

Scienza giuridica e idea di codice tra fine Ottocento e inizi Novecento

1. I recenti studi sulla formazione del *Codex Iuris Canonici* 1917 sono concordi nel rilevare che l'esigenza di un profondo cambiamento dell'ordinamento canonico trovò chiara espressione già nel corso del Concilio Vaticano I. Numerose furono le voci che si levarono in quell'assemblea per denunciare la situazione, giudicata deplorabile, in cui si trovava il diritto canonico derivato dalla tradizione¹. Un diritto che risultava "disperso in una sorta di *mare magnum*", segnato dall'assenza di certezza causata "dalla molteplicità delle fonti", "dalla difficoltà della loro esatta conoscenza in ragione della dispersione in una moltitudine di costituzioni e di decisioni", dall'intreccio di interpretazioni, di interventi giurisdizionali e di decisioni dell'autorità ecclesiastica, "dalla compresenza...di leggi abrogate da leggi successive o dalla consuetudine"². Gli stessi studi hanno sottolineato che i padri conciliari, mentre concordavano unanimi sull'essenza del diritto positivo quale derivato dallo *ius divinum* e quindi necessariamente conforme ad esso e allo *ius naturae*³, manifestarono idee diverse in merito alla via da seguire per realizzare la riforma cui aspiravano. Alcuni, infatti, erano favorevoli alla redazione di un'opera compilativa unitaria di tipo tradizionale sul modello delle raccolte di Decretali, altri, invece, si aprivano alla forma più moderna del codice, forma largamente dominante nel diritto statale contemporaneo⁴. Il tema venne ulteriormente dibattuto dopo la conclusione del Concilio e trovò significativi contributi durante il pontificato di Leone XIII da parte della scienza canonistica la quale andò progressivamente maturando la visione della Chiesa come *societas perfecta* dotata di un ordinamento giuridico che esprimeva la conformità al diritto divino e naturale con la chiarezza, la semplicità, la certezza delle sue norme. E fu in questo quadro che la soluzione codicistica finì con il prevalere sulle non marginali resistenze che continuarono a segnare la dottrina canonistica.

Ci si può chiedere allora quale fosse l'idea di codice che si era andata affermando nel corso del secolo XIX e che era condivisa nella dottrina relativa al diritto degli Stati contemporanei. Il tema appare quanto mai interessante ed ha trovato ampio spazio negli studi che a partire dagli ultimi decenni del Novecento hanno discusso in merito alla natura e al significato di codice, prendendo

¹ G. Feliciani, *Marco Falco e la codificazione del diritto canonico*, in M. Falco, *Introduzione allo studio del Codex Iuris Canonici*, a cura di G. Feliciani, Bologna 1992, p. 17; Paolo Gherri, *Canonistica, codificazione e metodo*, Città del Vaticano 2007, pp. 65 s.

² Chiara Minelli, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino 2015, pp. 23-36.

³ Carlo Fantappiè, *Alle origini della codificazione pio-benedettina. Nuovi sviluppi delle teorie canonistiche sotto il pontificato di Leone XIII*, in *Quaderni fiorentini*, XXV (1996), p. 354.

⁴ C. Minelli, *Rationabilitas*, cit., pp. 24 s.

innanzi tutto in considerazione il *Code civil des Français*, quello che, a detta di Paolo Grossi, è per gli storici del diritto “il codice civile per antonomasia”⁵, opera che ruppe in maniera netta con il passato, inaugurò la forma moderna di codice, fu mitizzato come “capolavoro di legislazione”⁶ da giuristi e uomini di cultura sia negli anni della Restaurazione, sia, e con maggiore impegno, durante il Secondo Impero⁷ e si impose, di conseguenza, come modello per le raccolte successive⁸. E nel 1904, proprio nel momento in cui nella dottrina canonistica la riflessione e la discussione sulla natura e sulla forma del codice andavano facendosi sempre più intense, la Francia celebrò con grande solennità il centenario del *Code civil*⁹.

Molteplici sono gli aspetti del *Code civil* che gli storici del diritto hanno messo in evidenza. Da loro il suddetto codice è stato visto come figlio della cultura illuministica e giusnaturalista¹⁰, “informato ai valori della *liberté*, della *légalité*, della *égalité*, della *fraternité*, della *laïcité*, della *sûreté* e della *propriété*” affermati dalla Rivoluzione¹¹; e di conseguenza è stato esaltato come espressione di una cesura netta con il diritto del passato la cui produzione era segnata dal carattere “alluvionale”, dato che le opinioni dei dottori si accumulavano l’una dopo l’altra, dalla pluralità, in quanto espressione della complessa articolazione della società, e, infine, dall’extra-statalità, perché fondata sostanzialmente sulle consuetudini “successivamente ridotte in schemi tecnici dal ceto dei giuristi”¹²: un ordinamento, quello eliminato dal codice, in cui convivevano, si intrecciavano e si scontravano “diritto sovrano, diritti particolari e diritto romano”¹³. E si sottolinea come il *Code civil*, in luogo di questo diritto confuso, molteplice, contraddittorio della tradizione, avesse affermato la legge dello Stato sovrano come unica fonte del diritto e avesse definito un testo chiaro¹⁴, semplice¹⁵, armonico¹⁶, da tutti comprensibile¹⁷, dei diritti di cui i cittadini erano titolari. Il

⁵ Paolo Grossi, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l’altro*, in *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 2002, pp. 580 s.

⁶ Thierry Revet, *Le Code civil modèle (Synthèse)*, in *Code civile et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, sotto la direzione di Thierry Revet, Paris 2005, p. 597.

⁷ Jean-Louis Halpérin, *Codes et traditions culturelles*, in *Codici*, cit., p. 257.

⁸ Paolo Grossi, *Codici*, cit., p. 581; Riccardo Ferrante, *Il problema della codificazione*, in *Enciclopedia Italiana. Ottava Appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero, I, Diritto*, Roma 2012, p. 277.

⁹ Tra le iniziative di quell’anno particolarmente importante fu quella della Société d’études législatives la quale promosse la pubblicazione di un volume celebrativo del centenario del *Code civil*, volume cui parteciparono alcuni tra i maggiori civilisti europei: *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire publié par la Société d’études législatives*, I-II, Paris 1904.

¹⁰ P. Grossi, *Codici*, cit., p. 583.

¹¹ Alberto Donati, *I valori della codificazione civile*, Padova 2009, p. 5.

¹² P. Grossi, *Codici*, cit., pp. 582 s.

¹³ Riccardo Ferrante, *Modelli storici e codificazione contemporanea*, in Id., *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2006, p. 280.

¹⁴ Il pregio della chiarezza è stato sottolineato, tra gli altri, da Giovanna Morelli, *Dal diritto comune ai codici. Appunti per un corso di storia del diritto italiano*, Bologna 2003, p. 273; da P. Gherri, *Canonistica*, cit., p. 44; Giovanni Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia della codificazione moderna*, Torino 2011, p. 121.

¹⁵ Così, ad esempio, J.-L. Halpérin, *Codes*, cit., p. 225; G. Morelli, *Dal diritto comune ai codici*, cit., p. 270; R. Ferrante, *Modelli storici*, cit., p. 280; G. Cazzetta, *Codice civile*, cit., p. 121;

Code civil -sottolineano ancora gli storici del diritto- confermava l'uguaglianza giuridica dei cittadini¹⁸, definiva un diritto uniforme per tutta la Francia -mettendo così fine sia alle differenze giuridiche territoriali, sia a quelle personali della tradizione¹⁹-, imponeva il carattere nazionale del diritto, e di conseguenza contribuì all'affermazione dell'unità statale, rompendo con la tradizione universalistica del diritto comune²⁰ (e in virtù sia della sua chiarezza, semplicità, comprensibilità, sia della sua natura nazionale presentava un carattere evidentemente popolare²¹), plasmava il diritto secondo il principio dell'astrattezza rompendo con nettezza il legame con la casistica e la molteplicità fattuale della tradizione²², al diritto dei giuristi del passato, segnato dalla funzione creatrice dei giudici e degli interpreti, sostituì l'identificazione tra legge e diritto, riducendo la funzione dell'interprete alla mera esegesi delle norme create dalla legge²³, segnò, infine, "il trionfo dell'individualismo giuridico"²⁴, in quanto diretto a "riscoprire l'individuo in tutta la sua genuina privatezza"²⁵, a disciplinarne il ruolo e i diritti, ad affermarne il primato nell'ordinamento giuridico²⁶ e di conseguenza può a buona ragione essere qualificato come borghese e laico²⁷. A questi profili si aggiunge poi quello dell'eshaustività, della completezza, dell'autointegrazione e dell'autoreferenzialità²⁸, ma a parere di alcuni storici, come Luigi Mengoni e Ugo Petronio²⁹, i compilatori del codice non si sarebbero affatto posti questo obiettivo, di modo che tale carattere

¹⁶ G. Morelli, *Dal diritto comune ai codici*, cit., p. 273.

¹⁷ *Ibid.*, p. 270.

¹⁸ *Ibid.*, p. 287; P. Gherri, *Canonistica*, cit., p. 48.

¹⁹ Lo rilevava già Albert Sorel nell'*Introduction* al *Livre du centenaire*, cit., p. XXIX. Al riguardo si vedano anche Pio Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, pp. 6-10; G. Morelli, *Dal diritto comune ai codici*, cit., pp. 274 s.; T. Revet, *Le Code civil*, cit., p. 596; P. Gherri, *Canonistica*, cit., pp. 43 s.; G. Cazzetta, *Codice civile*, cit., p. 121; R. Ferrante, *Modelli storici*, cit., p. 280. L'uniformità del diritto in Francia era, a detta di Ugo Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, in particolare pp. 111-117, l'obiettivo primario, se non esclusivo, della commissione che elaborò il *Code civil*.

²⁰ Così, in particolare, A. Sorel, *Introduction*, cit., pp. XV-XVIII; P. Grossi, *Codici*, cit., p. 586; R. Ferrante, *Modelli storici*, cit., pp. 279 s.; G. Morelli, *Dal diritto comune ai codici*, cit., pp. 293 s.; A. Donati, *I valori*, cit., pp. 16 s., 95, 109.

²¹ Questo carattere è sottolineato con grande rilievo, ad esempio, da J.-L. Halpérin, *Codes*, cit., p. 225.

²² In proposito, ad esempio, P. Grossi, *Codici*, cit., pp. 590 s.; G. Morelli, *Dal diritto comune ai codici*, cit., p. 287.

²³ J.-L. Halpérin, *Codes*, cit., pp. 224 s.; G. Cazzetta, *Codice civile*, cit., pp. 121 s.; R. Ferrante, *Modelli storici*, cit., p. 279.

²⁴ P. Caroni, *Saggi*, cit., p. 73.

²⁵ P. Grossi, *Codici*, cit., p. 589.

²⁶ G. Morelli, *Dal diritto comune ai codici*, cit., pp. 285 s.; A. Donati, *I valori*, cit., p. 2.

²⁷ Cos', ad esempio, P. Caroni, *Saggi*, cit., pp. 22 s.; G. Cazzetta, *Codice civile*, cit., p. 121; A. Donati, *I valori*, cit., p. 95.

²⁸ Ad esempio Tullio Ascarelli, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Id., Saggi giuridici*, Milano 1949, pp. 48 s.; Guido Astuti, *Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati succesorii*, in *Id., Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di Giovanni Diurni, II, Napoli 1984, p. 728.

²⁹ Luigi Mengoni, *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano 1994, pp. 752 s.; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit.

sarebbe stato riconosciuto al *Code civil* in epoca successiva alla sua pubblicazione da parte della dottrina ottocentesca³⁰.

In merito, infine, ai rapporti con la tradizione, gli storici del diritto sottolineano che il *Code civil* inaugurò la moderna forma di codice quale raccolta riguardante un singolo settore del diritto disciplinato da un sistema autointegrato, completo, organico di regole espresse in forma generale ed astratta, una forma, dunque, nettamente diversa sia dalla raccolta giustiniana di leggi imperiali, sia dai codici giusnaturalistici settecenteschi³¹, sia dalle cosiddette consolidazioni (di cui le *Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna* del 1723 e 1729 costituiscono un esempio significativo) che erano composte da leggi già da tempo in vigore, si proponevano soltanto una lettura ordinata delle stesse e conservavano inalterata la tradizionale pluralità delle fonti giuridiche, limitandosi a dare forma ordinata ad una di loro³². Allo stesso tempo mettono in luce che nel definire il contenuto delle norme i codificatori si riferirono sia alla tradizione di diritto romano, sia a quella consuetudinaria, facendo prevalere la prima nella disciplina dei diritti reali e dei rapporti contrattuali, la seconda in materia matrimoniale e successoria, dimostrando, in tal modo, “une modération, une sagesse et un sûreté de main admirables”³³.

In merito a questa complessa ed articolata ricostruzione storiografica della natura e del valore emblematico del *Code civil* appare possibile proporre alcune osservazioni.

i) In primo luogo sembra opportuno sottolineare che la rottura con il passato non si esprime soltanto nell'abrogazione della molteplicità delle fonti giuridiche, del loro intrecciarsi e complicarsi, ma anche nell'eliminazione dell'andamento casistico seguito dall'ordinamento a partire dall'età romana ed espresso dalle raccolte della compilazione giustiniana, in primo luogo dal Digesto. Il Digesto esprimeva la capacità dell'interpretazione dottrinale di conferire ordine alla molteplicità della prassi, offrendo una lettura razionale ed omogenea delle tante situazioni concrete in cui le parti di un rapporto giuridico potevano venirsi a trovare. In altre parole, alle opinioni dei giuristi dotati di *ius respondendi* si rivolgevano i giudici chiamati a decidere su una vertenza e di conseguenza dette opinioni presentavano un radicamento assoluto nella concretezza e nella specificità della situazione

³⁰ Sulla questione rinvio a quanto detto in *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, pp. 228-231.

³¹ Così, ad esempio, Carl J. Friedrich, *The ideological and philosophical background*, in *The Code Napoléon and the common law. The sesquicentennial lectures delivered at Law Center of New York University. December 13-15. 1954*, a cura di Bernhard Schwartz, New Jersey 1998, pp. 2 s.; Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 141, per il quale il codice civile del 1804 “non ha nulla a che spartire con le consolidazioni legislative precedenti...costituisce una fonte novissima...non intende perfezionare l'assetto giuridico del passato, ma produrre una norma di nuovo conio...è...una totalità organica fortemente pensata, sorretta da un progetto unitario ed organico

³² Mario Viora, *Le costituzioni piemontesi*, Milano-Torino-Roma 1928.

³³ A. Esmein, *L'originalité du Code civil*, in *Livre du centenaire*, cit., p. 16. Il legame tra la disciplina del codice civile e la tradizione romanistica e consuetudinaria è stato particolarmente enfatizzato da Guido Astuti, *Il “Code Napoléon” in Italia*, cit., pp. xxxx ; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., pp. xxxx ; G. Cazzetta, *Codice civile*, cit., p. xxxx ; R. Ferrante, *Modelli storici*, cit., p. xxxx

in cui le parti di un rapporto giuridico si trovavano. E la medesima impostazione seguivano le costituzioni imperiali raccolte da Giustiniano nel Codice. Proprio per la loro straordinaria adesione alla concreta realtà della vita, i libri giustiniani apparvero ai giuristi medievali e moderni come una rete entro la quale poteva essere catturato ogni momento della prassi, anche quelli legati alla vita contemporanea, diversa sotto più aspetti dalla realtà che la giurisprudenza romana aveva disciplinato: di qui lo sforzo dei quei giuristi di interpretare in maniera creativa le norme giustiniane per formulare, sulla base di queste ultime, nuove interpretazioni razionali e nuove letture teoriche. La scienza giuridica medievale e moderna, dunque, fece proprio l'inquadramento ordinario della dottrina romana ed operò secondo un chiaro procedimento: il caso concreto sorto dalla prassi veniva inquadrato in quelli razionalmente definiti dalla giurisprudenza romana o dalla scienza medievale e moderna sul fondamento della romana, di modo che il medesimo caso era fatto partecipe dell'*auctoritas* riconosciuta ai libri giustiniani e quindi era considerato legittima fonte di diritti e di doveri; allo stesso tempo la sua disciplina definita dalla consuetudine e dalle altre fonti giuridiche particolari si incontrava con quella che i testi giustiniani e la giurisprudenza medievale e moderna fondata sugli stessi avevano definito per la questione riguardante il caso stesso. Il medesimo andamento casistico caratterizzò anche le raccolte canoniche, dal *Decretum* di Graziano ai testi delle decretali pontificie, e di conseguenza plasmò l'articolazione della scienza giuridica ad esse dedicata. Di modo che la medesima impostazione segnò il diritto civile e il canonico, la lettura dei civilisti e quella dei canonisti, dando vita ad un legame inscindibile, ad una stretta integrazione tra le due componenti che si espresse, tra l'altro, in interventi della canonistica in temi squisitamente temporali, nei quali il suo contributo alla disciplina risulta certamente significativo. Il diritto della tradizione era, dunque, il diritto dei giuristi.

A questo diritto il *Code civil* sostituì il diritto della legge: il giudice, l'interprete erano privati della funzione cretarice e relegati alla mera spiegazione esegetica del testo della legge ed obbligati a darne esecuzione.

ii) Il Codice del 1804, poi, inaugurò la rottura dell'unità che da sempre segnava l'ordinamento giuridico. Con esso il diritto cominciò, infatti, ad essere frantumato in civile, penale, processuale civile, processuale penale, commerciale, mentre si delineava un ambito separato per il diritto pubblico. E con la frantumazione del diritto si affermò la netta separazione del diritto sostanziale da quello processuale, che nella tradizione sia romanistica sia consuetudinaria erano strettamente legati come due facce della stessa medaglia, tanto che non era configurabile la titolarità di un diritto disgiunta dalla titolarità della sua tutela in giudizio.

iii) Il Codice inaugurò un'impostazione del tutto nuova dei diritti soggettivi. Particolarmente evidente appare la novità nel campo dei diritti reali. Il punto centrale del codice, quello intorno al

quale gravitano tutti gli altri diritti, fu costituito dal diritto di proprietà, così come nel diritto romano e nel diritto medievale e moderno era stato il *dominium*. Ma tra *dominium* e proprietà di codice le differenze sono radicali. Il primo è un diritto complesso nel quale si trovano intimamente connessi elementi che oggi riconosciamo alla sfera privatistica e altri che oggi attribuiamo alla sfera pubblicistica: il *dominium*, infatti, comportava la titolarità della *jurisdictio* sugli abitanti della terra, nei riguardi dei quali il *dominus* esercitava le potestà di imperio, di governo, di giustizia. L'abolizione dei privilegi e la conseguente uguaglianza giuridica di tutti i cittadini avevano eliminato tale *jurisdictio*, trasformando il *dominium* in un diritto radicalmente diverso: le relazioni tra proprietario e comunità delle sue terre da allora divennero di mera natura privata, vennero disciplinate dalle norme di codice, furono tutelate dalle sole corti di giustizia statali, mentre i contadini, liberi dall'imperio del proprietario, erano posti, al pari di tutti gli altri cittadini, sotto quello della sola legge. E la nuova natura del diritto di proprietà ebbe l'effetto di plasmare in senso privatistico tutti gli altri diritti. Ancora. La tradizione di origine medievale prevedeva vari gradi di *dominium* sulla medesima terra, come accadeva, ad esempio, nel rapporto feudale per il quale chi concedeva il beneficio ne conservava il dominio diretto, mentre chi lo riceveva acquisiva il dominio utile: una pluralità di gradi che, consistendo il dominio anche in potestà giurisdizionale, dava vita ad un intreccio di potestà il cui equilibrio era lasciato alla prassi concreta. La riduzione del *dominium* a proprietà privata operata dal Codice civile eliminò anche la pluralità di gradi, affermando il pieno, unico ed esclusivo diritto del proprietario.

iv) Il Codice civile contiene, come dice Grossi, norme "di nuovo conio"³⁴. Ed in effetti con esso la tradizione romanistica e consuetudinaria, cui i codificatori si rifecero, assunse forme e contenuti decisamente inediti. In sé detta articolata tradizione non aveva più alcun valore: e se la legge ad essa si ispirava, da un canto con i suoi articoli ne plasmava il contenuto in una forma inedita, chiara, sintetica e razionale, dall'altro innovava radicalmente l'antico pluralismo, imponendosi come unica, esclusiva fonte. Il Codice costituiva l'espressione più netta ed immediata del nuovo ordinamento: con esso, come dice Grossi, "un rigoroso monismo giuridico si sostituì al vecchio pluralismo", introducendo "un vincolante *assolutismo giuridico*"³⁵. Il termine "libertà", allora, non indicò più il complesso dei diritti originari goduto da ogni soggetto in quanto titolare di privilegi o in quanto appartenente ad una comunità o ad un ceto, ma la qualità naturale di ogni cittadino che doveva esercitarla nella difesa dei propri interessi personali, nel solo rispetto della legge dello Stato. Di modo che mentre nell'antico regime ogni soggetto era legittimato a compiere atti giuridicamente rilevanti solo se il relativo diritto rientrava nel complesso di diritti di cui era

³⁴ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 141.

³⁵ *Ibid.*, p. 137.

titolare, ora si affermava il principio opposto: era legittima ogni manifestazione della libera volontà dei soggetti che non fosse vietata dalla legge.

v) La novità di “conio” si manifesta anche sotto un altro aspetto. L’abbandono della casistica tradizionale e la volontà di definire norme astratte e generali ebbe la conseguenza di articolare per la prima volta il diritto nella forma dell’istituto giuridico, una categoria teorica generale ed ampia, articolata nelle molteplici facoltà che lo componevano. Si tratta di una costruzione astratta che trovava le sue radici nella tradizione umanistica e nella cultura illuminista e che, legata al carattere astratto delle norme, si coniugava correttamente con l’enfasi posta sulla libertà e sulla volontà dell’individuo: il singolo soggetto non aveva più bisogno di una disciplina minuziosa che regolasse le tante situazioni in cui di fatto poteva venirsi a trovare, ma era legittimato ad usare la propria libertà individuale e la propria libera volontà nell’avvalersi delle facoltà previste oggettivamente e in astratto come componenti dell’istituto.

vi) Si è detto che, secondo la concorde lettura della storiografia giuridica, con il Codice venne ribadito il carattere, affermato dalla Rivoluzione, della legge come unica fonte del diritto. Meno evidenziato appare, invece, il mutamento della natura e del valore che nella tradizione erano attribuiti alla legge. Nel Medioevo e in età moderna non erano mancati sovrani legislatori. Si riteneva che il compito primario del re fosse, insieme con la guida della difesa armata delle terre e delle comunità che riconoscevano la sua potestà unitaria, quello di fare giustizia garantendo il rispetto e la vigenza del diritto che nelle stesse era venuto a maturazione in via consuetudinaria. La giustizia, però, non poteva limitarsi al rispetto delle vigenti norme consuetudinarie e locali, ma doveva esprimersi anche nell’abrogazione di quegli usi che fossero apparsi contrari ai superiori principi di equità e di razionalità e nella loro sostituzione con norme che gli stessi principi inverassero: una sostituzione che i sovrani operavano ricorrendo allo strumento della legge. Espressione di principi eterni e universali e non disciplina di una realtà contingente, la legge regia dunque era destinata a rimanere in vigore nel tempo senza conoscere l’intervento abrogativo di una legge successiva, anche se la normativa delle due non fosse stata coincidente o fosse risultata addirittura contrastante. Un esempio di tale lunga durata della legge regia può essere offerto dall’opera *Ius Regni Neapolitani* nella quale nel secolo XVII il giurista napoletano Carlo Tapia riunì, come raccolta contenente l’intera legislazione vigente nel Regno, tutte le leggi dei sovrani meridionali a partire da Federico II³⁶. E nel Settecento Gaetano Filangieri denunciava questa

³⁶ Sul giurista si veda la biografia curata da Ersilia Fabbricatore per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletta, Bologna 2013, II, pp. 1935-1938.

situazione, affermando “le leggi che ci dirigevano dieci secoli fa seguitano ancora a dirigerci”³⁷. Il modello era, ancora una volta, la compilazione giustiniana per quanto riguardava sia la vigenza nel tempo, sia la relazione tra le leggi e tra queste e le altre fonti: sotto questo secondo aspetto, rimaneva salda la regola per cui spettava all’interprete scegliere se ricorrere ad una delle norme legislative, scegliere quella da adottare e ricercare una concordanza tra questa, le altre leggi, anche quelle non concordanti, e soprattutto le altre fonti, innanzi quelle di diritto comune. Con l’affermazione della legge statale quale unica fonte del diritto, e con il *Code civil* espressione di tale ideologia, la situazione di antico regime ebbe termine: una volta promulgata, la legge aveva immediata ed indiscussa applicazione quale manifestazione della sovranità dello Stato e, eliminando ogni legge o altra fonte che avessero disciplinato fino ad allora la materia oggetto della sua normativa, regolava tale materia da sola fino al momento in cui una legge successiva l’abrogava: il giudice non doveva fare altro che applicarla, l’interprete limitarsi a illustrarne il significato.

vii) L’unità tradizionale dell’ordinamento giuridico non fu la sola ad essere infranta dal *Code civil*: da questo venne spezzata anche l’endiade diritto civile-diritto canonico che aveva costituito il diritto comune del mondo occidentale a partire dal Medioevo. Il diritto canonico venne, di conseguenza, a trovarsi separato da una parte essenziale della sua tradizione, una parte che lo aveva plasmato, integrato, sostenuto e segnato per tanti secoli. In luogo dell’antica, consolidata endiade si presentavano ora due ordinamenti, quello statale e quello canonico, non soltanto separati e distinti, ma anche, e soprattutto, diversi nella sostanza. L’ordinamento statale era diventato il diritto della legge, quello canonico continuava ad essere il diritto dei giuristi, con il pluralismo delle fonti, l’intervento creatore degli interpreti e dei giudici, il valore consuetudinario della legislazione pontificia.

viii) Un ultimo aspetto appare opportuno segnalare. Il Codice del 1804 inaugurò una nuova forma tecnico-letteraria di raccolta legislativa, una forma sensibilmente diversa da quella delle precedenti raccolte che in passato erano state designate con il termine di codice, una forma che presenta “caratteri identitari ben precisi”. Si tratta, infatti, come abbiamo detto, di una raccolta di regole giuridiche caratterizzata da una tecnica formale di elevata qualità letteraria segnata dall’unità, dalla sintesi e dalla chiarezza delle norme, dalla semplicità del loro testo privo di considerazioni teoriche, dalla loro disposizione razionale e facilmente intelligibile, dalla loro astrazione e smaterializzazione, dalla sintesi e dal coordinamento sistematico dei concetti³⁸. Una raccolta nella quale le norme contenevano una disciplina oggettiva ed articolata del tema preso ad

³⁷ Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, ed. critica, I, a cura di Antonio Trampus, Venezia 2003, p. 171. Sull’opera di Filangieri e sull’ampia bibliografia a lui dedicata rinvio alla biografia scritta da Antonio Trampus per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, pp. 860-863.

³⁸ Giulia Maria Labriola, *La codificazione del diritto fra storia, tecnica e tendenza*, Napoli 2012, pp. 53-67. Si veda anche P. Caroni, *Saggi*, cit., pp. 113 s.

oggetto ed erano riunite in unità coerenti, omogenee e tra loro coordinate. Dette unità coerenti offrivano al singolo individuo la possibilità di avvalersi, scegliendole con la sua volontà libera, delle facoltà in cui esse si articolavano. Una raccolta che nel settore giuridico cui si riferiva dettava una normativa unitaria ed al contempo stabile³⁹, una raccolta di leggi che al pari delle altre leggi dello Stato sovrano era dotata, come si diceva, di indiscutibile ed immediata applicazione. Una raccolta che nel contenuto della propria disciplina poteva rifarsi alla tradizione, ma che alla stessa tradizione toglieva l'autorità di fonte giuridica, imponendo come unica fonte le proprie norme le quali rielaboravano quella tradizione presentandola nella forma nuova, chiara, semplice, stabile degli articoli. Una raccolta, dunque, di leggi intese nel loro nuovo valore, di cui si è detto or ora, quello inaugurato dalla Rivoluzione.

2. Il *Code civil*, come è noto, costituì il modello non soltanto per gli altri codici francesi - quello di procedura civile del 1806, il codice di commercio del 1807, il codice d'istruzione criminale del 1808, il codice penale del 1810⁴⁰- ma anche per i codici civili degli Stati italiani preunitari -il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819 per la parte riguardante le "leggi civili, il *Codice civile parmense* del 1820, il *Codice civile sardo* del 1837, il *Codice civile per gli Stati estensi* del 1851- che ne adottarono la forma e la struttura, nonché la normativa nelle parti in cui quello aveva seguito la tradizione romanistica, mentre a questa tornarono nella materia matrimoniale e successoria in cui, come si è detto, i codificatori francesi avevano seguito l'antico diritto consuetudinario⁴¹. E rimase un punto essenziale di riferimento per la scienza giuridica e per i codificatori del secolo XIX, seguito, ad esempio, in Italia dal Codice civile del 1865 che, peraltro, accolse anche alcune delle modifiche introdotte dai codici preunitari. Non per questo, comunque, la sua disciplina e la sua impostazione furono ripetute invariate in tutti i codici successivi, né venne adottato senza varianti il rapporto da lui inaugurato con la scienza giuridica.

Cominciamo da quest'ultimo aspetto. La rottura della tradizione e l'affermazione del primato della legge statale, come si è detto, avevano radicalmente innovato la funzione dell'interprete del diritto: la sua lettura non era più creativa, ma si limitava alla spiegazione e al chiarimento delle norme. Espressione di tale nuova temperie culturale fu l'Ecole de l'exégèse, la Scuola dell'esegesi, che si impose in Francia e che si proponeva di esprimere l'intervento dell'interprete nel solo commento e nella mera spiegazione del testo dei codici. Un indirizzo, questo, che segnò anche l'insegnamento delle discipline giuridiche nelle università francesi, nelle

³⁹ Claus Peterson, *Le implicazioni metodologiche della codificazione*, in *Codici*, cit., pp. 431-437.

⁴⁰ In proposito rinvio a quanto detto in *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, pp. 235-241.

⁴¹ G. Astuti, *Il "Code Napoléon"*, cit., pp. 175-237.

quali i codici furono posti al centro dei corsi di giurisprudenza. Il metodo esegetico imponeva all'interprete di rimanere strettamente fedele al testo commentato, evitando di proporre costruzioni teoriche generali o letture originali e creative, di modo che la forma letteraria adottata in prevalenza da questa scuola fu quella del commentario, nel quale il giurista seguiva pedessequamente l'ordine degli articoli del codice⁴². L'indirizzo esegetico fu adottato anche in Italia, ma qui assunse un carattere particolare perché i giuristi arricchirono la spiegazione delle norme dei codici con costanti, ricchi, articolati richiami ai precedenti storici italiani ed europei, alla tradizione nazionale, alle sue origini romanistiche, alla riflessione filosofica, alla comparazione con altri ordinamenti. Ne nacque un indirizzo per più versi originale, che gli storici hanno qualificato come "eclettico"⁴³, nel quale la dottrina, anche se privata dell'antica funzione, recuperava un ruolo significativo, se non addirittura insostituibile, nella lettura del testo.

In Francia il mito del *Code civil* proseguì, come si è detto, nel corso dell'Ottocento. Ma non impedì che negli ultimi decenni del secolo giuristi sensibili alle rapide e decisive trasformazioni che la società andava conoscendo cominciassero a rilevare la lontananza della sua normativa dalla realtà concreta, ad evidenziare i limiti della sua impostazione astratta e generale nella disciplina di un mondo profondamente diverso da quello nel quale il Codice stesso era stato promulgato, a denunciare l'immobilismo e l'inadeguatezza del metodo esegetico. Mi limito a ricordare in proposito François Génys e Raymond Saleilles, il primo convinto che la legge non riuscisse ad esprimere la totalità della vita giuridica, per comprendere la quale l'interprete doveva aprirsi all'analisi della ricchezza consuetudinaria, della lettura proposta dalla giurisprudenza, dei contributi della scienza giuridica⁴⁴, il secondo sostenitore dell'insostituibile importanza della fattualità concreta, di modo che la legge astratta e generale doveva essere considerata e analizzata nella sua effettiva attuazione nella società e nella lettura che della stessa veniva data dalla giurisprudenza⁴⁵. Una consapevolezza dei limiti del *Code civil* che non giunse a negarne il valore, ma che ne rivide il

⁴² Sulla scuola dell'esegesi Julien Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil: les traits distinctifs de sa doctrine et des méthodes d'après la profession de foi des ses plus illustres représentants*, Paris 1924; Giovanni Tarello, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano 1969, pp. 242-276 (poi in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 69-101); Laura Moscati, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di Filippo Liotta, Bologna 1999, pp. 277-321; Riccardo Ferrante, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia*, cit., pp. 339-363; Ugo Petronio, *L'école de l'exégèse, entre Lumières et positivisme juridique*, in *Traditions savantes et codifications. Colloque Poitiers 8, 9, 10 septembre 2005*, sous la direction de Claude Ophéle et Philippe Remy, Paris 2007, pp. 29-47.

⁴³ In proposito Maria Teresa Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia*, Napoli 1987; Enrico Genta, *Eclettismo giuridico della Restaurazione*, in *Rivista italiana di storia del diritto*, LX (1987), pp. 306 ss.; Luigi Lacché, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in *Quaderni fiorentini*, XXIX (2010), pp. 153-228.

⁴⁴ Su Génys rinvio al numero dei *Quaderni fiorentini* a lui dedicato, XXI (1991).

⁴⁵ Su Saleilles si veda Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 256 ss. Sui due giuristi è particolarmente utile il recente volume *Lettres de François Génys à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle. 1892-1912*, a cura di Christophe Jamin, Frédéric Audren e Sylvain Bloquet, Mayenne 2015.

ruolo nel diritto privato: non più la fonte esclusiva, ma quella che dava ordine e unità alla molteplicità giuridica. Una funzione, dunque, che rimaneva essenziale, ma che perdeva l'originario monopolio.

Una nuova sensibilità verso i problemi concreti della società caratterizzò negli ultimi decenni del secolo XIX anche una parte della civilistica italiana che rilevava da un canto l'inadeguatezza del codice civile del 1865 di fronte alla complessità del mondo produttivo, dall'altro l'eccessiva astrattezza della scienza giuridica⁴⁶. I problemi sociali aperti dall'industrializzazione, le condizioni di miseria e di ignoranza nelle quali continuavano a vivere larghi strati della popolazione solleccitarono, in particolare, alcuni giuristi a mettere in risalto, insieme con le lacune del codice, le carenze dell'indirizzo legislativo liberale e a chiedere l'estensione dell'intervento normativo dello Stato per disciplinare momenti della vita sociale, fino ad allora lasciati alla libera espressione degli interessi individuali, con una legislazione diretta a tutelare i diritti dei più deboli. Con particolare efficacia questi temi vennero approfonditi dalla corrente di giuristi che prese il nome di *socialismo giuridico*, molti dei quali invocarono l'adozione di leggi speciali, mentre altri arrivarono a proporre la compilazione di un nuovo codice, un codice di diritto privato sociale⁴⁷.

E' noto, poi, che il *Code civil*, insieme con il successo, incontrò nell'Europa del primo Ottocento decise opposizioni, di cui si fece interprete, in particolare, la Scuola storica che ebbe il suo centro primario in Germania e il suo massimo esponente in Friedrich Carl von Savigny. Nel nuovo clima culturale dei primi anni del secolo, che andava abbandonando le idee antistoricistiche dell'Illuminismo e si apriva al recupero delle tradizioni nazionali, la Scuola storica prendeva le mosse dalla contestazione del mito del legislatore saggio e virtuoso e dell'insostituibile valore della codificazione, per rivendicare l'importanza del diritto spontaneamente sorto e sviluppatosi nei vari popoli in quanto ancorato sulla cultura viva di questi e capace di adeguarsi spontaneamente all'evoluzione delle loro concrete necessità: valori, quelli della tradizione giuridica, che non poteva vantare la legge. Per Savigny la scienza giuridica medievale, utilizzando e rielaborando le categorie concettuali formulate dalla giurisprudenza romana, aveva dato ordine alla multiforme prassi a lei contemporanea, riuscendo a conciliare razionalità e rispetto della tradizione. L'opera della dottrina medievale, proseguita da quella di età successiva, aveva definito l'unità astratta dell'istituto ed al contempo lo aveva reso vitale plasmando al suo interno il diritto della tradizione e adeguandolo continuamente alle cangianti necessità sociali. Si trattava del giusto equilibrio tra lettura razionale e

⁴⁶ Il proposito rinvio a Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, in particolare pp. 1-117.

⁴⁷ Sul socialismo giuridico Paolo Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, Bologna 1970; Mario Sbriccoli, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, Milano 1975; *Il socialismo giuridico: ipotesi e letture*, Milano 1975; Sara Zuliani, *Il socialismo giuridico italiano: P. Ellero, G. Salvio, E. Cimbali*, Milano 1991.

concretezza reale che il codice aveva rotto, poiché aveva definito in maniera stabile e fissa il contenuto degli istituti, spezzando in tal modo quel collegamento di questi con la vita concreta che solo la funzione creatrice della scienza giuridica poteva garantire⁴⁸.

Non solo. Da uno dei filoni promossi dalla Scuola storica nacque un indirizzo dottrinale opposto a quello della scuola dell'esegesi, quello della Pandettistica, destinato ad avere grande successo nella scienza giuridica europea di fine Ottocento e prima metà del Novecento. La Pandettistica proponeva la lettura dell'ordinamento di diritto privato sotto forma di sistema, un sistema che individuava "la corretta formulazione dei concetti e dei principi e la precisa determinazione dei loro rapporti di coordinamento e di subordinazione l'uno rispetto all'altro". Ne derivava "un'architettura di concetti e principi collegati verticalmente gli uni all'altri" basata sul metodo deduttivo di matrice aristotelica e di rielaborazione idealistica. Nel sistema così disegnato, nel quale le norme erano legate tra loro in un rapporto logico-razionale in dipendenza di principi generali e astratti, la soluzione del singolo caso si otteneva attraverso l'uso logico dei concetti e dei principi; e il ricorso a "questo metodo assiomatico-deduttivo" imponeva la netta separazione del diritto da ogni elemento che non avesse natura giuridica, imponeva, in altre parole, la separazione del diritto dalla società e la presentazione del primo come un sistema esclusivamente teorico, logico, razionale e astratto⁴⁹. Il sistema era teorizzato in primo luogo per il diritto civile e trovava il suo modello nel diritto romano, del quale era offerta una lettura del tutto diversa da quella del passato, dato che da un canto era depurato della ricchezza originaria in cui nessuno spazio trovavano le distinzioni tra materie giuridiche ed era fatto coincidere con il solo diritto privato, dall'altro veniva presentato come articolato esclusivamente nella categoria astratta e generale dell'istituto, con la conseguenza di eliminare ogni rapporto con la casistica fattuale e spezzare il legame tra momento sostanziale e quello processuale. Il diritto finiva, allora, per essere presentato come un sistema dogmatico, avulso da ogni legame con la realtà storica, un sistema eterno ed immutabile nella sostanza, cangiante esclusivamente -e marginalmente- nella disciplina che le categorie astratte ed universali degli istituti ricevevano nel tempo. E la dottrina giuridica, che con l'introduzione dei codici era stata privata della sua tradizionale funzione creatrice, recuperava con la Pandettistica un ruolo significativo, quello di definire concetti e principi generali, definire sul loro fondamento i rapporti logico formali tra le norme e costruire in tal modo le categorie astratte entro

⁴⁸ La storiografia su Savigny è vastissima: mi limito a ricordare i corsi di lezioni pubblicati a partire dal 1993 dal Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte nella collana *Jus Commune, Savignyana, Texte und Studien* e l'ampia nota bibliografica proposta da Angela Trombetta, *Savigny e il sistema. Alla ricerca dell'ordine giuridico*, Bari 2008, pp. 21-26. Sulla Scuola storica del diritto Giovanni Pugliese, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, pp. 29-72; Giovanni Tarello, *Sulla scuola storica del diritto*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., pp. 103-122; Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt a. M. 2004.

⁴⁹ G. Pugliese, *I pandettisti*, cit., p. xxx

le quali il caso concreto veniva inserito per essere letto in maniera razionale⁵⁰. La limpidezza del ragionamento logico deduttivo faceva apparire la costruzione del sistema come presupposto indispensabile per la nascita di una autentica scienza giuridica, la quale, al pari delle scienze esatte, non doveva essere contaminata da fattori esogeni: il sistema del diritto romano e quello del diritto privato vigente che ne riproduceva principi, concetti generali e logiche formali, dovevano rimanere immuni da ogni collegamento con la realtà sociale e politica in cui le loro norme nascevano ed erano osservate. In altre parole diritto e società venivano separati nettamente. E il fascino di una ricostruzione sistematica, logica, razionale favorì la recezione del metodo pandettistico da parte degli studiosi degli altri settori del diritto, il commerciale come il pubblico.

L'indirizzo pandettistico, definito dalla scienza tedesca, fu recepito dalla dottrina italiana a partire dagli anni '80, sia dalla civilistica -che, mantenendo al centro della sua attenzione il codice, lesse quest'ultimo come perno di un sistema dogmatico fondato su principi generali unitari, le cui norme erano tra loro legate da rapporti logico razionali-, sia negli studi commercialistici, sia nel diritto pubblico, sia nel diritto penale, sia in quello processuale. La scienza giuridica alla fine del secolo XIX risulta, dunque, particolarmente articolata e complessa, con una diffusa prevalenza dell'indirizzo pandettistico, con i residui dell'impostazione esegetica, con la non marginale attenzione alla concreta realtà sociale. Una complessità, comunque, che in Italia come in Francia era ben lungi dal contestare la centralità del codice, mentre in Germania veniva superata la diffusa opposizione all'idea di codice e alla fine dell'Ottocento si arrivava alla promulgazione del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

3. Si è detto prima che il *Code civil* fu seguito nella Francia napoleonica da codici riguardanti altri settori del diritto -quello della procedura civile, il commerciale, quella della procedura criminale, il penale- i quali videro nel codice del 1804 il modello formale di raccolta legislativa da seguire: una forma tecnico-letteraria che fu adottata naturalmente dai codici che negli anni successivi a quelli si rifecero. I codici ora ricordati adottarono, infatti, l'impostazione coerente, astratta, oggettiva inaugurata dal codice civile, mettendo fine all'andamento soggettivistico e casistico del passato. Sotto questo profilo appare opportuno ricordare la significativa novità operata dal codice di commercio nel settore della disciplina mercantile: non più il diritto dei mercanti, per cui solo chi vantava questo *status* era legittimato a stringere rapporti commerciali, ma la definizione oggettiva dei singoli contratti che ogni individuo, usando della propria libera volontà, poteva ora concludere. E, d'altro canto, nel caso dei codici penali, la costruzione astratta dei singoli reati, dopo

⁵⁰ Sulla Pandettistica mi limito a rinviare a quanto detto in *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., pp.320-323 e alla bibliografia ivi ricordata.

la definizione dei concetti di pena, di colpa e di dolo, spostava la disciplina dal soggetto delinquente all'oggetto reato.

La suddetta forma letteraria espressione della nuova natura della legge fu, poi, confermata dai codici civili del secolo XIX e degli inizi del successivo non soltanto da quelli che seguirono il codice napoleonico anche sotto il profilo sostanziale -come i codici civili degli Stati italiani preunitari, quello italiano del 1865 e quello rumeno del 1864-, ma anche da quelli che dallo stesso si discostarono. E' questo il caso, innanzi tutto, dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* dell'Impero austriaco il cui testo, frutto di un lungo processo di elaborazione, fu completato nel 1811: il codice fu promulgato il 1° giugno di quell'anno e il 1° gennaio 1812 entrò in vigore in tutti i territori ereditari tedeschi, non, pertanto, nelle regioni ungheresi. Il codice è composto di 1502 paragrafi divisi in tre parti, precedute da una Introduzione riguardante le "leggi in generale", e rispettivamente dedicate ai Diritti delle persone, ai Diritti sulle cose (e pertanto non soltanto ai diritti reali, ma anche alla materia successoria, alle obbligazioni, al risarcimento del danno), alle Disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti delle cose (e quindi alla modificazione ed estinzione dei rapporti giuridici)⁵¹. Sensibilmente più breve del *Code civil*, da questo si differenziò anche per altri aspetti. L'*ABGB* non era certamente espressione dell'ideologia rivoluzionaria e liberale, ma nasceva dalla volontà di conseguire un equilibrio tra tradizione e novità e quindi, pur abrogando le fonti precedenti concorrenti, in particolare il diritto comune, non ruppe radicalmente con il passato. Ed infatti, da un canto mediò tra l'obiettivo dell'uniformità giuridica e il rispetto delle antiche libertà facendo ricorso allo strumento del rinvio ad altre fonti giuridiche, strumento che risulta previsto da ben 75 paragrafi, dall'altro conservò discipline del passato. E' il caso del dominio diviso e della differenza di regime per i beni immobili a seconda che la loro concessione fosse stata disposta da un contratto feudale, da una locazione o da un contratto enfiteutico; è il caso anche della materia matrimoniale nella quale era previsto il matrimonio civile, disciplinato, però, come indissolubile per i cittadini cattolici. Il ricorso al rinvio e la relativa brevità della raccolta appaiono espressioni della particolare lettura di codice prevalente nella dottrina germanica, quella per la quale il testo legislativo doveva soprattutto definire principi generali dai quali, poi, il giudice doveva trarre le norme particolari. Ed è in questo stesso quadro che si deve collocare la norma del par. 7 il quale esplicitamente autorizzava l'interprete ad utilizzare i principi di diritto naturale. L'interprete, dunque, non era relegato alla mera funzione esegetica cui lo aveva posto il *Code civil*, ma continuava a svolgere un ruolo significativo nell'attuazione delle norme di codice⁵².

⁵¹ In proposito si veda, in particolare, R. Ferrante, *Il problema della codificazione*, cit., p. 278.

⁵² Sull'*ABGB* si vedano, tra gli altri studi, *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale. Pavia, 11-12 ottobre 2002*, a cura di Pio Caroni e Ettore Dezza, Padova 2006 e *Le Code civil autrichien (ABGB): un autre bicentenaire (1811-2011)*, a cura di Franz-Stefan Meissel e Laurent Pfister, Paris 2015.

Sotto il profilo sostanziale, dunque, l'*ABGB* era per più profili lontano dal *Code civil*, ma non per questo abbandonò la forma di codice da questo inaugurata. Al contrario, ne ripeté i caratteri identitari, rompendo con la tradizione casistica, puntando sulla libera volontà dei soggetti, definendo norme chiare, semplici e sintetiche, che disponevano una normativa astratta, oggettiva ed articolata del tema disciplinato ed erano riunite in unità razionalmente coerenti, omogenee e tra loro coordinate. E se non avanzò la pretesa di esclusività e di autoreferenzialità, comunque affermò la propria centralità tra le fonti giuridiche, disponendo che le altre fonti operassero esclusivamente negli spazi da lui stesso aperti nei casi in cui aveva disposto il ricorso allo strumento del rinvio o il richiamo ai principi di diritto naturale. L'*ABGB*, in altre parole, adottò la forma di codice inaugurata dal *Code civil*, arricchendola con una forma tecnico-letteraria di ottima fattura, ispirata ad un equilibrio e ad una chiarezza indispensabili per favorire la corretta lettura degli interpreti⁵³.

La medesima forma venne adottata anche dal *Código civil* del Portogallo approvato nel 1867 e promulgato nel 1868 che nel merito si ispirò non soltanto al codice napoleonico, ma anche all'*ABGB* austriaco e l'*ALR* prussiano⁵⁴; il codice portoghese con l'art. 14 disponeva un esplicito rinvio sia al diritto naturale, sia a quello romano, dichiarandoli diritti sussidiari. E, ancora, fu seguita dal *Código civil de España* che, dopo un lungo processo di formazione, fu approvato dalle Cortes l'11 maggio 1888 ed entrò in vigore il 1° maggio 1889. Articolato in un Titolo preliminare e in quattro libri -rispettivamente dedicati alle persone, ai beni alla proprietà e alle sue modifiche, ai diversi modi di acquistare la proprietà, alle obbligazioni e ai contratti-, si differenziava dal codice napoleonico per due aspetti essenziali. Da un canto non comportava l'abolizione delle altre fonti del diritto: proprio per venire incontro alle richieste delle regioni del regno, furono mantenuti in vigore i *derechos forales* di Aragona, Catalogna, isole Baleari, Paesi Baschi, Galizia e Navarra, di modo che nei loro confronti il codice costituì il diritto comune sussidiario, che interveniva solo per colmare le loro lacune. Dall'altro esso non conteneva soltanto norme di diritto civile: accanto a queste si trovano, infatti, norme relative a materie diverse come le fonti giuridiche, il diritto internazionale privato, la nazionalità, i beni demaniali ecc., mentre altre materie, come l'ipotecaria, non furono

⁵³ Così R. Ferrante, *Il problema delle codificazioni*, cit., p. 283.

⁵⁴ Si tratta dell'*Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Staaten*, il codice civile prussiano frutto di una lunga elaborazione, avviata da Federico II: la commissione da lui nominata definì un primo testo che venne pubblicato nel 1749, ma non fu mai promulgato ed è conosciuto nella traduzione francese del 1751 con il titolo di *Code Frédéric*. I lavori di codificazione proseguirono negli anni successivi e si conclusero nel 1794 con la promulgazione del suddetto codice. Esso era un chiaro prodotto della cultura illuministica: rivisitava la lunga tradizione romanistica della scienza giuridica tedesca alla luce del diritto naturale e della ragione, al fine di definire un diritto comune delle regioni germaniche adeguato alla nuova cultura. Si trattava, dunque, di un testo che, pur presentando caratteri di novità sia nella sostanza (tra l'altro introduceva il divieto di interpretazione creativa delle norme), sia nella forma (gli articoli erano composti, ad esempio, da disposizioni brevi e chiare), non spezzava la frammentazione tradizionale, confermata, tra l'altro, dalla conservazione dei privilegi cetuali. Sul codice prussiano mi limito a ricordare *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, mit einer Einführung von Hans Hattenbauer und einer Bibliographie von Günther Bernet, Frankfurt a. M. 1970-1973.

incluse nel codice e vennero affidate a leggi speciali. I due codici civili dei regni iberici confermano, dunque, la capacità della forma tecnico letteraria inaugurata dal *Code civil* di adattarsi a contenuti normativi tra loro diversi⁵⁵.

Decisamente differente dal codice napoleonico fu, poi, il *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, approvato dal Reichstag dell'Impero tedesco nel 1896 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1900. Anche in Germania il processo di codificazione era stato lungo e controverso e si era intensificato dall'inizio degli anni '80, nel momento, cioè, in cui nella dottrina tedesca era ormai dominante l'indirizzo pandettistico: nella commissione incaricata della stesura del codice prevalse, allora, l'idea che l'unificazione giuridica dei territori tedeschi dovesse adottare l'impostazione di detto indirizzo e che quindi il codice dovesse esprimere un sistema unitario, nel quale le singole norme derivavano da principi generali comuni ed erano tra loro in rapporto logico razionale. Ed in effetti il *BGB* adotta un andamento da testo dottrinario pandettistico, "rifugge da una dettagliata e minuziosa trattazione di fattispecie casistiche...ma predispone concetti e regole atte ad essere ragionevolmente applicate ad una molteplicità di problemi"⁵⁶. Il codice si apre, infatti, con una parte generale in cui sono poste norme valide per tutte le fattispecie e prosegue articolando la disciplina delle singole materie in due momenti, il primo costituito da articoli che fissano i principi informatori della normativa del settore, il secondo dedicato ai singoli istituti. Esso si compone di cinque libri: il primo -Parte generale- contiene norme che definiscono la capacità giuridica dei soggetti, il negozio giuridico, la prescrizione; il secondo è dedicato ai rapporti obbligatori; il terzo al possesso e ai diritti reali; il quarto al diritto di famiglia; il quinto al diritto successorio. Una tale impostazione sistematico dottrina ebbe, anche, la conseguenza di favorire l'intervento interpretativo della dottrina e della giurisprudenza le quali furono chiamate a fornire un significativo contributo per colmarne le lacune, ridurre le asperità formali, adeguare le disposizioni del codice agli sviluppi della società. Una conseguenza che confermò l'opposizione del mondo germanico all'indirizzo esegetico.

Si deve, infine, ricordare che nel 1907 fu promulgato ed entrò in vigore il *Codice civile svizzero*, il primo codice civile unitario della Confederazione Elvetica, la quale nel corso

⁵⁵ Sul codice civile portoghese Gábor Hamza, *Privatrechtsentwicklung in den Länder der iberischen Halbinsel*, in *Annales Universitatis Scientiarum Budapestensis de Rolando Eötvös nominatae*, Sectio iuridica, I (2009), pp. 75-104. Sul codice civile spagnolo, oltre al saggio di Hamza ora citato, si veda Eucarna Roca Trias, *El código civil, derecho supletorio*, in *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano 1990, II, pp. 535-572.

⁵⁶ Reinhard Zimmermann, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contratto e impresa/Europa*, IX, 2 (2004), pp. 625-664. Gli studi sul BGB sono numerosissimi: ci limitiamo a ricordare Domenico Corradini, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di Stefano Rodotà, Bologna 1971, pp. 49-76; Michael John, *Politics and the law in late nineteenth century Germany. The origins of the civil code*, Oxford 1989; Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München 2000; *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del Convegno Ferrara, 26-28 settembre 1996*, Padova 2002; Salvatore Patti, *Presentazione a Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano 2005; Helmut Kohler, *BGB Allgemeines Teil: ein Studienbuch*, München 2009.

del'Ottocento aveva conosciuto codici civili di singoli cantoni. Articolato in quattro libri, rispettivamente dedicati alle persone, alla famiglia, al diritto successorio, ai diritti reali, il codice svizzero è stato giudicato dalla storiografia giuridica come espressione di una significativa originalità nel quadro codicistico europeo. Originalità che si rinviene i) nella scelta dei codificatori di rifiutare un modello unico di riferimento, così che soluzioni romanistiche si trovano affiancate ad altre di impianto germanistico e a quelle di conio del tutto nuovo; ii) nel coraggio di definire un nuovo testo a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore del *BGB*, la cui autorevolezza era concordemente riconosciuta dalla dottrina europea, e di volersi differenziare da questo per il linguaggio semplice e a volte anche popolare; iii) nella volontà di limitare la propria disciplina agli aspetti principali degli istituti; iv) nella ricerca -peraltro non del tutto riuscita- di aprirsi a problemi della società contemporanea; v) nella disciplina delle fonti, dato che in caso di lacuna rinvenibile nelle proprie norme il codice rinviava alla consuetudine e, ove anche questa fosse silente, alla volontà del giudice. Il modello, ancorchè distante, era il *BGB*, non certamente il *Code civil*⁵⁷.

All'inizio del Novecento, dunque, la scienza europea impegnata nello studio del diritto dei vari Stati, pur articolata in più indirizzi metodologici, aveva accettato come ormai insostituibile nei vari settori del diritto la forma del codice, quale raccolta chiara, ordinata, unitaria, astratta, facilmente comprensibile, di leggi intese nel senso sopra indicato, una raccolta che, pur non rinnegando nei contenuti la tradizione, la riproponeva nei suoi articoli in termini del tutto nuovi ed al contempo ne minava l'antico carattere di fonte originale, poiché o l'abrogava del tutto o stabiliva in termini precisi i settori in cui quella poteva ancora trovare vigenza. La forma tecnico letteraria di raccolta legislativa inaugurata dal *Code civil* era ormai considerata idonea a dare ordine e sistematicità anche a ordinamenti giuridici ed a impostazioni metodologiche sensibilmente distanti dall'ideologia politico-giuridica francese del primo Ottocento.

⁵⁷ Sul Codice civile svizzero Pio Caroni, *Un rapido sguardo al codice civile svizzero del 1907*, in Id., *Saggi*, cit., pp. 77-90.