

ATLANTE DI
FILOSOFIA DEL DIRITTO

Volume I



ATLANTE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Volume I

a cura di

Ulderico Pomarici



In copertina:

Mapa del mondo, carta antica, XVI secolo.

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-3721-4

Composizione: Media Print s.r.l. - Livorno

Stampa: Media Print s.r.l. - Livorno

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
PREMESSA	XI
Gli Autori	XIII
BENI COMUNI	
<i>Ulderico Pomarici</i>	1
1. Una nuova razionalità	3
1.1. La logica proprietaria	5
1.2. La logica del 'comune'	10
1.2.1. Segue	10
1.2.2. Segue	12
1.2.3. Segue	12
2. Genealogie storiche del 'comune'	13
2.1. La proprietà fra codice civile e costituzione	14
2.2. Fra Medioevo e Moderno	17
2.3. La svolta del Moderno	19
2.4. Sviluppi contemporanei	22
2.5. Una recente sentenza della Cassazione	24
3. Genealogie teoriche del 'comune'	26
3.1. Hardin	27
3.2. Dilemma del prigioniero	29
3.3. Olson	30
3.4. Elinor Ostrom	31
3.4.1. Dispositivi istituzionali	34
3.4.2. Classificazione dei beni	36
3.4.3. Pratica dei beni comuni	39
3.4.4. Beni comuni come istituzioni	42
3.5. Michael Heller	44
3.6. L.Ferrajoli	46
3.7. L. Lombardi Vallauri	47
4. <i>New Commons</i>	49
4.1. Sul dominio pubblico	49
4.2. <i>Software</i> libero	51

	<i>pag.</i>
4.3. La rete come innovazione	54
4.3.1. Segue	55
4.4. Ancora sul dominio pubblico	56
CITTADINANZA	
<i>Pietro Costa</i>	59
1. La ri-definizione di un termine antico	59
2. Tre impieghi di 'cittadinanza': critico-sociologico, etico-politico, metodologico-operazionale	60
3. Il tema della cittadinanza: l'identità politico-giuridica dell'individuo	62
4. L'individuo fra diritti e appartenenza	64
5. La dinamica della cittadinanza: il riconoscimento dei soggetti	68
a) La cittadinanza in senso 'verticale'	69
b) La cittadinanza in senso 'orizzontale'	70
6. La cittadinanza come 'programma di operazioni'	72
Bibliografia	73
CODICE	
<i>Vincenzo Rapone</i>	75
1. Introduzione	75
2. Consolidazioni e codificazioni: linee di un dibattito ancora attuale	80
3. Le "origini dottrinali" delle codificazioni propriamente dette e la soggettività filosofico-giuridica moderna	87
4. L'espansione del fenomeno in Europa. Il <i>Code</i> dei francesi (1804)	94
5. La vicenda codificatoria in Italia	107
6. L'attualità tra 'decodificazione' e 'ricodificazione'. Conclusioni	115
Bibliografia essenziale	118
DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE	
<i>Raffaele Bifulco</i>	121
1. Premessa	121
2. Democrazia costituzionale e costituzionalismo	123
3. Tentativo definitorio	126
4. Il carattere dilemmatico della democrazia costituzionale	127
5. Il ruolo delle corti costituzionali e degli interpreti giurisdizionali	129

	<i>pag.</i>
6. Dalla lotta per la Costituzione alla lotta per l'interpretazione della Costituzione	132
7. Concezioni assolutizzanti della democrazia costituzionale	135
8. Il costituzionalismo globale e la crisi della democrazia costituzionale	136
DIGNITÀ UMANA	
<i>Paolo Becchi</i>	139
1. Premessa	139
2. Una ricostruzione storico-concettuale	140
3. L'onda lunga del dibattito post-bellico	147
4. Nuovi orientamenti	152
5. Dalla Convenzione europea dei diritti umani alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea passando attraverso la Convenzione di Oviedo	158
6. L'autonomia e i suoi limiti: salvaguardare l'immagine dell'uomo	164
7. I punti cruciali della bioetica medica	170
8. Conclusioni	173
Bibliografia essenziale	174
DIRITTI FONDAMENTALI	
<i>Tecla Mazzaresse</i>	179
1. Una nozione controversa	180
1.1. Pluralità di concetti, concezioni e denominazioni	182
1.2. Valenza assiologica dei diritti fondamentali e triplice indeterminazione del loro catalogo	187
2. L'età dei diritti e il nuovo modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia	189
2.1. Una nuova dottrina e una nuova cultura dei diritti fondamentali	192
2.2. Un nuovo modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia	195
2.3. Sessant'anni di (in)successi	197
3. La crisi dell'età dei diritti e del modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia	201
3.1. Revoca in dubbio del significato di tutela dei diritti, democrazia e pace e della necessità della loro interazione	202
3.2. Aspetti della crisi del modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia	206
3.3. Una crisi senza ritorno?	208
Riferimenti bibliografici	210

FILOSOFIA DEL DIRITTO /
FILOSOFIE DEL DIRITTO

Giuseppe Limone

1. Alcuni quesiti	219
2. Filosofia e Diritto	220
3. Forme di diritto e forme di conoscenza	223
4. Ordine	225
5. Dalla ragione scientifica all'illuminismo: il Diritto nella modernità	227
6. <i>Jus e Lex</i>	229
7. Il diritto moderno: caratteristiche strutturali delle norme	231
8. Etica giuridicizzata, etica nel diritto, etica del diritto	233
9. Caratteristiche strutturali della razionalità giuridica	233
10. Il fenomeno diritto nelle diverse dottrine filosofiche. L'ermeneutica come problema	235
11. Ordine sintattico, ordine semantico, ordine giusto	240
12. La società fra attività autoregolatrice e diritto formale: il problema dei "principi"	241
13. Per uno statuto epistemologico della persona	245
14. L'irriducibile e la radice	249
15. Dal giusnaturalismo al giuspersonalismo	250
16. Per una lettura a strati	254
17. Per un nuovo paradigma della ragione	254
18. La scienza giuridica come conoscenza del mondo civile e la filosofia del diritto come diritto alla filosofia	256

GIUSTIZIA

Baldassare Pastore

1. L'esperienza dell'ingiustizia	259
2. Caratteri e declinazioni	263
3. Una virtù delle istituzioni	268
4. Il diritto giusto	271

NORMA GIURIDICA

Bruno Celano

1. Direzioni di adattamento	281
2. Modalità deontiche e vocabolario dei diritti	285

	<i>pag.</i>
3. Condizionali	288
3.1. Una definizione minimalista	288
3.2. L'analisi kelseniana	289
3.2.1. Il diritto come ordinamento coercitivo	289
3.2.2. La struttura della norma giuridica (I)	291
3.2.3. 'Dover essere'	292
3.2.4. La struttura della norma giuridica (II)	295
4. Le norme come ragioni per agire	296
5. La varietà delle norme	399
5.1. Norme che conferiscono poteri	399
5.2. Regole tecniche, regole costitutive	301
5.3. Principi	302
6. Problemi aperti	305
Riferimenti bibliografici	306

ORDINAMENTO

Paolo Grossi

1. <i>Ordo</i> , ordine, ordinamento	309
2. Visioni ordinarie al di là del 'moderno'	310
3. Ordinamento: sulla insignificanza ed equivocità della nozione nella cultura giuridica moderna	310
4. La crisi novecentesca delle fonti e la rinnovata percezione della dimensione autenticamente ordinativa del diritto	311
5. 'Ordinamento giuridico': uno strumento fertile della teoria novecentesca del diritto	312
6. 'Ordinamento giuridico': un osservatorio per la complessità del diritto	313
7. 'Ordinamento giuridico': il recupero delle dimensioni sociale e collettiva del diritto	314
8. 'Ordinamento giuridico': la riscoperta del pluralismo giuridico	315
9. Una ferma acquisizione affrancatoria: la pluralità degli ordinamenti giuridici	315
10. I rigurgiti monistici e la rivincita attuale di una visione ordinativa	316
Nota bibliografica	319

POTERE

Gianvito Brindisi

1. Termini del problema	321
2. Note sulla problematizzazione antica del potere: <i>kratos, archon, gubernatio</i>	327

	<i>pag.</i>
3. Il problema moderno del potere	333
4. Potere, legalità e legittimità	345
5. Il totalitarismo e la critica della razionalità moderna	352
6. 'Al di là' del rapporto comando-obbedienza	357
7. Microfisica del potere, biopolitica, governamentalità	360
8. Dal tramonto del sovrano all'attualità del governo	366
9. Brevi considerazioni conclusive	370

UGUAGLIANZA/LIBERTÀ

Antonella Argenio

	373
1. Tentativo di delimitazione	373
2. Condizione naturale e Stato civile: archetipi di prima modernità	393
3. Vettori interpretativi tra posizione liberale, orizzonte democratico e prospettiva marxiana	410
4. Diseguaglianze e illibertà: insidie entro la liberaldemocrazia	427

PREMESSA

Per due motivi almeno è difficile, oggi, pensare di promuovere un lessico di concetti fondamentali per una disciplina 'umanistica' come la filosofia del diritto. Il primo motivo è estrinseco, legato agli sviluppi recenti delle politiche universitarie che sempre più vanno verso una valutazione meramente quantitativa della ricerca, scoraggiando gli studiosi motivati a ripensare i confini della propria disciplina. A volte, infatti, di fronte a questa 'riforma', si è tentati di chiedersi perché continuare il lavoro scrupoloso dell'indagine scientifica se poi i risultati devono essere 'pesati' con parametri che sono – almeno per le discipline umanistiche – davvero miopi. Una studiosa illuminata come Martha Nussbaum esorta a riflettere sul fatto che la democrazia ha bisogno delle *humanities*, della gratuità del loro pensiero. Gratuità che è educatrice, se davvero interpretata con rigore da chi ha il compito di insegnare. Non è certo un caso se la filosofia del diritto, sia ovunque e da tempo inserita nel corso degli studi giuridici. Infatti proprio perché, in quanto disciplina non professionalizzante, non ha come *unico* riferimento obbligato dei testi normativi a cui uniformarsi, su quei testi normativi riflette con una libertà che alle altre discipline giuridiche, professionalizzanti (come il diritto civile, commerciale, penale ecc.), non è data. Essa quindi ne rappresenta l'ineliminabile complemento. Certamente c'è chi ritiene che la riflessione filosofica – nel prevalere e nell'urgere di parametri economici – appaia del tutto 'fuori sesto' e dunque non 'serva'; proprio oggi, invece, credo che di quest'inutilità ci sia profondo bisogno se si vuole mantenere aperta una prospettiva *critica* dei saperi. Prospettiva critica che è il sale dell'educazione. La quale, a sua volta – lo si sa e non bisognerebbe mai dimenticarlo – rappresenta uno dei baluardi dello Stato democratico. Nel senso forte che non si limita a 'difendere' ma vuole implementare, con le proprie domande più che con le risposte, il dubbio e il sapere. 'Provocare al pensiero', questo dovrebbe essere il compito di chi insegna. Compito difficile in tempi in cui le risposte sembrano già tutte 'date' e non pare esserci spazio per la *curiositas*, l'esplorazione di territori culturali in ombra, soprattutto in tempi di mondializzazione, tempi nei quali l'incontro con quei territori è essenziale per conoscere il *proprio luogo*.

Il secondo motivo è intrinseco, e riguarda la vastità di una disciplina dai confini non facilmente determinabili: sembra che ogni ambito del diritto possa (o debba) avere una 'piega' filosofico-giuridica. I filosofi del diritto sono chiamati a discutere nei contesti più diversi: dal diritto medioevale alla bioetica, dall'etica

CODICE

Vincenzo Rapone

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Consolidazioni e codificazioni: linee di un dibattito ancora attuale. – 3. Le “origini dottrinali” delle codificazioni propriamente dette e la soggettività filosofico-giuridica moderna. – 4. L’espansione del fenomeno in Europa. Il *Code* dei francesi (1804). – 5. La vicenda codificatoria in Italia. – 6. L’attualità tra ‘decodificazione’ e ‘ricodificazione’. Conclusioni. – Bibliografia essenziale.

1. INTRODUZIONE

L’accezione giuridico-istituzionale del termine codice esaurisce in maniera così poco esaustiva la totalità dei significati di cui è complessivamente investito, da rendere necessaria una preliminare delucidazione, relativa ai significati di cui, volta per volta, si pregna. Umberto Eco, nella voce *Codice*¹ dell’*Enciclopedia Einaudi*, evidenzia come, a partire da quelle che sono le più comuni declinazioni che ineriscono al suo uso comune (paleografica, istituzionale e correlazionale), si definiscano, in seconda battuta, significati di natura particolare: il primo senso, paleografico, posto in stretta relazione con l’etimo, costituisce un momento di riferimento anche per le altre due accezioni; codice deriva etimologicamente, infatti, dal latino *codex*, con cui, originariamente, si intende il tronco dell’albero da cui si ricavano le tavolette e che, solo in seguito, ha avuto la funzione di indicare il libro che, per il suo prestigio, è cucito sul retro, distinguendosi dal *volumen*, semplicemente arrotolato². Se la connotazione di codice che Eco definisce

¹ Cf. U. ECO, *Codice*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. III, Einaudi, Torino, 1978, pp. 243-81.

² Conferma quest’accezione etimologica V. PIANO MORTARI, (*Codice*, I, *Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1960, pp. 228): “A parte il primitivo significato di tronco, ceppo, la parola codice, *codex*, richiama alla mente in primo luogo quel libro manoscritto per distinguerlo da quello a stampa, soprattutto nell’epoca precedente alla diffusione della stampa. Per gli antichi, *codex* o *caudex* era una tavoletta di legno, poi tavoletta cerata e finalmente il complesso di più tavolette lignee spalmate di cera, riunite assieme, in uso come materia scrittoria. Quindi la parola fu impiegata per indicare non più il materiale ma il formato. Per codice si intese il libro compatto, a differenza del *volumen*, libro avvolto a rotolo, per lo più in carta di papiro. L’impiego permanente di quest’ultima come materia scrittoria diffuse

istituzionale (attenente all'area giuridica) è anch'essa equivoca, tenendo in sé tanto il riferimento a situazioni altamente formalizzate – è questo il caso del codice inteso come corpo organico di norme fondamentali (il codice napoleonico, il codice penale, etc.) – tanto situazioni di tipo consuetudinario, latamente morali (il codice etico, il codice di comportamento, il codice professionale) –, l'accezione correlazionale, al contrario, «pare più precisa e rigorosa, come ben sanno gli agenti segreti: niente di meglio definibile che un codice crittografico»³. Siffatta classificazione non esclude la possibilità di predicarne il significato in una pluralità di accezioni, interne a ciascuna delle partizioni identificate. Se a fare da collante è l'etimologia – al punto che è lecito sostenere come quella di libro sia costantemente sottesa –, a parte, però, quest'elemento unificatore, la ricerca dei punti che accomunano la nozione di codice in senso giuridico e quella di codice come mezzo di decrittazione dei messaggi risulta estremamente problematica, in virtù della *ratio* che è tutta interna all'accezione giuridico-istituzionale del termine.

In questo senso, se la riformulazione dell'opposizione saussuriana *langue/parole* in termini di codice/messaggio implica che la nozione di codice conosca una notevole espansione delle sue possibilità esplicative-interpretative, fornendo utili strumenti a discipline che vanno dall'etnologia alla sociologia, dalla linguistica alla biologia, dall'antropologia alla teoria dei sistemi, vi è un riverbero che ne investe molto limitatamente l'accezione giuridica. Se, fin dal suo primo apparire nell'ambito di questa vera e propria rivoluzione, e, cioè, a partire dalla linguistica di Saussure e Jakobson, il codice si presenta come elemento in grado di trasformare tra loro serie di elementi, determinandone l'intelligibilità, in realtà, però, tra il codice in senso giuridico e il codice nel senso delle scienze sociali, e, in particolare in linguistica, si dà una significativa quanto imprescindibile differenza. Mentre nella prima accezione il codice vuole *prescrivere* comportamenti alla realtà sociale che intende disciplinare, e, in questo dà forma a istituzioni sanzionatorie, nella seconda accezione – quella linguistico-sociologica – il codice si prefigge semplicemente di *decodificare* la realtà alla quale si rivolge. Da un altro punto di vista, se il codice, nel senso in cui noi lo intendiamo in giurisprudenza, intende costituirsi come opera assoluta, limitando in modo ineludibile le possibilità creative dell'interpretazione e dell'applicazione del suo dettato normativo, non si esaurisce, per questo, la necessità di leggere l'opera codificatoria alla stregua della traduzione di una tavola di valori, politici e costituzionali, di cui essa stessa costituisce, ineludibilmente, il precipitato. Il codice, nell'accezione giuridico-istituzionale del termine, e, in particolare, nel senso che ha assunto a partire dall'esito post-napoleonico, 'traduce' la volontà del legislatore, ma poi non si costituisce come strumento di decodificazione del suo messaggio, finendo per coincidere, piuttosto, come vedremo

l'uso di riunire i fogli membranacei in quaderni e di rilegare questi ultimi piuttosto che arrotolarli”.

³ U. ECO, *Codice*, cit., p. 245.

poi meglio, con quest'ultima, ossia con un testo da interpretare, esegeticamente, “alla lettera”. Premesso, dunque, che le prospettive dischiuse a partire dalla riformulazione dell'opposizione saussuriana *langue/parole*⁴ nei termini di codice/messaggio risultano, in parte, estrinseche alla nostra trattazione, e premesso, ancora, che non si fa qui riferimento a entità prive di un proprio valore normativo (del tipo: codice deontologico, codice di comportamento, codice di comportamento, codice cavalleresco), si tratta, purtuttavia, di definire di quali presupposti e di quali finalità, filosofiche, politiche e costituzionali, il codice, nella sua accezione moderna, costituisce il crittogramma.

“Ciascuno si chiede come avvenne che dei principi i quali possono passare per i precursori di Napoleone a più giusto titolo che non gli uomini della rivoluzione, non concepirono né realizzarono punto il loro progetto d'una legislazione uniforme. Il re che diceva: *lo Stato sono io*, aveva di certo nel massimo grado l'ambizione dell'unità. Egli scriveva ancora a piè delle sue leggi: *Tale è il nostro beneplacito*. Come mai i re di Francia così possenti e passionati per l'unità non rimpiazzano le molte leggi differenti che reggevano la nazione con un Codice unico, il medesimo per tutti? Esso sarebbe stato una forza per la vecchia monarchia, ed in pari tempo un beneficio dei popoli”⁵; l'interrogativo di Laurent – giurista francese appartenente a quella scuola detta dell'esegesi proprio perché pone il giudice in una posizione totalmente ‘passiva’ (in questo senso, esegetica) – nei confronti dell'opera di interpretazione e applicazione giurisprudenziale del diritto assume una sua valenza particolare. Si tratta, allora, di fare opera di decodificazione, nel senso di decrittare quelle istanze, quegli *a-priori* materiali, quell'assiologia di valori giuridici e politici che ha prodotto quel monumento della cultura giuridica che è il Codice quale opera emblematica della modernità. In gioco non è solo la questione del rapporto che la codificazione intrattiene con l'*ancien régime*. È del tutto lecito, infatti, interrogarsi sul perché, in modo non contingente, non solo l'opera legislativa di quei monarchi per i quali unificazione e accentramento erano valori politici d'importanza primaria, ma nemmeno esperienze giuridiche come il codice austriaco o come i tentativi di codificazione elaborati nel periodo rivoluzionario abbiano aperto la via all'esperienza codificatoria nel senso in cui l'abbiamo conosciuta, e in cui, in buona parte, ancora la conosciamo. Quest'operazione di decodificazione dei valori complessivi di cui il codice nel senso moderno costituisce il precipitato va di pari passo, dunque, con un'interrogazione sul suo significato, ossia, sulla sua continuità con le esperienze giuridiche precedenti. E, congiunta ad un'interrogazione tesa a reperire momenti di continuità o di frattura radicale ha una sua specifica liceità.

Affrontare la questione relativa alla decodificazione degli *apriori* storici che hanno reso possibile l'esperienza codificatoria così come la conosciamo, implica,

⁴ Cf. F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale* (1916), Laterza, Roma-Bari, 1978.

⁵ F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, trad. it. di G. Trono, vol. I, L. Vallardi, Napoli, 1879, p. 8.

giocoforza, specificare cosa si intenda in senso tecnico per codice. Sarà bene, in questo senso, sgombrare, sin dal primo momento, il campo da un equivoco, specificando che, se in un senso formale il codice è una legge delegata, in senso materiale esso è una legge nel senso pieno del termine.

Ciò non vuol dire che i codici non mantengano una propria specificità, rispetto ad altre leggi, o corpi di leggi: per quanto, dal punto di vista dell'estensione quantitativa, sia molto in voga promulgare leggi che sono (per la loro estensione) equivalenti al codice (si pensi alle leggi finanziarie, che, per ragioni di carattere tecnico, sono formate da pochi articoli, ma che sono completate da una grande quantità di commi, i quali, a loro volta, finiscono per assumere dignità di articoli veri e propri), permane una differenza prima di tutto qualitativa. In virtù di quest'ultima, i codici restano caratterizzati da un connotato di complessiva organicità, che non pertiene a disposizioni legislative, anche quando queste ultime si presentino come elefantiache.

Il *Grande dizionario della lingua italiana*, di Battaglia, definisce il codice nei seguenti termini: "Anticamente: raccolta o collezione di leggi, ufficiale o privata, più o meno rispondente a carattere di organicità e sistematicità, avente lo scopo di agevolare la conoscenza di norme giuridiche in vigore"⁶, ribadisce quanto il connotato della sistematicità sia consustanziale all'accezione moderna dell'esperienza codificatoria. In questo senso, il codice è definito come quel: "[...] testo legislativo fondamentale che abbraccia una vasta branca del diritto e contenente norme giuridiche sistematicamente disposte in un tutto organico, in modo che sia più semplice o facile l'interpretazione"⁷. Non a caso, l'idea che un codice sia costituito da un corpo organico di norme ritorna in molte delle definizioni presenti nelle enciclopedie giuridiche del secolo scorso⁸: l'idea di organicità si ri-

⁶ *Codice*, in S. BATTAGLIA, *Grande Dizionario della lingua italiana*, vol. III, Utet, Torino, 1964, pp. 255-256. Sull'idea di codice, nonché sul suo processo di affermazione storica, cfr. le seguenti voci di enciclopedia: A. AZARA, *Codice e Codice civile*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, III, UTET, Torino 1959, p. 384 ss.; A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, II, UTET, Torino, 1988, p. 442 ss.; G. TARELLO, *Codice*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 1 ss.; V. PIANO MORTARI, *Codice (Storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 228 ss.; R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *ivi*, p. 240 ss.

⁷ *Codice*, in S. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 255. Non dissimile, in quest'ottica, la definizione del *Vocabulaire Juridique*, curato da G. Cornu, nella quale trova posto anche la voce *compilation* (Puf, Paris, 1987, p. 154): "*Corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu, soit de travaux législatifs (Code civil, Code pénal), soit d'une élaboration réglementaire (Nouveau Code de procédure civile) [...]*".

⁸ Per A. AZARA (*Codice*, cit., p. 384): «[...] 'codice' significa, in generale, una raccolta, un corpo di leggi, che contiene tutte o la maggior parte delle norme giuridiche, le quali disciplinano una determinata materia e che sono nel codice sistematicamente disposte in un tutto organico in modo che ne sia più agevole la ricerca e più facile la consultazione». Non dissimile la voce di A. Gambaro, pure redatta a distanza di un trentennio; così (*Codice Civile*, cit.,

trova anche in altre importanti voci enciclopediche⁹, in cui ad essere sottolineato non è tanto il carattere organico del codice in quanto tale, quanto, piuttosto, la sua capacità di plasmare, ancora una volta organicamente, una determinata società, o, più genericamente, un certo gruppo sociale. Così: "Dalle enciclopedie giuridiche questa nozione di codice si è estesa alle enciclopedie o ai grandi dizionari non specialistici, che contribuiscono anch'essi la loro parte a diffondere e a radicare conoscenze"¹⁰.

Eppure, i requisiti di organicità, totalità e completezza, che derivano direttamente dall'ideologia ottocentesca, sono nient'altro che un momento di una storia concettuale assai articolata. Molte delle certezze legate all'organicità, all'eshaustività, alla completezza del codice, così come la fiducia nella sua capacità di dare coesione al gruppo sociale che andava a disciplinare sono progressivamente venute meno, (esemplare in questo senso l'affermazione sulla cui scorta "[...] non si è perduta, però, l'idea di un qualcosa da chiamare codice. È avvenuto che è un po' mutata l'idea stessa di codice. Non si domanda più al codice, come si domandava due secoli fa, di essere non lacunoso; e non gli si domanda più, cosa più importante, di essere immutabile"¹¹).

In realtà, questa siffatta totalità ed organicità non caratterizza il codice come "fatto normativo" che in una fase relativamente recente, nella quale, secondo l'espressione di Grossi, si giunge ad una vera e propria "mitologia giuridica della modernità"¹². Solo dopo un percorso storicamente molto articolato, l'esperienza codicistica si rivela conforme alla definizione in qualche modo più vicina alla sensibilità moderna, ossia, individualistica e borghese, quella sulla cui scorta, come vuole Tarello, il codice è definito alla stregua di: "[...] libro di regole giuridiche organizzate secondo un sistema (un ordine) e caratterizzate dall'unità di materia corrispondente ad un settore dell'organizzazione giuridica, vigente per tutta l'estensione geografica dell'area di unità politica (per tutto lo Stato), rivolto a tutti i sudditi o soggetti all'autorità pubblica statale, da quest'autorità voluto e pubblicato, abrogante tutto il diritto precedente e non integrabile con

p. 443): «[...] la parola codice senza aggettivi specificativi viene oggi riservata a codici moderni ovvero a quelle leggi organiche che a partire dai primi anni dell'ottocento pretesero di regolare *eshaustivamente* le aree dei rapporti tra i privati».

⁹ Per lo stesso VIOLA (*Codice*, in *Enciclopedia Italiana*, X, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1950, p. 676) per codice "s'intende un corpo organico di norme costruito su un piano sistematico predeterminato con materiali in parte nuovi e in parte preesistenti alla redazione del codice, comprensivo di tutte le norme pertinenti a un ramo del diritto e destinato a regolare tutti i rapporti giuridici che ricadono sotto il medesimo, promanante immediatamente, in via formale, da quell'organo dello Stato cui compete il potere di legiferare".

¹⁰ U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 71.

¹¹ R. SACCO, *Il nostro codice civile ed i codici civili dell'ultimo cinquantennio*, in *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1994, p. 35.

¹² Cf. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

materiale previgente, nonché destinato a lunga durata”¹³.

Non che non siano esistite, già nell'antichità classica, raccolte di norme, per lo più scritte, che possono, a tutti gli effetti, essere assimilate a codici. La questione della specificità della codificazione napoleonica nella definizione del fenomeno codificatorio, però, ha conosciuto una tappa evolutiva importante con l'ipotesi, elaborata con tutta probabilità per la prima volta da Viora (1903-1986), storico del diritto italiano che nel 1928 ha dedicato un importante saggio alle *Costituzioni piemontesi* di Vittorio Amedeo II. Viora sostiene con decisione una tesi contraria a quella della storiografia fino ad allora corrente, e cioè che siffatte *Costituzioni* non dovevano essere considerate anticipatrici delle codificazioni moderne, dovendo piuttosto essere incluse “[...] nella categoria logica di quelle consolidazioni, ossia raccolte sistematiche o cronologiche di vecchie leggi, che numerose comparvero nell'occidente europeo prima della rivoluzione in Francia; che esse, in nessuna misura, né ampia né limitata, preludano alla codificazione”¹⁴. Sulla scorta di quest'intuizione, si definiscono le linee di un processo storico che fa da sfondo ad una contrapposizione tra concetti, entrambi astratti, che vede, da un lato, 'consolidazioni' o 'compilazioni', che non sarebbero nulla di diverso da un'opera di sistemazione e razionalizzazione scritta delle fonti normative preesistenti, e, dall'altro, codificazioni, intese in senso proprio, nell'ambito delle quali si produrrebbe nuovo diritto.

Lo studioso torinese asserisce l'assoluta specificità dell'accezione post-rivoluzionaria di codice, sostenuta da una quanto mai impegnativa ipotesi di filosofia della storia, quasi una legge, la cui elaborazione non può essere considerata avulsa dal momento storico e politico in cui è stata elaborata. In gioco vi è tutta la differenza filosofica, situata, come vedremo, a livello formale, tra l'iscrizione in ambito legislativo del diritto privato (è il caso delle codificazioni), o del loro situarsi al livello di una fonte di matrice consuetudinaria, seppur razionalizzata tramite opera di consolidazione.

2. CONSOLIDAZIONI E CODIFICAZIONI: LINEE DI UN DIBATTITO ANCORA ATTUALE

Consolidazioni e codificazioni di Viora¹⁵ definisce le linee di un'evoluzione oggettiva che supera i limiti della semplice periodizzazione, sostenuto da una seppur implicita filosofia della storia, permeata da un tratto ideologico di carattere squisitamente idealistico-statuale. Ad essere delineata è un'opposizione concettuale, più

¹³ G. TARELLO, *Codice*, cit., p. 1.

¹⁴ M.E. VIORA, *Le Costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna) 1723-1729-1770*, I. *Storia esterna della compilazione*, F.lli Bocca, Torino, 1928, p. 326.

¹⁵ ID., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli, Torino, 1967.

che non lo sviluppo empirico che, in modo inequivoco, avrebbe portato all'esito delle codificazioni propriamente dette, ovvero al *Code Napoléon*¹⁶.

'Compilazioni' e 'consolidazioni' da un lato, 'codificazioni' dall'altro: si tratterebbe di "fatti normativi" la cui differenza non si dà sul piano empirico. Le 'compilazioni, o 'consolidazioni' precedenti sarebbero tali in virtù di una legge naturalisticamente intesa, che in un certo senso è anche paradossale definire tale, quella della ripetizione storica, semplici collazioni di diritto già esistente, laddove la codificazione invece, sarebbe creazione di diritto nuovo. A simbolizzarsi, in definitiva, sono due declinazioni completamente diverse del rapporto tra sfera giuridica e sfera sociale, i cui parametri esplicativi sarebbero da rinvenire in due fonti ma anche in due filosofie radicalmente eterogenee, la consuetudine e la legge. La prima, segnata dalla ripetizione, nonché da un atteggiamento 'recettivo', dalla 'passività', cioè, del soggetto di fronte al fenomeno sociale che ne costituisce la fonte, la seconda, al contrario, caratterizzata da un atteggiamento 'attivo', creativo, con cui il legislatore, riedizione del "nomoteta originario", Dio in terra, non recepisce passivamente, ma plasma nessi sociali, libero dall'incombenza del passato, rivolto al futuro. Il fatto che la codificazione napoleonica abbia la pretesa di darsi come diritto del tutto nuovo, se non nei contenuti (con la significativa eccezione dell'abolizione del maggiorascato), almeno nella forma (il che, per molti versi, costituisce quello che è stato a più riprese definito "il carattere autoistituente del moderno") risulta per Viora costitutivo di una discontinuità sul piano della storia materiale delle fonti. Per lo studioso piemontese: "[...] il codice guarda all'avvenire, non già, come la consolidazione, al passato. Quest'ultima semplifica il diritto vecchio, il codice dice il diritto nuovo del tempo futuro", e specifica l'essenziale della sua intuizione nei seguenti termini: "Non è mestieri spender troppe parole per riaffermare la novità del materiale legislativo offerto dai codici: novità che, senz'altro, ne fa delle entità ben diverse dalle antiche consolidazioni, dacché queste ultime contenevano solo, in gran parte, materiale legislativo preesistente. I codici, invece, contengono materiale legislativo nuovo. Nulla importa che i compilatori di essi abbiano attinto, anche largamente, ai vecchi testi della legge francese. Infatti, le norme antiche, accolte nel Codice, erano state regolarmente animate da uno spirito nuovo e, all'occorrenza, piegate ad un significato diverso dall'antico, meglio consono con i principi rivoluzionari; e d'altra parte quelle norme, pur riannodandosi a fonti diverse, avevano perduto nel Codice la loro individualità, ed erano divenute semplici elementi di una legge unica e nuova. Onde, pur con le riserve suddette, si può affermare che i Codici costituiscano opera originale"¹⁷. Nella rico-

¹⁶ Esse, infatti, (*ivi*, p. 1), "ripetendosi uniformemente presso tutti i popoli e nei confronti di tutti i sistemi normativi, potrebbero quasi dar adito alla formulazione di una legge, nel senso che i naturalisti danno alla parola". Questa legge (ID., *Le costituzioni piemontesi*, cit., p. 292) "sarebbe la legge della consolidazione, esprime la uniforme tendenza delle norme a consolidarsi e sistemarsi in gruppi organici".

¹⁷ ID., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, cit., p. 43.

struzione di Viora, ogni affermazione dal tenore quantitativo è completata da una valutazione che investe aspetti di natura qualitativa, nel senso dell'accentuazione della prerogativa del codice di sostituire per intero il diritto precedente, nonché, di porsi come sistema completo, non etero-integrabile.

L'importanza di questa tesi è tutta nella sua capacità di indurre, ancor oggi, anzi, forse oggi più che mai, ad una riflessione sulla modernità giuridica: è alla luce di quest'ultima, infatti, che l'opera di Viora interroga la possibilità di definire storiograficamente la categoria codice.

Posizioni continuiste e discontinuiste in materia non hanno cessato, in questi anni, di confrontarsi criticamente: in questo senso, le posizioni di Vanderlinden¹⁸ e di Grossi¹⁹, possono essere considerate l'espressione paradigmatica di due atteggiamenti epistemici contrapposti. Da un lato, l'approccio di matrice prevalentemente etnologica dello studioso belga, per il quale, sulla base della presupposizione di una nozione studiosa e decontestualizzata di Codice, sono posti in linea di continuità Hammurabi, Teodosio II, Giustiniano I, Gregorio IX, Luigi XIV, Federico II e Napoleone Bonaparte, tenuti assieme da quel *fil rouge*, costituito da un mito, quello di una sovranità in qualche modo in posizione di fondazione. Nel desiderio di enucleare tratti rilevanti propri tanto delle raccolte normative 'premoderne', quanto delle codificazioni illuministiche, è d'obbligo considerarne la loro caratteristica di 'sintomo' per eccellenza del potere regale, costituendo, il sovrano che ne dispone la redazione, un segno visibile quasi del superamento della sua esistenza terrena, a favore di una connotazione sovra-temporale, che lo faccia "passare alla storia". In questo senso, è lecito chiedersi se, e in che misura, sia possibile considerare le stesse Tavole della Legge alla stregua di un codice in grado di fondare una legislazione positiva: lo stesso etimo del termine Deuteronomio – che significa secondo Codice – potrebbe avvalorare questa tesi, presentificando una sorta di duplicazione-ampliamento della Legge²⁰.

¹⁸ Cf. J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIX siècle*, Édition de l'Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles, 1967.

¹⁹ Cf. P. GROSSI, *Code Civil: una fonte novissima per la nuova cultura giuridica*, Relazione tenuta il 20 dicembre 2004, presso la Accademia Nazionale dei Lincei, in seno al Convegno "Il bicentenario del Codice Napoleonico", in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 35, 2006, pp. 83-113.

²⁰ Una risposta a questa domanda è concepibile solo a partire da un'interpretazione preliminare, relativa all'interpretazione che si dà del patto tra Dio e l'uomo. In gioco, proprio l'interpretazione della Parola. Considerando, infatti, la Parola di Dio e quella dell'uomo legate da un patto, ma, al tempo stesso, inassimilabili, non si potrà parlare di un rapporto di reciprocità tra le Tavole della Legge – i Comandamenti – e la legge positiva. In questo caso, si rimanda ad una differenza qualitativa, legata all'ineffabile trascendenza del Dio della tradizione giudaico-cristiana di fronte alla sua creatura, differenza che rende di per sé problematica l'instaurazione di una legislazione 'positiva'. Sul punto, cf., P. MALAURIE, *La Bible et le droit. À travers cinquante ans d'enseignement du droit civil*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 2000, p. 520.

In totale opposizione a quest'approccio, di matrice strettamente antropologica, quello di Grossi, storico del diritto, tra i cui indubitabili meriti vi è quello di aver riattualizzato una tensione critica nei confronti di una modernità giuridica i cui effetti in termini di riduzione di tutto il diritto a legge nonché di consacrazione monopolistica dell'uso della forza non cessano neanche nell'oggi. Lo studioso fiorentino fa sua questa posizione discontinuista, sulla scorta dell'assunzione, in primo luogo, dello stretto rapporto tra Illuminismo e progressiva razionalizzazione (di stampo prettamente giusnaturalistico) della realtà normativa, operata in Francia in tutti i secoli '600 e '700. In tal senso: "La regola, che si ha la presunzione di poter leggere nella natura delle cose, è regola intrinsecamente astorica perché appartenente al paradiso terrestre del diritto naturale, un mondo pre-storico che la storia può soltanto contaminare e deformare nel divenire disordinato dei fatti sociali economici politici, un mondo di cui si può recuperare la razionalità pura che lo compenetra, sol che si abbia degli occhi non tendenziosi. La convinzione di poter finalmente edificare un ordine giuridico razionale si traduce in una tensione forte all'universalità, generalità, astrattezza, giacché un comando razionale non può stabilire gli immiserimenti derivanti dal confronto con vicende particolari, con mutamenti temporali e spaziali. È vissuto ancora intensamente l'imperativo giusnaturalistico, e cioè che si può e si deve conseguire un disegno giuridico assolutamente purificato da scorie storiche, astrante dalle miserie della attualità"²¹.

Questa tensione, esasperata, porta a cogliere nell'astrattezza delle figure giuridiche un tratto caratterizzante il nuovo diritto: contro il pluralismo giuridico medioevale, venato di particolarismo, contro la preponderante presenza di giudici e giusperiti, si afferma il primato dell'uguaglianza dei soggetti e delle situazioni giuridiche, uguaglianza avente "il loro calco nella originaria realtà immota, meta-storica, del diritto naturale dove il soggetto è più un modello che un uomo in carne ed ossa, e il bene è il frammento neutro e anonimo del cosmo"²².

Per quanto Grossi renda ragione con dovizia di particolari della particolarità dell'esito post-rivoluzionario, e napoleonico in particolare, che rileva per la sua capacità di fare breccia in qualsivoglia ordine 'naturale', separandosene, chi scrive, pur significativamente vicino all'opzione discontinuista, non si sente di abbracciarla per intero, perché assumerla nella sua integralità avrebbe il significato di scavare un solco insuperabile tra esperienza medioevale e pre-moderna da un lato, e moderna dall'altro, senza alcuna possibilità di una mediazione in grado di costituire una limitazione alle eccessive pretese del legislatore post-rivoluzionario.

La sua posizione ha il merito di rivivificare un dibattito: nella misura in cui l'urgenza teorica consiste nel 'decodificare' i valori complessivi di cui il codice nel senso moderno costituisce il precipitato – non disgiungibile da un'interroga-

²¹ P. GROSSI, *Code Civil: una fonte novissima per la nuova cultura giuridica*, cit., p. 87.

²² *Ivi*, pp. 87-88.

zione sul suo significato, ossia, sulla continuità che intrattiene con le esperienze giuridiche precedenti – si rende improcrastinabile un allargamento dell'interrogazione relativa alla categoria giuridica 'codice'. Tanto la categorizzazione di Viora, quanto la sua negazione sistematica, sono state criticamente recepite nell'ambito della cultura giuridica mitteleuropea, e italiana in particolare, dando vita ad un dibattito, in realtà, molto articolato, nel quale spiccano, tra le altre, posizioni come quelle di Ungari, Astuti, Cavanna, Petronio, dello stesso Tarello, di Gaudemet, di Gazzaniga.

Così Ungari²³, dopo aver riconosciuto, da un lato, le valenze concettuali e i legami materiali intercorrenti tra codificazione e costituzionalizzazione del diritto, e dopo aver richiamato, dall'altro, le valenze emancipatrici dell'idea di codice, evidenzia come la sua crisi, in sostanza, finisca per coincidere con quella della cultura giuridica che l'ha prodotta²⁴. Ma già la posizione di Astuti, rispetto alla questione del rapporto tra consolidazioni e codificazioni, appare significativamente diversa: solo in un secondo momento²⁵, infatti, lo studioso la fa sua, svuotandola, però, da quella determinazione logica, così caratterizzante per Viora. Anche quando la differenziazione tra consolidazioni e codificazioni è stata accolta, è avvenuto nell'ambito di una ricostruzione storica, sulla cui scorta ciò che rileva è il processo di unificazione del diritto civile, attuato "sostituendo al preesistente sistema pluralistico di fonti normative un unico testo legislativo organicamente compiuto, di valore generale"²⁶, e, come nel caso di Ungari, traspare la coscienza che le pretese di completezza, di esaustività, di non eterointegrabilità del codice, appartengono ad un momento ormai passato, che non può fare da *pivot* di una costruzione concettuale.

Ugo Petronio, dal canto suo, tende a relativizzare la categorizzazione di Viora, e, molto sottilmente, opera una partizione tra codici e codificazioni, che sa-

²³ Cf., sul punto, P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, Milano, 1972, pp. 207-227.

²⁴ Per UNGARI (*ivi*, p. 225): "Perché, se la codificazione fu un'illusione di sogno e lo scacco dell'illuminismo, occorre poi sapere che quello scacco è anche il nostro. Svolga le originarie posizioni del volere statale nell'intrico della formazione da interpretare, o muova dal dato della vita sociale che chiede regole di condotta e di coesistenza, il pensiero giuridico non può – comunque – deporre quell'irrequieto fermento di totalità che è il sigillo di alcuni suoi grandi momenti, né porsi fuori dalla sua destinazione al disegno di un diritto comune della città, di una città".

²⁵ In un primo momento, lo studioso sembrerebbe, addirittura, rifiutarla: sarebbe, infatti, (G. ASTUTI, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, ora in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984, II, p. 611) "arbitrario porre una così rigida distinzione fra compilazioni e consolidazioni da un canto, e codificazioni dall'altro, riservando questo nome solo ai codici moderni, a partir dal *Code Napoléon*", essendo, in realtà, questa ripartizione categoriale "netta e chiara solo in astratto, se si considerano le idee filosofiche che condussero alle moderne codificazioni, ma non egualmente sicura se si apprezzano nel loro concreto contenuto queste codificazioni".

²⁶ G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, ora in *ivi*, p. 815.

rebbero usate, secondo lui, per lo più in modo promiscuo; infatti: "codice è una parola che appartiene, grammaticalmente, alla categoria delle parole che indicano il risultato di un'azione [*nomina rei actae*], mentre codificazione appartiene alla categoria delle parole che indicano un'azione [*nomina actionis*]; pertanto nella parola codificazione è implicito, così come in altre parole che abbiano la medesima desinenza: formazione, creazione, ecc., il senso di un processo che si svolge nel tempo, e che ha, quindi, un punto di arrivo – se il processo giunge a buon fine – nel codice. [...] se il codice è, come punto finale del processo di codificazione, un risultato, esso è anche un punto di partenza, per i problemi di applicazione, di interpretazione e di eventuale trasformazione delle norme che sono contenute in esso, sia prese nella loro individualità, che prese nella loro globalità"²⁷. Se dietro questa constatazione vi è la certezza che la "realtà del diritto è pervasa, al pari di ogni altra realtà umana, da un processo di continua evoluzione e trasformazione, l'attenzione formalisticamente tributata al sistema delle fonti e alla loro gerarchizzazione non sarebbe, in quanto tale, caratterizzante l'esperienza codificatoria moderna, la quale si caratterizzerebbe, piuttosto, alla stregua di una categoria storiografica da rivedere"²⁸, ben lungi dall'essere esaurita nell'idealistica caratterizzazione che ne dà Viora.

Sulla stessa linea interpretativa Gaudemet²⁹, il quale, dopo un'attenta indagine storico-ricostruttiva, evidenzia l'impossibilità di ricondurre il termine codice nell'ambito di criteri unitari, la cui natura sarebbe a tal punto polimorfa, da non prestarsi ad una classificazione così rigida, come quella teorizzata da Viora. Così: "Il termine codice (*codex*), portato alla ribalta da Gregorio ed utilizzato nel basso Impero, scomparve in seguito. Lo si ritrova poi nel XVI secolo. È raro nel XVII (impiegato soprattutto in Francia e in Italia). Non diventerà d'uso corrente che nel XVIII secolo, col progresso dell'idea di codificazione. [...] Alcune di queste collezioni hanno un carattere ufficiale. Sono state fatte su richiesta del legislatore o da lui stesso promulgate. Hanno dato a tutti dei testi che vi figurano con lo stesso valore di norme obbligatorie. Altre non sono, al contrario, che collezioni di iniziativa privata. Perché, allora, l'apparizione di veri codici, e perché la loro messa in opera soprattutto nel XVIII e nel XIX secolo?"³⁰.

Infine, in tema di disputa concettuale tra compilazioni e codici, Gazzaniga³¹ giunge a ribaltare i termini della questione: per lo studioso francese, solo

²⁷ U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 9-10.

²⁸ Cf. U. PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere (a proposito di G. ZORDAN, Il Codice nella Veneta mercantile marina e A. SCIMUMÉ, I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno Italico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13, Milano, 1984, pp. 705-717.

²⁹ J. GAUDEMET, *Codes, Collections, Compilations*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 24, Puf, Paris, 1996, pp. 3-16.

³⁰ *Ivi*, pp. 15-16.

³¹ Sul punto in questione, cfr. J.L. GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 26, Paris, 1988, p. 80.

nell'ambito di una considerazione strettamente formale potremmo considerare quello napoleonico il Codice per eccellenza. Al contrario, se, al di là del reperimento di criteri intesi in senso formale, si fa ricorso a criteri di natura materiale, e quindi ad un criterio di carattere comparativistico allargato e se si considerano questi monumenti della cultura giuridica alla stregua di una messa in forma non solo di costumi vigenti, ma anche di una certa forma politica che tali costumi è chiamata a riconoscere, nonché di una formalizzazione di regole di natura generale, può avere senso parlare di codificazione anche a proposito di quelle che, nella classificazione di Viora, sono semplici compilazioni.

La posizione di chi scrive è che è necessario guardare sì la specificità della codificazione napoleonica, che vive di una sua specificità, tanto per la profonda trasformazione degli assetti complessivi all'interno dello Stato, quanto nella ridefinizione del ruolo dell'interpretazione, ma che siffatta unicità la si debba risolvere nell'ambito di una ricerca in grado di cogliere quanto di continuo si dà all'interno dell'edificazione istituzionale, e quanto le fratture e le discontinuità siano rese possibili a partire da un lavoro di "lungo periodo", proprio della dottrina. Se, dunque, è a partire da Hammurabi (che, nel *Prologo* del Codice da lui stesso emanato, si autoproclama "re del diritto"), che il requisito di una sovranità che si solleva dal transitorio, per elevarsi all'eternità, caratterizza l'opera dei sovrani che hanno voluto opere di compilazione, il testimone di questa trasformazione del corpo sovrano giunge a Napoleone passando tra le mani dell'Imperatore Giustiniano. Le sue *Compilationes* hanno una rilevanza che si iscrive in un tempo che non è quello della mondanità, tale da far passare chi le ha politicamente volute alla storia: l'opera giustiniana consta, a tutti gli effetti, di una compilazione – e quindi non di una scrittura *ex-novo* – di materiale precedente. Ciò che connota significativamente il *Digesto* è il fatto di avere quella forza obbligatoria, che gli deriva dall'aver conferito, per la prima volta, obbligatorietà di legge ai frammenti in esso contenuti, e lo fa dopo aver operato una selezione nel dominio costituito dalla giurisprudenza classica. Il 16 aprile dell'anno 529 il *Novus Justinianus Codex* è reso pubblico: sono presenti, in forma di compilazione, disposizioni normative raccolte in precedenza nei tre codici di Ermogene, Gregorio e Teodosio, insieme alle successive *constitutiones*³². Già in quello stesso anno, però, l'imperatore provvede alla stesura di un'opera definitiva; così: "Pubblicati i digesti, Giustiniano volle ripubblicare il Codice, acciò esso fosse totalmente armonizzante con il monumento legislativo da ultimo formato. Pubblicò così, addì 16 novembre 534, il *Codex Justinianus repetitae praelectionis*, che entrò in vigore il 29 dicembre: Giustiniano, come è noto, completò la sua opera legislativa facendo formare un manualetto elementare di diritto, le Istituzioni, e promanando ancora una serie di costituzioni nuove, le cosiddette *Novellae constitutiones*. Queste ultime furono emanate dal 535 al 565"³³. L'imperatore, che

³² Cf. M.E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, cit., p. 8.

³³ *Ivi*, p. 9.

iscrive la sua opera nell'ambito di un processo di radicale restaurazione della grandezza imperiale romana, rinnova e fa sua l'aspirazione di Hammurabi, costituendo un precedente dell'opera di Napoleone: in fondo, le stesse *Ordonnances* di Luigi XIV, senza andare troppo a ritroso, ne anticipano l'operato, senza però poter essere considerate un vero e proprio precedente del *Code*.

Quale, a questo punto, lo statuto della codificazione napoleonica? Circoscrivendo l'analisi alla differenza tra Stato assoluto pre-rivoluzionario e dittatura napoleonica post-rivoluzionaria, emergono differenze di rilievo, che sono, però, da relativizzare attraverso una ricerca che metta in evidenza, senza assolutizzarle, continuità e discontinuità, tanto al livello istituzionale, quanto al livello di definizione concettuale del fenomeno, non senza una ben precisa finalità di carattere politico. Nella misura in cui la differenza tra 'compilazioni' e 'codificazioni' risente di un certo idealismo, essendo l'esito di un'opposizione logico-concettuale, più che non una semplice vicenda storico-istituzionale, sulla cui scorta il criterio dell'unificazione è associato ad una determinata predisposizione (totalizzante, se non totalitaria) del legislatore napoleonico, sarà utile tentare di mettere in discussione questa categoria, proprio a partire da una relativizzazione del portato di novità del *Code*, relativizzazione in cui parte essenziale è la comprensione di quanto esso sia stato preparato dal plurisecolare lavoro della riflessione filosofica in materia di diritto. Al fine di definire il sostrato comune tra compilazioni e codificazioni nell'ambito della modernità, è d'obbligo allora un'interrogazione preliminare, rivolta a quelle che possono essere definite "origini dottrinali del codice", ossia all'evoluzione sistematica del pensiero che ha reso possibile la codificazione come fenomeno attestante una precisa discontinuità rispetto al passato.

3. LE "ORIGINI DOTTRINALI" DELLE CODIFICAZIONI PROPRIAMENTE DETTE E LA SOGGETTIVITÀ FILOSOFICO-GIURIDICA MODERNA

Nell'affrontare la trattazione delle "origini dottrinali del codice", nonché delle relative questioni ermeneutiche, è necessario, prima di tutto, mettere in evidenza quella che è una prima contraddizione. Vi è antitesi tra la sovranità quale fondamento potestativo dei processi di cognizione e produzione del diritto e la tensione scientifica alla definizione sistematica del fenomeno codificatorio, da parte della scienza giuridica³⁴. Così, se tra primato statutale e codificazione si dà

³⁴ Così TARELLO, dopo aver definito filologicamente e concettualmente l'esperienza codificatoria (*Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 49): "Se si analizza il discorso che ho appena fatto per chiarire il senso del vocabolo 'codice' nel suo uso specializzato, balza agli occhi la scarsa compatibilità ideologica di due suoi caratteri: a) il carattere di libri di leggi fatto da qualcuno, diretto e destinato ai sudditi soggetti all'autorità politica di chi fa il libro di leggi e per essere vigente nell'area su cui si estende quell'autorità politica abrogando il di-

un nesso storicamente strettissimo³⁵ – il primo, fenomeno politico, il secondo, giuridico – il loro rapporto presuppone una contraddizione logica, i cui termini possono essere sommariamente individuati, da un lato, nella presupposizione dell'autonomia della volontà del legislatore, e, dall'altro, dal tentativo di definirne scientificamente il prodotto. Per quanto la codificazione non coincida con l'affermazione dello Stato di diritto, trattandosi in questo caso di una potenza che si vuole giuridicamente limitata, la circoscrizione dell'onnipotenza statutale si rivela problematica nella misura in cui diritto e statualità finiscono per coincidere, essendo l'affermazione della "forma codice" momento assolutamente centrale di questo processo.

Con la sentenza hobbesiana "*Auctoritas, non veritas facit legem*"³⁶ si dichiara la fine del sostrato realistico e razionalistico su cui riposa il diritto medioevale,

ritto previgente; b) il carattere di libro di leggi sistematico, dotato di unità di materia, destinato a lunga (e tendenzialmente illimitata) durata. Il primo carattere indica nel codice l'atto di volontà, concreta e storicamente determinata, di una autorità politica che si estende nei limiti dello Stato; il secondo carattere indica nel codice la struttura sistematica delle regole di una materia, di un settore del commercio umano, struttura sistematica e materia che sono costantemente costanti nel tempo".

³⁵ "[...] il concetto politico-giuridico che consente allo Stato moderno, con la sua interna logica assolutistica, di affermarsi sull'organizzazione medioevale del potere, basata, da un lato, sui ceti e sugli stati, e, dall'altro, sulle due grandi coordinate universalistiche del Papato e dell'Impero, questo avvenne secondo un'esigenza di unificazione e di concentrazione del potere, per realizzare in una sola istanza il monopolio della forza in un determinato territorio e sopra una determinata popolazione, per realizzare nello Stato la massima unità e coesione politica", D. QUAGLIONI, *Sovranità*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 6.

³⁶ T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (1651), Laterza, Roma-Bari, 2011, parte 2^a, cap. 26. "Dato che le leggi di natura stabiliscono solo i principi razionali su cui uno Stato può essere costruito, esse non costituiscono limiti per l'autorità del sovrano. L'argomentazione di Hobbes suona come un gioco di parole, ma ha una sua ragione. Nessuna legge definisce la proprietà, e se un particolare diritto è estinto, esso cessa di essere proprietà e non è più incluso nella legge di natura. I limiti del sovrano, non gli sono imposti dalla legge di natura, ma dal potere dei suoi sudditi. Il sovrano di Hobbes ha di fronte una condizione e non una teoria, ma non può esserci nessuna imitazione di leggi civili nel suo campo", G. H. SABINE, *Storia delle dottrine politiche*, ed. it., Etas, Milano, 2003, p. 362. Leo Strauss, giusnaturalista di stampo decisamente conservatore, rende ragione nei seguenti termini dell'operazione di Hobbes (*Natural Right and History*, trad. it., *Diritto naturale e storia*, Il Melangolo, Genova, 1993, pp. 209-10): "Vi è un termine che esprime nella più breve e densa delle formule il risultato di questa operazione compiuta da Hobbes. Questo termine è 'potenza'. La potenza, o il potere, diventa per la prima volta, *eo nomine*, un tema centrale. Se si riflette sul fatto che per Hobbes la scienza in quanto tale non esiste se non in vista della potenza, si può designare l'intera filosofia di Hobbes come una filosofia della potenza. 'Potenza' è un termine ambiguo. Esso sta per *potentia* da un lato e *potestas* (*ius* o *dominium*) dall'altro. Esso significa tanto potere legale quanto potenza 'fisica'. L'ambiguità è intrinseca: solo se la *potestas* e la *potentia* coincidono intrinsecamente, l'instaurazione del giusto ordine può essere assicurata. Lo Stato, in quanto tale, è insieme la più grande forza umana e la più alta autorità umana. Il potere legale è una forza inarrestabile".

inaugurandosi un possente movimento di razionalizzazione complessiva, il cui esito ultimo coincide con l'assolutizzazione della volontà del legislatore, posta al centro del fenomeno normativo. Questo movimento sottostante si riverbera nella definizione di entità giuridiche, il cui fondamento ultimo è, in un primo momento, rinvenuto nella fede nella natura razionale della realtà e quindi nel diritto naturale, per poi essere ridotto a costruzione tutta 'positiva'. Paradigmatico, in questo senso, il caso della definizione della persona, che smarrisce progressivamente il suo fondamento giusnaturalistico, acquisendo un'accezione sempre più prossima a quella del soggetto di diritto, emanazione e prodotto dell'ordinamento oggettivo, e, quindi, inteso nel senso moderno del termine.

La questione delle origini dottrinali del codice, si configura, allora, come la messa in evidenza della relazione intercorrente tra la progressiva definizione del soggetto di diritto e dei diritti individuali da un lato, e le modalità universalizzanti, che tanto hanno contribuito ad una razionalizzazione complessiva del diritto vigente, e, quindi, anche alla sua definizione come oggetto elevato ad un rango di dignità scientifica dall'altro; definizione, anch'essa, inizialmente tutta interna a quel diritto naturale 'scientifico' prodotto, a partire da Grozio³⁷, nell'ambito, cioè, di un moto di progressiva emancipazione da rapporti di natura teologico-metafisica³⁸.

La costituzione del dispositivo teorico di cui le codificazioni post-rivoluzionarie costituiranno il punto di arrivo non sembra inquadrabile in un movimento unitario: il filone il cui merito principale consiste nell'aver contribuito a definire l'aspetto sistematico del codice inteso in senso moderno può, con buona ragione, essere ricondotto all'opera di Domat (1625-1696) e Pothier (1699-1772). La loro opera, nell'ambito di un pensiero ancora ascrivibile al giusnaturalismo, è caratterizzata dalla tensione alla definizione del rapporto intercorrente tra sfera naturale e sfera civile, nell'ambito della fondazione di un sistema coerente e logicamente congruente. *Esprit*, termine francese reso per lo più in italiano con *spirito* e in tedesco con *Geist*, traduce alla perfezione la complessità dell'opera di Domat, nonché il suo grandioso lavoro di riportare a elementi concettuali la complessità normativa che caratterizza la Francia, iniziando un lavoro che sarà compiutamente formalizzato da Montesquieu: la sua opera di riscrittura sistematica del diritto trova spazio in una realtà storica tutta centrata sulla nozione di ordine. Se ne individuano due declinazioni, al tempo stesso ricostruttive ed esplicative: una prima, è quella di un ordine che preesiste e fonda dall'esterno l'ordinamento oggettivo, con la seconda, si investiga la capacità di quest'ordine, così reperito, di 'sostenere', logicamente, il sistema di diritto vigente.

È sulla base di questa razionalità, fondativa e comune a tutte le aree dell'ordinamento, che Domat può relativizzare la differenza tra *droit public* e *droit pri-*

³⁷ Si veda, sul punto, il capitolo dal titolo *Das neuzeitliche Naturrecht*, in R. ZIPPELIUS, *Geschichte der Staatsideen*, Beck, München, 1994, pp. 128-145.

³⁸ Individua il nesso tra codificazioni e giusnaturalismo settecentesco G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, cit., p. 55.

vé, che ha luogo sulla base di una classificazione delle norme, distinte in *arbitraires* ed *immuables*, le prime, legate alla volontà del legislatore, artificialmente connotate le seconde, aventi, al contrario, per oggetto la disciplina delle 'qualità' naturali dell'uomo. In questo modo, si preconizza la definizione teorica di quel soggetto di diritto essenziale nella costruzione codicistica successiva, così come comincia a far capolino la capacità dell'ordinamento oggettivo di regolare situazioni prima sottratte per statuto, in virtù di una ragione che si intende 'naturale', al suo dominio.

Sostenuto da uno spirito sistematico, teso alla giusnaturalistica derivazione degli istituti positivi, Domat procede antepoendo alla materia delle persone quella della "*regle de droit*", giustappoendo e mettendo a confronto, argomento per argomento, al diritto civile il diritto naturale. Desideroso di rinnovare la tradizione romanistica, adattandola agli istituti del suo tempo, compie un passo decisivo nella definizione delle coordinate del soggetto di diritto: cade ogni distinzione tra uomo inteso come essere naturale e persona, nell'accezione giuridica del termine. L'eguaglianza stabilita dal diritto naturale nell'ambito del diritto civile crea una deroga allo "stato delle persone", che altro non sarebbe, se non una riproposizione dell'espressione, di origine romana, "*de status hominum*". Il giurista rileva, infatti, come, in diritto romano, manchi una vera e propria definizione di questo *status*, laddove se ne illustrano le semplici 'qualità' (ad. es., libero, schiavo, padre di famiglia), da cui la necessità di definire tratti caratterizzanti le categorie in questione. Premesso che, in definitiva, egli permane nel solco della tradizione nella misura in cui afferma che libero è colui il quale, in virtù della sua libertà naturale, può "fare tutto ciò che vuole", pur nei limiti posti dall'ordinamento, un passo significativo nella direzione della definizione di *soggetto di diritto* ha luogo nella misura in cui il giurista francese fa discendere, in conformità col metodo generale da lui applicato, le singole qualità da istanze di carattere generale. Esse, infatti, sono fatte derivare tanto dall'ordine naturale sotteso alla società, quanto a quello proprio dell'ordinamento oggettivo: i caratteri propri dell'ordine naturale sarebbero costitutivi della nozione di *status hominum*, insieme a caratteri derivanti dall'ordinamento. Il sesso, la posizione che ognuno occupa all'interno della famiglia, la qualità di soggetto di diritto pienamente responsabile, o, diversamente, inabilitato o interdetto, sono così oggetto di una regolamentazione afferente al diritto privato. Al contrario, la negazione del requisito di soggetto giuridico al servo non è considerata fatto naturale, perché causata da una norma artificiale. Si tratta di uno schema che sarà riproposto, per intero, da Pothier. Quest'ultimo, però, per altri versi, a differenza di Domat, si rivela l'ultimo esponente della tradizione nella misura in cui, più vicino a Dumoulin (1500-1566), nella sua grande opera di trascrizione e sistematizzazione degli istituti storicamente vigenti, traspone, nel definire il rapporto intrattenuto dall'uomo con i beni, lo schema feudale della proprietà divisa tra dominio diretto e dominio utile, con la sola eccezione delle cose mobili e allo-diali.

L'opera intrapresa da Domat e Pothier, simile, per molti versi, alla sistemazio-

ne logica della grammatica operata dagli studiosi di Port-Royal, vive sullo sfondo di una progettualità di matrice politica, tesa alla costituzione della Francia come nazione e all'unificazione del suo sistema normativo: il lavoro di sistemazione del diritto privato francese giunge a compimento attraverso la riorganizzazione del sistema del *droit coutoumier* del suo tempo. Così, l'opera codificatoria sarà penetrata da partizioni fondamentali del suo *Droit public*, laddove, invece, il lavoro di Pothier³⁹ rileverà nella stesura dei codici successivi al *Code civil*, come quello penale, nonché quelli di procedura civile e penale. Nel complesso, il loro lavoro di classificazione penetra a tal punto nella tradizione giuridica del tempo, da costituire un punto di riferimento essenziale per i progetti di razionalizzazione di Montesquieu, che lo riprese nella sua integralità: dall'*esprit* nel senso della ricerca sistematizzante di Domat all'*Esprit de lois* di Montesquieu il passo è breve. Questo primo filone dottrinale, che prepara il terreno alla codificazione, legato a doppio filo a processi di razionalizzazione e sistematizzazione del diritto, finisce per incrociarsi con lo sforzo di quei teorici che fondano la personalità giuridica di uno Stato, la definizione dei poteri del quale passa per l'esaltazione della legge come fonte assolutamente preminente, non a caso definita "verbo perfetto di Dio".

Il termine spirito (*esprit*) è qui da riferirsi ad un'interrogazione rivolta alla razionalità complessiva, se non all'organicità, del sistema normativo, inteso nel suo complesso, con la differenza che mentre l'opera di Domat è di natura più strettamente logica, quella di Montesquieu, al contrario, affronta la medesima istanza di rinvenimento di una razionalità sistematica complessiva su un terreno che è squisitamente empirico, quello dei sistemi materiali e sociali da cui il diritto germina, nell'empiria, e quindi nei sistemi fisici. Ma sarà una certa interpretazione della sua opera, che ha proceduto nel senso dell'impropria generalizzazione di certi risultati, che ha snaturato quest'approccio, elevando a massime, a regole di condotta, certi risultati del giurista francese. La stessa affermazione di Montesquieu, sulla cui scorta: "[...] le leggi, nel significato più esteso, sono i rapporti che derivano dalla natura stessa delle cose; ed in questo senso tutti gli enti hanno leggi proprie"⁴⁰, viene progressivamente snaturata, a favore di un'interpretazione in cui il riferimento alla "natura delle cose" cede il passo alla preminenza di norme prodotto della volontà del legislatore e considerate come ottimali in modo indipendente dal loro radicamento in contesti particolari⁴¹. Una per tutte, l'assolutizzazione della tripartizione dei poteri, che mai Montesquieu ha pensato di fornire come una prescrizione assoluta, sciolta cioè dal tempo e dal luogo in cui ha avuto effetti.

Probabilmente, quest'interpretazione ha fatto leva sui limiti del pensiero del

³⁹ Di R.J. POTHIER, si vedano, in particolare, rispetto ai problemi qui trattati, le *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Nouzou, Paris, 1978.

⁴⁰ C.L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), tr. it. a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1952, cap. I.

⁴¹ Sul punto, cf. G. TARELLO, *Per un'interpretazione de "L'esprit des Lois"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 11-53.

giurista. Fondamento del diritto, per Montesquieu, è la "necessità naturale", che scaturisce dal carattere prescrittivo della realtà empirica, in se stessa considerata fonte di normatività. Contratto, famiglia e proprietà sono istituzioni di diritto naturale, che preesistono logicamente, se non fattualmente, all'ordinamento positivo, ma senza limitarlo dall'esterno. Non esiste, in altri termini, in Montesquieu, una traduzione normativa dell'antiorità di certi rapporti di fronte alla sfera politico-statuale, ed è forse per questa refrattarietà che il suo metodo è stato stravolto, sino a farne l'apologeta della fissità logica di certi rapporti, formalisticamente intesi, astratti dal contesto che li ha prodotti.

Il capovolgimento dei rapporti di forza tra "natura della cosa" e sfera politico-statuale diviene definitivo con Rousseau, la cui opera rileva tanto dal punto di vista dei rapporti intercorrenti tra sfera naturale e ordinamento oggettivo, nonché da quello della fondazione di un ordine politico, chiamato tramite il codice a regolare politicamente sfere come quelle della proprietà e della successione, del matrimonio e della possibilità di regolarlo civilmente. Sin dalla *Prefazione al Discorso sull'origine della disuguaglianza*⁴², Rousseau osserva che, essendo l'idea di diritto in generale, e quella di diritto naturale in particolare, relative all'essenza dell'uomo, solo dalla conoscenza di quest'ultima la scienza potrà derivare i suoi principi: prende così corpo la problematica della determinazione dei confini reciproci tra situazioni e diritti che affondano la loro giustificazione ultima nella natura dell'uomo e diritto inteso come emanazione dell'ordinamento.

Con il *Contratto sociale*⁴³, le tappe logico-concettuali relative ai rapporti tra queste due sfere vengono ulteriormente specificate nell'ambito di una trattazione in cui Locke, Hobbes, Montesquieu, seppure a diverso titolo, sono egualmente presenti. Da Locke, il ginevrino assume e rielabora la questione dell'individualismo, da Hobbes la problematica dell'assolutismo politico, mentre il terreno di confronto con Montesquieu è costituito non solo dal rapporto natura-ordinamento, e quindi dalla trasformazione tramite la legge dell'uomo nel cittadino, e quindi dei diritti naturali in diritti civili, ma anche dal culto della cittadinanza repubblicana, comune ad entrambi.

L'apporto del filosofo ginevrino alla codificazione rileva dunque per la sua capacità di ispirare, in modo più o meno sotterraneo, la Rivoluzione dell'89, per la modalità con cui egli determina concettualmente il passaggio tra diritti nello stato di natura e diritti civili, sostenuta com'è dalla sua teoria dello Stato-persona e della personalità giuridica dello Stato quale espressione della volontà generale.

Veniamo poi all'ultimo dei filoni che, a buon diritto, può essere considerato parte del processo di positivizzazione progressiva del diritto, interna ad un movimento di più generale emancipazione dall'assolutismo politico, che costituisce

⁴² Cf. J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine della disuguaglianza tra gli uomini* (1755), ed. it., a cura di G. Preti, Feltrinelli, Milano, 1990.

⁴³ ID., *Il Contratto sociale* (1762), trad. it. di V. Gerratana, Einaudi, Torino, 2005.

il retroterra fondamentale delle codificazioni propriamente dette, prima di tutte quella napoleonica. Per quanto di una seppur latente opposizione tra razionalismo e volontarismo, con particolare riferimento anche a dispute teologiche, si debba parlare anche all'interno dell'universo medioevale, è con Pufendorf⁴⁴ che la reciproca separazione tra diritto e morale comincia a profilarsi in modo netto. Nella concezione volontaristica della legge propria di Pufendorf, l'individualismo giuridico trova un'ulteriore quanto significativa fonte di legittimazione: la sfera dell'obbligazione smarrisce la sua unitarietà, per scindersi, rispettivamente, in una linea conoscitiva, cui è presupposto un soggetto razionale, ed una linea potestativa, il cui termine ultimo coincide col puro rapporto di dominio dettato dalla volontà. In questa nuova organizzazione delle facoltà, Dio è preposto all'intellezione, dove invece il sovrano lo è per quanto riguarda la volizione, e, soprattutto, i suoi effetti, nell'ambito di un movimento che prelude alla separazione tra diritto e morale, a tutti gli effetti fondativa del positivismo giuridico. Il diritto comincia ad essere pensato non più come riflesso normativo di principi razionali, bensì come prodotto di una volontà, di cui è necessario definire possibilità e limiti. Sulla base del criterio della sanzionabilità, dunque, ancora di carattere volontaristico, è la differenziazione tra aree disciplinate e non disciplinate normativamente, indifferenti al diritto, in cui i soggetti godono di una libertà, seppur 'negativa' dal dettato sovrano.

Pensare al diritto come espressione non più della ragione, quanto, piuttosto, della volontà, significa rendere ragione del carattere potenzialmente mutevole di quest'ultima: sottrarre la dimensione normativa al dominio dell'intelletto per affidarlo alla volontà vuol dire anche, implicitamente, sciogliere il rapporto di continuità temporale sulla cui scorta il diritto, sino a quel momento, è stato considerato vigente sulla base di un principio di natura consuetudinaria. Non è difficile scorgere nel predominio pufendorfiano della dimensione volitiva la costruzione di uno dei presupposti base dell'esperienza codificatoria, nel senso in cui essa si costituisce come momento di rottura nei confronti del diritto comune. La volontà come fonte di diritto, infatti, si presta ad una implicita messa in crisi della continuità temporale e dei suoi riflessi normativi: si inizia a discernere, all'interno della norma, una struttura di tipo assertivo, in cui è esplicito il comportamento obbligato, e una componente più propriamente sanzionatoria, con la funzione di indicare la punizione inflitta nel caso di sua trasgressione. L'assoluta centralità

⁴⁴ Cf., rispetto soprattutto alle tematiche qui trattate, S. PUFENDORF, *Über die Natur und Eigenschaft der christlichen Religion und Kirche in Ansehung des bürgerlichen Lebens und Staats*, 1687, Friedrich Frommann Verlag, Stuttgart, 1972; *Über die Pflicht des Menschen nach dem Gesetz der Natur* (1673), Jusel, Frankfurt am Main-Leipzig, 1994. Su Pufendorf, cf., inoltre, H. DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, Beck, München, 1972; V. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità: il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Jovene, Napoli, 1992; S. GOYARD-FABRE, *Pufendorf et le droit naturel*, Puf, Paris, 1982; F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, vol. III, *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*, Giuffrè, Milano, 2001.

del momento sanzionatorio si costituisce nella misura in cui ciò che rileva nel dettato della legge è il suo stesso costituirsi come espressione della volontà sovrana, volontà che non può essere contraddetta. La separazione tra diritto positivamente inteso e sfera dei rapporti morali, quindi, tra diritto e morale, si struttura per Pufendorf in tre momenti: conoscenza, rapporto con la legge, rapporto con la pace sociale. In sostanza, con Pufendorf e Thomasius la riduzione del diritto ad unità concettuale, la sua stessa conoscibilità, si configurano per il tramite della negazione di una concezione oggettivistica del diritto, a favore di una teoria soggettivistica del diritto come comando nei confronti di un soggetto, comando la cui referenza, volta per volta, è in capo a Dio o al sovrano, il cui potere si costituisce con una propria specificità, contribuendo a caratterizzare pienamente il diritto come fenomeno mondano. La stessa classificazione delle azioni umane, classificate nell'ambito delle tre sfere del *justum*, dell'*honestum* e del *decorum* va nella direzione della separazione della costituzione della morale come disciplina di finalità terrene, in un ambito ben separato dalla trascendenza.

4. L'ESPANSIONE DEL FENOMENO IN EUROPA. IL CODE DEI FRANCESEI (1804)

Sin dal basso Medioevo, l'aspetto essenziale dell'organizzazione giuridica dei paesi europei è legato all'esistenza di fonti di carattere consuetudinario, dall'efficacia più o meno circoscritta nello spazio, che risentono del localismo e della frammentazione di corpi politici necessariamente estranei all'idea di nazione. Quello medioevale è un sistema normativo che conosce, alle soglie dell'evo moderno, una crisi profonda, i cui frutti diventeranno visibili solo dopo svariati secoli. Si assiste, progressivamente, all'esautoramento tanto dei suoi modi, quanto dei suoi contenuti, entrambi fondamentali nella legittimazione di una forma politica e di una struttura economica, rivelatesi ormai non più adeguate a condizioni storiche in radicale mutamento. Alla progressiva definizione in senso dommatico del *Corpus Justinianeus*, operata nel seno della scienza giuridica, corrisponde, progressivamente, una semplificazione sempre più spinta del diritto positivo, legato a processi giuridici e sociali di unificazione, formalizzazione, razionalizzazione, in corrispondenza dei quali, su altri versanti, si assiste ad una lenta quanto progressiva costituzione di realtà nazionali, nonché all'altrettanto lenta ascesa di una nuova classe, la borghesia, la cui affermazione comporterà una ridistribuzione di tutti gli equilibri egemonici, tanto nella sfera economica, quanto in quella giuridica e politica.

A partire dalla seconda metà del '700, questo processo giunge a maturazione con la costituzione di realtà che, pur senza coincidere con la moderna idea di nazione, intesa nel senso post-rivoluzionario del termine, sono il prodotto di processi di unificazione, accentramento, fusione politico-amministrativa, sempre più aderenti alle nuove condizioni storiche.

Ne è testimonianza, in prima istanza, il Codice prussiano del 1794: l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* è il frutto di un lavoro di elaborazione durato mezzo secolo, prodotto dell'evoluzione tanto del paradigma scientifico della giurisprudenza, quanto dell'evoluzione politica della monarchia prussiana. Con una particolarità di tutto rispetto, che, in quanto elaborato all'ombra di realtà culturali e sociali ancora insensibili alla dissoluzione del legame sociale tradizionale proprio dell'affermazione della borghesia, esso trova le sue ragioni culturali e politiche nell'ambito di una realtà ancora segnata dall'esistenza e dalla rilevanza normativa di un regime, quello cetuale, e, quindi, fortemente impregnato di particolarismo. Così, la codificazione prussiana vive tutta ancora, in sostanza, all'interno di quel conflitto che vede protagoniste, da un lato la persistenza di istanze di origine feudale, dall'altro una razionalizzazione generale, le cui ragioni sono sempre più incombenti, per quanto, ancora, di là da venire. Nell'ambito di tale dinamica, è importante notare come l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* non si possa, come accennato in precedenza, mettere in serie né con il processo di costituzione di una realtà nazionale, né, tantomeno, con quello di unificazione del diritto in ambito statale, proprio nella misura in cui si configura ancora all'interno di una realtà sociale non omogenea. Permane, in questo senso, una struttura gerarchica delle fonti, nel cui ambito il diritto scritto si situa in posizione ancora subordinata nei confronti del diritto comune.

Se il Codice prussiano persiste all'interno del contesto dello Stato assoluto, è con il Codice Napoleone⁴⁵ che giunge a compimento quella che, a più riprese, è stata definita la rappresentazione della tendenza all'autopoiesi normativa della modernità, ossia, alla sua tendenza auto-istituentesi. In una certa chiave di lettura, lo si è visto, quello napoleonico sarebbe da considerarsi alla stregua del primo codice nel senso proprio del termine: non è chiaro in che misura esso sia il prodotto di istanze materiali, e quanto, invece, si strutturi, al di là di queste ultime, in virtù di quella volontà istituyente, portato storico della svolta cesaristica impressa da Napoleone successivamente alla Rivoluzione francese. Impossibile, di certo, negare al Codice del 1804 un radicamento nella realtà giuridica ed economica del proprio tempo, ma altrettanto impossibile non evidenziare l'unicità e la specificità delle condizioni che ne resero possibile l'esistenza: se la

⁴⁵ Per quanto riguarda, invece, la produzione transalpina degli ultimi anni, ci limitiamo a citare i seguenti contributi: A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeois*, LGDJ, Paris, 1973; F. EWALD (a cura di), *Naissance du Code civil*, Flammarion, Paris, 1989; J.P. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, PUF, Paris, 1992; ID., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris, 1996; ID., *Codes et traditions culturelles*, in P. CAPPELLINI-B. SORDI, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 223-261; J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, Paris, 2001; ID., *Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique*, in *Revue de la recherche juridique*, 3, 1981, pp. 327 ss.; X. MARTIN, *L'imaginaire du Code Napoléon, aux soubassement de la France moderne*, Martin Morin, Paris, 2003; LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les Codes civils française et allemand*, LGDJ, Paris, 2002.

ragion d'essere del *Code Napoléon* va ricercata nella situazione della Francia del XVII secolo, in verità, solo gli eventi successivi alla Rivoluzione riusciranno a costituire la cornice storico-sociale della sua redazione.

Innanzitutto, considerare la situazione della Francia del XVII secolo significa guardare alla netta frammentazione dell'universo normativo, costituitosi nell'ambito di una netta spaccatura tra nord e sud della nazione, e, cioè, tra regioni in cui, al di là delle differenze linguistiche (pure di non scarsa rilevanza) vige un diritto consuetudinario di origine, rispettivamente, germanica e romana, diritto, quest'ultimo, applicato sulla base di un uso solo particolaristico del *corpus* giustiniano e di quello teresiano, a discapito, evidentemente, della sua applicazione razionale. La territorializzazione del diritto, inoltre, era resa ancor più grave dall'eccessiva frammentarizzazione degli usi e delle consuetudini sul territorio, che comportava variazioni tra le singole aree, riguardanti, di volta in volta, i soggetti, le posizioni di *status*, il godimento dei beni.

La questione è degna d'attenzione non solo dal punto di vista di una ricostruzione che si voglia avvertita storicamente: ciò che rileva è il rapporto, palese, che si instaura tra preminenza del formalismo e modalità maggiormente gerarchizzate in cui il legame sociale si trova strutturato. Nel guardare alle differenze tra Nord e Sud della Francia, può, allora, essere significativo mettere in rapporto asserti normativi da un lato e tipologie di legame sociale dall'altro, cogliendo il configurarsi di determinati rapporti con la presenza di un diritto maggiormente formalizzato.

Può, in questo senso, esser considerato rilevante il fatto che la struttura sociale della Francia del Sud, dove prevale il diritto scritto, e quindi un grado maggiore di formalizzazione del diritto, fenomeni legati entrambi ad una più profonda penetrazione del diritto romano, riveli modalità più accentrate ed autoritarie nell'esercizio delle funzioni sociali, a partire dalla potestà familiare per finire alla fruizione di beni, senza tralasciare la gestione dei ruoli e le posizioni di *status*. Nelle aree del Nord della Francia, al contrario, la preminenza di una prassi antiformalistica del diritto, legata alla diffusione di una normatività di stampo consuetudinario, non scritto, in cui la tradizione del diritto germanico gioca un ruolo preminente, può utilmente essere posta in serie ad una maggiore orizzontalità dei rapporti sociali.

Ad avvalorare la tesi sostenuta circa la non totale frattura indotta dal *Code Napoléon* rispetto alla normatività precedente vi è la considerazione, che ricorre spesso nelle ricostruzioni storiche in materia, in base alla quale certi rapporti sociali strutturati successivamente alla sua promulgazione, nel loro essere fortemente gerarchizzati, possano essere considerati alla stregua di un prolungamento delle realtà normative presenti nella Francia del Sud⁴⁶. Il che, se esplicita, da

⁴⁶ È questo il caso della famiglia; come sostiene J.L. HALPERLIN (*Histoire du droit privé français depuis 1804*, Puf, Paris, 1996, p. 82); "Le Code civil, au dire de Locré, devait ramener « l'ordre dans les familles » et le faire régner dans la « grande famille de l'État ». En écho, Demolombe considérait, un demi-siècle plus tard, que le « bon ordre des familles » était la « plus sûre garantie du bon ordre de la société »". Per lo stesso Halperlin, i rapporti tra i coniugi (se-

un lato, un certo nesso tra formalismo e tendenza dei rapporti sociali a strutturarsi in senso gerarchico, evidenzia, dall'altro, come ogni riferimento alla codificazione, intesa alla stregua del prodotto di un processo di razionalizzazione complessiva dell'universo normativo, non possa che rivelare un tratto di parzialità, dovendo, piuttosto, essere sempre accompagnata da un'analisi sulle sue ricadute nella strutturazione dei rapporti sociali.

Allo stesso tempo, la vicenda della riproposizione di una concezione gerarchica di rapporti politici e sociali vigenti nel sud della Francia non può esser considerata a prescindere dalla "storia interna" della codificazione francese, ossia dalla sua modalità di autorappresentarsi. Se il travaglio dell'esperienza rivoluzionaria conosce un momento di risoluzione unitaria proprio nel suo rifluire nel cesarismo bonapartista, il fallimento dei tentativi precedenti a quelli della commissione presieduta da Portalis (1746-1807)⁴⁷, di cui è redattore Cambacérès (1753-1824), può, a buon diritto, essere considerato il sintomo dell'impossibilità della Francia rivoluzionaria di costituirsi politicamente come 'una', in assenza di quel punto d'unificazione che sarà rappresentato da Napoleone. Allora, l'opera di necessaria decodificazione dei presupposti materiali (storici, politici e, *lato sensu*, culturali) del codice, induce lo studioso a guardare ai tentativi precedenti⁴⁸ non tanto alla stregua di un semplice fallimento, tributando invece loro la necessaria considerazione, nonch  intendendo 'nella giusta luce, la persistenza di quegli elementi 'filosofici', tanto invisibili ad un potere che pretende di esautorarli, in modo estremamente arrogante, sulla scorta di un immaginario tutto fissato sulla figura e sul corpo dell'Imperatore.

Il primo dei tre tentativi di Cambacérès è elaborato in 719 articoli, redatti sulla base della sua dichiarazione d'intenti, in cui sostiene di aver trovato fondamento: "[...] sulla terra ferma delle leggi di natura e sul suolo vergine della Francia". Questa prima redazione del codice, profondamente rinnovatrice in materia di diritto di famiglia, costituisce, invece, per il resto, poco più di una raccolta delle consuetudini vigenti: nell'estate del 1793, la Convenzione, dopo averne discusso il I e il II libro, rinvia il progetto ad un'unica commissione, incaricata di purificarla, in nome di una "ragione naturale", dai "pregiudizi degli umani". Le successive redazioni di Cambacérès, però, non avranno maggiore fortuna. Per quanto lo statista si faccia carico delle richieste della Commissione, il risultato di un pure radicale lavoro di emendazione da siffatti 'pregiudizi' non ha migliore esito: il suo secondo elaborato non è neanche preso in considerazione

zione I), le relazioni tra genitori e figli (sezione II), il diritto delle successioni (sezione III), sono da considerarsi alla stregua di una consolidazione, operata dal Codice civile, tesa a "durcir la puissance paternelle et les aspirations des républicains à une démocratisation de la famille".

⁴⁷ Su Portalis, senza avere la pretesa di esaurirne la portata, cf. J.L.A. CHARTIER, *Portalis, père du Code civil*, Fayard, Paris, 2004.

⁴⁸ Cf. S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Giuffrè, Milano, 1998.

ne da una Convenzione ben più attenta a fronteggiare la reazione termidoriana, di natura prettamente conservatrice. Neppure il terzo dei testi elaborati dal giurista ha maggiore fortuna: composto di un testo di 1104 articoli, pur significativamente distante dallo spirito rivoluzionario, è oggetto dell'esame dell'Assemblea del Consiglio dei 500, che non procede oltre l'approvazione di soli due articoli.

Il livellamento delle posizioni soggettive, unito alla decapitazione del corpo sovrano, evento da leggersi in chiave prima di tutto simbolica, lo stesso scatenamento delle passioni regicide, da qualcuno interpretate come il ritorno ad una ragione naturale, non sarebbero stati in grado di produrre il Codice dei Francesi senza il movimento politico indotto dalla figura di Napoleone Bonaparte e immaginariamente indirizzato sul suo stesso corpo. Si tratta di un evento preannunciato da tutta una serie di movimenti congiunturali di natura politica, sociale ed economica, quali la stabilizzazione monetaria e finanziaria, il ristabilimento del culto religioso, ottenuto con il Concordato del 1801 non senza un'intenzione puramente strumentale, nonché la riconquista della pace interna⁴⁹. A questo punto, ricompattare il ceto dei giuristi ha il senso del completamento di un quadro complessivo, nel cui ambito un ordine 'nuovo' si afferma tanto contro l'*Ancien Régime*, quanto contro i 'torbidi' della Rivoluzione.

I membri designati da Napoleone per portare a compimento il progetto di un Codice che si costituisca come il marchio indelebile di una potenza sovrana che si vuole assoluta, oltre al già citato Portalis, sono Tronchet, Prémeneu, Maleville. A spiccare è proprio la figura di Portalis, richiamato da Napoleone dall'esilio in cui era costretto, giurista d'indole particolare, in cui convivono dialetticamente eclettismo e ragione 'illuminata', il suo tentativo sarà caratterizzato dalla tendenza a conciliare queste istanze.

A proposito del rapporto che il *Code Napoléon* intrattiene con la dimensione normativa precedente, sulla scorta della linea interpretativa suggerita da Petronio, ma, ancor più, in base alla lettura di François Géný del fenomeno codificatorio, distingueremo due fasi, temporalmente, ma anche logicamente separate: codificazione e codice⁵⁰. L'interpretazione 'storica' del *Code Napoléon*, chiarisce

⁴⁹ Il Codice del 1804 è a tal punto oggetto 'simbolico', sganciato dalle esigenze del presente, da essere oggetto di giudizi finanche estetici. Così, nel 1840, Stendhal scrive a Balzac: "En composant *La Chartreuse*, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du *Code Civil*". Honoré de Balzac, dal canto suo, è fortemente critico tanto dell'estetica quanto dei contenuti del Codice Civile, contestandone, ad esempio, i principi individualistici, distruttori delle modalità tradizionali di legame sociale, tali da pervertire finanche il ruolo della donna nella società. Sul punto, cf. P. MALAURIE, *Le Code Napoléon et le romantisme*, in *Droits, Revue Française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 41. Paris, 2005, pp. 3-17.

⁵⁰ Cf. F. GÉNY, *Évolution historique de la notion de codification dans le droit français moderne*, in ID., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, Paris, 1919, I, pp. 73-105. Al termine di una lunga digressione storica, il giurista francese giunge alla conclusione, supportata dalla presa in carico della volontà del legislatore storico, che (*ivi*, p. 75): "[...] au terme de cette digression historique, un peu aride, pouvoir conclure que rien, dans les

bene il rapporto che, nella mente dei suoi ideatori, quest'ultimo avrebbe dovuto intrattenere con la dimensione normativa. Proprio nel *Discours Préliminaire* del *Code* del 1804, poi stralciato – in maniera, tra l'altro, nient'affatto casuale – emerge la posizione che, secondo i suoi artefici, e, in particolare, secondo Portalis, il codice dei francesi avrebbe dovuto intrattenere tanto con il passato, quanto con il futuro. La sua lettura è importante perché rievoca – si tratta di una breve ricognizione – la storia delle precedenti codificazioni: ad emergere con chiarezza vi è la tesi sulla cui scorta una codificazione come quella elaborata in quei frangenti non sarebbe stata concepibile tanto nell'Antico Regime, quanto negli anni immediatamente successivi alla Rivoluzione. Allo stesso tempo, però, quello che preme al redattore del *Discours*, è la subordinazione del Codice ad una razionalità superiore, storicamente connotata.

Dunque, da un lato, solo a partire dallo spazio aperto in termini politici dalla Rivoluzione Francese è possibile configurare quella particolare discontinuità che il *Code* finisce per incarnare, e sulla cui scorta si afferma che: "Esiste un diritto universale e immutabile, fonte di tutte le leggi positive: non è che la ragione naturale, in quanto governa gli uomini". Dall'altro – e qui si dà chiaramente traccia dell'eclettismo di Portalis, non a caso malvisto da Napoleone che lo considerava troppo 'filosofo', e, perciò stesso, 'ideologo' – l'articolo I del *Livre Préliminaire* stringe il nesso tra codificazione e diritto naturale, ossia tra una particolare declinazione dell'ordinamento giuridico e una razionalità ad esso superiore.

Con il *Code* nella sua forma definitiva, invece, si farà innanzitutto "piazza pulita" del regime giuridico precedente, eliminando, in seconda battuta, ogni riferimento ad ordinamenti superiori. Già la legge del 21 marzo 1804 "contenente la riunione delle leggi civili in un unico corpo di leggi, dal titolo di Codice Civile dei Francesi", contiene un articolo, il 7, che recita: "*A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui font l'objet desdites lois formant le présent code*"⁵¹. L'antico diritto è formalmente abrogato – il che, in Francia, equivale a dire che è totalmente abrogato – dal nuovo Codice, il cui articolo 2 afferma d'altra parte, perentoriamente, che: "*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*"⁵². In realtà, nelle in-

règles en vigueur de notre droit actuel, ou dans les conceptions positives arrivées jusqu'à nous sous le couvert d'une tradition autorisée, ne légitime un point de vue, d'après lequel la codification de nos lois aurait pour résultat de consacrer, dans l'ordre de droit privé, la souveraineté exclusive de ces lois même, et d'écarter, par là, comme inutile et parasite, tout développement indépendant d'interprétation, tendant à suppléer aux défaillances inévitables, à la lenteur, au manque de souplesse et de plasticité de l'action purement législative".

⁵¹ La traduzione di quest'articolo può esser resa nei seguenti termini: "A partire dal giorno in cui queste leggi sono esecutive, il diritto romano, le ordinanze, i costumi generali o locali, gli statuti e i regolamenti smettono d'aver forza di legge generale o particolare nelle materie costituenti l'oggetto delle leggi predette che danno forma al presente codice".

⁵² Cfr. R. BEAUTHIER, *Le "véritable sens" de l'article 2 du Code Civil*, in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré?*, a cura di R. Beauthier-I. Rorive, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 217 ss.

tenzioni dei suoi redattori, il *Code* non avrebbe dovuto acquisire né quel carattere abrogativo del diritto preesistente che lo caratterizza, attribuitogli solo successivamente, in virtù dell'art. 7 della legge 30 ventoso, e nemmeno quel carattere di completezza, di chiusura, di non eterointegrabilità, che lo caratterizza quale costruzione positiva: ecco un caso in cui riportare una concrezione normativa alla volontà del legislatore storico, rileggerla nella sua contingenza, significa operare criticamente nei confronti dell'opposta volontà politica di assolutizzarne i contenuti, sottraendoli al divenire e consegnandoli, in maniera ovviamente fittizia, all'eternità.

Attraverso l'obbligo imposto ai giudici di reperire la norma all'interno del Codice, senza che si possa rimettere la causa al legislatore per insufficienza delle disposizioni di legge adatte a disciplinare il caso in questione⁵³, congiunto all'obbligo di esprimere comunque un giudizio, pena l'accusa di denegata giustizia, le modalità positivizzate di definizione della giurisprudenza tradiscono le intenzioni di Portalis e degli altri redattori. L'originario carattere aperto e sistematico del Codice, nella stesura definitiva, si trasforma nel suo opposto: emergono, progressivamente, i tratti sistematici sì, ma totalizzanti della volontà di Napoleone, il che comporta una ridefinizione della posizione di tutta una serie di soggetti, nella società, come nell'esercizio della pratica giuridica. È il caso dei giusperiti, dei giudici, dei professori di diritto: le pretese totalizzanti del Codice impongono una profonda trasformazione dell'interpretazione, dell'applicazione e dell'insegnamento del diritto. Annullata ogni valenza positiva alla scienza del diritto, il potere dei giudici è rigidamente sottoposto a quello del legislatore la cui onnipotenza è garantita dall'unilaterale lettura tanto dello *Spirito delle leggi* di Montesquieu, quanto del *Contratto sociale* di Rousseau: la codificazione napoleonica realizza l'aspirazione, prettamente illuministica, ad una razionalizzazione complessiva del sistema normativo, operazione cui non è estraneo un tratto 'totalitario'. La legge, quale "verbo perfetto di Dio", di un dio mortale, espressione di una razionalità assoluta incarnata dallo Stato-persona, non tollera altra interpretazione, se non quella letterale⁵⁴. Della legge dello Stato, come della Bibbia, si dà solo interpretazione esegetica: interpretarla diversamente significherebbe, seppur implicitamente presupporre, a carico sia del legislatore che di Dio, un difetto di razionalità. Chi oserebbe tanto? La singolarità vivente del giudice, del giusperito, del docente di diritto declinano, a favore di un'attività di interpretazione la cui logicità è più sinonimo di meccanicità che non di rigore concettuale: la certezza del diritto, valore da cui pure è impossibile prescindere, preconizza una certa tendenza della scienza moderna ad esautorare la responsabilità soggettiva, in nome dell'automatismo. A questo risultato, lo si è visto a proposito delle origini dottrinali, non è

⁵³ Per l'Art. 4 del *Titre préliminaire*, infatti: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

⁵⁴ Cf. P. SERRAND, *La loi dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 42, Paris, 2006, pp. 31-47.

estranea la tradizione giusnaturalistica, che, contraddittoriamente, contribuisce a fissare univocamente le coordinate di una razionalità naturale, eppure incarnata negli istituti storicamente esistenti. Le istanze politiche del diritto naturale declinano nella misura in cui la riflessione giusnaturalistica fonde, potentemente, logica e storia, ragion per cui il sillogismo giudiziale sembra inattaccabile su entrambi i versanti. Sarà la c.d. Scuola dell'esegesi a saldare definitivamente una certa modalità di interpretazione del diritto alle pretese di esaustività del Codice⁵⁵. La legge finisce con l'esaurire tutto lo spazio del diritto: con l'accusa di "feticismo della legge", rivolta agli esponenti dell'*Ecole*, François Géný⁵⁶ sottolinea quanto il diritto sia un insieme più vasto di quello definito a partire dalla volontà del legislatore, in cui l'interpretazione del giudice e il parere dei dottrinari giocano un ruolo fondamentale.

Se le successive difficoltà del *Code Napoléon* nell'adeguarsi alle mutate condizioni della civilizzazione capitalistica possono, a buon diritto, essere considerate il sintomo dell'incapacità del sistema politico-statale nel costituirsi nel segno di un'universalità dispiegata, il conflitto tra le classi e l'emergere di nuovi soggetti costituirà il momento essenziale di un importante tentativo, teso al recupero tanto della dimensione storica, quanto della sottoposizione di tutto l'ordinamento ad una ragione in qualche modo 'esterna'. Si tratta del vero e proprio "ritorno del rimosso" di quel *Libro Preliminare*, voluto da Portalis e dagli altri redattori, ma soffocato per motivi eminentemente politici.

Al di là di queste problematiche generali, la stessa stesura del codice riproduce le linee del conflitto tra pragmatismo e difesa delle prerogative universalistiche e talora eticizzanti della ragione filosofica, chiamate ad una difficile conciliazione: animato da una determinazione in fondo conservatrice, tesa al ristabilimento dell'ordine dopo quelli che erano considerati gli eccessi della Rivoluzione, Portalis definisce, innanzitutto, in un senso squisitamente tradizionale, il diritto di proprietà⁵⁷ e quello di famiglia. Con i suoi 2281 articoli, il *Code Napoléon* è il più corposo tra i precedenti tentativi di codificazione. Mentre in Francia la vicenda codificatoria si staglia sullo sfondo di una raggiunta unità politica,

⁵⁵ Emblematica, in questo senso, la dichiarazione, passata alla storia, di Demolombe: «Il mio motto, la mia professione di fede è: i testi prima di tutto!».

⁵⁶ Al termine di una lunga digressione storica, il giurista francese giunge alla conclusione, supportata dalla volontà del legislatore storico, che (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, cit., p. 105): "[...] au terme de cette digression historique, un peu aride, pouvoir conclure que rien, dans les règles en vigueur de notre droit actuel, ou dans les conceptions positives arrivées jusqu'à nous sous le couvert d'une tradition autorisée, ne légitime un point de vue, d'après lequel la codification de nos lois aurait pour résultat de consacrer, dans l'ordre de droit privé, la souveraineté exclusive de ces lois même, et d'écarter, par là, comme inutile et parasite, tout développement indépendant d'interprétation, tendant à suppléer aux défaillances inévitables, à la lenteur, au manque de souplesse et de plasticité de l'action purement législative".

⁵⁷ Sul diritto di proprietà a partire dal Codice, cf., in prima istanza, J.L. HALPERLIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, cit., pp. 118-140.

il territorio tedesco, in quegli stessi anni, ben lungi dall'unificarsi sotto l'egida del riconoscimento di un principio di tipo nazionale, risulta frammentato in una serie di Stati, in cui vige una forma di diritto comune di ascendenza giustiniana, con cui si era tentato di "render ragione" della molteplicità degli istituti locali. Nel complesso, la Germania vive in una situazione di arretratezza non solo economico-culturale, ma anche civile. Forse proprio questa situazione, insieme ovviamente alla percezione che la codificazione rappresenta il tentativo francese di 'esportare' egemonicamente le proprie istituzioni, fa sì che, se la Scuola dell'Esegesi deriva integralmente il suo costituirsi come scienza da un fatto eminentemente politico – la ridefinizione interna dei poteri dello Stato quale portato della Rivoluzione e dei suoi sviluppi successivi – in Germania, invece, il dibattito sulla codificazione mette in parentesi le pure pressanti esigenze politiche, per vestire le più nobili vesti della *querelle* dottrina, che vede in opposizione storicisti e positivisti⁵⁸.

Nell'ambito di una polemica che è rimasta paradigmatica della contrapposizione tra due modi profondamente differenti di intendere il diritto, Savigny (1779-1861), avversario della codificazione, si contrappone a Thibaut (1774-1840)⁵⁹. Quest'ultimo, paladino della preminenza teorica della ragione sulla storia, ma, allo stesso tempo della complementarità pratica tra i due termini, difensore della codificazione napoleonica, ma, ancor più, della necessità di esportarla in Germania, nel suo libello, datato 1814, dal titolo *Sulla necessità di un diritto civile per la Germania*, si fa portatore delle istanze, tutte illuministiche, di nazionalizzazione, razionalizzazione, codificazione del diritto⁶⁰. Thibaut specifica la sua posizione, che è di condanna del diritto comune, nei termini di un'impossibilità di razionalizzare un'entità normativa in cui il diritto romano e tradizioni locali si sarebbero stratificate a tal punto, da renderne impossibile una trattazio-

⁵⁸ Per un approfondimento sul punto, si rimanda, in prima battuta, a due lavori, entrambi di P. BECCHI, *La polemica sulla codificazione in Germania attraverso la storia delle interpretazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXI, 1991, pp. 23-73, nonché alla monografia, *Ideologie della Codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Compagnia dei Librai, Genova, 1999.

⁵⁹ Per il giurista tedesco, infatti (*Zivilistische Abhandlungen* (1814), trad. it., *La polemica sulla codificazione*, p. 57): "Il nostro diritto civile (con questa espressione s'intende qui sempre il diritto privato e il processo) necessita di una rapida trasformazione totale, e che l'unico metodo perché i Tedeschi vengano a godere di felici relazioni civili sia che tutti i governi civili cerchino con sforzo congiunto di promuovere la stesura di un codice emanato per tutta la Germania, sottratto all'arbitrio dei singoli governi. Due sono le condizioni che ogni legislazione può e deve soddisfare: essa dev'essere perfetta formalmente e materialmente; deve cioè esporre le sue disposizioni in modo chiaro, inequivocabile ed esauriente, e provvedere ad un ordinamento saggio e adeguato delle istituzioni civili, conforme alle esigenze dei sudditi".

⁶⁰ Per Thibaut, in ogni caso, non si tratta di cedere alle ragioni dell'astrazione; infatti (*Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, in *Versuch über einzelne Teile der Theorie des Rechts*, Jena, 1817, I, p. 174): "[...] senza filosofia non c'è compiuta storia; senza storia non c'è applicazione sicura della filosofia".

ne realmente scientifica⁶¹. Inoltre, la mancanza dei requisiti di scientificità del diritto comune, inciderebbe a tal punto sulla sua incertezza, da rendere effettivo un troppo marcato potere discrezionale, tanto dei giudici, quanto dei giurisperiti. Per inciso, lo stesso Thibaut legittima tale posizione usando un argomento che affonda le sue ragioni nella storia: è la condizione della Germania nel secolo XIX, il suo ritardo nel costituirsi come nazione, la sua arretratezza culturale, se non morale, a rendere improrogabile, ai suoi occhi, quell'opera di razionalizzazione complessiva del diritto, di cui la codificazione sarebbe momento 'eminente'.

La posizione di Savigny⁶², che ha come bersaglio polemico quella giurisprudenza che si vorrebbe 'razionalistica' e 'filosofica', e, con essa, ogni pretesa di derivare il diritto da 'principi' di natura razionale, è, invece, espressione della rivendicazione della necessità della costituzione organica del nesso tra tradizione e modi della socialità da un lato, e forme di normatività dall'altro⁶³. L'argomentazione

⁶¹ THIBAUT (*La polemica sulla codificazione*, cit., pp. 47-58) sottolinea come: "I nostri codici tedeschi antichi, di cui c'è poi in molti paesi una variegata miscellanea, esprimono qua e là con vigore il chiaro pensiero germanico, e si potrebbero pertanto utilizzare benissimo per singole questioni giuridiche in una nuova legislazione. Ma gli esperti erano e sono tutti d'accordo nel ritenere che essi spesso non sono più adeguati alle esigenze del nostro tempo, recano ovunque le tracce di vecchia rozzezza e miopia, e non possono completamente essere considerati codici generali e completi. Le leggi interne particolari che ad essi si aggiungono – le ordinanze principesche – hanno spesso arrecato qualche miglioramento in questa o quella regolamentazione; ma tutto si riduce di regola a timide correzioni nei dettagli, mentre la grande massa intricata è soffocata sotto il suo stesso peso. Delle nostre antiche limpide leggi si può al massimo sostenere che contengono poche disposizioni utili, ad esempio per le tutele e per il processo; ma non sono veri e propri codici, se si eccettua la sola Carolina, la cui inadeguatezza ai tempi attuali è così ampiamente riconosciuta che perfino gli adepti dell'immutabilità hanno dovuto ammettere l'assoluta necessità di nuove leggi penali. Quindi tutto il nostro diritto nazionale è un'infinita farragine di disposizioni disordinate che si contraddicono e si annullano vicendevolmente, fatte apposta per dividere indegnamente i tedeschi e per impedire ai giudici e agli avvocati una conoscenza approfondita del diritto".

⁶² Su Savigny, cf., in prima istanza, K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 5-16; E. WOLF, *F.C. von Savigny*, in ID., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1963, pp. 467-542; P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation – Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Germanistische Abteilung*, LXXXVI, Weimar, pp. 97-176; C. CASTRONOVO, *Savigny i Moderni e la Codificazione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2, Milano, 2001, pp. 219-255; nonché G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Guida, Napoli, 1978.

⁶³ Nell'ambito di una concezione antivolontaristica, Savigny, teorico della differenza tra elemento politico (il rapporto che questi intrattiene con la vita del popolo) ed elemento tecnico (la sua vita separata come scienza) nel diritto sostiene che (*La vocazione del nostro tempo per la legislazione e per la giurisprudenza*, in A.F.J. THIBAUT-F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, cit., p. 101): "La sostanza di questa concezione è dunque che ogni diritto ha origine in quello che l'uso corrente con qualche inesattezza chiama diritto consuetudinario, vale a dire che il diritto è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari e poi dalla giurisprudenza, che è sempre opera dunque di forze interiori che agiscono silenziosamente e non dell'arbitrio di un legislatore". Per la posizione hegeliana contro le posizioni storiciste di

della sua risposta è strutturata in tre tempi: il primo bersaglio polemico è costituito da quella tensione, tutta interna al codice, che lo vuole opera di teoria, il secondo, invece, dall'esperienza storico-politica dei codici. Infine, Savigny ha premura nel definire il ruolo della scienza giuridica di fronte al codice: la difesa dello "spirito del popolo" (*Volksgeist*), e quindi dell'elemento consuetudinario del diritto, deve sempre essere intesa alla luce del rapporto che si viene ad instaurare tra elemento politico ed elemento tecnico del diritto, di cui, lo ribadiamo, garante ultimo è la scienza del diritto. Il codice, allora, non è osteggiato di per sé, ma la sua ragion d'essere deve permanere in una dialettica di cui la giurisprudenza è perno. Savigny, esponente tra i più insigni dello storicismo giuridico, sostenitore del diritto come espressione dello "spirito del popolo" (*Volksgeist*), più che non dell'imposizione legislativa, va considerato anch'egli un positivista giuridico, esito in una certa misura paradossale, se consideriamo il suo indirizzo teorico teso alla considerazione del carattere subordinato del diritto posto dallo Stato. Eppure Savigny, e lo storicismo giuridico di cui è rappresentante eminente, se non capostipite, non a torto sono stati considerati parte integrante del positivismo giuridico: innanzitutto, per la recisa negazione operata nei confronti dei capisaldi teorici del giusnaturalismo illuministico. Inoltre, il lavoro sempre più raffinato di astrazione compiuto sul diritto vivente, il recupero della tradizione romanistica, considerata fonte 'archetipica' della razionalità giuridica in sé, giustificata da una concezione organicistica del rapporto tra presente e passato, centrato sull'idea dell'intelleggibilità e della normatività della ripetizione storica, avvicinano la *scientia juris* di Savigny al formalismo giuridico⁶⁴. Di essenziale, nell'evoluzione del pensiero del giurista,

Savigny e Haller in favore della codificazione, cf. *Lineamenti di filosofia del diritto ossia diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, trad. di F. Messineo, Laterza, Bari, 1954, §§ 211-12, 215-16, nonché § 258.

⁶⁴ È necessario, infatti, render conto del fatto di come Savigny stesso non è stato affatto estraneo all'affermazione di quel positivismo giuridico i cui tratti essenziali sono da rinvenire nel formalismo e nello statualismo. Si tratta di un ossequio, involontario, allo *Zeitgeist*, allo spirito del suo tempo, che lo stesso giurista non è riuscito a padroneggiare. Si assiste ad una trasformazione profonda, di cui ci dà testimonianza Larenz, secondo il quale Savigny, infatti, pensa al diritto come ad "[...] un sistema di regole giuridiche, che sono collegate l'una all'altra logicamente, di maniera che le regole speciali sono concepite come provenienti da regole generali e possono essere ricondotte a queste, nell'opera della maturità egli prende le mosse piuttosto dal nesso 'organico' degli "istituti giuridici" viventi nella coscienza generale", K. LARENZ, *Storia del metodo giuridico*, cit., pp. 15-16. L'inversione tra elemento empirico, seppur ridotto in schemi, ed elemento logico, è totale: le regole giuridiche, invece di essere ricavate a posteriori dalla ricerca sul diritto consuetudinario vigente, sono dedotte da entità presupposte, nell'ambito di una dinamica in cui lo Stato gioca un ruolo predominante. Il concetto di totalità, olisticamente inteso e formalisticamente applicato, soppianta l'approccio empirico ed immanente, seppur mediato da un lavoro di schematizzazione formale, al fenomeno normativo, di cui lo storicismo era stato l'alfiere in un primo momento. Che poi questo dispositivo sia pensato da Savigny nella presupposizione della centralità della *scientia juris*, è solo fino ad un certo punto significativo: di essenziale, vi è il meccanismo per cui le premesse empiriche, lo stesso appello al diritto consuetudinario, sono sacrificati in nome di una

vi è la dinamica progressiva, sulla cui scorta le premesse empiriche di una riflessione che si vuole inizialmente ancorata alle ragioni della socialità e della storia sono sacrificate in nome di una *reductio ad unum*, nel cui ambito giocano un ruolo di primo piano l'assunzione del diritto romano a paradigma scientifico esplicativo, a sua volta legato ad una tendenza a presupporre alla ricerca empirica unità logiche, dogmaticamente date per acquisite. Proprio però nella misura in cui le esperienze successive se ne distanziano solo problematicamente, il Codice dei francesi finisce per costituire una vera e propria pietra di paragone, una griglia concettuale, con la quale è impossibile non confrontarsi.

Promulgato immediatamente a ridosso del *Code Napoléon*, il Codice austriaco si configura in una posizione di limite tra la persistenza di realtà cetuali e l'affermazione della borghesia nascente, espressione di un movimento già più avanzato di espressione della società. È proprio questa sua peculiarità a farne una realtà al tal punto condizionata dalla situazione politica del proprio tempo, che la sua stessa applicazione è rimandata, sino al definitivo superamento delle gerarchie feudali. Per il tramite di Franz von Zeiler, a penetrarlo è lo spirito della riflessione giusnaturalistica kantiana, traducendosi nello sforzo di pensare la fondazione della società e dello Stato a partire dalla categoria doveristica: per quanto questa sua fondazione lo accomuni a costruzioni impregnate dallo spirito del formalismo, il Codice austriaco ha un merito inequivocabile, quello di contemplare una certa eterointegrabilità, perseguita tramite il ricorso tanto a fonti sussidiarie (consuetudine), quanto all'interpretazione giurisprudenziale (analogia, ricorso allo stesso diritto naturale). In virtù di queste disposizioni, rinuncia a priori al dogma della completezza, ed è con tutta probabilità proprio questo il motivo per cui è ancora oggi in vigore.

In Germania, la polemica Thibaut-Savigny è esplicativa della diffidenza con cui viene percepita l'esportazione del *Code* oltre i confini della Francia⁶⁵: è la

reductio ad unum, operata prima in nome dell'assunzione della centralità del diritto romano quale espressione della razionalità intrinseca della civiltà giuridica, poi dall'impianto definitivo del metodo del giurista, il cui esito è la pandettistica. Quest'ultima, nell'elaborare la nozione di istituto giuridico, si caratterizza in una formalizzazione assai spinta, cui è premessa un'ipotesi formalizzante dalla forte connotazione gerarchica, al cui vertice, paradossalmente, la *scientia juris* svolge un ruolo non tanto diverso da quello rivestito, in tutt'altro ordine di rapporti, dal codice. In un senso meno paradossale di quanto possa apparire *ictu oculi*, le teorizzazioni successive al *Code*, se ne distanziano problematicamente, non potranno evitare la costituzione, spesso solo indiretta, di quest'ultimo, quale loro pietra angolare.

⁶⁵ Sull'esportazione della codificazione al di là dei propri confini, con riferimento in particolare alla Germania, cf. A. CABANIS, *Le Code hors la France*, in *La Codification*, a cura di B. Beigner, Paris, 1996, pp. 36 ss.; A. DUFOUR, *L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^e-XIX^e siècles*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 24, 1996, pp. 45-60; D. DEROUSSIN, *Le discours sur la codification entre France et Allemagne*, in *Le Code Civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, a cura di D. D'Ambra-C. Grewe-B. Laplane-M. Laurain, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2006, pp. 39-67.

scienza giuridica, in definitiva, a mediare tra istanze di modernizzazione e difficoltà della nazione a costituirsi come unitaria. Un certo spirito, impregnato di formalismo, permea, con modalità affatto differenti, il Codice civile tedesco (BGB): di fronte al "grido di guerra" lanciato nel 1848 da Kirchmann con il suo celeberrimo *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*⁶⁶, che denuncia i limiti scientifici della scienza giuridica formalista, la giurisprudenza tedesca risponde ponendo il proprio ideale scientifico sotto l'egida della sistematicità logica, ribadendo, in sostanza, che la codificazione, per avere dignità scientifica, deve rispondere all'ideale sistematizzante perseguito dalla scienza delle pandette, non potendo il BGB essere assimilato ad una semplice raccolta di norme. Solo dopo tre progetti – il primo dei quali, tacciato di eccesso di formalismo e di astrazione, trova la ferma opposizione di giuristi del calibro di Menger (1841-1906)⁶⁷ e von Gierke (1841-1921)⁶⁸, è riscritto con l'intento di essere più aderente a contenuti sociali – il BGB (alla cui redazione presiede una commissione di cui è membro inizialmente Windscheid) vede la luce. Il codice tedesco non riuscirà mai del tutto a liberarsi del 'debito' contratto con la scienza pandettistica: in questo senso, la sua lodevole chiarezza, la sua coincisione, sono il prodotto di un rigoroso apparato concettuale sottostante, che consente di evitare il ricorso alla casistica particolare⁶⁹.

⁶⁶ Cf. H. VON KIRCHMANN, *Il valore scientifico della giurisprudenza* (1848), Giuffrè, Milano, 1964. Per quanto riguarda la posizione della *Freirechtsbewegung* nei confronti dello storicismo giuridico, con particolare riferimento alla figura di Savigny, cf. H. KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?*, in *Recht und Wirtschaft*, 1, 1911, pp. 47 ss.

⁶⁷ Cf. A. MENER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Verlag der Leuppischen Buchhandlung, Tübingen, 1927. Sul pensiero di Menger, quale esponente del socialismo giuridico, si veda N. REICH, *Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im neunzehnten Jahrhundert und heute*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, Tomo I, Milano, 1974-75, pp. 157 ss.

⁶⁸ Cf. O. VON GIERKE, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1888-89.

⁶⁹ Resta pur sempre valida la seguente osservazione: "Quel che si guadagna in astrazione viene poi normalmente perduto a causa della inevitabile insufficienza di regole troppo generali e della conseguente necessità di ulteriori discipline particolari: così, ad esempio, la regola generale dell'annullabilità a seguito di errore contenuta nel §119 II deve essere poi esclusa dalla *lex specialis* sui vizi dell'oggetto della compravendita (§§ 459 ss.) o, nei contratti di durata, dal recesso per giusta causa. Questi difetti emergono in modo molto spiacevole specialmente nel sistema dei rinvii con cui il legislatore aveva sperato di evitare una casistica troppo minuta. Il fenomeno della generalizzazione favorisce, inoltre, soluzioni materiali materialmente errate come è dato ad es. oggi constatare in tema di nullità contrattuale nella problematica dei cosiddetti contratti di fatto. La perdita di vista del problema concreto posto dall'apprezzamento di una certa disciplina ha anche determinato fin troppo spesso la insufficienza nella specifica esattezza materiale della disciplina stessa", F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, 2, cit. p. 188.

5. LA VICENDA CODIFICATORIA IN ITALIA

"Un codice non deve certamente mettersi in opposizione con i costumi esistenti e con la parte accettabile dell'eredità del passato, ma deve anzitutto mostrarsi conscio dei progressi del domani e anticiparli o per lo meno prepararli, esplicando, quanto più largamente sia possibile quei grandi principi di morale e di giustizia universale di cui la libertà politica non è che l'ultima espressione"⁷⁰: è in questi termini che Pasquale Stanislao Mancini cerca, con una forte vena di ottimismo, di coniugare le due anime che giacciono al cuore del Codice del 1865, vero e proprio Gian tra passato e futuro, tra tradizione e innovazione. Per quanto, relativamente al proprio costituirsi come nazione, l'Italia riveli tratti di continuità con la Germania, la recezione del *Code* dei francesi non risente qui di forme di opposizione né politica, né dottrinale, al punto che, pur non potendosi qualificare come passiva e pedissequa, si rivela sostanzialmente pacifica. Così, la redazione del Codice del 1865 costituisce il tentativo di tenere insieme le istanze della tradizione e del progresso, ossia della realtà preunitaria e di quella nazionale: se guardiamo a quest'ultimo aspetto, non solo vi è somiglianza tra il *Code* dei francesi del 1804 e quello degli italiani del 1865⁷¹, ma, ancor di più, è del tutto pregnante la somiglianza tra l'ideologia che è a monte delle due opere, ispirandole. Senza che con questo si intenda negare la specificità dell'esperienza italiana, è da rilevarsi come, entrambe, tendano, infatti, a stabilizzare rapporti sociali ed economici di corpi politici, profondamente scossi da un movimento potenzialmente teso a costituire nuove aggregazioni. Questo processo si dipana attraverso l'implementazione di modalità tese a costituire un nuovo ordine, quello borghese, la cui affermazione passa, nella cornice costituita dalla nazione, tanto per la centralità della dimensione proprietaria, quanto per la definizione dell'autonomia della volontà dei privati, quanto, ancora, per il conferimento di validità di legge del contratto. Il codice prepara, dunque, l'egemonia di una nuova classe, ormai pronta ad assumere ruoli direttivi all'interno dello Stato, a sua volta identificato con l'ordinamento giuridico da un lato, e con la nazione dall'altro.

Per quanto ispirato complessivamente ai valori liberali dell'individualismo giuridico emersi dalla Rivoluzione francese, il Codice del 1865 non va conside-

⁷⁰ P.S. MANCINI, *Unificazione e riforma della legislazione civile, penale e amministrativa del Regno d'Italia. Discorsi e relazioni parlamentari (1862-1876)*, Tip. Eredi Botte, Roma, 1876, pp. 13-14.

⁷¹ Per la ricostruzione dei rapporti tra le due codificazioni, cfr. T. HUC, *Le code civil italien et le code Napoléon*, Cotillon, Paris, 1866; J.O. BEAUREGARD, *Législation italienne. Organisation judiciaire et analyse du code civil*, Pichou, Paris, 1887; P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, ESI, Napoli, 1967; D. CORRADINI, *Le codificazioni civilistiche dell'800*, in *Il diritto privato nella società moderna. Saggi*, a cura di S. Rodotà, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 29 ss., nonché, G. ASTUTI, *Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli stati successori*, in *Annali di storia del diritto*, XIV-XVII, Giuffrè, Milano, 1970-73, pp. 77 ss.

rato come una pedissequa e meccanica imitazione del *Code Napoléon* del 1804: i tre libri di cui è composto, pur replicandone in linea di massima l'articolazione, se ne distaccano sul piano sistematico, e conferendo nuova sistemazione ai capitoli, e migliorando la disciplina di istituti, la cui definizione, solo in apparenza non varia rispetto al testo francese. Il primo libro del Codice del 1865 riconosce, inoltre, seppur implicitamente, i limiti dell'ideologia individualistica del legislatore francese, definendo le linee della possibile legittimazione di corpi morali e persone giuridiche intermedie, pur senza disciplinarle nello specifico. Per quanto riguarda, invece, le persone fisiche, si sancisce il principio per cui la nazionalità non vincola il cittadino, ma è sottoposta all'adesione volontaria di ciascuno, al punto che si prevede la rinuncia alla stessa del singolo. Viene conferito, in tal modo, massimo risalto alla sua espressione di volontà, ma, a differenza del *Code* del 1804, si tempera questa posizione e si riconoscono, tutelandoli, la posizione e i diritti del coniuge e dei figli.

La stessa presupposizione di un testo dedicato alle disposizioni preliminari, inoltre, rende originale il lavoro del legislatore italiano: si tratta di elementi che, se non basteranno a porlo al riparo dalle critiche dei "socialisti della cattedra", sicuramente conferiscono carattere di originalità ad un'opera che entra in vigore anticipando e segnando, de facto, la costituzione dell'Italia quale nazione, sancendone l'unificazione, che resisterà al primo conflitto mondiale, all'avvento del fascismo, conservando la sua vigenza fino al 1942. È chiaro che esperienze storiche così pregnanti hanno inevitabilmente messo in crisi un *corpus* che non poteva, per la sua stessa struttura, così influenzata dai principi dell'individualismo liberale, essere all'altezza degli sviluppi novecenteschi della società italiana. Il Codice civile italiano del 1942⁷², che lo sostituisce, costituisce un vero e proprio

⁷² Sul Codice civile del 1942, si vedano, per un inquadramento generale, A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, II voll., Einaudi, Torino, 1978; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1982; C. GHISALBERTI, *La Codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Laterza, Roma-Bari, 1985; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1991; P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Un'ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVIII, Milano, 1999, pp. 175-291; R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1990; A. SCHIAVONE, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990; G. ALPA, *La Cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Sulla codificazione fascista, negli anni della sua stesura, cf. S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1942, pp. 358-375; C. COSTAMAGNA, *Fascismo e codici*, in *Lo Stato*, 1940, pp. 49-60, ID., *I cosiddetti principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *ivi*, pp. 97-116, S. PANUNZIO, *Motivi e metodi della codificazione fascista*, Giuffrè, Milano, 1943. Più in generale, cfr. gli importanti *Atti del convegno nazionale universitario sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, ETS, Pisa, 1940. Per quanto riguarda la polemica immediatamente successiva alla fine del conflitto, tra necessità di ripudiare l'esperienza fascista e necessità di sottolineare la pretesa di neutralità della scienza giuridica, cf., su fronti opposti: AA.VV., *Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario*, Istituto Italiano per gli studi legislativi, Roma, 1946; P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Pre-*

banco di prova su cui misurare non solo la penetratività di un modello politico nella sfera dei rapporti sociali ed economici, quanto l'ambigua adesione della scienza giuridica ad un regime, quello fascista, la cui illiberalità, peraltro già manifesta, giunge, nel 1938, alla negazione di una delle maggiori conquiste delle democrazie liberali, il diritto di cittadinanza. Mentre è in corso la redazione dei singoli libri del Codice, infatti, non senza il consenso di molti dei più prestigiosi esponenti della scienza giuridica, sono approvate le leggi razziali, senza che si possa dire che lo siano state per pedissequa imitazione del più potente alleato germanico, né, tantomeno, che la scienza giuridica vi abbia assistito in modo inerte o passivo. Ad avvalorare questa ipotesi vi è la costatazione del florilegio di quelle riviste che, tra formalismo giuridico e indagine razziale, tematizzano e dibattono con partecipata adesione la questione⁷³: la ripresa tematica delle problematiche dello *status*, nonché dei rapporti tra *status* stesso e personalità, investe in pieno una scienza giuridica che, orientata formalisticamente (sulla scorta delle trattazioni pandettistiche), avalla una legislazione, a tutti gli effetti discriminatoria, la cui impronta antiegalitaria sarà presente in quel I libro del Codice Civile, entrato in vigore in anticipo rispetto agli altri. Nel concedere la capacità giuridica ad ogni individuo, infatti, in modo contestuale, si prevede anche la possibilità che sia prevista una disciplina derogatoria di questo principio, demandata ad una legislazione speciale, volta a definire criteri e tipologie razziali.

È a partire dalla seconda metà degli anni '30 che si rivela sempre più urgente l'istanza politica di ridare centralità a quella forma-codice, progressivamente messa in parentesi già prima del fascismo da critiche eterodosse (è il caso del giusliberismo e delle correnti dottrinarie legate al "socialismo giuridico"), e poi dal ricorso operato dal regime a leggi speciali, che ne esautorano di fatto il

messe alla costituente, Vallecchi, Firenze, 1945; F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, Roma, 1947, pp. 76 ss. Il dibattito non si esaurisce nell'immediato dopoguerra: cf., in tal senso, R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Il Mulino, Bologna, 1980; P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, IV, pp. 209 ss.; A.M. PRINCIGALLI, *La vicenda della codificazione*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 52 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Il Mulino, Bologna, 1971.

⁷³ È il caso, tra le altre, de *Il diritto razzista*, diretta da Stefano Maria Cutelli, nel cui Comitato scientifico compaiono non solo politici, come Solmi, ma anche giuristi del calibro di Azara, Fedele, Marò, nonché dello stesso Santi Romano. Per una ricostruzione della nascita, della matrice ideologica e dell'attività di questa rivista, cfr. E. DE CRISTOFARO, *Il diritto razzista. Una rivista dell'Italia fascista*, in *Rechtsgeschichte*, 5, 2004, pp. 288 ss. Più in generale, sulla questione antisemita durante il fascismo, cfr. R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Einaudi, Torino, 1972; G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano dal periodo napoleonico alla Repubblica*, Firenze, 1974; C. SCHWARZENBERGER, *Fascismo e legislazione razziale*, in *Rivista di storia del diritto contemporaneo*, 1976, fascicolo 1, pp. 35 ss.

ruolo di asse portante dell'intero edificio normativo. La stesura del Codice vive così una potente accelerazione, condizionata dal sottostante conflitto dottrinale tra chi considera il diritto privato in continuità con i principi dello Stato liberale, tra l'affermazione, cioè, tanto di una certa indifferenza del diritto privato alle variate condizioni politiche, quanto di una certa difesa dell'autonomia individuale (è il caso di Scialoja), e chi, invece, ritiene il regime fascista foriero di una trasformazione radicale, tale da rendere inattuale il passato (è il caso di Betti). Rileva, in questa fase, l'opposizione tra due tipologie di giuristi, stigmatizzata da Bottai nel '31: quella tra "giuristi-politici intransigenti" e "giuristi puri".

La contrapposizione non riguarda esclusivamente il momento dottrinale, essendo, piuttosto, relativa all'incidenza del regime politico sulla sfera del diritto privato, la quale influisce innanzitutto sul dibattito relativo alla definizione di quei principi generali tornati d'attualità già nel primo dopoguerra, al fine di adattare la legislazione alle mutate condizioni storico-sociali. La proprietà, e più in generale l'intera definizione dei rapporti economici, si rivelano ispirati ad un'ideologia non più in grado di render ragione della complessità di un presente in cui si agita potentemente lo spettro e della trasformazione capitalistica e del conflitto sociale. La questione si ripropone negli anni del fascismo: Panunzio, giurista di regime, già nel 1932 solleva la questione, proponendo di aggiungere la dizione 'corporativo' a quella dei principi generali del diritto, anche se poi, sei anni dopo, all'atto di presentazione del progetto al Senato, eliminate le regole generali per l'interpretazione, il riferimento ai principi generali rimane, con la specificazione che è questione del diritto 'vigente'. Ma anche questa dizione si rivela poi provvisoria, e successivamente, nella proposta presentata dall'allora ministro per la giustizia Arrigo Solmi⁷⁴, si parla di "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato": in questo caso, è il riferimento alla nozione di ordinamento giuridico a fare da baluardo ad un'impropria estensione della sfera d'azione politico-statuale. In generale, la lungimiranza dell'approccio di Grandi⁷⁵ e Vassalli si rivela in tutta la sua portata: il dibattito si chiude col mantenimento della dizione di "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", cui si affianca, nella medesima posizione gerarchica, grazie all'opera della Corte di Cassazione, la Carta del Lavoro. Più in generale, l'idea di un ordinamento corporativo sovraordinato pervade il Codice: è il caso dell'istituto familiare, della regolazione dell'educazione dei minori, dell'impresa e della normativizzazione dei rapporti tra imprenditori. In ossequio ai principi del corporativismo, le categorie fondamentali dello Stato liberale vengono riformulate: legge e contratto sono ripensati all'interno di un approccio in cui la dimensione privata, tramite i sindacati e le corporazioni, si collega, organicisticamente, al principio della statualità, ragion per cui la fase di dibattito preliminare si chiude con

⁷⁴ A. SOLMI, *L'idea fascista nel nuovo codice civile*, Roma, 1940.

⁷⁵ D. GRANDI, *Tradizione e rivoluzione nei codici mussoliniani. Discorso pronunciato in occasione del rapporto tenuto dal Duce alla Commissione per la riforma dei codici il 31 gennaio 1940-XVIII a Palazzo Venezia*, Roma, 1940.

una cauta riproposizione di modelli liberali, seppur rivisitati. Si mantiene la dicitura di "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", contro quella di "ordinamento giuridico corporativista", proposta da Panunzio, riaffermandosi, per altri versi, la "funzione sociale" della proprietà, tenendo, però, contemporaneamente, fede al principio della "volontà individuale". Si realizza, nel segno del corporativismo, un compromesso tra le istanze del fascismo e quelle della tradizione liberale: i principi corporativi, espressi dalla Carta del Lavoro, regolano, definendone le coordinate, l'azione dei privati, la cui autonomia, formalmente riasserita, è da intendersi nell'ambito della presunzione, idealistica, di una sostanziale identità tra la volontà dello Stato (come volontà generale) e quella dell'individuo (intesa come specificazione, anzi unica realizzazione di essa).

In definitiva, la redazione del Codice fascista diviene realtà nella misura in cui si afferma, tra statalismo e liberalismo, una terza via, le cui coordinate teoriche sono quelle dettate dall'ideologia corporativista, il cui principale esponente è, ancora, Panunzio⁷⁶, ma la cui realizzazione concreta passa in realtà per la capacità di un giurista attento alle possibili declinazioni del rapporto tra diritto ed economia come Vassalli, che lavora, non a caso, d'intesa con un personaggio come Dino Grandi, il cui allineamento al regime non può che essere definito problematico. Sulla scorta di questa ispirazione, il Codice civile, insieme alle leggi speciali, finisce per costituire un'unica realtà, sovra-ordinata da un ordinamento politicamente connotato, bersaglio polemico del quale sono le codificazioni liberali regolate da principi giusnaturalistici; non che l'esistenza di principi generali, non sia contemplata all'interno del Codice: già il Codice del 1865 aveva, sul punto, come si è visto, segnato una forte discontinuità rispetto al *Code Napoléon*, simile al codice austriaco. Al di là della questione dei principi generali e della stessa Carta del Lavoro, non è possibile sostenere che, essendo presenti i dettami dell'ideologia corporativistica in un unico libro, il quinto, gli altri ne fossero immuni: il Codice del 1942 è da leggersi organicisticamente come un tutto: centrando l'asse della sua elaborazione su una categoria forse inattuale già nel momento in cui veniva formulata, richiamante Proudhon, l'ideologia fascista è presente tanto nelle preleggi e nell'organizzazione dei rapporti economici, quanto nella disciplina delle obbligazioni e della proprietà. I capisaldi dell'ideologia liberale sono regolati dall'ideologia corporativa, interpolata dal ricorso alla concezione idealistica della sostanziale identità tra volontà dell'individuo, preliminarmente identificata con quella dello Stato, e quella della corporazione stessa. L'opposizione tra autorità e libertà finisce per sciogliersi: così la proprietà è "funzione sociale", i cui limiti sono dettati dallo Stato, elevata da quest'ultimo al rango di principi generali, e quella che viene definita l'"autonomia corporativa" trova la sua fonte ultima in una volontà, quella dell'individuo, che non può che coincidere con quella dello Stato. Il fenomeno totalitario riguarda, più che la semplice limitazione della sfera di libertà individuale, il farsi totalità dello Stato,

⁷⁶ Sul punto, cfr. la posizione espressa in S. PANUNZIO, *Motivi e metodi della codificazione fascista*, cit.

che assoggetta alla sua disciplina tutta una serie di rapporti, che vanno "dalla famiglia alla scuola, dall'officina all'opificio, nello svolgimento del commercio e dell'industria, nell'uso della proprietà e della ricchezza"⁷⁷, senza che questi entrino in conflitto con il principio dell'autonomia individuale, dal momento che non c'è vero volere del singolo fuori dallo Stato.

L'analisi del Codice del 1942 quale prodotto 'tecnico' della cultura giusprivatistica non può dunque eludere la cornice politica in cui ha avuto luogo la sua stesura, ma non può, neanche, è questo il punto di vista espresso dalla scienza giuridica del tempo, ridursi ad essa: innanzitutto, se ne deve evidenziare il carattere di apertura al lavoro giurisprudenziale. All'interrogativo, relativo alla misura in cui le disposizioni del codice, che, ricordiamolo, non sono sanzionate, debbano essere considerate norme in senso proprio, il legislatore risponde con un corpo di leggi adattabile, tramite il lavoro giurisprudenziale, alle esigenze della socialità, segno, in un certo senso, di una limitazione interna dell'onnipotenza del legislatore. In questo senso deve essere letta la presenza di clausole generali, importante strumento di adattamento delle regole giuridiche.

Seppur in modo sommario, il Codice del 1942 può essere considerato come il prodotto della convergenza di cinque filoni: 1) regole trasferite dal Codice precedente, in vigore fino a quel momento; 2) regole derivanti dal Codice di Commercio del 1882; 3) regole riprese dalle legislazioni speciali mediante le quali il fascismo, togliendo centralità alla forma-codice, aveva disciplinato singole materie; 4) regole derivanti dal lavoro giurisprudenziale; 5) regole nuove, con le quali si emendava il Codice del 1865, ove insufficiente. Preceduto dalle disposizioni preliminari, nonché da quella Carta del Lavoro che lascia una traccia precisa nell'articolo I della nostra Costituzione, è diviso in sei libri, così ripartiti: "delle persone e della famiglia" (I), "delle successioni" (II), "della proprietà" (III), "delle obbligazioni" (IV) "del lavoro" (V), "della tutela dei diritti" (VI), entra in vigore nel 1942. Si opta per il mantenimento delle disposizioni preliminari, scartando la soluzione di affidarle ad una legge speciale, com'era accaduto in Germania: per quanto la graduatoria delle fonti ivi espressa si rivelerà di lì a breve inattuale, non prevedendo né la Costituzione del 1948, né l'ordinamento regionale. Sul piano dei rapporti di diritto internazionale, il legislatore del 1942 si tiene in linea di continuità con la mirabile opera di Mancini, perfezionando l'idea originaria espressa nel Codice del 1865, ossia di assegnare carattere di universalità alle regole di diritto internazionale, considerando paritetica l'applicazione di legge interna e legge straniera, senza richiedere, però, e siamo in presenza di una variazione significativa, che gli Stati stranieri fossero obbligati alla regola della reciprocità. La nozione di persona (I libro) è ripresa per intero dalle elaborazioni in tema, operate dalla pandettistica otto-novecentesca: sotto l'egida del più stretto formalismo, persona fisica e persona giuridica sono colte alla luce di un principio d'unità, non senza che emergano declinazioni particolari, in cui

⁷⁷ F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, 1954, p. 107 ss.

ciò che rileva è il primato di un ordinamento giuridico, a tutti gli effetti equiparato allo Stato. La materia assume una deriva nettamente statualista, al punto che non avranno luogo d'essere associazioni i cui fini non coincidano con quelli dello Stato (d'altra parte, si è visto come, in una certa ottica, non esista volontà né scopi possibili fuori dallo Stato), mentre della famiglia, in continuità con il legislatore napoleonico, si mette in rilievo soprattutto la preminenza della figura paterna, da cui discende una separazione ancora marcata tra figli legittimi e figli naturali. Alla disciplina della proprietà, definita a partire dal suo schema più semplice, quello di un solo individuo legato ad un oggetto di natura abitativa, che persegue fini individuali, progressivamente specificato in tutte le sue componenti, è presupposta una parte generale riguardante la classificazione dei beni in generale. Se il libro sulle obbligazioni è quello più curato formalmente, derivando la sua elaborazione dal lavoro della trattazione formalistica sull'argomento, francese e tedesca, quello più innovativo sarebbe dovuto essere il quinto, che, però, è anche quello in cui ha maggiore spazio l'ideologia del regime. Indubbiamente, affronta una materia che non solo si era significativamente evoluta rispetto a quella con cui si era confrontato il legislatore del 1865, ma che si voleva anche che delineasse i rapporti socio-economici in prospettiva futura. Come abbiamo accennato in precedenza, il richiamo, del tutto strumentale, nonché improprio, alla categoria proudhoniana di produzione, avrebbe voluto che il soggetto di quest'ultima fosse il perno di tutto l'impianto codicistico, con lo scopo di sanare, tramite un processo di radicale statualizzazione della società, quelle contraddizioni tra dimensione individuale e sociale, inerenti la crisi dello Stato liberal-borghese. Questo processo ha per esito la delega del controllo politico dell'attività economica ad un ente come il sindacato unico, ragion per cui non è dato rinvenire, nel Codice del 1942, né una chiara definizione di mercato, né, tantomeno, una qualche possibile regolazione della concorrenza, il che gioverà alla sua sopravvivenza dopo la caduta del regime.

Con la caduta del fascismo, la questione del rapporto tra corporativismo fascista e ideologia liberale ritorna d'attualità, anche per dimostrare l'esistenza di una resistenza interna all'ordinamento fascista, in grado di legittimare una continuità con il futuro stato democratico. Si trattava di evidenziare le linee di una resistenza 'interna' del ceto giurista legato ai principi liberali, al fine di avvalorare le modalità con le quali l'Italia aveva evitato la sorte destinata alle nazioni sue alleate nel corso del conflitto. La caduta del fascismo riattualizza, così, pregresse tensioni tra giuristi propensi ad una fascistizzazione integrale della sfera giuspubblicistica e giuristi liberali, inclini invece a difendere l'autonomia della scienza giusprivatistica: alla fine del conflitto, nel rispondere a quelle istanze di trasformazione radicale, che invocano una vera e propria *tabula rasa* del legislatore fascista, si riprende la tesi della necessaria continuità istituzionale con un passato in cui proprio la cultura giusprivatistica avrebbe costituito un momento di resistenza. In altri termini, si afferma la tesi della necessaria continuità istituzionale tra liberalismo e fascismo: proprio la redazione del Codice del 1942 avrebbe fatto da *fil rouge* tra l'esperienza liberale, quella fascista e quella democratica. Il fascismo, in questa lettura, sarebbe

una semplice parentesi, come suggerisce quello che per molti è stato il punto di riferimento dell'antifascismo militante, Benedetto Croce. Alla fine della seconda guerra mondiale, la linea che si afferma è quella della difesa di una continuità interna allo Stato liberale, in qualche modo in grado di relativizzare, mettendola in parentesi, l'esperienza fascista, forse anche in virtù della debolezza teorica del corporativismo fascista, se non della 'cultura' politica fascista in generale, nel costituirsi come vera e propria "terza via" tra collettivismo statalista ed individualismo liberale. La cultura civilistica italiana si trincerava, ancora una volta, nei quadri del formalismo più rigido, allo scopo di dimostrare la permanenza di una struttura logica sottostante tutta la produzione normativa - le cui coordinate teoriche sono fornite dalla pandettistica - che si vuole avulsa da ogni rapporto col sociale e con le ragioni della storia. Tra la fine degli anni '30 e l'inizio degli anni '40, ci si impegna in un'opera di ristrutturazione unitaria della cultura giusprivatistica, dalle cui radici, il presente deriverebbe per espansione logica, senza alcun riferimento a convenienze politiche e sociali: la Commissione ministeriale per la riforma del Codice può iniziare i suoi lavori, e risulta fondamentale in tal senso la raccolta dei lavori preparatori della codificazione del '42. Emendato dalle incrostazioni ideologiche imposte dal regime fascista, il Codice riscuote il consenso di Capograssi, il quale al termine del secondo conflitto mondiale sottolinea come quest'opera "non può non fare onore alla scienza e alla scuola italiana".

Il codice civile assume, nell'assetto del nuovo Stato, una collocazione diversa da quella che aveva in precedenza: se, come abbiamo visto, la forma-codice, nell'immediato primo dopoguerra, era stata limitata dal costante ricorso alla legislazione eccezionale e alle leggi speciali, si palesa la necessità di invertire questa tendenza, ragion per cui il codice stesso potrà diventare vigente solo dopo l'abrogazione di tutta quella produzione normativa interpretata, considerata una superfetazione. Il lavoro del legislatore nell'immediato secondo dopoguerra consiste, allora, innanzitutto nel liberare il codice dall'insieme di sovrastrutture normative e ideologiche che avevano fortemente caratterizzato in senso politico la normazione in materia di diritto privato. In questo senso: "L'abrogazione delle inique e ripugnanti leggi razziali, frutto di quell'abbietto antisemitismo spesso ricorrente nella storia ma del tutto estraneo alla tradizione giuridica dello Stato italiano nato dal Risorgimento, e la soppressione della Carta del lavoro, premessa al codice civile a cagione del corporativismo caro al partito, furono altrettanti esempi della facilità con la quale il testo poté applicarsi, senza essere rinnegato né modificato nelle sue strutture normative di base alla realtà della società democratica postbellica"⁷⁸.

Il codice del '42 sopravvive al regime nel quale e per il quale era stato elaborato: l'affermazione del principio liberale della libera iniziativa in materia d'impresa economica non contraddice quello della libertà negoziale, asserito nel codice, e, inoltre, istituti come famiglia e proprietà, per come delineati dal legi-

⁷⁸ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, cit., p. 259.

slatore fascista, sembrano, in apparenza, in linea di continuità col dettato costituzionale. Affermata la continuità nella frattura tra cultura giuridica liberale e ventennio fascista, si assiste, però, ad un altro fenomeno, la cui paradossalità è solo in parte sminuita dall'aver avuto luogo in un paese come l'Italia, la cui caratteristica sembra essere quella di una disomogeneità complessiva nell'azione istituzionale. Lo Stato non si lascia limitare da principi normativi ad esso esterni, ma corregge, in modo estremamente illuminato, servendosi di tutto l'apporto dei teorici del giuspersonalismo e del diritto sociale, la sua penetrazione nella sfera della società civile, facendo riferimento, ad esempio, alle formazioni sociali, erte a baluardo di istanze normative che l'ordinamento oggettivo deve recepire in quanto tali. La Costituzione del '48 regola la sfera dell'autonomia dei privati con ben maggiore pervasività rispetto allo Statuto albertino, che è ancora di marca strettamente liberale: istituti come la famiglia, l'impresa, la libera concorrenza, sono regolate in ossequio ad un valore fondamentale, quello della solidarietà, che sembra in grado di rendere ragione del superamento delle contraddizioni presenti nell'individualismo liberale. Non che in questo non vi sia traccia, seppur radicalmente modificata di segno, dell'operato del pregresso regime: ne sono traccia l'articolo 1, in cui è rinvenibile qualcosa di quella Carta del Lavoro che del Codice del '42 è cornice, nonché gli articoli (in particolare 41 e 42) che regolano la proprietà (di cui si esalta il valore di funzione sociale) e l'impresa.

Interi titoli della Costituzione repubblicana riguardano materie di competenza del diritto privato: purtroppo, quest'apertura si rivela contraddittoria nell'applicazione, nella misura in cui le disposizioni costituzionali vengono interpretate come enunciati non immediatamente prescrittivi, destinati al solo legislatore. Così, la dottrina e l'applicazione giurisprudenziale non possono che fare riferimento a quella disciplina dei rapporti facenti capo al Codice del '42, seppur depurato dalle sovrastrutture volute dal regime e quindi, ricondotto alla sua matrice liberale, senza che essi possano essere messi in rapporto organico alle norme costituzionali: a sciogliere questa contraddizione, realizzando però quell'intreccio sempre più stretto tra sfera pubblica e sfera privata, che, oltre ai suoi indubitabili meriti, è anche presupposto normativo di molte delle distorsioni dell'Italia di oggi, è la Corte Costituzionale.

6. L'ATTUALITÀ TRA 'DECODIFICAZIONE' E 'RICODIFICAZIONE'. CONCLUSIONI

È sulla scorta di una coraggiosa pronuncia, datata 1954, con cui si conferisce valore prescrittivo alle disposizioni della Corte Costituzionale, che, alla fine degli anni '60, si sancisce la fine delle contraddizioni, esistenti tra i contenuti solidaristici della Costituzione e la forma liberale con cui il Codice del '42 regola i rapporti di diritto privato. La Corte costituzionale fa da battistrada ad un rinnovamento totale che implica, però, anche la caduta dei limiti tra diritto

pubblico e diritto civile, riguardando, di volta in volta e a seconda degli orientamenti della Corte (tra l'altro non unitari, espressione delle posizioni dei singoli membri che ne fanno parte), la famiglia, le successioni, la proprietà, il contratto, l'impresa. "Il privato è pubblico", non è solo un bello *slogan*, non è solo l'inizio del movimento di socializzazione del diritto privato, e quindi di raccordo tra dettato costituzionale e codice, ma anche causa materiale di una più massiccia penetrazione dello Stato nella società, foriera, a sua volta, di effetti materiali e formali. L'abbattimento del confine tra diritto pubblico e privato, se, infatti, ha significato un innalzamento sul piano della coscienza democratica, ha generato, in seguito, un imbarbarimento complessivo della nazione, dovuto proprio ad una progressiva statualizzazione della società di marca non più politica, ma economica, cui non sono estranei fenomeni come la corruzione, il finanziamento occulto dei partiti, l'assottigliarsi dei confini tra arricchimento lecito e illecito.

Sul piano formale, invece, tutto ciò ha comportato una sempre maggiore perdita di centralità del codice, stretto, sempre più, tra la Costituzione da un lato e le normative sovranazionali dall'altro: questo collasso della forma-codice, dovuto ad un'estensione ipetrofica dello Stato al di là dei suoi limiti è stato, pertinentemente, associato ad una sua crisi complessiva, ossia alla c.d. "età della decodificazione"⁷⁹. Il dibattito ad essa relativo, assieme al tentativo di estendere la portata del codice al di là dei confini della costituzione di entità nazionali, riporta in auge una *querelle* che, in un senso o nell'altro, ha vissuto pochi momenti di pausa, al punto che è ritornato attuale chiedersi se codificare non possa considerarsi oramai "un modo superato di legiferare"⁸⁰. Con la particolarità, però, che la continuità che sembra aver caratterizzato, almeno in Italia, il fenomeno codificatorio vive di una sospensione. Intendendo per 'decodificazione' quel processo in base al quale la tendenza alla specializzazione di interi settori della legislazione ha luogo a scapito di sistemi generalizzanti, si prende atto delle difficoltà derivanti dal confronto tra le pretese unificanti e condizioni storico-sociali a tal punto mutate da rendere inattuale, a giudizio di alcuni, non questo o quel codice, ma la forma-codice in quanto tale. Legislazioni speciali, testi unici,

⁷⁹ Cf. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979. Come osserva efficacemente P. RESCIGNO (*Il 'compleanno' del codice civile*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. SESTA, Giuffrè, Milano, 1994, p. 19): "[...] viene oggi denunciato come i codici abbiano perso il significato ed il valore della centralità nel sistema giuridico. Il legislatore su molte materie, ed anche su materie che formalmente appartengono ai codici, interviene episodicamente ed in maniera frammentaria. [...] Parlare di decodificazione significa scoprire un dato innegabile del nostro sistema politico e sociale, ma esprime altresì l'idea di assecondarlo, nel senso di suggerire al legislatore un disimpegno dal codice, o la sottrazione ai codici di materie che rimarrebbero affidate (e sono già in una certa misura rimesse) alla legislazione speciale. La nostra, se l'illuminismo riformista fu la grande opera delle codificazioni, dovrebbe essere contrassegnata come l'età della decodificazione".

⁸⁰ Cf. R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1983, pp. 117 ss.

tenderebbero ad erodere sempre più la centralità della codificazione, così come noi l'abbiamo conosciuta. Il Codice civile, in questa lettura, avrebbe perduto il suo carattere di centralità nel sistema delle fonti, soppiantato, tra l'altro, dalla Costituzione nella sua funzione di custode delle garanzie dell'individuo. È lecito, a questo punto, chiedersi fino a che punto questo possa essere considerato l'esito di un processo endogeno alla codificazione, individuato da Tarello come 'costituzionalizzazione' del codice, e quanto, invece, sia un sintomo della sua crisi definitiva. Si tratta, con tutta evidenza, di ripensare la forma-codice alla luce dell'oggi. Processi quali l'affermazione incondizionata dei diritti, la crisi dello Stato-nazione, l'estrema complessificazione della realtà sociale, evidenziano tutti i limiti strutturali della forma-codice attuale: ripensarla, oggi, vuol dire, con tutta probabilità, ripensare nella sua globalità il rapporto autoritativo di subordinazione esistente tra forma politica e cittadinanza, riistituendo i termini di un contratto sociale, il cui esito non potrà più coincidere con la legittimazione ulteriore della personalità dello Stato, almeno così come ci si è data nell'esperienza otto-novecentesca.

Secondo una lettura di segno opposto, a partire dai primi anni Sessanta del secolo scorso, soprattutto in Francia, la codificazione avrebbe perso la sua valenza politica, per entrare in una fase di ricodificazione 'tranquilla'⁸¹, che per qualcuno deve essere accettata solo in vista di una riproposizione in termini nuovi di quell'"effetto istituyente", senza il quale il codice null'altro è se non una raccolta di leggi, una compilazione nei termini di Viora. Se decodificazione e ricodificazione possono apparire in reciproca antitesi, una ricodificazione che non abbia la forza di costituirsi come momento nuovamente istituyente, renderebbe i termini della contrapposizione equivalenti: la natura del diritto contemporaneo sembra orientata nella direzione di un dire-tutto, esaurendo lo spazio normativo. Il risultato è quello dell'ipernormatività, parte integrante della forma in cui si dà la legislazione nel nostro tempo, cui non è estranea la velocità con cui le ricodificazioni hanno luogo. Il futuro della codificazione quale momento di conferimento di forma unitaria alla società dipenderà anche dall'interpretazione di ciò che è stato; assimilata all'espressione istituyente, propria del *jus condendum*, se ne constaterà, probabilmente, l'irrimediabile declino: a prevalere sarà la tesi di Irti. Se, invece, la codificazione è opera il cui tratto maggiormente rilevante è quello della problematica connessione tra sfera politico-statuale e sfera dei rapporti inerenti alla società civile, allora la presa in carico della dimensione temporale, transeunte, avrà come effetto una risistemazione dei rapporti intercorrenti tra normatività e società. In questo caso, la battaglia sarebbe, ancor oggi (come lo è stata, pressappoco un secolo fa, per la *Freirechtsbewegung*), per il 'decompletamento' dell'ordinamento giuridico, per l'affermazione del vuoto normativo, venendo a coincidere con la lotta per le lacune. In questo caso, la tendenza del codice a definirsi nell'ambito di una tensione dialettica tra uno e molteplice

⁸¹ Cf. P. RÉMY, *La recodification civile*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 26, 1998, p. 14.

(cioè tra l'enunciato legislativo e il molteplice della società), sarebbe inquadrabile nella problematica più generale dei rapporti tra essere e pensiero. Quale tema più moderno, e, in fondo, più attuale, di quello relativo alla problematica mediazione tra il 'dentro' della normatività, che avoca a sé i caratteri dell'assolutezza e dell'eshaustività e il 'fuori' dei rapporti sociali, strutturato, rispetto ad esso, in una modalità del tutto ec-centrica?

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- AA.VV., *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1994.
- AA.VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del Convegno internazionale di Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini-B. Sordi, Giuffrè, Milano, 2002.
- AA.VV., *Ordre et désordre dans le système napoléonien*, a cura di J.L. Clere-J.L. Halperin, Editions La Mémoire du droit, Dalloz, Paris, 2002.
- AA.VV., *1804-2004, Le Code Civil. Un passé, un présent, un Avenir*, Dalloz, Paris, 2004.
- AA.VV., *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Dalloz, Paris, 2004.
- ALPA, G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- ASCARELLI, T., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 41-81.
- AZARA, A., *Codice Civile*, in *Noviss. dig. it.*, III, UTET, Torino, 1959, p. 386 ss.
- BECCHI, P., *Ideologie della Codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Compagnie dei Librai, Genova, 1999.
- CAPPELLINI, P., *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, Milano, 1999, pp. 175-282.
- CAPPELLINI, P., *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 102-127.
- CARBONNIER, J., *La sécularisation du droit civil par le Code Civil des français*, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 1007-1019.
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, PUF, Paris, 2004.
- CARONI, P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998.
- CARONI, P., *Gesetz und Gesetzbuch: Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, trad. di K. Caroni, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2003.
- CARONI, P., DEZZA E., *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, CEDAM, Padova, 2006.

- CAUVIERE, H., *L'idée de codification en France*, A. Rousseau, Paris, 1910.
- CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa: Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1979.
- CAVANNA, A., *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, I, 2001, p. 85 e ss.
- DUBOUCHET, P., *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, L'Hermes, Lyon, 1998.
- DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, Paris, 1920.
- FENET, P.A. (a cura di), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Vidécoq, Paris, 1836.
- FILOMUSI GUELFI, F., *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, F.lli Pallotta, Roma, 1887.
- GAUDEMET, E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, La Mémoire du droit, Paris, 2002.
- GHISALBERTI, C., *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- GROSSI, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001.
- GROSSI, P., *Code Civil: una fonte novissima per la cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, Milano, 2006, Tomo I, pp. 83-104.
- HALPERIN, J.L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris, 2001.
- HALPERIN, J.L., *Le Code civil*, Dalloz, Paris, 2003.
- HUC, T., *Code civil italien et le Code Napoléon: études de législation comparée*, Durand, Paris, 1886.
- KAN VAN, J., *Les efforts de la codification en France: étude historique et psychologique*, Rousseau & C., Paris, 1929.
- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.
- IRTI, N., *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- LANDSBERG E.-VON STINTZING R., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (1880-84)*, Aalen, Scientia Verlag, 1978.
- LASSAULX, F. DE, *Introduction à l'étude du Code Napoléon*, Bavoux, Paris, 1812.
- PETRONIO, U., *Una categoria storiografica da rivedere*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13, 1984, pp. 705-717.
- PETRONIO, U., *La lotta per la codificazione*, Giappichelli, Torino, 2002.
- RAY, J., *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, Alcan, Paris, 1926.
- RESCIGNO, P., *Introduzione al codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1991.

- SALVIOLI, G., *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operai*, in *Annuario della Regia Università degli Studi di Palermo (1890-1891)*, Palermo, 1891.
- SCHIAVONE, A., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990.
- SOLARI, G., *Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1939.
- SOLARI, G., *Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1940.
- SOLIMANO, S., *Verso il Code Napoléon – Il progetto di Codice-Civile di Guy-Jean Baptiste Target (1798-99)*, Giuffrè, Milano, 1998.
- TARELLO, G., *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, ECIG, Genova, 1971.
- TARELLO, G., *Codice*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 1 e ss.
- UNGARI, P., *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, Milano, 1972, pp. 207-227.
- VANDERLINDEN, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle. Essai de définition*, Institut de sociologie, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1967.
- VASSALLI, F., *Estrastatualità del diritto civile*, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, 1960.
- VIORA, M. E., *Le Costituzioni piemontesi: leggi e leggi costituzionali di S.M. il re di Sardegna*, Bocca, Torino, 1928.
- VIORA, M. E., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli, Torino, 1967.

DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Raffaele Bifulco

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Democrazia costituzionale e costituzionalismo. – 3. Tentativo definitorio. – 4. Il carattere dilemmatico della democrazia costituzionale. – 5. Il ruolo delle corti costituzionali e degli interpreti giurisdizionali. – 6. Dalla lotta per la costituzione alla lotta per l'interpretazione della costituzione. – 7. Concezioni assolutizzanti della democrazia costituzionale. – 8. Il costituzionalismo globale e la crisi della democrazia costituzionale.

1. PREMESSA

Per democrazie costituzionali possono intendersi quegli ordinamenti giuridici che, pur facendo proprio il principio democratico, impongono al potere politico (e alle sue legittime manifestazioni di volontà) limiti esterni, derivanti direttamente dalla norma costituzionale.

Il tentativo di definizione risulta evidentemente troppo sintetico sia da una prospettiva teorica sia da una prospettiva storica e concreta, sicché sarà necessario entrare in un maggiore dettaglio. L'intento di queste pagine è di provare a fornire una mera descrizione dei tratti caratterizzanti un concetto sempre più utilizzato, ma sempre dato per presupposto, da parte della dottrina costituzionalistica (e non solo). Il concetto proviene dalla tradizione culturale giuridica e filosofico-politica anglosassone; in particolare esso è largamente utilizzato negli Stati Uniti (*Constitutional Democracy*), ma si è esteso anche ad altre culture costituzionali, tra cui quella italiana¹. Rispetto alla frequente uti-

¹ Senza pretesa di esaustività cfr. A. MANZELLA, *La dimensione internazionale come forma e limite della democrazia*, in C. DECARO-N. LUPO (a cura di), *Il 'dialogo' tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Luiss University Press, Roma, 2009, 485; P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, in part. 20-28; con più specifico riferimento alla cultura giusfilosofica G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2005 e L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1. Con riferimento ad altri contesti culturali particolarmente emblematico l'uso che del concetto fa J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, (1992), trad. it. *Fatti e norme. Contributi ad una teoria del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996; da segnalare anche T. FLEINER-L.R. BASTA FLEINER, *Constitutional*