frontiere, non ha diritto penale né strumenti di coercizione, non ha sovranità né autorità, non è autocratica né democratica... Che concetti abbiamo per pensare da giuristi ordinamenti come il Mercato o la Rete o la Scienza? Potremmo pensare agli ordinamenti di altre megastrutture planetarie, per esempio di quelle multinazionali del sacro che sono le grandi religioni; anch'esse hanno una loro spazialità di tipo non territoriale, cittadini non recensiti, sistemi punitivi che non comprendono l'uso della forza; d'altra parte alcune sono ipergerarchizzate e iperaccentrate, prima tra tutte la Chiesa cattolica romana, ibrido tra un'anarchica Rete dello spirito e un'autocrazia monarchica; le più utili al confronto sono se mai le "comunità" religiose blande, fondate non sul dogma trascendente ma sulla diretta sperimentazione ascetica e mistica, come il buddismo. Due precedenti molto interessanti sono la "società dei sapienti" greca, dove vige il principio che "ogni saggio che muove un dito con saggezza benefica tutti gli altri saggi" e dalla quale è bandita ogni norma costituzionale-gerarchica come ogni norma penale o civile sostanziale o processuale, e la "comunione dei santi" escatologica cristiana. Così come accade che pensamenti teorici del tutto astratti,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per esempio matematici, si rivelino poi capaci di interpretare il mondo fisico, potrebbe darsi che alcuni pensamenti fanta-ontologici generati dalla filosofia o dalla teologia servissero a interpretare anche giuridicamente inediti mondi sociali reali (1).

(1) Sulla stranezza delle *Leggi di Manu*, rinvio al mio scritto *L'Asia universo di pensiero non più ignorabile*, in AA.VV., *Concezioni del diritto e diritti umani. Confronti Oriente-Occidente*, a cura di A. Catania e L. Lombardi Vallauri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2000. Ho difeso, artigianalmente, il cognitivismo critico nel saggio *Giudizio giuridico, giudizio estetico*, in AA.VV., *Il giudizio. Filosofia, teologia, diritto, estetica*, a cura di S. Nicosia, Carocci, Roma 2000. Per altri punti toccati nel testo cfr. *La portata filosofica dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Ontologia e fenomenologia del giuridico*. Studi in onore di Sergio Cotta, Giappichelli, Torino 1995; l'antichissimo *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Giuffrè, Milano 1969 (rist. 1974); il recentissimo *Nera Luce. Saggio su cattolicesimo e apofatismo*, Le Lettere, Firenze 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUCIANO MARTONE

L'ESPERIENZA GIURIDICA DEL COLONIALISMO ITALIANO TRA CODICE PENALE E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

1. *Il problema dell'applicabilità del codice penale Zanardelli nella colonia Eritrea e l'iniziativa legislativa del Regio Commissario Civile Ferdinando Martini.*

Il problema dell'applicabilità nella colonia di Eritrea del codice penale del 1889, ovvero di quel codice Zanardelli che aveva "imposto alla dottrina giuridica italiana una cifra tecnica alta" (1) per il suo metodo, la precisione nella classificazione, i principi di legalità e garanzia "coerentemente redatti in norme ordinate" (2), non è marginale questione sulle fonti del diritto coloniale, ma episodio della storia del diritto codificato che offre una ulteriore occasione per riflettere sulla peculiarità dei codici. Si tratta di una esperienza non europea, che si inserisce in un contesto giuridico di tipo consuetudinario, senza identità comunicativa tra legislatore e destinatari delle norme penali. Ma non è questa l'unica novità nel processo di adeguamento dello schema classico del codice fuori dal territorio per il quale è stato promulgato: il dato più importante è il rilievo assunto dalle modificazioni apportate al codice Zanardelli per poterlo applicare in Eritrea.

Una vicenda, dunque, nel segno della discontinuità dei codici con il modello napoleonico e per di più attraverso esperienze altre rispetto alla tradizione continentale: una sperimentazione operante in un contesto ambientale che non era assolutamente in grado di recepire non

(1) M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860–1990), in Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, a cura di Luciano Violante, Torino 1998, p. 508.

(2) *Ivi*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tanto la saturazione di norme proprie della legislazione europea quanto soprattutto l'assenza di discriminazioni formali ed il valore necessariamente universale delle norme del codice Zanardelli. Una storia del codice dopo se stesso, che tentava di realizzare l'ordine giuridico fuori dal territorio dello Stato per il quale era stato elaborato, in una realtà dove venivano riconosciute e sanzionate disuguaglianze personali diffuse e non modificabili. Contraddizioni dilaceranti per un sistema "codice" che era nato al fine di realizzare il riordino territoriale del diritto (3). Ma in colonia andavano composti nuovi conflitti, offerte nuove risposte, sanzionati anche altri reati, proprio quelli che la produzione giuridica della madrepatria non contemplava.

Purtroppo il diritto penale praticabile in colonia non era quello già promulgato per la madrepatria. In effetti, all'occupazione territoriale, risultato dell'intervento militare, non poteva non corrispondere — soprattutto da parte dei magistrati ordinari — un intervento altrettanto eccezionale nel campo delle fonti giuridiche sopratutto per le disuguaglianze che si volevano disciplinare. I sentimenti di superiorità ed inferiorità razziale, culturale, politica, le differenze di religione, l'interesse al mantenimento di strutture di privilegio nel contesto coloniale, determinavano differenze da regolare in maniera non provvisoria; di qui il ricorso sul piano giuridico al codice simbolo della modernità, fonte astratta e generale propria dell'assetto sociale economico e politico della borghesia ottocentesca che imponeva il suo dominio.

Di fatto la legge 24 maggio del 1903 sull'ordinamento dell'Eritrea, che autorizzava anche le modifiche da apportare al codice Zanardelli per renderlo applicabile in colonia, fu il frutto dell'iniziativa politica

(3) U. Petronio, *La nozione di "code civil" fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza"),* in "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 27, (1998), pp. 83-115, dove con sintesi efficace viene ricostruita la prospettiva nella quale operarono i codificatori francesi e si puntualizza opportunamente che "fare un codice non significava affatto, o non significava ancora, fare un testo normativo necessariamente completo ed esaustivo" (*Ivi*, p. 93) in quanto al centro del problema vi era "l'esigenza prioritaria di arrivare ad una vera unificazione giuridica della Francia dandole una legislazione uniforme". Posto il problema in questi termini, emerge in primo piano la valenza territoriale del codice come espressione giuridica dell'identità nazionale; opera di riduzione della complessità nata sopratutto per un contesto portatore di determinate caratteristiche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Regio Commissario Civile, Ferdinando Martini. Inviato nel 1898 in *Affrica* — come veniva denominato quel continente anche negli atti ufficiali (4) — egli ebbe "ampi poteri anche sui componenti di quell'apparato militare, che fino ad allora aveva amministrato, in maniera sovente alquanto arbitraria e con scarsa competenza financo nel campo delle operazioni belliche, la più antica colonia italiana" (5).

È noto che il governo nazionale affidò al Martini il compito di dare un assetto più regolare alla colonia dal punto di vista amministrativo e finanziario, subentrando alla gestione dei militari, e che egli interpretò queste competenze con ampia autonomia; sicché si deve soprattutto a lui il tentativo di risolvere l'annosa questione giuridica delle leggi che erano da ritenersi in vigore in Eritrea. In questa nuova prospettiva, la codificazione locale avrebbe riconosciuto senz'altro libertà d'iniziativa agli operatori del diritto locali circa "il problema dei rapporti fra diritto nazionale e diritto indigeno in Eritrea e della correlativa amministrazione della giustizia in applicazione dei due diritti" (6).

L'anno precedente una legge sull'ordinamento giudiziario della colonia Eritrea aveva già resa obbligatoria, solo per i reati di alta criminalità compiuti dagli indigeni, la competenza della Corte d'Assise e l'applicazione della legislazione patria. Per contro, in base a questa medesima legge, tutti gli altri reati minori erano sanzionati in base agli usi locali secondo le consuetudini indigene più accettabili.

---

(4) L'uso della doppia consonante nel denominare il continente africano, quasi a renderne più duro il suono, per sottolineare anche nella pronuncia tutte le asprezze di quei luoghi lontani, in F. MARTINI, *Nell'Affrica Italiana*, Milano 1901 ed in maniera ufficiale nei verbali delle discussioni degli *Atti del 1° Congresso Coloniale Italiano in Asmara, settembre-ottobre 1905*, pubblicati a cura di Carlo ROSSETTI, voll. 2, Roma 1906; in particolare la locuzione *Affrica Italiana* è presente nel titolo e nel testo del contributo di Ranieri FALCONE, *Del diritto italiano e del diritto indigeno nell'Affrica Italiana*, in *Atti* cit. , vol. I, pp. 189-208, poi discusso nella seduta del 3 ottobre con interventi di William CAFFAREL, Alberto CORSI e Lamberto LORIA, vol. II, 12ª discussione, pp. 117-133. Sull'organizzazione del convegno cfr. il documento saggio di A. AQUARONE, *Il Congresso dell'Asmara e la fondazione del diritto coloniale Italiano*, in "Storia contemporanea", VIII, (1997), 1, 2, 3, pp. 57-119; 291-334; 549-570; poi ripubblicato in A. AQUARONE, *Dopo Adua: politica e amministrazione coloniale*, Roma 1989, pp. 253-410.

(5) A. AQUARONE, *Ferdinando Martini e l'amministrazione della Colonia Eritrea*, in A. AQUARONE, *Dopo Adua* cit. , p. 163, già apparso in "Clio", XIII, (1977), pp. 341 - 427

(6) *Ivi*, p. 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'elaborazione del codice penale eritreo, insieme agli altri codici, dal civile a quelli di procedura, doveva dunque assecondare questa pratica giudiziaria locale, apportando al codice Zanardelli le modificazioni imposte dalle diversità di razze e dal grado di civiltà. Quest'iniziativa che aveva una valenza politica coloniale ben definita, poi vera causa del suo infausto epilogo (7), nasceva dal rifiuto della nota teoria, fissata dalla Cassazione francese nel 1865, secondo cui *la legislazione segue la bandiera* (8).

---

(7) Il continuo rinvio dell'effettiva entrata in vigore del codice penale eritreo fu sottolineato con accenni critici, ma rassegnati, da M. D'AMELIO, *Colonia Eritrea* in "Enciclopedia Giuridica", vol. III, p. II, Milano, 1913, pp. 1055 e ss.. Sull'atteggiamento del Consiglio coloniale nel 1911 e sugli orientamenti ministeriali a seguito della presentazione alla Camera dei Deputati nella seduta del 24 gennaio 1911 del progetto di legge per l'ordinamento della colonia Eritrea: M. L. SAGÚ, *Sui tentativi di codificazione per la Colonia Eritrea*, in "Clio", XXII, (1986), pp. 587-590.

(8) "La protezione delle leggi francesi accompagna le nostre armate nelle loro operazioni militari sui territori stranieri; la conquista e l'occupazione di una colonia, divenuta possessione francese, vi introducono virtualmente le leggi della madrepatria, allora esistenti, destinate a proteggere i francesi nelle loro persone e nelle loro proprietà, senza bisogno di una locale promulgazione" (DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Vol. XXXVI bis, n. 809, p. 923). La massima della Cassazione di Francia venne seguita con la prima legge emanata per Assab del 1882, ma già con la legge del 1° luglio 1890 per la colonia Eritrea, che segnò il passaggio dall'occupazione militare all'amministrazione civile, il legislatore italiano mutò avviso ed adottò il principio opposto: quello della specialità del diritto coloniale, in base al quale era necessario che intervenisse un'apposita valutazione e dichiarazione di volontà legislativa affinché una norma vigente in madrepatria acquistasse valore nella colonia. Il primo articolo della legge del 1890 autorizzò infatti il governo "ad applicare nella colonia le leggi civili e penali del Regno, con quelle modificazioni che crederà richieste dalle condizioni locali". In realtà sino al 1897, quando giunse in Eritrea il primo Regio Commissario Civile, l'amministrazione della Colonia fu di fatto gestita dai militari. Solo alla fine dell'Ottocento si pose il problema di quale legislazione applicare in colonia. All'inizio della nostra espansione in Africa "sono da notare" — come ricordava un contemporaneo — "la mancanza di precisi canoni di colonizzazione, ed il lungo ostracismo dato ai problemi coloniali dai programmi dei partiti parlamentari. Gli effetti furono naturalmente negativi, e consistettero in una attività disorganica e superficiale delle singole Amministrazioni coloniali, e specialmente in un dogmatico rispetto (talvolta asservimento) di certe situazioni locali; quindi la mutevolezza nelle direttive e nei conseguenti atti di governo si risolse nel sopravvento, o almeno in una vecchia prevalenza, di certi militari". (A. CICCHITTI, *Disegno storico del diritto coloniale italiano*, in "Rivista delle Colonie Italiane", anno V, 1931, p. 250). Il primo periodo, quello che corrisponde al riscatto di Assab dalla Compagnia Rubattino (1882) sino alla nomina di Ferdinando Martini a governatore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quest'orientamento esprimeva non soltanto la convinzione del Martini circa l'impossibilità di ritenere valide nella colonia le leggi italiane che non vi erano state promulgate formalmente (9), ma anche la ricerca di un'affermazione di autonomia ampia nei confronti del governo centrale. In altri termini, la redazione di codici per la colonia Eritrea fu consentita dall'ordinamento organico del 1903 sulla spinta di un progetto più vasto di attribuzione di poteri in capo al governatore (10). Inoltre fu istituito un nuovo organismo consultivo, il Consiglio coloniale presso il ministero degli affari

---

dell'Eritrea (1897), fu appunto il tempo dell'acquisto dei territori e dell'opera dei militari "senza un criterio giuridico e, non di rado, nemmeno logico" (*Ivi*, p. 252). Per una riflessione storiografica sul passato coloniale del nostro paese cfr. A. TRIULZI, *Storia del colonialismo e storia dell'Africa*, in *Fonti e problemi della politica coloniale italiana. (Atti del convegno, Taormina — Messina, 23-29 ottobre 1989)*, I, Roma 1996, pp. 156-165.

(9) "I termini del quesito" erano così riassunti dal Martini: 'Il problema legislativo si presentava sotto un triplice aspetto, per cui nettamente si delineavano e si distinguevano tre fini: 1° scegliere nell'informe congerie delle norme dettate dai diversi diritti vigenti nei vari popoli eritrei, quelle che dovevano essere riconosciute dalla nostra amministrazione e perciò conservate in vigore; 2° regolare gli speciali rapporti giuridici tra il popolo dominatore e i popoli soggetti; 3° applicare infine le leggi positive del Regno, opportunamente modificate, ai coloni europei" (*Atti Parlamentari, Legislatura XXIII, sessione 1909-1913, Camera dei Deputati, doc. LXIII*, "Relazione sulla Colonia Eritrea del R. Commissario Civile, deputato Ferdinando Martini, per gli esercizi 1902-1907", presentata dal Ministro delle Colonie (Bertolini) nella seduta del 14 giugno 1913, Vol. I, Roma 1913, p. 59). Nella sua articolata relazione, il Martini prendeva anche atto della "grande abilità pratica" della conservazione e "sistematica raccolta delle massime giurisprudenziali, che si possono trarre dalle sentenze pronunziate non meno dai funzionari togati o amministrativi, i quali, appunto nell'amministrare la giustizia, dovevano per necessità mettersi in rapporto diretto coi popoli soggetti ed avevano perciò modo ed occasione propizia per conoscere con grande esattezza il diritto consuetudinario indigeno, trasmesso oralmente di generazione in generazione e gelosamente conservato dagli anziani delle singole tribù e dei vari aggruppamenti etnici" (*Ivi*, p. 60). L'importanza della consuetudine per gli indigeni era opinione condivisa anche fuori dal territorio coloniale. Aderì a questo orientamento Santi Romano che nelle sue lezioni — impartite nel Regio Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri di Firenze — espresse chiaramente la necessità del rispetto dei costumi, delle tradizioni e dei sentimenti degli indigeni, "che naturalmente sono così diversi da quelli europei", e formulò anche la richiesta di un diverso ordinamento giudiziario e di uno speciale diritto processuale" (S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale. Appunti raccolti dal dott. Domenico Biscotti*, Volume primo, Roma 1918, p. 196 e ss.).

(10) Sugli ampi poteri che Martini voleva fossero conferiti direttamente al Governatore con la legge organica per l'Eritrea: A. AQUARONE, *Dopo Adua* cit., p. 228 e ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esteri, che avrebbe sostituito il Consiglio di Stato "per tutti quei decreti governativi attraverso i quali si realizzava la maggior parte della funzione legislativa ed amministrativa in campo coloniale" (11).

Un programma ampio, portato avanti dal Martini per ottenere una larga autonomia nei confronti del governo centrale, non solo e non tanto per arginare e contenere l'elemento militare, ma anche per avviare una politica di sfruttamento economico della colonia da parte degli italiani residenti in Eritrea i quali, a differenza di quelli rimasti nel Regno, ben ne conoscevano le potenzialità e i problemi concreti da affrontare. Tutto sommato era proprio questa conoscenza africana che Martini rivendicava e poneva come motivo ispiratore, anche riguardo alle modificazioni da apportare al codice Zanardelli.

Non a caso Martini, nella sua relazione sulla colonia Eritrea relativa agli esercizi 1902 - 1907, dopo aver ricordato con parole di encomio la soluzione data dai giudici coloniali ai vari e complessi quesiti che avevano riguardato l'amministrazione della giustizia negli anni precedenti la sua missione in Eritrea, affermò che "il periodo di tempo trascorso" (12) non poteva dirsi "perduto senza utile alcuno. Fu anzi un periodo di preparazione e di elaborazione ininterrotta, per quanto frammentaria" (13) da parte della giurisprudenza coloniale che "poté svolgere con fine accorgimento e pacata previdenza l'opera sua per sopperire alla mancanza di un ordinamento giuridico compiuto ed idoneo. Esso si studiò, e per virtù di quel sicuro e penetrante intuito giuridico, che è di noi diretti discendenti di Roma glorioso retaggio, sovente riuscì ad adottare un processo che ben ricorda quello dell'antico Pretore, gli istituti giuridici della madrepatria al nuovo ambiente giuridico. Così preparò la materia per attuare il principio della specializzazione legislativa", (14) poi rece-

(11) *Ivi*, p. 245.

(12) *Relazione Martini*, cit. , p. 59.

(13) *Ivi*.

(14) *Ivi*. In realtà Martini, già prima dell'entrata in vigore della legge del 24 maggio 1903 n. 205 per l'ordinamento della colonia Eritrea, aveva imposto di sua iniziativa un ampio riordino delle competenze amministrative e giudiziarie: "A più chiaramente anzi e sicuramente disciplinare le molteplici funzioni (politiche, amministrative, tributarie, sanitarie, giudiziarie perfino per quanto riguardava gli indigeni e così via) dei funzionari ad esse preposti, fossero commissari o residenti, l'On. Martini *con suo decreto del 30*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pita dall'ordinamento del 1903. In effetti, Martini fidava in una capacità di apprezzamento che, nel caso specifico, solo la magistratura togata eritrea possedeva per diretta esperienza.

Di qui la novità e il limite di quest'iniziativa che nasceva e moriva fuori dal territorio europeo. Fu il primo di una serie di tentativi diretti a dare certezza al diritto da applicare in colonia ed a determinare e disciplinare i rapporti tra le due razze conviventi in Eritrea, cittadini italiani e sudditi coloniali e non solo sotto il profilo penale. Infatti l'azione del Martini, una volta ottenuta l'approvazione della legge del 1903 da parte del Parlamento nazionale, si concentrò nell'affrontare innanzitutto la redazione di un codice penale eritreo, ancor prima di quello civile, per il quale non era altrettanto urgente la compilazione.

2. *La redazione del codice penale eritreo. L'invito all'abbandono di Vittorio Scialoja.*

La vicenda delle modificazioni da apportare al codice Zanardelli, al fine di renderlo vigente anche in Eritrea, ai sensi e per gli effetti dell'ordinamento del 1903, costituì quindi la prima grande occasione di riflessione ufficiale sui rapporti tra diritto patrio e diritto consuetudinario locale. I lavori furono affrontati da una commissione designata dal Martini e composta tutta da esperti di diritto residenti in colonia. Presidente fu nominato Mario D'Amelio, all'epoca presidente del Tribunale di appello di Asmara, appena istituito a seguito dell'ordinamento giudiziario del 1902. Gli altri componenti furono: Ranieri Falcone, procuratore del Re presso il medesimo Tribunale e relatore per il primo libro; William Caffarel, giudice regionale di Asmara; Antonio Marongiu, giudice regionale di Massaua; Eugenio Pitò e Eteocle Cagnassi, avvocati in Eritrea e relatori del secondo e terzo libro, mentre le funzioni di segretario vennero svolte dal cancelliere e notaio della colonia Giuseppe Conciatori.

---

maggio del 1903, andato in vigore col settembre successivo, emanava un apposito regolamento pei commissari regionali e le residenze: *atto ardito* del quale allo stato vigente della legislazione eritrea poteva contestarsi perfino la costituzionalità" (G. MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniali del Regno d'Italia*, parte I, *Storia coloniale*, Roma 1927, p. 142).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"I valorosi magistrati della colonia" (15) liberi "d'ogni legame d'autorità ideologica" (16) — come ebbe a sottolineare Falcone nella sua relazione — sin dal primo momento rifiutarono decisamente la teoria dell'assoggettamento legislativo alla madrepatria e si mossero per una piena affermazione del principio di specialità della legislazione coloniale. L'estensiva applicazione delle norme sulle modificazioni da apportare al codice Zanardelli veniva così sostenuta dal Falcone: "non ardue costruzioni e magnifiche, anche la legge è involuta e appesantita e la mente del giudice impregnata, ma concetti facili, linee snelle, sistemi speditivi, più semplicità che ingegnosità ideologiche, meno procedure, più rapidità, meno scuola e più vita" (17).

Questi dunque i criteri ispiratori del codice penale eritreo, che in verità anche da un confronto quantitativo con il codice Zanardelli risultò molto meno snello — 576 articoli invece di 498 — mostrando già solo sotto questo aspetto come alle affermazioni di principio non corrispondessero i risultati.

Del resto il rifiuto della *Scuola*, ovvero dei consolidati risultati della scienza giuridica occidentale, era stato già espresso in un progetto di codice penale per gli indigeni che il trentenne presidente Mario D'Amelio — futuro primo presidente della Suprema Corte di

---

(15) L'espressione è del Martini (*Relazione Martini* cit. , p. 60) ed è relativa alla capacità d'apprezzamento della magistratura coloniale circa il "grado di civiltà dei governati" e delle "immediate e concrete necessità di carattere politico" con le quali "lo spinoso problema della legislazione penale per gli indigeni" strettamente si collegava (*Ivi*, pp. 59-60).

(16) *Atti Parlamentari, Legislatura XXIII, sessione 1909-13, Camera dei Deputati doc. LXIII*, cit. , Allegato 29, Disegno di codice penale da pubblicarsi nella Colonia Eritrea con le modificazioni disposte dall'articolo 2 della legge 24 maggio 1903 redatto dalla Commissione nominata da S. E. il Commissario Civile della Colonia Eritrea con decreto del 30 marzo 1903, "Relazione sul primo libro del cav. avv. Ranieri Falcone, procuratore del Re presso il Tribunale d'Appello di Asmara", p. 547. L'iniziativa per la preparazione del codice penale speciale, per meglio disciplinare i rapporti tra bianchi e indigeni, precedeva di due mesi la legge del 1903 approvata solo il 24 maggio. Una decisione assunta dunque in piena autonomia rispetto al governo nazionale, che favorì anche sul piano dogmatico un atteggiamento di profondo distacco nei confronti della dottrina penalistica della madrepatria.

(17) *Ivi*, p. 570. Per una valutazione delle discussioni penalistiche in Italia negli stessi anni: M. Sbriccoli, *Caratteri originari*, cit. pp. 507 e ss.; Idem, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di A Schiavone, Bari 1990, pp. 193 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cassazione del Regno dal 1923 al 1941 — insieme al procuratore del Re, Ettore De Luca, avevano redatto di propria iniziativa nel 1901. Ed è già in quel progetto la ricusa delle divisioni del codice penale italiano e l'idea che in concreto si dovesse codificare il diritto penale dei nativi d'Eritrea, piuttosto che introdurre nel codice patrio le sole modificazioni richieste dalle condizioni locali nei limiti del mandato legislativo contenuto nella legge del 1903.

La commissione coloniale — non circoscrisse infatti la sua opera ma — volle preparare un nuovo testo legislativo che, trasmesso al Consiglio coloniale, ne ottenne rapida approvazione; fu relatore il magistrato e parlamentare Raffaele Garofalo, noto penalista della Scuola Positiva, già socio dell'Istituto Coloniale Italiano e sostenitore delle sue finalità, come dell'azione coloniale del Martini (18). Il codice penale eritreo fu quindi il primo ad essere pubblicato nel 1908 sia in madre patria che in colonia — quello civile fu pubblicato l'anno seguente ma solo in madrepatria — tuttavia non entrò mai in vigore in Eritrea perché non tradotto in arabo ed in lingua amarica, così come prescritto dal decreto di promulgazione.

Aquarone fornisce dell'epilogo "così malinconico e poco deco-

(18) Il Consiglio coloniale nominò per l'esame del progetto di codice penale eritreo una commissione composta dai senatori Michele Carta-Mameli e Giacomo De Martino e dai deputati Leopoldo Franchetti e Ruggero Mariotti — tutti già componenti del medesimo Consiglio coloniale — a cui aggiunse Giacomo Agnesa, direttore dell'Ufficio Coloniale e i magistrati Raffaele Garofalo, Mario D'Amelio e Gaetano Azzariti (che durante gli anni del Regime sarà a capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, diventerà ministro nel primo gabinetto Badoglio nel 1943 e poi sarà Presidente della Corte Costituzionale nel 1957). Un ampio stralcio della relazione del Garofalo fu pubblicato dallo stesso sulla *Rivista Coloniale* del 1909 quando ancora si attendeva la traduzione in lingua araba. Infatti il testo pubblicato comincia proprio con l'evidenziare che "la legislazione della colonia Eritrea sarà fra pochi mesi compiuta. Intanto è già da un anno pubblicato il codice penale, che fin dal 1903 era stato preparato da una Commissione di Magistrati e Funzionari di quella Colonia, e che fu riveduto e in molte parti modificato dal Consiglio coloniale, relatore il sottoscritto. Oggi si attende alla traduzione di esso in amarico ed in arabo "(R. GAROFALO, *Il codice penale della colonia Eritrea*, in "Rivista Coloniale", anno IV, 1909, p. 133). A questo punto comincia l'esposizione sintetica dei mutamenti apportati al codice Zanardelli, preceduta dall'affermazione, non veritiera, secondo cui il codice penale eritreo, "come tutti quelli che sono destinati alla Colonia è *sostanzialmente quello della madrepatria*" (*Ivi*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

roso dell'intera vicenda" (19) — che in realtà è marginale nell'economia del suo lavoro su Ferdinando Martini e l'amministrazione della colonia Eritrea — una chiave di lettura che richiede un approfondimento. L'illustre storico considera la disapplicazione del codice penale eritreo, così come dei successivi codici appositamente promulgati in madrepatria, un "esempio significativo non solo della tradizionale lentezza ed inefficienza dei pubblici poteri, ma anche del debole interesse che le concrete questioni coloniali suscitavano in Italia, una volta che non fossero suscettibili di strumentalizzazione immediata a vantaggio di determinati interessi gruppi o programmi politici" (20).

Che la situazione, così contraddittoria dell'applicazione dei codici e delle leggi fondamentali del regno nella colonia Eritrea, suscitasse nella classe dirigente italiana debole interesse è senz'altro dimostrato dalla scarsa partecipazione parlamentare all'*iter* di approvazione della relativa legge di promulgazione; tuttavia non può tacersi che i lavori della commissione locale, conclusi nel 1905 e poi sottoposti alla commissione integrata nominata dal Consiglio coloniale nel 1906, furono duramente criticati dai giureconsulti del Regno successivamente aggiunti ai commissari nominati da Martini.

La *Rivista di Diritto Civile* — che nel 1909 offrì ai suoi lettori *la primizia* (21) della relazione di Vittorio Scialoja sul codice civile per la colonia Eritrea — svelò una posizione del tutto originale da parte

---

(19) A. AQUARONE, *Dopo Adua*, cit. , p. 238.

(20) *Ivi*.

(21) "La cortesia dell'illustre nostro Maestro ci consente di offrire ai lettori la primizia di questa relazione nella quale il senatore Scialoja, con la consueta densità di pensiero e agilità di forma lucida e stringata ad un tempo, rende conto del progetto di codice civile da pubblicarsi nella Colonia Eritrea. *La Direzione*" (V. SCIALOJA, *Il codice civile per la colonia Eritrea. Relazione al Consiglio coloniale*, in "Rivista di diritto civile", anno I (1909), p. 361). La commissione nominata nel 1906 dal Consiglio coloniale per l'esame del codice civile eritreo era composta dai propri membri senatori Michele Carta - Mameli e Giacomo De Martino, deputati Leopoldo Fianchetti e Ruggero Mariotti a cui furono aggiunti: Vittorio Scialoja, Cesare Vivante, Lodovico Mortara, Raffaele Garofalo, il giureconsulto islamista David Santillana, Alberto Corsi, segretario il magistrato Gaetano Azzariti. In effetti i lavori furono portati avanti da una sottocommissione presieduta da Scialoja e composta dal Santillana, dall'avvocato Corsi, direttore degli Affari Civili della Colonia Eritrea e dal D'Amelio, che si riunì nel giugno e nel settembre del 1909 (*Ivi*, p. 362). L'11 dicembre 1909 Vittorio Scialoja entrava a far parte come guardasigilli del nuovo ministero presieduto da Sonnino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di chi presentava il testo per l'approvazione definitiva. Infatti Scialoja, prima di accennare con stile notarile alle singole modificazioni apportate dalla commissione al codice civile del 1865, espresse in via preliminare ampia riserva sull'opportunità della promulgazione dei codici per l'Eritrea. Una singolare ed ambigua posizione teorica, che registrava un convinto disappunto per l'operato della commissione coloniale: un atteggiamento decisamente critico nei confronti di quella che Martini considerava invece la "sapienza giuridica degli italiani" (22).

(22) *Relazione Martini*, cit. , p. 83. Nella citata relazione che fu pubblicata nel 1913, quando ormai tutta la vicenda dei codici si era già conclusa così come la missione del Martini stesso in Eritrea, i motivi dell'insuccesso non sembrano ancora pienamente compresi. "Certo" — si legge nelle conclusioni del paragrafo titolato *Codici* — "la condizione di cose create dalla sospensione dei codici costituisce una incertezza nell'ordinamento giuridico dannosa per tutti"; ma "poiché il fatto è accaduto nel periodo successivo a quello cui questa relazione si riferisce non è qui il luogo di enumerare i motivi che giustificarono il provvedimento" (*Ivi*, p. 87). Un modo prudente di porsi nei confronti della decisione politica nazionale, intervenuta addirittura dopo la pubblicazione dei codici, che scopriva tutta l'inadeguatezza della sua iniziativa codificatoria. Strano comportamento soprattutto per il "focoso uomo politico" celebre per le vivaci accuse di incompetenza rivolte negli anni di Eritrea ai vari interlocutori delle amministrazioni del Regno capaci solo di *chiacchiere* per un paese di cui nulla conoscevano neppure il territorio (sul punto cfr. A. AQUARONE, *Dopo Adua*, cit., pp. 189 e ss.). Un atteggiamento che forse era dovuto alla maturata convinzione che l'autonomia coloniale fosse comunque meglio riposta, per quanto riguardava l'amministrazione della giustizia, soltanto nella prudente opera di amalgama tra diritto italiano e diritto indigeno portata avanti dalla giurisprudenza locale. Del resto il nuovo ordinamento giudiziario per la colonia Eritrea, sancito con il Regio Decreto 2 luglio 1908 n. 325, era stato subito seguito da un regolamento approvato con decreto governatoriale in data 11 luglio 1908 n. 756 che all'articolo 9 aveva prontamente stabilito: "ai sudditi coloniali agli assimilati si applica la legge consuetudinaria indigena propria della razza in quanto sia compatibile con lo spirito della legislazione e della civiltà italiana, e che tuttavia nelle cause di competenza di Corte di Assise si applicano le leggi penali vigenti in colonia tenendosi conto delle consuetudini indigene per la valutazione delle circostanze scusanti, minoranti ed aggravanti e applicandosi il diritto consuetudinario per il risarcimento del danno" (A. RAVIZZA, *L'ordinamento legislativo della Colonia Eritrea con particolare riferimento alla materia penale*, in "Rivista penale", anno XL, vol. LXXX, 1914, p. 10). Per eliminare ogni possibile controversia di incostituzionalità per questo vero e proprio ordinamento aggiunto, il Governatore ottenne poi conferma con il Regio Decreto 11 luglio 1909 n. 620. In questo modo il riconoscimento della doppia legislazione penale, una per gli italiani, l'altra per i sudditi coloniali diveniva comunque definitiva e certa. Sull'ordinamento di carattere pragmatico fissato *ad hoc* nel 1908 per l'Eritrea, C. GHISALBERTI, *Per*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In verità Scialoja in questa relazione sul codice civile eritreo si espresse senza mezzi termini per il suo abbandono. Il suo articolato giudizio, formulato in maniera chiara ed esplicita a nome di tutta la commissione e quindi anche del D'Amelio che di certo condivideva la paternità di quel testo, merita di essere riportato per esteso:

"Pur adempiendo all'incarico che il Consiglio Coloniale le affidava in esecuzione della legge citata, la Commissione non può fare a meno di dichiarare che nel corso dei suoi lavori le sono sorti dubbi sull'opportunità di promulgare ora nell'Eritrea un apposito codice civile.

"Allo scopo di assicurare che i rapporti degli italiani siano regolati nella colonia dagli stessi principi giuridici che vigono in Italia, non è indispensabile — e l'esperienza di tanti anni lo dimostra — trasportarvi l'ingombrante mole dei nostri codici, che presuppongono una condizione di vita sociale quale si riscontra nelle nazioni che hanno secolare esistenza ed una organizzazione complessa di uffici civili, amministrativi e giudiziari, di cui la colonia è sprovvista. Basterebbero invece poche norme, nelle quali fosse detto in via generalissima che ai cittadini si applicano le leggi che sarebbero loro applicate in Italia, come già in certo modo dispone l'articolo 9 dell'ordinamento giudiziario e che per i sudditi coloniali continuano ad avere vigore le loro consuetudini, salvo che siano contrarie alla civiltà e nelle quali fossero infine dettate alcune regole per risolvere eventuali conflitti derivanti dal doppio regime giuridico e per regolare taluni dei più importanti rapporti misti. Il richiamo generico alla nostra legislazione, mentre è sufficiente per ora a supplire alla mancanza di leggi dettate appositamente per la colonia, consentirebbe che le leggi patrie potessero meglio adattarsi alle condizioni dei luoghi, pur restando integre nella loro sostanza, e permetterebbe alla giurisprudenza l'opera di adattamento graduale veramente efficace, perché suggerito dalle concrete necessità.

"La promulgazione dei codici, invece implicando una nuova affermazione di volontà legislativa, toglierà la opportuna libertà

---

una storia delle istituzioni coloniali italiane, in *Fonti e problemi della politica coloniale italiana*, cit., pp. 394 e ss.. La posizione del nuovo Governatore, marchese Giuseppe Salvago Raggi è stata indicata da M. L. SAGÙ, *Sui tentativi di codificazione*, cit., pp. 588, 589 e pp. 615, 614.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'opera della giurisprudenza, mentre un aprioristico adattamento generale dei codici non può essere egualmente efficace e completo. I nostri codici del resto costituiscono un tutto unico con le tante leggi speciali, che qua e là ne hanno modificato le disposizioni, con l'enorme lavorio di dottrina e di giurisprudenza che ha fissato il significato di talune disposizioni incerte o di dubbio senso, con le secolari tradizioni giuridiche su cui si adagiano. "Non è possibile scindere questo tutto e trasportare altrove i codici, senza il corredo della legislazione suppletiva, la quale a sua volta non può nemmeno essere trasportata, perché spesso relativa a specialissime materie" ([23]).

Il documento parla da sé e non ha bisogno di specifico commento. Una condanna senza appello per l'intero programma di codificazione che ebbe un ruolo preponderante per il noto epilogo del tentativo voluto dal Martini e sostenuto dai giovani togati d'Eritrea.

Una delegittimazione autorevole, ancor più misurabile nei confronti del codice penale eritreo che innovava profondamente il codice patrio: le alterazioni e regressioni erano evidenti rispetto all'orientamento liberale, che ne aveva aggiornato i contenuti appena una quindicina di anni prima. In realtà per il diritto penale fu elaborato un testo normativo che, cercando di far coesistere il diritto patrio con le consuetudini locali, era per questo più vicino ad una grande raccolta di leggi che ad un codice nell'accezione della ideologia giuridica liberale.

L'elaborazione sostenuta dal Martini rimase inutilizzata, nonostante la sorpresa dei suoi redattori, proprio perché era più simile ad una consolidazione che a un codice. Un testo che tuttavia ha dignità

([23]) V. SCIALOJA, *Il codice penale per la Colonia Eritrea*, cit., p. 363. Lodovico Mortara, più volte citato da Salvago Raggi come sostenitore della sua riforma dell'ordinamento giudiziario, aveva espresso nel suo celebre *Commentario*, sin dal 1903, un giudizio molto poco lusinghiero nei confronti dei magistrati in servizio in Eritrea. L'illustre giurista, accennando al loro *turbamento* per il particolare regime del contenzioso amministrativo nella colonia, li definiva ingenui e "reclutati talvolta nell'inferiore personale giudiziario italiano piuttosto in considerazione della robustezza fisica che con riguardo alle prove di esperienza e di dottrina" (L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di Procedura Civile*, Vol. II, *Della Competenza. I principi generali della procedura*, Milano, s. d. (ma 1903), p. 515.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di analisi nel più vasto evento europeo delle codificazioni sia civili che penali perché rivela i problemi posti dalla logica del *Code Napoléon*. Il lavoro dei legislatori italiani in Eritrea, nel tentativo di dare regole per la giustizia penale in colonia, entrava in contatto infatti ed affrontava i più grandi problemi legati alle forme giuridiche da dare all'espansione coloniale. Non è solo lo studio delle soluzioni punitive per gli eventi delittuosi in ambito coloniale, è anche la risposta dei togati locali su temi politico-istituzionali del sistema giuridico metropolitano, in rapporto al tessuto socio-economico ed antropologico-culturale delle colonie.

Un'analisi dunque, della società giuridica coloniale intesa nel senso più ampio, come confronto tra due mondi, con esigenze divergenti ed opposte, per le quali era necessaria una mediazione da parte di coloro che operavano in questi nuovi territori e non la semplice imposizione di norme in molti casi contrastanti con la tradizione e con gli interessi ambientali.

La riflessione che ne nasceva apriva la via anche ad una riconsiderazione dell'utilità dei codici e del valore della giurisprudenza nell'Italia degli inizi del Novecento: in colonia mediare tra diritto e società si era rivelato subito impossibile sulla base sia di un sistema regolato dai codici della madrepatria sia di una giustizia "rintanata nell'ombra del formalismo tecnico ed idealistico" (24) proprio della

(24) Secondo un'efficace espressione di Raffaele AJELLO, riportata nella *Presentazione* al volume di André Jean Arnaud sulla vicenda della codificazione in Francia. In quel contesto il formalismo è il rifugio dei magistrati a partire dall'entrata in vigore del *Code Napoléon* (A. J. ARNAUD, *Da Giureconsulti a tecnocrati. Diritto e Società in Francia dalla codificazione ai nostri giorni*, traduzione di F. DI DONATO, Napoli 1993, p. XIX). Una logica giuridica invece ripudiata dai magistrati coloniali che, a contatto con una società feudale che richiedeva più decisioni di equità che di diritto, riscoprirono nella propria coscienza la natura della giurisdizione loro affidata. Essi infatti, dichiararono apertamente che i codici della madrepatria non corrispondevano alle reali necessità della colonia, e sostenitori del particolarismo normativo, si proposero senza mediazioni, prima legislatori di un *corpus iuris* locale, poi, con più moderazione, interpreti creativi del diritto patrio ed indigeno. Scriveva il Procuratore del Re presso il Tribunale d'Appello di Asmara, Ranieri Falcone: "Come applicarla però questa nostra legge ai criminali dell'ultima famiglia indigena? Quale la formula legislativa più consentanea ad essi? La risoluzione di tal quesito è un originale tributo che la magistratura eritrea ha portato alla criminologia indigena. Dirò subito che i giudici della colonia, messi di fronte ad un così impressionante fenomeno di coscienza morale *sui generis*, attinsero, per quanto fu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società fondata sul legalismo occidentale. La realtà. che i compilatori del codice penale eritreo avevano innanzi agli occhi, era ancora quella di una società feudale.

Un codice generale che unificasse il diritto penale vigente in colonia, togliendo valore ad ogni altra fonte, era apparso a molti giuristi locali un momento necessario ed insieme simbolico della auspicata specialità del diritto coloniale. Investito di una funzione esemplare e pedagogica, il codice era considerato il mezzo per fondare in colonia un diritto certo. Tuttavia l'unità che i magistrati coloniali e lo stesso Martini si proponevano di raggiungere tendeva a conservare tutte le differenze normative tra i diversi abitanti d'Eritrea, anziché ad armonizzarle all'interno di un sistema generale ed astratto.

Il diritto penale certo, al quale i compilatori del codice eritreo tendevano, non era quanto ai contenuti un diritto unitario, astratto e formale; anzi, all'opposto doveva mostrarsi soprattutto rispettoso dei singoli particolarismi personali e del loro delicato equilibrio. Questa contraddizione in realtà non veniva colta da coloro che dichiaravano di voler conservare, attraverso l'amministrazione della giustizia, le colonie conquistate militarmente. In realtà, alla base della richiesta di codificazione avanzata dalla dirigenza coloniale, c'era un rapporto d'interdipendenza con l'assetto da dare agli apparati penali per i sudditi d'Africa, una volta superata l'emergenza dei tribunali militari. La realizzazione concreta, in termini giuridici, della giustizia occidentale era in connessione con il modello codice, anche per l'inutilità di una legislazione penale eccezionale e provvisoria che avrebbe prolungato soltanto gli arbitrii della giustizia

---

possibile, dalle fonti dell'equità: fonti sempre fresche e sempre salubri, che fecero grande il diritto dell'Impero, allorché alimentarono i *responsa prudentum* correggendo le *iniquitates iuris*" (R. FALCONE, *L'Amministrazione della giustizia nella Colonia Eritrea. Resoconto letto dì 23 gennaio 1905 all'assemblea generale del Tribunale d'Appello sedente in Asmara*, in *Atti Parlamentari, Legislatura XXIII, sessione 1909-1913, Camera dei Deputati, doc. LXII* cit., *Allegato 24*, pag. 315). E Martini nella sua relazione ricordava appunto che il "criterio proposto dalla magistratura fu quello di ricorrere al diritto patrio qualche volta, non nelle speciali e caratteristiche applicazioni, sibbene nelle affermazioni dei principi generali del diritto, che costituiscono come uno *ius commune*, miniera feconda di norme che dovrà con graduale estensione far sentire la propria benefica e civilizzatrice influenza sulla futura legislazione eritrea" (*Relazione Martini*, cit, p. 64).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

militare, allontanando definitivamente l'aspirazione per un ordine giuridico strumento di duratura pacificazione.

Il codice era manifestazione di questo bisogno di certezza legislativa, vivamente avvertita dai pochi italiani residenti in Eritrea, perché collegata alla esigenza di dare finalmente stabile indirizzo alla politica coloniale dello Stato italiano. I fautori del codice vedevano nell'amministrazione della giustizia ordinaria, nell'esercizio regolare della funzione giurisdizionale, uno degli strumenti più preziosi per il controllo del territorio africano e per l'avvio del processo di sfruttamento commerciale delle sue risorse.

L'esigenza si rilevava ancora più profonda per l'inefficacia dell'azione di prevenzione, affidata in colonia alla sola Arma dei Carabinieri ed all'esiguo numero dei suoi effettivi: i bisogni di sicurezza dei territori coloniali non richiedevano un'affermazione della potestà punitiva dello Stato al di fuori dello schema caratteristico del reato e delle pene proprio del codice. Le forze di polizia locali non erano neppure attrezzate, sia quantitativamente che qualitativamente, a prevenire i crimini degli appartenenti alle tribù indigene (25).

3. *Prevenzione e repressione: particolare rilievo della figura del giudice per le popolazioni indigene.*

In colonia la criminalità richiedeva risposte difformi da quelle proposte per i problemi di politica penale della madrepatria. I giovani togati d'Eritrea — la cui età media era intorno ai trent'anni (26) — insieme al Governatore Martini (27), rendendosi

---

(25) Sulla esiguità del personale, cfr. Ministero degli Affari Esteri, Comitato per la documentazione dell'opera dell'Italia in Africa, *L'Italia in Africa, serie giuridico-amministrativa*, I *(1869-1955). Il governo dei territori d'oltremare*, testi di C. MARINUCCI e T. COLUMBRANO, Roma 1963.

(26) In argomento P. SARACENO, *La magistratura coloniale italiana* (1886-1942), in *I magistrati italiani dall'unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, a cura di P. SARACENO, F. GRISPO, F. SCALAMBRINO, Roma 1988, pp. 275-289. I nomi sono quelli del napoletano Mario D'Amelio, di Raniero Falcone, William Caffarel, Antonio Marongiu. Per Pietro Saraceno i responsabili della selezione dei giudici coloniali erano il Ministero di Giustizia e quello delle Colonie. La scelta avveniva caso per caso "senza che si sia mai deliberato qualche criterio stabile, qualche principio al quale ispirarsi, insomma una politica del personale più sicura e costante" (*Ivi*, p. 289).

(27) Sono particolarmente attenti agli aspetti giuridici e istituzionali della gestione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conto delle difficoltà di applicazione della tipologia dei reati e delle pene del Codice Zanardelli per le popolazioni indigene, nonché della necessità di modificare in conseguenza anche i criteri circa le cause che escludevano o diminuivano l'imputabilità e la responsabilità penale, ritenevano comunque la forma codice la sola legge tra le leggi capace di mettere ordine.

In altri termini, l'apprezzamento per l'opera giuridica di riduzione della complessità offuscava nel contempo la capacità di avvertire che uno degli aspetti più caratterizzanti di quella tendenza al monismo giuridico era stata proprio la condanna del diritto consuetudinario, che essi invece volevano continuare ad applicare per i sudditi coloniali. Nelle sue grandi linee è dunque rilevabile un tentativo di modificazione del codice Zanardelli attraverso asimmetrici interventi sulle disuguaglianze personali: esse producevano per la società coloniale un sistema di giustizia differenziata che ruotava intorno al riconoscimento del valore intimidatorio delle consuetudini primitive locali ed al sistema dell'indeterminatezza della pena.

Con quest'operazione, da compiersi attraverso le regole dettate da un codice penale eritreo, i magistrati coloniali davano risalto al ruolo di mediazione tra società indigena e norme da essi stessi quotidianamente assolto nelle aule di giustizia italiana. È ovvio che nel contempo si snaturava fortemente l'identità del modello codice. Per svolgere un'azione di adeguamento nei confronti di un contenuto normativo troppo rigido, si violavano i principi di astrattezza, certezza e legalità propri di quel codice. È da notare che esso aveva prodotto in Italia effetti propulsivi (non realizzabili in Eritrea)

---

della Colonia Eritrea i due lunghi saggi dedicati all'attività di Ferdinando Martini già citati, ora in A. AQUARONE, *Dopo Adua*, cit., pp. 77-160 e 163-254, che testimoniano una lettura attenta e scrupolosa delle *Carte Ferdinando Martini* conservate presso l'Archivio Centrale dello Stato in Roma, nonché del suo *Diario Eritreo* che fu pubblicato senza data presso l'editore Vallecchi di Firenze, ma che può ritenersi del 1946, riportando una prefazione a firma R. A. datata maggio 1946. La sigla R. A. fu utilizzata per cautela da Riccardo Astuto che — attento curatore, in tempi d'epurazione, dei quattro corposi volumi del *Diario* — in una delle note (Vol. IV, p. 147) rivela di aver verificato le stesse consuetudini quando anch'egli nel 1930 aveva assunto "il governo dell'Eritrea". Peraltro, l'ex governatore fascista aveva informato dell'iniziativa di pubblicazione del *Diario* del Martini, da parte del Ministero dell'Africa Italiana, in R. ASTUTO, *Il Diario Eritreo di Ferdinando Martini*, in "Gli Annali dell'Africa Italiana", IV, (1941), pp. 1259-1285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché aveva costretto il paese, come ha sottolineato Sbriccoli, a misurarsi "con un livello di civiltà penale più elevato di quello che la società nel suo complesso sapeva esprimere" (28).

In colonia l'aspetto prevalente era quello pratico, così le modificazioni al codice Zanardelli si giustificavano come ricerca destinata soltanto a soddisfare esigenze locali e diverse, giammai come più generale partecipazione ad un dibattito su quel codice. Il disagio evidente nei confronti di una problematica criminale con caratteristiche etniche, religiose, ambientali profondamente diverse da quelle nazionali suggeriva così soluzioni improprie, imposte solo dall'urgenza di un ordinamento legislativo.

Questo particolare raccordo fra fonti del diritto e politica giudiziaria da attuare mediante la forma codice era invero indotta anche dall'opzione legislativa della legge del 1903 che, appunto, nel recepire le doglianze dei giudici coloniali — o meglio *i voti della magistratura* come si esprimeva il governatore Martini (29) — consentiva alla giurisprudenza un'applicazione fondata su un testo normativo da modificare. Inoltre, giocava un ruolo determinante nel lavoro di redazione di un codice penale eritreo, contenente tutte le categorie logiche alle quali collegare le conseguenze giuridiche delle condotte illecite non definite in madrepatria, una particolare e rilevante circostanza: l'assenza del ricorso a meccanismi di prevenzione.

Il tentativo di scogliere le contraddizioni del sistema penale in colonia passava anche attraverso questa differente situazione del controllo della devianza, che non presentava affatto quella duplicità di attribuzioni — preventiva e repressiva — propria della politica criminale nel Regno. Nel segno dell'emergenza, si sviluppava in Africa una politica penale per i nativi che stravolgeva il sistema delle pene e dell'imputabilità, comprimeva garanzie ed aggravava responsabilità solo per i sudditi coloniali. Ma tutto ciò avveniva senza ricorso a mezzi di prevenzione e neppure a disposizioni provvisorie.

---

(28) M. Sbriccoli, *Caratteri originari*, cit, p. 508.

(29) *Relazione Martini*, cit., p. 66 e ss.. "Insomma la magistratura propendeva per una elaborazione lenta ma progressiva, del diritto locale, sotto l'influenza del diritto islamico da prima, del diritto italiano poi, mediante una perseverante e illuminata opera della giurisprudenza, a somiglianza di quanto avvenne nell'antica Roma col pretore peregrino" (*Ivi*, p. 64).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per i territori coloniali, che già avevano vissuto la fase sommaria e pacificatrice della giustizia militare e che ora necessitavano di un ordinato livello di legalità giudiziaria, non veniva presa in considerazione alcuna ipotesi d'introduzione nel sistema primitivo locale d'istituti, principi e mezzi preventivi. Il ricorso allo strumento codicistico, era, per i togati locali artefici della politica penale della colonia, la risposta più efficace all'incivilimento delle popolazioni indigene e l'unico in grado di trasmettere, senza arbìtri, la regola della diversità nei confronti dei sudditi coloniali.

In questo inizio del Novecento, sia la classe dirigente italiana sia i nuovi funzionari e magistrati in colonia concordavano nel ritenere che l'ordine e la sicurezza dei pochi italiani — 1984, secondo il censimento del 1907, di cui 850 circa militari (30) — sarebbe stata meglio presidiata dalla vigenza di un codice locale in grado di trasmettere compiutamente l'ideologia dei colonizzatori. In Eritrea la creazione di un doppio binario normativo, tipico della madrepatria, per cui i principi e le garanzie affermate per alcuni, venivano poi sovvertite e derogate per altri, non richiedeva affatto "il *corpus* delle misure preventive — vero e proprio codice dei birbanti" (31) — da una parte, e il codice dall'altra a tutela delle "specifiche istanze garantistiche della giustizia per i galantuomini" (32).

In colonia non c'erano eccezioni per la regola del dominio degli Italiani sulla popolazione indigena. In conseguenza, il criterio della

---

(30) I dati sono quelli comunicati ufficialmente da Salvago Raggi per il Ministero degli Esteri e riprodotti in *L'Italia in Africa*, cit., II, *L'amministrazione della giustizia nei territori d'oltremare*, tomo I, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia* (1869-1936), Roma 1971, testo di V. MELLANA, p. 323. I dati del successivo censimento sono riportati in *Relazione Martini*, cit., vol. II, *Allegati*, Doc. n. 13, COLONIA ERITREA, *Censimento degli Europei ed assimilati dal 31 dicembre 1904 al 1° gennaio 1905*, pp. 103-133.

(31) L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990, p. 140.

(32) *Ivi*. Il tema delle risposte penali della classe dirigente italiana della fine dell'Ottocento è stato esaminato diffusamente da M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit.; sui principi cfr. F. COLAO, *Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in *I giudici e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento* a cura di A. MAZZACANE, Napoli 1986, pp. 112 e ss., sui *correttivi* di Crispi: L. MARTONE, *La difesa dell'Ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in *Giustizia penale e Ordine in Italia fra Otto e Novecento*, a cura IDEM, Napoli 1996, pp. 166-239.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legalità, per il bene di tutti, andava senz'altro fondato su una stabile differenza di *status* personale. In questa prospettiva le istituzioni penali ben potevano dunque recepire questo scopo strutturale del diritto nella pratica repressiva senza ricorrere a leggi di emergenza.

Così il problema della criminalità, che in madrepatria riceveva due risposte a volte tra loro alternative — quella preventiva affidata agli organi di polizia e quella repressiva di competenza dei giudici — si poneva in colonia in termini del tutto diversi. Pochissimi gli europei (come già detto) molti invece gli indigeni che commettevano reati per fanatismo, credenze religiose, tratta degli schiavi, razzia; figure criminose non contemplate dal codice Zanardelli e che solo un'adeguata pratica punitiva avrebbe potuto contrastare. In altre parole, con un'attenta modificazione del codice penale italiano, si potevano ottenere risultati apprezzabili per il disciplinamento della popolazione indigena nei confronti della quale era minimo il controllo sociale.

La questione, per la sua stessa natura coloniale e non nazionale, richiedeva quasi "un codice di razza" (33) che eliminasse "ogni disagio morale ed ogni flagrante opposizione di sentimenti, di principi, di interessi, pure tutelando soprattutto la nostra supremazia etnica e politica" (34). Questo il pensiero del Falcone, relatore del

(33) R. FALCONE, *Disegno di codice penale*, cit, p. 563.

(34) *Ivi*. Gli studi sul diritto coloniale hanno pochi cultori, forse per il disagio a trattare temi dei quali la coscienza collettiva si è voluta liberare. In occasione del centenario di Adua, Nicola Labanca si è chiesto se davvero la memoria coloniale "è diventata scomoda per una parte dell'Italia accademica e degli studi, di quelle della comunicazione di massa, soprattutto di quella ufficiale e delle istituzioni" (N. LABANCA, *Né esecrare né commemorare. Il centenario di Adua in Italia*, in "Italia contemporanea", 204/1996, p. 94). Eppure questo è un capitolo non marginale della storia italiana e neppure di quella giuridica. Invero le vicende giuridiche del passato coloniale del nostro paese, sono state sí segnate dalle incertezze e improvvisazioni dell'azione politica di quegli anni lontani, tuttavia, presentano, in relazione ai rapporti con la società africana, approfondimenti legislativi significativi. Senz'altro i temi riguardanti la cittadinanza e la personalità della legge (stato personale, diritto di famiglia, rapporti privati e diritto penale) influenzarono il processo decisionale che portò il governo fascista alla realizzazione di una legislazione antiebraica dopo il 1936, quasi in concomitanza con la conquista dell'Etiopia. Il sempre dichiarato rispetto del diritto indigeno, fu, infatti la regola costante di un sistema di separatezza razziale (cfr. G. MONDAINI, *La politica indigena dell'Italia coloniale*, I, in "Rivista coloniale", anno XIX, 1924, pp. 240-265),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

progetto di codice penale eritreo, che avrebbe dovuto dare alla magistratura la possibilità di amministrare la giustizia con prontezza e regolarità.

Le scelte di politica criminale in colonia erano dunque da collocarsi in una prospettiva diversa da quella del Regno. Non già alternanza tra misure di prevenzione e riconoscimento di livelli di libertà nel codice penale ma centralità della funzione giudiziaria, anche per l'autorità dagli indigeni riconosciuta al giudice.

In colonia il sistema di controllo della devianza proprio della madrepatria — codice penale liberale e leggi di polizia autoritarie — non trovava motivo di essere esportato. Per affrontare il problema della criminalità coloniale era sufficiente un efficace sistema delle pene e l'intervento del giudice.

In realtà, non di disciplinamento si trattava, ma di vero e proprio assoggettamento delle popolazioni indigene all'autorità dello Stato italiano; e per questo nei possedimenti coloniali, secondo la consolidata esperienza dell'espansione europea in Africa, prima si procedeva con le operazioni militari, poi si passava direttamente al riconoscimento pacifico dell'autorità italiana attraverso l'esercizio della funzione giudiziaria.

La fase della prevenzione era del tutto saltata o quanto meno poco influente per contrastare la criminalità in territori già pacificati dall'intervento militare. In colonia non vi erano classi marginali da controllare o oppositori politici, ma tribù ostili che traevano sostentamento da una pastorizia e da una agricoltura primitiva fondata sulla schiavitù. Il compito da assolvere era quello dell'educazione all'ob-

---

presentato "non come l'estrinsecazione del diritto o potere d'imperio ma piuttosto come eco fedele dei bisogni e delle esigenze delle nuove vie del progresso e della missione civilizzatrice dello Stato" (E. CUCINOTTA, *La legislazione coloniale italiana*, in "Rivista Coloniale", anno XIX, 1924, pp. 266-267). Ed è forse solo questa ipocrisia liberale, per la definizione della sudditanza coloniale, che segna nell'ambito della stessa logica di separatezza, la differenza con quella giuridica di ebreo della legge fascista del 1938. Sul tema della tutela della razza nei territori delle colonie si sono soffermati di recente G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, a cura di Luciano VIOLANTE, Torino 1997, pp. 787, che pongono in luce soprattutto "l'emanazione delle norme destinate alla popolazione coloniale al fine di ostacolare la *mescolanza* dei cittadini italiani con gli indigeni" (*Ivi*, p. 798).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bedienza di popolazioni con culture, etnie, religioni, condizioni e prospettive di vita completamente diverse da quelle occidentali. Di qui l'importanza della mediazione giudiziaria e di una legislazione ordinata ed uniforme per trasmettere un'immagine di giustizia non arbitraria e capace di ottenere, secondo l'ideologia coloniale della classe dirigente del tempo, il riconoscimento pacifico della "signoria dello Stato italiano" (35) e del suo compito civilizzatore.

La colonia era infatti considerata territorio di "espansione statuale" (36), un ambito geografico al quale veniva estesa "la signoria di un aggregato umano ad essa estraneo e quindi il costituirsi di un rapporto di appartenenza di questa terra allo Stato che codesto aggregato riduce ad unità di volere ed azione sotto un comune potere" (37).

Per affermare il "dominio dello Stato" (38) diveniva centrale il tema della giustizia perché nel territorio coloniale la figura del giudice, la sua sentenza, rappresentavano per gli indigeni la stessa autorità dello Stato colonizzatore. Il ruolo del giudice era importante per i sudditi coloniali ancor più di quello del Governatore. In Eritrea l'apparato giudiziario esprimeva insieme alla legalità, la capacità dello Stato colonizzatore di assicurare con le proprie sentenze l'ordine pubblico. In verità la giustizia funzionava con pochi magistrati ordinari (39), anche se di grande avvenire: si pensi al già citato Mario D'Amelio, ma anche al Ravizza, al Caffarel, al Facchinetti,

---

(35) A. MORI, *Il concetto giuridico di colonia e le sue recenti formulazioni nella dottrina italiana*, in "Rivista Coloniale", anno XIII, 1918, p. 466.

(36) *Ivi*. L'avvocato Angiolo Mori, professore di Legislazione coloniale nel Regio Istituto Orientale di Napoli, dal 1913 al 1920, fu l'autore di una raccolta in quattro volumi di disposizioni normative nazionali e locali applicate in colonia, a cui diede un titolo non proprio corrispondente al contenuto: A. MORI, *Manuale di Legislazione della Colonia Eritrea*, voll. 4, Roma 1914.

(37) A. MORI, *Il concetto giuridico di colonia*, cit., p. 470. Le colonie secondo il Mori "non sarebbero *nello Stato ma sotto* il dominio dello Stato" (A. MORI, *Il presupposto ed il concetto fondamentale del Diritto Coloniale*, in "Rivista Coloniale", anno XI, 1916, p. 369).

(38) *Ivi*. Sull'importanza per lo Stato di fissare "fondamentali linee portanti", nonché sul rilievo delle "armi" dell'astrattezza e dell'eguaglianza formale: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, soprattutto le considerazioni sulla complessità della civiltà contemporanea e l'idea di codice, pp. 85 e ss. .

(39) P. SARACENO, *La magistratura coloniale*, cit., p. 277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutti giudici in colonia e poi nei successivi anni venti/trenta consiglieri della Suprema Corte di Cassazione.

4. *Il modello tradito: la legalità tra discriminazione razziale e sistema penale differenziato.*

Invero la questione penale era centrale — soprattutto per quel che riguardava "le ragioni e i modi del proibire" (40) — nel determinare il rapporto con le popolazioni indigene. Era infatti per queste ultime che si poneva il problema di quale nozione di legalità adottare, quali penalità stabilire, quale sistema punitivo costruire: in una parola quale valenza espressiva assegnare alla giustizia penale.

La fase più intensamente costruttiva si ebbe allorché si tentò di elaborare il codice penale eritreo. Il modello codice, così come recepito dalla dottrina ottocentesca, offrì all'inizio una risposta che apparve organizzata e legale, segno di certezza del diritto e nello stesso tempo aderente alla realtà ambientale e in grado di attribuire alla magistratura, e non direttamente al Parlamento nazionale, il compito di imporre alle popolazioni indigene i principi dell'ordinamento giuridico italiano. Al riguardo non va dimenticata la valenza civilizzatrice allora attribuita all'espansione coloniale degli Stati europei. L'ispirazione codicistica, di cui fu attivo interprete oltre al D'Amelio soprattutto il governatore e deputato nazionale Ferdinando Martini, si scontrava però con una realtà sociale sostanzialmente e significativamente diversa da quella espressa dalla vita civile occidentale.

Questa scelta locale mostrava, soprattutto in termini di diritto

(40) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit, p. 494. Un tema sviluppato anche da Luciano Violante: "nella storia italiana la criminalità e le politiche criminali hanno avuto un peso del tutto anomalo, per la qualità più che per il numero dei delitti, per i confini troppo spesso sottili, tra politica e criminalità; per il troppo frequente ricorso al diritto penale o alle misure di polizia come strumenti di governo dei fenomeni economici e sociali. " (L. VIOLANTE, *Delinquere, perdonare, punire*, in *Storia d'Italia*, *Annali 12*, cit., p. XIX). Violante giustamente ha sottolineato che dall'Unità in poi "il modo di formazione dello Stato italiano fu prevalentemente coattivo" (*Ivi*, p. XXXIV) e che il ricorso ai poteri coercitivi fu pratica costante. In effetti nei territori coloniali lo Stato italiano prima dimostrava la sua forza con i militari, poi faceva affidamento sulla magistratura e sulla concezione autoritaria del diritto penale per ottenere il riconoscimento pacifico della propria supremazia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale, un arretramento dalle posizioni ormai acquisite dalla *penalistica civile italiana*: la commissione incaricata da Martini di redigere il progetto di codice eritreo aveva subito provveduto ad elaborare un sistema di sanzioni dove trovava immediato impiego, accanto all'intimidazione ed all'esempio terroristico delle pene corporali, anche la pena di morte bandita dal codice Zanardelli (41).

Invero, il tentativo di una codificazione specifica per i nuovi territori contava sul sostegno della giovane magistratura coloniale più che sulla sensibilità della classe dirigente liberale nazionale, disposta soltanto a considerare l'opportunità di un accomodamento del sistema codicistico vigente in madrepatria. Le ragioni che appoggiavano questa iniziativa erano tutte di ordine pubblico coloniale. L'affermazione dell'autorità dello Stato colonizzatore passava infatti attraverso una maggiore flessibilità ed adattabilità dell'ordinamento giuridico, assecondando le disuguaglianze nei confronti di popolazioni indigene che vivevano ancora in una società di tipo feudale. A spingere verso una soluzione codicistica autonoma erano soprattutto i giudici coloniali, in particolare il Falcone ed il D'Amelio, che in tal modo rivendicavano per la giurisdizione ordinaria un ruolo da protagonista nella politica coloniale italiana.

Era ovvia "la necessità" — come sosterrà anni dopo il Cucinotta, docente nella Regia Università di Roma, nel suo manuale di diritto coloniale — "che in taluni casi il giudice in colonia (fosse) libero di regolare i rapporti controversi secondo le specifiche esigenze del luogo, indubbiamente non previste dal nostro legislatore" (42). Un compito di supplenza che i giudici della colonia reclamavano per sé, sorretti da una impalcatura legislativa di tipo codicistico che rappresentava ai loro occhi il riferimento sicuro per l'esercizio della funzione giudiziaria; in tal modo collocata nell'am-

(41) Sul codice Zanardelli per tutti cfr. i saggi pubblicati in AA.VV., *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993.

(42) E. CUCINOTTA, *Diritto Coloniale Italiano*, 3ª ed., Roma 1938, p. 74. Per Cucinotta: "le leggi che governano gli indigeni infatti, non sono territoriali, ma eminentemente personali e si applicano dovunque essi risiedono, in considerazione che dipendono non dal territorio, non da una ripartizione geografica, ma dalla condizione in cui essi si trovano o dalla tribù o dalla stirpe alla quale appartengono" (*Ivi*, p. 40).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bito di un ordinamento sì coloniale, ma che era garanzia di certezza del diritto.

All'inizio gli operatori del diritto in colonia rivolsero il loro sguardo verso il porto sicuro della codificazione per evitare di provvedere con proprie decisioni — comunque soggette ad ulteriore gravame — alle lacune normative, alla coesistenza dei diversi diritti, a negare o modificare l'applicazione della legislazione patria quando non compatibile con le particolari condizioni dell'ambiente etico — religioso, sociale. Un testo normativo onnicomprensivo, impropriamente chiamato codice penale eritreo, per distinguerlo dal codice Zanardelli, giudicato inadatto ed impolitico se trasportato "di sana pianta in un paese come quello che noi occupiamo e possediamo, in mezzo a queste popolazioni tanto attardate nella via della civiltà" (43). Un codice che non era percepito come decisione politica della classe dirigente della madrepatria, ma piuttosto quale espressione compiuta del desiderio di autonomia dei togati locali, protagonisti della esperienza giuridica coloniale e forse unici conoscitori dei reali problemi determinati dall'espansione italiana nei territori africani.

Un codice, dunque, capace di dare svolgimento all'ordinamento giuridico italiano nella colonia attraverso il riconoscimento di tutte le diversità e soprattutto di tutte le specificità: in verità, nella terminologia dei giuristi che avevano fatto parte della Commissione coloniale, l'espressione codice, non aveva un significato tecnico definito. Al complesso di regole che disciplinavano in via generale la condotta dei sottoposti al sistema penale, si aggiungevano infatti anche norme che valevano solo per alcuni di essi, con una caratterizzazione del tutto divergente, non solo dalla cultura del codice ma, anche degli sviluppi posteriori; né vale a riscattarle il fatto che esse esprimessero esigenze che, in un certo qual modo, non erano eludibili.

Trovò espressione in Falcone, D'Amelio e Marongiu una cultura del codice assai poco organica. Per questi magistrati l'idea di un codice penale ben poteva esprimere condizioni di minore garanzia per alcuni e di massimo privilegio per altri. Il loro codice presentava

(43) A. Ravizza, *L'ordinamento legislativo della colonia Eritrea*, cit., p. 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per l'appunto un regime misto che rimaneva a metà strada fra la legalità del codice Zanardelli e il regime di diritto comune fondato su privilegi e libertà contrapposte: essi in realtà rimanevano innanzitutto dei colonizzatori con tutti i pregiudizi della propria condizione storica.

In tal modo il codice eritreo riusciva una specie di *summa* di norme differenziate, che introdotte per valutare la pericolosità del colpevole e la gravità del fatto dal punto di vista sociale — in ciò seguendo gli insegnamenti della Scuola Positiva (44) — costruiva tuttavia un sistema penale con forte caratterizzazione razziale. Per le diverse condizioni personali degli indigeni rispetto ai coloni i reati dei nativi non potevano considerarsi antigiuridici, ovvero compiutamente realizzati, una volta che mancava in essi l'estremo indispensabile della intenzionalità. Il selvaggio — ritenevano i sostenitori del codice speciale — delinque sospinto da motivi che rientrano nell'orbita di credenze, di fanatismi e di pregiudizi etnici, acquisiti ereditariamente dal suo complesso sociale. E tale condizione non era da considerarsi neppure eccezionale anzi era da ritenersi comportamento normale in rapporto a quell'ambiente sociale (45). Di qui la scelta teorica di un diverso sistema di imputabilità che solo il codice locale poteva rendere cogente.

Tuttavia già dopo il 1908 la necessità di una giustizia penale senz'altro differenziale cominciava ad essere perseguita indipendentemente dal modello codicistico. Quando ancora si attendeva la traduzione in arabo del codice penale eritreo per poterlo applicare in colonia, Ugo Conti già sosteneva che "converrà forse, innanzi tutto, la legge dei coloni e la legge degli indigeni. Infatti oltre le diversità di razza, dei costumi, ecc., le quali impongono diversa legislazione, esiste la diversità, per non dire l'opposizione degli

(44) Sui positivisti che posero al centro della loro attenzione la personalità dell'autore del reato modificando i presupposti classici della responsabilità penale, C. F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento* in *Storia d'Italia, Annuali 12*, cit. , pp. 7-34; ed anche la meno recente *Introduzione* di V. ACCATTATIS a G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale*, (1882), Milano 1978, pp. 9-36.

(45) Successivamente, quando tramonterà l'idea del codice penale eritreo, la magistratura coloniale giungerà a considerare l'azione delittuosa del selvaggio come compiuta in stato di incoscienza, o di semincoscienza, del valore antisociale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interessi" (46). Già allora — indipendentemente dal ridimensionamento degli organici della magistratura ordinaria in Eritrea voluto dal nuovo governatore Salvago Raggi con l'ordinamento giudiziario del 1908 — doveva essere acquisita in dottrina la considerazione che il modello codice rispondeva ad una idea di sistema concepito con valenza territoriale ed in rapporto ad una società dominata dall'uguaglianza formale. Dal punto di vista giuridico le discriminazioni sociali, le differenze di *status* personali, appartenevano ad un sistema opposto, ovvero a quello dell'Antico Regime.

Non a caso il codice Zanardelli svolgeva la sua funzione punitiva in rapporto al territorio nazionale e non agli *status* personali dei colpevoli. Nella sua formulazione invece il codice eritreo si collocava decisamente fuori dal classico schema codicistico che presupponeva astratte condizioni paritarie d'imputabilità e responsabilità; condizioni ritenute improponibili nell'Africa colonizzata. "È opportuno avvertire" — sottolineava Raffaele Garofano, relatore del disegno di codice penale eritreo innanzi al Consiglio Coloniale — "che le sanzioni penali non sono sempre identiche per gli europei e per gli indigeni, ancorché a questi si applichi il codice penale. Non era possibile invero non tener conto dell'effetto di una data minaccia penale su genti che hanno idee, sensibilità e tradizioni assai diversi dalle nostre, in modo che l'una o l'altra pena per il genere o per la misura di essa, potrebbe riuscire per gli indigeni del tutto inefficace, ovvero sproporzionata e intollerabile" (47).

Purtroppo questa modifica del sistema della pena avveniva senza che se ne cogliessero gli aspetti negativi: attenuazione delle garanzie, indebolimento delle tipizzazioni, introduzione della indeterminatezza delle pene, ovvero violazione di quel tradizionale complesso di principi giuridico-penali di cultura liberale che era il vanto del codice Zanardelli.

Per il Garofalo era "inevitabile la duplicità del sistema penale:

---

(46) U. Conti, *Diritto penale coloniale. Linee generali*, in "Rivista penale", anno XXXVI, 1910, p. 402. Sempre nel 1910 il Conti completò il suo volume sulla pena apparso nel IV volume della "Enciclopedia del diritto penale" diretta da Enrico Pessina (U. Conti, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, Milano 1904-1910, pp. 970) e Idem, *Saggio del Programma di un corso di diritto penale coloniale*, Roma 1910, pp. 47.

(47) R. Garofalo, *Il codice penale della colonia Eritrea*, cit., p. 134.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da una parte, le pene del codice italiano per gli europei"; dall'altra, per gli indigeni "la pena di morte o quella della relegazione, della confisca dei beni" (48), le pene corporali esistenti già nelle consuetudini dei luoghi "però con le limitazioni e i temperamenti della civiltà e l'umanità esigono" (49).

Certo, era un omaggio alla valorizzazione della nozione di pericolosità sociale, propria della Scuola Positiva, che però s'inseriva in un contesto non occidentale né borghese, dove veniva a mancare quel livellamento dei cittadini di fronte alla volontà normativa dello Stato che era presupposto della codificazione. Sul terreno africano parlare di codice, riconoscendo l'esistenza di *status* personali diversi,

---

(48) *Ivi*.

(49) *Ivi*, p. 134. La reintroduzione della pena di morte solo per i sudditi coloniali venne disposta dall'articolo 13 del *codice penale per la colonia Eritrea*, approvato con regio decreto 14 maggio 1908 n. 485 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del Regno il 29 agosto 1908 n. 202: "per i sudditi coloniali e gli assimilati sono conservate le pene stabilite dalle loro leggi o consuetudini", sicché "dove nel presente codice è stabilita la pena massima, s'intende quella dell'ergastolo per i cittadini o stranieri e quella della morte per i sudditi coloniali o assimilati". In altre parole le pene indigene, non erano direttamente elencate in questo codice ma venivano esplicitate soltanto se per lo stesso reato vi era differenza di sanzione tra italiani e indigeni, oppure se il legislatore coloniale aveva previsto delle limitazioni — come nel caso dell'articolo 35: "La pena indigena della fustigazione non si applica alle donne, né agli uomini che abbiano raggiunto i cinquant'anni o siano minori di dieci e in ogni caso non si applicheranno più di 25 colpi" — ovvero quando erano previste particolari condizioni di espiazione come nel caso della relegazione regolata dall'articolo 33.

In verità, la presenza della pena di morte nel codice, per chi legge la relazione del Falcone, sorprende non poco: al riguardo la maggioranza della Commissione nominata da Martini chiaramente manifestò la volontà di rimanere fedele al codice Zanardelli. Falcone, dopo aver esposto in dettaglio sia i motivi a favore che quelli contrari alla pena di morte per i sudditi coloniali, concluse sul punto senza equivoci affermando che "la maggioranza è stata abolizionista anche in Eritrea; ed è bello vedere, anche in questo nuovo lembo di terra italiana, il trionfo di una idea, che in patria fu giudicata, a buon diritto, una grande conquista della civiltà" (R. Falcone, *Disegno di codice penale*, cit., p. 609). Sicché è presumibile che la pena di morte, prevista già nel progetto D'Amelio-De Luca del 1901, sia stata reinserita nel testo definitivo del 1908 solo dopo la revisione compiuta della Commissione presieduta dal Garofalo e nominata dal Consiglio coloniale. Nel frattempo il Falcone, relatore sul primo libro, "alla giovane età di 35 anni era stato rapito ai vivi da male inesorabile, lasciando di sé indelebile ricordo per le doti squisite di mente e di cuore" (A. Ravizza, *Cenni di giurisprudenza penale eritrea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mariano d'Amelio*, vol. III, Roma, 1933, p. 199).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

era del tutto improprio: in concreto non di codice si trattava (50), ma di una compilazione, di una raccolta ufficiale di norme, che imbarbariva il codice Zanardelli. Grave era innanzitutto la reintroduzione della pena di morte per i sudditi coloniali, la cui abolizione era stata senz'altro il più significativo contenuto innovatore del codice penale del 1889; ma gravi erano anche il ritorno all'indeterminatezza della pena, all'efficacia della fustigazione e della relegazione, al lavoro coatto negli stabilimenti penali; tutti scopi repressivi ed esemplari per le popolazioni africane che costituivano un evidente regresso.

5. *La supplenza giurisprudenziale: Cassazione e giudici coloniali prima e dopo l'impresa di Libia.*

In effetti la diffidenza nei confronti del codice penale eritreo si manifestò subito in madrepatria e determinò poi una accanita resistenza alla sua promulgazione. Così, anche quando ne venne approvato il testo con l'articolo 1 del Regio Decreto n. 485 del 14 maggio 1908, la sua entrata in vigore fu contestualmente subordinata alla pubblicazione sul *Bollettino Ufficiale della Colonia Eritrea* "nelle traduzioni in lingua araba ed in lingua amarica" (51).

Il codice eritreo, così com'era scritto, riusciva "profondamente disarmonico e la disarmonia è ingiustizia" (52). Le critiche all'uso di

---

(50) In effetti, come ha scritto Cavanna, "il diritto penale appare senza eccezioni e ovunque la sfera in cui si aspirò a realizzare il più alto livello di certezza giuridica e la più profonda rottura sostanziale con l' *Ancien Régime*" (A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, p. 18). Il codice penale per l'Eritrea invece rimaneva lontano sul piano ideologico e tecnico dal modello codicistico.

(51) Articolo 3 del Regio Decreto 14 maggio 1908 n. 495, in *Leggi e decreti del Regno d'Italia*, Vol. V, 1908, p. 4034.

(52) B. ALIMENA, *Le legislazione penale dell'Eritrea*, in "La Cassazione Unica", anno XXIII, vol. XXII, n. 28, 1911, col. 866. Le critiche di Alimena sono durissime ed espresse con uno stile sarcastico: "Per elaborare il codice penale dell'Eritrea si è fatto, semplicemente, così: si è preso in mano il codice penale italiano, e poi, in esso, qui e lì, sono state conficcate tante *zeppe abissine*" (*Ivi*, col. 865). "Trovo iniquo, a dirittura, il divieto fatto agli indigeni di costituirsi parte civile contro un italiano... Che cosa si è temuto?" (*Ivi*, col. 870). "Si dice che la pena di morte non si è potuta abolire perché nelle colonie essa è necessaria... Io non entro in questa discussione, ma dico che si tocca l'assurdo, allor che un apposito articolo dice che: "Per l'applicazione della pena di morte, occorre che il delitto con essa punito sia affermato con i voti unanimi dai giudicanti" e che "qualora si abbia soltanto la maggioranza dei voti sarà inflitta la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un codice venivano anche da parte di coloro che lo ritenevano comunque un "dotto saggio delle nostre tendenze in materia di diritto penale coloniale" (53) e pertanto lo indicavano "soprattutto come faro al quale il giure locale debba tendere senza false rotte" (54).

La sospensione definitiva fu poi proposta espressamente con l'articolo 6 del progetto di legge del 1911 per il riordinamento della colonia Eritrea, ritenendosi inopportuno applicare alle genti indigene le disposizioni contenute nel codice già promulgato, ma mai entrato in vigore nel territorio coloniale, perché non pubblicato sul Bollettino né in italiano né tantopiù in lingua araba ed amarica.

Dopo l'impresa di Libia del 1912 si fece strada a livello nazionale la convinzione della non convenienza politica del modello codicistico per imporre in sede locale un doppio regime giuridico. La prospettiva di una politica di assimilazione e popolamento favorita dalla possibilità di indirizzare su quel nuovo territorio (quasi una *quarta sponda*), il flusso dell'emigrazione italiana, aprì infatti la strada a soluzioni più flessibili e pragmatiche non definitivamente fissate in un testo normativo destinato a divenire senz'altro esaustivo. "Il tentativo di creare un diritto italo — eritreo di valore

---

reclusione perpetua"... E si tocca l'assurdo, perché volendo evitare lo scoglio dell'errore giudiziario, si finisce con proporzionare la pena non al delitto... ma alla prova... "Non credo felice l'idea della pena indigena della fustigazione... Sì: la difesa sociale — va bene — ma è difesa sociale anche la difesa dei sentimenti lentamente e definitivamente acquistati. *Che cosa, altrimenti, ci vieterebbe di segnare con un marchio la fronte dei condannati, risparmiando le spese e l'ingombro dei casellari giudiziari? "* (*Ivi*, coll. 867-868).

(53) E. PETAZZI, *L'odierno diritto penale consuetudinario dello Hamasien* (ERITREA), Asmara, 1918, p. 7.

(54) *Ivi*. Il Petazzi, dottore in Scienze Politiche e Coloniali, fu addetto per tre anni al Commissariato Regionale dello Hamasien, e in questa qualità provvide a raccogliere il materiale inedito sulle consuetudini delle popolazioni eritree. Sulle consuetudini indigene: G. DE STEFANO, *Il diritto penale nell'Hamasien ed il Fetha Neghest*, Firenze, 1897; R. FALCONE, *Del diritto italiano e del diritto indigeno nell'Africa italiana*, in *Atti del Congresso Coloniale Italiano in Asmara*, cit. , vol. I, pp. 189 e ss.; G. CIAMARRA, *La giustizia nelle colonie*, Mogadiscio, 1912; C. SOLINAS - DE LOGU, *Condizione giuridica e politica degli indigeni nella Colonia Eritrea*, Sassari, 1912.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

territoriale anziché personale" (55) fallì così definitivamente, quando a Tripoli cominciò a sventolare il tricolore.

Le diverse caratteristiche ambientali della Libia rispetto all'Eritrea spinsero — in verità a distanza di molti anni — lo stesso Ravizza, fautore di quel codice eritreo, a considerare non "ardito affermare che non è il caso di pensare ad un codice penale speciale per la Libia. Questo apporterebbe l'inconveniente di far coesistere nello stesso territorio una doppia legislazione penale, con l'inevitabile confusione, le patenti incongruenze e la più iniqua ingiustizia nel caso in cui vi fossero per uno stesso reato imputati di diversa civiltà e nazionalità i quali sarebbero o meno ritenuti colpevoli in grado maggiore o minore e puniti in modo diverso, oltre che quantitativamente qualitativamente solo perché arabi, ebrei, metropolitani o stranieri. Ne sarebbe il caso di far rivivere e codificare consuetudini viete e superate in buona parte per allontanare così dalla civiltà che l'Italia ha portato in Libia, popoli arretrati sì, ma suscettibili di miglioramento" (56).

In realtà, per permettere alla popolazione indigena di attendere con animo tranquillo e fiducioso al proprio avvenire, era necessario risolvere comunque il problema dell'applicazione delle leggi metropolitane in colonia. Entro questa nuova prospettiva coloniale, che aveva già sperimentato forme più evolute di legislazione, tra le quali il codice penale ottomano per la Tripolitania venne maturando l'idea di un sistema in cui il ruolo del giudice fosse ulteriormente esaltato proprio per l'assenza di un codice speciale.

---

(55) G. MONDAINI, *Il diritto coloniale italiano nella sua evoluzione storica (1882-1939)*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, vol. 3, Milano, 1939, p. 22.

(56) A. RAVIZZA, *La Libia nel suo ordinamento giuridico*, Padova, 1931, p. 213. I due decreti-legge 1 giugno 1919 e 31 ottobre 1919, per la Tripolitania e la Cirenaica (solo più tardi denominata Libia) comunemente detti *Stati libici* per il loro contenuto di garanzie costituzionali e di forme rappresentative (un Parlamento della Colonia e Consigli Locali) di tipo occidentale, aprirono una nuova stagione politica. Elemento nuovo fu "la sostituzione, all'antica *sudditanza* degli indigeni, di una cittadinanza italiana propria della colonia (*cittadinanza italiana della Tripolitania e cittadinanza italiana della Cirenaica*) che conferiva ai soggetti di essa speciali diritti (civili e politici) e doveri e trasformabile facilmente in cittadinanza italiana metropolitana, cioè completa, quando ricorressero speciali condizioni e l'interessato rinunciasse a date prerogative (poligamia) del suo statuto personale". (G. MONDAINI, *Il diritto coloniale*, cit., p. 29).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così, almeno sino alla promulgazione del codice Rocco, per gli indigeni finì per essere vigente il diritto penale fondato sulle consuetudini locali, salvo le modificazioni introdotte dal Governatore, ed il codice penale Zanardelli per i soli reati di competenza della Corte di Assise, nonché le decisioni della giurisprudenza coloniale. In questo modo, proprio dalla giurisprudenza coloniale il legislatore italiano avrebbe dovuto trarre i migliori suggerimenti per il regolamento giuridico della colonia, "perché è la vita giudiziaria che meglio fa discernere quanto di veramente buono e utilizzabile può trovarsi al di fuori delle nostre leggi" (57). Che una scelta razziale così esplicita non potesse rimanere cristallizzata in un testo normativo che avrebbe costituito il punto di riferimento dei rapporti con le popolazioni musulmane cominciò ad essere evidente alla classe dirigente giolittiana una volta occupate le coste della Cirenaica e della Tripolitania.

Per le colonie, si faceva così strada la scelta di un sistema di diritto comune del tutto opposto agli schemi di uniformità codicistici; schemi che solo alcuni anni prima la coscienza giuridica coloniale aveva tentato d'imporre alla classe dirigente nazionale. Il riconoscimento degli *status* soggettivi, delle disuguaglianze tra popoli di diversa etnia, religione e razza, soltanto ora mostrò a tutti che la componente discriminatoria non era collocabile entro gli argini teorici propri del modello codicistico.

---

(57) E. VULTERINI, *La giustizia penale in Tripolitania*, in "Rivista penale", anno L, 1924, vol. XCIX, p. 492; la trattazione continua nel volume seguente, vol. C, pp. 84-100. Del resto sin dal 1912 per la Libia si sostenne un indirizzo legislativo innovatore: "L'opera legislativa in tutti i campi di attività giuridica dev'essere quindi alacre e sapiente, ispirata sempre alla necessità suprema di attrarre nell'orbita della civiltà e della italianità queste regioni lungamente abbandonate, questi popoli avviliti dalla miseria, abbrutiti da un ostinato selvaggio" (G. LA ROCCA, *Sull'amministrazione della giustizia in Tripolitania*, in "Rivista di diritto pubblico", anno IV, 1912, parte prima, p. 193). In argomento anche G. FACCHINETTI, *L'amministrazione della giustizia in Libia*, in "La Giustizia Penale", vol. XXII, 1916, coll. 609-616. Molto polemico invece l'intervento di Luigi Lucchini, direttore della Rivista penale: L. LUCCHINI, *Giustizia penale in Libia*, in "Rivista penale", anno XXIX, 1913, pp. 755-758 e IDEM, *Ordinamento giudiziario in Libia*, in "Rivista penale", anno XL, 1914, p. 245. Sulla testimonianza del Lucchini cfr. il bel lavoro di G. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano 1984, che occupa un posto a sé nella esigua storiografia sulle problematiche del diritto coloniale italiano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si giunse così a prendere atto della situazione del diritto realmente praticata nel suo svolgimento giurisprudenziale, e si assecondò questa tendenza anche nella prospettiva di una progressiva politica di assimilazione. A questo punto, una volta reso illusorio il controverso tentativo codificatorio speciale, cominciò ad emergere in primo piano la richiesta di un riconoscimento esplicito del valore legislativo del giudice coloniale che nel ricercare la conferma del diritto caso per caso finiva con l'individuare le norme per punire senza offendere il senso di giustizia delle popolazioni soggette. Tuttavia il passaggio dal dato relativo a quello assoluto della supplenza giurisprudenziale non fu rapido e non fu neppure favorito dagli orientamenti della Cassazione di Roma.

Sin dagli inizi del Novecento le incertezze intorno all'efficacia delle leggi del Regno in Eritrea furono ampiamente dibattute tra i tribunali coloniali e la Corte di Cassazione di Roma. Una prima sentenza della Cassazione romana in data 30 aprile 1894 ([58]) si pronunciò per la piena applicabilità alla colonia Eritrea delle leggi del Regno in base al principio espresso dalla Cassazione francese con la notissima e già citata decisione del 17 novembre 1865, secondo il quale *la legislazione segue la bandiera*.

Ad ogni modo il principio della specialità della legislazione coloniale andava affermandosi, e vi aderì sia pure ancora timidamente la Cassazione romana con la sentenza 4 dicembre 1901 ([59]), decidendo che in colonia non si intendevano *ipso iure* estese le leggi del Regno quanto agli italiani.. Ma questo accenno ad una modificazione di tendenza venne subito represso da un'altra pronuncia della stessa Corte di Cassazione di Roma, in data 21 dicembre 1901, che annullò una sentenza della Corte di Appello di Ancona, in data 18-23 luglio 1900. I giudici di merito avevano ritenuto che le leggi del Regno, specialmente prima del R.D. 22 maggio 1894 n. 201, non fossero imperanti nella colonia Eritrea nella loro interezza, ma dovessero applicarsi *come si poteva*, rispetto agli indigeni dai quali non era da pretenderne un'esatta cognizione. La Corte di Cassazione

([58]) Sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 30.4.1894, in "Il Foro Italiano", 1894, I, p. 465.

([59]) Sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 4.12.1912, in "Il Foro Italiano", 1901, I, p. 1393.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affermava chiaramente il principio che "le leggi dello Stato, quando non siano da leggi speciali derogate, hanno vigore nella colonia, sicché alle disposizioni dei codici metropolitani si doveva ricorrere quando mancasse una legge propria" (60), ma che non si doveva ammettere un'applicazione di esse *come si poteva*, giacché ciò avrebbe portato all'arbitrio del giudice e all'incertezza della norma giuridica.

Di contrario avviso fu la IV Sezione del Consiglio di Stato, la quale con decisione 30 maggio 1902, svolgendo la tesi appena abbozzata dalla Cassazione di Roma con la sentenza 4/12/1901, dichiarò che l'applicazione delle leggi metropolitane alla colonia trovava spesso ostacolo nella diversità o nella mancanza dei presupposti ad essa necessari e che occorreva vedere ogni volta se e sino a qual punto una data legge di ordine pubblico o di diritto privato potesse ritenersi applicabile nel territorio della colonia. Come linea di massima però "la legislazione del Regno d'Italia può avere vigore nell'Eritrea solo in quanto la legislazione propria della colonia la richiami, o come elemento integrativo o complementare, o per ragioni di analogia, o solo in quanto la legislazione propria dell'Eritrea non possa avere altrimenti applicazione od esecuzione" (61).

Il contrasto dei due autorevoli Collegi rendeva evidente l'incertezza della realtà effettiva e scopriva il ruolo decisivo rivendicato dalla Corte di Cassazione nel processo di applicazione della legge metropolitana in colonia.

Infatti se la legislazione successiva al 1903 riconobbe sempre più la capacità di mediazione dei giudici coloniali, la giurisprudenza della Cassazione esaltò un tipico meccanismo riduttivo rispetto alle loro decisioni, attribuendosi nei confronti delle sentenze dei magistrati coloniali un accentuato *röle pedagogique* che non costituì una condizione ideale per la loro creatività. Non a caso, quando dopo il 1930 divenne centrale il problema dell'applicazione nei territori coloniali del nuovo codice penale Rocco senza alcuna pubblicazione

(60) Sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 21.12.1901, in "Il Foro Italiano", 1902, I, p. 1. La sentenza della Corte di Appello di Ancona, 18 - 23 luglio 1900 fu riportata in "Il Foro Italiano", 1900, I, p. 697.

(61) Decisione del Consiglio di Stato, IV Sezione, 30.5.1902, in "Il Foro Italiano", 1902, III, p. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in colonia, molti giuristi intervennero sulla questione per contrastare questa volontà legislativa che non teneva conto della difesa delle situazioni di *status*, ricordando proprio la prudenza della giurisprudenza coloniale e le sue affievolite capacità di innovazione.

Invero la circolazione della giurisprudenza coloniale era per lo più locale e modesta; una impressione non condivisa dal Cucinotta che con esagerato rilievo segnalava trattarsi di "ricco materiale giurisprudenziale, la cui grande importanza è già stata additata", e di cui abbiamo "quanto alla Somalia italiana, la raccolta del Ciamarra; quanto, poi, alle colonie libiche la giurisprudenza di quella Corte di Appello già raccolta in due volumi, il primo a cura del Caffarel, l'altro a cura del Martina e del Valenzi; di quella Eritrea, infine, non si conoscono che poche massime pubblicate qua e là. Delle massime adottate dagli organi giurisdizionali coloniali si ha anche notizia nelle relazioni statistiche sull'amministrazione della giustizia nelle diverse colonie, pubblicate in talune di esse come in quelle libiche, periodicamente" (62).

In realtà, con l'impresa di Libia il ruolo della magistratura ordinaria ritornò centrale per l'amministrazione della giustizia penale nella nuova colonia. L'ordinamento per l'Eritrea del 1908 — che aveva sostanzialmente ridisegnato il ruolo della magistratura togata affidando le competenze in materia penale ai commissari regionali ovvero ai funzionari amministrativi nominati dal Governatore — non venne esteso ai territori della Cirenaica e della Tripolitania. Le differenze tra la colonia primigenia e i nuovi territori sull'altra sponda del Mediterraneo, immediatamente avvertite dalla dirigenza giolittiana, suggerirono scelte diverse. Si tenne infatti conto della necessità di una politica di collaborazione con le popolazioni arabe. In questo contesto, non apparve opportuno un sistema di giustizia affidato a funzionari coloniali senza specifica competenza, per lo più — come in Eritrea e soprattutto in Somalia — con un passato militare.

La Libia era stata governata dai turchi con una propria legislazione che aveva già preso il sopravvento su quella indigena. A differenza degli eritrei, i libici avevano già conosciuto ordini giudi-

(62) E. Cucinotta, *Gli studi giuridici coloniali in Italia*, in *Atti del Primo Convegno di Studi Coloniali*, Firenze, 8-12 aprile 1931, vol. V, *IV Sezione Giuridica*, Firenze, 1931, p. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ziari e procedure più evolute di quelle consuetudinarie. Inoltre la popolazione, in maggioranza musulmana, esprimeva un più elevato livello di civiltà; così, per conseguire la pacificazione, fu seguita inizialmente una politica che garantiva ai libici alcuni diritti, che li associava al governo della cosa pubblica, che riconosceva loro forme limitate di rappresentanza consultiva. In questo contesto si inseriscono le norme sull'ordinamento giudiziario che affidavano a magistrati togati ed a circoscrizioni giudiziarie costituite da Tribunali regionali e Corti d'Assise, nonché alla Corte d'Appello di Tripoli, l'amministrazione della giustizia in Libia.

Notevole importanza, in questo processo di riconoscimento del ruolo dei giudici coloniali nell'interpretare le differenze fra il Regno ed i territori africani, ebbero poi gli Statuti Libici del 1919 perché disciplinarono una nuova specie di cittadinanza italiana, cioè la cittadinanza italiana libica (63) che attenuava la discriminazione razziale e la visione del dominio di cui uno Stato civilizzato su popoli ritenuti inferiori per cultura ed etnia.

E così avvenne che la sconfitta del progetto di Codice penale eritreo, dopo il 1912, aprì la via alla supplenza giurisprudenziale ed al riconoscimento legislativo della mediazione togata.

Nell'ordinamento giudiziario per la Libia del 1913 vi è esplicita menzione della particolare conoscenza della fattispecie da parte della magistratura coloniale, che pertanto ben poteva dettare le soluzioni interpretative più appropriate. Del resto, era stata questa l'opinione manifestata dallo Scialoja quando aveva, pur nella sua ambigua posizione (64), sostenuto l'abbandono dell'intervento codi-

---

(63) Sulla differenza tra *cittadini metropolitani* e *cittadini libici*: A. CICCHITTI, *Cittadinanza e Sudditanza nella legislazione coloniale italiana*, in "Rivista Coloniale", anno XIX, 1924, pp. 100 e ss., e pp. 161 e ss. Sulla politica italiana di tutela e distinzione dell'elemento italiano da quello locale: E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'età liberale*, in "CLIO", anno XXX, n. 1 (1995), pp. 65-95. Per una testimonianza contemporanea sulla stessa questione, ma relativa al periodo fascista: I. PAPINI, *La condizione giuridica delle popolazioni nelle colonie italiane*, in "Rivista delle colonie italiane", anno VIII, 1934, pp. 82-96.

(64) In realtà, la posizione fortemente polemica dello Scialoja rispetto alla codificazione eritrea, non risulta pienamente compresa dai suoi contemporanei, tanto che negli atti del Primo Convegno di Studi Coloniali del 1931 si legge che "lo studio degli ordinamenti consuetudinari eritrei ha permesso ad un nostro grande maestro, a Vittorio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficatorio. Dopo l'impresa di Libia anche il legislatore nazionale, ormai convinto dell'inutilità di codici speciali per le colonie, cominciava a dimostrare la sua fiducia nell'opera di adattamento della giurisprudenza, riconoscendo formalmente opportune libertà all'operato dei giudici.

Non a caso, dunque, nell'ordinamento giudiziario della Libia si riconobbe esplicitamente la facoltà del giudice di applicare il codice Zanardelli per quanto era consentito dalle condizioni locali (65). Alla prova dei fatti anche il D'Amelio nel 1914 — pur non riuscendo a spiegarsi "come sia accaduta questa cosa assurda" (ovvero l'abbandono del codice penale eritreo) — rilevava che il problema aveva assunto una nuova configurazione: "per fortuna anche in Eritrea la verità ha avuto ragione del confusionismo di idee e buona parte dei principi accolti nel codice sono ora ugualmente osservati, o perché penetranti negli ordinamenti speciali o perché imposti dall'obbligo dell'osservazione delle consuetudini locali" (66).

In effetti la pratica della giustizia differenziata aveva trovato riconoscimento nell'ambito di un sistema di diritto comune più consono ad una società ancora feudale, dove la differenza di razza e di religione rivendicava un'attenzione specifica più da parte della magistratura che del legislatore. Le differenze di *status* non potevano aderire alla disciplina codicistica che, come sostiene Caroni nelle lezioni catalane, aspira invece a nascondere pudicamente le disuguaglianze fingendo di essere omogenea (67).

Scialoja, di compilare il Codice Civile Eritreo, che offre un mirabile esempio di codificazione" (G. Bolla, *Consuetudini indigene e diritto agrario coloniale*, in *Atti del Primo Convegno di Studi Coloniali*, cit., p. 250). Dagli *Atti* risulta anche che il Presidente di turno si complimentò con l'oratore per il contributo portato al Congresso (*Ivi*, p. 253).

(65) Ciò avvenne in base all'articolo 69 del Regio Decreto, 20 marzo 1913, n. 289.

(66) M. D'Amelio, *Di alcuni caratteri della legislazione penale in Libia*, in "La Scuola Positiva", 1914, p. 9. Questo articolo di 14 pagine, così come i precedenti lavori di diritto coloniale, portano una indicazione anagrafica difforme da quella degli *Studi in onore* del 1933, citati nella precedente nota n. 52: mentre gli articoli sino al 1914 sono tutti firmati Mario D'Amelio, gli *Studi* risultano invece in onore di Mariano d'Amelio, che è poi il nome di persona, ma non di famiglia, con il quale viene normalmente citato ovvero Mariano D'Amelio. È quest'ultimo infatti il nome e cognome con il quale è riportato sul "Dizionario Biografico degli Italiani", Vol. XXXII, Roma 1986, pp. 310-314 ("voce" di V. Clemente).

(67) P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, p. 95. La valenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, per effetto di questo nuovo mandato, accettato anche dai giudici che avevano voluto il codice penale eritreo, la giurisprudenza nelle colonie tendeva ad assumere un evidente carattere pretorile. E questa strada passò soprattutto attraverso il decreto luogotenenziale del 15 aprile 1917 n. 938, che approvando le norme complementari dell'Ordinamento Giudiziario della Libia del 1913, all'articolo 1 esplicitamente fissò il principio che "nell'adattare le leggi alle condizioni locali *il giudice deve con le sue decisioni fissare la norma* che meglio disciplini i rapporti controversi, apportando alle leggi quelle modificazioni, che, *se egli fosse stato legislatore*, avrebbe stabilito per regolare gli stessi rapporti del diritto".

Si giunse con questa norma a dare dunque soluzione al problema fondamentale che preoccupava la legislazione coloniale sin

---

astratta e generale del codice sottolineata da Caroni, che alle nuove entità oggi più non conviene, ma che ancora verso la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento rappresentava la società in modo unitario ed uniforme "considerandola perciò destinataria di una stessa legge", (*Ivi*, p. 94) era un paradigma del tutto estraneo alla società coloniale che distingueva fortemente tra coloni e colonizzati. "Nel 1804 il *Code civil*, che per la prima volta recapitava in modo uniforme il suo messaggio unitario a tutti i francesi, non regolava oramai più una società feudale, scopertamente gerarchizzata, ma piuttosto omogenea ed uniforme *società di individui*" (*Ivi*, p. 109). Caroni, che considera il principio dell'eguaglianza formale un tratto caratteristico delle codificazioni borghesi, anche se in funzione della disuguaglianza materiale (*Idem*, cfr. pp. 148-151), non ha trascurato di osservare in questa prospettiva dogmatica che la codificazione rappresenta "un sistema opposto ed alternativo a quello del diritto comune, e perseguiva lo scopo dichiarato di spodestarlo e sostituirlo" (*Ivi*, p. 39) La linea di demarcazione tra i due sistemi riguarda i rispettivi sistemi delle fonti: "Due diversi modi di guardare al diritto, di crearlo e di farne oggetto di riflessione scientifica. Al centro del sistema del diritto comune stava una fonte giuridica ancorata alla storia... Al centro del sistema codificatorio campeggiava invece una fonte giuridica, la cui positività non è ormai più determinata dalla vigenza storica" (*Ivi*, p. 40). Invece in colonia, attraverso l'intervento codificatorio dello Stato coloniale, si volevano applicare per le popolazioni indigene le norme consuetudinarie attraverso l'*interpretatio* di magistrati che non conoscevano la loro lingua e neppure erano in possesso di raccolte ufficiali dei loro usi giuridici. Ancora nel 1935, dopo diversi decenni di presenza italiana in Africa, il Pollera confessava che "se si fa eccezione del Fethà Negast per i cristiani, raramente applicato e consultato e conosciuto da pochissimi anche in Abissinia, e del Corano per i mussulmani, l'amministrazione della giustizia è regolata dunque dalle usanze, le quali poggiano quasi esclusivamente sulla tradizione orale di ciascuna razza o stirpe" (A. POLLERA, *L'Italia e le popolazioni dell'Eritrea*, in "Annali del Regio Istituto Superiore Orientale di Napoli", vol. VIII, fasc. 1, ottobre 1935, p. 68).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dagli inizi della nostra espansione: quello cioè del modo di applicare alle colonie le leggi del territorio metropolitano. Alla prudente discrezionalità del giudice, che era a più diretto e continuo contatto con la realtà coloniale, veniva ora affidato, addirittura, un compito definito legislativo (68). Ma dopo il fallimento del codice speciale, veramente il legislatore della madrepatria intendeva privilegiare "il formarsi di una giurisprudenza, il cui ripetersi costante darà carattere di stabilità al diritto modificato?" (69).

La domanda del Mori non era retorica: davvero si riconosceva al giudice coloniale qualità di legislatore, vincolandolo per il futuro alle proprie sentenze? In realtà la Cassazione di Roma, ogni volta che i giudici coloniali avevano tentato di essere veramente creativi, aveva respinto le loro decisioni determinando un atteggiamento ben poco creativo e molto prudente. La cittadinanza ai libici lasciava presagire per il futuro un orientamento più favorevole a riconoscere la specialità del diritto coloniale e soprattutto a modificare l'assoggettamento legislativo della *quarta sponda* (70).

Invero, mutando la politica indigena orientata verso la distinzione dell'elemento italiano da quello locale con l'attribuzione alle popolazioni coloniali dello *status* di sudditi italiani, si aprivano nuovi orizzonti. Tuttavia, l'articolo 1 delle norme complementari dell'Ordinamento Giudiziario per la Tripolitania e la Cirenaica non si era mosso in questa direzione. Questa atmosfera di esaltazione legislativa della supplenza giurisdizionale, è bene sottolinearlo, non eliminò affatto il sistema della giustizia differenziata; anzi si può affermare che, nel periodo che grosso modo copre gli anni tra la

(68) A. MORI, *L'ordinamento giudiziario della Libia. Le norme complementari al R. D. 20 marzo 1913 n. 289*, in "Rivista Coloniale", anno XIII, 1918, pp. 384-385.

(69) *Ivi*, p. 385.

(70) Gli Statuti Libici, ebbero vita breve, anzi, brevissima, a differenza delle norme sull'ordinamento giudiziario. Ed è significativo che ciò sia avvenuto ancor prima della marcia su Roma: "la svolta della politica italiana in Tripolitania fu compiuta nel gennaio 1922, prima cioè dell'avvento al potere del fascismo; quasi a segnare con più evidenza la continuità tra la politica coloniale dell'Italia liberale e quella dell'Italia fascista" (G. ROCHAT, *Il colonialismo italiano*, Torino, 1973, p. 98). Secondo il Rochat la svolta fu dovuta soprattutto al "grande finanziere Volpi, che aveva negoziato la pace del 1912 per conto di Giolitti e fu governatore della Tripolitania dal 1921 al 1925 e poi gerarca influente" (*Ivi*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima guerra mondiale e le *leggi fascistissime*, il diritto penale nelle colonie continuò a rimanere sospeso tra i due estremi tradizionali: la manipolazione delle consuetudini e della legge islamica per i nativi ed il carattere legislativo del diritto nazionale per i cittadini italiani residenti nei territori coloniali.

La visione dei problemi della criminalità non divenne più organica ed omogenea soltanto perché le linee della costruzione normativa non poggiavano più esclusivamente sull'autorità del Codice Zanardelli, ma anche sulla capacità d'interpretazione giurisprudenziale dei commissari in Eritrea ed in Somalia e della magistratura coloniale in Libia. I giudici coloniali — togati e non togati — in effetti, non si allontanarono dall'impianto ideologico che era stato alla base delle modificazioni, né poche né lievi, apportate con il codice penale eritreo mai entrato in vigore. Inoltre gli avvenimenti che si svolsero dall'impresa di Libia agli anni Venti non determinarono orientamenti consolidati destinati a restare costanti. Difatti, questa stagione di possibili modificazioni giurisprudenziali della legislazione patria sembrò chiudersi repentinamente nel momento in cui venne attuandosi l'ordinamento dello Stato totalitario.

6. *Nuovo ruolo del governo fascista nella politica coloniale. Il codice Rocco e la sua contestata estensione alle colonie.*

È stato scritto che con l'avvento al potere del fascismo non ebbe inizio una nuova politica coloniale italiana e che questa solo a partire dal 1927 (71) acquistò caratteri di pacificazione militare ed una sempre più nascosta tendenza all'espansione sulla base di confuse formulazioni d'interessi italiani in politica estera. In realtà anche sul piano giuridico, dopo un'iniziale continuità, si verificò un mutamento d'indirizzo tendente all'affermazione dello *Stato forte* anche nei rapporti con la colonia. Ad ogni modo questa accentuazione autoritaria nei confronti dei sudditi coloniali si verificò solo dopo la conquista dell'Impero, in particolare fu l'istituzione delle Corti d'Appello e di Assise di Addis Abbeba a dare inizio ad un'ultima brevissima stagione della giurisprudenza coloniale.

---

(71) L. GOGLIA, *L'imperialismo coloniale fascista*, in L. GOGLIA-F. GRASSI, *Il colonialismo italiano da Adua all'Impero*, Bari, 1993, p. 206.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In particolare nel governo fascista si determinò il sovrapporsi di un nuovo indirizzo politico tendente a fare dell'esecutivo il legislatore per le colonie. Questa variante accentratrice si adoperò per dare rapidamente ad ognuna delle colonie un proprio ordinamento giuridico organico, in grado di fondere in un *corpus* unitario tutte le disposizioni legislative riguardanti i poteri del Governatore ed i rapporti gerarchici tra questi e le principali autorità della colonia, la sudditanza coloniale, gli ordinamenti municipale, finanziario e giudiziario, la materia delicatissima della pubblicazione ed entrata in vigore nei territori coloniali dei codici, delle leggi, decreti e regolamenti della madrepatria.

E quello giudiziario della Libia del 1928 soppresse appunto la facoltà legislativa, prima attribuita al giudice coloniale, di "supplire ai casi nuovi di rapporti giuridici e provvedere con norme giuridiche ai frequenti casi di lacune legislative, dovute alla coesistenza di diversi diritti tra cui alcuni non scritti" (72). Il Ravizza — che era stato giudice per lunghi anni prima in Eritrea e poi presso la Corte d'Appello della Libia, ed al momento in cui pubblicò il suo volume sulla Libia era consigliere della Corte di Cassazione — dopo aver ricordato il prudente uso di tale facoltà da parte della magistratura libica, ne lamentò la soppressione, mostrandosi sorpreso per tale scelta governativa. La stessa meraviglia fu dichiarata da un altro studioso di diritto coloniale, il Cucinotta, anch'egli dopo il 1940 consigliere di Cassazione: "le ragioni di questa soppressione non sono intuibili, ma d'altra parte, sotto più d'un aspetto, non sembrano plausibili. L'esame infatti della giurisprudenza libica avrebbe dovuto far respingere qualsiasi timore che i nostri giudici, avvalendosi in colonia di tale facoltà, potessero oscurare sfigurare e guastare le pure disposizioni dei nostri codici" (73).

---

(72) A. Ravizza, *La Libia*, cit., p. 183.

(73) E. Cucinotta, *Problemi ed aspetti dell'ordinamento giuridico della Libia*, in "Rivista delle Colonie Italiane", anno V, 1931, pp. 43-45. Le stesse considerazioni sono sviluppate nel *Corso* del 1938: "L'esame, infatti, della giurisprudenza libica avrebbe dovuto far respingere qualsiasi timore che i nostri giudici, avvalendosi in colonia di tale facoltà, potessero oscurare, sfigurare e guastare le pure disposizioni dei nostri codici. Doveva, invece, mantenersi inalterata la fiducia ch'essi, grazie anche agli insegnamenti forniti via via dalla stessa corte d'appello, avrebbero esercitato di fatto in quelle nostre colonie lo stesso ufficio dell'antico Pretore, interpretando, correggendo ed ampliando il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le critiche per la sfiducia dimostrata in tal modo nei confronti della magistratura coloniale vennero condivise da altri consiglieri di Cassazione, tra questi il Caffarel già giudice in colonia, ma non anche in maniera esplicita da Mario D'Amelio, autore — come già ricordato — di numerosi lavori di diritto coloniale negli anni dello Stato liberale ed all'epoca presidente dell'Alto Collegio. Contrari all'abolizione della supplenza legislativa del giudice libico si dichiararono i cultori del diritto coloniale, tutti convinti che l'amministrazione della giustizia fosse più difficile in colonia che in patria: "noi abbiamo leggi e codici che sono il risultato di secoli e secoli di lavoro, il frutto di tre grandi civiltà, il prodotto di studi scientifici di generazioni varie. Tali leggi, tali codici, non possono essere interamente trapiantati ed applicati presso popolazioni attardate nella via della civiltà" (74).

Tali considerazioni svolse il Ravizza, ancora nel 1933, in un breve lavoro che apparve nel volume pubblicato in onore del Presidente della Cassazione *Mariano d'Amelio* che — dopo il celebrato estratto sull'*Ordinamento giuridico della colonia Eritrea* del 1911 (poi pubblicato nel 1913 per l'Enciclopedia Giuridica con il titolo *Colonia Eritrea*), alcuni articoli sulla Libia pubblicati tra il 1912 ed il 1914 e la stesura in quegli stessi anni, per il nuovo Ministero delle Colonie, degli ordinamenti della Cirenaica e della Tripolitania — da tempo aveva smesso di occuparsi dei problemi giuridici delle colonie. Una posizione da fautore della giurisprudenza penale creativa di diritto — quella del Ravizza — anche quando ormai era entrato in vigore il nuovo codice penale Rocco che, ai sensi dell'articolo 4, considerava cittadini italiani, agli effetti della legge penale: "i cittadini delle colonie, i sudditi coloniali, gli

---

diritto per adattarlo, senza deviare dai principii, anzi facendone amplificazioni oculate alle condizioni politiche e sociali che le nuove regioni loro adducevano. E così non si sarebbe inaridita una delle più cospicue fonti della nostra giurisprudenza coloniale e dal seno di questa sarebbero sbocciati molti semi della futura legislazione" (E. CUCINOTTA, *Diritto coloniale*, cit., p. 75).

(74) A. RAVIZZA, *Cenni di giurisprudenza*, cit. , p. 199. Ma al riguardo anche l'ampio contributo di Umberto Borsi, ordinario nell'Università di Bologna, che riteneva la giurisprudenza senz'altro "fonte costitutiva di nuove norme" (U. BORSI, *Principi di diritto Coloniale*, IV ed. , Padova 1941, p. 175).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appartenenti per origine e per elezione ai luoghi soggetti alla sovranità dello Stato".

Una collocazione, dunque, non occasionale per un saggio celebrativo dell'attività giurisprudenziale in colonia (75), forse gradita al D'Amelio che tuttavia, in qualità di Presidente della Commissione del Senato, aveva elogiato il progetto preliminare di quel nuovo codice penale che finalmente esprimeva, come nessuna delle leggi sino a quel tempo denominate *fascistissime*, "l'orientamento nuovo che, dopo il necessario travaglio, diviene vero *regime*, con una salda concretezza giuridica" (76).

In dettaglio, l'articolo 4 del codice Rocco integrava il principio di territorialità della legge penale, definendo le nozioni giuridiche del cittadino italiano e del territorio dello Stato. In base a tale norma, i sudditi coloniali erano da considerarsi soggetti alla legge penale attraverso il ricorso ad una nuova nozione di cittadinanza in coincidenza con la parificazione del territorio del Regno con quello delle colonie.

Era questa una esemplificazione, valida ai soli fini penali, che tuttavia determinò non pochi dubbi tra i giuristi già in occasione della pubblicazione del progetto preliminare del nuovo codice

(75) Il tema della funzione pretorile dei giudici è presente in tutta la letteratura giuridica coloniale e da qualcuno addirittura esaltata: "la giurisprudenza dei tribunali Eritrei, quasi rievocatrice del meraviglioso lavoro storico del *Pretore romano*" (W. CAFFAREL, *La codificazione del diritto eritreo*, in "Rivista Coloniale", anno IV, 1909, p. 131). Invero, l'adesione del D'Amelio alla tesi della specialità del diritto coloniale si può indirettamente cogliere ancora nel 1938 per l'affidamento al Mondaini della voce *Codici Eritrei* per il Nuovo Digesto Italiano da lui diretto. Sorprende infatti che in quest'opera enciclopedica, accanto ai codici all'epoca vigenti, trovi spazio — ad oltre trent'anni di distanza — la vicenda di una codificazione mai entrata in vigore (G. MONDAINI, *Codici Eritrei*, in "Nuovo Digesto Italiano", vol. III, Torino 1938, pp. 249-250).

(76) A. JANNITTI PIROMALLO, *Il nuovo codice penale italiano nel progetto preliminare*, Milano, 1928, p. 8. Jannitti Piromallo, procuratore generale di Corte d'Appello, fece parte di quel ristretto gruppo di giuristi, che, sotto la diretta responsabilità di Alfredo Rocco, lavorarono presso il Ministero della Giustizia "senza formalità e senza solennità di riunioni e di verbali" (*Ivi*, p. 1) in seguito alla legge 24 dicembre 1925 n. 2260 di delegazione al governo delle facoltà di emendare i codici penali; cfr. al riguardo A. ROCCO, *Discorso pronunciato il 30. 11. 1927 nella seduta inaugurale dei lavori della Commissione incaricata di dare parere sul progetto preliminare di Codice Penale* (*Ivi*, pp. XIII-XIX).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale nell'agosto del 1927 (77). Tanto che lo stesso Rocco, nella sua solenne relazione per l'approvazione del testo definitivo, non poté fare a meno di rilevare che "la nozione del territorio dello Stato (art.4) non è parsa del tutto esatta alla Commissione Parlamentare, la quale ha osservato essere dubbio se le colonie e gli altri luoghi soggetti alla sovranità dello Stato facciano parte del territorio dello Stato" (78).

Tuttavia l'autorevole Guardasigilli si affrettò a rilevare che era "indiscutibile che i territori coloniali e gli altri luoghi soggetti alla sovranità dello stato appartengono allo Stato, e se ciò è vero, ne viene che essendo territori debbono necessariamente comprendersi nel *territorio dello Stato*" (79). E con questo semplice sillogismo risolse una notissima *vexata quaestio* alla quale Santi Romano nel suo *Corso di diritto coloniale* aveva dedicato un intero capitolo, il sesto, ed era giunto, attraverso la disamina di tutte le teorie, ad opposta conclusione e cioè che "il territorio della metropoli non ha la medesima posizione giuridica del territorio coloniale" (80).

---

(77) L. Raggi, *Della legge penale (Titolo I, libro I del progetto)*, in AA.VV., *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare di un nuovo codice penale (agosto 1927, anno V) "*, Milano, 1928, p. 40.

(78) A. Rocco, *Relazione ministeriale a S. M. il Re sul codice penale e relativo decreto di approvazione*, in *Codice Penale*, Roma, 1930, p. 30.

(79) *Ivi*.

(80) S. Romano, *Corso di diritto coloniale*, cit. , p. 123. Al Romano si deve la critica della teoria dell'appartenenza delle colonie al territorio dello Stato, esposta, sulla base del diritto internazionale da C. Schanzer, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico*, Roma, 1912; lavoro, quest'ultimo, recensito con parole elogiative, da M. D'Amelio, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico*, in "Rivista di diritto pubblico", anno IV, 1912, pp. 568-572, che tuttavia, nel corso dello stesso anno e sulla stessa rivista, aveva in precedenza negata l'equiparazione del territorio delle colonie italiane al territorio dello Stato: "La difficoltà ad ammettere il principio su accennato dipende dall'equivoco... che, cioè, il carattere statutario del territorio coloniale importi la rappresentanza politica degli abitanti, i quali dovrebbero inviare i loro deputati al Parlamento" (M. D'Amelio, *Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, p. 9). L'opinione del Romano fu poi condivisa da tutta la successiva dottrina giuridica coloniale, da Borsi a Cucinotta, da Mori a Ravizza, nonché da Guglielmo Ciamarra, che, giudice in Somalia per sua scelta (tra i titoli accumulati per essere assegnato in Africa anche un certificato di frequenza del corso di Arabo presso il Regio Istituto Orientale di Napoli, cfr. P. Saraceno, *La magistratura coloniale*, cit., p. 285) pubblicò un pratico manuale di diritto coloniale: G. Ciamarra, *Corso di diritto coloniale. Sunto delle lezioni*, vol. I, Napoli, 1936. La questione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con l'entrata in vigore nel Regno, il 1° luglio 1931, del nuovo codice penale nacque subito la questione della sua applicazione nelle colonie senza apposito provvedimento che ne disponesse l'attuazione o la pubblicazione nei Bollettini Ufficiali delle singole colonie.

All'inizio la reazione degli studiosi di diritto coloniale al codice Rocco venne espressa in forma rispettosa anche se rivelò un disagio profondo. L'argomento pragmatico che rendeva palese l'inopportunità della obbligatorietà delle norme del nuovo codice penale nelle colonie era sempre lo stesso: l'autorevolezza dalla magistratura derivava dalla efficacia del sistema punitivo, dalla adeguatezza delle forme restrittive della libertà personale per gli indigeni. Inoltre le difficoltà applicative per l'influenza di un ambiente diverso continuavano a sconsigliare l'imposizione della legislazione della madrepatria e sopratutto quella propria di un sistema codificato, imposto senza limitazioni, quando ormai la magistratura coloniale, sotto il controllo della Cassazione, aveva dato buona prova della propria attività.

Con tutte le cautele del caso, con toni propri di un'analisi tutta tecnica, si cominciò a sottolineare che il codice Rocco per aver vigore nelle colonie doveva essere, non solo esteso ma anche, pubblicato nelle forme rituali che richiedevano la traduzione in arabo ed in lingua amarica. Di fronte a questa esplicita estensione del codice penale della madrepatria alle colonie, si continuò a fare questione di eccezione ed a distinguere senz'altro tra la situazione dell'Eritrea e della Somalia — dove il nuovo codice Rocco doveva intendersi limitato ai soli reati più gravi di competenza della Corte di Assise, quanto ai sudditi ed agli assimilabili, mentre aveva pieno vigore per i cittadini italiani e gli stranieri — e quella della Libia, dove invece avrebbe riguardato tutti e per tutti i reati, determinando peraltro una situazione del tutto nuova.

A questa prima riserva, sull'insufficienza della sola estensione e

---

fu poi riproposta con il *Decreto legge 9 maggio n. 574* che dichiarò la sovranità piena ed assoluta del Regno d'Italia sull'Etiopia ponendo a base del provvedimento l'articolo 5 dello Statuto senza tuttavia aver ottenuto l'assenso delle Camere. Sulla relativa prassi costituzionale il documentato saggio di M. CARAVALE, *Prerogativa regia e competenza parlamentare in politica estera: l'interpretazione dell'art. 5 dello Statuto Albertino*, in *Storia e politica*, anno XVII, 1978 pp. 405-447.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quindi sulla necessità di una specifica pubblicazione per le colonie, seguì subito un'altra, collegata all'abbandono del principio di conservazione delle consuetudini indigene per i reati non soggetti alla competenza della Corte d'Assise. In conseguenza il codice Rocco, che per il ripristino della pena di morte pur soddisfaceva una richiesta della magistratura coloniale già recepita nel codice eritreo del 1908 e relativa ad una maggiore forza del sistema punitivo nei confronti delle popolazioni indigene, imponeva comunque uno schema rigido di amministrazione della giustizia fondato sull'affermazione dell'autorità dello Stato e sulla riduzione dei margini di autonomia dei magistrati. Il rispetto per tutti, cittadini italiani e sudditi coloniali, di un principio di legalità pur sempre elaborato come difesa criminale in un determinato contesto sociale del Regno, dove l'idea di relatività della cultura non trovava spazio alcuno, rimaneva inapplicabile per la società coloniale, che invece continuava a richiedere soluzioni pluralistiche per la diversa condizione giuridica delle popolazioni indigene.

La particolare struttura dell'ordinamento giudiziario delle colonie, che assicurava comunque ai sudditi coloniali il rispetto delle proprie norme incriminatrici per i reati minori, mal si conciliava con la dichiarata volontà del Guardasigilli d'imporre alle due differenti popolazioni che vivevano sul territorio coloniale la medesima normativa penale. Fu per questo che i magistrati coloniali e gli studiosi sempre più con fermezza sostennero la specialità del diritto coloniale, nonostante l'estensione espressa del codice Rocco nelle colonie sancita nell'articolo 4. L'ininterrotta necessità di soluzioni pragmatiche alle questioni criminali degli indigeni loro sottoposte li spinse, infatti, da un lato a lamentare la perdita della delegazione prevista dalla legislazione precedente, e dall'altra a continuare a considerare la magistratura la sola responsabile della politica giudiziaria nei territori coloniali.

La resistenza esplicita nei confronti del nuovo codice si organizzò nel reclamare la pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della colonia in lingua italiana, araba ed amarica del codice perché fosse effettivamente applicato, non essendo l'estensione di cui all'articolo 4 efficace anche in tal senso. Fu a questo punto che sull'automatica applicazione, come conseguenza della pubblicazione avvenuta nel Regno, si pronunciò la prima sezione penale della Corte di Cassa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione in data 17 gennaio 1933 (81), tentando di chiudere la discussione.

Invero in questo modo la Cassazione, come scrisse il Nigro commentando la sentenza, tentò di imporre "l'osservanza della legge senza concedere il modo di conoscerla" (82). Ed Arnaldo Bertola,

---

(81) Sentenza della Corte di Cassazione, I Sezione Penale, 17.1.1933, in "Giurisprudenza Italiana", vol. LXXXV, 1933, col. 104: "Le leggi fondamentali del Regno entrano in vigore nella colonia libica tostoché siano entrate in vigore nel Regno, senza bisogno di apposito provvedimento che ne disponga l'attuazione o di pubblicazione nel Bollettino della Colonia. Con l'attuazione nel Regno del codice penale e del codice di procedura penale del 1930, detti codici sono entrati in vigore anche nella colonia libica". Alla Suprema Corte era stata sottoposta la questione della difesa di un mussulmano condannato a morte dalla Corte di Assise di Tripoli, che, ricorrendo, aveva dedotto la non applicazione, in Libia, dei nuovi codici, cui era mancata la particolare pubblicazione ai sensi del vigente articolo 14 della legge organica della Libia 26. 6. 1927, n. 1013. La medesima sentenza pubblicata per esteso in "Il Foro Italiano", 1933, II, coll. 221-227, fu commentata negativamente da A. PARPAGLIOLO, con una *Nota* senza titolo, dove, pur dichiarando le massime esatte, si riteneva opportuno contestare l'affermazione secondo cui "fin dai primordi della sovranità italiana nelle Colonie libiche fu riconosciuto come principio di diritto pubblico già adottato da altri Stati colonizzatori, che le leggi fondamentali dello Stato avessero pieno vigore sui territori militarmente occupati" (*Ivi*, col. 223).

(82) G. NIGRO, *Sull'applicazione in Colonia dei nuovi codici; delle leggi modificative dei codici metropolitani, e di quelle richiamate sulle norme aventi vigore in Libia*, in "Giurisprudenza Italiana", vol. LXXXV, 1933, col. 106. Il Nigro, rilevò innanzitutto che "il principio cui fin oggi ci si è ispirati è antitetico all'insegnamento della Cassazione" (*Ivi*). Ed, in effetti, appena un anno prima, la stessa Suprema Corte, pur ridimensionando la facoltà del giudice di applicare i codici penali per quanto era consentito dalle consuetudini locali, aveva comunque attenuato l'impatto in colonia di una legislazione non rispondente alle necessità. Infatti la Corte di Cassazione, II Sezione Penale, con sentenza 15. 2. 1932, aveva stabilito che "la disposizione, secondo la quale anche i codici penali del Regno vanno osservati in Tripolitania e Cirenaica per quanto è consentito dalle condizioni locali, tenuto conto delle tradizioni e delle consuetudini locali, *deve intendersi in riferimento non alle consuetudini giuridiche, bensì alle condizioni di vita locali*, le quali possono aver creato condizioni morali tali da non consentire, al pari di condizioni materiali locali, l'applicazione di qualche disposizione dei nostri codici sostantiva o formale. Il verificare se sussistono tali condizioni totalmente o parzialmente ostacolative, è compito del giudice di merito ed è sottratto al sindacato della Corte di Cassazione" ("Il Foro Italiano", 1932, II, coll. 331-335). In effetti, anche questa precedente sentenza della Cassazione rappresentava un orientamento del tutto nuovo e mirante ad annullare il contenuto normativo della legge organica per la Libia del 1927 ed in particolare l'articolo 10 per i giudizi penali, nonchè le disposizioni derogative degli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ordinario nell'Università di Torino, nel criticare apertamente la soluzione data dalla Cassazione, non mancò di ricordare come ai sudditi coloniali "non si sia mai applicato nella sua integrità il diritto penale vigente nel Regno" (83). Tutta l'importanza e la pericolosità della questione era data dalla estensione integrale del codice alle colonie che in tal maniera per la prima volta rimanevano sottoposte "all'identico regime punitivo del Regno, sia nei confronti dei metropolitani che degli indigeni" (84).

Ma una situazione in cui non erano più ammesse affermazioni o distinzioni tra reato e reato, fra soggetto e soggetto, era effettivamente il desiderio del legislatore fascista? Bertola ne dubitava fortemente: "Ma è pensabile che il legislatore, isolandosi dalle esigenze della realtà, andando contro quelli che furono sinora gli indirizzi fondamentali del nostro diritto nel regolare la giustizia punitiva nelle colonie, abbia voluto livellare su uno stesso piano, agli effetti della legge penale ogni lembo del territorio extrametropolitano dello Stato,senza tener conto delle profondissime diversità dei caratteri etnici, antropologici e sociologici delle varie popolazioni? Non lo crediamo" (85).

---

articoli 139-166 e 202-208 dell'ordinamento giudiziario approvato con regio decreto 25. 10. 1928, n. 3497, che riconoscevano valore di diritto e non di fatto alle tradizioni e consuetudini locali. A ben guardare, dunque, la Corte di Cassazione, subito dopo il 1930, modificò prontamente il suo stile in ossequio all'orientamento ideologico del Codice Rocco.

(83) A. BERTOLA, *Sull'applicabilità dei nuovi codici nelle colonie*, in "La Scuola Positiva. Rivista di diritto e procedura penale", Nuova Serie, vol. XIII (1933), parte seconda, p. 221. Il Bertola, a differenza del Nigro e del Parpagliolo, colse pienamente tutta l'importanza dalla questione affrontata dalla Cassazione con la sentenza del 17. 1. 1933 e non mancò di criticarla apertamente. In realtà, da parte del legislatore fascista si trattava di un'aspirazione di valore ideale tendente ad imporre la propria presenza politica anche nelle colonie. Mussolini fu del resto anche il primo Presidente del Consiglio a recarsi in una colonia. Il codice Rocco, in questa prospettiva, tendeva a svolgere la funzione classica del diritto codificato che voleva "dire pieno ed esclusivo intervento dello Stato nel campo normativo" (G. S. PENE VIDARI, *Costituzioni e Codici*, Torino 1996, p. 75) anteponendo anche nelle colonie il Regime al potere giudiziario.

(84) A. BERTOLA, *Sull'applicabilità dei nuovi codici*, cit. , p. 221.

(85) *Ivi*. Sull'importante questione intervennero anche: A. RAVIZZA, *Il codice Rocco nelle colonie e l'art. 4*, in "Annali di diritto e procedura penale", anno I, 1932, pp. 271-280; e molti anno dopo, G. AMBROSINI, *Il diritto metropolitano e i nuovi codici nelle colonie*, in "Rivista di diritto pubblico", 1942, parte prima, pp. 332-346, che, quando le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. *Gli ordinamenti giudiziari delle colonie negli anni Trenta.*

Invero l'affermazione dello Stato, attraverso la riforma legislativa delle leggi fondamentali, fra le prime i codici penali, era opera destinata ad elevare il prestigio e la forza del regime fascista. Ma il codice Rocco rimaneva pur sempre un codice territoriale incompatibile col sistema di diritto personale vigente nelle colonie. Sicché di fronte all'ambiguità dell'articolo 4, ed in attesa di un'auspicabile interpretazione autentica, la soluzione che venne seguita, perché più razionale, fu ancora una volta quella rispondente al principio di specialità del diritto coloniale che fungeva da fulcro per l'attività d'interpretazione della magistratura coloniale.

"Quello che non è stato mai negato" — scriveva Ravizza nel 1931 nel suo lavoro sull'ordinamento della Libia — "ed è vano dissimularlo, si è che mal si adatta agli indigeni il nostro regime punitivo; idonee e ottime sarebbero le pene pecuniarie se nella maggior parte dei casi non dovessero applicarsi a persone che non possono pagarle, invece le pene restrittive hanno scarsa efficacia, non sono cioè adatte né adeguate e ciò per i particolari caratteri, le particolari attitudini delle popolazioni delle colonie, dedite alla vita sedentaria e contemplativa, all'indolenza, al non far niente, e per il

---

colonie d'oltremare erano da considerarsi ormai perdute, senza alcuna urgenza polemica, ritornava sulla vecchia questione dell'assoggettamento legislativo sostenendo che: "non è fondato né accettabile, sia dal punto di vista dommatico, che da quello della stessa prassi legislativa e della concreta vita giuridica, che non è fondato né accettabile, diciamo, il ripudio assoluto del principio per cui *la legislazione segue la bandiera*, e la sua sostituzione con il principio cosiddetto apposta *della specialità delle legislazioni coloniali*" (*Ivi*, p. 345). Di fatto non vi erano più bandiere alle quali far seguire lo sventolio delle pagine dei codici: l'Africa Orientale Italiana non esisteva più e in Libia decideva il comando tedesco. Nel 1942 la questione così come veniva proposta da Ambrosini, non solo era superata in dottrina, ma risultava del tutto superflua per l'esito degli eventi bellici. Tuttavia va detto che solo dopo la creazione dell'Impero era stata riconosciuta al diritto coloniale dignità scientifica ed accademica con l'attivazione di specifici insegnamenti complementari anche presso alcune Facoltà giuridiche. Appartiene a quest'ultima stagione di riconoscimenti universitari anche la monografia — pubblicata il 31 gennaio 1943 sotto gli auspici di un Ministero, quello dell'Africa Italiana, che ormai non aveva molto da amministrare — di E. CUCINOTTA, *I conflitti di leggi nell'Africa Italiana*, Padova 1943, che invero rispetto all'intervento di Ambrosini ha ben altro spessore scientifico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loro grado di civiltà che non permette loro un tale sentimento elevato di dignità da risentire l'onta del carcere e da temerlo" (86).

Al tempo, l'argomento della pari cittadinanza agli effetti della legge penale era molto controverso; in colonia gli italiani erano contrapposti agli indigeni che costituivano un gruppo distinto dall'entità Regime-Stato nazione italiana. Il principio della separazione, che peraltro di lì a qualche anno caratterizzerà di fatto la persecuzione degli ebrei italiani, riguardava da sempre tutti gli ambiti della vita sociale, dal diritto di famiglia alle attività lavorative della colonia; pertanto lo spirito della resistenza al codice Rocco riguardava senz'altro anche il nuovo valore da attribuire alla cittadinanza che in colonia vedeva i residenti divisi in due categorie separate, i cittadini italiani e i sudditi coloniali, con tutta una serie di conseguenze giuridiche. L'improvvisa equiparazione solo ai fini penali rendeva il sistema punitivo, garanzia di sicurezza e tranquillità per i colonizzatori, del tutto inaffidabile ed inefficace.

L'esperienza di alcuni decenni aveva già dimostrato, per i sostenitori della specialità del diritto coloniale, che le caratteristiche sostanziali sulle quali si poggiava la società coloniale erano ben altre rispetto a quelle nazionali. La volontà, tutta politica e teorica, d'imporre la sovranità dello Stato non poteva non tener conto delle discriminazioni personali esistenti in colonia, che nel caso specifico erano prese in considerazione proprio per gli effetti della legge

(86) A. RAVIZZA, *La Libia*, cit., p. 214. Ad avviso di Adalgiso Ravizza, già procuratore del Re della Colonia Eritrea in Asmara nel 1914, poi Presidente del Tribunale dell'Eritrea due anni dopo, e quindi consigliere di Cassazione, il riconoscimento nella legislazione penale del sistema dell'individualizzazione giudiziaria delle consuetudini eritree appariva "come un bene da raggiungersi, non certo come un male da evitarsi" (A. RAVIZZA, *Pena indeterminata ed individuazione di pena nel diritto indigeno eritreo*, in "La Scuola Positiva", anno XXIV, 1914, serie III, vol. V, p. 302). "Non è ragionevole la sostituzione del legislatore al giudice nel compito di valutare le responsabilità penali (perché) alla missione del giudice è tanto necessaria l'indagine giuridica quanto quella psicologica, perché la sua azione si svolge in un campo che tocca la realtà della vita, ove si tratta di studiare gli uomini e di deliberare dei loro destini e non già di combinare dei sillogismi e di attendere a compiti aritmetici" (*Ivi*). Ed è il caso di ricordare che per i sudditi coloniali, l'articolo 40, 1° comma, del codice penale eritreo, mai entrato in vigore, accordava al giudice il potere di applicare la pena che "egli giudichi più confacente alle circostanze del reato ed alle condizioni personali del colpevole" (*Codice penale per l'Eritrea*, in *Leggi e Decreti*, cit., 1908, p. 4055).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale al fine di garantire l'osservanza del precetto, del comando o del divieto. In altri termini, la resistenza muoveva da considerazioni strettamente connesse con la minaccia della pena che, per la sua incidenza immediata o mediata sulla libertà dell'individuo, era il mezzo più adatto alla tutela dei più fondamentali beni ed interessi della società coloniale.

Strettamente connesso al carattere sanzionatorio del codice Rocco era poi l'altro motivo di censura non meno rilevante nella critica per l'automatica estensione del nuovo codice in colonia, rappresentato dalle particolari figure di reato che la giurisprudenza locale aveva individuato e sanzionato (87).

Un complesso di motivi che il Regime non poteva non comprendere, mentre procedeva verso la radicalizzazione totalitaria e la vicina istituzionalizzazione del razzismo con la legislazione antiebraica. La consapevolezza del problema dimostrata dai cultori del diritto coloniale fu infatti presto recepita dal legislatore fascista. Non tardò a manifestarsi una nuova attenzione per quella facoltà di

---

(87) Sulla giurisprudenza coloniale, cardine dell'ordinamento legislativo delle colonie, oltre ai testi d'età liberale ed a quelli già citati: E. de LEONE, *Il concetto di ordine pubblico coloniale*, in "Rivista delle Colonie Italiane", 1931, pp. 546-558, che elenca alcuni degli istituti consuetudinari riconosciuti dalla nostra giurisprudenza; A. RAVIZZA, *Aspetti della giurisprudenza coloniale italiana*, in *Atti del Primo Convegno di Studi Coloniali*, cit. , pp. 196-213, che conclude ricordando che "è stato sempre ripetuto che l'amministrazione della giustizia in una colonia rappresenta per le popolazioni indigene il principale attributo della sovranità, e dal modo come essa è amministrata dipende in gran parte il successo della colonizzazione" (*Ivi*, p. 213); F. VALERI, *La giurisprudenza coloniale come fonte del diritto*, in "Rivista giuridica coloniale", anno I, 1932, coll. 33-36, che elogia in maniera esplicita l'opera dei giudici: "la magistratura, che in ogni tempo fu formata in Colonia da giudici ottimi sotto ogni punto di vista e che mettono nell'esercizio del loro altissimo ministero la coscienza di funzionari e l'ingegno di studiosi di cui sono capaci i magistrati italiani, non limitò l'esame dell'istituto alla soluzione del caso controverso, ma, occorrendo, assurse a costruzioni giuridiche" (*Ivi*, col. 36); A. BERTOLA, *Giurisprudenza coloniale nel primo anno di Impero*, in "Rivista di diritto pubblico", 1938, parte prima, pp. 50-55, per il quale "in nessun'altra disciplina giuridica forse, come nel diritto coloniale, l'attività della giurisprudenza assume capitale importanza" (*Ivi*, p. 50); ed infine il pratico *vade-mecum*, per "dare ai giovani funzionari destinati al governo delle popolazioni indigene nei territori dell'Impero una modesta fonte di consultazione, una guida amica nel dedalo pauroso delle leggi giudiziarie, scritte e non scritte", di O. MANCINELLI e G. PICAZIO, *Il procedimento penale davanti alle autorità politico-amministrativa dell'A. O. I.*, Addis Abeba, 1940, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adattamento delle norme penali più volte esercitata dalla magistratura coloniale. Infatti, dopo appena due anni dall'entrata in vigore del codice Rocco, l'obbligatorietà delle sue norme cominciò ad essere attenuata da specifiche disposizioni dell'ordinamento giudiziario nel senso di una estensione ai territori coloniali dei codici, delle leggi fondamentali, di usi e di altre leggi, nei limiti consentiti dalle condizioni locali, tenendo conto delle tradizioni e delle consuetudini locali salvo le modificazioni apportate con speciali disposizioni legislative.

La giurisprudenza aveva dunque vinto nei territori coloniali la sua battaglia sul codice, ma ciò avveniva proprio quando Mussolini proclamava la sovranità italiana sull'Etiopia ed iniziava l'ultima fase del colonialismo italiano volta ad affermare l'esplicita ed irrimediabile inferiorità razziale dei sudditi coloniali.

Dalla mancata pubblicazione dei codici eritrei, alla applicazione del codice penale del 1930 "per quanto è consentito dalle condizioni locali e salve le modificazioni che da essi possono essere apportate con norme speciali" (88), la riflessione giuridica si era dunque sviluppata alla ricerca di un diritto penale italo-africano di valore giurisprudenziale (89) che attingeva la sua ragion d'essere da una

---

(88) Secondo le nuove disposizioni degli ordinamenti organici: A. PARPAGLIOLO, *La nuova legge organica per l'Eritrea e la Somalia italiana (legge 6 luglio 1933, n. 999, modificato dalla legge 25 gennaio 1934, n. 146)* , in "Rivista delle Colonie Italiane", anno VIII, 1934, pp. 349-361; A. STERN, *Il nuovo ordinamento fondamentale della Tripolitania e della Cirenaica*, in "Rivista delle Colonie Italiane", anno VIII, pp. 1021 – 1048.

(89) Una letteratura giuridica relativa al diritto indigeno delle colonie italiane, in effetti, si ebbe solo per l'interesse degli arabisti ed islamisti: ad Ignazio Guidi si deve la traduzione del *Fetha Nagast* ed al Santillana un volume sul diritto mussulmano (I. GUIDI, *Il Fetha Negast o Legislazione dei Re: codice ecclesiastico civile de Abissinia*, Roma 1899; D. SANTILLANA, *Diritto islamico*, vol. I, Roma 1926). Sulle consuetudini, che per ammissione di tutti gli studiosi di diritto coloniale, erano le sole norme effettivamente applicate, gli studi furono frammentari, parziali e poco scientifici; l'unico che ha ricchezza di informazioni e serietà di compilazione è quello di C. CONTI ROSSINI, *Principi di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, Roma 1916. Danno conto dell'opera dei giudici invece le raccolte giurisprudenziali di G. CIAMARRA, *La Giustizia nella Somalia. Raccolta di giurisprudenza coloniale*, Napoli, 1914; W. CAFFAREL, *Giurisprudenza coloniale della Corte d'Appello per la Libia (1915-1919). Diritto coloniale. Diritto islamico. Consuetudini libiche. Sistemazione dei servizi giudiziari. Governo della Tripolitania*, Tripoli, 1920; G. MARTINA e F. VALENZI, *La Giurisprudenza della Corte d'Appello della Libia (1920 – 1925)*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complessa gerarchia di fonti e di disuguaglianze, seguendo una linea di continuità tra Stato liberale e governo fascista, soltanto per breve momento resa più incerta dall'opera di codificazione del Regime.

Si andava delineando un sistema pragmatico repressivo che s'incaricava del mantenimento dell'ordine pubblico grazie all'autorità riconosciuta al giudice dalle popolazioni indigene. Era la soluzione in fondo già individuata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato nel lontano 1894, ma all'epoca duramente contestata dalla Cassazione di Roma (90). È da ricordare che nel *Corso di diritto coloniale* di Santi Romano, più volte citato e pubblicato quando era professore a Pisa, già si leggeva che "l'ordinamento del potere giudiziario nelle colonie è di speciale importanza: nella giustizia i popoli primitivi vedono infatti la manifestazione più alta e più concreta dell'autorità… Più che nel legislatore, lo Stato per essi si impersona quindi nel giudice" (91).

Giudizio di estrema sintesi, ma anche lungimirante, che anticipava il risultato di tutta la vicenda della politica criminale italiana in Africa, sempre incerta, ma comunque costantemente propensa a limitare l'applicazione della legislazione della madrepatria, affidandosi al potere decisorio e vicario della magistratura.

Una mediazione riconosciuta con norme inserite negli ordinamenti giudiziari delle colonie, promulgati dopo l'entrata in vigore del codice penale del 1930, poi confermate dai successivi ordinamenti organici (92). Una vicenda giuridica che, in definitiva, poneva

---

, Tripoli, 1926; F. VALENZI e G. NIGRO, *La Giurisprudenza della Corte d'Appello della Libia (1926-1932)* , Tripoli, 1933.

(90) *Supra* le note 58-61. Al riguardo cfr. Mario Comba, che pur pubblicando la sua monografia nel 1930, e quindi, non affrontando la questione dell'applicabilità del Codice Rocco nelle colonie, ricordò comunque la sentenza della Corte d'Appello di Ancona del lontano 1900 per attribuire a quella Corte il merito "se pure in una formula poco giuridica, di aver avuto la percezione esatta della necessità di adattare le norme metropolitane alle particolari condizioni delle colonie" (M. COMBA, *La potestà legislativa nei riguardi delle colonie*, Torino, 1930, p. 172). In quegli anni lontani il contrasto tra la Corte di Cassazione di Roma e la IV Sezione del Consiglio di Stato aveva molti motivi; al riguardo cfr. il *Discorso dell'Avvocato Generale dello Stato Quarta pronunciato nella Assemblea Generale della Cassazione di Roma del 3 gennaio 1903*, in "Giustizia Amministrativa", anno XIV, 1903, parte IV, pp. 1-10.

(91) S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 196.

(92) La questione delle norme giuridiche che dovevano valere nelle colonie, fu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il potere giudiziario in una posizione privilegiata rispetto a quello legislativo, e che registrava un ripensamento dei rapporti tra codice e diritto giurisprudenziale per un contesto non occidentale né borghese.

Ancora una volta, seguendo un filo continuo, in realtà mai interrotto, veniva attribuito alla funzione pretorile svolta dal giudice penale in colonia il compito di assicurare nei confronti degli indigeni una giustizia penale capace di ottenere, se non il consenso, almeno la tranquillità sociale e la conservazione dei territori coloniali. Speranze che erano state da sempre riposte in un sistema che nelle dichiarazioni ufficiali dei colonizzatori rispettava usi, costumi e religioni locali, ma che in concreto riduceva fortemente le garanzie dei nativi.

A ben guardare l'idea del rispetto ambientale richiamava necessariamente quella della disuguaglianza delle persone nei confronti del diritto vigente. La funzione del diritto speciale sostenuta anche dagli studiosi del diritto coloniale, divenuti numerosi negli anni Trenta, rendeva i tribunali e i giudici — anche quelli non appartenenti alla magistratura ordinaria — protagonisti dell'ordine giuridico coloniale quasi allo stesso modo in cui lo erano stati i togati nella società d'Antico Regime.

Segno del rifluire verso una prospettiva di diritto comune dove alla *lex generalis* dello Stato nazionale si contrapponeva un'architettura di privilegi in cui la capacità di applicare principi e norme era data soltanto dalla ratio *interpretandi leges*. Quasi il riconoscimento dell'espansione coloniale attraverso il sistema che era stato proprio del diritto comune (93), non già come riflesso dello spirito giuridico

---

approfondita prima per l'Eritrea e la Somalia con apposita legge organica, cfr. *Atti Parlamentari, Legislatura XXVIII, sessione 1929-1933, Camera dei Deputati, doc. n. 1704, "Disegno di legge presentato dal ministro delle colonie* (De Bono): Legge organica per l'Eritrea e la Somalia, presentata il 20. 4. 1933. Di lì a poco la necessità della pubblicazione speciale in colonia, anche se con il solo deposito del testo italiano senza obbligo di traduzione in arabo, venne esplicitamente ribadita dal legislatore nell'ordinamento organico per la Libia con il R.D.L. 3 dicembre 1934, n. 2012, e con l'articolo 49 della legge 6 luglio 1933 per l'Eritrea e la Somalia; poi per tutta l'Africa Orientale Italiana con gli articoli del R.D.L. 1 giugno 1936, n. 1019.

(93) Nel campo del diritto penale, il giudice coloniale era dunque riuscito ad affermare il proprio primato attraverso l'accertamento e la dichiarazione delle norme

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiano ma espressione di un insieme di regole e principi di carattere nazionale e locale, e quindi un insieme di norme in cui era intrinseca la possibilità di essere applicate proprio in corrispondenza con i caratteri più significativi della dominazione coloniale. Un orientamento non modificato neppure dal breve ritorno dei magistrati in Africa Orientale dopo il 1936, con la creazione delle nuove Corti giudiziarie nonostante l'accentuazione razziale di quest'ultima breve stagione della giurisprudenza coloniale.

I codici erano nati in seguito all'affermarsi di una ideologia dell'*égalité* che nelle colonie incontrava ostacoli insuperabili. L'impossibilità dell'utilizzo del modello codicistico locale da una parte, ed il rifiuto di qualsiasi codice della madrepatria dall'altra, fu dunque un fenomeno di ordine culturale che in maniera esplicita e grossolana si oppose alla diffusione dei suoi principi informatori, ma non perché questi potevano alimentare sul piano formale l'esigenza di un'eliminazione delle disuguaglianze, quanto all'opposto perché pragmaticamente erano sotto più profili incompatibili con l'irrinunciabile efficacia del sistema punitivo differenziato.

---

consuetudinarie da applicare nei confronti dei sudditi coloniali. Un compito in realtà creativo, sebbene sotto il controllo della Cassazione, diretto ad individuare gli elementi di un progetto di giustizia differenziale in grado di assicurare l'autorità dello Stato colonizzatore. Responsabilità grande per un ordine giuridico imposto che i giudici contribuirono a formare incalzati dai problemi di una criminalità diversa dalla madrepatria, riconoscendo per se una vera e propria *auctoritas* che tuttavia nessun legame aveva con l'eredità antica della *scientia iuris*. (Sul diverso ruolo dei giuristi in età medievale cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, soprattutto le pagine dedicate alla *lex* come rivelazione di un ordine giuridico preesistente, pp. 155 e ss.). La legittimazione delle consuetudini locali avveniva attraverso il giudizio di conformità ai principi dell'ordinamento dello Stato italiano, e si limitava a razionalizzare ed uniformare il diritto penale per i sudditi coloniali. Un'opera molto limitata, dunque, non richiesta dall'intera società ed in funzione di quell'ordine pubblico voluto dai colonizzatori, le cui coordinate penali era indispensabile fissare in maniera funzionale ed adeguata, senza farsi fuorviare da costruzioni teoriche e ideologiche elaborate per la criminalità occidentale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

TRASFORMAZIONI E PROSPETTIVE

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTONIO GAMBARO

CODICI E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

1. Nel contesto di questo convegno, ma anche nel contesto di una prospettiva discorsiva che in Italia risale agli anni sessanta del secolo appena trascorso, la locuzione "Codici e diritto giurisprudenziale" delinea e sottende i termini di una antitesi tra due modi di fare, pensare ed insegnare il diritto.

Questa prospettiva ha una radice storica piuttosto remota, ma porta anche il segno di quella più recente rottura di metodo che si consumò da noi in seguito al ben noto abbandono delle istanze neosistematiche attorno alle quali venne costruito il codice civile del 1942.

Sino agli sessanta in Italia era d'uso postulare la coincidenza tra diritto civile e codice civile così come interpretato dalla dottrina di allora, ma subito dopo risuonò l'invito di Gorla [1] a studiare la giurisprudenza, anzi la casistica giurisprudenziale. Sicché da allora

---

[1] Tale invito risuonò invero due volte in contesti diversi: un primo sprone allo studio della casistica si accompagnò ad una ricostruzione critica di uno degli istituti centrali del diritto civile: cfr. G. GORLA, *Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Vol. I e II, Milano, 1954. Un secondo, più forte e meglio accolto, invito provenne dallo studio del formante giurisprudenziale colto nel suo aspetto morfologico: cfr. G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 73; ID., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella common law: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui Reports e sul Dissenting*, in *Giur. It.*, 1965, I, 1, 1239; ID., *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de Il Foro Italiano*, suppl. 1966. A questo primo saggio presentato sui *Quaderni de Il Foro Italiano*, nel 1966, fecero seguito i *Quaderni* del 1967, 1968 e 1969 ove si legge il nucleo centrale delle ricerche condotte da Gorla sulla giurisprudenza. La voce *Giurisprudenza* apparsa sull'*Enc. del dir.* Vol. XIX, p. 489 seg., nel 1970 chiuse questa prima fase della riflessione gorliana sulla giurisprudenza che in seguito si indirizzò allo studio della grande lacuna, ossia alla riscoperta della fase giurisprudenziale del diritto comune in Italia ed in Francia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in poi il tema del diritto giurisprudenziale non solo si impose all'attenzione dei giuristi e dei pratici del diritto, ma si impose in una prospettiva di contrapposizione al diritto dei codici assunto in funzione delle letture, molto formali, che ne avevano dato gli ultimi epigoni della metodologia pandettistica, ossia in funzione di quel metodo positivo che mortificava attraverso il bando di ogni argomento diverso dal distillato concettualistico della norme, la libera ricerca scientifica del diritto e la cultura del giurista, le quali trovarono invece i propri canali di espressione nel riferimento insistito al testo costituzionale. Non risultò infatti del tutto convincente la proposta di una rilettura del codice in un'ottica di scelte di policy (2).

Anche con la consapevolezza dell'origine e quindi della giustificazione storica di una contrapposizione frontale tra diritto dei codici e diritto giurisprudenziale, tuttavia il comparatista, quale io sono, avverte che proiettati nell'ampia dimensione di spazio e di tempo che egli contempla per dovere professionale, quei due termini perdono di nitore.

Osserva ancora il comparatista allevato a quella grande scuola di metodo che si richiama all'insegnamento di Rodolfo Sacco, come l'antitesi tra diritto giurisprudenziale e codice(i), ometta il terzo formante che normalmente opera nelle esperienze giuridiche occidentali, ovvero ponga nell'ombra il ruolo autonomo del formante dottrinale.

Nei paragrafi seguenti vorrei ragionare attorno a queste due sensazioni in me immediate e spontanee

2. Iniziando dal termine "codice", darei per scontato il dato di comune esperienza per cui esso designa anfibologicamente una pluralità di oggetti disparati.

Come accade ad ogni marchio prestigioso, la denominazione codice è, anzitutto, oggetto di usurpazioni. Nella sua bellissima relazione Halperin ci ha documentato che nei primi anni della sua esistenza il Code civil ha dato e tratto prestigio da una serie quasi infinita di imitazioni.

---

(2) Cfr. P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, ora in P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, cap. II, pag, 17 seg..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma il fatto più significativo è che anche all'interno dei discorsi dei giuristi alla parola codice può essere attribuito un significato molto ampio, oppure una serie di significati via via più ristretti.

Ho riletto per l'occasione gli atti di un elevatissimo convegno Linceo di qualche anno fa, celebrativo insieme del codice civile italiano del 1942 e di uno dei giuristi più classici del XX secolo (3). In quella sede la parola codice fu intesa dal festeggiato — Francesco Santoro Passarelli — come lex generalis, senza ulteriori specificazioni (4). Quest'accezione latitudinaria coincide con la concezione di codice come forma della legislazione che tende a disciplinare in modo più o meno esaustivo un intero ramo del diritto: civile, penale, commerciale, processuale, etc., e che per questa sua tendenziale completezza schiude le porte alle eventuali ricostruzioni sistematiche della dottrina. Eventualità peraltro non sempre ricorrente ed allora il codice può essere solo una tecnica legistica che assicura una più rapida reperibilità dei dati normativi, come avviene nella codification à droit costant francese (5); ma se si guarda alla sola tecnica legistica, allora tale tecnica appare identica a quella dei Restatements of American Law, salvo che nel primo caso si tratta di consolidazioni legislative, mentre nel secondo caso si tratta di consolidare rationes decidendi giurisprudenziali.

A questa prima attribuzione di senso si possono aggiungere ulteriori specificazioni le quali riducono il numero degli oggetti giuridici designabili mediante la parola codice.

Ad esempio, rifacendosi alla nota distinzione tra codici e consolidazioni (6), si può riservare il dominio della parola codice a quella legge che oltre ad essere tendenzialmente esaustiva di un certo ramo del diritto è anche legge nuova, nel senso che non si limita a

---

(3) Cfr. *Il Codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro Passarelli* (Roma, 15-16 dicembre 1992); Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1994.

(4) Cfr. in *Il Codice civile. Convegno del cinquantenario, op. cit.*, pag. 12.

(5) Cfr. ad esempio, B. MATHIEU, *La loi*, Paris, 1996, il quale intitola significativamente il paragrafo in materia: "une législation plus lisible, la codification", pag. 122.

(6) Cfr. M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni - Contributo alla storia delle codificazioni*, 3ª ed, Torino, 1967. In precedenza si veda dello stesso autore, *Le Costituzioni piemontesi*, Torino 1928, rist. Torino 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

radunare e riordinare norme già esistenti, ma pone un sistema nuovo del diritto (7).

Oppure, si può specificare il requisito della tendenziale esaustività della disciplina codicistica in senso forte, riservando il nome codice a quelle leggi che pretendono di esaurire in sé la disciplina della totalità delle situazioni giuridiche regolate da quel ramo del diritto, ed in nome di tale pretesa cancellano ed annichiliscono il ruolo di ogni altra fonte passata e futura (8).

Oppure, ancora, si può mutare completamente registro, e si può scorgere nei codici il punto di arrivo e consacrazione delle tendenze sistematiche insite nella *scientia juris* europea, escludendo quindi dall'ambito di senso della parola quelle codificazioni, come quelle statunitensi, che a tale tradizione non si richiamano, o si richiamano in modo molto indiretto (9).

Sempre muovendosi in contesti discorsivi alternativi a quelli che si svolgono partendo dall'idea di codice come *lex generalis*, si può riservare l'uso del termine a quelle leggi organiche alle quali, più per ragioni storiche che per ragioni strutturali, si attribuisce una valenza costituzionale (10).

---

(7) Cfr. N. IRTI, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in *Il Codice civile. Convegno del cinquantenario*, *op. cit.*, pag. 246; ed in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 303.

(8) Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. I, Milano, 1979, p. 257.

(9) Cfr. L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Il Codice civile. Convegno del cinquantenario*, *op. cit.*, p. 253 seg.

(10) L'uso di considerare la codificazione come una costituzione è diffuso: cfr. ad esempio J. MAILLET *Codifications napoléoniennes, dévelopement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, n. 2, 111; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 550 seg.. In realtà si tratta di una presentazione nata in Francia ed ivi più coltivata che altrove. Cfr. ad esempio, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, XX ed., Paris, 1991, 123-24: "Le vrai est que par delà les constitutions poliques ephyméres, le code civil resta la constitution la plus authentiques du pays". In senso strettamente analogo, C. SALVI ha scritto che "Il codice civile del 1865 divenne, ben più dello statuto albertino, la vera costituzione dell'Italia unita", in *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE (cur.) *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, pag. 235. Ma si tratta di una affermazione diffusa ancorché a volte più retorica che altro. Cfr. ad es. M. VIDAL, *La propriété dans l'Ecole de l'exégèse en France*, in 5/6/ *Quad. Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T.I., 7 (1977): « Charte fondamentale de la nouvelle societé

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In tal caso (11) oltre ad utilizzare l'aggettivo qualificativo "costituzionale" in senso piuttosto antiquato ossia per designare l'insieme

---

issue de la Révolution, le Code Civil de 1804, etc.. »; R. CASSIN, *Codification and National Unity*, in B. SCHWARTZ (ed.), *The Code Napoléon and the Common Law World*" New York Un. Press. 1956, 45, "The Code Civil (..) consolidated the most important reforms of the Revolution. The Legal foundations of the ninetheenth century France, a democratic country, more rural then industrial, have a remarkable solidity; P. C. TIMBAL-A. CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, VII ed., Paris, 1990, 622, "Le code civil, dont on a pu dire qu'il etait la constitution civile de la France, corrispond aux tendances de son époque: il fixe le droit d'une société qui est ... à la fois, individualiste, paysanne et bourgeoise". La letteratura comparatistica di lingua inglese ha seguito talvolta le tracce di questa rettorica. Cfr. M. SHELDON Amos e F. PARKER Walton, *Introduction to the French Law*, Oxford Univ. Press, 1935, p. 3: « The code (..) set out in chapter and verse the fundamental articles of the social contract. »..

(11) Naturalmente il carattere costituzionale delle codificazioni può essere riferito, correttamente, alle grandi scelte di policy che la diffusione del modello codicistico impose ai paesi ricettori. In questo senso cfr. B. CLAVERO, *Origen constitutional de la codification civil en Espana (entre Francia y Norteamerica)*, in C. Petit (ed.), *Derecho privado y revolucion burguesa*, Madrid, 1990, 53. Meno correttamente, a mio avviso, lo stesso carattere può essere riferito alle connessioni, che sembrerebbero evidenti in modo eclatante, tra contenuto dei codici a modello napoleonico ed ideologia borghese. Cfr. in questo senso A.J. ARNAUD, *Essai d'une analyse structurelle du Code Civil francais. Les régle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973. Questa impostazione naturalmente era l'ortodossia nei paesi socialisti, cfr. G. EORSI, *Comparative Civil (Private) Law. Law Types, Law Groups, The Road of Lega Development*, Budapest, 1979, p. 523 : "Codification was promoted and justified by an ideology which, as other ideologies, was rooted in realistic socio-economic needs, but expressed theese needs in the interests of the ruling class and with a false consciousness"; p. 544: " Codification was originally the bourgeoise program for the development of the law".

La ragione per cui tale connessione non appare convincente se non quando sia convenientemente relativizzata è che essa non riesce a dar conto del dato storico che vede le prospettive di una codificazione del diritto civile rigettate nei sistemi che conoscevano da più lungo tempo l'egemonia borghese come l'Inghilterra e gli Stati Uniti, ove pure l'idea di una codificazione ebbe sostenitori e fu fatta largamente conoscere. Cfr. G.J. POSTEMA, *Bentham and the common law tradition*, Oxford Univ. Press, 1986, 440; D. ALFANGE jr., *Jeremy Bentham and the Codification of Law*, in 55 *Cornell L. Rev*., 59 (1970). In generale sulle prospettive della codificazione nei sistemi di common law Cfr. M. BERGER, *Codification*, in E. ATTWOOL (ed.), *Perspectives in Jurisprudence*, Univ. of Glasgow Press, 1977, 143; sul movimento a favore delle codificazione negli U.S.A. CFR. Ch. M. COOK, *The American codification mouvement. A study of antebellum legal reform*, Westport(Conn)-London, 1981.

La stessa linea di pensiero ha forzato alcune caratterizzazioni della storia giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle istituzioni e delle regole che caratterizzano un dato ordinamento, si implica anche che sono codici in tal senso solo i codici civili (12), perché solo essi disciplinano le istituzioni sociali di base: famiglia, proprietà, contratto, responsabilità.

Infine, sempre nel contesto di discorsi a sfondo storico, si può collegare la valenza profonda dei codici al valore dell'unità nazionale (13), rischiando peraltro di escludere dal novero delle codificazioni l'ABGB austriaco.

Viceversa, la parola codice può essere intesa in senso molto lasso, ossia come mera "guideline" destinata a giudici non troppo periti nel

---

tedesca che solo recentemente vengono motivatamente rifiutate. Ci si riferisce in particolare alla caratterizzazione di Savigny, e della sua polemica contro la codificazione in Germania, non solo in termini di scelte politiche personali (Cfr. sul punto F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, II[a] ed., T. II. Göttyingen, 1967, 395 , ma in termini di scelta di classe, cfr. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt, 1958, 25. Caratterizzazione screditata dal semplice fatto che alcuni hanno dipinto Savigny come un campione della reazione illiberale (Cfr. In questo senso con opposti intendimenti: W. WILHELM, *op. cit.* e A. MANIGK, *Savigny und die Kritik der Rezeption*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 61(1941), 187.), altri come un sottile campione degli interessi della borghesia (Cfr. H WROBEL, *Rechtsgeschichte, Wirtschaftgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny Kontroverse*, in 6 *Kritische Justiz*, 149 (1973); sulla stessa lunghezza d'onda in Italia, Cfr. A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1976). Una visione più articolata e più soddisfacente in, G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, T.I, 29; H. COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in 8 *Jus Commune*, 9 (1979).

(12) Per una più svillupata critica a tute le aporie che si celano dietro l'equiparazione tra codici e costituzioni, rinvio ad A. GAMBARO, *Code and Constitution in Civil Law*, in A.M. RABELLO (ed.) *European legal Tradition and Israel*, Jerusalem, 1994- 5754, pag. 157 seg.

(13) Questa impostazione non è inesatta se la si riferisce all'unità giuridica dei mercati nazionali, i quali erano, nel XIX secolo gli unici mercati unificati. Può però risultare fuorviante quando la si riduca a ripetizione acritica della retorica celebrativa che accompagnò le codificazioni nei paesi europei in epoche di acceso nazionalismo. Dovrebbe essere chiaro che la formula trionfante con la quale la *Juristenzeitung* salutò l'entrata in vigore del BGB « Ein Volk. Ein Reich. Ein Recht », dimostra la diffusione di accesi sentimenti di nazionalistico orgoglio nel ceto dei giuristi tedeschi dell'epoca guglielmina, mentre non prova affatto che tra codice e Stato nazionale vi sia un legame di occasionalità necessaria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maneggiare il diritto giurisprudenziale, come accade quando si designano come codici i Civil codes in vigore in California, Idaho, Montana, nei Dakotas ed in Georgia, oppure ci si riferisce ai codici angoindiani. Codici che *ab initio* erano destinati ad essere sommersi e trascinati dalla corrente del diritto giurisprudenziale.

3. La ricchezza e la variabilità dei significati che possono essere attribuiti alla parola codice non disturba più che tanto ove il contesto discorsivo renda facilmente edotti gli ascoltatori del senso delle parole del parlante. Ma quando si conduce un discorso comparativo è essenziale definire a priori e con la massima precisione che cosa stiamo confrontando.

I concetti comparativi come hanno indicato Hempel e poi Carnap (14) hanno una natura logica distinta rispetto ai concetti classificatori ed hanno in più la caratteristica di poter essere utilmente impiegati unicamente rispetto ad oggetti che appartengono al nostro universo e come tali sono suscettibili di essere posti in relazioni valide tra loro.

Già John Merryman aveva sottolineato che il codice intenso come specifica forma della legislazione non è utilizzabile in funzione di demarcatore sistemologico. Lo Stato della California, aveva osservato in quell'aureo libretto in cui presentava la civil law tradition ai lettori americani (15), ha più codici, compreso un vasto codice civile, di quanti non ne abbiano molti sistemi di civil law, ma non per questo la California è ascrivibile alla famiglia romanistica.

Nel contesto del confronto tra codice e diritto giurisprudenziale, però, non è solo la logica del discorso comparatistico che obbliga ad enunciare in anticipo se si sta discorrendo dell'esperienza nata da un codice pensato in vista della sua perfezione tecnica, come il BGB, oppure dell'esperienza nata da un codice pensato come testimonianza della superiorità di un modello politico, come il Code civil.

---

(14) La monografia di Carl Hempel e Paul Oppenheim, *Der Typusbegriff im Licthe der neuen Logik*, risale al 1936. Lo scritto di Rudolf Carnap, *I tre tipi di concetti della scienza*, è inserito in *I fondamenti filosofici della scienza*, trad. it. Milano, 1971, originale inglese *Philosophical Foundations of Physics*, 1966.

(15) Cfr. J. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2d, ed. Stanford, 1985 (1a ed., 1969).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il fatto è che quando si propone un confronto tra esperienze di diritto codificato ed esperienze di diritto giurisprudenziale, si conduce un discorso che è vincolato alla stessa logica comparativa, ed, allora, si deve osservare che nel catalogo, niente affatto esaustivo peraltro, dei diversi significati attribuibili alla parola codice nelle prassi discorsive dei giuristi nostri, compaiono alcune accezioni del termine codice adottando le quali la contrapposizione con il diritto giurisprudenziale sfuma siano a divenire evanescente, mentre adottandone altre la medesima contrapposizione tende a radicalizzarsi.

4. In simili condizioni la prima domanda che ci si deve porre riguarda la ragione per cui la parola codice può essere legittimamente utilizzata in modo tanto anfibologico.

Al riguardo è piuttosto agevole scorgere che molte volte ciò che fa da sfondo ad alcune accezioni di "codice" tra quelle sopra ricordate è un'impostazione di tipo storicistico in cui il codice viene inteso più come dato riassuntivo di tutte le percezioni che di esso si sono avute nell'arco di tempo considerate divenendo così più un oggetto della memnostoria che non un oggetto di studio storico in senso stretto; mentre in altri casi lo stesso termine viene assunto come categoria ordinante il sistema delle fonti vigente nella specifica esperienza giuridica di colui che pronuncia il discorso..

In quanto categoria del ricordo, l'idea di codice sconta non solo il fatto che ciascuno si sente abilitato a concepirla alla sua maniera, ma, e soprattutto, il dato per cui nel momento anamnestico si accavallano e si intrecciano suggestioni che hanno la loro matrice nei modi con cui il codice è stato percepito da altri formanti del sistema (16) e non già dal codice come testo legislativo verso il quale le tracce della memoria vengono costantemente dislocate.

In quanto categoria delle fonti, a parte la tendenza, fastidiosa quanto costante, a generalizzare la propria peculiare esperienza territoriale, l'idea di codice sconta l'ambiguità sempre aleggiante in tali discorsi sulle fonti, perennemente in bilico tra considerazioni che contemplano quanto avviene nella sfera dell'efficacia e considera-

(16) Così gran parte delle configurazioni del codice traggono la loro origine dall'esaltazione del testo che fu posta in atto, strategicamente, dalle scuole dell'esegesi in Francia e negli altri paesi ricettori. Sul punto cfr. infra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni che si mantengono invece all'interno di concezioni formali delle fonti di produzione del diritto in modo da escludere fenomeni che si preferisce lasciare nell'ombra.

In entrambi i casi i bisogni di una analisi chiarificatrice sono tenuti in scacco dalla latente tendenza a far convergere su un testo fattori del diritto che ad esso sono perfettamente estranei.

Il fatto è che se si assume come punto di partenza la nozione latitudinaria di codice come *lex generalis* non solo si assume una nozione di codice assai poco specifica, ma si fissa sin dall'inizio lo sguardo sulla forma legislativa, ossia sul testo legislativo, ma il testo di un qualsiasi codice in sé non svela e non può svelare in quale tipologia di esperienza codicistica esso sarà destinato ad inserirsi.

Per chiarire i destini di un codice bisogna infatti sapere almeno come esso è stato poi utilizzato dalla legal community (17). Il che equivale a dire che un testo codicistico svela, o comincia a svelare, le sue caratteristiche solo quando si sappia in che modo è stato inserito nel legal process e in che modo hanno agito i diversi attori di ogni esperienza giuridica: giudici, avvocati, professori, legislatori ordinari ed apparati governativi, al fine di radicarlo, non radicarlo o radicarlo parzialmente nelle prassi giuridiche seguenti.

In verità peraltro l'uso di portare la nostra riflessione sul testo separatamente dal contesto storico, non solo è suggerito dal fatto che ciò semplifica i discorsi in modo vantaggiosissimo, ma anche dal perdurante mito per cui il testo del codice è suscettibile di interpretazione univoca, sicché qualunque giurista si ponga alla sua lettura perverrà ai medesimi esiti interpretativi cui sono giunti i membri della legal community in questione e quindi lo intenderà pienamente.

Non vi è nemmeno bisogno di spezzare una ennesima volta la lancia contro il ridicolo di cui si ammanta l'ingenuo illuminismo sotteso a simile pretesa. Basterà riflettere che tra gli elementi del contesto figura anche l'atteggiamento complessivo del legislatore

(17) In realtà, volendo essere completi, non solo da essa; ma qui non si inseguono sogni di storia totale e perciò ci si limiterà a far riferimento alla comunità interpretativa sicuramente più rilevante in tema.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ordinario susseguente e ben pochi tra i nostri giuristi assolutisti (18) sarebbero disposti a trascurare la legge ordinaria.

Del resto qualche anno fa fece rumore da noi l'idea della decodificazione (19), la quale si fondava essenzialmente sull'osservazione, fortemente esatta, per cui da noi le leggi cosiddette speciali essendo negoziate tra i portatori di interessi settoriali ed il potere politico sul piano di un franco mercimonio, non si curavano minimamente di inserirsi, nemmeno sul lato formale, nel sistema giuridico nel suo complesso. Non si pensò però che la norma errabonda (20) e scollegata da ogni nesso di coerenza dovesse essere ricondotta al sistema tramite operazioni di "interpretatio" creativa; si dichiarò invece estinta la funzione centripeta dei codici.

Anche in questo caso estremo il destino dei codici venne fatto dipendere dal contesto storico in cui operavano.

Su un piano più generale basterà osservare come, anche in quello stesso lasso di tempo in tutto il resto del mondo le cose non andavano nello stesso modo, ossia non in tutto il mondo si manifestava la medesima neghittosità verso gli effetti di una legislazione fatta di norme singole ed errabonde.

Non senza una punta di ironia Rodolfo Sacco (21) aveva osservato come nella cosiddetta età della decodificazione siano entrati in vigore nel mondo oltre quaranta codici civili. Anche questa osservazione tuttavia concorre a suffragare la necessità di esaminare i testi codicistici nel contesto storico in cui il discorso legislativo è stato pronunciato ed è stato inteso. Infatti se si osservano i singoli testi dei codici civili entrati in vigore nel mondo nella età della decodifica-

---

(18) Cfr. per una vigorosa analisi critica dell'atteggiamento assolutista P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 345; ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

(19) Cfr. N. IRTI, *« L'età della decodificazione » vent'anni dopo*, in *Dir. e società*, 1999, 193; ID., *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999.

(20) Cfr. N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in *Quadrimestre* 1985, ora in *L'età delle decodificazione*, 3ª ed., Milano, 1989, pag. 165.

(21) Cfr. R. SACCO, *Codificare: un modo superato di legiferare?*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, pag. 118 seg.; ID., *Codice II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; ID., *I codici civili dell'ultimo cinquantennio*, in *Il Codice civile. Convegno del cinquantenario*, *op. cit.*, pag. 35 seg., e in *Riv. Dir. Civ.*, I, pag. 311 seg..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione, ci si avvede che il loro numero è meno formidabile di quanto non appaia a prima vista, perché, da un lato ben pochi sono stati i testi originali negli ultimi cinquant'anni, e, dall'altro lato, alcuni di quei pochi come il codice civile della DDR o il codice civile cecoslovacco, si sono dimostrati effimeri. Sicché in Europa i codici originali continuano ad essere il Code civile ed il BGB cui di recente si è aggiunto il NBG olandese e, fuori dall'Europa, lo UCC.

Però si constata anche che fuori da questa unitarietà matriciale, la variabilità dei contesti è stata elevatissima, ed è questo dato ciò che spiega la diversità dei destini. È noto infatti sin dall'introduzione della scansione tra law in books e law in action (22) quanto sia metodologicamente scorretto confrontare tra loro codici venerati come il Code civil in Francia, con codici di cui si sono poi perse le tracce, come il Codice civile per l'Impero Etiopico preparato da René David (23).

5. La validità di quanto premesso può essere meglio collaudata in sede di confronto tra codici e diritto giurisprudenziale.

Per quanto riguarda il diritto giurisprudenziale, adeguandomi all'uso corrente, intenderò designare con tale locuzione l'attività dei tribunali nel loro jus dicere (24). Assunta in questo significato la locuzione diritto giurisprudenziale non è lontana dal significato che viene attualmente attribuito al termine jurisprudance nella lingua francese in cui secondo la nota definizione di Bonnecase « On designe par jurisprudance, en opposant ce term à la doctrine et à la pratique extra-judiciarie, l'eta actuel du droit, tel qu' il est reflété par l'ensamble des solutions qui, dans une matière donnée se trouvent consacrées par les decisions des tribunaux » (25). Pertanto qui di

(22) Distinzione che risale a Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 1910, p. 10.

(23) Cfr. R. David, *Rapporto a S.M. Haile Sellassie I sur la codification des lois civiles, in R. David, Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain, Paris, 1982, p. 258 seg.*

(24) Cfr. per questa definizione stipulativa, G. Gorla, *Giurisprudenza*, voce in *Enc. del Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 490.

(25) J. Bonnecase, *Introduction à l'etude du droit*, 1939, n. 113, p. 152; nel medesimo senso, ma con le precisazioni di cui si dirà poi, cfr. P.G. Monateri, *La giurisprudenza*, in *Trattato di diritto civile* dir. da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, pag. 491 seg..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seguito la parola giurisprudenza non ha il significato, di scienza o teoria del diritto che si riverberava su essa dalla definizione ulpianea in D. 1,1 10 (26); ed è vicina , ma non coincidente, con il significato con cui si designa l'attività dei giurisprudenti consiliatori, o comunque di coloro che svolgono l'*interpretatio* in direzione di questioni pratiche (27).

Si deve piuttosto rimarcare come attualmente con il termine "giurisprudenza" si designano insieme sia l'attività dei tribunali e delle corti quali organi che risolvono dispute e controversie, sia l'attività delle corti quando nel risolvere tali controversie pongono la regola di diritto valida anche per l'avvenire, mentre con la locuzione diritto giurisprudenziale si designa solo quest'ultimo aspetto dell'attività dei giudici.

In merito al diritto giurisprudenziale in senso stretto si deve osservare che esso implica un modo di formazione del diritto che potremmo definire come decentrato e dal basso, e ciò lo contrappone al modello delle scelte accentrate e dall'alto che in una certa misura è sotteso alla scelta codificatoria.

Poiché le controversie che giungono all'attenzione dei giudici sono quelle questioni che la società civile non è riuscita a risolvere da sola, l'attività della giurisprudenza si volge attorno al precipitato dei dissensi irreprimibili che sono presenti nelle società civile (28). Il modo con cui tali dissensi vengono portati a conoscenza delle corti non è del tutto causale, ma rimane piuttosto caotico, come appunto si addice ad un ordine che si crea dal basso.

Tuttavia è il caso di notare che il concetto di ordine si addice solo al diritto giurisprudenziale che giunge al termine della sequenza dell'attività giurisprudenziale. Ciò che la società propone alle corti non è affatto un modello di ordine, ma una serie di problemi più o meno intricati e delicati. Prima del jus dicere da parte del giudice, o del suo

---

(26) In altri termini la parola giurisprudenza così come intesa in questo testo non ha il significato che essa conserva nei "Lineamenti di storia della giurisprudenza europea", scritti da Carlo Augusto Cannata e da me. Preciso anche che in quell'opera l'arcaismo è assolutamente deliberato.

(27) In questo senso cfr. L. LOMBARDI Vallauri, *Saggio sul diritto Giurisprudenziale*, Milano, 1967.

(28) Cfr. P.G. MONATERI, *op cit.*, pag. 499.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostituto il che è lo stesso, non vi è un ordine in senso proprio, ma solo una serie caotica di sollecitazioni a portare l'ordine del diritto là ove si sono verificati dissensi altrimenti insolubili, ed infatti l'attività del giudice, di qualsiasi giudice, consiste nel riportare al diritto una situazione distorta, accertando anzitutto quale il diritto sia.

Nella civiltà occidentale infatti domina il principio per cui le situazioni di conflitto in seno alla società civile debbono essere risolte e regolate dalla rule of law, non dal costume, non dalla morale, non dal rito, non dalla volontà di potenza, ma dal diritto. È vero che questo è sempre stato il problema principale di cui si fatta carico, non sempre con successo, la tradizione giuridica occidentale ([29]); ed è altrettanto vero che in materia non sono mai mancate le contestazioni, ed i suggerimenti a superare, o meglio ad abbandonare, insieme le regole ed i giuristi; ma ciò che suggeriscono questi epiciclici ritorni di polemiche antiche è solo la perennità del problema ed il vario ondeggiare del sempiterno bisogno di legalità tra il polo della conoscibilità ex ante delle regole di diritto e la più flessibile aggiudicazione secondo criteri di vagheggiata giustizia.

Tornando a contemplare l'opera del giudice è da osservare che l'ossessione ben comprensibile per la ricerca della rule of law ha indotto spesso gli storici ad appuntare lo sguardo verso le sedi ove tali regole venivano pensate ed elaborate anche per essere proposte ai giudici come la soluzione del caso secondo diritto. Ciò ha indotto a trascurare alquanto tutte le mediazioni che la struttura del processo impone alla ricerca della regola di diritto, a partire dal fatto che il giudice si informa attorno al diritto ascoltando le parti, o, meglio, i loro patroni; fenomeno questo sicuramente meglio percepibile nelle esperienze di common law, specie in quella inglese, ma che in realtà sussiste anche in quelle di civil law.

Però mediante la dialettica processuale quello che perviene al giudice non è solo la controversia e la sua problematicità, ma l'invocazione di autorità giuridiche, gli sproni della retorica, i mascheramenti, se non le falsificazioni del fatto e del diritto, grazie alle quali ciascuna delle due cerca di gettare sabbia negli occhi dei

([29]) Rinvio ad A. GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in 3 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudici secondo l'immortale ricetta suggerita da Cicerone (30), il quale non ha caso è stato assunto come eroe eponimo dagli avvocati. Se il processo è uno scontro di forze, bisogna allora ammettere che il farsi del diritto giurisprudenziale avviene nelle circostanze meno tranquille possibili.

6. La dialettica processuale può anche essere vista in positivo considerando che in tal modo è la vita stessa che si propone al giudice in tutte le sue sfaccettature, nel suo non tranquillo modo di essere. Ma si dovrà anche ammettere che l'apprezzamento per simile stato delle cose può legittimamente variare di tempo in tempo e di luogo in luogo in funzione delle visioni culturali predominanti. Nell'ambito della storia europea moderna si dovrà ammettere infine che nel secolo dei lumi, in quel settecento riformatore che ebbe come paradigma la precisione della meccanica, nessun modo di trovare o creare il diritto poteva sembrare più vizioso di quello che fa da culla al diritto giurisprudenziale. È vero che, come ha accennato Gorla, molti esponenti della critica illuministica al diritto giurisprudenziale, a cominciare dal nostro Muratori (31), non si dimostrarono particolarmente lucidi nell'individuare l'eziologia del male che denunciavano, ed, anzi, confusero sovente i mali della giurisprudenza, intesi come disfunzionamento della giustizia, con quelli del diritto giurisprudenziale, ma tra i vari risvolti che vennero accesi dalla polemica muratoriana ve ne è uno che a mio avviso mette conto di segnalare.

In effetti ad un certo punto ciò che venne in uggia agli intellettuali riformatori fu proprio quella dialettica forense che in anni

---

(30) Cfr. C.J. CLASSEN, *Diritto, retorica, politica. La strategia retorica di Cicerone*, (trad. it.), Bologna, 1998, pag. 116. Per una ben più simpatetica analisi cfr. G. BROGGINI, *Cicerone avvocato*, in *Jus*, 1990, 143.

(31) "L'operetta del Muratori *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), che godette e gode gran fama (..) sembra cosa piuttosto modesta e di corto volo". Così in G. GORLA, *I Tribunali supremi degli Stati preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto, Firenze, 1977, vol. 1, pag. 447 seg.; ora in G. GORLA, *Diritto Comparato e diritto comune europeo*, *op. cit.*, pag. 543 seg. La frase citata si legge a pag. 562.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accesi dalla accennata polemica, Giuseppe Aurelio Di Gennaro (32) difendeva contro gli assalti critici dei riformatori. Se si rileggono quelle pagine anche volendo dimenticare il senno di poi e la rigorosa anatomia degli espedienti retorico avvocateschi che fece Schopenhauer (33) qualche anno più tardi, non si tarderà a percepire che difficilmente poteva immaginarsi trattazione peggiore per un'epoca che ebbe il culto dell'esattezza ben esemplificata nella spassosa satira molieriana del catalogo delle conquiste amorose di Don Giovanni, con quello squillante mille e tre che segna il trionfo della precisione in un campo in cui, in fin dei conti, il numero mille sarebbe già cifra sufficientemente evocativa.

A ben vedere proprio nelle pagine del Di Gennaro che pure era uomo non insensibile agli aneliti di riforme, si leggono i limiti della giurisprudenza forense del tempo, perché se le giuste massime della giurisprudenza si riducono nel suggerimento di scartare l'argomento "debile" a favore di quello poderoso, quello oscuro a favore di quello luminoso, quello equivoco a favore di quello stringente che può chiudere la bocca allo smarrito e confuso contraddittore (34), ci si collocava non solo e non tanto nell'antico campo dell'arte di aver ragione nelle dispute, ma si ripiegava su una sapienza pregalileiana tutta intessuta di distinzioni tra il tutto e la parte, il somigliante ed il dissomigliante e le circostanze del tempo del luogo e delle persone (35), che sembrerebbero uscite dalla penna di un don Ferrante piuttosto che da quella di un illuminato forense napoletano. A questa arretratezza culturale si congiungeva una lacuna preoccupante. Ciò che mancava nelle pagine del Di Gennaro era infatti la percezione della possibile oggettività del diritto, del fatto che le pretese delle parti potessero essere giustificate o ingiustificate di per sé, prima del mascheramento imposto dalla "soda Eloquenza" del patrono.

---

(32) Cfr. G.A. Di Gennaro, *Delle viziose maniere del difendere le cause nel foro*, Napoli, 1744, p. 41, rist. Bologna, Forni, 1978.

(33) Cfr. A. Schopenhauer, *L'arte di ottenere ragione esposta in 38 stratagemmi*, trad. it., Milano 1991.

(34) Cfr. Di Gennaro, *Delle viziose maniere*, *op. cit.*, pag. 39

(35) Cfr. Di Gennaro, *Delle viziose maniere*, *op. e loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. Ma mi sembrerebbe veramente poco giovevole raccontare ancora una storia tante volte raccontata, e con ben altro spessore, sicché concludo subito questo intermezzo, per sottolineare un primo caposaldo di ogni analisi sull'idea di codice, ossia che il codice, in Europa continentale, divenne quello che divenne perché esso fu universalmente riconosciuto come figlio e coronamento di un "progetto" il quale aveva di mira niente meno che il radicale ribaltamento dell'attrezzatura epistemologica del giurista. Quel "progetto" apparve promettente ai sovrani illuminati, come alla borghesia in ascesa, essenzialmente perché era comune sentire che il modello di creazione ed amministrazione del diritto che intendeva sostituire era fallito, e non credo sia saggio illuderci del contrario raccontandoci che in Inghilterra invece il diritto giurisprudenziale era vivo e vegeto.

Però il Progetto illuministico, si sa, ebbe una realizzazione compromissoria, nel senso che esso si incarnò in un testo solo quando si alleò con la sapienza giuridica tradizionale. Quella sapienza fu utilizzata selettivamente è verissimo, ma fu comunque utilizzata con una certa larghezza e quindi si trasfuse nei codici producendo un effetto di trascinamento rispetto all'accumulazione sapienziale precedente. Antonio Padoa Schioppa ha giustamente parlato di giacimenti di antica data riconoscibili nelle varie parti dei codici moderni (36).

In questo senso il pragmatismo dei governanti, da Federico Guglielmo a Napoleone, a Francesco d'Austria che aveva imposto l'ibridazione tra progetti riformatori e sapienza del passato in nome della necessità operazionale di pervenire alla redazione di un testo sensato, rappresentò uno smacco per il Progetto, le cui conseguenze furono rese ancora più gravi da una coincidenza fortuita. Con la sconfitta militare di colui che il codice aveva imposto in larga parte d'Europa una intera generazione di giuristi si abituò a leggere il codice alla luce della tradizione sapienziale del passato che venne ad essere ideologicamente rivalutata.

Però questa tradizione dovette essere in una certa misura riplasmata.

---

(36) Cfr. A. Padoa Schioppa, *Dal Code Napoléon al codice civile del 1942*, in *Il Codice civile. Convegno del cinquantenario*, *op. cit.*, p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È questo un capitolo della storia delle codificazioni su cui a mio avviso sarebbe opportuno ritornare, perché vi sono troppi dati storici che non quadrano con la narrativa storiografica corrente.

Per cominciare. In Francia se i primissimi scrittori che illustrarono il nuovo diritto furono forensi come Merlin (37) e Favard (38), il compito di spiegare il codice civile divenne presto un monopolio dei professori, i quali imposero anzitutto il loro stile espositivo sistematico in luogo di quello enciclopedico dei primi due (39). Ciò che è degno di nota non è solo il dato per cui i professori dovendo svolgere un corso di diritto civile seguirono la sistematica del codice e non l'ordine alfabetico delle diverse figure giuridiche; non è solo il fatto che in tal modo si addivenne a quella separazione tra le diverse discipline in diritto civile, diritto commerciale, diritto amministrativo che era implicita nel disegno codificatorio e che invece veniva contraddetto da esposizioni enciclopediche rispecchianti la casistica giurisprudenziale. Ciò che è degno di nota è il successo immediato del paradigma letterario coniato dai professori rispetto a quello perpetuato dai forensi (40) al di là della cesura codicistica.

In Francia come, ed ancor più, in Italia il ritorno sulla scena dei professori dopo quasi due secoli di eclissi fu quasi una novità, e per comprendere il senso di questo ritorno, conviene fare un passo

---

(37) Mi riferisco naturalmente alla terza edizione del *Répertoire Universel et raisonnée*, originariamente curato da Guyot, fatta uscire a Parigi da Philippe Antoine Merlin tra il 1807 ed il 1809

(38) Mi riferisco al *Répertoire de la Nouvelle Législation Civile, Commerciale et Administrative - ou Analyse Raisonnée des principes consacrés par le Code Civil, le Code de Commerce*, ettc. fatta uscire a Parigi tra il 1823 ed il 1824 da Guillaume Jean Favard, baron de l'Anglade. Accanto a questi due nomi si protrebbe ricordare quello di Jacques de Maleville.

(39) A cominciare dal *Droit civil Français suivant l'ordre du Code*, di Charles Bonaventure Toullier, professore di diritto civile a Rennes, e dal *Cours de Code Civil* di Claude Etienne Delvincourt, Doyen della facoltà giuridica di Parigi.

(40) Il modello dell'esposizione enciclopedica tuttavia non scomparve per sempre, anche se quando rinacque ad opera precipua di Armand Dalloz, in veste di *Jurisprudance Générale du Royaume - Répertoire méthodique et Alphabetique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudance en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit de gens et de droit public*, esso assunse, come ebbe a dichiarare con orgoglio il fratello editore, una forma che lo trasformò da "encyclopédie de droit", in "presque une bibliothéque de jurisprudance".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indietro e ricordare quella piccola polemica sei-settecentesca, alla quale aveva partecipato anche il cardinal De Luca (41), niente meno, in cui si era preteso che la vera sapienza giuridica risiedesse nel foro "pratico" (42), senza mai per il vero riuscire ad essere del tutto persuasivi sulle ragioni per cui il sapere disinteressato fosse di qualità inferiore a quello co-interessato (43).

Uno degli effetti, tra i più trascurati in sede storiografica, della codificazione è stato che tale polemica venne dimenticata e lungo quasi tutto l'arco del XIX secolo la dottrina fu, in Europa continentale, in auge come non lo era mai stata nei secoli precedenti.

E si badi che questo rinnovato successo del giurista dotto, fu relativamente più marcato là ove si era codificato, come in Francia, che non in Germania dove è vero che la reazione di Savigny alla modesta proposta di Thibaut ebbe l'effetto di catapultare il formante dottrinale sugli altari della patria, ma se si misura il successo in termini relativi allora è da osservare che, per quanto riguarda i giuristi della cattedra l'ottocento è stato in Germania, ma non in terre latine, un'epoca di giganti; in secondo luogo, e soprattutto, è da osservare che prima di Savigny, i professori tedeschi erano comunque ascoltati in patria e godevano del prestigio che si addice ai maestri (44) (mai di un prestigio sufficiente agli occhi di un professore, ma comunque confortevole); in Francia ed in Italia, prima dei codici gli scrittori di cose giuridiche erano forensi e non professori (45).

---

(41) Si veda il proemio al *Dottor Volgare.*

(42) Naturalmente vi potevano essere buone ragioni contingenti per ritenere che fosse più efficace palestra di ingegni un Grande Tribunale ove sedevano giudici che avevano l'autorità necessaria per scoraggiare l'abuso di argomenti autoritativi fasulli o di citazioni di una folla di dottori di scarso rilievo. Ma ciò a condizione che i giudici fossero veramente autorevoli ed efficienti e che invece, mancasse il controllo sugli scritti dei dottori.

(43) Ed anche cadendo in qualche contraddizione tra le premesse e le conclusioni, perché come ebbe a scrivere il Rapolla in una lettera del 1° luglio 1745 a Ludovico Antonio Muratori, "Se tutti confessano che le leggi meglio le intende il cattedratico, ma che l'esecuzione è propria del forense, come colui che sa ridurle in pratica. Io in verità non intendo, né credo possa intenderlo chiunque fa uso della sua ragione, come meglio possa eseguire una cosa colui che meno la sa."

(44) Cfr. L. MARINO, *I maestri della Germania - Göttingen 1770-1820*, Torino, 1975.

(45) Fa in parte eccezione, in Francia, proprio l'unico "sopravvissuto" alla cata-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bisognerà pur dar conto del fatto che i tanto vituperati esegeti, a scapito della loro modestia, siano stati personaggi tanto influenti nella vita pubblica francese del XIX secolo (46). Bisognerà pur spiegare perché, in Italia, il laticlavio si posasse con tanta naturalezza sulle spalle di professori di diritto oggi dimenticati, si teme con qualche ragione, a suggello di una onorata carriera di docenti di discipline giuridiche (47).

La mia ipotesi è che tanta fortuna sia speculare allo smarrimento del ceto forense, non solo perché dopo ogni cambiamento epocale è naturale cercare lumi in chi ha studiato un po' di più, ma perché appariva sempre più chiaro ad ogni approfondimento che il testo del codice napoleonico e quello dei suoi derivati era il punto in cui si era realizzata l'intesa linguistica tra la volontà politica riformatrice e le categorie del pensiero dottrinale antecedente: la stessa mistura di categorie giusnaturalistiche e romanistiche, la stessa tendenza ad un ordine sistematico che derivava dalla lontana esperienza della seconda scolastica, la stessa propensione ad utilizzare principi generali in modo generativo, secondo criteri di deduzione logica e non mediante contrapposizione dialettica tra regola ed eccezione. Quando poi il BGB manifesterà fin troppo chiaramente la sua discendenza dal diritto dei professori, a parte le proteste in sede politica, per l'ideologia forense non ci fu che la resa.

Un fatto mi pare certo: l'avvento dei codici in Europa continentale avvenne contro il diritto giurisprudenziale dei forensi e tale avvento segnò l'eclissi del paradigma retorico dialettico su cui la tradizione dei forensi era basata.

Fermo ciò restando, si deve anche osservare come successivamente a tale evento epocale, contrassegnato da un robusto scontro di culture e di classe il panorama storico si complica per via: (i) delle

---

strofe dell'antico regime, ossia Robert Joseph Pothier, il quale discendente da una famiglia di magistrati fu insieme consigliere al Presidial di Orléans e docente nella locale università. Tuttavia si converrà facilmente che le sue opere furono dotte e sistematiche e non casistiche secondo lo stile di un Ferrière, ad esempio.

(46) Cfr. Ph. RÉMY, *L'ecole de l'exégèse*, in 1 *Droits*, 115 (1985).

(47) In effetti furono nominati Senatori del Regno tra gli altri: Francesco Saverio Bianchi, autore di un *Corso elementare di Codice civile Italiano*, che nella seconda edizione raggiunse i nove volumi e che oggi ha sicuramente pochissimi lettori; Giorgio Giorgi, invero un giurista di più notevole levatura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diverse percezioni che abbiamo accumulato attorno alle valenze di quella vicenda; (ii) del ruolo ambivalente giocato dal formante dottrinale; (iii) del dislocarsi dell'egemonia culturale nel mondo europeo ed occidentale; ed infine, (vi) per via della matamorfosi nella struttura delle fonti che i sistemi occidentali hanno sperimentato nella seconda metà del XX secolo.

Su ognuna di queste prospettive dovrò intrattenermi assai più brevemente di quanto sarebbe necessario. Mi limiterò dunque a segnalare alcuni problemi.

8. Circa le diverse percezioni della vicenda delle codificazione mi sembrerebbe buona regola distinguere la storia dalla mitologia, o se si preferisce, sceverare quanto è frutto della sovrapposizione tra gli esiti delle codificazioni e gli esiti di una specifica vicenda codificatoria ai quali concorsero non pochi fattori estranei al testo legislativo in senso proprio. Se è vero infatti che codesti miti fanno anch'essi parte della storia dei codici, tuttavia ne costituiscono anche un'alterazione nascondendo quelli che sono stati gli effettivi passaggi attraverso i quali una certa idea di codice si è affermata in una mentalità collettiva e le condizioni esterne la testo la cui ricorrenza ha generato certi esiti e non altri.

In particolare vorrei riflettere ancora una volta su un mito che mi pare più frutto di una accettazione acritica dell'illuminismo ingenuo le cui propaggini mi paiono peraltro tuttora vive e vegete.

Tale mito è legato al folklore celebrativo del Code civil, ed e quello che immagina un codice scritto con linguaggio chiaro, che pone regole limpide come il diritto di natura ed è quindi comprensibile direttamente dal justiciable. Non vi è dubbio che questo mito sia stato sospinto da una macchina propagandistica assai potente e sia entrato a far parte dell'immaginario collettivo. Molti ancora oggi credono che sia esistita un'epoca in cui le leggi erano chiare e precise sí da essere immediatamente intellegibili. Mito non privo di conseguenza, ché, ad esempio, l'espansione fuori dall'Europa dei modelli codicistici si basa sull'assunto che essi siano leggi sostanzialmente autoapplicantisi, per cui basta scegliere il modello giusto e tutto il diritto moderno sgorga automaticamente da quella fonte, a prescindere dalla impreparazione tecnica dei giudici e degli avvocati, o dalla scarsezza degli uni e degli altri. Ma tuttavia, mito non creduto dagli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

immediati fruitori dei codici stessi, da quei cittadini, immaginari soggetti ricettori di un discorso legislativo tanto chiaro da segnalare a ciascuno con precisione a ciascuno di essi la misura dei loro diritti e dei loro doveri, i quali, invece, hanno continuato a correre dall'avvocato. Ed anche gli avvocati anziché divenire tali leggendo comodamente il codice a casa propria seguendo anche da noi i suggerimenti di Lincoln (48), hanno continuato a sobbarcarsi un apposito corso di studi — di non grande difficoltà, questo è vero, ma uggioso, talvolta — e poi a maneggiare i 33 volumi del Laurent per potersi orientare.

Ma parte ciò, a mio avviso prima di declamare attorno alla chiarezza di un codice sarebbe anche opportuno leggerlo. Nel caso del Code civil ci si potrebbe imbattere in costrutti come quello stampato all'art. 1133 secondo il quale: « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moers ou à l'ordre public. » In una riga e mezza ci si imbatte: (i) in un oggetto mentalistico di difficile configurazione come la causa dell'obbligazione, ove comunque la parola causa ha un senso del tutto specialistico che non coincide per nulla con il significato della stessa parola nel francese comune; (ii) in una nozione scivolosa come quella di "buoni costumi"; (iii) in una chimera totale come l'"ordine pubblico".

Ma come si poteva raccapezzare il povero cittadino quando il limpido legislatore gli rivolgeva una frase così facilmente intelleggibile?

La realtà è stata naturalmente che i cittadini hanno continuato a rivolgersi, di mala voglia, si suppone, ai tecnici del diritto perché si accorgevano che la presunta chiarezza del codice non eliminava affatto la necessità di una interpretazione specialistica, e non la eliminava perché la sua apparenza era tutta fondata su anfibologie

(48) Come è noto nel 1858 Lincoln suggerì in una lettera che "the cheapest, quickest and best way" per divenire un avvocato consisteva nel "read Blackstone's *Commentaries*, Chitty' *Pleadings*, Greenleaf's *Evidence*, Story's *Equity* and Story's *Equity Pleading*, get a licence, and go to the practice and still keep reading". Questo suggerimento diventato aneddoto storico, cfr. in L. M. FRIEDMAN, *A History of American law*, 2 ed, New York, 1985, pag. 606, ha dato il nome di Lincoln alla formazione autodidatta così diffusa negli Stati Uniti nel XIX secolo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per cui parole che sono di uso corrente nel linguaggio comune come: proprietà, possesso, contratto, eredità, successione, azione, etc., assumevano nel testo codicistico un significato discosto, in cui si celavano concetti che solo gli iniziati erano in grado di decifrare.

9. Il secondo mito di cui a mio parere occorre disfarsi proviene dalla Germania e costituisce un riverbero della celebre controversia sulla codificazione che si sviluppò al seguito della modesta proposta di Thibaut. In quella sede si sa, uno degli argomenti polemici sviluppati da Savigny fu il presagio che la codificazione avrebbe annichilito il ruolo della scienza del diritto.

La celebrità di tale polemica ha fatto sì che molti ancor oggi condividano l'idea per cui l'avvento di un codice annichilisce il ruolo della scientia juris. Si è già osservato come storicamente le cose non siano andate affatto nella direzione predetta da Savigny, anzi, proprio in Germania, siano andate nella direzione opposta. Ma il collaudo storico non ha troppo inciso sulla vulgata corrente la quale continua ad intendere l'avvento della codificazione come la sostituzione degli jura con le leges, o, se si vuole, la sostituzione di un diritto largamente dominato da fonti sapienziali con il diritto dominato da fonti legislative. Perciò si è sempre assunto il nome di Savigny come quello dell'ultimo eroe di quel diritto scaturito da una scienza teoretica che ha dominato la vita del diritto in Europa continentale da Irnerio a Napoleone.

Tale vulgata è tanto forte che anche ai giorni nostri, si sia immaginato che proclamare desiderabile un codice civile europeo significhi rinunciare ad edificare, o a riedificare, un jus commune europeum su base sapienziale. In altri termini si è immaginato che chi invoca il codice vuole mettere da canto l'opera della dottrina accademica e puntare tutto sull'intervento legislativo, come se si trattasse di invocare un'altra volta il cesareo gladio per disboscare la giungla giuridica, eliminando il troppo ed il vano.

Ma le cose non stanno punto in questi termini.

Iniziamo con il ricordare come sotto il profilo storico la vulgata tradizionale non riesce a spiegare come mai, in termini di prestigio, il formante dottrinale sia stato ben in auge dopo le codificazioni ottocentesche.

La ragione di ciò è naturalmente che un codice viene normal-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente presentato come un insieme organico di norme. Sotto il profilo della teoria ortodossa della fonti ciò è completamente esatto, ma sotto un profilo storico ciò è altrettanto gravemente esagerato.

La realtà è che i codici civili europei del secolo scorso costituirono formidabili strumenti di unificazione dei diritti nazionali, perché furono fondativi di un linguaggio, di una grammatica e di una sintassi giuridica e delle categorie ordinanti che tengono insieme il sistema. Ma ciò richiede il concorso di altri formanti capaci di costruire su quelle fondamenta l'edificio di un sistema giuridico.

Nelle codificazioni civilistiche dell'ottocento, sia pure in forme più o meno accentuate, è ben visibile l'intenzione dei legislatori di fondare un linguaggio allineato con la tradizione sapienziale europea, affidando quindi alle dottrine nazionali, più o meno guidate dal governo, il compito di divulgare e radicare quella grammatica, quella sintassi e quelle categorie ordinanti nella legal community nazionale, la quale è stata essa stessa un prodotto della vicenda dinamica innestata dalla codificazione.

È ben noto infatti che i redattori del Code civil scrissero un testo in cui in filigrana si leggono le opere di Domat e di Pothier (49); ed è persino superfluo ricordare il fiume di critiche che investì i lavori della prima commissione che predispose il BGB, alla cui opera si volle ascrivere il linguaggio arcignamente professorale. In ogni caso è fuori dubbio che i codici di successo furono scritti in un linguaggio che rispecchiava gli jura del momento.

In questo senso non si è ben meditato sul fatto che nel momento delle codificazioni i legislatori mostrarono di voler ricercare l'intesa linguistica con i giuristi e con ciò stesso ne riaccreditarono l'opera presso tutti gli apparati statuali. Per i giudici, come per i burocrati, divenne del tutto spontaneo credere che l'interpretazione del codice fosse un problema dei giuristi e che quindi fosse naturale ricorrere ai commenti ed alle esplicazioni dei giuristi ogni volta che si dovesse porre il codice all'opera. Come è comprovato, a contrariis, dalle vicende dello ABGB, non solo una codificazione ha successo o fallisce in funzione dello sforzo interpretativo che la dottrina è in

(49) Cfr. per tutti, J. GHESTIN, *Jean Domat et le code civil français*, in *Studi in onore* di R. SACCO, vol. I, Milano, 1994, pag. 533.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grado di produrre (50); ma è soprattutto vero che un codice accaparrando su di sé l'emozione generale riverbera il proprio prestigio su coloro ai quali si rivolge come ai propri interlocutori ed interpreti, rilanciandone le sorti.

Si è già ricordata la visione che scorge nei codici i prodotti della scienza giuridica europea; ma è da aggiungere che questa è stata chiamata a prestare ai codici il proprio linguaggio e le proprie categorie perché aveva saputo, talvolta, essere tale; perché aveva saputo costruire una mappa razionalmente ordinata del mondo delle relazioni umane; ed aveva fatto ciò rendendo suscettibili di riflessione e di conoscenza le condotte sociali in cui si oggettivava l'esperienza storica di una comunità civile e non già perché si era limitata a cercare di comprendere i comandi del principe.

10. È vero però che la dottrina ha giocato un ruolo ambivalente. Per quanto riguarda il ruolo del formante cruciale rappresentato dalla dottrina accademica, basterà ricordare come a partire dalla Francia essa diede origine ad una nuova ortodossia attraverso la conclamata accettazione del paradigma dell'illuminismo ingenuo. Questo nuovo paradigma risolse in parte il problema rimasto sul tappeto dalla disputa settecententesca. Si tratta ovviamente del sempiterno problema del bilanciamento tra la preferenza istintiva del giurista, ed il suo ancoraggio ottenuto grazie al radicamento in una tradizione che sotto vesti di scienza ha prodotto un sistema vincolante di nozioni. Per il professore questo ancoraggio si colloca istintivamente verso una linea alta che ammette dispute e dissensi purché l'interlocutore condivida con lui, insieme con l'accettazione della inevitabilità del fatto che ciascuno riversi nelle proprie tesi pulsioni soggettive ed abbigliamenti di sé come individuo, anche, se tiene al proprio onore di studioso, la ricerca della risoluzione del sé nella più feroce oggettività.

Le scelte del legislatore offrirono questo paradigma oggettivo e con ciò gli esegeti recuperarono il canone dell'oggettività al discorso del giurista, ed insieme restituirono al professore il suo modo di essere dopo secoli di eclissi. Ma ciò non vuol dire che i commenta-

(50) Sul punto mi permetto di rinviare alla voce *Codice*, in *Dig. Discipl. priv. - sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 442.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tori ottocenteschi furono supini verso il testo. P.G. MONATERI ha dimostrato, qualche anno fa, come l'art. 1382 code civil sia una delle norme più limpide dell'intero codice (51). Ci voleva del coraggio e dell'ingegno per rivoltarla come un guanto (52).

Piuttosto il tarlo dell'esegesi sta nel reggersi su una contraddizione. Infatti la radice dell'illuminismo ingenuo che insegue il mito della certezza del diritto attraverso la certezza della legge e risolve la certezza della legge nel linguaggio chiaro e preciso del legislatore da divulgare una volta per tutte mediante un testo unico, è costituita dalla negazione implicita dell'autonomia del giuridico rispetto alla volontà legislativa. Ma ciò è anche esattamente il contrario di quello che invece il linguaggio del codice invitava a fare e che in effetti i commentatori ottocenteschi del codice fecero; sicché infine la proclamazione che tutto il diritto si riassumeva nelle norme colte nella assoluta staticità garantita da un codice immutevole, toglieva credibilità alle prassi interpretative più dinamiche. Peggio ancora, la finzione su cui si fondava tutto il movimento esegetico era destinata ad entrare irrimediabilmente in crisi non appena si fosse verificato l'evento per cui uno stesso testo fosse chiamato a sorreggere due esiti ermeneutici diversi ed egualmente autoritativi, come fatalmente avvenne nella giurisprudenza francese specie nell'ultimo quarto del XIX secolo. Da ciò non si esce ribadendo nel modo più rigoroso la supremazia del legislatore statuale al di fuori da ogni prospettiva relazionale degli atti linguistici, come fece Carré de Malberg, ma recuperando all'interprete mediatore del messaggio legislativo il controllo sulla coerenza linguistica del sistema (53).

---

(51) Cfr. P.G. MONATERI, *La sineddoche - formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, pag. 7.

(52) Si potrebbe obiettare che l'ingegno è una qualità che non traspare da asserzioni apodittiche come quella che si legge in Marcadé in cui alla formula codicistica che insiste in modo chiaro e vigoroso sul fatto che la fonte della responsabilità è "Tout fait quelconque de l'homme", si aggiunge la premessa stravolgente per cui "Il faut d'abord que le fait soit illicite, c'est à dire qu' il presente un violation du droit d'autrui". Cfr. in *Explication du Code Napoléon*, sub art. 1382. Ma in realtà se si esamina lo spettro delle possibilità che si aprivano all'interprete di allora ci si avvede che quella della sovrapposizione apodittica era probabilmente la strategia più intelligente.

(53) Cosa che anche Geny era assai timido a proporre, cfr. F. GENY, *Le particularisme du droit fiscal*, in *Melanges R. Carré de Malberg*, Paris, 1933, pag. 193 seg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

11. Guardato nel contesto europeo attuale il problema delle codificazioni non sembra essere un problema che risale alla predisposizione di testi divergenti. Se così fosse, diverrebbe immediatamente fruibile l'indicazione delle comparatistica contemporanea che invita a guardare alle diverse soluzioni giuridiche riscontrabili sul piani del diritto civile europeo come variazioni locali su un tema comune.

Il problema è invece nei diversi modi in cui le dottrine giuridiche nazionali hanno reagito al codice i quali hanno scavato un solco profondo tra le mentalità giuridiche europee. Solco che si sta tuttora allargando e non già riducendo.

Il fatto è che una volta riacquisito il prestigio perduto per l'invadenza dei forensi legati al diritto giurisprudenziale una dottrina accademica può anche suicidarsi per mancanza di coraggio. In effetti se si continua a proclamare che tutto il diritto viene dallo Stato sperando poi di trovare spazi per una attività di interpretazione creativa si da avvio a tre fenomeni di lunga durata: l'annichilimento della funzione sapienziale della dottrina accademica; la delega alla giurisprudenza della funzione creativa del diritto; lo sprone al legislatore a continui interventi normativi.

Circa il primo fenomeno si deve sottolineare come la riduzione del diritto alla legge ha come prima vittima il giurista quale esso è sortito da una lunga tradizione della scientia juris europea. Il fatto è che la ricetta del positivismo elementare, fissandosi unilteralmente sul testo momentaneamente vigente, finisce con l'imprigionare lo sguardo del giurista sulla mera attualità dell'accadere, sull'effimero e sul relativo. In tal modo la scientificatà del discorso del giurista non si accresce, ma si irretisce nelle necessità pratiche dell'utilizzazione della legge, al modo dei forensi, mentre smarrisce l'obiettività teoretica che solo la contemplatività di una conoscenza per la conoscenza rende possibile.

Racchiuso nel mondo delle norme il giurista dotto smarrisce la sua ragion d'essere, snervato da qualunque rapporto con la cultura che gli consente la leggibilità del mondo. Ma, in più, simile impostazione lo condanna all'irrilevanza del suo apporto, posto che presto il testo della legge che è esclusivo oggetto delle sue cure si smarrisce nell'attività degli apparati attenti alle proprie necessità ed ai rapporti di forza istituzionali, nei meandri delle quali il discorso rigorosamente formale basato sul lessico della norma è il meno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adatto ad inseguirlo. Il che rende la funzione del giurista insieme futile ed indecente.

L'irretimento del giurista in un ascolto dell'autorità della legge, è speculare alla sua perdita di capacità di trovare le soluzioni in schemi, modelli e teorie non necessariamente, anzi, preferibilmente non formali e non strettamente giuridiche.

12. A simile irretimento si è pensato di sfuggire ponendo la dottrina in sintonia con la giurisprudenza.

Il programma, si sa, risale alla Francia dei primi anni del XX secolo ed è stato riproposto da noi negli anni sessanta da Gino Gorla e negli anni ottanta da Francesco Galgano.

Se si guarda all'esperienza più antica, vale a dire a quella francese bisogna però notare che gli esiti di simile sintonia sono stati per le sorti della dottrina accademica poco meno che disastrosi.

Il problema è che in Francia il linguaggio della giurisprudenza non è diverso dal linguaggio normativo.

Qualche tempo dopo essersi immerso nello studio della giurisprudenza lo stesso Gorla (54), analizzando lo stile della giurisprudenza francese ci aveva avvertito che in quell'esperienza è ormai cristallizzata da quasi due secoli uno forma della motivazione in cui il discorso del giudice è, quanto al diritto, assai simile ad una formula di codice (più particolareggiata). La sentenza francese infatti contiene solo la fattispecie più l'effetto giuridico, inserendovi nel mezzo la citazione della norma di legge.

Nel contesto di una analisi della opposizione tra diritto codificato e diritto giurisprudenziale l'esempio francese è importante, non perché sia un modello da imitare, tutt'altro, ma perché ci indica la possibilità che le prassi discorsive dei giudici non siano morfologicamente distanti da quelle del codificatore.

Per il momento tuttavia mi limiterei a riflettere sul dato di fatto ben assodato per cui nell'esperienza francese la giurisprudenza si esprime mediante la fissazione di una regola formulata secondo un linguaggio che è tipicamente legislativo. Lo stesso risultato si ottiene quando la giurisprudenza motiva estesamente le proprie decisioni,

(54) Cfr. G. GORLA, *Lo Stile delle sentenze, Testi commentati*, in *Foro Italiano*, 1968, *Quaderni*, c. 452-453.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma il fruitore della giurisprudenza preferisce abbeverarsi alla sola massima. In entrambi i casi ci si pone in ascolto di una regola. E ci si pone in ascolto perché la considera una regola autoritativa al pari di quelle legislative, il cui rispetto dunque si impone indipendentemente dal fatto che possa venire giustificata mediante il suo inserimento logicamente armonioso in un sistema, ossia mediante la modalità giustificativa immanente a tutta la tradizione giuridica occidentale (55).

Significativamente in Francia è stato sostenuto che: « comme la loi, le jugement est un acte d'autorité. Il emane d'un organe étatique investie du povoir (et du devoir) de juger: Acte officiel par le quel l'Etat rend justice aux justiciables. La marque d'autorité est d'autant plus profonde..... ». Il che significa attribuire alla decisione giurisprudenziale lo stile legislativo in cui « Le legislateur ne discute, ni ne justifie. Il n'argumenta pas. Il ne démontre pas. Il ne raisonne pas. Il dispose. Son style n'est pas spéculatif mais impériuex » (56).

Ma se si dialoga con siffatta giurisprudenza, oppure se si dialoga con la giurisprudenza in modo siffatto, è chiaro che la dottrina assume una posizione insignificante. Se tutto si riduce al criterio di autorità ed ad una legittimazione che viene dallo Stato, allora è ovvio che nessuno ha più interesse ad ascoltare dei pedanti senza potere.

---

(55) Come è noto anche in Francia si sono levate voci a favore di un mutamento di stile, ossia a favore di una motivazione più estesa che aprisse un dialogo pubblico tra dottrina e giurisprudenza, cfr. A Touffait e André Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notemment de celles de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. dr. civ*., 1974, 487; Cfr, anche A. Tunc, *La Cour de cassation en crise*, in *Arch. de Philosophie du droit*, t. 30, *La Jurisprudance*, Paris, 1985, p. 157. Tuttavia, non ostante la particolare autorevolezza dei due autori, la loro proposta non ebbe successo. Recentemente in una sede particolarmente prestigiosa, Philippe Malaurie ha ricordato che: "Aux trois-quarts du siècle, des esprits épris de réformes avaient voulu changer la langue et le style des arrêts de la Cour, jugés elliptiques. La Cour n'a pas jusqu' ici écouté le chant de ses sirènes et a eu bien raison"; cfr. P. Malaurie, *La Cour de cassation au XXème siecle*, in *Rapport de la Cour de cassation 1999*, Paris, *La documentaion Française*, 2000, pag. 24

(56) Così G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 317. È stato anche detto che la che "La motivation est univoque, écartant un exposè minutieux de tous les arguments en cause; il énonce un règle, affirme un pouvoir et se borne à affirmer la position de la Cour. Così, P. Malaurie, *La Cour de cassation au XXème siecle, op. cit.*, pag. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Naturalmente a ciò non corrisponde di per sé ad una grave perdita. Tutto dipende da ciò che dice l'inascoltato e l'unità di misura non può essere altro che il criterio dell'utilità generale.

In linea teorica però non si può fare a meno di notare che un più rapido adeguamento delle regole giurisprudenziali all'evoluzione delle esigenze sociali, sembra necessitare di un dialogo tra dottrina e giurisprudenza. Ciò non solo alla luce della funzione di stimolo e di sorveglianza critica che la prima può esercitare sulla seconda, ma alla luce di un ovvio criterio di divisione del lavoro. Un aneddoto attribuisce ad uno dei più celebri giudici americani l'avvertimento che il giudice, proprio perché deve fare il giudice, non dispone del tempo necessario per riflettere su tutti gli aspetti dei problemi giuridici, pertanto qualcuno deve farlo per lui. Ma questo qualcuno deve essere disinteressato almeno quanto lo è il giudice stesso. Quindi, a meno di non attribuire agli avvocati funzioni quasi giudiziarie, come avviene con barristers inglesi (57), il consigliere naturale del giudice creatore del diritto è il professore (sempre che a lui non manchi il tempo per studiare e riflettere).

Ci si può al riguardo rifare all'esempio tedesco non solo per ribadire che è stupefacente constatare come la fedeltà ad un mito abbia portato a sottovalutare in modo quasi incredibile la libertà con cui gli interpreti tedeschi hanno dato attuazione alle disposizioni del BGB. Libertà che ad esempio si manifesta appieno nella sostituzione integrale di un diritto dottrinal-giurisprudenziale consuetudinario alle disposizioni codicistiche in tema di garanzie reali mobiliari.

Quanto mette conto osservare è piuttosto che il confronto comparativo tra le due esperienze esemplari nel contesto europeo serve a mettere in luce un fattore cruciale, ossia la rilevanza del fatto che la giurisprudenza si abitui a motivare le proprie decisioni secondo lo stile della dottrina accademica e non invece seguendo il modello della prosa legislativa.

A ben vedere infatti non ha grande rilevanza il fatto che a rifornire il sistema di quei principi generali di cui esso ha bisogno per coniugare la sua intellegibilità con la sua coerenza, siano professori di ruolo nelle università oppure giudici togati. Questo è solo un problema di or-

(57) Cfr. al riguardo le acute osservazioni di R. POSNER, *Law and Legal Theory in the U.K. and U.S.A.*, Oxford, 1996, pag. 21 e segg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ganizzazione trattandosi di verificare se il sistema di amministrazione delle risorse giudiziarie seleziona come giudici giuristi capaci e lascia ad essi sufficiente tempo per studiare e meditare e se il sistema di organizzazione dell'Università conferisce ai professori i mezzi il tempo e gli incentivi per continuare ad imparare.

13. Il dislocarsi del prestigio culturale avvenuto nel XX secolo a tutto vantaggio delle esperienze anglosassoni (58) ha indotto non pochi giuristi europei a considerare la giurisprudenza come il formate essenziale di qualsiasi esperienza giuridica occidentale; ma anche a questo proposito riterrei necessario intendersi sul significato delle parole.

Per quanto riguarda il diritto giurisprudenziale va ricordato come gli studi comparativi relativi allo stile della sentenza abbiano posto in luce le notevoli differenze che intercorrono, dal punto di vista della loro fruizione, tra sentenza regola, sentenza caso, e sentenza principio (59).

La sentenza regola può porsi come tale a causa della sua formulazione, come accade in Francia, oppure a causa della sua fruizione, come accade in Italia ove i pratici prediligono la sola lettura della massima (60). In entrambi i casi il fruitore della giurisprudenza si pone in ascolto perché la considera una regola autoritativa. Sicché ove la giurispudenzialità del diritto si nutre di sentenze regole non vi è una sensibile differenza tra diritto cosiddetto giurisprudenziale e diritto cosiddetto legislativo.

La sentenza caso non ha di per sé sola molto a che spartire con il diritto giurisprudenziale inteso come fonte del diritto. Infatti di per sé i casi, o le controversie, che vengono portate avanti i giudici illuminano circa la società civile e non circa il diritto. Chi si pone all'ascolto dei casi esaminati dalla giurisprudenza, non riflette quindi sul diritto, ma solo sui problemi che il diritto deve affrontare. Sotto questo profilo i ripetuti inviti che si sono levati in Europa ed in America nel

---

(58) Cfr. U. Mattei, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, pag. 195 segg..

(59) Cfr. M. Lupoi, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 234.

(60) Sul punto cfr. G. Visintini (cur.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente, con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corso del XX secolo a studiare la casistica giurisprudenziale debbono essere considerati per quelli che sono stati. Si è trattato infatti di inviti lanciati da giuristi di ingegno, stizziti del fatto che i loro colleghi continuavano ad interessarsi di problemi che esistevano solo nei libri di dottrina e che disperando di poterli convincere a seguire le eroiche metodologie di un Geny o di uno Stammler o di un Cardozo, li invitavano a confrontarsi almeno con i problemi della pratica forense. Celebri in materia le analisi di Gorla sulla causa o di Corbin sulla consideration. L'invito a confrontarsi con i problemi della pratica forense tocca sempre nel vivo i giuristi assai più di quelli volti a tener conto della natura delle cose; non sembra però che possa andar al di là di una funzione di rottura anche se spesso assai salutare data la situazione contingente.

Il fatto è che l'invito a seguire le direttrici di una comprensione realistica dei problemi giuridici non porta alla casistica giurisprudenziale. Da un lato lo sviluppo delle scienze sociali nel XX secolo ha fatto si che il giurista abbia a sua disposizione una quantità di dati e di visioni teoriche della realtà sociale ampiamente sufficienti ad evitargli la iattura di scrivere libri da libri. A patto naturalmente che abbia voglia di apprendere per comprendere. Dall'altro lato mi pare difficilmente rifiutabile l'osservazione di Geny (61) secondo la quale l'interprete deve porre la nozione di normalità alla base di ogni tentativo di ricostruzione di una regola. Ma se così allora il giurista deve osservare i fatto sociali con l'ausilio di modelli scientifici appropriati e non già mediante il disordine della casistica.

Il diritto giurisprudenziale in quanto modo di formulare il diritto alternativo rispetto alla legislazione ed ai codici, si ritrova dunque nelle sentenze principio. Al riguardo è da avvertire come sia sostanzialmente indifferente che la formulazione del principio sia articolata nel testo stesso della motivazione, oppure sia ricavabile dall'intero contesto. In Francia i grands arrêts sono sostanzialmente sentenze di principio, anche se sono formulati in modo non molto diverso dalle normali sentenze regola.

Piuttosto è da osservare come alla formulazione di sentenze principio si possa pervenire in due modi molto diversi tra loro.

---

(61) Vedi F. GENY, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2e ed., Paris, 1919, t. II, pag 85 e pag. 232.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel primo modo il giudice ripercorre sistematicamente le indicazioni che si possono trarre dalla fonti normative ed enuncia ad esempio che in base ad esse il mandante può essere vincolato da un mandato apparente anche senza colpa (62); che il sopravvissuto di una coppia omosessuale deve essere considerato "a member of the ceased tenant's family" ai sensi dell'Housing Act 1980 (63). In tutti questi casi il giudice argomenta attorno al corretto contenuto normativo.

Il secondo modo di fissare giurisprudenzialmente un principio consiste nell'invocare un criterio di policy in base al quale, ad esempio, decidere che l'interesse generale ad un dibattito libero e robusto è tendenzialmente prevalente sul diritto alla reputazione delle figure pubbliche (64); che si deve ritenere che la lesione di un interesse legittimo può essere ingiusta e quindi essere fonte di responsabilità civile (65), per dedicarsi poi, sempre in base a scelte di policy compiute in prima persona dalle corti, ad indicare i criteri in base ai quali tale tendenziale prevalenza si concretizza.

I due modi di pervenire a stabilire giudizialmente principi di diritto sono diversi tra loro non tanto per il maggior candore che contrassegna il secondo rispetto al primo, ma perché il secondo obbliga i fruitori del diritto giurisprudenziale a ragionare in termini di policy e non di sistema, in termini di standard e non di regole.

14. Quanto qui si è sino a qui osservato serve a dimostrare che codificazione e diritto giurisprudenziale sono categorie troppo generiche per poter essere utilizzate come termini di paragone.

Anche l'aggiunta di un terzo attore, la dottrina accademica, migliora solo di poco lo stato delle cose. Il fatto è che professori legislatori e giudici sono stati rappresentati come gli eterni protagonisti delle vicende del diritto occidentale, come i signori del diritto. Ma ciò è più adatto a riflettere epoche in cui il sistema delle corti era,

---

(62) Cfr. ad es.: Cass. Ass. plén., 13 déc. 1962, Banque canadienne nationale c. Directeur général des impôts.

(63) Cfr. ad es.: House of Lords, Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd. (1999).

(64) Cfr. ad es.: New York Times Co., v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

(65) Cfr. ad es.: Cass. 1999, n. 500, Comune di Fiesole c. Vitali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accanto al sistema fiscale ed all'esercito, uno dei pochissimi apparati di governo di cui disponeva lo Stato. Oggi tutti sanno che non è più così, non solo per la ragione banale che è cresciuta la ricchezza, ma anche i bisogni; che si arricchito il catalogo dei diritti ed anche ovviamente il loro costo sociale, sicché la complessità dei nostri sistemi di governo ha raggiunto dimensioni inimmaginabili prima della rivoluzione industriale. In realtà però l'espansione degli apparati amministrativi è avvenuta anche perché alcuni di essi hanno saputo fare ciò che giudici e professori hanno fatto in misura inadeguata, e cioè rispondere alla sfida della complessità mobilitando i molteplici saperi custoditi in molte discipline; discipline tecnico scientifiche in primo luogo, ma anche discipline sociali diverse dalla giurisprudenza (qui nel senso di jurisprudentia).

In effetti solo attingendo alla accumulazione concettuale generata da diverse tradizioni di ricerca si può sperare di governare il mondo della finanza, delle assicurazioni, dell'informatica, di tutelare l'ambiente, la salute dei consumatori, etc..

Se si guarda alla storia ci si avvede che la tradizione giuridica occidentale ha progredito grazie all'opera di teste forti. Quando e dove il motore dell'evoluzione giuridica è stata la giurisprudenza, vi è stata necessità di giudici che unissero ad una elevata cultura tecnica anche un certo coraggio. Il giudice infatti è per sua natura più esposto del professore e quindi se vuole innovare non basta che sia munito di cultura, a volte deve avere anche coraggio. Coke fu lincenziato. Mansfield ebbe la casa devastata dalla folla. Holmes dimostrò di tempra era fatto collezionando un dozzina di ferite durante la guerra di seccessione; ed anche il mite Cardozo ebbe un certo coraggio nel manifestare idee eterodosse, come ci testimonia, forse esagerando, Grant Gilmore (66).

Cultura e coraggio non sono qualità che si trovano nella natura umana con la stessa facilità con cui si trova petrolio in Kuwait.

Oggi nessuno chiede qualità eroiche, salvo una che non è proprio eroica, ma è divenuta almeno problematica: non smettere mai di essere curiosi attorno ai prodotti del sapere umano.

---

(66) Cfr. G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, 1977, pag. 77: "...a less saintly man than Cardozo might in 1920, have found himself running close to the reefs of impeachment".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel corso della polemica sulla codificazione Thibaut ebbe ad osservare che il kantiano sapere aude è un motto che addice anche la giurista (67).

A me sinceramente pare che se continuiamo a far riferimento a fonti autoritative quali il codice ed un certo diritto giurisprudenziale e non cerchiamo di capire come si possa migliorare l'applicazione dell'uno e dell'altro, diviene troppo facile profezia prevedere che nel XXI secolo i signori del diritto saranno altri.

(67) Cfr. Anton Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemein bürgerlichen Rechts für Deutschland* (Heidelberg, 1814), Trad., it. G. MARINI (cur.) *La polemica sulla codificazione*, Napoli, 1992: "Non si esageri tuttavia nel culto della tradizione! (..) Il principio del sapere aude! Vale anche in questo contesto, e forse più che altrove"; pag. 82.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STEFANO RODOTÀ

UN CODICE PER L'EUROPA? DIRITTI NAZIONALI, DIRITTO EUROPEO, DIRITTO GLOBALE.

I. *Dinamiche d'una codificazione possibile.*

1. Al volgere del millennio, gli studiosi del diritto privato sembrano ansiosi di cogliere l'occasione per segnare ancora una volta con un codice l'avvio d'un tempo nuovo, così com'era avvenuto all'inizio degli ultimi due secoli con il *Code Napoléon* e il BGB. Ma, se per il *Code des Français* si può parlare quasi di un fatale incontro con la storia, la vicenda del Codice dell'Impero germanico rivela una volontà deliberata, dopo la promulgazione del 18 agosto 1896, di stabilire una *vacatio legis* che accompagnasse il codice proprio fino al primo giorno del '900, accomunando così i giuristi a quelli che "si gettavano entusiasti sul secolo nuovo e ancora intatto" (1). Non dissimili furono lo spirito e l'ambizione del codificatore italiano, che esplicitamente dichiarava d'aver voluto prevedere, "con la prontezza necessaria", perché il codice civile potesse entrare in vigore il "XXI aprile, fulgida data della nostra inconfondibile civiltà romana e italiana" (2), celebrando insieme il Natale di Roma e il Ventennale del regime fascista (3).

Il codice, dunque, come simbolo forte, segno destinato a marcare un'epoca fin dal suo avvio o comunque ad associarlo a momenti alti della vita d'un popolo, illuminandoli e venendone illuminato. Ma i

---

(1) R. Musil, *L'uomo senza qualità*, trad. it. di A. Rho, I, Einaudi, Torino, 1957, p. 62.

(2) Codice civile, *Relazione del Ministro Guardasigilli*, Libreria dello Stato, Roma, 1943, p. 15.

(3) L'entrata in vigore dei libri del codice successivi al primo fu scandito appunto dal costante riferimento o al 21 aprile (Natale di Roma) o al 28 ottobre (anniversario della marcia su Roma).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricordi, o le nostalgie o le pretese, del giurista non bastano per sciogliere un dubbio: esistono oggi le condizioni storiche capaci di conferire all'impresa di un codice comune europeo la forza simbolica che questa forma giuridica racchiudeva nelle occasioni passate?

Questa volta il codice non trarrebbe forza simbolica dal suo coincidere con un fatto ad esso esterno, con una particolare scansione del tempo storico, ma dal suo divenire parte costitutiva di un progetto politico ed istituzionale, dal suo rendere possibile quell'unificazione legislativa in passato ritenuta complemento indispensabile dell'unificazione politica e di quella amministrativa. È l'associazione con l'Europa che dovrebbe riscattare l'impresa da una sua dimensione puramente tecnica, da un suo essere soltanto un nome storicamente forte associato ad una delle tante operazioni di integrazione giuridica di diverse aree, perché il segno del codice renderebbe visibile l'avanzare dell'unificazione europea. Il codice confermerebbe ed accrescerebbe così quel paradosso europeo che ci ha dato una moneta senza Stato, che annuncia una Costituzione senza Stato e che dovrebbe portarci ad un codice senza Stato proprio nel continente dove questo strumento giuridico é nato anche dall'identificazione sua con lo Stato nazionale, tanto che ancora di recente si è potuto considerare criticamente, ad esempio, la pretesa di trasformare in legislazione cosmopolita, universalistica il codice francese, "qui était au fond un détournement du caractère national, historique" che aveva voluto imprimergli soprattutto Portalis (4).

Queste considerazioni, tuttavia, potrebbero far concludere che proprio il tentativo in corso in Europa rinvigorirebbe l'idea di codice, mentre in quest'ultimo mezzo secolo le molte e talvolta notevoli codificazioni erano sempre rimaste nel quadro dell'aggiornamento dei testi esistenti o del loro adattamento/trasformazione in contesti caratterizzati da mutamenti profondi del regime politico dello Stato. Ora, invece, al codice civile si potrebbe di nuovo guardare come ad "uno dei sommi fattori dell'unità" (5), sovranazionale questa volta, e non più soltanto "nazionale".

---

(4) J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2 ed., Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1955, p. 260, nota 30.

(5) Codice civile del Regno d'Italia, *Relazione ministeriale al Re sul codice civile*, Torino, 1866, p. XIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel singolare procedimento costitutivo di una unità europea sempre più intensa, che deve progressivamente erodere la sovranità dello Stato nazionale pur rispettandone il simulacro, l'integrazione segue vie contorte, procede per piccoli passi ed accelerazioni che cercano di riscattarla dalla *routine*. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur con i suoi limiti e le sue debolezze, rispecchia appunto il tentativo di una "integrazione attraverso i diritti", che potrebbe divenire addirittura più significativa se potesse proseguire sul terreno del diritto privato, dove la quotidianità dei rapporti e la forza delle relazioni economiche rendono immediatamente più percepibile l'esistenza di un tessuto giuridico comune, che quindi può contribuire più di altre imprese al costituirsi di un comune senso di appartenenza, se non proprio di una identità condivisa. I codici civili non hanno mai parlato al cuore dei cittadini, come hanno cercato di fare le dichiarazioni dei diritti e le costituzioni. La loro prosa è stata piuttosto quella di chi segue la trama concreta delle relazioni personali e sociali, e da questa carica realistica è derivata la capacità di conformare un sistema, che non era poi soltanto quello giuridico.

Ma bastano queste considerazioni, questi sguardi volenterosi verso il futuro, per indurre a ritenere che il codice civile possa ritrovare il posto che ebbe nel santuario del diritto, tornando ad essere una di quelle "masses de granit" (6) necessarie per dare forma ad una società, e quindi ineludibili quando se ne vogliono definire i caratteri?

2. Per cercar di rispondere a questo interrogativo, è indispensabile tornare su alcuni caratteri della forma codice, e confrontarli con i caratteri che sembrano essere propri delle ipotesi attuali di codificazione civile europea. L'appannarsi della forza dei codici civili, la loro progressiva perdita di centralità nell'organizzazione sociale e nel sistema politico, non sono derivati dall'erosione alla quale li sottoponeva il dilagare della legislazione speciale. Fino a quando il sistema giuridico è stato caratterizzato da una sostanziale omogeneità, socialmente espressa o politicamente determinata, il codice civile è stato in

(6) L. MADELIN, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, IV. *Le Consulat*, Paris, 1939, p. 181.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grado di assorbire le spinte della legislazione di settore, perché si manifestava come il luogo dove risiedevano i principi unificanti di fronte al particolarismo dei regimi speciali; e come lo strumento caratterizzato dalla lunga durata, a differenza del carattere transitorio proprio delle "leggine". Questa attitudine è venuta meno quando il codice non è stato più il luogo dove si esprimeva l'egemonia di un soggetto sociale dominante: il codice della borghesia è dovuto venire a patti con gli strumenti giuridici nei quali si manifestava la presenza sulla scena sociale e politica di altre classi e ceti. Il trasmigrare nelle lunghe costituzioni dei principi fondativi del diritto privato, e dunque la fine della divisione "costituzionale " tra codici e costituzioni, non è una operazione da apprezzare soltanto sul terreno delle fonti del diritto, e della loro gerarchia. È il segno, e il prodotto, dell'apparire sulla scena del mondo della classe operaia, che anche nella vicenda giuridica si affianca al soggetto storico della codificazione, la borghesia; che impone valori diversi, e così pone fine all'omogeneità che aveva consentito la superiorità del codice civile sul testo stesso della costituzione. E, se la rottura si consuma a Weimar, la sua incubazione è lunga e può essere seguita guardando proprio ad alcuni momenti della legislazione speciale, come quello colto da Karl Marx quando sottolineava che "la legge delle dieci ore non fu soltanto un successo pratico: fu la vittoria di un principio. Per la prima volta, alla chiara luce del sole, l'economia politica della borghesia soggiaceva all'economia politica della classe operaia" (7).

La tensione verso una dimensione sociale del diritto, alla quale il sistema privatistico non poteva rimanere estraneo, si manifesta definitivamente a Weimar, quando Friedrich Naumann, e soprattutto Hugo Sinzheimer, disegnano la trama della nuova costituzione (8). Questa deve assumere i caratteri di una costituzione "sociale": e qui, al vertice del sistema giuridico, sembra comporsi la frattura storica che aveva diviso il codice civile dalla classe operaia (9), ed alla quale invano s'era cercato di porre rimedio versando

(7) K. Marx, *Indirizzo inaugurale e statuti provvisori nell'Associazione internazionale degli operai*, in *Opere complete*, IX, Editori Riuniti, Roma, 1960, p. 759.

(8) Cfr. G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 77-84.

(9) A. Tissier, Le Code civil et le classes ouvrières, in *Le Code civil (1804-1904)*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nei codici civili una "goccia d'olio sociale" (10). Da questo cambiamento di ottica discende, come conseguenza quasi obbligata, che la costituzione, e non più il codice, diviene il luogo giuridico dov'è possibile delineare un piano dei rapporti sociali. E questa novità s'insinuerà nel corpo stesso del diritto civile, per il quale si parlerà di "prolétarisation" (11).

È dunque da una divaricazione tra soggetti che prende corpo non dirò la crisi del codice, ma il mutamento della sua funzione e del suo ruolo. Privato d'un suo ruolo costituzionale e "direttivo", ridimensionato da un realismo giuridico che non considera più la legislazione sociale come un accidente o un accadimento transitorio, il codice finisce d'essere una "massa di granito", e trova piuttosto la sua collocazione nella complessa fenomenologia delle "metamorfosi" del diritto civile" (12). Né, peraltro, si può trascurare che, negli stessi anni in cui si approdava alla costituzione di Weimar, si scopriva la forza della legislazione speciale che, al di là dell'occasione bellica che l'aveva determinata, rivelava non solo la sua capacità di far giungere la disciplina legislativa anche in aree fino ad allora affidate soltanto all'autonomia dei privati, ma soprattutto la sua forza dissolvente dell'assetto sistematico imperniato quasi esclusivamente sul codice. "La guerra, a questo riguardo, ha attuato silenziosamente una grande rivoluzione" (13). E, infatti, la grande legi-

---

Livre du centenaire, II, Paris, 1904, pp. 73-94; A. MENGER, *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile dell'Impero germanico*, trad. it., Torino, 1894.

(10) Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it. di S. A. FUSCO, II, Giuffré, Milano, 1980, p. 180 e nota 7.

(11) R. SAVATIER, *Les métamorphoses èconomiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Première série. Panorama des mutations*, 3 ed., Dalloz, Paris, 1964, pp. 406 ss. Il termine è ripreso da J. CARBONNIER, cit.

(12) È questo il termine che dà il titolo ai fortunati volumi appunto su *Les métamorphoses*, cit., che René Savatier viene pubblicando tra il 1952 e il 1964.

(13) F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in *Studi giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1960, p. 339. Infatti, anche chi riteneva che ci si trovava ancora di fronte ad un corpo di provvedimenti eccezionali, ad uno *jus singulare* per sua stessa natura destinato a non sopravvivere alla vicenda che l'aveva generato, doveva ammettere che "rimarranno comunque alcune norme create nel tempo di guerra, che si appalesano degne di continuare a vivere anche nel tempo di pace" (P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, 2ª ed., Utet, Torino, 1917, p. 98).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

slazione speciale finirà con il segnare anche la forma del codice, come dimostra ad esempio l'esperienza della codificazione civile italiana, dove il Libro IV si presenta come una somma delle "teste di capitolo" delle grandi leggi in materia di proprietà.

Questa storia è finita, una parentesi si è chiusa, ed è dunque possibile tornare al codice, restaurando forse anche il suo valore costituzionale? Così sembrerebbe, se al codice civile europeo si attribuisce pure una funzione appunto "costituente", quella di rappresentare uno dei "passi " verso la compiuta unione europea. Ma, perché così sia, è necessario interrogarsi su soggetti e valori, se si vuol continuare a seguire lo schema che, all'origine, ha contraddistinto la codificazione civile.

Si è detto, con un'insistenza che sconfina spesso nella retorica, che uno dei caratteri della codificazione civile è stata la creazione di un soggetto astratto, intorno al quale si è venuto organizzando l'insieme delle relazioni giuridiche e sociali. L'astrazione, tuttavia, non impediva di scorgere, in una filigrana fin troppo evidente, i tratti del cittadino borghese o, come si sarebbe detto più tardi, del maschio adulto e possidente, così incarnando quasi un'antropologia sociale.

Questo schema, come già si è accennato, non è stato dissolto da una critica che pur s'era fatta fin dalle origini corrosiva, ma dalla forza delle cose. Una operazione di restaurazione costituzionale del codice, o comunque di una sua rinnovata centralità nel sistema giuridico, dovrebbe richiedere, quindi, anche una ulteriore condizione: l'identificazione del soggetto storico capace di conferirgli questo ruolo.

Il fatto di progettare un codice per l'Europa soddisfa questa condizione? O, con un procedimento di astrazione ancor più radicale, il vero punto di riferimento dovrebbe essere ritrovato nel mercato?

Molti segni farebbero inclinare verso quest'ultima ipotesi. La parola "codice", infatti, ha conosciuto negli ultimi tempi una nuova fortuna, strettamente associata ai procedimenti di autoregolamentazione, di autodisciplina di settore. Ma questi strumenti vengono presentati sottolineandone una caratteristica che contraddice radicalmente l'assunto storico della codificazione: essi non assicurerebbero stabilità, ma fluidità; non offrirebbero un saldo punto di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferimento, ma la garanzia del mutamento tutte le volte che lo esigono il fluire della realtà e delle logiche del commercio e dell'industria; non concentrerebbero il potere normativo, ma lo difenderebbero nella società.

Sembra così delinearsi una contraddizione insanabile tra codice e mercato: in panni mutati tornerebbe l'antica controversia tra chi guarda a strumenti unitari di regolazione e chi vede nel diritto un prodotto spontaneo della società. O la contraddizione è solo nella testa di chi non è in grado di liberarsi da un'idea di codice che lo congela in una vicenda d'origine, senza coglierne le potenzialità di adattamento anche a situazioni storiche profondamente mutate?

3. Guardando alla regolazione giuridica, nelle nostre organizzazioni sociali si manifestano, insieme, un bisogno di stabilità e di fluidità, che confluiscono nella richiesta di un diritto in grado di fornire risposte certe e capacità di adattamento. Si registra così un rifluire della produzione delle norme da soggetti pubblici a soggetti privati, che costituisce la sostanza dei processi di "deregolazione". Si determina, infine, un disagio verso il moltiplicarsi delle fonti di produzione delle regole, che tuttavia non si esprime in una richiesta di unificazione e di sostituzione di un'unica fonte a tutte le altre, ma piuttosto di un quadro che dia a ciascuna fonte una collocazione che definisca con precisione il suo rapporto con tutte le altre.

Per non perdere la sua capacità regolativa, "donc le droit s'est mis à courir" (14). I tentativi di codificazione devono fare i conti con questa realtà, e con la richiesta che il diritto si doti di meccanismi omeostatici che gli consentano di evitare un destino che contraddirebbe la sua stessa natura: il divenire da strumento di ordine elemento di disordine, generatore e non più risolutore di conflitti, per l'allontanarsi dalla realtà delle sue regole.

A suo modo, il codice incarnava l'ideale del diritto formale-razionale, presentandosi con quei caratteri della completezza e della stabilità che rendevano possibile, appunto, il calcolo razionale da parte dei soggetti impegnati in operazioni giuridiche. Di fronte a

(14) F. Ost, *Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, in J. Clam-G. Martin (a cura di), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, p.425.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo schema, tutto quel che si discostava dalla sua logica veniva percepito non solo come una perdita del valore razionale della legge, quanto piuttosto come un suo degradare a comando politico o decisione amministrativa.

Comprensibile nella temperie politica in cui era maturata (15), questa critica propone uno schema interpretativo ormai inadeguato rispetto ad una realtà nella quale la regolazione giuridica esige strumenti analitici in grado di cogliere e di ponderare una molteplicità di fattori, irriducibili ai soli che sollecitavano l'attenzione di Franz Neumann. Il moto verso la proliferazione normativa non si è arrestato, ed anzi ha superato i confini nazionali ed ha coinvolto anche l'Unione europea. Ma sarebbe un errore insistere soltanto sulla dimensione quantitativa del fenomeno, che pure produce quei fenomeni di "inflazione" e di "disordine" legislativo che stanno all'origine delle imprese di "codification à droit constant". Ritengo, anzi, che lo schema interpretativo debba essere rovesciato, partendo non dalla quantità delle leggi, che sembra ormai stabilizzata e difficilmente comprimibile, ma dalla rete di relazioni che si stabilisce tra le diverse fonti.

Se, infatti, si esaminano soprattutto le materie più direttamente toccate dalla internazionalizzazione delle relazioni giuridiche, ci si avvede immediatamente che queste sono regolate da una molteplicità di fonti che si sommano e variamente si intersecano, rivelando una varietà di attori giuridici e di centri di produzione del diritto. È agevole delineare un quadro di queste fonti:

— trattati, convenzioni, accordi internazionali;

— discipline "regionali", come le direttive e i regolamenti dell'Unione europea;

— leggi nazionali;

— norme statali (negli Stati federali), regionali o comunque derivanti da processi di decentramento normativo;

— diritto giurisprudenziale (comprensivo delle decisioni arbitrali);

---

(15) Penso soprattutto alle riflessioni di F. Neumann, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, (1937), trad. it. di G. Sivini, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 245-296. Neumann tenne poi a sottolineare che quel suo punto di vista era in parte mutato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— regole provenienti da autorità indipendenti sovranazionali o nazionali (16);

— linee guida provenienti da organismi internazionali (17);

— modelli contrattuali uniformi (18);

— codici di condotta internazionali o nazionali (19);

---

(16) Dell'ormai dilagante letteratura sulle autorità indipendenti segnalo soltanto, per l'esplicito suo riferimento alla situazione europea, le considerazioni contenute nel volume collettaneo a cura di J.-P. FITOUSSI, *Rapport sur l'État de l'Union européenne*, Fayard-Presses Science Po, Paris, 2000, pp.19-25.

(17) Come quelle dell'Ocse sulla protezione dei dati personali (1980), che per lungo tempo hanno costituito, e in taluni casi costituiscono ancora, l'unico riferimento per la disciplina della materia.

(18) Questi modelli estendono il potere normativo dell'impresa ben oltre l'area classicamente definita dalle condizioni generali di contratto e formalizzano anche quel che in passato era sostanzialmente affidato ad una unilaterale capacità d'influenza economica (su quest'ultima questione mi limito qui a ricordare solo il notissimo e pioneiristico studio di S. MACAULAY, *Non-contractual relations in business: a preliminary study*, in "Americal Sociological Review", 28 (1963), pp. 55-66). Va peraltro notato che clausole contrattuali standard ormai non vengono soltanto predisposte da soggetti privati individuali o collettivi (come la International Chamber of Commerce), ma anche da soggetti istituzionali nella prospettiva di una regolazione globale di talune attività. È il caso, ad esempio, della Decisione della Commissione dell'Unione europea del 15 giugno 2001 relativa alle clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati a carattere personale verso paesi terzi a norma della direttiva 95/46/ Ce, in "Gazzetta uff. Comunità europea", 4 luglio 2001.

(19) Preferisco parlare di codici di "condotta", e non di "autoregolamentazione", perché negli ultimi anni la tradizionale autodisciplina di settore è stata affiancata, e talvolta sostituita, da regolamentazioni che, pur rimanendo d'iniziativa privata, vedono un concorso di soggetti diversi, ordinariamente pubblici, che le "certificano" o le promuovono o addirittura concorrono formalmente alla definizione del codice. Un esempio si può trovare nella Direttiva europea 95/46, il cui capo V è intitolato appunto "codici di condotta", dove l'art. 27 prevede una dichiarazione di conformità alla direttiva da parte del gruppo previsto dall'art. 29, che assume il valore di una "approvazione": all'art. 27.3, infatti, si prevede che "la Commissione può provvedere ad un'appropriata divulgazione dei codici che sono stati *approvati* dal gruppo". La normativa italiana si è spinta oltre prevedendo, oltre ad una procedura analoga a quella della Direttiva europea (art. 31.1. h) legge 31 dicembre 1996, n. 675), un "codice dell'attività giornalistica" adottato in collaborazione dal Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti e dal Garante per la protezione dei dati personali (art. 25 legge cit.) e che si configura come una vera e propria normazione secondaria, con una significativa innovazione del sistema delle fonti. Altri codici deontologici — per l'attività sanitarie, la statistica e la ricerca storica — sono previsti dal decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 135. Sull'autoregola-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— regole o standard di "normalizzazione" tecnica.

Questo è il contesto all'interno del quale deve essere collocata la discussione sulla codificazione privatistica, che solo apparentemente può essere ricondotta al tema classico della codificazione come strumento di sostituzione di una fonte unica ad una molteplicità di fonti, di un soggetto unico al posto di una miriade di produttori di diritto. Non è proponibile, infatti, l'antica ambizione, o pretesa, del codice come strumento che, unificando, sostituisce ogni altra fonte e si presenta dotato pure di un'esplicita o sostanziale forza costituzionale. Nel nuovo quadro delle fonti di produzione delle regole esso rischia di apparire piuttosto come una delle "isole nel mare del diritto privato" (20).

La logica delle "isole" accompagna l'elaborazione di un "Codice comune europeo di diritto privato" (21) e, almeno in questa fase iniziale, appare anzi accentuata dal fatto che, conformemente al metodo dei singoli "passi" caratteristico finora della progressiva costruzione dell'Unione, la codificazione si presenta "scomposta" in parti destinate ad essere messe a punto in fasi temporalmente distinte. Il codice europeo tende così a caratterizzarsi come codificazione *in progress*, oltre che come codificazione "à droit constant", essendo stabilito che "per codificazione 'ufficiale' o 'costitutiva' si intenda la procedura volta ad abrogare gli atti che costituiscono oggetto della codificazione e a sostituirli con un unico atto che non comporti alcuna modifica della sostanza degli atti in parola" (22).

---

mentazione, che rimane comunque un fenomeno quantitativamente e qualitativamente significativo e cospicuo, si vedano, tra i moltissimi scritti, le osservazioni riferibili a temi discussi più avanti di C. McCrudden, *Human Rights Codes for Transnational Corporations: What Can the Sullivan and McBride Principles Tell Us?*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 1999, pp. 167-201.

(20) H.-W. Micklitz, *Prospettive di un diritto privato europeo: jus commune praeter legem?*, in "Contratto e impresa/Europa", 1999, p. 42.

(21) Così la Risoluzione del Parlamento europeo sull'armonizzazione di taluni settori di diritto privato degli Stati membri del 6 maggio 1994 (A3-0329/94), in "Gazzetta ufficiale delle Comunità europee" 25 luglio 1994, p. 518.

(22) Risoluzione del Parlamento europeo sulla trasparenza del diritto comunitario e la necessità della sua codificazione, del 6 maggio 1994 (A3-0266/94), in "Gazzetta ufficiale delle Comunità europee" 25 luglio 1994, p. 516.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'elaborazione del codice europeo, infatti, si svolge nell'ambito di un mandato che, pur facendo generale riferimento ad "un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri", nella sostanza poi restringeva l'avvio dell'attività di unificazione alle "numerose branche del diritto privato d'importanza capitale per lo sviluppo del mercato unico, come ad esempio il diritto delle obbligazioni, senza per questo esaurire le possibilità di procedere ad altre unificazioni" (23). Sulla base di questo mandato sono stati avviati i lavori di una "Commissione sul diritto contrattuale europeo" (Commissione Lando), seguita poi da un comitato di studio su altre fonti di obbligazioni (e si preparano ricerche sulle *securities,* sul contratto di assicurazione e sui diritti delle persone) (24).

Il fatto che un codice sia il frutto di un lavoro che approda ad una entrata in vigore delle sue parti scaglionata nel tempo non è certo una novità. Basta ricordare che il primo libro del codice civile italiano entra in vigore il 1 luglio 1939, via via seguito nel 1940 e nel 1941 dai libri successivi, fino all'integrale entrata in vigore nel 1942. La vicenda europea, allora, deve essere piuttosto valutata da un diverso punto di vista, considerando l'obiettivo finale e le priorità stabilite, che così rivelano gli interessi reali che spingono all'opera di codificazione.

4. L'avvio dell'opera di codificazione europea dalla disciplina dei contratti, seguita immediatamente da quella delle obbligazioni, non costituisce un fatto nuovo, o singolare. Nell'ottobre del 1927 viene approvato a Parigi un Progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, che non avrà fortuna, accantonato più per ragioni politiche che per le critiche ad esso rivolte, ma che dichiarava un'ambizione meritevole d'essere ricordata: "esso costi-

(23) "Gazzetta ufficiale delle Comunità europee" 26 giugno 1989, p. 400.

(24) In generale, G. ALPA, *Il codice civile europeo: "e pluribus unum"*, in "Contratto e impresa. Europa", 1999, pp. 695-710; C. von Bahr, *Le Groupe d'études sur un Code civil européen*, in "Rev. int. dr. comparé", 2001, pp. 127-139: entrambi con ampi riferimenti alla vicenda del codice civile europeo ed alla discussione che ha generato. Per il dilatarsi dell'ipotesi di codificazione europea, ad esempio D. Martin, *Europäische Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?*, in "Rabels Z.", pp. 418-453; C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2000, pp. 464-511.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuisce (...) un serio tentativo di attuare ciò che potrebbe essere in un futuro più o meno lontano il nuovo diritto privato comune dell'Europa o per lo meno di un gran numero di Stati europei e forse persino di Stati d'oltre Oceano" (25).

Nella *Relazione* si sottolinea che l'unificazione legislativa della disciplina delle obbligazioni e dei contratti sarebbe più facile essendo tale materia quella rimasta più vicina al diritto romano e al diritto comune. In realtà, se si analizzano i lavori del Progetto, e le diverse valutazioni che suscitò (26), non è difficile cogliere la rilevanza assunta dal dato economico nella scelta di effettuare in quella materia un tentativo di unificazione.

Questo elemento diventa la motivazione esplicita della decisione europea di dare priorità alla materia contrattuale, e più in generale all'unificazione del diritto patrimoniale. Il codice riflette così la logica finora assolutamente prevalente dell'Unione, presentandosi come un fattore che ne rafforza il carattere di spazio economico: "un'armonizzazione progressiva di taluni settori di diritto privato è essenziale per la realizzazione del mercato interno" (27). Ne deriva, da una parte, una forte accentuazione della funzione strumentale del diritto; e, dall'altra, la sottolineatura di un dato materiale che avrebbe anche la forza di dissolvere gli ostacoli posti all'impresa di unificazione dalle differenze culturali.

Una lettura dal punto di vista dello strumentalismo (28) induce a porre l'accento su quella che appare, a un tempo, una consapevolezza ed una ambiguità delle istituzioni europee nel fare la scelta della codificazione. Le motivazioni esplicite delle risoluzioni del

---

(25) Commissione reale per la riforma dei codici. Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti (Testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927). Projet de code des obligations et des contrats (Texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927*, Roma, 1928, p. XXXIV.

(26) Si veda R. Bonini, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Pàtron, Bologna, 1982, p. 56-58.

(27) Risoluzione A3-0329/94, cit., p. 518.

(28) Per una istruttiva analisi storica in questa materia cfr. M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law. 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1977, in particolare cap. I, pp. 1-30 (*The Emergence of an Instrumental Conception of Law*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Parlamento europeo, infatti, non sottolineano soltanto un bisogno di chiarezza e di certezza, ma fanno del codice una condizione per il raggiungimento di un obiettivo essenziale dell'Unione, la costruzione del mercato interno, e lo collocano in una dimensione dove "un moderno diritto privato comune può rinsaldare, direttamente o indirettamente, i legami che la Comunità ha con paesi terzi e in particolare con i paesi dell'America latina" (29). Parole, queste, in cui si manifesta una logica vicinissima a quella dichiarata per il Progetto del 1928.

Il codice viene così proiettato al di là della sfera puramente tecnica e della proclamata ipotesi di una razionalizzazione "a diritto costante". Diviene un momento della definizione della posizione "globale" dell'Unione, e anche per questo recupera una funzione dichiaratamente politica.

Qui nasce una benefica ambiguità. Collocato formalmente nel quadro del mercato interno, il codice lo scavalca. Concepito come un indispensabile tassello della costituzione economica europea, un codice di diritto privato può divenire il veicolo di valori irriducibili alla sola sfera dell'economia, dal momento che la priorità accordata alla disciplina dei rapporti economici non si presenta con i caratteri dell'esclusività, ma appare come un semplice antecedente temporale di un progetto il cui completamento esige la considerazione di altri valori e interessi.

Tra le molte difficoltà che si oppongono alla realizzazione di un progetto così complesso, e certamente ambizioso, si è segnalata una sorta di irriducibilità culturale tra *civil law* e *common law*, che configurerebbe un insormontabile ostacolo all'adozione di un codice europeo (30). Le differenze tra i due sistemi sono state mille volte analizzate, mantengono una loro indiscutibile forza e debbono quindi essere tenute nel debito conto. Ma non giova una loro

(29) "Gazzetta ufficiale" cit., p. 400.

(30) In particolare P. LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, in "Revue internationale de droit comparé", 1996, pp. 779-812; Id., *Against a European Civil Code*, in "Modern Law Review", 1997, pp. 44 ss. Per una critica italiana a queste tesi cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in "Foro italiano", 1999, V, cc. 60-68; U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in "Contratto e impresa/Europa", 1998, pp. 212-215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentazione caricaturale per mostrare l'impraticabilità e il volto inaccettabile d'una impresa comune.

Non è il caso di ripetere qui gli argomenti che da varie parti sono stati proposti per respingere la tesi radicalmente negativa sulla possibilità stessa d'un codice europeo. Conviene tuttavia segnalare qualche fraintendimento particolarmente grave, come quello che descrive i paesi a tradizione giuridica romanistica segnati da "una fine della storia" (31). È pur vero che per la codificazione civile non è stato mai detto quel che si è esplicitamente proclamato per la costituzione: "un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures" (32). Attributo dei codici civili è stato piuttosto quello della stabilità, che tuttavia non li ha mai posti fuori della storia. L'esaltazione illuministica e positivistica del legislatore, l'onnipotenza di chi può con una norma mandare al macero intere biblioteche, mostrano come neppure il codice possa essere considerato un approdo definitivo, come invece sia saldamente collocato nel corso della storia di cui, come mostra l'esperienza, può conoscere anche le minime traversie. Dall'analisi di Legrand è piuttosto il *common law* ad essere collocato in una dimensione senza tempo, dov'é proprio l'astoricità del sistema giuridico a permettere il suo continuo inveramento nella realtà da parte dei giudici.

Altra questione è quella della maggiore o minore democraticità di ciascun sistema, che coglie sicuramente un punto critico dell'attuale modo di produzione del diritto, ma che non può essere analizzata tenendo lo sguardo rivolto all'indietro. Così non nasce comprensione storica, né consapevolezza della tradizione. Si rischia, invece, di non trovare lo sguardo giusto sul presente, dove proprio l'Europa sta facendo maturare condizioni che sfuggono alle categorie interpretative tradizionali e dove la contrapposizione tra *civil law* e *common law* assume caratteri pur'essi non comprensibili con i soli schemi del passato.

Una sorta di fine della storia percorre piuttosto proprio gli scritti di Legrand, che ci presentano entrambi i sistemi congelati in un momento anteriore ad una vicenda europea che sta imponendo

(31) P. LEGRAND, *Sens*, cit., pp. 787-8.

(32) Constitution de 1793 ou de l'An I, art. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dinamiche nuove. I sistemi giuridici dell'Unione sono investiti dall'invasione del diritto europeo, provocando straniamenti assai maggiori nel Regno Unito che nei paesi continentali. L'entrata in vigore dello *Human Rights Act*, impensabile senza la partecipazione inglese all'Unione europea, segna l'invasione di quel sistema da parte dei valori di generalizzazione e uniformità ritenuti estranei al *common law* e che "autorizzano la strada comune del comando legislativo" (33), dunque appunto quel modo di definire il fondamento della regolazione giuridica considerato incompatibile con la cultura giuridica inglese. Senza voler ricorrere ad espressioni enfatiche come "rottura" o "rivoluzione", siamo certo di fronte a modifiche del sistema inglese che possono incidere in modo significativo su alcune sue modalità di funzionamento. Una volta di più, la forza delle cose immerge il diritto nel corso della storia.

Ma questa non è forse la strada che, in realtà, porta verso una sorta di genocidio culturale, di cui il codice sarebbe il massimo responsabile, incarnando il rifiuto dell'altro, del diverso da sé (34)? Si prospetta così una lettura nel segno dell'intolleranza culturale, di un'impresa segnata da una pretesa autoritaria, che incrinerebbe nel suo complesso la democraticità di un sistema giuridico europeo già segnato da un deficit democratico. L'opposizione non sarebbe tra codice europeo e diritti nazionali, ma tra tradizione romanistica, calata nella forma del codice, e *common law*.

Il timore, se non di un genocidio, sicuramente di una egemonia culturale è stato prospettato, a parti invertite, da chi nell'impresa del codice ha visto il veicolo d'una penetrazione sempre più intensa della cultura giuridica americana, d'una "americanizzazione" del diritto europeo, giungendo a prospettare in alternativa un "usus hodiernus Pandectarum" (35). Queste controversie di scuola, all'interno del ceto dei giuristi, insistono sulla semplice indicazione di modelli senza cogliere i nessi che si sono istituiti o si vanno isti-

(33) P. LEGRAND, *Sens*, cit., p. 795.

(34) P. LEGRAND, *Sens*, cit., pp. 801-803, 811.

(35) È questo il titolo di uno dei numerosi scritti dedicati al tema da R. ZIMMERMANN, *Usus Hodiernus Pandectarum*, in M. SCHULZE (hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuendo tra diritto e società (36), e prospettano così strategie deboli. Considerando l'ultima tesi, ad esempio, è evidente che l'influenza della cultura statunitense è un dato che non può essere esorcizzato solo con variazioni o resistenze organizzate intorno al codice civile europeo e alle tradizioni dotte che esso evoca, ma esige un ben diverso approfondimento dei nessi sempre più evidenti tra dinamiche dei mercati e strumenti giuridici, evidentemente condizionate o influenzate dal modo in cui si distribuisce il potere economico.

5. Proprio la vicenda inglese dello *Human Rights Act* induce a considerare con prudenza una ricostruzione che scopre nella forza delle cose quasi esclusivamente il segno dell'economia. Non v'é dubbio, comunque, che il processo di unificazione codicistica sia stato rilanciato nell'Unione europea, come già si è ricordato, dalle esigenze legate alla realizzazione del mercato unico e, più in generale, da un bisogno di razionalizzazione derivante dalle nuove dimensioni assunte dalle dinamiche imprenditoriali. Partendo da questa constatazione non ripropongo lo schema semplicistico, e ormai sostanzialmente abbandonato, che mette al centro una struttura materiale per sé sola capace di dissolvere le differenze culturali e di determinare le strutture giuridiche. Richiamo piuttosto l'attenzione su un fatto incontestabile: l'avvio di grandi processi di unificazione, o di vera e propria globalizzazione, che danno vita ad una reale comunità mondiale degli affari (la *business community*), portatrice di un interesse specifico ad un sistema di regole giuridiche assolutamente aderenti alla sola logica del mercato.

La dimensione globale attribuisce un nuovo senso alla estrastatualità del diritto civile che, per le sue caratteristiche, si presenterebbe come un'area "naturalmente destinata a sottrarsi ai vincoli della sovranità (37). La situazione diventa propizia all'affrancarsi del

(36) Si vedano le considerazioni stringenti di P. G. MONATERI, *Globalizzando il diritto: "a bordo di auto potentissime su strade secondarie"*, in "Biblioteca della libertà", n. 146, 1998, pp. 31-42.

(37) F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), in *Studi giuridici*, III.2, Giuffré, Milano, 1960, pp. 753-763. Come già era avvenuto nel primo dopoguerra, Vassalli coglie con prontezza un dato storicamente rilevante, denuncia la sovranità statuale come "concetto enfatico" (p. 761) e vede nel suo superamento l'occasione per il diritto civile di liberarsi da una "invasione".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema delle imprese dal referente esterno costituito dalla legislazione statale o dalla stessa regola giurisprudenziale, e a porsi esso stesso come soggetto di una regolazione, non più confinata nei recinti dell'autodisciplina, ma espressione piena di un potere normativo ormai connotato da una integrale autoreferenzialità.

Non siamo più di fronte ad una impresa tecnica, ma ad un mutamento politico, che si risolve nella creazione di un nuovo circuito di produzione del diritto, realizzato soprattutto nella forma dei modelli contrattuali uniformi, che dominano "la scena giuridica del nostro tempo", prendendo il posto delle convenzioni internazionali di diritto uniforme e delle direttive comunitarie di armonizzazione: "a crearli non sono i legislatori nazionali, ma sono gli uffici legali delle grandi multinazionali, sono i consulenti delle associazioni internazionali delle diverse categorie imprenditoriali" (38), sono i grandi studi associati di avvocati, anch'essi proiettati nella dimensione internazionale (39). Questo è l'esito finale del processo di *deregulation*, che non è mai consistito in una diminuzione delle regole giuridiche, ma in una riduzione dell'area delle regole di origine pubblica a favore di quelle di produzione privata. Peraltro, il ruolo dei grandi studi non si manifesta soltanto nel momento della produzione della regola ma, in modo più capillare, tende a produrre uniformità soprattutto nel momento dell'ordinaria gestione dell'attività giuridica, che deve poter corrispondere alle *routines* profes-

---

(38) F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in "Contratto e impresa", 2000, pp. 198-9.

(39) A questo fenomeno sono state dedicate numerose ricerche, delle quali la più nota in Italia è quella di Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1997. Utilizzando la letteratura statunitense in materia, ad ogni modo, è opportuno non confondere questo fenomeno sostanzialmente nuovo con il ruolo e il peso storico che la corporazione dei *lawyers* ha avuto ed ha nella società degli Stati Uniti, determinando anche un'aspra critica sociale che si è finora infranta contro la resistenza della potente *American Bar Association*; che ha fatto parlare di un paese dominato dagli avvocati (M. A. GLENDON, *A Nation under Lawyers. How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996); che ha salde radici popolari, ben documentate da Robert Altman in una sequenza di *Nashville* che mostra l'auto di un candidato alla presidenza che percorre le strade della città con un altoparlante che ripete lo slogan "cacceremo via da Washington gli avvocati".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sionali di tali soggetti, in questo modo artefici di una più intensa e diffusa globalizzazione (40).

Si pone così un interrogativo radicale. È possibile un codice in un tempo di privatizzazione della produzione del diritto proprio nelle materie più significative che dovrebbero essere interessate dall'impresa di codificazione? E, se la risposta fosse affermativa, quale senso assumerebbe la codificazione? Pura razionalizzazione delle regole di origine privata, in una versione estrema della codificazione "à droit constant", dove l'unico diritto da codificare sarebbe appunto quello di produzione privata? O strumento in cui si afferma una logica diversa, non dirò antagonista, rispetto a quella espressa dal diritto privatizzato?

Se queste sono le domande, le risposte non possono essere cercate utilizzando gli strumenti analitici correnti, legati agli eventuali conflitti tra un codice europeo e i diritti nazionali, tra la forma del codice e tradizioni culturali diverse. L'analisi esige che si considerino piuttosto i rapporti tra l'Europa e la comunità mondiale, tra il codice e il mercato. Il contesto è quello di una realtà nella quale la comunità degli affari sta producendo un suo diritto comune, sbrigativamente identificato come nuova *lex mercatoria*, commissionata ai professionisti della tecnica giuridica, con riduzione della regola ad una delle tante merci acquistabili sul mercato. E questo modo di produzione mostra come i grandi interessi economici non cerchino più la mediazione delle istituzioni politiche, ma agiscano ormai in presa diretta anche sul terreno della produzione delle regole.

6. "La società moderna e il mondo da essa costituito hanno raggiunto una dimensione della complessità e della contingenza che costringe ad una ricostruzione dei meccanismi centrali della riduzione e della determinazione" (41). Con una buona dose di arbitrio concettuale, adopero questa considerazione di Luhmann per richiamare l'attenzione sull'intreccio tra complessità e contingenza, che produce una richiesta di "ordine flessibile" che non si manifesta

(40) P. G. Monateri, *Globalizzando il diritto*, pp. 38-9.

(41) N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, trad. it. di R. De Giorgi e M. Silbernagl, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 329.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soltanto nelle risposte giuridiche tipiche della materia dei rapporti economici.

Nell'ambito di questi ultimi, infatti, la complessità prodotta dalla mondializzazione dell'economia spinge alla messa a punto di regole che rispondano ad un'unica logica, riassumibile nella formula "mimic the market". Le spinte provenienti da una contingenza sempre mutevole richiedono poi tecniche di disciplina capaci di riassorbirle, mantenendo la disciplina giuridica al passo del mutamento economico.

Diversa appare la situazione in altre materie dove, ferma rimanendo l'esigenza di flessibilità, la riduzione della complessità attraverso un'unica logica contraddice l'esigenza di rispettare una realtà nella quale convivono valori diversi. L'imperativo diventa il rispetto del pluralismo, si deve cercar di rendere le differenze compatibili (42) senza sacrificarne nessuna.

Compare così una nuova, e diversa, opposizione di cui tener conto nel momento in cui si discute di possibilità e modalità di un codice europeo. Questo codice è destinato ad essere segnato da una profonda contraddizione, che rischia di renderlo prigioniero di un insanabile conflitto tra logica unificante del mercato per i rapporti economici e politeismo dei valori nelle altre materie? O l'unificazione è destinata a restare parziale, circoscritta al mondo dell'economia? Ma quale sarebbe l'influenza della logica di mercato, incorporata nell'unico codice comune, sulla generalità dei rapporti giuridici, sulla costruzione complessiva del sistema?

Si pongono così diversi problemi, che devono essere analizzati separatamente. Il primo riguarda la possibilità, o comunque i caratteri propri, della forma codice in un mondo economico segnato da una privatizzazione dei processi di produzione del diritto. Il secondo mette in discussione la possibilità di ritrovare nel corpo della legislazione privatistica, codice compreso, i principi di base per ricostruire lo stesso sistema delle relazioni private. Si tratta, in definitiva, di sottrarsi alla logica puramente descrittiva, e sostanzialmente ingannevole, di una "ricodificazione" inconsapevole del suo

(42) Si veda, ad esempio, M. DELMAS-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998, pp. 123-130; e il mio *Repertorio di fine secolo*, 2ª ed., Laterza, Bari, 1999, pp. 169-173.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oggetto; e di cercare di mettere a punto strategie capaci di evitare che il *corpus* privatistico venga lacerato da logiche antagoniste, o comunque accetti di funzionare a due velocità.

7. Ma la stessa formula della privatizzazione del diritto privato rischia di riuscire ingannevole se non si passa ad un esame più ravvicinato di questa privatizzazione, delle sue caratteristiche e delle sue componenti. Conviene partire da alcune parole, in primo luogo "costituzionalizzazione" e "commercializzazione".

"La Codificazione significa ben più che l'unificazione formale del diritto privato: essa è l'espressione positiva di un sistema filosofico, essa fu nel secolo XVIII l'attuazione dell'idea individuale nell'ordine dei rapporti civili. Per questo aspetto la Codificazione risponde nel campo del diritto privato a quello che furono le Dichiarazioni dei diritti e le Costituzioni nel campo del diritto pubblico, espressioni esse stesse di un determinato credo filosofico. Come queste erano dirette a garantire le libertà politiche dei cittadini nei loro rapporti collo Stato, così le Codificazioni miravano ad assicurare la libertà civile dell'individuo nella sua vita privata contro le indebite ingerenze del potere politico. Il movimento di emancipazione politica non poteva essere disgiunto dal movimento di emancipazione civile: le Costituzioni e i Codici li riassumono entrambi". Così Gioele Solari identificava nel 1911 il valore costituzionale del codice (43), destinato a sopravanzare per lungo tempo la portata delle stesse costituzioni, sia per il carattere flessibile di queste, sia per "la caduta di prescrittività delle costituzioni ottocentesche" in un "contesto politico culturale prevalentemente teso ad esaltare la certezza della legge ordinaria, ad enfatizzare l'importanza dell'accordo costante tra il re e le camere, e a sottolineare, per contro, la carente normatività del testo costituzionale" (44). Ma la supremazia del codice civile nasceva soprattutto dal fatto che in esso, e in esso soltanto, trovava fondamento la disciplina dei rapporti

(43) G. Solari, *Individualismo e diritto privato* (1911), Giappichelli, Torino, 1959, p. 57.

(44) A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1995, pp. 46 e 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociali ed economici, organizzati intorno al valore chiave della proprietà (45).

Con il trasferimento formale nei testi costituzionali dell'insieme dei principi regolatori dell'organizzazione sociale si chiude questa vicenda costituzionale. Ma v'è da chiedersi se oggi non stiamo assistendo alla chiusura di una parentesi, e ad una "ricostituzionalizzazione" del diritto privato di cui un eventuale codice potrebbe rappresentare la sanzione.

Questa vicenda non segue itinerari formalizzati. Ma — se per costituzionalizzazione s'intende "quel processo storico-culturale per cui, una volta che esso si è tutto dispiegato e realizzato, viene a configurarsi come un rapporto giuridico la relazione intercorrente tra il detentore (o i detentori) del potere politico e coloro che sono soggetti a tale potere" (46) — allora si può prospettare l'ipotesi dell'emergere di un insieme comune di regole e procedure costitutive della disciplina delle relazioni economiche appunto come elemento materialmente sovraordinato agli stessi principi costituzionali degli Stati, e dunque come dato "costituzionale", trasferendo così nel discorso giuridico la constatazione corrente di un potere economico transnazionale che incarna a un tempo la funzione produttiva e quella regolativa.

Questa costituzione economica "diffusa", diramata a livello planetario in tutti i luoghi in cui giunge il potere dei "governi privati" depositari di un effettivo potere politico, naturalmente s'incontra con la "commercializzazione". La ricostituzionalizzazione del diritto privato avviene così secondo la logica dei commerci.

Ma quali sono le caratteristiche di questo intreccio? A definirne la portata concorre la molteplicità di fonti ricordate prima, segnata però dal carattere recessivo di quelle formalizzate, attraverso procedure in tutto o in parte sottratte al controllo di quelli che, a vario titolo, sono implicati nella vicenda economica. Il ricorso ai modelli contrattuali uniformi identifica così i veri soggetti di questa nuova fase giuridica e localizza i detentori del potere normativo.

La finalità di questa normazione è l'uniformità più che la stabilità. La tecnica, infatti, è spesso quella del *soft law*, non solo di

(45) In generale, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 18-28.

(46) G. TARELLO, *Storia*, cit., p. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

origine sostanzialmente privata, ma dotato della massima flessibilità. A questo proposito, è certo necessario non creare confusioni tra il *soft law* e il carattere elastico, "molle", che può presentare anche l'*hard law*, che rimane caratterizzato proprio dall'essere comunque di fonte pubblica. Ma, nel momento in cui si pone la questione dei caratteri che dovrebbe assumere un codice europeo soprattutto nella materia delle obbligazioni e dei contratti, non si può trascurare un dato di realtà, qual è quello espresso dall'esigenza di flessibilità, dalla presenza di meccanismi di autoadattamento alle variazioni socio-economiche. Non è un caso che, analizzando le istituzioni della globalizzazione, sia stato posto l'accento, anche se con più d'una forzatura, sull'attitudine del *common law* ad essere il diritto che meglio si adatta alla situazione di oggi (47), quasi che in esso dovesse ritrovarsi una sorta di naturale vocazione a "mimare il mercato". Torna così la questione dei modelli culturali di riferimento, a proposito dei quali è indispensabile distinguere tra l'intrinseca forza di un modello e la forza ad essa attribuita dalla vicenda storica, come accade in questa fase per il diritto americano.

L'intreccio tra costituzionalizzazione e commercializzazione, peraltro, si manifesta anche nella direzione del rafforzamento di un'area del diritto a scapito di altre, come riflesso degli interessi in campo e delle gerarchie di valori che essi determinano. Sì che, in questo gioco tra "forte" e "debole" che caratterizza pure il discorso giuridico, si è giustamente potuto parlare di una *strong commercial law* e di una *poor labor law*, che "si presentano come due cardini dei progetti di globalizzazione giuridica, ricalcando quasi i tratti di una celebre vignetta di Grosz sull'*alleanza* tra capitale e lavoro" (48).

Partendo da queste premesse e muovendosi in questa prospettiva, è evidente che l'accettabilità di un codice da parte dei soggetti protagonisti della privatizzazione del diritto privato è condizionata dal rispetto degli equilibri politici che essi stessi sono stati capaci di determinare. Il codice, quindi, non potrebbe che muoversi nella logica del *restatement* o della "codification à droit constant". Ora, se pur sappiamo quanto notevole possa essere il tasso di innovazione di

(47) Si veda M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

(48) P. G. Monateri, *Globalizzando il diritto*, cit., p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo tipo di imprese, è tuttavia evidente che esse muovono dalla premessa della razionalizzazione dell'esistente che, pur non riducendosi al suo rispecchiamento, certamente si presenta come il vincolo ad una logica data.

Può il codice, viceversa, divenire un primo tassello di quel governo politico dell'economia mondiale affidato a soggetti diversi da quelli che governano la vicenda economica, e del quale si sottolinea la necessità per ricostituire equilibri politici, sociali e istituzionali di cui sembra perduta la via?

II. *Intorno alla globalizzazione*

1. Il riferimento alla globalizzazione, peraltro non privo di approssimazioni e di ambiguità, tende ad essere trasformato in categoria normativa ed esige quindi, soprattutto sul terreno giuridico-istituzionale, una particolare attenzione analitica. Propongo di prendere le mosse da un riesame di alcuni riferimenti più o meno espliciti che caratterizzano la discussione attuale, e che possono essere sintetizzati nel modo seguente:

— il declino del nomos della terra;
— la crisi del principio di sovranità;
— l'esplosione dei diritti fondamentali;
— il mutamento del tempo giuridico;
— la rottura del sistema delle fonti;
— l'universalismo mediatizzato.

2. Scrive Carl Schmitt in apertura de *Il nomos della terra*: "La *terra* è detta nel linguaggio mitico la madre del diritto (...) La terra reca sul proprio saldo suolo recinzioni e delimitazioni, pietre di confine, mura, case ed altri edifici. Qui divengono palesi gli ordinamenti e le localizzazioni della convivenza umana. Famiglia, stirpe, ceto, tipi di proprietà e di vicinato, ma anche forme di potere e di dominio, si fanno qui pubblicamente visibili" (49).

Il tempo che viviamo, invece, sembra retto dal principio di

(49) C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. CASTRUCCI, Adelphi, Milano, 1991, pp. 19-20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sradicamento rispetto all'antica matrice, che Schmitt analizzava con freddezza e rimpianto, ma pure con la nuova consapevolezza della fine dell'ordinamento eurocentrico del diritto internazionale, pronunciando nel 1950 la sua sentenza: "con esso affonda il vecchio nomos della terra" ([50]). Quale nomos può sostituirlo? È questa la domanda che accompagna il lavoro di chi, consapevole o no, indaga sulla globalizzazione.

Conosciamo "la fine del territorio giacobino", chiuso nei suoi confini e governabile da un punto solo e da un'unica autorità. Sappiamo che la parola da pronunciare è "delocalizzazione", che ci induce a concludere che il problema non è più solo quello schmittiano della "suddivisione dello spazio" ([51]), ma quello dell'unificazione di uno spazio diverso, che si carica di significati simbolici, dove tendono a trasferirsi alcune delle più significative attività e dove, a differenza della tradizionale dimensione terrestre, le forme di potere e di dominio non si fanno sempre immediatamente e pubblicamente visibili.

Provo a spiegarmi con un esempio. Alla fine del 1984, studiosi di tutto il mondo convennero a Berlino per un grande convegno, quasi per celebrare con quel rito pubblico la fine d'un timore lungamente covato. L'anno fatale era trascorso e la profezia di George Orwell non s'era avverata. E la constatazione voleva proiettarsi nel futuro, liberi d'approdare di nuovo all'utopia positiva dopo che quella negativa era tramontata.

Ma dall'edificio del Reichstag, dove il convegno si teneva, era possibile scorgere il serpeggiare del Muro, che ancora divideva le due Berlino e mostrava a tutti come la più primitiva e semplice delle tecnologie, il tirar su un mattone dopo l'altro, era ancora sufficiente per spegnere libertà e democrazia.

Le vecchie tecnologie avevano questo vantaggio. Erano visibili, ingombranti, rumorose. S'imponevano con una tale fisicità che tutti erano obbligati a sentirne il peso e, dove apparivano intollerabili, sollecitavano sempre qualcuno a darsi da fare per liberarsene. Il mondo nuovo che ci circonda ha altre apparenze, ma servitù non minori. Proiettati come siamo nel cyberspazio, in una dimensione dove tutto assume il carattere dell'immaterialità, siamo obbligati a

([50]) C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 15.
([51]) C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., pp. 70-71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un costante apprendimento per renderci pienamente conto, non solo del rischio, ma della natura stessa della nuova dimensione. Abbandonando il nomos della terra, scopriamo che ci servono a poco le categorie che ci avevano accompagnato, e infuso fiducia, nell'arco di millenni.

Ma nella sua grande ricerca su ordinamento e localizzazione (*Ordnung* e *Ortung*) Schmitt affronta anche il tema del mare, mobile e non integralmente dominabile dalla logica giuridica dell'appropriazione statale: il mare "libero", dove s'incontrano "la libertà dei mari e la libertà del commercio marittimo" (52). Qui cogliamo un tratto che può unire passato e presente. Non a caso si parla di "navigare" in Internet, e più d'uno studioso ha cercato di attingere appunto all'antica tradizione del diritto del mare non dirò le regole, ma almeno l'indicazione di principi che possano guidare nella costruzione dell'ordinamento globale nello spazio elettronico.

Qui, tuttavia, si può cogliere un dato che insidia la nuova riflessione. L'associazione da tener presente non può essere solo quella tra libertà e commercio. Se dobbiamo realisticamente guardare alle forme di potere e di dominio, non possiamo certo arrenderci alla pura volontà di potenza, e conformare il mondo globalizzato, nel suo spazio fisico come nel cyberspazio, secondo i dettami del mercato. Vi sono altre e più impegnative associazioni da tener presenti, riassumibili tutte nel nesso tra libertà e democrazia. Chi detta le regole del mondo globale? Con quale legittimazione e responsabilità? Vi sono modelli del passato ai quali ispirarsi, usando calchi linguistici familiari e parlando così di *lex informatica* (53) o di

(52) C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 210.

(53) J.R. REIDENBERG, *Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace*, in "Emory L. J.", 45 (1996), pp. 911 ss. Non posso qui discutere l'intera questione del ruolo del diritto nel mondo globalizzato, che ha già prodotto una letteratura imponente, della quale mi limito a ricordare pochi e recenti contributi significativi, più vicini alle questioni trattate nel testo: B. GROSSFELD, *Where Internet Meets Geography*, in "Am. J. COMP. Law", 48 (2000), pp. 261 ss.; Id., *Loss of Distance : Global Corporate Actors and Global Corporate Governance. Internet v. Geography*, in "Int. Law", 34 (2000), pp. 40 ss.; L. LESSIG, *Code and Laws in Cyberspace*, Harvard U. P., Cambridge (Mass.), 1999; D. G. POST, *Governing Cyberspace*, in "Wayne L. R.", 1996, pp. 443 ss.; Id., *What Larry Doesn't Get: Code, Law and Liberty in Cyberspace*, in "Stanford L. R.", 52 (2000), pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Corpus Juris Spatialis (54) per individuare le modalità di formazione della regola e l'ampiezza della disciplina?

Prima di cercar di rispondere a queste domande, è indispensabile guardare al modo in cui l'individualità stessa risulta trasformata dalla nuova dimensione nella quale sempre più intensamente siamo chiamati a vivere. L'identità viene prima della cittadinanza nel mondo globale, e la condiziona. A quale identità, allora, deve guardare una impresa di codificazione?

Quando la persona viene più o meno integralmente trasferita nella dimensione globale, reale o virtuale, acquista sicuramente nuove e straordinarie opportunità, ma rischia di veder trasformata la sua stessa natura (55). Abbandonata la "prigione della carne", la persona si trasferice nella dimensione elettronica. Qui si svolgono due vicende diverse, ma egualmente significative. Nel cyberspazio si realizzerebbe finalmente la liberazione dagli angusti ed ingombranti vincoli del corpo, ormai divenuto puro "corpo terminale" di una persona trasformata in "essere interattivo, volta a volta emittente e ricevente" (56).

Si è detto che, "da una parte, il corpo indebolito diviene una sorta di protesi per la rete dei mass media; dall'altra, il corpo elettronico è composto di dati spazzatura che lottano per tornare in vita in forma ricombinante: per imparare rapidamente come sopravvivere agli spasmi e ai crash della vita (digitale) sulla strada virtuale. Reclinare (nella virtualità) e nei dati spazzatura (volontariamente?); questo è il destino del corpo elettronico nell'interminabile conto alla rovescia verso l'anno 2000" (57).

In questi anni, infatti, si è assistito proprio ad una erosione del potere sulle proprie informazioni, che si è convertita in una vera e propria perdita del controllo di sé, in forme intense e radicali di spossessamento e frantumazione. Questo è l'effetto del diffondersi

---

1439 ss.; e il numero 5 della "Stanford L. R." 52 (2000) interamente dedicato al *Symposium Cyberspace and Privacy: a New Legal Paradigm?*

(54) B. Beebe, *Law's Empire and the Final Frontier: Legalizing the Future in the Early Corpus Juris Spatialis*, in "Yale L. J.", 108 (1999), pp. 1437-1473.

(55) Ho analizzato questi problemi in *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 139-145.

(56) P. Virilio, *La vitesse de libération*, Galilée, Paris 1995, p. 23.

(57) A. Krocker-M. Weinstein, *Data Trash. La teoria della classe virtuale*, trad. it. di G. e A. Cara, Libri Urra, Milano, 1996, p. XI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di raccolte di informazioni personali sempre più ampie e specializzate ad opera dei soggetti più varii, che dislocano il sé di ciascuno in luoghi diversificati, indeterminati, inafferrabili.

L'unità della persona viene spezzata. Al suo posto troviamo tante "persone elettroniche", tante persone create dal mercato quanti sono gli interessi che spingono alla raccolta delle informazioni. Stiamo diventando "astrazioni nel ciberspazio", di nuovo siamo di fronte ad un individuo "moltiplicato". Questa volta, però, non per sua scelta, per la sua volontà di assumere molteplici identità, ma per ridurlo alla misura delle relazioni di mercato.

Forse sarebbe il caso di rivolgere l'attenzione a queste nuovissime forme di "procreazione", di creazione di corpi sradicati, che mettono in discussione l'individuo e la sua identità in forme ben più radicali di quelle contro le quali viene rivolta la condanna degli avversari delle tecnologie della riproduzione. Ma, di nuovo, l'assenza di fisicità rende questi fenomeni più difficilmente percepibili dagli stessi interessati, più difficili da racchiudere nelle categorie giuridiche tradizionali.

Infatti, mentre si ripete la condanna della vendita di parti del corpo umano, vista come una lesione profonda della dignità della persona, si accetta la vendita di parti del corpo elettronico che, nella dimensione globale, può determinare effetti particolarmente gravi. La vendita di un rene, ad esempio, è vietata per tutelare la dignità, anche se non incide sulla funzionalità del corpo, come dimostra l'ammissibilità della donazione tra viventi. Si fatica, invece, a cogliere l'enorme potenziale di rischio legato alla cessione delle informazioni sulla salute o dei dati genetici, la cui libera circolazione nello spazio informativo globale, e ancor più la loro utilizzazione da parte di soggetti come gli assicuratori o i datori di lavoro, possono determinare pesanti discriminazioni o stigmatizzazioni sociali.

Stiamo dunque assistendo ad un doppio fenomeno di dilatazione. Una serie di attività e di fatti, prima legati ad un determinato spazio territoriale, si delocalizzano, si espandono in uno spazio che si fa globale sia nella dimensione reale (l'economia-mondo), sia in quella virtuale (il cyberspazio). Al tempo stesso, però, in questo duplice spazio, e in quella che comincia ad essere definita come *mixed-reality*, si proietta l'individualità stessa di ciascuno di noi, distesa nella dimensione globale dal planetario trattamento delle sue

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

informazioni, e dalla possibilità di raggiungere ogni punto del nuovo spazio.

È rischioso cedere al riduzionismo informativo (noi siamo i nostri dati), così come al riduzionismo genetico (noi siamo soltanto i nostri geni). Ma, appunto perché consapevoli di tutto questo, dobbiamo apprestare strumenti a tutela di questa nuova forma e dimensione della personalità. Non siamo al grado zero della tutela. Si parte dal riconoscimento del "diritto all'autodeterminazione informativa" come diritto fondamentale della persona. Si passa al diritto di non perdere il controllo dei propri dati, che si specifica come diritto di accesso presso chiunque li detenga o li usi. Si afferma il diritto di non essere oggetto di decisioni assunte soltanto con procedimenti automatici. Si approda al diritto di "non essere semplificato, oggettivato ed essere giudicato fuori dal contesto" (58), dunque al diritto ad una considerazione integrale della persona, soprattutto quando questa viene spezzettata in una molteplicità di diverse banche dati. Nella dimensione globale nasce il diritto alla rappresentazione globale di sé.

Questa digressione è resa necessaria dalla constatazione di una dinamica già intensa, che modifica il quadro assiologico, facendo riferimento sempre più netto alla persona ed ai valori che questa esprime, revocando radicalmente in dubbio il carattere quasi esclusivamente patrimonialistico delle codificazioni tradizionali. Dev'essere questo l'asse intorno al quale devono ruotare le imprese di grande regolazione giuridica, assumano o no una forma riconducibile alla codificazione? E quale nozione di persona dev'essere adottata?

Se si considera il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'indicazione di questa prospettiva è netta. In esso, infatti, si legge che l'Unione "pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Questa impostazione trova conferma nell'architettura della Carta, il cui primo capo è intitolato a quel valore della "dignità" che ispira significativamente le parole d'apertura dell'art. 1: "la dignità umana è inviolabile".

---

(58) J. ROSEN, *The Unwanted Gaze. The Destruction of Privacy in America*, Random House, New York, 2000, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Siamo di fronte alla generalizzazione di un modello che va oltre un generico riferimento al principio personalistico e che già si poteva ritrovare nell'articolo di apertura del *Grundgesetz*, formulato con le stesse parole della Carta e dove, nel titolo, la dignità umana è posta come "vincolo legislativo fondamentale del potere statale". Trasferito dalla dimensione nazionale a quella sovranazionale, quel vincolo si presenta come riferimento ineludibile per il codificatore europeo, segnando così l'approdo ad un sistema di valori che relativizza la forza del riferimento alla logica del mercato.

Ma proprio quest'aver fondato la Carta non su un concreto soggetto storico — come la borghesia nel secolo XIX e la classe operaia nel XX —, ma sul più neutro e astratto riferimento alla persona, ha attirato sulla Carta una critica di debolezza, di approdo ad una disincarnata postmodernità della grande regolazione giuridica. Questa censura si trasferirebbe anche su una codificazione che assumesse le medesime caratteristiche?

Non è qui possibile analizzare le diverse implicazione di questa sorta di progressiva "costituzionalizzazione" della persona per quanto riguarda, ad esempio, l'intera questione dei diritti fondamentali. Si può, tuttavia, osservare che, nella Carta, la persona non è astrattamente considerata come elemento di una società molecolare e frammentata, ma viene collocata in un quadro di concreti legami sociali, che si riflette nella scelta di intitolare alla "solidarietà" uno dei suoi capitoli e di considerare i diritti sociali indivisibili da tutti gli altri. Inoltre, la persona non è considerata come un soggetto astratto, ma nella concretezza di condizioni "situate", come dimostra la rilevanza attribuita all'essere minore, anziano, disabile.

Né mi sembra che un giudizio di debolezza possa essere pronunciato sottolineando il passaggio dal riferimento ad un valore immediatamente espressivo della condizione umana come il lavoro, che apre ad esempio la Costituzione italiana, ad un valore meno palpabile, e segnato pure da tratti ambivalenti, come la dignità. L'accento posto sulla persona e sui suoi attributi sottolinea una dimensione che la proietta non al di là dei suoi concreti modi di essere, ma fa emergere quel che comunque non le può essere negato. Si può parlare, in definitiva, di una linea che tende ad una valorizzazione integrale della persona, dunque di un valore forte che si pone come criterio fondativo della regolazione giuridica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Ma come si assicura l'effettività dei diritti della persona, e dell'intero quadro regolativo in cui essi vengono collocati? Qui la delocalizzazione incontra la crisi della sovranità, della quale è, a un tempo, causa ed effetto.

Neppure questa è vicenda riducibile ad una analisi riferita solo ai tempi più recenti. Basta aprire *Il problema di sovranità*, che Hans Kelsen scriveva alla vigilia della prima guerra mondiale (59), per cogliere tutti i segni, non soltanto premonitori, di una storia che viviamo ora in tutta la sua pienezza, con la modifica delle nozioni di spazio e di tempo lungo le linee indicate in precedenza.

S'innesta qui il tema dei diritti fondamentali, proiettati anch'essi nella dimensione sovranazionale proprio dai molteplici aspetti della crisi della sovranità. In maniera radicale, si è sottolineata l'impossibilità di continuare a fondare la democrazia sull'idea di sovranità *popolare* dopo il fallimento delle democrazie *popolari*. Questa fondazione dovrebbe essere ormai cercata appunto nella categoria dei diritti fondamentali dell'uomo (60). Ma in tal modo Touraine, facendo leva su un dato storico, non corre tanto il rischio di trasformare il richiamo ai diritti dell'uomo in una vera e propria ideologia, cedendo anche all'illusione "di poter rivendicare i diritti dell'uomo contro la violenza perpretata dal sapere scientifico e dalla tecnica" (61). Introduce piuttosto una significativa variante teorica, interrompendo quel nesso che fa considerare i diritti fondamentali come strumenti "che *rendono possibile* l'esercizio della sovranità popolare" (62).

D'altra parte, i diritti fondamentali si liberano non solo dal vincolo della sovranità popolare, ma pure da quello della sovranità nazionale. Definiscono così, a un tempo, una dimensione fisica ed un principio di legittimazione. Come l'istituzione di uno "spazio dei diritti" ha individuato un connotato essenziale dello Stato costituzionale, così il duplice dilatarsi di quello spazio connota la nuova

---

(59) H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. it. di A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989.

(60) A. Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, Paris 1992, pp. 376-377.

(61) E. Severino, *Legge e caso*, Adelphi, Milano 1980, pp. 13-14.

(62) J. Habermas, *Legittimazione tramite diritti umani*, in *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, trad. it. di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 220.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dimensione sovranazionale. Una conferma può essere cercata nella decisione del Consiglio europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) relativa all'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove si afferma che "la tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e *il presupposto indispensabile della sua legittimità*".

L'autonomia del quadro dei diritti fondamentali rispetto al principio di sovranità si coglie, più che nella dilatazione qualitativa e quantitativa dei diritti tradizionalmente riconosciuti, nell'emergere di diritti tipici della dimensione globale. Si entra così sul terreno difficile e controverso dei diritti legati alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, delle regole della bioetica, di diritti come quello d'ingerenza umanitaria, dei tribunali internazionali, dei diversi strumenti internazionali che contengono "clausole sociali" o riferimenti al rispetto dei diritti umani (63).

La questione complessivamente posta da questa nuova frontiera dei diritti riguarda la funzione che essi effettivamente svolgono: ampliamento dell' "impero del diritto" o strumenti di un dominio planetario nelle mani di un'unica superpotenza. Si arriva così al nodo più aggrovigliato, al tema difficile e ineludibile delle istituzioni del mondo globalizzato. Su questo palcoscenico agiscono diversi soggetti, ciascuno dei quali si ritaglia una parte del potere prima unificato nelle mani del soggetto nazionale e che, a differenza di quanto accadeva (e in parte accade ancora) negli stati nazionali, esercitano questo potere fuori d'ogni controllo e visibilità, chiudendolo in oligarchie politiche ed economiche sempre più ristrette, e contraddicendo così il fondamento della democrazia come "governo del popolo" e come "governo in pubblico".

Tre appaiono oggi i principali protagonisti di questa vicenda. Una superpotenza imperiale, le imprese transnazionali, il sistema delle comunicazioni. Ho già accennato ai problemi aperti dalla

(63) Si veda A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999; ID., *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, a cura di S. SCARPONI, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 103-121; e cfr. nota 18. In generale, R. A. FALK, *Human Rights Horizons. The Pursuit of Justice in a Globalizing World*, Routledge, London-New York, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanziale privatizzazione della produzione del diritto privato degli scambi da parte delle grandi imprese, alla quale si comincia a reagire cercando di mettere a punto, da una parte, dichiarazioni di diritti come limite invalicabile all'agire privato (ad esempio, Convenzione del Consiglio d'Europa sulla biomedicina, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea); e, dall'altra, discipline-quadro a livello sovranazionale, all'interno delle quali, e rispettandone i principi, può legittimamente svolgersi l'autonoma attività regolatrice dei privati.

Quest'ultima, appunto, può essere la funzione di un codice civile europeo nella più ampia dimensione che qui si è cercato di delineare. In sostanza, il principio forte di legittimazione di questa impresa, che può proiettarla al di là di una pur elevata operazione tecnica, consiste proprio nell'evidenza attribuita al superamento della dimensione nazionale; nella fondazione di una serie di rapporti privati in principi non riconducibili alla sola logica economica; nella conseguente rilevanza assunta da una serie di diritti fondamentali.

Il codice, in questo modo, può assolvere non solo ad una funzione di razionalizzazione, ma anche di democratizzazione della regolazione giuridica nel mondo globalizzato. Non solo, infatti, si riconduce ad una fonte pubblicamente legittimata, trasparente e controllabile la disciplina di attività che producono i loro effetti ben al di là della sfera economica. Si introduce un limite all'agire dei poteri privati altrimenti svincolati dall'obbligo di rispettare valori diversi da quelli riconducibili alle proprie logiche. La fortuna del riferimento ai diritti fondamentali nella fase più recente, al di là delle polemiche che l'accompagnano (64), nasce proprio dalla percezione del loro costituirsi come possibile contrappeso al potere della comunità economica trasnazionale, in attesa della nascita di poteri politici in grado di governare la dimensione globale oggi affidata sostanzialmente alle dinamiche dell'economia e della finanza, ed alle regole che queste autonomamente producono.

In questa fase storica, l'intreccio tra diritti fondamentali e specifici strumenti di regolazione giuridica prospetta due ordini di

(64) Un eccellente quadro della discussione in corso è nei diversi saggi raccolti in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Laterza, Roma-Bari, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problemi, legati all'evidenza di quei diritti ed alla loro effettività. Da un primo punto di vista, si può parlare di un "universalismo mediatizzato", e dunque di una dipendenza crescente dell'effettività dei diritti fondamentali dalla loro visibilità, affidata non soltanto al riconoscimento formale in testi variamente vincolanti, ma ad una conoscenza effettiva che favorisca l'azione sociale a loro sostegno. È significativo che il Consiglio europeo di Colonia abbia motivato l'esigenza di una carta dei diritti fondamentali anche con l'esigenza di assicurare una loro maggiore "visibilità".

Per quanto riguarda, poi, l'inserimento in un contesto idoneo ad un loro progressivo rafforzamento, è indubbio che oggi l'Unione europea si presenta come l'area del mondo dove si manifesta un progetto nel quale dovrebbero ricongiungersi la dimensione sovranazionale, la logica dei diritti fondamentali, la possibilità di un riferimento sempre più intenso ad istituzioni democraticamente legittimate. Il codice civile europeo, quindi, dev'essere considerato parte integrante di questo progetto, presentandosi come un tassello essenziale della integrazione attraverso i diritti e ponendosi così come un modello suscettibile di generalizzazione.

5. Si è ripetutamente osservato che la tendenza verso la globalizzazione non azzera il bisogno di articolazione e di diversità; che, infatti, si è già innescata una nuova dialettica tra globale e locale, sintetizzata nel neologismo *glocal*; che proprio l'accessibilità e la copertura planetaria assicurate dai sistemi elettronici di comunicazione consentono anche ai gruppi minori o periferici di essere presenti sulla scena del mondo. Ma qui nasce l'interrogativo: un mondo unificato e diversificato o piuttosto controllato e tribalizzato? Un mondo del dialogo planetario o di un nuovo "scontro di civiltà"?

In quest'orizzonte si trasformano senso, percezione e ruolo della disciplina giuridica. Non muta soltanto lo spazio giuridico: cambia anche il tempo giuridico. Se s'intrecciano globale e locale, lo stesso accade tra sincronia e diacronia. Il diritto non è chiamato ad operare in un tempo stabile, ma in una dimensione caratterizzata da un flusso continuo e cangiante di "eventi". Il diritto non deve soltanto dare voce al pluralismo, ma pure strutturarsi in forme omeostatiche, capaci di interpretare ed seguire il mutamento.

L'esigenza di costruire un quadro in cui possano convivere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principi comuni e discipline diversificate viene sempre più spesso espressa parlando di leggi quadro, di legislazione per principi, di diritto leggero, *soft*, *mou*, di norme sperimentali e a termine, di *sunset rules*, e via dicendo. Ponendo l'accento sui principi più che sulla norme analitiche si pensa di dar vita ad un diritto più resistente a spazio e tempo. L'"elasticità" del diritto non è più riferita soltanto al momento diacronico, grazie ad una tecnica giuridica capace di assicurare l'adeguamento delle regole ad una realtà in incessante mutamento, così inglobando in sé anche la dimensione del futuro. Diviene indispensabile anche dal punto di vista sincronico, per dar voce a culture e valori presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale, strutturando la norma come regola di "compatibilità" tra valori diversi, e non più soltanto come regola di "supremazia" del valore giudicato prevalente nel momento della risoluzione del conflitto. Queste esigenze, già riscontrabili a livello nazionale, diventano ineludibili quando si affrontano i problemi della globalizzazione (65). La complessità della dimensione tecnica, irriducibile al solo schema della disciplina analitica, condiziona la forma del codice.

Non siamo, tuttavia, di fronte solo alla necessità di accrescere la funzionalità della regolamentazione giuridica, determinandone trasformazioni che rendono sempre più difficile riferirsi alla "legge" come se si trattasse di uno strumento riducibile ad uno schema uniforme. Quando oggi ci riferiamo alla legge, infatti, immediatamente rinviamo ad una tipologia diversificata di strumenti e di tecniche di regolazione giuridica. Ma rimane comunque costante la funzione della legge come strumento che consente di rendere tra-

(65) Insisto sull'importanza da attribuire a questa dimensione della regolamentazione giuridica fin dai miei primi studi sulla proprietà (*Note critiche in tema di proprietà*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1960, pp. 1252-1341, ora in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2 ed., Il Mulino, Bologna, 1990). Ho poi articolato le mie ipotesi in diversi scritti, tra i quali *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in "Riv. dir. comm.", 1967, I, pp. 83-125; *Il tempo delle clausole generali*, in "Riv. critica dir. priv.", 1987, pp. 709-733; *Repertorio di fine secolo*, cit. Li ricordo perché rispetto a quelle ipotesi si manifestò una disattenzione (e talvolta un rifiuto) da parte di molti studiosi che, con grande ritardo, hanno poi adottato proprio le formulazioni che ero venuto proponendo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sparente il processo di selezione degli interessi, individuabile e controllabile il soggetto protagonista del processo di decisione.

Un quadro normativo di origine pubblica (legge nazionale, atto internazionale o sovranazionale) diventa così indispensabile per impedire che la produzione del diritto sia sequestrata da centrali private, accrescendo drammaticamente il deficit di democrazia che ormai caratterizza l'insieme delle relazioni giuridicamente rilevanti nel mondo globalizzato. Questione delle fonti e questione della democrazia fanno tutt'uno.

III. *Codice e democrazia*

La questione del codice diventa così parte del più generale tema del deficit di democrazia che si coglie ai diversi livelli dell'organizzazione politica e giuridico-istituzionale. È significativo che a questo deficit si cominci a cercar di porre rimedio spostando l'accento appunto su forme di legittimazione e di integrazione attraverso il diritto e i diritti. Diventa così sempre più giustificata una lettura congiunta delle diverse iniziative delle istituzioni europee, dalla Carta dei diritti fondamentali al codice di diritto privato, in cui s'incarna un complessivo progetto non tanto di grande razionalizzazione tecnica, ma di alta politica del diritto. Non inganni l'apparente angustia dei mandati che stanno all'origine di quelle imprese e che dichiarano di volerne limitare la portata ad una riproduzione e ad un riordinamento dell'esistente. Il testo della Carta dei diritti fondamentali ha largamente forzato il mandato definito dal Consiglio europeo di Colonia. Lo stesso sta accadendo con i progetti di codice. E la forma del codice, in un gioco intrecciato di legittimazioni reciproche, riceve in questo modo una ragione culturale e istituzionale che mai potrebbe essergli attribuita da una semplice contabilità che, a prova della vitalità dello strumento, si limiti a registrare il numero dei codici approvati in questi anni.

La stessa valutazione del codice come prodotto autoritario e "rivoluzione dall'alto", a questo punto, richiede una considerazione adeguata al nuovo contesto. L'alternativa al codice, infatti, non è la libertà del giudice o una *mosaic law* affidata ad una iniziativa parlamentare nella quale si rispecchia la variegata volontà dei cittadini. La realtà ci dice che, nella materie legate alle dinamiche di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mercato, la privatizzazione del diritto significa autoritarismo privato in luogo di potere pubblico, aggravato da una sostanziale oscurità, e quindi, incontrollabilità del processo di produzione normativa. Le norme codicistiche, allora, riporterebbero la regola giuridica ad una ragionevole trasparenza e, pur senza alcuna illusione sulla diminuita forza degli interessi economici, questi dovrebbero almeno confrontarsi in un ambiente più aperto con i soggetti portatori di valori e interessi diversi.

Naturalmente, considerare da questo punto di vista l'impresa di codificazione esige una discussione culturale e un'attenzione politica ben diverse da quelle che hanno finora accompagnato i progetti e le proposte in campo. Ed implica, prima di tutto, l'obbligo di rispondere a domande nuove.

È compatibile il codice con una "società del rischio"? Quale può essere la sua funzione in una "società dell'incertezza"? Se si accettano questi riferimenti, non sono forse preferibili imprese volte piuttosto a ritrovare un *common core* dei diversi sistemi giuridici, capovolgendo appunto l'ottica autoritaria della codificazione?

E ancora. Già prima dell'alba del nuovo millennio s'era visto che il ritorno del diritto privato non era soltanto affidato all'impeto degli spiriti liberal-privatistici, quanto piuttosto alle nuove antropologie imposte dall'innovazione scientifica e tecnologica, che hanno riportato il codice civile alla ribalta del sistema giuridico, perché sono in discussione e in via di ridefinizione le categorie fondative dell'individuo e della costruzione della personalità. L'impianto del codice non deve allora muoversi anche in questo orizzonte, e non solo per impedire la divaricazione interna del sistema privatistico?

Quale modello culturale, poi, prevarrebbe in un'impresa di codificazione? Non penso tanto alle piccole lotte di bottega tra diverse scuole europee o all'inevitabile peso della cultura statunitense. Mi riferisco soprattutto all'alternativa tra un forte quadro di principi e una sorta di *default legislation*, ispirata ad un altro criterio corrivamente adottato nei discorsi sulla globalizzazione, quello della sussidiarietà. Se prevalesse quest'ultimo modello, infatti, l'alto significato politico del codice sarebbe fortemente ridimensionato, o scomparirebbe del tutto, lasciando al codice una funzione servente in un quadro che rimarrebbe segnato unicamente dagli interessi del mercato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In una zona intermedia sembrano collocarsi le imprese di "consolidazione", della raccolta in testi unici della legislazione dei diversi settori, che viene così ordinata, depurata, posta al riparo dai dubbi delle abrogazioni implicite e dei coordinamenti. È la "codification à droit constant". È, in sostanza, il lavoro che sta svolgendo con grande intelligenza in Francia, dal 1996, la *Commission supérieure de codification*, la cui opera, tuttavia non può essere intesa solo come una sorta di gigantesco "taglia e cuci" nel gran mare delle norme. È , invece, una operazione politica di grande rilievo già a partire del modo in cui le materie sono ripartite nei diversi "codici", che produce un'architettura giuridica diversa, nessi sistematici, criteri propri di selezione e ordinamento delle norme.

Al tempo stesso, però, si avverte l'insufficienza di una prospettiva di gran riordino dell'esistente, e torna a farsi insistente una richiesta di individuazione di principi di riferimento, che trovi sbocco in specifici interventi legislativi e in un rinnovato lavoro sistematico dei giuristi. Là dove queste due vie sembrano incontrarsi é nella tecnica novellistica della codificazione civile. L'inserimento in un codice di parti importanti di leggi di riforma ha il duplice effetto di introdurre immediatamente nuovi principi e di esigere un lavoro di ricostruzione dell'intero sistema codicistico, quale risulta dall'interazione tra vecchie e nuove norme.

Ma pure questa è operazione ben lontana dal rispondere a quella maggiore esigenza che può giustificare oggi la pienezza del riferimento alla forma del codice. Agli occhi di Franz Wieacker neppure il maestoso BGB "poteva essere in grado di dare il tono ad un'epoca nuova" (66), pur essendo evidente che dal punto di vista tecnico-giuridico costituiva "un capolavoro" (67). Ad esso "manca l'appassionato appello alla cosciente ed operante responsabilità collettiva dei cittadini che è invece presente nelle costituzioni e nei codici di quelle nazioni che hanno appena raggiunto una nuova comunità di valori. Esso non rispecchia nemmeno il modello di una nuova società in sé conchiusa, sull'esempio del *Code civil* dopo la vittoria della borghesia, ma fornisce soltanto il quadro di un ceto borghese che in realtà non era ancora riuscito ad ottenere una

(66) F. WIEACKER, *Storia*, cit., p. 198.
(67) F. WIEACKER, *Storia*, cit., p. 199.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vittoria completa sul vecchio Stato assolutista né a conquistare per sé il Quarto stato; esso sta a rappresentare insomma un gruppo sociale la cui identificazione con l'intera società nazionale rimane ancora un problema irrisolto" (68).

Riflettendo su questa pagina dovremmo essere indotti a concludere che molti codici civili potranno accompagnare il nascere del nuovo millennio, ma che nulla può far ritenere che proprio uno di questi possa dare il tono ad un'epoca nuova. O lo potrà solo se si determineranno le condizioni per un'impresa percepita come non settoriale e, soprattutto, sorretta da "passione". (69)

Non credo, comunque, che l'alternativa sia tra codice e *mosaic legislation*. Dev'essere abbandonata la pretesa del codice come strumento che affida la sua "completezza" all'analiticità della disciplina. La sua caratteristica dovrebbe essere quella di un forte quadro di principi, con evidenti ricadute sulla tecnica di redazione, soprattutto per evitare tensioni tra una realtà mobile e regole irrigidite. Verrebbero così definiti non solo il campo, ma anche i criteri, per l'intervento di altri soggetti e di altre fonti.

Le metafore della globalizzazione e della *lex mercatoria* sono state, e continuano ad essere, utilizzate per affrancarsi da principi regolativi che incorporino valori diversi da quelli del mercato. Un codice, allora, si presenta oggi come un terreno di scontro, non come un momento di immediata pacificazione. Con la speranza che anche il tentativo del codificatore non debba essere consegnato ad una delle icone del nostro tempo — l'immagine dell'inerme studente di fronte al carro armato sulla piazza Tienanmen.

---

(68) F. WIEACKER, *Storia*, cit., p. 193.

(69) Questo termine, singolare rispetto alla predicata impassibilità dell'indagine giuridica, compare variamente in titoli di libri, come J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V République*, Flammarion, Paris, 1996, o S. BANDES (ed.), *The Passion of Law*, New York University Press, New York, 2000. E forse, per cogliere meglio il senso di questo clima, vale la pena di dare un'occhiata a R. BODEI, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Feltrinelli, Milano, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

CODICI: QUALCHE CONCLUSIONE TRA UN MILLENNIO E L'ALTRO

1. Vorrei, innanzi tutto, tranquillizzare Stefano Rodotà: questa data del 28 ottobre è assolutamente casuale. Non stiamo celebrando nulla; stiamo invece riflettendo comunitariamente su un grosso e grave problema storico-giuridico, che investe pienamente l'oggi e si proietta verso il nostro domani, e che — come tale — si presta egregiamente a fungere da oggetto di riflessioni per il giurista vivente a cavalcioni fra due millennii.

Aggiungo: mi pare che si stia riflettendo consapevolmente con relazioni tutte segnate da una solida preparazione retrostante e da un atteggiamento serenamente critico. E credo doveroso esordire con un giudizio assai positivo su questo Convegno, sul suo svolgimento e sui suoi risultati; giudizio che posso pronunciare tranquillamente, giacchè io costituisco il personaggio che i giuristi qualificherebbero come il classico 'terzo', ossia non sono l'artefice del Convegno, promosso dallo zelo e dalla lungimiranza del nostro Preside Aldo Schiavone, realizzato con grande maturità culturale da Paolo Cappellini e da Bernardo Sordi. Il merito, è, dunque, loro; ed è assolutamente obbiettivo il mio giudizio quando constato la ricchezza delle nostre due giornate congressuali.

È, ohimè, una ricchezza che porta difficoltà a qualcuno, e cioè a chi vi parla, cui dalla affettuosa e generosa insistenza degli organizzatori sono state affidate le 'considerazioni conclusive'; le quali sono un cómpito arduo, considerata non solo la qualità degli apporti ma anche la estrema diversità degli oratori, diversi per professionalità e per estrazione. Poiché sono ben lontano dall'essere omnisciente, cercherò semplicemente di individuare il messaggio complessivo proveniente dal Convegno, naturalmente nella interpretazione di chi vi parla.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Come storico del diritto mi sento in dovere di cominciare queste annotazioni verbali partecipandovi una preoccupazione. Mai nozione è stata segnata da una intrinseca polisemia come quella di Codice: il vocabolo unitario permette di accostare il Codice Ermogeniano, il Codice giustinianeo, il Codice Napoleone e tutti quei Codici sempre più frequenti nella prassi contemporanea che abbiamo udito menzionare nelle varie relazioni congressuali particolarmente dei cultori del diritto positivo (Codice dei giornalisti, dei consumatori, delle assicurazioni, dei principii, delle regole, Codice comune europeo dei contratti, e così via); il vocabolo unitario, assumendo a denominatore comune la tendenza alla stabilizzazione dell'instabile che è propria di ogni codificazione (1), con quell'inganno che è tipico di certe impassibili persistenze lessicali, méscola ed accomuna realtà profondamente diverse per origine e per funzione ingenerando confusioni ed equivoci culturalmente perniciosi. Lo storico del diritto, adempiendo al primo mestier suo che è quello di comparare relativizzare differenziare, avverte il tranello costituito dal dato lessicale, preferisce abbandonare il simulacro unitario e calare nella realtà storica che è invece marcata nella sostanza da incolmabili discontinuità.

Una duplice discontinuità va almeno segnalata con forza: fra il 'Codice dei consumatori' di cui oggi si parla (tanto per fare un esempio) e quello che per noi storici del diritto è *il Codice*; fra questo e i tanti Codici di cui è gremita — per esempio — l'antichità classica. I tenui elementi accomunanti — che ci sono — non debbono affievolire la assoluta tipicità storica di quella scelta fondamentale della civiltà giuridica moderna compiutamente definìtasi fra Sette e Ottocento nell'Europa continentale, scelta non di questa o quella politica contingente ma tanto radicale da porsi quale cippo confinario nella storia giuridica occidentale segnando un prima e un poi, un prima e un poi caratterizzati da intima discontinuità, scelta che permette agli storici di parlare correttamente di 'Codice simbolo',

(1) Nell'àmbito dei lavori del Convegno sono state degne di attenzione le parole iniziali di saluto pòrte dal Pro-Rettore, prof. Giancarlo Pepeu, docente nella Facoltà di Medicina, il quale ha tenuto a sottolineare l'uso che della parola 'codice' si fa nella scienza medica (per esempio, quando si parla di codice genetico') per indicare un insieme di elementi contrassegnato da una intima fissità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Codice mito', di 'forma Codice' di 'idea di Codice' (2), come abbiamo udito nelle due trascorse giornate.

In altre parole, per lo storico del diritto possono esistere ed esistono tanti 'Codici', per i quali può essere convenzionale ed innocuo l'impiego di un vocabolo unitario, ma uno solo è *il* Codice che erompe in un certo momento storico e soltanto allora, frutto di una autentica rivoluzione culturale che investe in pieno e sconvolge le fondazioni consolidate dell'universo giuridico; proprio per questa sua carica incisiva, proprio per essere anche e soprattutto una *idea*, il Codice può subire una trasposizione, e dal piano terrestre delle comuni fonti di diritto giungere a incarnare un *mito* e un *simbolo*. Perché, infatti, il Codice vuol essere un atto di rottura col passato: non si tratta di una fonte nuova o di un nuovo modo di concepire e confezionare con respiro e ampiezza la vecchia *ordonnance* reale; si tratta invece di un modo nuovo di concepire la produzione del diritto, e quindi l'intiero problema delle fonti, e quindi il problema primario della connessione fra ordine giuridico e potere politico.

Ha fatto bene l'amico Halpérin a offrirci, durante la seconda giornata, fra varie immagini significative, quella significativissima di Napoleone I nell'atto di rifiutare il vecchio *droit coutumier*: in essa era testimoniata la presunzione del sovrano codificatore — il primo (3) autentico codificatore della storia giuridica europea — di rompere con il passato per quel che il passato rappresentava sotto il profilo della visione del 'giuridico' e della posizione del 'giuridico' nel 'sociale' e nel 'politico'. Sotto questo profilo, il ' Codice' esprime la mentalità forte forgiata nel grande laboratorio illuministico ed è — in quanto tale — in aspra e netta polemica col passato.

Con questa precisazione che è appena il caso di fare: è ovvio che, se guardiamo al tessuto del primo vero Codice, il *Code civil*, e

(2) Di una 'idea di Codice' amava parlare Tullio Ascarelli. Si veda di lui soprattutto il saggio illuminantissimo: *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* (1945), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

(3) Per motivi che appariranno chiari nello svolgimento di queste considerazioni, il cosiddetto Codice Prussiano, lo 'Allgemeines Landrecht' del 1794, che ammette ancora la eterointegrazione da parte dei diritti locali, è più correttamente inquadrabile tra le consolidazioni settecentesche piuttosto che fra le vere e proprie codificazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ancor più se guardiamo ai suoi lavori preparatorii, noi vi constatiamo la fertile continuità di istituti coniati e applicati nella immemorabile prassi consuetudinaria. I redattori, primo fra tutti Portalis, erano uomini nati ed educati sotto l'antico regime, né sorprende che si facessero portatori, anche a livello di subcoscienza, di nozioni costumanze schemi tecnici radicati nella esperienza della società francese e pertanto accettati e vissuti nella vita d'ogni giorno. Ciò lo darei per scontato, considerato che la storia non opera mai dei salti improvvisi e il futuro ha sempre un volto antico. Quel che conta è l'emergere e il prender forma compiuta di una mentalità energicamente nuova che investe il cuore dell'ordine giuridico, e cioè il modo di concepire e di realizzare la produzione del diritto. Su questo punto — che è il nodo cruciale su cui si edifica il giuridico — concezioni e soluzioni sono in polemica frontale.

Nel mondo prerivoluzionario quella produzione si connotava di tre caratteri tipizzanti.

Era alluvionale, ossia seguiva senza tentar di costringerlo in maglie troppo vincolanti il divenire della società: le opinioni dei dottori si accumulavano l'una dopo l'altra, si formavano opinioni comuni, più che comuni, comunissime, tesaurizzate in quelle farraginose raccolte sei-settecentesche che fornivano ai pratici il supporto per le pretese processuali; le sentenze si accumulavano l'una dopo l'altra con la buona sorte per i Tribunali più illustri di essere stampate in quelle enormi collezioni su cui ha avuto il merito di richiamare l'attenzione — unico fra di noi — il compianto Gino Gorla.

Era pluralistica, ossia si poneva in connessione con la società e con le sue forze plurali, esprimendole senza particolarizzazioni artificiose.

Era, conseguentemente, extra-statuale, ossia — fatte salve quelle zone in rapporto di stretto collegamento con l'esercizio della sovranità — non registrava la voce del potere politico contingente serbandone un immancabile condizionamento. In un saggio assai consapevole, che Stefano Rodotà ha ricordato qualche momento fa, Filippo Vassalli ammoniva, nel 1951, che il diritto civile, il diritto dei rapporti quotidiani fra i privati, si era connotato fino all'età del Codice di una intima estra-statualità trovando la sua fonte nei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

privati, nelle consuetudini poste in essere e osservate dai privati, successivamente ridotte in schemi tecnici dal ceto dei giuristi (4).

Tutto questo viene cancellato dal puntiglio codificatorio, e non è un caso che la prima tappa di una codificazione totale Napoleone l'abbia voluta realizzare col *Code civil*. Circostanza, questa, niente affatto banale, ma anzi gesto di supremo ardimento, osando il nuovo Principe post-rivoluzionario, sicurissimo di sé, legiferare in un terreno geloso, la ragion civile, ai confini del quale si erano arrestati i legislatori del passato, anche quel Luigi XIV che con le sue grandi *Ordonnances* aveva attuato un primo esperimento di riduzione di buona parte del diritto in un corpo di leggi sovrane. Ciò che Luigi aveva ritenuto di dover lasciare alla regolamentazione di costumi immemorabili sedimentati nella lunga durata, ora — 1804 — Napoleone inchioda nei 2281 articoli del *Code civil* dove tutto il diritto civile è previsto, dove ci sono regole minuziose per ogni istituto (che trova spesso da parte del legislatore perfino la sua definizione).

C'è orrore per la vecchia alluvionalità, c'è avversione per quell'affidamento alla storia, anche alla semplice storia di tutti i giorni, che era stato il tratto tipizzante del tradizionale ordine giuridico. La storicità del diritto non appaga il nuovo principe, anzi gli si mostra nel suo aspetto ripugnante di complessità disordinata e confusa.

Il Codice rivela in pieno la sua filiazione illuministica. Il Principe, individuo modello, modello del nuovo soggetto liberato e fortificato dall'umanesimo secolarizzatore, è in grado di leggere la natura delle cose, decifrarla e riprodurla in norme che si possono legittimamente pensare come universali ed eterne quali traduzione in regole sociali di quell'armonia geometrica che sorregge il mondo. Manifesta è qui la fondazione giusnaturalistica, che vena di eticità la certezza di cui il Codice si fa portatore, giacché quando si è in grado di leggere la natura delle cose, la venatura etica è indubbia anche se nello sfondo non c'è più il Dio-persona della tradizione cristiana ma una vaga divinità panteisticamente avvertita; e indubbia è la mitizzazione. Non a torto, durante i nostri lavori, si è parlato di catechismo, del Codice come catechismo.

---

(4) F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figlio del giusnaturalismo illuminista il Codice si porta addosso, ben penetrato nelle sue ossa, il segno della grande antinomia giusnaturalistica, la più grave e greve antinomia della storia del diritto moderno. Alla convinzione nella capacità del nuovo soggetto di leggere la natura delle cose si accompagna, nella nuova cultura secolarizzata, un problema che la vecchia cultura medievale e postmedievale aveva potuto ignorare: chi è legittimato a leggere la natura delle cose e a trarne regole normative? Inservibile è il vecchio lettore, lettore unico e necessario, la Chiesa Romana, ormai condannata nella soffitta delle superstizioni ed eliminata dal nòvero delle possibili fonti di diritto. Questo lettore non può essere altri che il Principe, il quale, dopo essersi visto gratificato in seno alla Riforma religiosa della guida delle Chiese nazionali, si vede ora onorato e onerato d'una nuova missione tutta temporale.

Presupposto di questa gratificazione è la sua idealizzazione: il Principe è, al contrario del giudice e del dottore, un personaggio al di sopra delle passioni e delle meschinità connesse ai casi particolari, e perciò capace di una lettura serena e obbiettiva. Chi non ricorda, in proposito, tanto per restare a casa nostra, le pagine forti e ingenue al tempo stesso di un Muratori o di un Beccaria? Come ieri la Riforma religiosa, anche la cultura giusnaturalistica immersa nel nuovo mondo secolarizzato ha bisogno di un aggancio gagliardo nel temporale, e questo è offerto dal nuovo soggetto politico vigoroso ormai protagonista dello scenario europeo transalpino, lo Stato. E prende forma un fenomeno che potrebbe, a tutta prima, apparire completamente antinomico a quanto abbiam detto qualche rigo sopra su una armonia di geometrie eterne ed universali: la statualizzazione del diritto, anche del diritto civile, il più restìo a farsi controllare nelle maglie del potere.

Il giusnaturalismo viene a sfociare nel più greve positivismo giuridico e il Codice, anche se portatore di valori universali, si riduce a voce del sovrano nazionale, a legge positiva di questo o quello Stato.

In Francia la prima grande codificazione, quella napoleonica, si pone all'èsito finale di un lungo itinerario storico, quando ormai il diritto si è identificato nella legge, cioè nella espressione della volontà autoritaria del Principe; faticoso itinerario che, ancora a fine Cinquecento, Jean Bodin, politologo dalla salda educazione giuri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dica, coglie nel dissidio fra *droit* e *loi* (5), fra la tradizionale prassi consuetudinaria compenetrata di equità e la volontà potestativa del Principe, un continuato dissidio fatto di lotte e di resistenze ma che lentamente segnala la progressiva vittoria di una monarchia sempre più impegnata e compiaciuta nella sua dimensione legislativa. Il diritto francese — per usare il lessico di Bodin — è, via via che il tempo passa, sempre più *loi* e sempre meno *droit*.

E l'idea di Codice, deposta la sua originaria e naturale proiezione verso un ordine universale, si mortifica spiritualmente e si potenzia effettivamente esprimendo l'ordine giuridico d'uno Stato temporalmente e spazialmente delimitato. Il Codice si inserisce in pieno nel parossismo legislativo che scorre nelle vene del secolo diciottesimo e che ha manifestazione piena nei martellanti proclami delle dichiarazioni costituzionali rivoluzionarie e post-rivoluzionarie: dove, se appena si scrosta il massimalismo retorico, emerge in tutta la sua crudezza una fredda e lucida strategia politica.

L'idealizzazione del Principe provoca la necessaria idealizzazione della sua volontà sovrana e, conseguentemente, della sua cristallizzazione normativa nella legge. Quella che è semplicemente la voce del potere riceve sicura collocazione nel più riposto sacrario della coscienza laica. Si profila ormai una scrupolosa mistica della legge.

È questa l'unica fonte capace di esprimere la volontà generale ed è in grazia di una siffatta qualità che il suo primato si impone, che il sistema delle fonti si serra in un assetto gerarchico con la inevitabile devitalizzazione di ogni altra produzione giuridica. Il vecchio pluralismo giuridico, che aveva alle sue spalle più di duemila anni di vita anche se con varie vicende, si viene a strozzare in un rigido monismo.

E si disegna sempre più nettamente il legame strettissimo fra dottrina dei poteri e produzione giuridica con l'assegnazione di questa al solo potere legislativo. La divisione dei poteri, accanto alla sua valenza garantistica, ha per lo storico del diritto la funzione di cementare il monopolio giuridico nelle mani del legislatore identificato ormai nel detentore della sovranità. Il cerchio si chiude e il

(5) J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), lib. I, cap.VIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grande progetto giusnaturalistico svela la sua latente dimensione strategica, cioè di sagace strategia del ceto borghese nel momento di conquistare il potere politico.

Il problema delle fonti, del sistema delle fonti — di tutte le fonti —, è sentito dalla cultura giuridica borghese come problema intimamente, schiettamente costituzionale, al cuore della stessa costituzione del nuovo Stato; e cioè non solo nel momento eroico della conquista o ad essa ravvicinato ma anche in tempi assai distanziati, con una continuità inerte che la dice lunga. Mi vengono a mente le pagine di quei civilisti italiani dei primi del Novecento, da me riletti recentemente per una mia indagine (6), i quali sarebbero stati inclini a riconoscere dottrina e giurisprudenza quali fonti di diritto ma recisamente lo negano per motivazioni di indole esclusivamente costituzionale: ciò avrebbe costituito una lesione del pilastro portante di tutto lo Stato borghese di diritto, ossia del principio di divisione dei poteri.

3. E veniamo ai caratteri del Codice, su cui si è discusso con vivace dialettica di posizioni nelle varie relazioni..

Una inconfondibile tipicità rispetto a tutte le fonti giuridiche manifestatesi nella vicenda storica gli è impressa da una triplice tensione che lo percorre; tende infatti ad essere fonte unitaria, specchio e cemento della unità di una entità statuale; tende ad essere una fonte completa; tende ad essere una fonte esclusiva. Questa triplice tensione connota fortemente il Codice, almeno nel modello originario così come a noi si propone nella realizzazione francese degli inizii del secolo XIX:

Ho detto tensione, perché è indubbia una siffatta aspirazione. Non dimentichiamo, infatti, mai di cogliere il Codice — la 'idea' di Codice — quale frutto estremo del generale atteggiamento di mistica legislativa, di inserirlo in quell'impostazione di monismo giuridico che individua la legge al di sopra di ogni altra fonte di diritto, addirittura al vertice di una rigidissima gerarchia, con la conseguente condanna delle posizioni gerarchicamente inferiori a un rango de-

(6) P.Grossi, *Itinerarii dell'assolutismo giuridico — Saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cisamente ancillare. Né dimentichiamo mai l'orditura di un Codice: intende realizzare la riduzione dell'intiera esperienza in un sistema articolatissimo e minuziosissimo di regole scritte, contemplando tutti gli istituti possibili, cominciando, anzi, ben spesso dal darne una definizione e disciplinando con studiata precisione tutte le applicazioni previste dai redattori.

Né credo ci si debba lasciar fuorviare dai propositi talora affioranti nei lavori preparatorii, come quando Portalis non manca di richiamarsi all'equità, ossia ad uno dei valori portanti dell'antico regime (7). I nuovi 'legislatori' recano ancora scritti sulla pelle i segni della propria vecchiezza e cioè di personaggi educati in età prerivoluzionaria. Ciò che conta è il clima storico, sono l'ideologia politica e la cultura giuridica dominanti di cui il Codice è traduzione a livello normativo e che lo costituiscono strumento di un rigoroso assolutismo giuridico; né ci si deve lasciar fuorviare dalla considerazione se, al di sotto della lettera vaga ed ambigua dell'arcinoto art. 4 obbligante il giudice a decidere in ogni caso la controversia a lui sottoposta dalle parti, ci sia una volontà di apertura oltre la legge da parte dei redattori, quando immediatamente e con duratura fortuna se ne dà una interpretazione positivistica e legolátrica in coerenza con la imperante mistica legislativa. Nel suo complesso il Codice è una operazione ideologica e culturale di notevole compattezza, e basterebbe a confermarlo il rilievo — già da noi fatto — circa il territorio da cui prende avvìo l'operazione, il diritto civile plasmato da consuetudini secolari e ad esse riservato.

Convinti di questa compattezza, non si può non rilevare alcune incrinature nella solidissima muraglia. La prima che viene alla mente è offerta dal §.7 dello ABGB, del Codice austriaco, che ipotizza come mezzo estremo per colmare le lacune legislative il ricorso ai "principj del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate" con una dizione che segnala palesemente, nello stesso tempo, le influenze parallele —

(7) Soprattutto nel complesso e ricchissimo di motivi vecchi e nuovi *Discours préliminaire* pronunciato da Portalis presentando al Consiglio di Stato il progetto di Codice civile redatto dalla Commissione governativa (lo si può oggi comodamente leggere nella raccolta: *Naissance du Code civil - La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fortissime su quel legislatore — del robusto giusnaturalismo tedesco e dell'altrettanto robusto diritto comune rivissuto in età moderna dall'area germanica. Ma dietro quel Codice manca l'ingombrante Stato-nazione e manca la corrosiva incidenza rivoluzionaria che i francesi hanno invece sperimentato sulla propria pelle. Basterebbe analizzare come l'ABGB si pone (e risolve) il problema della proprietà e dei diritti reali per renderci conto che siamo in un pianeta giuridico distantissimo da quello francese, un pianeta ancora intimamente legato alla struttura feudale della società e alle decrepite invenzioni del dominio diviso così come erano state teorizzate e sistemate dagli interpreti medievali.

Passando ai nostri Codici di area italiana che appaiono nel corso dell'Ottocento, non mi sentirei di sopravvalutare quei pochi riferimenti al diritto comune cui accennava nella sua relazione l'amico Pio Caroni; sono infatti rilevabili o in zone assai appartate (come il Canton Ticino), o in zone dove perdura ancora in pieno Ottocento la generale vigenza dello stesso diritto comune (come lo Stato Pontificio).

Più corposo è invece il richiamo ai 'principi generali di diritto' — espressamente fatto nell'art.3 delle disposizioni preliminari al primo Codice civile unitario italiano del 1865 — quale ultimo sussidio offerto all'applicatore per colmare i vuoti normativi; però con la ulteriore e significativa precisazione che la dizione — per verità, generica — sarà sempre costantemente intesa come una riduzione del proprio spettro ai principii generali ricavabili dal diritto positivo statuale italiano. Vi sarà — nel lungo impero del Codice del '65 — chi li interpreterà anche con un contenuto di schietto diritto naturale, ma sarà assai tardi, e sarà un filosofo del diritto, Giorgio Del Vecchio, nella sua prolusione romana del 1921 (8), dando la stura a un dibattito acceso e fecondo che vivacizza e arricchisce la riflessione giuridica italiana dei primi anni Venti.

Quello che io vi sto delineando è il modello di Codice così come è venuto a disegnarsi con nitidità di tratti nella Francia del primo Ottocento. Col passar del tempo, passa anche molta acqua sotto i ponti della Senna, del Tevere, del Reno; né passa invano. La storia

(8) G. Del Vecchio, *Sui principii generali del diritto*, ora in *Studi sul diritto*, vol . I, Milano, Giuffrè, 1958.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porta sempre ricchezza e mutamento incessante. A fine secolo, già in un Codice che pur riflette le chiusure del positivismo legalista della Pandettistica, il Codice Imperiale Germanico, il BGB, è un pullulare di clausole generali, di squarci aperti per il giudice verso il mondo dei fatti, un tema — questo — caro a Stefano Rodotà che vi incentrò — parecchi anni fa — una splendida prolusione maceratese (9). E, agli inizii del Novecento, il Codice svizzero, segnato dalle convinzioni germanistiche di Huber, ci appare immerso in una realtà consuetudinaria meritevole d'essere valorizzata, con un giudice maggiormente libero di aprire le chiuse finestre del suo studio per afferrarne i messaggi. Si potrebbe, addirittura, menzionare il primo Codice di diritto canonico del 1917, unico Codice — per quanto io sappia — espressamente aperto con il can. 6 verso il passato, percorso dal principio costituzionale non scritto dalla equità canonica con la possibilità per il giudice — a determinate condizioni — di non applicare la norma scritta; ma è facile qui rilevare che si tratta di codificazione peculiarissima relativa a un ordinamento sacro con impellenti istanze pastorali assolutamente ignote agli ordinamenti laici.

Le matrici giusnaturalistiche pesano sul Codice.

Quale norma che presume di irretire in un sistema conchiuso la complessità del sociale, il Codice, ogni codificazione, non può non tradursi in una operazione drasticamente riduttiva: se la ragion civile può e deve disegnarsi in una armonia geometrica all'insegna della massima semplicità e della massima chiarezza, il legislatore deve impegnarsi in uno sforzo di depurazione e decantazione.

Quale norma che, rifiutando le scorie deformanti della storicità, intende riscoprire l'individuo originario in tutta la sua genuina privatezza, il Codice ha per protagonisti dei soggetti astratti cui fa capo un fascio di rapporti parimente astratti. Sono i modelli disegnati su calchi prestorici, modelli tutti uguali, senza quel greve bagaglio di umana carnalità che la storia inevitabilmente depone sulle spalle di chi agisce nel suo seno. La carnalità, nel bene e nel male, era propria dell'antico regime, dove si avevano nobili e plebei, contadini e mercanti, ricchi e poveri, ciascuno pensato all'interno di

(9) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, I.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una comunità storicamente contrassegnata, ciascuno disuguale all'altro in grazia della sua inabdicabile storicità.

Nel progetto giuridico borghese astrattezza ed uguaglianza giuridica (cioè possibilità di uguaglianza di fatto) sono nozioni 'costituzionali' e fondano il progetto stesso. E compattissima, impenetrabile è la muraglia cinese che separa il mondo del diritto (e della rilevanza giuridica) dal mondo dei fatti (e della irrilevanza giuridica), così compatta e impenetrabile come forse non si era mai realizzata nei tempi lunghi della storia giuridica occidentale. Segno che il progetto si impastava anche di strategia, con l'esigenza di un controllo rigoroso sull'ingresso dei fatti nella cittadella del diritto.

Di fattualità si comincerà a parlare in Italia — ma a fatica — a fine Ottocento da parte di civilisti eretici e si contrapporrà allora alla fredda armonia museale del Codice civile un 'Codice privato sociale' dove i soggetti sono padroni e lavoratori, ricchi e poveri, sapienti ed ignoranti; uomini insomma in carne ed ossa; e vi si comincerà ad accennare, sempre a fine Ottocento, nella legislazione speciale che — rara dapprima — si intensifica presto per ovviare ai tanti bisogni emergenti, e finalmente nella legislazione speciale ed eccezionale in occasione della prima guerra mondiale, che diventa un cappio al collo per l'organismo rarefatto dei soggetti e dei rapporti del diritto borghese.

Astrattezza ed uguaglianza formale erano state le armi forse più affilate della grande battaglia borghese, solo apparentemente armi disinteressate, solo apparentemente a beneficio e protezione per tutti. Ai miei studenti dei corsi di storia del diritto moderno io non manco mai di leggere una frase tratta da quel magnifico romanzo di Anatole France che è 'Le Lys rouge', frase che assomma in sé una diagnosi storiograficamente acutissima; il grande romanziere segnala con pungente sarcasmo "la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain"; e conclude con malcelato scherno:"elle éleva, sous le nom d'égalitè, l'empire de la richesse" (10).

Questo discorso sulla astrattezza come principio strategico mi consente alcune annotazioni su quanto si diceva, nella densissima

(10) *Le lys rouge*, cap. VIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relazione inaugurale di Paolo Cappellini, circa l'incomunicabilità del Codice.

È vero; il Codice soffre di incomunicabilità o, se si vuole, di grosse difficoltà nel comunicare se stesso alla generalità per un motivo fondamentale: il Codice, quale risultato di una monopolizzazione della produzione giuridica da parte del potere politico, è lo strumento di uno Stato monoclasse (uso volentieri una espressione felicemente coniata da Massimo Severo Giannini, un insigne giuspubblicista italiano scomparso proprio all'inizio di quest'anno Duemila); è lo strumento di uno Stato accentratore che si esprime in una lingua nazionale, culta, letteraria, volutamente lontana dai mille localismi vernacolari, gli unici veramente graditi e comprensibili alla massa popolare.

Se a qualcuno il Codice parla, è a quella borghesia che ha fatto la Rivoluzione e che ha finalmente realizzato la sua plurisecolare aspirazione alla proprietà libera della terra e alla libera circolazione di questa; il Codice francese è tanto preso da una siffatta realizzazione, da disegnarci ancora, nel 1804, un protagonismo del fondo — soprattutto del fondo rustico — come oggetto possibile di proprietà, che era sostanzialmente smentito da una situazione economica in piena evoluzione valorizzante sempre più decisamente altre fonti di ricchezza; non a torto, di lì a poco, Pellegrino Rossi avrebbe segnalato l'arretratezza della coscienza economica dei codificatori napoleonici (11).

Il Codice parla al cuore dei proprietarii, è soprattutto la legge tutelatrice e tranquillizzatrice del ceto dei proprietarii, di un piccolo mondo dominato dall'avere e sognante di investire i proprii risparmii in qualche acquisizione fondiaria (se vogliamo, il piccolo mondo della grande *comédie* balzachiana). È per questo che, accanto alla legge dello Stato, unica concessione pluralistica ma invece ben rinserrata all'interno di un sordo monismo ideologico, è ammessa quale unica legge concorrente lo strumento principe dell'autonomia dei privati, e cioè il contratto. È per questo che il Codice — più che agli utenti, intesi sempre come destinatarii passivi — parla ai giudici,

(11) Ci riferiamo alle note *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*, in *Mélanges d'èconomie politique, de politique, d'histoire et de philosophie*, t. II, Paris, Guillaumin, 1867.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ossia agli applicatori effettivi nelle cui mani è consegnata la *tranquillitas ordinis*.

Malgrado l'ipotizzazione di una parallela legge dei privati, il Codice resta collocato in una sua dimensione autoritaria. Recentemente si è misurato la autoritarietà della fonte 'Codice' con riferimento ai contenuti (12), ma il sostanziale autoritarismo sta altrove, nella esigenza accentratrice dello Stato monoclasse, nel suo conseguente panlegalismo, nella mitizzazione del legislatore che ci appare quasi uno Zeus fulminante dall'Olimpo, omnisciente e omnipotente, nella mitizzazione del momento di produzione del diritto quale momento di rivelazione della volontà del legislatore. Ed è un autoritarismo che intensifica la incomunicabilità fra Codice e società civile, giacché, rispetto al mutamento socio-economico che è incessante, il Codice resta inevitabilmente un testo cartaceo sempre più vecchio e sempre più alieno.

E vengo a un altro nodo fondamentale su cui pesano le radici giusnaturalistiche del Codice, il nodo cui or ora si accennava. La legolatria illuministica immobilizza il diritto nel momento della produzione; il procedimento produttivo si esaurisce con la rivelazione (è il caso di insistere con questo termine teologico) di una volontà suprema restando ad esso estraneo il momento interpretativo-applicativo. Forse di questo si è parlato troppo poco in seno al nostro convegno, come non ha mancato di segnalare ieri Luigi Lombardi Vallauri.

Il procedimento di normazione si risolve nel momento in cui la norma viene prodotta; si risolve e si esaurisce. Il resto conta poco, perché la norma giuridica è quella astrattamente confezionata dal legislatore. È certo che segue il momento della sua applicazione, cioè della vita della norma a contatto con la vita degli utenti, ma senza dare alcun apporto a una realtà che nasce e resta compatta e rigida, impermeabile alla storia.

Ebbene, questa mentalità è tipicamente illuministica, e non è soltanto peculiare agli entusiasti uomini del secolo XIX così impregnati di positivismo giuridico; è calata — confessiàmolo pure — nel profondo dell'animo del giurista europeo continentale e, malgrado

(12) Cfr. p.e., V. ZENO ZENCOVICH, in *Foro Italiano*, 1998, V, 60 ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutto, malgrado tutto quel che è avvenuto a livello esperienziale e scientifico durante il corso del fertilissimo Novecento, vi rimane intatta investendo sicuramente il suo subconscio ma trovando anche una compiaciuta accettazione da parte della sua opaca coscienza. Perdura intatto quell'atteggiamento di acre ostilità verso l'interpretazione — ogni interpretazione che non sia quella autentica — efficacemente espresso da Cesare Beccaria in pagine memorabili della letteratura giuridica italiana (13).

Ma Beccaria è lì, nella sua nicchia settecentesca, efficace nell'esprimerla e pertanto meritevole della nostra comprensione storiografica. Una minor comprensione merita il rifiuto della storicità della norma, di ogni norma, anche di quella legislativa, nella sua incontrastata dominanza nell'animo dei giuristi.

All'idea di Codice, ossia a una geometria di regole astratte semplici lineari, è concettualmente estranea la possibilità di una incidenza del momento applicativo. L'ideologia giuridica postilluministica è profondamente turbata dalla visione di una norma che vive oltre la sua produzione ed elasticamente si modifica a seconda del percorso, che — insomma — continuamente si produce ricevendo i messaggi dei diversi terreni storici su cui si adagia. È per questo che l'interpretazione assume qui la sola veste possibile di esegesi: la norma va soltanto spiegata, al massimo penetrando all'interno della cervice dello Zeus legislatore (procedimento sdegnosamente respinto dall'ortodosso Beccaria) per penetrare e chiarire la sua sovrana intenzione. Ripugna la storicità della legge, perché infliggerebbe una lesione mortale alla strategia racchiusa nel progetto illuministico.

Se si ha presente la vicenda dei filoni più novatori — e, quindi, più fecondi — del nostro Novecento, l'itinerario faticosissimo (e oggi tutt'altro che concluso), è nella direzione di una sempre maggior valorizzazione del momento interpretativo, di un suo recupero all'interno dello stesso procedimento produttivo della norma, momento essenziale di quel procedimento, l'unico che faccia della norma astratta una regola dell'esistenza quotidiana.

L'esperienza dell'Ottocento francese dovrebbe essere ammonitrice. La scienza si riduce a esegesi, una coorte di laboriosissimi e

(13) C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), cap. IV — Interpretazione delle leggi, Milano, Giuffrè, 1964.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fecondissimi operatori che lavorano compiaciuti all'ombra della codificazione. Il collega Rémy ne ha brillantemente tessuto l'elogio (14), ed è sicuramente degna di considerazione la loro intelligenza chiarificatrice documentata in commentarii limpidissimi. Non mi sentirei, però, di sottoscrivere quell'elogio: li domina una psicologia sostanzialmente passiva rispetto al testo normativo, una concezione minimizzante del diritto ridotto a un testo autorevole, una incapacità a rispondere e corrispondere alle incombenti esigenze di una società in forte crescita e bisognosa di essere ordinata con categorie e scelte tecniche coraggiose e innovatrici.

È l'obbiettivo di cui ha, invece, coscienza e verso cui lavora una giurisprudenza pratica che, investita della frizione tra legge vecchia e necessità nuove, si dà carico di questo cómpito enorme, non lo elude e, pur soffrendo di una crocifissione sul divario fra sordità di un testo e mutamento dei fatti sociali, opera ben spesso le sue scelte arrestandosi al rispetto formale di un testo da essa effettivamente svuotato o violato; una giurisprudenza pratica che ha voluto e saputo costruire "au delà du code" e "malgrè le code", lavorando "avec les textes" ma arrivando "au dessus des textes et par delà les textes" (15). Può essere estremamente istruttivo scorrere gli 'atti' delle celebrazioni centenarie del 1904: accanto a tante pagine trionfalistiche, vi fanno spicco altre, per esempio quelle del Presidente della Cassazione Ballot-Beauprè (16), in cui l'elogio della codificazione vien fatto consistere nella sua vaghezza e genericità, nel suo essere portatrice di parecchie lacune, circostanze tutte di per sé non edificanti ma tali da permettere ai giudici francesi di costruire malgrado il testo.

Già, perché il Codice è divenuto un testo, un testo cartaceo. E qui non possono non venirmi a mente due grandi civilisti francesi,

---

(14) J.-P.Rémy, *Eloge de l'exégèse (*1982*)*, ora in *Droits-Revue française de théorie juridique*, I, (1985).

(15) Una proposta metodologica e una linea di azione che costituiranno il fulcro del messaggio di Raymond Saleilles, come abbiamo creduto di sottolineare nel saggio citato alla nota 17.

(16) Ci riferiamo al discorso pronunciato il 29 ottobre 1904 in occasione del centenario.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che ho avuto la fortuna di studiare a lungo (17): Raymond Saleilles e François Gény. Siamo nell'ultimo ventennio dell'Ottocento; essi sono la testimonianza di quella che io or ora chiamavo la crocifissione di un giurista socialmente sensibile e culturalmente consapevole; Gény e Saleilles, insofferenti per un diritto immedesimato e cristallizzato in un testo, orientano la loro riflessione scientifica nel tentativo di evitare il distacco esiziale della corteccia giuridica dalla sottostante linfa sociale ed economica, una linfa per sua natura mutevolissima.

Da noi, in Italia, un richiamo d'obbligo è per Tullio Ascarelli, cultore di quel settore del diritto privato immerso nella pratica economica qual'è il diritto commerciale, che ha tentato nel convulso momento immediatamente precedente e susseguente alla seconda guerra mondiale di armonizzare forme e prassi *inventando* categorie interpretative all'insegna di una diagnosi spregiudicata del diritto vivente (18).

4. Nel Convegno abbiam parlato del passato, ma anche del presente, né si è mancato di guardare anche al futuro. Lo storico si sente a proprio agio nel solco di questa linea lunga che arriva all'oggi e lo oltrepassa, ed ha probabilmente una sua fondata parola da dire.

Oggi si parla ancora di Codici e di codificazioni: appena ieri si è avuto l'unico modello ideologicamente coerente di un Codice civile realizzato in uno Stato a regime comunista, quello della Repubblica Democratica Tedesca, che oggi interessa soltanto lo storico del diritto ma che rappresenta un esperimento culturalmente e tecnicamente di qualche rilievo (19); e oggi riaffiora — ed è oggetto di troppe e talvolta vuote discussioni — il progetto di un 'Codice comune europeo di diritto privato'. È legittima una domanda: l'idea di Codice è ancora attuale? O si tratta, anche in questo caso, del

(17) Cfr. *Ripensare Gény*, e *Assolutismo giuridico e diritto privato — Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.

(18) Esemplare, fra i tanti saggi ascarelliani: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione* (1946), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

(19) Cfr. la ricca introduzione premessa a: *Il Codice civile della Repubblica Democratica Tedesca*, trad. e introd. di G. Crespi Reghizzi, e G. De Nova, Milano, Giuffrè, 1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solito maledetto misoneismo dei giuristi sempre avvinghiati a passati modelli e sempre tardi e restii nel superarli?

Alcune considerazioni si impongono.

La prima concerne la rapidità del mutamento sociale nella civiltà contemporanea. Il mutamento di ieri era estremamente lento e poteva anche prestarsi ad essere ordinato in categorie non elastiche, mentre oggi quella rapidità costringe spesso il legislatore a un'attività febbrile modificando il contenuto di una norma un momento dopo averla prodotta. Penso, da noi, in Italia (e lo annoto solo per gli amici non italiani), al recentissimo Codice di procedura penale, un Codice che io — schiettamente ma non avventatamente — mi permisi di qualificare come 'redatto in versi', un testo astrattamente rispettabilissimo ma inadeguato a ordinare una prassi criminale in tumultuosa e allarmante crescita, che è stato novellato non so quante volte malgrado la brevità di vigenza.

La seconda concerne la complessità della civiltà contemporanea. Se è vero che la codificazione inaugurata nel 1804 fu un tentativo di riduzione della complessità, è anche vero che si trattava di una complessità riducibile (anche se, alla fin fine, il tentativo non riuscì perfettamente e il Codice nacque vecchio). Oggi, la situazione è incredibilmente diversa, con frontiere delle dimensioni economica e tecnologica che continuamente si allargano, si modificano, si cómplicano. Gli accenni puntuali fatti stamane da Rodotà proprio sul piano della evoluzione tecnologica ci confermano che la odierna complessità è difficilmente riducibile.

La terza considerazione concerne la tensione alla universalizzazione (volutamente , ometto di pronunciare il termine ricorrentissimo di globalizzazione, che èvoca troppo lo spettro sgradevole dell'imperialismo economico statunitense e delle sue voraci multinazionali). Non v'ha infatti dubbio che il panorama generale si è parecchio variato rispetto al vecchio paesaggio statuale e interstatuale, mettendo in difficoltà il Codice che, anche se gremito di originarie istanze e venature giusnaturalistiche, è storicamente diventato legge nazionale e in questa si è identificato.

Infine, un'ultima considerazione, su cui forse avremmo dovuto riflettere di più. Si è parlato del Codice-Costituzione. Verissimo! Non v'è infatti dubbio che, quando nacque, il Codice incarnò la autentica Costituzione dello Stato borghese, poiché, avendo le prime

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'carte dei diritti' assunto un carattere filosofico-politico, spettò al Codice civile di enunciare regole giuridiche disciplinanti gli istituti fortemente 'costituzionali' della proprietà individuale e del contratto. Nella lunga strada dopo il 1804 il Codice ha visto moltiplicarsi i piani di legalità, dapprima — nell'Ottocento — la legislazione speciale o eccezionale del legislatore ordinario, che però si limitava a rispondere a domande contingenti cui il Codice astratto non aveva potuto rispondere, poi — nel Novecento — le Costituzioni, diventate ormai veri assetti normativi ma nello stesso tempo assetti concretissimi per il loro innesto immediato e scoperto col mondo dei valori, per essere portatrici di un sistema armonico di valori. E giustamente — anche se assai tardivamente — la dottrina civilistica italiana si è posto il problema del rapporto fra quelli che erano ormai diventati due piani di legalità, la legalità costituzionale e la legalità codicistica [20].

Si impone una risposta alla domanda che sopra ci siamo posti: è l'idea di Codice attuale? In questo caso, quale ruolo possiamo assegnare oggi o domani a un Codice?

Non è cómpito dello storico di far proposte operative; lo storico può utilizzare però la sua conoscenza del senso della linea storica per incentivare la criticità dell'osservatore e progettatore di oggi. Ieri Salvatore Tondo, a proposito della *lex mercatoria* invocata parecchie volte nel nostro triduo fiorentino, sottolineava la sua fiducia nella capacità del Codice di ordinare convenientemente questa realtà emergente. Io avrei più dubbii del mio amico romanista. Domandiamoci retoricamente, al solo scopo di far chiarezza al discorso, che cosa intendiamo quando facciamo uso di un siffatto sintagma. Semplificando e riducendo all'osso, sono le invenzioni della prassi che in uno scenario economico e tecnologico nuovo abbisogna di sempre nuovi strumenti; *lex mercatoria* è l'insieme delle invenzioni operate con fantasia e buon senso dagli uomini d'affari nelle piazze mercantili, nei porti, nei mercati finanziarii.

I glossatori parlavano, nel secolo XII, dei *nova negotia*, imbarazzatissimi sul come poter inserire negli schemi ordinanti del *Corpus iuris* giustinianeo tutte queste fattispecie nuove di zecca —

---

[20] Esemplare: P. PERLINGIERI, *Il diritto nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guarda caso, tutte fattispecie commercialistiche e navigazionistiche — brulicanti e invadenti nella grande coinè mediterranea, ma anche risoluti — anche a costo di sforzare e superare le categorie classiche — ad appropriarsi della ricchezza consuetudinaria sollecitata e spalleggiata dal possente ceto mercantile. Noi ci troviamo, pressappoco, in una situazione non molto dissimile: una prassi che continuamente forma istituti nuovi e continuamente li supera stravolgendoli o creandone di nuovi, in una rincorsa segnata da una estrema rapidità.

Una codificazione rischia di essere per queste creature plastiche e mutevoli una veste troppo rigida, col rischio ulteriore di un invecchiamento precoce del testo normativo e di una prassi che séguita a galoppare dietro i fatti prescindendo dalle inadeguate regole autoritative.

Oggi, di fronte a un mutamento rapido e a una complessità poco docile resta, a mio avviso, per il Codice il ruolo di offrire una sorta di grande cornice. Rodotà ci parlava di un Codice dei principii (21). Probabilmente io e lui non siamo molto distanti. Io credo che il legislatore abbia preteso una ingerenza eccessiva nel mondo moderno con una arrogante monopolizzazione del giuridico; purtroppo, facendo questo, ha anche dimostrato la sua impotenza.

L'amico Schiavone è stato pròvvido nell'invitare per l'inaugurazione del nostro Convegno l'autorevolissimo Presidente della Camera dei Deputati, Luciano Violante (che è professionalmente un giurista), ed è stata eloquente la dichiarazione confessoria sulla lentezza del legislatore italiano e sulla sua incapacità a tener dietro alle richieste di una società civile estremamente complessa, oggi estremamente complessa anche nella sua rapidamente crescente organizzazione tecnologica. Violante ha parlato pudicamente di lentezza, io con maggiore brutalità ma non immotivatamente preferisco parlare di impotenza.

Di fronte a questa realtà allarmante occorre — io credo — ripensare il sistema formale delle fonti, anche per renderlo più cònsono al progetto e disegno della nostra carta costituzionale; e

---

(21) Una ricca rassegna dei problemi recentissimamente affiorati a livello europeo può trovarsi in: G.ALPA, *Il codice civile europeo: 'e pluribus unum'* in *Contratto e impresa/Europa*, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ripensare soprattutto il ruolo della legge, che mi sembra possa essere quello di fornire alcune rilevanti cornici per lo svolgimento della vita giuridica.

È chiaro che lo Stato non può abdicare alla fissazione di fondamentali linee portanti, ma è altrettanto chiaro che una delegificazione si impone abbandonando l'illuministica sfiducia verso il sociale e realizzando un autentico pluralismo giuridico con i privati protagonisti attivi della organizzazione giuridica così come lo sono del mutamento sociale. Solo in tal modo tra mutamento sociale e sistema di regole giuridiche si potrà colmare quel fossato che oggi constatiamo con amarezza.

Tornando al nostro tema dei Codici e chiudendo queste considerazioni conclusive, è anche chiaro che i Codici che costruiremo seguendo una siffatta linea operativa non avranno né potranno avere la valenza del *Code civil* e dei grandi Codici ottocenteschi, voci 'costituzionali' dello Stato monopolizzatore, fonti di fonti perché emanazioni dell'unica potestà nomopoietica, il Parlamento, fonti formalmente condizionanti tutti gli organi applicatori nella ingenua pretesa di offrire un sistema normativo tendenzialmente esaustivo. Una duplice discontinuità ci si prospetta dinnanzi. Non v'è soltanto la storia discontinua che collega questi Codici con l'antico regime. Un'altra discontinuità si profila: quella che lega i Codici dell'immediato futuro con l'idea di Codice così come si è affermata nel solco delle efficaci suggestioni illuministiche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori di questo volume

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Firenze

Bernardo SORDI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Aldo SCHIAVONE
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto romano - Università di Firenze

Bartolomé CLAVERO
Catedràtico de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

António Manuel HESPANHA
Catedratico de História do Direito - Universidade Nova de Lisboa

Natalino IRTI
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Roma I

Pietro RESCIGNO
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Roma I

Guido ALPA
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Roma I

Luciano VIOLANTE
Prof. Ordinario di Diritto Penale - Università di Camerino - *Già Presidente della Camera dei Deputati*

Jean-Louis HALPÉRIN
Professeur d'Histoire du droit - Université de Bourgogne

Pio CARONI
Prof. Ord. di Storia del diritto e Diritto privato svizzero - Università di Bern

Giovanni CAZZETTA
Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Ferrara

Maria Gigliola DI RENZO VILLATA
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Milano

Philippe RÉMY
Professeur du Droit civil - Université de Poitiers

Richard HYLAND
Distinguished Professor, Rutgers School of Law, Camden, New Jersey

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zhiping LIANG
Professor of Law, Institute of Chinese Studies, Chinese Academy of Arts, Beijing

Claes PETERSON
Ord. Professor für Rechtsgeschichte - Stockholms Universitet

Luigi LOMBARDI VALLAURI
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Firenze

Luciano MARTONE
Prof. Associato di Storia del Diritto - Istituto Universitario Orientale di Napoli

Antonio GAMBARO
Prof. Ordinario di Diritto privato comparato - Università di Milano

Stefano RODOTÀ
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università Roma I - *Garante per la protezione dei dati personali*

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice sommario

pag.

Paolo Cappellini - Bernardo Sordi, *Prefazione* V

CODICI
Una riflessione di fine millennio

ATTI

Programma 3

Aldo Schiavone 5

Storia e teoria del codice

RELAZIONI

Paolo Cappellini, *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità* 11

Bartolomé Clavero, *Código como fuente de derecho y desagüe de constitución* . 69

António Manuel Hespanha, *Código y complejidad* 149

DISCUSSIONE

Natalino Irti. 167

Pietro Rescigno 171

Guido Alpa 179

Luciano Violante 215

Geografia del codice: resistenze e persistenze

RELAZIONI

Jean-Louis Halpérin, *Codes et traditions culturelles* 223

Pio Caroni, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico* 263

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni Cazzetta, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*. 309

DISCUSSIONE

Maria Gigliola di Renzo Villata, *Tra codice e costume: le resistenze* 351

Philippe Rémy, *Observations d'un civiliste français sur les « Résistances à la codification »* 369

Recezioni e divergenze

RELAZIONI

Richard Hyland, *Shall we dance?* 377

Zhiping Liang, *Law, politics and social change: Codification in China since 1902*. 401

DISCUSSIONE

Claes Peterson, *Le implicazioni metodologiche della codificazione* 431

Luigi Lombardi Vallauri 439

Luciano Martone, *L'esperienza giuridica del colonialismo italiano tra codice penale e diritto giurisprudenziale* 449

Trasformazioni e prospettive

Antonio Gambaro, *Codici e diritto giurisprudenziale* 507

Stefano Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritti globali*. 541

Paolo Grossi, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro* 579

I collaboratori di questo volume 601

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano