

# CODICI

## UNA RIFLESSIONE DI FINE MILLENNIO

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDIO  
FIRENZE, 26-28 OTTOBRE 2000

a cura di PAOLO CAPPELLINI e BERNARDO SORDI



*Milano - Giuffrè Editore*

PAOLO GROSSI

## CODICI: QUALCHE CONCLUSIONE TRA UN MILLENNIO E L'ALTRO

1. Vorrei, innanzi tutto, tranquillizzare Stefano Rodotà: questa data del 28 ottobre è assolutamente casuale. Non stiamo celebrando nulla; stiamo invece riflettendo comunitariamente su un grosso e grave problema storico-giuridico, che investe pienamente l'oggi e si proietta verso il nostro domani, e che — come tale — si presta egregiamente a fungere da oggetto di riflessioni per il giurista vivente a cavalcioni fra due millenni.

Aggiungo: mi pare che si stia riflettendo consapevolmente con relazioni tutte segnate da una solida preparazione retrostante e da un atteggiamento serenamente critico. E credo doveroso esordire con un giudizio assai positivo su questo Convegno, sul suo svolgimento e sui suoi risultati; giudizio che posso pronunciare tranquillamente, giacchè io costituisco il personaggio che i giuristi qualificerebbero come il classico 'terzo', ossia non sono l'artefice del Convegno, promosso dallo zelo e dalla lungimiranza del nostro Preside Aldo Schiavone, realizzato con grande maturità culturale da Paolo Cappellini e da Bernardo Sordi. Il merito, è, dunque, loro; ed è assolutamente obbiettivo il mio giudizio quando constato la ricchezza delle nostre due giornate congressuali.

È, ohimè, una ricchezza che porta difficoltà a qualcuno, e cioè a chi vi parla, cui dalla affettuosa e generosa insistenza degli organizzatori sono state affidate le 'considerazioni conclusive'; le quali sono un compito arduo, considerata non solo la qualità degli apporti ma anche la estrema diversità degli oratori, diversi per professionalità e per estrazione. Poiché sono ben lontano dall'essere onnisciente, cercherò semplicemente di individuare il messaggio complessivo proveniente dal Convegno, naturalmente nella interpretazione di chi vi parla.

2. Come storico del diritto mi sento in dovere di cominciare queste annotazioni verbali partecipandovi una preoccupazione. Mai nozione è stata segnata da una intrinseca polisemia come quella di Codice: il vocabolo unitario permette di accostare il Codice Ermogeniano, il Codice giustiniano, il Codice Napoleone e tutti quei Codici sempre più frequenti nella prassi contemporanea che abbiamo udito menzionare nelle varie relazioni congressuali particolarmente dei cultori del diritto positivo (Codice dei giornalisti, dei consumatori, delle assicurazioni, dei principii, delle regole, Codice comune europeo dei contratti, e così via); il vocabolo unitario, assumendo a denominatore comune la tendenza alla stabilizzazione dell'instabile che è propria di ogni codificazione <sup>(1)</sup>, con quell'inganno che è tipico di certe impassibili persistenze lessicali, mescola ed accomuna realtà profondamente diverse per origine e per funzione ingenerando confusioni ed equivoci culturalmente perniciosi. Lo storico del diritto, adempiendo al primo mestier suo che è quello di comparare relativizzare differenziare, avverte il tranello costituito dal dato lessicale, preferisce abbandonare il simulacro unitario e calare nella realtà storica che è invece marcata nella sostanza da incolmabili discontinuità.

Una duplice discontinuità va almeno segnalata con forza: fra il 'Codice dei consumatori' di cui oggi si parla (tanto per fare un esempio) e quello che per noi storici del diritto è *il Codice*; fra questo e i tanti Codici di cui è gremita — per esempio — l'antichità classica. I tenui elementi accomunanti — che ci sono — non debbono affievolire la assoluta tipicità storica di quella scelta fondamentale della civiltà giuridica moderna compiutamente definitasi fra Sette e Ottocento nell'Europa continentale, scelta non di questa o quella politica contingente ma tanto radicale da porsi quale cippo confinario nella storia giuridica occidentale segnando un prima e un poi, un prima e un poi caratterizzati da intima discontinuità, scelta che permette agli storici di parlare correttamente di 'Codice simbolo',

---

<sup>(1)</sup> Nell'ambito dei lavori del Convegno sono state degne di attenzione le parole iniziali di saluto dette dal Pro-Rettore, prof. Giancarlo Pepeu, docente nella Facoltà di Medicina, il quale ha tenuto a sottolineare l'uso che della parola 'codice' si fa nella scienza medica (per esempio, quando si parla di codice genetico) per indicare un insieme di elementi contrassegnato da una intima fissità.

‘Codice mito’, di ‘forma Codice’ di ‘idea di Codice’ (2), come abbiamo udito nelle due trascorse giornate.

In altre parole, per lo storico del diritto possono esistere ed esistono tanti ‘Codici’, per i quali può essere convenzionale ed innocuo l’impiego di un vocabolo unitario, ma uno solo è *il* Codice che erompe in un certo momento storico e soltanto allora, frutto di una autentica rivoluzione culturale che investe in pieno e sconvolge le fondazioni consolidate dell’universo giuridico; proprio per questa sua carica incisiva, proprio per essere anche e soprattutto una *idea*, il Codice può subire una trasposizione, e dal piano terrestre delle comuni fonti di diritto giungere a incarnare un *mito* e un *simbolo*. Perché, infatti, il Codice vuol essere un atto di rottura col passato: non si tratta di una fonte nuova o di un nuovo modo di concepire e confezionare con respiro e ampiezza la vecchia *ordonnance* reale; si tratta invece di un modo nuovo di concepire la produzione del diritto, e quindi l’intero problema delle fonti, e quindi il problema primario della connessione fra ordine giuridico e potere politico.

Ha fatto bene l’amico Halpérin a offrirci, durante la seconda giornata, fra varie immagini significative, quella significativissima di Napoleone I nell’atto di rifiutare il vecchio *droit coutumier*: in essa era testimoniata la presunzione del sovrano codificatore — il primo (3) autentico codificatore della storia giuridica europea — di rompere con il passato per quel che il passato rappresentava sotto il profilo della visione del ‘giuridico’ e della posizione del ‘giuridico’ nel ‘sociale’ e nel ‘politico’. Sotto questo profilo, il ‘Codice’ esprime la mentalità forte forgiata nel grande laboratorio illuministico ed è — in quanto tale — in aspra e netta polemica col passato.

Con questa precisazione che è appena il caso di fare: è ovvio che, se guardiamo al tessuto del primo vero Codice, il *Code civil*, e

---

(2) Di una ‘idea di Codice’ amava parlare Tullio Ascarelli. Si veda di lui soprattutto il saggio illuminantissimo: *L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione* (1945), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

(3) Per motivi che appariranno chiari nello svolgimento di queste considerazioni, il cosiddetto Codice Prussiano, lo ‘Allgemeines Landrecht’ del 1794, che ammette ancora la eterointegrazione da parte dei diritti locali, è più correttamente inquadrabile tra le consolidazioni settecentesche piuttosto che fra le vere e proprie codificazioni.

ancor più se guardiamo ai suoi lavori preparatorii, noi vi constatiamo la fertile continuità di istituti conati e applicati nella immemorabile prassi consuetudinaria. I redattori, primo fra tutti Portalis, erano uomini nati ed educati sotto l'antico regime, né sorprende che si facessero portatori, anche a livello di subcoscienza, di nozioni costumanze schemi tecnici radicati nella esperienza della società francese e pertanto accettati e vissuti nella vita d'ogni giorno. Ciò lo darei per scontato, considerato che la storia non opera mai dei salti improvvisi e il futuro ha sempre un volto antico. Quel che conta è l'emergere e il prender forma compiuta di una mentalità energicamente nuova che investe il cuore dell'ordine giuridico, e cioè il modo di concepire e di realizzare la produzione del diritto. Su questo punto — che è il nodo cruciale su cui si edifica il giuridico — concezioni e soluzioni sono in polemica frontale.

Nel mondo prerivoluzionario quella produzione si connotava di tre caratteri tipizzanti.

Era alluvionale, ossia seguiva senza tentar di costringerlo in maglie troppo vincolanti il divenire della società: le opinioni dei dottori si accumulavano l'una dopo l'altra, si formavano opinioni comuni, più che comuni, comunissime, tesaurizzate in quelle farraginose raccolte sei-settecentesche che fornivano ai pratici il supporto per le pretese processuali; le sentenze si accumulavano l'una dopo l'altra con la buona sorte per i Tribunali più illustri di essere stampate in quelle enormi collezioni su cui ha avuto il merito di richiamare l'attenzione — unico fra di noi — il compianto Gino Gorla.

Era pluralistica, ossia si poneva in connessione con la società e con le sue forze plurali, esprimendole senza particolarizzazioni artificiose.

Era, conseguentemente, extra-statuale, ossia — fatte salve quelle zone in rapporto di stretto collegamento con l'esercizio della sovranità — non registrava la voce del potere politico contingente serbandone un immancabile condizionamento. In un saggio assai consapevole, che Stefano Rodotà ha ricordato qualche momento fa, Filippo Vassalli ammoniva, nel 1951, che il diritto civile, il diritto dei rapporti quotidiani fra i privati, si era connotato fino all'età del Codice di una intima estra-statalità trovando la sua fonte nei

privati, nelle consuetudini poste in essere e osservate dai privati, successivamente ridotte in schemi tecnici dal ceto dei giuristi <sup>(4)</sup>.

Tutto questo viene cancellato dal puntiglio codificatorio, e non è un caso che la prima tappa di una codificazione totale Napoleone l'abbia voluta realizzare col *Code civil*. Circostanza, questa, niente affatto banale, ma anzi gesto di supremo ardimento, osando il nuovo Principe post-rivoluzionario, sicurissimo di sé, legiferare in un terreno geloso, la ragion civile, ai confini del quale si erano arrestati i legislatori del passato, anche quel Luigi XIV che con le sue grandi *Ordonnances* aveva attuato un primo esperimento di riduzione di buona parte del diritto in un corpo di leggi sovrane. Ciò che Luigi aveva ritenuto di dover lasciare alla regolamentazione di costumi immemorabili sedimentati nella lunga durata, ora — 1804 — Napoleone inchioda nei 2281 articoli del *Code civil* dove tutto il diritto civile è previsto, dove ci sono regole minuziose per ogni istituto (che trova spesso da parte del legislatore perfino la sua definizione).

C'è orrore per la vecchia alluvionalità, c'è avversione per quell'affidamento alla storia, anche alla semplice storia di tutti i giorni, che era stato il tratto tipizzante del tradizionale ordine giuridico. La storicità del diritto non appaga il nuovo principe, anzi gli si mostra nel suo aspetto ripugnante di complessità disordinata e confusa.

Il Codice rivela in pieno la sua filiazione illuministica. Il Principe, individuo modello, modello del nuovo soggetto liberato e fortificato dall'umanesimo secolarizzatore, è in grado di leggere la natura delle cose, decifrarla e riprodurla in norme che si possono legittimamente pensare come universali ed eterne quali traduzione in regole sociali di quell'armonia geometrica che sorregge il mondo. Manifesta è qui la fondazione giusnaturalistica, che vena di eticità la certezza di cui il Codice si fa portatore, giacché quando si è in grado di leggere la natura delle cose, la venatura etica è indubbia anche se nello sfondo non c'è più il Dio-persona della tradizione cristiana ma una vaga divinità panteisticamente avvertita; e indubbia è la mitizzazione. Non a torto, durante i nostri lavori, si è parlato di catechismo, del Codice come catechismo.

---

<sup>(4)</sup> F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960.

Figlio del giusnaturalismo illuminista il Codice si porta addosso, ben penetrato nelle sue ossa, il segno della grande antinomia giusnaturalistica, la più grave e greve antinomia della storia del diritto moderno. Alla convinzione nella capacità del nuovo soggetto di leggere la natura delle cose si accompagna, nella nuova cultura secolarizzata, un problema che la vecchia cultura medievale e post-medievale aveva potuto ignorare: chi è legittimato a leggere la natura delle cose e a trarne regole normative? Inservibile è il vecchio lettore, lettore unico e necessario, la Chiesa Romana, ormai condannata nella soffitta delle superstizioni ed eliminata dal novero delle possibili fonti di diritto. Questo lettore non può essere altri che il Principe, il quale, dopo essersi visto gratificato in seno alla Riforma religiosa della guida delle Chiese nazionali, si vede ora onorato e onerato d'una nuova missione tutta temporale.

Presupposto di questa gratificazione è la sua idealizzazione: il Principe è, al contrario del giudice e del dottore, un personaggio al di sopra delle passioni e delle meschinità connesse ai casi particolari, e perciò capace di una lettura serena e obbiettiva. Chi non ricorda, in proposito, tanto per restare a casa nostra, le pagine forti e ingenuie al tempo stesso di un Muratori o di un Beccaria? Come ieri la Riforma religiosa, anche la cultura giusnaturalistica immersa nel nuovo mondo secolarizzato ha bisogno di un aggancio gagliardo nel temporale, e questo è offerto dal nuovo soggetto politico vigoroso ormai protagonista dello scenario europeo transalpino, lo Stato. E prende forma un fenomeno che potrebbe, a tutta prima, apparire completamente antinomico a quanto abbiam detto qualche rigo sopra su una armonia di geometrie eterne ed universali: la statualizzazione del diritto, anche del diritto civile, il più restìo a farsi controllare nelle maglie del potere.

Il giusnaturalismo viene a sfociare nel più greve positivismo giuridico e il Codice, anche se portatore di valori universali, si riduce a voce del sovrano nazionale, a legge positiva di questo o quello Stato.

In Francia la prima grande codificazione, quella napoleonica, si pone all'èsito finale di un lungo itinerario storico, quando ormai il diritto si è identificato nella legge, cioè nella espressione della volontà autoritaria del Principe; faticoso itinerario che, ancora a fine Cinquecento, Jean Bodin, politologo dalla salda educazione giuri-

dica, coglie nel dissidio fra *droit* e *loi* <sup>(5)</sup>, fra la tradizionale prassi consuetudinaria compenetrata di equità e la volontà potestativa del Principe, un continuato dissidio fatto di lotte e di resistenze ma che lentamente segnala la progressiva vittoria di una monarchia sempre più impegnata e compiaciuta nella sua dimensione legislativa. Il diritto francese — per usare il lessico di Bodin — è, via via che il tempo passa, sempre più *loi* e sempre meno *droit*.

E l'idea di Codice, deposta la sua originaria e naturale proiezione verso un ordine universale, si mortifica spiritualmente e si potenzia effettivamente esprimendo l'ordine giuridico d'uno Stato temporalmente e spazialmente delimitato. Il Codice si inserisce in pieno nel parossismo legislativo che scorre nelle vene del secolo diciottesimo e che ha manifestazione piena nei martellanti proclami delle dichiarazioni costituzionali rivoluzionarie e post-rivoluzionarie: dove, se appena si scrosta il massimalismo retorico, emerge in tutta la sua crudezza una fredda e lucida strategia politica.

L'idealizzazione del Principe provoca la necessaria idealizzazione della sua volontà sovrana e, conseguentemente, della sua cristallizzazione normativa nella legge. Quella che è semplicemente la voce del potere riceve sicura collocazione nel più riposto sacrario della coscienza laica. Si profila ormai una scrupolosa mistica della legge.

È questa l'unica fonte capace di esprimere la volontà generale ed è in grazia di una siffatta qualità che il suo primato si impone, che il sistema delle fonti si serra in un assetto gerarchico con la inevitabile devitalizzazione di ogni altra produzione giuridica. Il vecchio pluralismo giuridico, che aveva alle sue spalle più di duemila anni di vita anche se con varie vicende, si viene a strozzare in un rigido monismo.

E si disegna sempre più nettamente il legame strettissimo fra dottrina dei poteri e produzione giuridica con l'assegnazione di questa al solo potere legislativo. La divisione dei poteri, accanto alla sua valenza garantistica, ha per lo storico del diritto la funzione di cementare il monopolio giuridico nelle mani del legislatore identificato ormai nel detentore della sovranità. Il cerchio si chiude e il

---

<sup>(5)</sup> J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), lib. I, cap.VIII.



grande progetto giusnaturalistico svela la sua latente dimensione strategica, cioè di sagace strategia del ceto borghese nel momento di conquistare il potere politico.

Il problema delle fonti, del sistema delle fonti — di tutte le fonti —, è sentito dalla cultura giuridica borghese come problema intimamente, schiettamente costituzionale, al cuore della stessa costituzione del nuovo Stato; e cioè non solo nel momento eroico della conquista o ad essa ravvicinato ma anche in tempi assai distanziati, con una continuità inerte che la dice lunga. Mi vengono a mente le pagine di quei civilisti italiani dei primi del Novecento, da me riletti recentemente per una mia indagine <sup>(6)</sup>, i quali sarebbero stati inclini a riconoscere dottrina e giurisprudenza quali fonti di diritto ma recisamente lo negano per motivazioni di indole esclusivamente costituzionale: ciò avrebbe costituito una lesione del pilastro portante di tutto lo Stato borghese di diritto, ossia del principio di divisione dei poteri.

3. E veniamo ai caratteri del Codice, su cui si è discusso con vivace dialettica di posizioni nelle varie relazioni..

Una inconfondibile tipicità rispetto a tutte le fonti giuridiche manifestatesi nella vicenda storica gli è impressa da una triplice tensione che lo percorre; tende infatti ad essere fonte unitaria, specchio e cemento della unità di una entità statale; tende ad essere una fonte completa; tende ad essere una fonte esclusiva. Questa triplice tensione connota fortemente il Codice, almeno nel modello originario così come a noi si propone nella realizzazione francese degli inizi del secolo XIX:

Ho detto tensione, perché è indubbia una siffatta aspirazione. Non dimentichiamo, infatti, mai di cogliere il Codice — la 'idea' di Codice — quale frutto estremo del generale atteggiamento di mistica legislativa, di inserirlo in quell'impostazione di monismo giuridico che individua la legge al di sopra di ogni altra fonte di diritto, addirittura al vertice di una rigidissima gerarchia, con la conseguente condanna delle posizioni gerarchicamente inferiori a un rango de-

---

<sup>(6)</sup> P.GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico — Saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

cisamente ancillare. Né dimentichiamo mai l'orditura di un Codice: intende realizzare la riduzione dell'intera esperienza in un sistema articolatissimo e minuziosissimo di regole scritte, contemplando tutti gli istituti possibili, cominciando, anzi, ben spesso dal darne una definizione e disciplinando con studiata precisione tutte le applicazioni previste dai redattori.

Né credo ci si debba lasciar fuorviare dai propositi talora affioranti nei lavori preparatorii, come quando Portalis non manca di richiamarsi all'equità, ossia ad uno dei valori portanti dell'antico regime <sup>(7)</sup>. I nuovi 'legislatori' recano ancora scritti sulla pelle i segni della propria vecchiezza e cioè di personaggi educati in età prerivoluzionaria. Ciò che conta è il clima storico, sono l'ideologia politica e la cultura giuridica dominanti di cui il Codice è traduzione a livello normativo e che lo costituiscono strumento di un rigoroso assolutismo giuridico; né ci si deve lasciar fuorviare dalla considerazione se, al di sotto della lettera vaga ed ambigua dell'arcinoto art. 4 obbligante il giudice a decidere in ogni caso la controversia a lui sottoposta dalle parti, ci sia una volontà di apertura oltre la legge da parte dei redattori, quando immediatamente e con duratura fortuna se ne dà una interpretazione positivista e legolátrica in coerenza con la imperante mistica legislativa. Nel suo complesso il Codice è una operazione ideologica e culturale di notevole compattezza, e basterebbe a confermarlo il rilievo — già da noi fatto — circa il territorio da cui prende avvio l'operazione, il diritto civile plasmato da consuetudini secolari e ad esse riservato.

Convinti di questa compattezza, non si può non rilevare alcune incrinature nella solidissima muraglia. La prima che viene alla mente è offerta dal §.7 dello ABGB, del Codice austriaco, che ipotizza come mezzo estremo per colmare le lacune legislative il ricorso ai "principj del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate" con una dizione che segnala palesemente, nello stesso tempo, le influenze parallele —

---

(7) Soprattutto nel complesso e ricchissimo di motivi vecchi e nuovi *Discours préliminaire* pronunciato da Portalis presentando al Consiglio di Stato il progetto di Codice civile redatto dalla Commissione governativa (lo si può oggi comodamente leggere nella raccolta: *Naissance du Code civil - La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989).

fortissime su quel legislatore — del robusto giusnaturalismo tedesco e dell'altrettanto robusto diritto comune rivissuto in età moderna dall'area germanica. Ma dietro quel Codice manca l'ingombrante Stato-nazione e manca la corrosiva incidenza rivoluzionaria che i francesi hanno invece sperimentato sulla propria pelle. Basterebbe analizzare come l'ABGB si pone (e risolve) il problema della proprietà e dei diritti reali per renderci conto che siamo in un pianeta giuridico distantissimo da quello francese, un pianeta ancora intimamente legato alla struttura feudale della società e alle decrepite invenzioni del dominio diviso così come erano state teorizzate e sistemate dagli interpreti medievali.

Passando ai nostri Codici di area italiana che appaiono nel corso dell'Ottocento, non mi sentirei di sopravvalutare quei pochi riferimenti al diritto comune cui accennava nella sua relazione l'amico Pio Caroni; sono infatti rilevabili o in zone assai appartate (come il Canton Ticino), o in zone dove perdura ancora in pieno Ottocento la generale vigenza dello stesso diritto comune (come lo Stato Pontificio).

Più corposo è invece il richiamo ai 'principi generali di diritto' — espressamente fatto nell'art.3 delle disposizioni preliminari al primo Codice civile unitario italiano del 1865 — quale ultimo sussidio offerto all'applicatore per colmare i vuoti normativi; però con la ulteriore e significativa precisazione che la dizione — per verità, generica — sarà sempre costantemente intesa come una riduzione del proprio spettro ai principii generali ricavabili dal diritto positivo statale italiano. Vi sarà — nel lungo impero del Codice del '65 — chi li interpreterà anche con un contenuto di schietto diritto naturale, ma sarà assai tardi, e sarà un filosofo del diritto, Giorgio Del Vecchio, nella sua prolusione romana del 1921<sup>(8)</sup>, dando la stura a un dibattito acceso e fecondo che vivacizza e arricchisce la riflessione giuridica italiana dei primi anni Venti.

Quello che io vi sto delineando è il modello di Codice così come è venuto a disegnarsi con nitidità di tratti nella Francia del primo Ottocento. Col passar del tempo, passa anche molta acqua sotto i ponti della Senna, del Tevere, del Reno; né passa invano. La storia

---

(8) G. DEL VECCHIO, *Sui principii generali del diritto*, ora in *Studi sul diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958.

porta sempre ricchezza e mutamento incessante. A fine secolo, già in un Codice che pur riflette le chiusure del positivismo legalista della Pandettistica, il Codice Imperiale Germanico, il BGB, è un pullulare di clausole generali, di squarci aperti per il giudice verso il mondo dei fatti, un tema — questo — caro a Stefano Rodotà che vi incontrò — parecchi anni fa — una splendida prolusione maceratese <sup>(9)</sup>. E, agli inizi del Novecento, il Codice svizzero, segnato dalle convinzioni germanistiche di Huber, ci appare immerso in una realtà consuetudinaria meritevole d'essere valorizzata, con un giudice maggiormente libero di aprire le chiuse finestre del suo studio per afferrarne i messaggi. Si potrebbe, addirittura, menzionare il primo Codice di diritto canonico del 1917, unico Codice — per quanto io sappia — espressamente aperto con il can. 6 verso il passato, percorso dal principio costituzionale non scritto dalla equità canonica con la possibilità per il giudice — a determinate condizioni — di non applicare la norma scritta; ma è facile qui rilevare che si tratta di codificazione peculiarissima relativa a un ordinamento sacro con impellenti istanze pastorali assolutamente ignote agli ordinamenti laici.

Le matrici giusnaturalistiche pesano sul Codice.

Quale norma che presume di irretire in un sistema conchiuso la complessità del sociale, il Codice, ogni codificazione, non può non tradursi in una operazione drasticamente riduttiva: se la ragion civile può e deve disegnarsi in una armonia geometrica all'insegna della massima semplicità e della massima chiarezza, il legislatore deve impegnarsi in uno sforzo di depurazione e decantazione.

Quale norma che, rifiutando le scorie deformanti della storicità, intende riscoprire l'individuo originario in tutta la sua genuina privatezza, il Codice ha per protagonisti dei soggetti astratti cui fa capo un fascio di rapporti parimente astratti. Sono i modelli disegnati su calchi preistorici, modelli tutti uguali, senza quel greve bagaglio di umana carnalità che la storia inevitabilmente depone sulle spalle di chi agisce nel suo seno. La carnalità, nel bene e nel male, era propria dell'antico regime, dove si avevano nobili e plebei, contadini e mercanti, ricchi e poveri, ciascuno pensato all'interno di

---

<sup>(9)</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, I.

una comunità storicamente contrassegnata, ciascuno disuguale all'altro in grazia della sua inabdicabile storicità.

Nel progetto giuridico borghese astrattezza ed uguaglianza giuridica (cioè possibilità di uguaglianza di fatto) sono nozioni 'costituzionali' e fondano il progetto stesso. E compattissima, impenetrabile è la muraglia cinese che separa il mondo del diritto (e della rilevanza giuridica) dal mondo dei fatti (e della irrilevanza giuridica), così compatta e impenetrabile come forse non si era mai realizzata nei tempi lunghi della storia giuridica occidentale. Segno che il progetto si impastava anche di strategia, con l'esigenza di un controllo rigoroso sull'ingresso dei fatti nella cittadella del diritto.

Di fattualità si comincerà a parlare in Italia — ma a fatica — a fine Ottocento da parte di civilisti eretici e si contrapporrà allora alla fredda armonia museale del Codice civile un 'Codice privato sociale' dove i soggetti sono padroni e lavoratori, ricchi e poveri, sapienti ed ignoranti; uomini insomma in carne ed ossa; e vi si comincerà ad accennare, sempre a fine Ottocento, nella legislazione speciale che — rara dapprima — si intensifica presto per ovviare ai tanti bisogni emergenti, e finalmente nella legislazione speciale ed eccezionale in occasione della prima guerra mondiale, che diventa un cappio al collo per l'organismo rarefatto dei soggetti e dei rapporti del diritto borghese.

Astrattezza ed uguaglianza formale erano state le armi forse più affilate della grande battaglia borghese, solo apparentemente armi disinteressate, solo apparentemente a beneficio e protezione per tutti. Ai miei studenti dei corsi di storia del diritto moderno io non manco mai di leggere una frase tratta da quel magnifico romanzo di Anatole France che è 'Le Lys rouge', frase che assomma in sé una diagnosi storiograficamente acutissima; il grande romanziere segnala con pungente sarcasmo "la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain"; e conclude con malcelato scherno: "elle éleve, sous le nom d'égalité, l'empire de la richesse" <sup>(10)</sup>.

Questo discorso sulla astrattezza come principio strategico mi consente alcune annotazioni su quanto si diceva, nella densissima

---

<sup>(10)</sup> *Le lys rouge*, cap. VIII.

relazione inaugurale di Paolo Cappellini, circa l'incomunicabilità del Codice.

È vero; il Codice soffre di incomunicabilità o, se si vuole, di grosse difficoltà nel comunicare se stesso alla generalità per un motivo fondamentale: il Codice, quale risultato di una monopolizzazione della produzione giuridica da parte del potere politico, è lo strumento di uno Stato monoclasse (uso volentieri una espressione felicemente coniata da Massimo Severo Giannini, un insigne giurista e pubblicista italiano scomparso proprio all'inizio di quest'anno Duemila); è lo strumento di uno Stato accentratore che si esprime in una lingua nazionale, culta, letteraria, volutamente lontana dai mille localismi vernacolari, gli unici veramente graditi e comprensibili alla massa popolare.

Se a qualcuno il Codice parla, è a quella borghesia che ha fatto la Rivoluzione e che ha finalmente realizzato la sua plurisecolare aspirazione alla proprietà libera della terra e alla libera circolazione di questa; il Codice francese è tanto preso da una siffatta realizzazione, da disegnarci ancora, nel 1804, un protagonismo del fondo — soprattutto del fondo rustico — come oggetto possibile di proprietà, che era sostanzialmente smentito da una situazione economica in piena evoluzione valorizzante sempre più decisamente altre fonti di ricchezza; non a torto, di lì a poco, Pellegrino Rossi avrebbe segnalato l'arretratezza della coscienza economica dei codificatori napoleonici <sup>(11)</sup>.

Il Codice parla al cuore dei proprietari, è soprattutto la legge tutelatrice e tranquillizzatrice del ceto dei proprietari, di un piccolo mondo dominato dall'aver e sognante di investire i propri risparmi in qualche acquisizione fondiaria (se vogliamo, il piccolo mondo della grande *comédie* balzachiana). È per questo che, accanto alla legge dello Stato, unica concessione pluralistica ma invece ben rinserrata all'interno di un sordo monismo ideologico, è ammessa quale unica legge concorrente lo strumento principe dell'autonomia dei privati, e cioè il contratto. È per questo che il Codice — più che agli utenti, intesi sempre come destinatari passivi — parla ai giudici,

---

<sup>(11)</sup> Ci riferiamo alle note *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*, in *Mélanges d'économie politique, de politique, d'histoire et de philosophie*, t. II, Paris, Guillaumin, 1867.

ossia agli applicatori effettivi nelle cui mani è consegnata la *tranquillitas ordinis*.

Malgrado l'ipotizzazione di una parallela legge dei privati, il Codice resta collocato in una sua dimensione autoritaria. Recentemente si è misurato la autoritarità della fonte 'Codice' con riferimento ai contenuti <sup>(12)</sup>, ma il sostanziale autoritarismo sta altrove, nella esigenza accentratrice dello Stato monoclasse, nel suo conseguente panlegalismo, nella mitizzazione del legislatore che ci appare quasi uno Zeus fulminante dall'Olimpo, onnisciente e onnipotente, nella mitizzazione del momento di produzione del diritto quale momento di rivelazione della volontà del legislatore. Ed è un autoritarismo che intensifica la incomunicabilità fra Codice e società civile, giacché, rispetto al mutamento socio-economico che è incessante, il Codice resta inevitabilmente un testo cartaceo sempre più vecchio e sempre più alieno.

E vengo a un altro nodo fondamentale su cui pesano le radici giusnaturalistiche del Codice, il nodo cui or ora si accennava. La legolatria illuministica immobilizza il diritto nel momento della produzione; il procedimento produttivo si esaurisce con la rivelazione (è il caso di insistere con questo termine teologico) di una volontà suprema restando ad esso estraneo il momento interpretativo-applicativo. Forse di questo si è parlato troppo poco in seno al nostro convegno, come non ha mancato di segnalare ieri Luigi Lombardi Vallauri.

Il procedimento di normazione si risolve nel momento in cui la norma viene prodotta; si risolve e si esaurisce. Il resto conta poco, perché la norma giuridica è quella astrattamente confezionata dal legislatore. È certo che segue il momento della sua applicazione, cioè della vita della norma a contatto con la vita degli utenti, ma senza dare alcun apporto a una realtà che nasce e resta compatta e rigida, impermeabile alla storia.

Ebbene, questa mentalità è tipicamente illuministica, e non è soltanto peculiare agli entusiasti uomini del secolo XIX così impregnati di positivismo giuridico; è calata — confessiamolo pure — nel profondo dell'animo del giurista europeo continentale e, malgrado

---

(12) Cfr. p.e., V. ZENO ZENCOVICH, in *Foro Italiano*, 1998, V, 60 ss..

tutto, malgrado tutto quel che è avvenuto a livello esperienziale e scientifico durante il corso del fertilissimo Novecento, vi rimane intatta investendo sicuramente il suo subconscio ma trovando anche una compiaciuta accettazione da parte della sua opaca coscienza. Perdura intatto quell'atteggiamento di acre ostilità verso l'interpretazione — ogni interpretazione che non sia quella autentica — efficacemente espresso da Cesare Beccaria in pagine memorabili della letteratura giuridica italiana <sup>(13)</sup>.

Ma Beccaria è lì, nella sua nicchia settecentesca, efficace nell'esprimerla e pertanto meritevole della nostra comprensione storiografica. Una minor comprensione merita il rifiuto della storicità della norma, di ogni norma, anche di quella legislativa, nella sua incontrastata dominanza nell'animo dei giuristi.

All'idea di Codice, ossia a una geometria di regole astratte semplici lineari, è concettualmente estranea la possibilità di una incidenza del momento applicativo. L'ideologia giuridica postilluministica è profondamente turbata dalla visione di una norma che vive oltre la sua produzione ed elasticamente si modifica a seconda del percorso, che — insomma — continuamente si produce ricevendo i messaggi dei diversi terreni storici su cui si adagia. È per questo che l'interpretazione assume qui la sola veste possibile di esegesi: la norma va soltanto spiegata, al massimo penetrando all'interno della cervice dello Zeus legislatore (procedimento sdegnosamente respinto dall'ortodosso Beccaria) per penetrare e chiarire la sua sovrana intenzione. Ripugna la storicità della legge, perché infliggerebbe una lesione mortale alla strategia racchiusa nel progetto illuministico.

Se si ha presente la vicenda dei filoni più novatori — e, quindi, più fecondi — del nostro Novecento, l'itinerario faticosissimo (e oggi tutt'altro che concluso), è nella direzione di una sempre maggior valorizzazione del momento interpretativo, di un suo recupero all'interno dello stesso procedimento produttivo della norma, momento essenziale di quel procedimento, l'unico che faccia della norma astratta una regola dell'esistenza quotidiana.

L'esperienza dell'Ottocento francese dovrebbe essere ammonitrice. La scienza si riduce a esegesi, una coorte di laboriosissimi e

---

<sup>(13)</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cap. IV — Interpretazione delle leggi, Milano, Giuffrè, 1964.



fecondissimi operatori che lavorano compiaciuti all'ombra della codificazione. Il collega Rémy ne ha brillantemente tessuto l'elogio <sup>(14)</sup>, ed è sicuramente degna di considerazione la loro intelligenza chiarificatrice documentata in commentarii limpidissimi. Non mi sentirei, però, di sottoscrivere quell'elogio: li domina una psicologia sostanzialmente passiva rispetto al testo normativo, una concezione minimizzante del diritto ridotto a un testo autorevole, una incapacità a rispondere e corrispondere alle incombenti esigenze di una società in forte crescita e bisognosa di essere ordinata con categorie e scelte tecniche coraggiose e innovatrici.

È l'obbiettivo di cui ha, invece, coscienza e verso cui lavora una giurisprudenza pratica che, investita della frizione tra legge vecchia e necessità nuove, si dà carico di questo compito enorme, non lo elude e, pur soffrendo di una crocifissione sul divario fra sordità di un testo e mutamento dei fatti sociali, opera ben spesso le sue scelte arrestandosi al rispetto formale di un testo da essa effettivamente svuotato o violato; una giurisprudenza pratica che ha voluto e saputo costruire "au delà du code" e "malgré le code", lavorando "avec les textes" ma arrivando "au dessus des textes et par delà les textes" <sup>(15)</sup>. Può essere estremamente istruttivo scorrere gli 'atti' delle celebrazioni centenarie del 1904: accanto a tante pagine trionfalistiche, vi fanno spicco altre, per esempio quelle del Presidente della Cassazione Ballot-Beauprè <sup>(16)</sup>, in cui l'elogio della codificazione vien fatto consistere nella sua vaghezza e genericità, nel suo essere portatrice di parecchie lacune, circostanze tutte di per sé non edificanti ma tali da permettere ai giudici francesi di costruire malgrado il testo.

Già, perché il Codice è divenuto un testo, un testo cartaceo. E qui non possono non venirmi a mente due grandi civilisti francesi,

---

<sup>(14)</sup> J.-P. RÉMY, *Eloge de l'exégèse* (1982), ora in *Droits-Revue française de théorie juridique*, I, (1985).

<sup>(15)</sup> Una proposta metodologica e una linea di azione che costituiranno il fulcro del messaggio di Raymond Saleilles, come abbiamo creduto di sottolineare nel saggio citato alla nota 17.

<sup>(16)</sup> Ci riferiamo al discorso pronunciato il 29 ottobre 1904 in occasione del centenario.

che ho avuto la fortuna di studiare a lungo <sup>(17)</sup>: Raymond Saleilles e François GénY. Siamo nell'ultimo ventennio dell'Ottocento; essi sono la testimonianza di quella che io or ora chiamavo la crocifissione di un giurista socialmente sensibile e culturalmente consapevole; GénY e Saleilles, insofferenti per un diritto immedesimato e cristallizzato in un testo, orientano la loro riflessione scientifica nel tentativo di evitare il distacco esiziale della corteccia giuridica dalla sottostante linfa sociale ed economica, una linfa per sua natura mutevolissima.

Da noi, in Italia, un richiamo d'obbligo è per Tullio Ascarelli, cultore di quel settore del diritto privato immerso nella pratica economica qual'è il diritto commerciale, che ha tentato nel convulso momento immediatamente precedente e susseguente alla seconda guerra mondiale di armonizzare forme e prassi *inventando* categorie interpretative all'insegna di una diagnosi spregiudicata del diritto vivente <sup>(18)</sup>.

4. Nel Convegno abbiám parlato del passato, ma anche del presente, né si è mancato di guardare anche al futuro. Lo storico si sente a proprio agio nel solco di questa linea lunga che arriva all'oggi e lo oltrepassa, ed ha probabilmente una sua fondata parola da dire.

Oggi si parla ancora di Codici e di codificazioni: appena ieri si è avuto l'unico modello ideologicamente coerente di un Codice civile realizzato in uno Stato a regime comunista, quello della Repubblica Democratica Tedesca, che oggi interessa soltanto lo storico del diritto ma che rappresenta un esperimento culturalmente e tecnicamente di qualche rilievo <sup>(19)</sup>; e oggi riaffiora — ed è oggetto di troppe e talvolta vuote discussioni — il progetto di un 'Codice comune europeo di diritto privato'. È legittima una domanda: l'idea di Codice è ancora attuale? O si tratta, anche in questo caso, del

---

<sup>(17)</sup> Cfr. *Ripensare GénY, e Assolutismo giuridico e diritto privato — Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.

<sup>(18)</sup> Esempio, fra i tanti saggi ascarelliani: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione* (1946), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

<sup>(19)</sup> Cfr. la ricca introduzione premessa a: *Il Codice civile della Repubblica Democratica Tedesca*, trad. e introd. di G. Crespi Reghizzi, e G. De Nova, Milano, Giuffrè, 1976.

solito maledetto misoneismo dei giuristi sempre avvinghiati a passati modelli e sempre tardi e restii nel superarli?

Alcune considerazioni si impongono.

La prima concerne la rapidità del mutamento sociale nella civiltà contemporanea. Il mutamento di ieri era estremamente lento e poteva anche prestarsi ad essere ordinato in categorie non elastiche, mentre oggi quella rapidità costringe spesso il legislatore a un'attività febbrile modificando il contenuto di una norma un momento dopo averla prodotta. Penso, da noi, in Italia ( e lo annoto solo per gli amici non italiani), al recentissimo Codice di procedura penale, un Codice che io — schiettamente ma non avventatamente — mi permisi di qualificare come 'redatto in versi', un testo astrattamente rispettabilissimo ma inadeguato a ordinare una prassi criminale in tumultuosa e allarmante crescita, che è stato novellato non so quante volte malgrado la brevità di vigenza.

La seconda concerne la complessità della civiltà contemporanea. Se è vero che la codificazione inaugurata nel 1804 fu un tentativo di riduzione della complessità, è anche vero che si trattava di una complessità riducibile (anche se, alla fin fine, il tentativo non riuscì perfettamente e il Codice nacque vecchio). Oggi, la situazione è incredibilmente diversa, con frontiere delle dimensioni economica e tecnologica che continuamente si allargano, si modificano, si complicano. Gli accenni puntuali fatti stamane da Rodotà proprio sul piano della evoluzione tecnologica ci confermano che la odierna complessità è difficilmente riducibile.

La terza considerazione concerne la tensione alla universalizzazione (volutamente, ometto di pronunciare il termine ricorrentissimo di globalizzazione, che evoca troppo lo spettro sgradevole dell'imperialismo economico statunitense e delle sue voraci multinazionali). Non v'ha infatti dubbio che il panorama generale si è parecchio variato rispetto al vecchio paesaggio statale e interstatale, mettendo in difficoltà il Codice che, anche se gremito di originarie istanze e venature giusnaturalistiche, è storicamente diventato legge nazionale e in questa si è identificato.

Infine, un'ultima considerazione, su cui forse avremmo dovuto riflettere di più. Si è parlato del Codice-Costituzione. Verissimo! Non v'è infatti dubbio che, quando nacque, il Codice incarnò la autentica Costituzione dello Stato borghese, poiché, avendo le prime

‘carte dei diritti’ assunto un carattere filosofico-politico, spettò al Codice civile di enunciare regole giuridiche disciplinanti gli istituti fortemente ‘costituzionali’ della proprietà individuale e del contratto. Nella lunga strada dopo il 1804 il Codice ha visto moltiplicarsi i piani di legalità, dapprima — nell’Ottocento — la legislazione speciale o eccezionale del legislatore ordinario, che però si limitava a rispondere a domande contingenti cui il Codice astratto non aveva potuto rispondere, poi — nel Novecento — le Costituzioni, diventate ormai veri assetti normativi ma nello stesso tempo assetti concretissimi per il loro innesto immediato e scoperto col mondo dei valori, per essere portatrici di un sistema armonico di valori. E giustamente — anche se assai tardivamente — la dottrina civilistica italiana si è posta il problema del rapporto fra quelli che erano ormai diventati due piani di legalità, la legalità costituzionale e la legalità codicistica <sup>(20)</sup>.

Si impone una risposta alla domanda che sopra ci siamo posti: è l’idea di Codice attuale? In questo caso, quale ruolo possiamo assegnare oggi o domani a un Codice?

Non è compito dello storico di far proposte operative; lo storico può utilizzare però la sua conoscenza del senso della linea storica per incentivare la criticità dell’osservatore e progettatore di oggi. Ieri Salvatore Tondo, a proposito della *lex mercatoria* invocata parecchie volte nel nostro triduo fiorentino, sottolineava la sua fiducia nella capacità del Codice di ordinare convenientemente questa realtà emergente. Io avrei più dubbii del mio amico romanista. Domandiamoci retoricamente, al solo scopo di far chiarezza al discorso, che cosa intendiamo quando facciamo uso di un siffatto sintagma. Semplificando e riducendo all’osso, sono le invenzioni della prassi che in uno scenario economico e tecnologico nuovo abbisogna di sempre nuovi strumenti; *lex mercatoria* è l’insieme delle invenzioni operate con fantasia e buon senso dagli uomini d’affari nelle piazze mercantili, nei porti, nei mercati finanziari.

I glossatori parlavano, nel secolo XII, dei *nova negotia*, imbarazzatissimi sul come poter inserire negli schemi ordinanti del *Corpus iuris* giustiniano tutte queste fattispecie nuove di zecca —

---

<sup>(20)</sup> Esempio: P. PERLINGIERI, *Il diritto nella legalità costituzionale*, Napoli, Est, 1984.

guarda caso, tutte fattispecie commercialistiche e navigazionistiche — brulicanti e invadenti nella grande coinè mediterranea, ma anche risolti — anche a costo di sforzare e superare le categorie classiche — ad appropriarsi della ricchezza consuetudinaria sollecitata e spalleggiata dal possente ceto mercantile. Noi ci troviamo, pressappoco, in una situazione non molto dissimile: una prassi che continuamente forma istituti nuovi e continuamente li supera stravolgendoli o creandone di nuovi, in una rincorsa segnata da una estrema rapidità.

Una codificazione rischia di essere per queste creature plastiche e mutevoli una veste troppo rigida, col rischio ulteriore di un invecchiamento precoce del testo normativo e di una prassi che séguita a galoppare dietro i fatti prescindendo dalle inadeguate regole autoritative.

Oggi, di fronte a un mutamento rapido e a una complessità poco docile resta, a mio avviso, per il Codice il ruolo di offrire una sorta di grande cornice. Rodotà ci parlava di un Codice dei principii <sup>(21)</sup>. Probabilmente io e lui non siamo molto distanti. Io credo che il legislatore abbia preteso una ingerenza eccessiva nel mondo moderno con una arrogante monopolizzazione del giuridico; purtroppo, facendo questo, ha anche dimostrato la sua impotenza.

L'amico Schiavone è stato pròvvido nell'invitare per l'inaugurazione del nostro Convegno l'autorevolissimo Presidente della Camera dei Deputati, Luciano Violante (che è professionalmente un giurista), ed è stata eloquente la dichiarazione confessoria sulla lentezza del legislatore italiano e sulla sua incapacità a tener dietro alle richieste di una società civile estremamente complessa, oggi estremamente complessa anche nella sua rapidamente crescente organizzazione tecnologica. Violante ha parlato pudicamente di lentezza, io con maggiore brutalità ma non immotivatamente preferisco parlare di impotenza.

Di fronte a questa realtà allarmante occorre — io credo — ripensare il sistema formale delle fonti, anche per renderlo più còsono al progetto e disegno della nostra carta costituzionale; e

---

<sup>(21)</sup> Una ricca rassegna dei problemi recentissimamente affiorati a livello europeo può trovarsi in: G.ALPA, *Il codice civile europeo: 'e pluribus unum'* in *Contratto e impresa/Europa*, 1999.

ripensare soprattutto il ruolo della legge, che mi sembra possa essere quello di fornire alcune rilevanti cornici per lo svolgimento della vita giuridica.

È chiaro che lo Stato non può abdicare alla fissazione di fondamentali linee portanti, ma è altrettanto chiaro che una delegificazione si impone abbandonando l'illuministica sfiducia verso il sociale e realizzando un autentico pluralismo giuridico con i privati protagonisti attivi della organizzazione giuridica così come lo sono del mutamento sociale. Solo in tal modo tra mutamento sociale e sistema di regole giuridiche si potrà colmare quel fossato che oggi constatiamo con amarezza.

Tornando al nostro tema dei Codici e chiudendo queste considerazioni conclusive, è anche chiaro che i Codici che costruiremo seguendo una siffatta linea operativa non avranno né potranno avere la valenza del *Code civil* e dei grandi Codici ottocenteschi, voci 'costituzionali' dello Stato monopolizzatore, fonti di fonti perché emanazioni dell'unica potestà nomopoietica, il Parlamento, fonti formalmente condizionanti tutti gli organi applicatori nella ingenua pretesa di offrire un sistema normativo tendenzialmente esaustivo. Una duplice discontinuità ci si prospetta dinnanzi. Non v'è soltanto la storia discontinua che collega questi Codici con l'antico regime. Un'altra discontinuità si profila: quella che lega i Codici dell'immediato futuro con l'idea di Codice così come si è affermata nel solco delle efficaci suggestioni illuministiche.