

CIVILE - Codice civile di Antonio Garbaro

(Anno di pubblicazione: 1988)

Bibliografia: sull'idea di Codice, sulla sua storia e sulla struttura dei codici esistenti la bibliografia è senza confini.

Si possono consultare anzitutto le voci enciclopediche: Azara, «Codice» e «Codice Civile», in *NN.D.I.*, III, Torino, 1959, 384 ss.; Piano Mortari, «Codice 'Storia'», in *Enc. dir.*, VII, 1960, 228; Nicolò, «Codice Civile», *ivi*, 240; Asquini, «Codice di Commercio», *ivi*, 250; Vassalli, «Codice Penale», *ivi*, 261; Satta, «Codice di Procedura Civile», *ivi*, 279; Delitala, «Codice di Procedura Penale», *ivi*, 284.

Gli studi storici trovano ormai una solida base di riferimento nella sistematica ricerca promossa e diretta da Helmut Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*; di cui si v. soprattutto il volume terzo, in due tomi, München 1982, che è riferito alla codificazione del diritto privato in: Italia (Ranieri, 177); Spagna (Scholz, 397); Portogallo (Id., 687); Belgio (Halthofer, 1069); Lussemburgo (Id., 1167); Olanda (Id., 1191); Germania (Dolemeyer, 1403); Svizzera (Kundert-Halthofer-Dolemeyer, 1833); Province Baltiche dell'Impero Russo (Kundert-Dolemeyer, 2071); Polonia (Pauli, 2099); Ungheria (Zlinszky, 2141); Russia (Reich, 2281) e che contiene un efficace schizzo sulle riforme legislative inglesi dell'Ottocento (Carnisch, 2216, in inglese). Lo stesso volume: t. II, 2329, deve essere consultato per la storia dei codici di procedura civile; il t. III (München, 1986) per i codici e le leggi di diritto commerciale, industriale e del lavoro.

Se la ricerca diretta da H. Coing costituisce il repertorio più completo di notizie e di fonti storiche, rimane utile la lettura di opere storiche di taglio più classico, tra le quali si vedano almeno: Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; e, anche se si tratta di opera non dedicata specificamente alla codificazione, F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, con particolare riguardo alla Germania, trad. it., Milano, 1980, in part.: t. I, 493 ss.; II, 163 ss. Tra le opere sistemologiche si segnala per l'attenzione dedicata al problema delle codificazioni: Zweigert-Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. I, Tübingen, 1970. Le informazioni più precise e la visione più attenta circa il processo di codificazione nel mondo contemporaneo si trovano nella relazione generale all'XI Congresso Internazionale di Diritto Comparato (Caracas, 1982) redatta da Sacco. V. Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, *RDC*, 1983, I, 117; cui *adde*: H. Kötz, *Taking Civil Codes Less Seriously*, in *50 Mod. L. Rev.*, 1 (1987). Nelle esperienze di Common Law peraltro molte discussioni circa la codificazione sfumano e si confondono nel problema, più vasto, dei rapporti tra il giurista e la legislazione. Cfr. F. H. Lawson, *A common Lawer looks at codification*, ora in *Selected Essays*, I, 48; Id., *Further reflexions on codification*, *ivi*, II, London, 1977, 96.

Le riflessioni sulla messa in opera del Code Napoléon sono state influenzate dalle polemiche che Saleilles, Geny e Bonnecase aprirono contro la metodologia giuridica classica. Per i primi due Autori si vedano la *Preface* di R. Saleilles a F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, \ essai critique*¹, Paris, 1899, 2a ed., Paris, 1919; cui *adde* F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1922-24. Peraltro è rimasta popolare soprattutto l'opera di J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil, les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants*², Paris, 1929; cui *adde*: Id., *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, 1933. Sulla ricostruzione di Bonnecase si basano tutti gli altri scritti in materia che pur presentano forti diversità di valutazioni circa il metodo esegetico in sé; cfr. Tarello, «Scuola dell'esegesi», in *NN.D.I.*, XVI, Torino, 1969, 819; Id., *La «Scuola dell'esegesi» e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, 239; per una valutazione opposta, predominante in Francia, cfr. A. J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle 4 nos jours*, Paris, 1975. In realtà la «scuola dell'esegesi» è divenuta più che un fatto storico da verificare secondo i criteri propri della ricerca storiografica, l'eroe eponimo di un modello metodologico da valutare criticamente. V. in questo senso, L. Husson, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, in *Arch. Phil. d. droit*, 1972, 125; Id., *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse*, in *Rev. Trim. droit civ.*, 1976, 431. Chi va alla ricerca di dati storici facilmente riscopre tutta la ricchezza della scuola a tacere delle tumultuose carriere politiche dei suoi «asettici» membri. Cfr. Ph. Rémy, *Éloge de l'exégèse*, in *1 Droits*, 115 (1985). È stato peraltro grazie al metodo delle dissociazioni tra enunciati giuridici di diverso tipo - su cui Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980 - che è stato possibile misurare tutto lo scarto tra la metodologia annunciata e la metodologia applicata alla messa in opera del Code Napoléon. Si vedano tutti i risultati raggiunti in: Monateri, *La sineddoche, formule e regole del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

Circa l'esegesi in Italia si vedano i saggi di Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982.

Circa il ruolo dei codici nell'ora presente si vedano i saggi già citati di Sacco, *Codificare cit.*, e H. Kötz, *Taking Civil Codes cit.*, cui *adde* A. Viandier, *Le Processus législatif*, di prossima pubblicazione. Un poco appartata, ma di grande interesse, la discussione in Italia, per la quale cfr.: Irti, *L'età della decodificazione*¹, Milano, 1979, 2a ed., 1982; Id., *I frantumi del mondo*, *Q*, 1986, 223; cui *adde* gli scritti di: Giorgianni, Piga, Schlesinger, Santoro Passarelli, sul tema: *Il tramonto del codice civile*, *RDC*, 1980, I, 52 ss. e quelli di Perlingeri e Benedetti sul tema: *Tecniche legislative*, *Rass. DC*, 1986, 273 ss. Sulla circolazione dei codici, oltre alle classiche opere sistemologiche di: Arminion-Nolde-Wolff, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950; R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980; K. Zweigert-H. Kötz, *cit.*; si deve considerare il problema più generale della circolazione dei modelli giuridici su cui si vedano gli spunti di A. Watson, *Legal Transplants*, Edinburgh, 1974 e la analisi di Sacco, *Introduzione*, *cit.*

Sommario: 1. Il significato del termine: codice. - 2. Il codice come cesura storica: valutazioni e problemi. - 3. Il codice come scelta politica. - 4. Il ruolo dei codici nell'epoca attuale. - 5. Il codice e la certezza del diritto. - 6. Il codice e l'esegesi. - 7. La circolazione dei modelli codicistici. - 8. Il codice ed il linguaggio legislativo.

1. Il significato del termine: codice.

La parola codice esprime una molteplicità di significati. La radice più appariscente di tale varietà risiede nel fatto che ogni disciplina scientifica ha adottato la stessa parola e la ha adattata alle proprie necessità. Si parla, e si scrive, quindi di codice linguistico, di codice genetico ecc.

All'interno del discorso dei giuristi la parola codice non cessa di essere utilizzata in modo fortemente disomogeneo ed invero a ciascun significato corrispondono oggetti assai diversificati. Codex fu detto una parte della compilazione giustiniana di valore non sovraordinato alle altre. Codici furono chiamate alcune grandi leggi. Codice sono state denominate molte consolidazioni e così continuano ad essere ufficialmente indicati numerosi testi unici in Italia ed altrove. Questa selva semantica è stata peraltro da tempo ridotta ad un parco all'italiana grazie alla convenzione per cui la parola codice senza aggettivi specificativi viene riservata ai codici moderni ovvero a quelle grandi leggi organiche che a partire dai primi anni dell'ottocento pretesero di regolare esaustivamente le aree dei rapporti tra privati, dei rapporti commerciali, e poi quella dei delitti e delle pene, nonché la materia delle procedure giudiziali. I codici in senso proprio furono quindi il risultato di un processo di codificazione del diritto. Pertanto le loro caratteristiche tipiche che sono essenziali per dare un significato preciso alla parola sono state poste in risalto narrando la loro storia. Questi tentativi di caratterizzazione mediante l'analisi diacronica si sono mano a mano arricchiti in base alla constatazione che non tutte le esperienze giuridiche hanno vissuto la fase della codificazione. È così divenuta affermazione corrente che i sistemi della famiglia romano-germanica, altrimenti detti di civil law, possono essere raggruppati insieme proprio perché in un certo momento della loro evoluzione storica si sono decisamente orientati verso la codificazione.

Questa osservazione conserva un certo valore anche se è dato notare che alcuni ordinamenti giuridici, pacificamente iscritti alla famiglia anzidetta hanno codificato il proprio diritto privato assai tardi, come, ad esempio, la Grecia ⁽¹⁾, ed altri hanno codificato solo dopo essere passati alla famiglia dei sistemi socialisti, come è il caso dell'Ungheria ⁽²⁾.

D'altra parte alcuni ordinamenti sicuramente ascrivibili all'area di common law si sono dotati, nel secolo scorso, di un codice civile ⁽³⁾.

Se perciò è senza dubbio vero che la presenza o l'assenza di un codice non può essere usata come criterio di demarcazione sistemologica per separare le esperienze di civil law da quelle di common law ⁽⁴⁾, è tuttavia altrettanto vero che la irreversibile tendenza verso la codificazione che si coglie nella evoluzione storica dei sistemi di civil law rimane un dato di assoluta rilevanza tale da contrassegnare una cospicua differenza rispetto alle esperienze di common law ove invece gli aneliti verso la codificazione rimasero isolati o appassirono senza risultati ⁽⁵⁾. È infatti opinione comune che nella formazione degli stili caratteristici di ciascuna grande famiglia, la codificazione, in quanto fatto storico che ha dominato la vita del diritto per non poche generazioni, ha avuto un peso niente affatto trascurabile anche se essa non è facilmente misurabile al primo sguardo. A questo fine è bene esprimere subito un'osservazione che normalmente è data per scontata e quindi rimane inespressa. Quando si discorre di «codice» nel contesto del discorso sistemologico, o nel contesto del discorso storico, o infine nel contesto del discorso istituzionale, si allude invariabilmente al codice civile. Invero l'opposizione tra sistemi codificati e sistemi non codificati viene orchestrata in riferimento alla vigenza, o non vigenza, di un codice civile, mentre si considera del tutto ininfluenza la presenza di codici penali o di codici di procedura.

Corrisponde poi alla comune coscienza degli storici del diritto che solo dimostrando di poter dominare la materia del diritto privato il codice si è definitivamente consacrato come forma principe di legislazione. Infatti dopo gli incerti esordi delle codificazioni illuministiche tedesche del sec. xviii quali l'Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (1789-94) ed il Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (1756), solo i successi del Code Napoléon (1804) e dell'A.B.G.B. (1811) resero i codici un elemento essenziale del panorama giuridico di civil law ⁽⁶⁾.

I dubbi recenti sulla codificazione come forma superata di legislazione vengono costantemente alimentati da esempi che comprovano l'incapacità del codice civile a dominare la materia dei rapporti patrimoniali tra privati ⁽⁷⁾. Tutto ciò non senza ragione. Il diritto privato è il regno delle scelte decentrate; la sua regolamentazione legislativa implica la conoscenza delle forme tecniche in cui si esprimono le scelte degli operatori, la previsione di quelle che saranno compiute dopo l'entrata in vigore della disciplina legislativa ed il calcolo delle loro conseguenze. Ciò richiede una articolazione ed una formulazione delle disposizioni normative che va ben al di là dello schema elementare rappresentato dal comando munito di sanzione. Qualunque legislatore, per quanto barbaro o imbecille esso sia, è capace di comandare certe condotte, vietarne altre e promettere pene a chi non si adegua ai suoi ordini. Circoscrivere le fonti dell'obbligazione è problema diverso.

È stata la necessità di possedere gli strumenti sapienziali per formulare una disciplina di scelte innominate che ha mantenuto i legislatori politici prudentemente lontani dalla materia del diritto privato. Questa ritrosia ha infatti alimentato una lunga fase storica in cui gli interventi dei detentori del potere politico furono sporadici, frammentari e, generalmente, scarsamente significativi; benché la loro capacità di legiferare non sia stata minimamente posta in discussione, dubitandosi caso mai che i sovrani potessero mutare il diritto anziché statuirlo.

Alla base della rilevanza del codice sta dunque l'appropriazione da parte dei detentori del potere politico della legislazione di carattere privatistico ⁽⁸⁾. D'altro lato conviene subito notare che tra tutte le aree disciplinari in cui si suole suddividere lo studio del diritto, la metodologia praticata negli studi civilistici ha assunto tradizionalmente una funzione di guida e di modello per tutti gli altri ⁽⁹⁾ sicché il codice civile

influenza sullo stile legale delle scuole civilistiche finisce con l'influenzare la prassi ermeneutica dei giuristi di tutti i settori.

2. Il codice come cesura storica: valutazioni e problemi.

L'ingresso del legislatore nel campo delle relazioni tra privati può essere indicato come un momento di frattura tra l'esperienza giuridica inglese e le esperienze giuridiche continentali che seguirono l'esempio della Francia e dell'Austria, perché esso conteneva il ripudio esplicito del diritto consuetudinario antecedente sia di origine popolare che sapienziale. Era ovviamente scontato che per affrontare la fase di accelerazione della storia in cui l'Europa occidentale stava entrando vi fosse bisogno dell'intervento legislativo. In Inghilterra però il legislatore limitò molto la propria opera riformatrice nel campo del diritto sostanziale mentre rimaneggiò profondamente l'amministrazione della giustizia e quindi la fonte del diritto giurisprudenziale consentendo pertanto a giudici e giuristi di arbitrare i conflitti di interessi emergenti utilizzando schemi più liberi, ma, anche, servendosi del retroterra di sapienza giuridica accumulata nei secoli antecedenti.

Le codificazioni illuministiche continentali ripudiando il sistema delle fonti del diritto comune ne delegittimarono l'insegnamento sapienziale e crearono i presupposti per una notevole cesura tra ciascuna tradizione giuridica ed il proprio passato.

L'ampiezza e la profondità di questa cesura è tuttavia «prima facie» molto varia. Essa appare più profonda là ove il legislatore procedendo ad una codificazione ha avuto cura di usare, o sottintendere, accenti di rimprovero verso l'organizzazione giuridica precedente ed in particolare verso la sottigliezza dei giureconsulti. Sembra meno visibile là ove invece abbia proclamato di aver voluto valorizzare e preservare l'elevato insegnamento di scuole prestigiose.

Ad una analisi più approfondita tuttavia appare che se da un lato è certo sostenibile che l'abrogazione formale di tutte le consuetudini previgenti, comprese quelle culte, abbia giocato un ruolo importante nel differenziare l'esperienza inglese da quelle continentali unitariamente considerate, perché tutte hanno conosciuto l'introduzione del principio sopra indicato, dall'altro è da osservare che se si ammette che in realtà nessuna delle esperienze continentali ha potuto edificare un diritto del tutto nuovo senza attingere al proprio retaggio sapienziale, la differenza è in realtà una differenza di grado. Questa ovvia osservazione vale sia per ristabilire la giusta proporzione della differenziazione che i codici hanno introdotto tra lo sviluppo delle esperienze di civil law e quello delle esperienze di common law, sia per ricordare che anche le differenze percepibili in seno alle diverse esperienze giuridiche continentali sono appunto differenze di grado all'interno di un medesimo trend e non diversità di sostanza.

Per cogliere questo aspetto occorre peraltro riferirsi più agli atteggiamenti dei giuristi dopo le codificazioni che non alla struttura ed alla «ideologia» dei codici in sé.

A questo fine è peraltro preliminare la dissipazione di quella spessa coltre di equivoci che le riflessioni intorno al fatto storico: codificazione, hanno stratificato. Questa difficoltà segnala un'ulteriore complicazione derivante dal fatto che la parola codice anche nel contesto del medesimo discorso giuridico, anche quando si riferisce allo stesso oggetto storico, può ancora variare significato in dipendenza del cangiante colore che a tale oggetto è donato dal particolare fascio di luce che su di lui è proiettato. Fuor di metafora ciò vuole suggerire che un significato accettabile ed univoco alla parola codice nel contesto del discorso dei giuristi può essere rintracciato solo dopo aver ricostruito gli esatti contorni del dato storico.

Tra i grandi codici moderni è abbastanza agevole contrapporre il code Napoléon al BGB. Il primo è un codice concepito nel turbinio riformatore e percorso da una tensione polemica verso il passato ⁽¹⁰⁾. Il secondo è il codice di un Impero che si consolida conservando il proprio passato e distillando la sapienza giuridica della pandettistica. Pertanto mentre il primo sembra aver fatto tabula rasa dell'ancien regime e di tutto quanto vi apparteneva il secondo è apparso più una consolidazione che un codice. Ciò tuttavia comporta l'inserimento di elementi fortemente disomogenei nella contrapposizione. Infatti se sono noti i debiti del BGB verso la pandettistica non sono meno noti i debiti del Code Napoléon verso Pothier.

Di conseguenza se, a certi fini, può essere legittimo tracciare una distinzione tra codici innovatori e codici conservatori, occorre non dimenticare che essa non coincide affatto con la distinzione tra consolidazioni e codificazioni ⁽¹¹⁾. Le prime infatti rappresentano un fenomeno in gran parte interno al formante legislativo anche quando sono opera di sapienti privati, le seconde invece richiedono sempre l'ausilio di una componente sapienziale esterna mediante la quale il legislatore edifica un sistema.

Il carattere necessariamente sistematico delle codificazioni moderne implica anche la loro collocazione trasversale rispetto a due diversi formanti.

La nascita di un codice sarà quindi il frutto della coincidenza tra la volontà politica di un legislatore sufficientemente sicuro della validità non transeunte delle proprie idee e le capacità architettoniche di una cultura giuridica che sappia racchiudere le proprie esperienze in modelli formali adatti ⁽¹²⁾.

Al contrario la stratificazione di leggi settoriali implica la rinuncia ad ordinare le relazioni giuridiche in base ad una rete di principi e di regole costanti ed intelleggibili. Gli effetti di un codice dipenderanno ancora dalla combinazione tra l'autorità dei «verba» del legislatore e la vitalità del substrato culturale che li ha alimentati, vitalità che spesso si esprime nell'assoggettarli ad una metamorfosi anche profonda.

Da ciò deriva la necessità che ciascun codice sia studiato nel suo contesto e che tale contesto si estenda anche dopo l'entrata in vigore del codice stesso.

A questa necessità si è spesso derogato in passato per dare origine ad uno studio delle codificazioni incentrato esclusivamente sull'opera del legislatore. Questo atteggiamento ha spesso condotto a disegnare una cesura molto profonda che spacca la storia delle esperienze giuridiche di civil law in due fasi: prima e dopo l'avvento dei codici moderni.

Se ciò fa velo alla realtà, non pare accettabile nemmeno l'atteggiamento di coloro che sottolineando tutti gli elementi di similitudine tra l'era del diritto comune e quella moderna, vogliono farci assistere ad una

continuità meravigliosa nello sviluppo delle esperienze giuridiche del sec. xii ai giorni nostri. In entrambi i casi si semplifica eccessivamente la complessità del reale e si dimentica che fenomeni intricati quali le codificazioni non possono essere descritti e pensati ricorrendo a nozioni lineari come frattura o continuità. Invero i sistemi giuridici ed in particolare i sistemi giuridici occidentali, sono generalmente e persuasivamente descritti come sistemi dinamici, ovvero capaci di organizzare il proprio cambiamento regolandolo in base a profondi principii di stabilità strutturale. Appare allora preferibile utilizzare le tecniche forgiate per descrivere l'evoluzione dei sistemi dinamici ed indicare nell'avvento dei codici un mutamento discontinuo, ovvero una «catastrofe» ⁽¹³⁾ in seguito alla quale si è attuato il passaggio ad un altro sistema dotato di equilibrio dinamico. In esso non pochi fattori di autoregolazione appaiono eguali a quelli antecedenti. Tuttavia ciò che è mutata è la loro posizione nella struttura complessiva e quindi il loro valore relazionale.

Deve essere dunque chiaro che il negare l'appiattimento dei sistemi di civil law sul solo formante legale e codicistico non significa rivendicare alla dottrina ed alla giurisprudenza lo stesso ruolo che avevano prima della codificazione, ma mostrare che il sistema nato dopo i codici è dotato di una struttura complessa in misura analoga, se non maggiore di quella dei sistemi antecedenti o di altri sistemi esistenti.

3. Il codice come scelta politica.

Le ragioni che hanno indotto a focalizzare l'attenzione degli studiosi delle codificazioni sull'elemento della volontà politica assumendola come fattore decisivo e totalizzante sono assai varie. A tale indirizzo ha contribuito certamente l'ossequio verso le pretese del legislatore. Ossequio parallelo a quello che condusse a formulare teorie ermeneutiche strettamente esegetiche. Anche quando l'ottundimento del senso critico non fu completo, l'impostazione positivista del diritto contribuì ad indirizzare gli studi verso il medesimo risultato.

Più approfonditamente si può rilevare che tale impostazione degli studi rifletteva la coscienza che alla nascita di un codice il fattore sapienziale ed il fattore della volontà politica contribuiscono in modo diseguale.

Se è vero infatti che i detentori del potere politico possono fare ben poco per favorire la crescita di un pensiero sistematico è anche più vero che la dottrina giuridica non può fare nulla per coagulare una direzione politica solida. Oltre a ciò bisogna sottolineare che ove i detentori del potere legislativo non trovino la cultura giuridica nazionale pronta all'opera di codificazione richiesta, possono prendere a prestito i materiali sapienziali necessari da una cultura giuridica vicina. A seconda dei casi avremo così il fenomeno delle codificazioni originali e quello delle codificazioni importate. Naturalmente, la possibilità aperta al legislatore di rivolgersi altrove per varare una codificazione, rinvia al momento successivo l'evidenziarsi degli effetti della lacuna dell'elemento sapienziale autoctono.

Una volta focalizzata l'attenzione sull'opera del legislatore queste conseguenze vengono però facilmente trascurate e l'essenzialità della volontà politica rimane comprovata dalla constatazione che il suo difetto costituisce un ostacolo insuperabile per il processo di codificazione mentre la povertà di una dottrina sistematica può essere facilmente surrogata dalla importazione. Con ciò tuttavia si dimentica che la cosiddetta volontà politica è sì determinante, ma non è libera. La rinuncia alla codificazione lascia inevitabilmente un grande spazio al formante giurisprudenziale che ove sia organizzato in corti centralizzate è la vera alternativa alla codificazione, perché è egualmente in grado di organizzare le strutture giuridiche del mercato come facilmente insegna l'esempio inglese. Perciò gli studiosi moderni hanno in parte corretto la visione rigidamente legislativa-centrica che ha contrassegnato le ricerche sui codici per oltre un secolo ed hanno rivalutato l'importanza del fattore sapienziale. Si sono così rintracciate, catalogate e sottolineate le radici dottrinali sia filosofiche sia tecnico-giuridiche delle codificazioni moderne. Questa revisione è stata certamente salutare, ma è andata oltre il segno quando si è volti a spiegare in base a puri fattori culturali, o ideologici, l'avvento delle codificazioni.

Passato il limite oltre il quale una correzione dei dogmi positivistici può essere documentata, tutto un filone letterario si è esaurito nel tentativo di dimostrare che tra cultura e legislazione vi fu perfetta solidarietà in quanto entrambe erano espressione della stessa ideologia ovvero della stessa classe: la borghesia emergente. Questa impostazione dietro la quale è agevole scorgere l'influenza dei dogmi della storiografia marxiana, ha esteso un nuovo velo sui meccanismi innescati dal fenomeno codice esaurendosi infine in una serie di tautologie, che hanno il torto di semplificare eccessivamente l'analisi.

Il codice è stato spesso dipinto come un cardine essenziale dell'ordine borghese. Questa raffigurazione è stata però aiutata da un ulteriore scivolamento del discorso grazie al quale se per codice deve intendersi il codice civile, per codice civile deve intendersi il Code Napoléon. Poiché però il Code Napoléon è reputato figlio di quella rivoluzione francese che è considerata la rivoluzione borghese per antonomasia il rapporto tra presa del potere da parte della borghesia e codificazione è sembrato un nesso causale irrefutabile. Da questa impostazione trae origine anche un filone di critiche verso l'idea di codice che muove da sentimenti di simpatia verso i ceti non borghesi. Si tratta di un filone non recentissimo ⁽¹⁴⁾ il cui nocciolo è costituito dalla constatazione che il codice organizzando le strutture del mercato trascura tutti coloro che avrebbero bisogno di programmi di affermative actions per superare l'handicap della loro condizione sociale di partenza ⁽¹⁵⁾.

Soprattutto però essa semplifica eccessivamente la vicenda delle codificazioni, velando la complessità degli intrecci storici. Il maggior contributo che essa ha dato consiste nel collegamento stretto tra codice ed organizzazione delle forme giuridiche del mercato e tale contributo rimane valido anche se si deve notare come il bisogno di organizzare un mercato nazionale non è stato avvertito solamente dalla borghesia e la realizzazione di esso non ha richiesto che tale classe conquistasse il potere politico. Ciò è indicato dal fatto che alla codificazione si è pervenuti in Stati la cui direzione politica non era affidata alla borghesia come la Prussia di Federico Guglielmo II, la Baviera del Principe Elettore Massimiliano Giuseppe III, l'Austria dell'Imperatore Francesco II. Nonché, ad esempio, dal fatto che dopo la restaurazione promossa

dal Congresso di Vienna il codice sia stato precipitosamente reintrodotta nel meno borghese tra gli stati italiani preunitari, quale fu il Regno delle Due Sicilie. D'altra parte il collegamento causale tra codice ed ideologia della classe borghese rende enigmatico il fatto che le borghesie nazionali più forti e prospere come quelle dei paesi anglosassoni non abbiano codificato.

Pare quindi preferibile seguire lo svolgimento dell'idea di codice partendo sì dall'osservazione che esso contiene le strutture giuridiche del mercato, ma aggiungendo subito che al fine di organizzare il mercato un codice non è strettamente necessario. I paesi di common law ad iniziare dall'Inghilterra sono pervenuti allo stesso risultato senza codificare. Tuttavia ciò richiede: una giurisprudenza illuminata che liquidi le regole giuridiche dell'economia feudale; e: una giurisdizione centralizzata per cui le regole accolte dalle corti supreme possano divenire le regole di condotta per tutti gli operatori economici nazionali.

In Inghilterra questa era condizione realizzata da tempo e che fu perfezionata dai Judicature Acts.

Negli Stati Uniti fu l'opera vigorosa della Corte Suprema Federale che non esitò a costituzionalizzare il contratto, la capacità delle persone fisiche e giuridiche, la tutela dei creditori ecc. a rendere superflua un'opera di codificazione che pure fu a lungo richiesta. Sul continente europeo questa felice situazione non si è mai verificata dato il meccanismo giuridicamente molto vario con cui si sono formati i maggiori stati europei, ognuno dei quali tenacemente conservava nel particolarismo giurisdizionale delle sue diverse aree le vestigia di una declinante autonomia locale. Anche lo stato più accentrato e compatto: il regno di Francia non riuscì a sradicare il particolarismo dei parlements. Per quanto illuminata potesse essere la giurisprudenza delle corti dell'ancien regime - sul che il dibattito è aperto - il loro numero e la loro autonomia ha reso impossibile la creazione delle strutture giuridiche del mercato nazionale attraverso il diritto giurisprudenziale.

Questo, e non altri fattori resero le codificazioni necessarie.

Se si confronta la struttura di due codici nati in ambienti politici e culturali molto diversi, in circostanze politiche quanto mai difformi, quali l'ABGB ed il Code Napoleon, si rileva che entrambi prevedono esattamente gli stessi principii essenziali che sono richiesti per l'edificazione del mercato.

- 1) L'abolizione dei diritti civili diversificati secondo la status delle persone e l'introduzione del principio della capacità generale attribuita a tutti (§ 17 ABGB, art. 1 C N).
- 2) La ricomposizione dei diritti reali e l'eliminazione dei vincoli perpetui sui beni (§ 308 ABGB - Artt. 537 e 544 C N).
- 3) La fissazione dei regimi di circolazione dei beni e dei diritti.
- 4) Il diritto di chiudere i fondi (arg. ex § 362 ABGB et ex art. 552 C N).
- 5) Il riconoscimento dell'autonomia contrattuale (art. 1107-1134 C N).
- 6) La responsabilità patrimoniale illimitata dei debitori.
- 7) La possibilità di trasmettere il proprio patrimonio per testamento.

Fissati questi punti essenziali ciascun codice può cercare di perfezionare le strutture giuridiche del mercato soprattutto cercando di rendere le contrattazioni più agevoli (v. § 1383 ABGB). Ciascuno poi regola in base alla tradizione giuridica prescelta i dettagli indifferenti al mercato quale ad esempio il momento in cui la proprietà si trasferisca. In questi casi infatti agli operatori è sufficiente il vantaggio offerto da qualunque disposizione legislativa vale a dire il poter conoscere ex ante la disciplina giuridica delle loro condotte negoziali. Naturalmente però l'organizzazione stabile delle strutture del mercato non significa affatto riconoscimento del maggior spazio possibile al criterio del mercato. Quella della delimitazione del mercato è una scelta costituzionale che si pone a monte del codice. I paesi socialisti hanno lasciato al sistema del mercato spazi che nei sistemi capitalistici sono considerati minimali. Tuttavia proprio i sistemi socialisti sono stati i più prolifici emanatori di codici civili, il che del resto si spiega facilmente ricordando che è molto agevole organizzare le strutture giuridiche in ambiti socio economici ristretti che non in ambiti più vasti ed incertamente definiti.

È anche da notarsi che nel sec. XVIII lo Stato si era riappropriato, non senza aspri contrasti, della materia del diritto di famiglia sottraendola al dominio dell'ordinamento canonico. Questa coincidenza spiega perché il diritto di famiglia sia stato inserito come parte integrante dei codici civili ottocenteschi cui del resto lo deputavano i numerosi legami con il diritto successorio ed il fatto che le ipotesi più importanti di incapacità di agire ancora contemplate si collegavano agli status familiari. Ciò non toglie che alla prova della storia la parte dedicata al diritto di famiglia si è dimostrata la porzione dei codici più soggetta a rimaneggiamenti legislativi perché l'evoluzione dei costumi familiari non segue affatto gli stessi ritmi dell'evoluzione dei criteri di fondo in base ai quali organizzare la vita sociale ed economica. Discrasia questa atta a sottolineare una certa estraneità del diritto di famiglia alla funzione propria dei codici civili.

4. Il ruolo dei codici nell'epoca attuale.

Sotto il profilo della tipologia legislativa i codici rientrano appieno in quella categoria che le regole parlamentari inglesi designano come Public General Acts. Essi fissano regole che concernono e creano diritti ed obblighi per tutti i cittadini. Sono quindi essenzialmente «leges» e non «privilegia»⁽¹⁶⁾ anche se sotto il profilo formale della gerarchia delle fonti non si distinguono dalle altre leggi e nemmeno dalle più oscure «leggine» in cui si consuma l'opera dei parlamenti ed anche l'attività di minuta appropriazione dei fondi pubblici. La ben chiara tipologia dei codici ha fatto sì che essi come forma di legislazione apparissero sempre più estranei all'indirizzo legislativo del periodo attuale. Nelle società attuali infatti molti legislatori ritengono che lo Stato debba prendersi cura dei soggetti e dei gruppi che per una qualsiasi ragione sono considerati deboli oppure appaiono portatori di interessi che meritano una speciale promozione. Questo programma non può essere guidato da altri che dal legislatore; perciò l'inflazione di disposizioni normative che ha tentato di porlo in pratica è equamente presente sia nei paesi di civil law che in quelli di common law i quali appaiono accomunati nell'orgia di statuti particolari che i parlamentari moderni hanno dispensato ai cittadini per accattivarsene il consenso. Molti giuristi sono rimasti impressionati

più che dall'abbondanza dei provvedimenti legislativi, dal loro carattere frammentario, disorganico ed estremamente dettagliato. Poiché queste caratteristiche appaiono opposte a quelle attribuite ai codici si è voluto precipitare un parallelismo ferreo tra il secolo scorso che è stato il secolo dei codici ed il nostro che appare dominato dalla legislazione cosiddetta speciale. Seguendo questa linea di pensiero si è sottolineato che le società attuali così articolate e complesse, prive di una classe generale in grado di imporre la propria visione del mondo, esigono appunto che il consenso sia mantenuto attraverso l'inflazione di norme particolari e specifiche con le quali i vari centri di interesse vengono di volta in volta placati.

Questa analisi disincantata non riconosce alla legislazione attuale la funzione di promuovere la giustizia, mentre è radicale nel sottolineare come la volontà politica si orienti verso un dinamico equilibrio tra microsistemi normativi piuttosto che verso una organizzazione unitaria della convivenza civile.

Nell'affrontare questa problematica non bisogna però dimenticare che il perseguimento di identici obiettivi politico sociali può essere affidato ad un ventaglio di strumenti istituzionali e che il ruolo dei codici come forma di legislazione dipende più da questi ultimi che dai primi.

I codici infatti hanno esaurito ormai la loro funzione storica di strumenti atti ad organizzare il mercato. Essi infatti appaiono strettamente legati alle specificità di ciascuno stato e quindi sono più un ostacolo che un ausilio alle attuali tendenze del mercato che ha maturato una irreversibile vocazione transnazionale. A parte poche economie giganti quali quella degli USA o dell'URSS in cui gli scambi interni prevalgono su quelli esterni e per le quali un codice unitario può essere ancora un obiettivo politico attraente anche per rimediare alle difficoltà di un sistema federale, per tutti gli altri sarebbe comunque poco interessante avere un codice come fonte di un diritto semplice. Nel nuovo contesto di una economia sempre più internazionalizzata il codice nazionale può conservare la funzione di strumento utile per semplificare la ricerca del diritto vigente. Naturalmente altro è la semplificazione della ricerca del diritto in vigore ed altro è la semplificazione della complessità sociale. Il codice oggi pare favorire la prima lasciando intatta la seconda anche se storicamente ha rappresentato il suggello di una drastica operazione di livellamento. Fuorviati da questo esempio storico molti scrittori contemporanei, considerando a ragione che essa è oggi impraticabile ne deducono che l'epoca delle codificazioni è tramontata ⁽¹⁷⁾. L'enumerazione attenta di tutti i codici entrati in vigore negli ultimi anni ⁽¹⁸⁾ induce a considerare con un certo scetticismo questa drastica conclusione che certo pecca di unilateralismo nel contemplare una sola valenza del codice quando queste sono più d'una.

Anche i raccordi sociologici tra tramonto del codice e tramonto della borghesia, o del proletariato, come classi generali paiono singolarmente trascurare il fatto che quando, come accade nel nostro paese, più della metà del Prodotto nazionale lordo deriva da attività con l'estero è ovvio che le codificazioni di tipo ottocentesco non siano la prima istanza dei grandi centri di potere economico e sociale e di conseguenza ove si riscontri la concomitanza tra il declino di questi e la mancanza di stimoli della codificazione si tratterà di nesso occasionale e non strutturale.

In realtà il destino della codificazione come forma di legislazione rimane affidato oggi ai risultati di una analisi dei costi e benefici intrinseci alle varie forme di regulations in cui si esprime necessariamente la vocazione dello Stato sociale.

Anche società fortemente impegnate in una politica di redistribuzione della ricchezza possono preferire la manovra fiscale e l'elargizione di provvidenze, che si coniugano bene con il sistema del codice, piuttosto che un'affannosa rincorsa al riequilibrio autoritativo dei rapporti privati da attuarsi con legge. Altri sistemi possono preferire la via amministrativa affidando al più duttile livello regolamentare il compito di eliminare le asperità dell'ineguaglianza soprattutto attraverso gli incentivi del settore pubblico. Tra quelli che scelgono la via della ristrutturazione del sistema legislativo alcuni incontreranno prima di altri le frontiere oltre le quali la complessità di tale sistema diviene inconoscibilità ed inapplicabilità, o, meglio, oltre le quali il costo per acquisire le informazioni necessarie per agire in modo legalmente corretto diviene insopportabile. Attualmente questo fenomeno pare verificarsi nell'esperienza nordamericana. È inevitabile che per coloro per i quali tale frustrante esperienza diviene fatto quotidiano, la codificazione del diritto ritorni ad apparire una alternativa seducente. E però da osservarsi che i legislatori attuali sono decisamente meno ingenui di quelli passati ed essi sanno bene che la loro volontà espressa nei verba della legge è destinata ad essere abbondantemente filtrata dagli operatori e dagli apparati incaricati dell'esecuzione. Non è facile che essi si lascino convincere ad investire il tempo e lo sforzo richiesti da una codificazione se non possono contare su una dottrina coerente ed una giurisprudenza compatta che assicuri veramente la desiderata semplificazione del diritto. Sono pertanto solo ingenuità le invocazioni di una codificazione per principi generali che non sarebbe utile a nessuno. Vi è da considerare peraltro che il costo di una codificazione non consiste solo nell'investimento che il suo approntamento richiede a fronte del beneficio di semplicità che assicura. In realtà infatti è insito nelle codificazioni il rischio di fossilizzare anziché modernizzare il diritto. Tale rischio è stato spesso mal apprezzato e ciò è di nuovo dipeso da una errata ricostruzione di eventi storici. Per riuscire a diagnosticarne con una certa approssimazione l'intensità è di nuovo necessario ristabilire un quadro fedele degli avvenimenti passati.

5. Il codice e la certezza del diritto.

Il codice è stato spesso indicato come lo strumento principe per assicurare la certezza del diritto. Come tale è stato esaltato, e, strano a riferirsi, ma è accaduto, combattuto.

Su questo legame tra codice e certezza si sono addensati numerosi equivoci di cui è stata fonte principale la vicenda del Code Napoléon. Per un certo periodo la «certezza» assicurata dai codici è stata sottolineata dal confronto con il diritto a produzione giurisprudenziale.

A parte l'abbaglio del momento, il dato che si può sottolineare facendo il paragone, è che la legge presenta, rispetto alla sentenza creativa, il vantaggio di non costituire una disposizione retroattiva nei confronti delle parti. Questo vantaggio tuttavia attiene ad un profilo di giustizia, ma non indica un fattore di particolare disordine nell'ordinamento almeno fino a quando l'innovazione giurisprudenziale è limitata

entro confini ritenuti accettabili. D'altra parte anche la disposizione normativa non è immune dal costituire una fonte di «sorprese». Ciò accade, beninteso rispetto alle parti di un contratto e non rispetto alle parti di un processo, quando la legge intervenga per novare il contenuto di rapporti in corso di esecuzione. Sia pure in misura assai ridotta anche i codici non si sono sottratti a questo ruolo. Di conseguenza il vantaggio che essi assicurano ai justiciables ponendoli al riparo da sorprese non è assoluta. L'eventuale maggior certezza che i codici assicurano sarà quindi di volta in volta deducibile dal raffronto con la soluzione alternativa.

Tuttavia la maggior parte delle apologie o delle denigrazioni che il codice ha attirato su di sé quale fattore di certezza hanno fatto leva su un altro aspetto: quello della maggior limpidezza offerta da un testo normativo organico e sistematico rispetto a testi legislativi cosiddetti speciali spesso oscuri, lacunosi e, soprattutto, contraddittori con il significato di altri testi.

Tuttavia la «certezza del diritto» è un risultato prodotto da tutti i fattori operanti in un dato sistema giuridico ed è errato ed infantile attribuire ad uno solo di essi la funzione di assicurarne il conseguimento. Durante la stagione più intensa della Rivoluzione Francese si coltivò in effetti il progetto utopistico di emanare un codice semplice come la natura che potesse parlare a tutte le menti ed a tutti i cuori. Un codice così chiaro che qualunque cittadino adulto potesse comprenderne le disposizioni senza altro soccorso all'infuori di quello dell'intelligenza naturalmente concessa a tutti gli uomini ⁽¹⁹⁾. Questo disegno che comportava l'abolizione della mediazione dei giuristi e l'instaurazione di un rapporto diretto tra la norma ed il cittadino è oggi da tutti considerato fallimentare e, comunque, largamente fallito. Tuttavia, stranamente non si è altrettanto pronti a sottolineare che, di conseguenza, la certezza del diritto ovvero l'uniformità di valutazione giuridica dei comportamenti umani da parte dei consociati e delle autorità costituite, non solo è il risultato di un circuito complesso che ha nella volontà del legislatore il suo remoto punto di partenza, ma anche che ciascuna delle fasi successive può contribuire in varia misura ad assicurare una univoca comprensione alle «paroles» iniziali. Inoltre, poiché, a differenza di quanto accade nei dialoghi normali, il legislatore parlante è raramente in grado di precisare o correggere il suo messaggio in funzione della ricezione di esso da parte della massa degli ascoltatori, sarà solo l'uniformità del modo in cui esso viene inteso ad assicurare la cosiddetta certezza del diritto, divenendo irrilevante non solo la chiarezza della emissione iniziale, ma anche lo stesso significato autentico del messaggio.

Se si tenesse maggiormente presente che la presenza degli interpreti è una realtà necessaria si comprenderebbe più rapidamente questa ovvia verità: non è né la lingua, né la struttura sistematica di un codice ad assicurare una maggior certezza del diritto, ma piuttosto altre caratteristiche più banali quali la sua notevole longevità e la sua indubbia importanza pratica. L'una e l'altra fanno sì che il codice calamiti l'attenzione degli interpreti e questi in un lasso conveniente di tempo possano trarre da esso una guida all'attività pratica sufficientemente sicura ed adeguata. Naturalmente la longevità e l'importanza di un codice sono condizioni necessarie ma non sufficienti al fine della certezza, tanto è vero che esse ricorrono quasi sempre, ma a non tutti i codici è arriso successo pratico. Molte codificazioni emanate negli stati di nuova formazione hanno avuto un destino più che melanconico e non sono affatto riuscite a creare alcuna atmosfera di certezza del diritto nonostante che in non pochi casi la loro formulazione fosse più che eccellente; sicuramente superiore per chiarezza, sistematicità ed equilibrio alla lettera dei codici europei vigenti.

Purtroppo peraltro le vicende storiche della codificazione francese hanno suggerito interpretazioni grazie alle quali ovvie concatenazioni causali che si sarebbero potute evidenziare con poco sforzo cerebrale sono state descritte esattamente al rovescio creando intorno alla nozione di «codice» una densa serie di equivoci.

Gli è che in Francia al momento della codificazione il ceto dei giuristi sortiva da una debacle storica che ne aveva annientato il prestigio. I Parlements erano stati naturalmente soppressi ed i loro membri si erano dispersi. Anche gli avvocati videro disciolto il loro ordine professionale ⁽²⁰⁾. Le Facoltà di Diritto furono chiuse ⁽²¹⁾. Su tutti gli uomini di legge spirò violenta la ventata antilegale corporativa presente in seno al movimento rivoluzionario. Nonostante quelli della Rivoluzione siano stati anni di intensa e radicale produzione legislativa l'editoria giuridica che di solito è così pronta a prendere la scia di simili novità, languì. Per giuristi usciti di fresco da una simile esperienza era ovvio che se avessero cercato di erigersi ad interpreti dei costumi, delle regole di giustizia, delle esigenze del momento o altro non sarebbero stati ascoltati. Più che ragionevole fu obbligatorio fondare la propria autorevolezza solo ed esclusivamente sul testo normativo.

Farsi interpreti del solo testo normativo, ovvero dedicarsi solo alla sua esegesi, permetteva il conseguimento di diversi obiettivi. In tal modo infatti non si metteva in discussione il principio per cui le norme di condotta per i cittadini potevano essere poste solo dal sovrano. Questi poteva essere di volta in volta una assemblea parlamentare, un imperatore, un re restaurato di fresco, ma il principio rimaneva salvo e ciò permetteva ai giuristi di non sfidare mai come ceto il sistema politico vigente. Sfida che, dati i recenti trascorsi, sarebbe stata imprudente.

Posto il principio fondamentale della volontà sovrana si constatava che essa poteva esprimersi propriamente solo in testi normativi dotati di generalità ed astrattezza. Modestamente, ma incontestabilmente, i giuristi si ponevano come gli unici interpreti della parola scritta del legislatore. Da qui in poi il campo era aperto a qualunque avventura intellettuale. Occorreva però mantenere l'unità di metodo e di indirizzo della dottrina. Anche a questo scopo il riferimento esclusivo al testo era utile perché serviva ad istituire un parametro argomentativo comune a tutti gli interpreti.

Da ciò nacque la cosiddetta école de l'exégèse a cui il Code Napoléon è debitore di tutte le sue fortune. Le proclamazioni ripetute di fedeltà al testo ed alle intenzioni del legislatore storico non avrebbero dovuto però trarre in inganno nessuno dato che sarebbe stato facile in ogni tempo rilevare che a tali proclamazioni teoriche non seguiva alcun indirizzo ermeneutico coerente ad esse. In particolare

i cosiddetti esegeti si tennero ben alla larga dalle tecniche filologiche che, pur ben note, avrebbero contribuito a chiarire il testo in base alle intenzioni degli autori, ma ne avrebbero altresì fossilizzato la trama normativa.

In realtà il metodo esegetico fu una sapiente miscela di tradizione giuridica, tecnicismo sistematico, riguardo alle necessità del mercato, e precomprensione di una certa equità delle soluzioni pratiche. Grazie alla scuola dell'esegesi il Codice fu riscritto da capo a fondo, le nozioni vennero precisate, l'area di chiaro significato delle diverse disposizioni fu ampliata, le antinomie furono sciolte. Questi risultati che consentirono di porre il codice all'opera non furono il prodotto di un momento ma furono il traguardo di più generazioni di interpreti i quali mentre lavoravano esclusivamente sul codice ne diffondevano anche la conoscenza approfondita negli scritti e nell'insegnamento. Si venivano così addestrando generazioni di operatori giuridici i quali imparavano il diritto civile utilizzando come dato di partenza il codice, le sue partizioni, le categorie ordinanti con cui era stato costruito e ricostruito e che una volta lasciata la scuola per immergersi nella attività pratica sapevano di poter sempre contare per ogni problema riferibile al codice su una abbondante ma facilmente reperibile messe di commenti, trattati, repertori. Rispetto a questa messe di informazione il numero dell'articolo del codice che conteneva la norma più vicina al caso da esaminare funzionò come un semplice ma perfetto key number system. Una volta individuata la norma corretta i volumi si aprivano quasi da soli e nel punto giusto, sul tavolo del praticien desideroso di approfondire un problema. Ciascun autore faceva sempre riferimento alle teorie altrui presentando le proprie in forma dialettica. In caso di dissidio tra due autori gli scrittori successivi non mancavano mai di prendere posizione indicando chi fosse il vincitore della disputa. In ogni caso erano sempre presenti le citazioni delle pronunzie della Cour de Cassation anch'esse facilmente reperibili nei repertori ove una nota redazionale segnalava sempre i precedenti. La Cour una volta abbracciata una soluzione non se ne discostava facilmente e nel giro di pochi decenni domò, con la sua coerenza, anche nell'errore, le ribellioni delle corti di Appello che ingenuamente credevano di essere soggette solo alla legge. Questo meccanismo complesso che coinvolgeva l'opera degli interpreti dotti, la coerenza di un tribunale supremo unico per tutta la Francia, e l'attività degli editori assicurò un effettivo grado di certezza del diritto assai elevato. Attribuirne il merito al codice soltanto è una illusione ottica, da cui sono derivate conseguenze molto spiacevoli. Tuttavia è noto che le enunciazioni di principio catalizzano maggiore attenzione che le fenomenologie delle prassi operative, specie quando queste siano latenti. Si spiega così come le proclamazioni di fede nell'esegesi siano state credute vere e che il fatto storico del perfezionamento e della messa in opera del codice sia stato assunto come la prova della sua perfezione. Del pari nella ricostruzione storica le lacune e le ambiguità del codice sono fatte apparire nel momento in cui - agli inizi di questo secolo - gli interpreti della école scientifique iniziarono a proclamare che il codice presentava lacune ed ambiguità che è compito del giurista colmare. Questa strana coincidenza viene normalmente riferita come una prova dei nessi tra diritto e società, da intendersi nel senso che il Codice Napoleone sarebbe stato adeguato e completo nel 1804 ed avrebbe poi manifestato le sue sclerosi allorquando, evolutasi la società, essa non fu più in grado di disciplinarne i bisogni e le aspettative. Vi è in ciò una buona dose di incomprensione sia del diritto che della società.

Le strutture giuridiche che istituiscono un ordine di mercato sono invero largamente inossidabili ai mutamenti introdotti dallo sviluppo economico e tecnologico le cui concrete manifestazioni sono governate da regole pattizie, queste sì in tumultuosa evoluzione, rese possibili dalla presenza di quelle strutture. Non ha molto senso parlare di una «obsolescenza» del mercato e delle sue strutture e sarebbe più onesto e diretto parlare piuttosto di una insofferenza verso il sistema di mercato che ha indotto ad affidare molti settori della vita sociale a sistemi basati sulle scelte collettive o a sistemi misti. Queste «correzioni» del mercato sono state un fenomeno imponente e, spesso, ampiamente giustificato. Poiché però esso si è espresso quasi integralmente attraverso la legislazione non è certo ad esso che si possono imputare l'apparire di «lacune» nel sistema codicistico.

Su altro versante è da notarsi che proprio nella sua formulazione originaria il Code Napoléon appare costituire una rete concettuale piuttosto debole. Le nozioni giuridiche chiave appaiono incertamente definite o non definite affatto. Le categorie ordinanti appaiono verbalizzate in modo del tutto insufficiente (a ciò si riferivano i pandettisti tedeschi quando rimproveravano al Code Napoléon di non andare al fondo delle questioni). Le imperfezioni del testo appaiono sotto il profilo della formulazione tecnica talmente gravi da mettere in pericolo il valore politico di istituzione di un ordine di mercato. I due pilastri di questo: proprietà e contratto sono individuati in modo tutt'altro che certo.

Per la proprietà il Code Napoléon rovescia il normale andamento della teoria delle fonti ed istituisce un diritto soggettivo assoluto che i regolamenti e gli atti amministrativi possono modificare. Così il valore economico di ciascuna proprietà diviene indeterminabile in base al solo contesto del codice e questa caratteristica renderebbe insopportabilmente rischioso qualunque scambio se non venisse opportunamente corretta da un sistema extracodicistico.

In tema di contratto il Code Napoléon sviluppa una sequenza che di per sé rende incerta la validità di qualunque accordo. Infatti secondo l'art. 1108 «Un cause licite dans l'obligation» è condizione essenziale per la validità «d'une convention». E per l'art. 1133 «La cause est illicite (...) quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public». Senonché poiché in base al codice non è assolutamente accertabile quando una causa è contraria all'ordine pubblico, diviene indifferente ai fini del rispetto della lettera del codice il giudicare qualsiasi contratto valido oppure nullo.

Altre volte le deficienze della formulazione del Code Napoléon sono più tecniche. Ad esempio la disciplina dell'action en nullité è un magazzino di equivoci ⁽²²⁾; la collocazione della cessione del credito nel campo della vendita era già un residuo fossile nel 1804 ⁽²³⁾ e l'elenco meriterebbe di essere continuato perché esso metterebbe in piena luce le virtù di quegli interpreti che seppero da un simile testo ricavare un sistema di legendaria stabilità e certezza.

6. Il codice e l'esegesi.

L'esegesi, nella sua immagine mitica viene rappresentata come una sorta di *asservimento* della dottrina al testo del codice. In genere questa immagine viene tratta da una lettura delle prefazioni ad opere imponenti ⁽²⁴⁾ e viene propagandata dai lettori dei lettori delle sole prefazioni ⁽²⁵⁾. Ciò comporta che l'icona della esegesi venga storicamente collocata nel luogo e nel livello sbagliato. Normalmente infatti l'école de l'exégèse è la serie dei commentatori francesi che va da Merlin sino a Baudry-Lacantinerie. Nessuno di costoro può sensatamente essere ascritto tra i puri esegeti. Eppure questa immagine ha potuto diffondersi e divenire popolare, specie in Italia, perché in realtà tra i sottoprodotti indiretti della codificazione l'esegesi è pure esistita. Anzi la sua presenza si avverte nel lavoro quotidiano degli operatori del diritto svilendone costantemente la funzione. Se si è convinti che i membri della cosiddetta école de l'exégèse abbiano in realtà fatto tutt'altro che della piatta esegesi, che abbiano, in realtà, realizzato un capolavoro di finezza politica e di sagacia tecnocratica mettendo il codice, così lacunoso ed impreciso, all'opera, istituendo le strutture giuridiche del mercato ed istruendo generazioni di operatori alla bisogna, le incarnazioni della esegesi vanno ricercate altrove.

Iniziamo allora con l'osservare che l'incarnazione più diffusa e meno tollerabile dell'esegesi coincide con la cosiddetta interpretazione burocratica. Tipica di quegli interpreti meschini che, comminando con la sola lettera della disposizione normativa, non sono in grado di compiere quell'intervento estraneo alla norma che è necessario in tutte le valutazioni complesse ⁽²⁶⁾ ed impongono le proprie stolide soluzioni senza alcuna sensibilità per i malesseri sociali che in tal modo provocano.

Difficilmente quindi un'interpretazione burocratica potrà essere opera del formante dottrinale il quale avverte la necessità di suscitare il consenso sulla razionalità delle soluzioni che suggerisce non disponendo di altra fonte di legittimazione.

L'interpretazione puramente esegetica è piuttosto il frutto, indiretto, di una lacuna della dottrina e non il prodotto di una sua metodologia. È vero, invece, e qui risiede il nocciolo di verità delle impressioni diffuse che si sono sopra criticate, che una dottrina giuridica può combattere l'interpretazione burocratica in due modi: o screditandone la stessa presenza mediante vigorose riaffermazioni della necessaria razionalità del diritto e del ruolo necessariamente articolato della mediazione dell'interprete; oppure eliminando la stessa necessità di una interpretazione burocratica grazie ad una riformulazione razionale del corpus del diritto applicabile ai casi singoli ed all'approntamento di una guida sicura a tale applicazione.

La prima alternativa presenta non pochi rischi e comunque nella prima metà del secolo scorso era impraticabile.

La seconda richiede il perfetto funzionamento di un meccanismo complesso.

Al fine di chiarire il funzionamento di tale meccanismo è utile ricorrere ad alcuni confronti.

È noto ad esempio che l'ABGB ebbe a ricevere inizialmente un fervore di analisi non diverso da quello dedicato al Code Napoléon. Tuttavia agli inizi della seconda metà del sec. XIX questo fervore pare già esaurito. Parallelamente in Francia la cosiddetta école de l'exégèse produceva i suoi frutti più imponenti e più maturi grazie alle opere di Aubry e Rau ⁽²⁷⁾, Demolombe ⁽²⁸⁾ e Laurent ⁽²⁹⁾. Questo fatto viene solitamente spiegato con il rilevare che, dopo la prima ondata di commenti ed analisi del codice di cui furono protagonisti: lo Zeiller, il Winiwarter, il Nippel ed un manipolo di autori minori ⁽³⁰⁾ la civilistica austriaca fu attratta dai risultati della pandettistica tedesca allo sviluppo della quale offrì contributi importanti ⁽³¹⁾. Collateralmente si è soliti menzionare la riforma degli studi giuridici universitari attuata dal Thun-Hahenstein che contribuì a riorientare le opere accademiche in senso più scientifico. Entrambi i fatti peraltro dimostrano che l'epoca dei commenti al codice era ormai tramontata senza poter raggiungere quel successo pratico che in Francia contribuì a diluire di molto l'influenza della pandettistica.

Se si esaminano i commenti al codice austriaco è facile rilevare che né le proclamazioni metodologiche né le prassi operative seguite dagli autori differiscono granché da quelli dei membri della cosiddetta école de l'exégèse, salva una certa maggior intraprendenza di questi ultimi.

Il fatto è che il codice non richiede ai suoi interpreti la profondità di ingegno che è necessaria a chi voglia costruire un sistema coerente partendo dai soli concetti, anzi tende ad eliminare dal panorama dottrinale le opere fortemente singolari. Tuttavia per la stessa ragione, le opere di commento tendono ad acquistare un valore cumulativo essendo compiutabili le une per mezzo delle altre. Se però per una qualunque ragione l'accumulazione si interrompe, gli operatori si troveranno privi della guida desiderata e dovendosi basare sulla sola lettera della disposizione codicistica sprofonderanno nella interpretazione esegetica ovvero in ciò che si può ricavare da una lettura necessariamente affrettata. Il primo dato che si ritrae da un confronto tra l'esperienza francese e quella austriaca è dunque che in quest'ultima la mole delle interpretazioni dottrinali al codice non raggiunge quella massa critica che in Francia ha reso l'école de l'exégèse una guida completa e sicura per gli operatori del diritto. In secondo luogo è da rilevare che nella esperienza austriaca pesò l'assenza di un tribunale supremo che svolgesse una funzione di nomofilachia paragonabile a quella della Cour de Cassation de France. È ben noto infatti che l'efficacia di un insegnamento dottrinale dipende, nel breve e medio periodo, dalla sua capacità di persuasione. Questa capacità si esplica nel modo più pregnante ove si rivolga a giuristi indipendenti quali sono, normalmente, i giudici; si attutisce di molto sino a scomparire, quando le argomentazioni della dottrina si rivolgono ad uffici burocratici che sono retti dal principio dell'autorità gerarchica. In queste ipotesi l'influenza dell'insegnamento dottrinale è limitato alla possibilità di influenzare i vertici, i quali peraltro saranno abituati a decidere secondo opportunità e non secondo diritto e quindi a molti argomenti giuridici saranno normalmente impermeabili. Nell'esperienza dei domini austriaci la centralizzazione del diritto fu molto meno accentuata che non in Francia e gli organi della monarchia conservarono l'abitudine di provvedere alle diverse necessità locali attraverso: ordinanze, patenti, risoluzioni e decisioni auliche, rescritti aulici, decreti aulici, circolari e decreti vari. Lo stesso Tribunale Supremo di giustizia si adeguò a questo modello amministrativo ed anziché svolgere funzione nomofilattica attraverso le proprie decisioni, preferì spesso

ricorrere ad Istruzioni dirette alle Corti inferiori ⁽³²⁾ presto imitato dai Tribunali di appello rispetto alle istanze inferiori del loro distretto.

In questo ambiente venne meno l'interazione complessa tra dottrina e giurisprudenza che consentì in Francia la messa in opera del codice. Gli operatori pratici si mossero alla caccia delle circolari che risolvessero i loro casi e la dottrina propriamente detta fu facilmente sedotta dai bagliori intellettuali della pandettistica tedesca. Il codice austriaco rimase pertanto in bilico tra due sequenze di esito molto diverso. Da un lato la sequenza che assunto come base il testo del codice procede attraverso i meccanismi tipici della interpretazione burocratica che essendo autoritativa non abbisogna di soverchie argomentazioni. Dall'altra la sequenza che tende ad inglobare il codice in concetti sovraeminenti e che poi ridiscende verso le regole di dettaglio. In nessuno dei due casi peraltro il codice in quanto testo o il codice in quanto sistema gioca un ruolo basilare.

Le disavventure dell'ABGB che fu codice originale ed autoctono si sono poi riprodotte con varie accentuazioni in tutti i sistemi che hanno importato un modello di codice o, addirittura, un codice preconfezionato.

In proposito occorre considerare che se non è sostenibile la tesi più volte ripetuta per cui il codice per le sue caratteristiche di completezza e di chiarezza costringe gli interpreti a scelte obbligate riducendone in misura massiccia gli spazi di libertà, è pur vero che la sua presenza condiziona gli stili ermeneutici ed in questo condizionamento è insito il pericolo di una sua applicazione piattamente burocratica.

Occorre a questo punto riallacciarsi alla constatazione che il codice civile non ha espresso solo la trama di un sistema giuridico - questa anzi fu, fino all'apparire del BGB, abbastanza rilassata da permettere le più ardite operazioni ermeneutiche - ma anche la trama del sistema degli scambi di mercato. Il sistema degli scambi di mercato non viene istituito con uno scopo diretto il cui perseguimento possa costituire la stella polare per l'interprete delle varie disposizioni normative. Piuttosto il mercato è istituito per permettere il perseguimento di tutti gli scopi individuali, leciti, che si manifestano nella società. Il numero ed il contenuto di questi scopi individuali è però così ovviamente indeterminabile da ridurli necessariamente nel campo di ciò che è giuridicamente irrilevante. Corrisponde poi ad una facile constatazione che nel secolo delle codificazioni i giuristi non erano ancora intellettualmente attrezzati per individuare l'apporto specifico delle singole disposizioni al funzionamento dell'intero meccanismo. Analisi microeconomiche appropriate erano infatti di là da venire. Nell'interpretazione dei codici fu pertanto escluso ogni teleologismo ed insieme ad esso furono amputati dalla metodologia ermeneutica tutti gli strumenti di valutazione critica degli effetti economico sociali di una disposizione normativa che sono naturalmente ancillari ad una interpretazione teleologica.

Anche l'analisi dei valori su cui si basa la disposizione normativa andò perdendo importanza mano a mano che progrediva l'esplorazione logico-tecnica del testo, del suo sistema di relazioni formali e dei concetti da esso scaturenti.

Si osserverà ora che amputazioni analoghe dell'arsenale ermeneutico degli interpreti sono osservabili press'a poco nella stessa fase storica, anche in altre esperienze giuridiche che non ricorsero alla codificazione.

Nell'esperienza statunitense quando il filone giurisprudenziale che aveva costituzionalizzato la proprietà ed il contratto si congiunse con l'insegnamento di Langdell che teorizzava la scientificità dei concetti giuridici relativi, si aprì la fase del cosiddetto legal formalism in cui si rilevano molte delle caratteristiche metodologiche proprie della nostre civilistiche ottocentesche.

La differenza di fondo peraltro rimase intatta anche se assopita, perché là dove le strutture di mercato furono istituite dalla giurisprudenza di corti centrali i giuristi conservarono la consapevolezza del loro ruolo anche se, ritenendosi soddisfatti della stato presente, rinunciarono ad intraprendere revisioni ardite. Ove invece le strutture di mercato furono introdotte attraverso una ridefinizione drastica del diritto sostanziale voluto dal legislatore il compito ed il ruolo dei giuristi risultò nettamente delimitato. Essi non furono incatenati alla lettera del codice come lasciarono credere ma furono costretti a rifugiarsi in un tecnicismo giuridico assai aspro bandendo dal loro orizzonte argomentativo ogni ragionamento basato su considerazioni di public policy. A livello teorico si trattò di una finzione. A livello operativo si trattò di una difficile ricerca di un punto di equilibrio tra vocazioni tecnocratiche ed ideali tranquillamente burocratici. In ciascuna esperienza giuridica nazionale tale punto di equilibrio fu trovato a livello diverso.

La ragione per cui i paesi importatori di codici paiono più attratti dallo stile di interpretazione burocratico è facile da indovinare. In realtà infatti un paese importa un codice preconfezionato quando non dispone di una dottrina adatta a produrne uno. Se è però vero il dato per cui l'accumulo di sapienza dottrinale necessario alla messa in opera del codice pare maggiore di quella richiesta per la sua redazione come indica l'esempio dell'Austria che seppe creare un codice ma non valorizzarlo, allora è dato immaginare quali limiti incontri una codificazione trapiantata in una esperienza giuridica immatura anche per la redazione di essa.

L'esperienza italiana è rimasta fortemente contrassegnata dalla ricezione del codice francese. A quasi un secolo dall'abbandono del modello francese, né l'ondata dogmatica, né gli ardimenti logici dei neosistematici, né la ventata della giurisprudenza dei valori sono riuscite ad estirpare dagli operatori giuridici nostri la propensione per l'interpretazione letterale.

7. La circolazione dei modelli codicistici.

Tra tutti i testi legali il codice pare dotato di impressionanti capacità di circolazione.

In molti ordinamenti la decisione di codificare è stato accompagnata dal sottinteso che si sarebbe proceduto ad una codificazione sulla base di un modello già esistente in un ordinamento straniero. Chi anzi osservasse una mappa che rappresenti gli itinerari dei diversi modelli di codice non potrebbe non rimanere affascinato dall'apparente bizzarria con cui un codice è stato trapiantato in ambienti che dal punto di vista economico, sociale, religioso apparivano quanto mai distanti dall'ambiente originario. Gli esempi, noti,

dell'importazione nel Giappone della Rivoluzione Mejj del BGB tedesco, o del codice svizzero in Turchia sono già quanto mai probanti in proposito, ma essi potrebbero essere moltiplicati e in non pochi casi si raggiungerebbero le frontiere del paradosso.

È peraltro probabile che la diffusione del codice sia in parte dovuta al fatto che i governanti hanno creduto a due promesse implicite nella codificazione. Promesse entrambe menzognere. In primo luogo infatti il codice si presentò come una legislazione autoapplicantesi. Esso era così chiaro, così limpido, così completo che ciascuno poteva trovare in esso la regola giuridica per il suo agire senza bisogno di particolare ausilio. In secondo luogo il codice si presentò come un potente strumento di modernizzazione del diritto.

Dalla somma delle due risultò che qualsiasi governante fosse desideroso di rendere semplice e moderno il proprio sistema giuridico non aveva altro da fare che prendere un codice di successo, tradurlo e metterlo in vigore. Con poca spesa si potevano così ottenere risultati positivi ed imponenti.

Non ci si può quindi stupire del fatto che la diffusione del codice sia stata massiccia e solo si può osservare che la scarsa sincerità dei giuristi circa la reale portata del proprio intervento e la conseguente dissociazione tra teoria ermeneutica e prassi ermeneutica ha creato le premesse per una circolazione alla cieca dei codici stessi.

Sotto questo profilo si può anzi osservare che un codice è stato tanto più imitato quanto più la dottrina abbia abbondato nel rilasciare attestati accattivanti circa la chiarezza e la perfezione del testo e la modestia della propria opera di interpretazione.

Anche a questo riguardo la fortuna del Code Napoléon è intrecciata con la strategia seguita dall'Ecole de l'Exégèse.

Più rilevante è però l'osservare che, poiché le premesse circa l'efficacia del codice erano e rimangono fallaci, ogni codificazione ha sortito esiti divergenti in funzione del contesto di esperienza giuridica in cui è stato trapiantato.

Tali divergenze si manifestano su un ventaglio di possibilità assai ampio. Vi sono casi di codici che sono convenientemente rimasti lettera morta nel sistema in cui sono stati trapiantati. Vi sono casi di codici che hanno costituito il veicolo per una ricezione più completa della dottrina e della giurisprudenza del paese d'origine. Si pensi al caso del Belgio e, più limitatamente, del Quebec. Più numerosi sono i casi dei codici trapiantati che hanno dato origine ad una serie di interazioni con i formanti dottrinale e giurisprudenziale secondo linee evolutive marcatamente singolari.

Tutto ciò significa che è profondamente errato credere che due sistemi giuridici siano omologhi solo perché hanno adottato codici assai simili.

L'area delle coincidenze tra sistemi che certamente deriva dalla coincidenza di base codicistica è assai più ristretta di quanto comunemente si ritenga. Essa non riguarda né le categorie ordinanti, né le regole tecnico giuridiche basilari o di dettaglio, ma è confinata sul piano dello stile della formulazione della regola legale.

8. Il codice ed il linguaggio legislativo.

La «forma» codice ha decisamente influenzato lo stile linguistico del legislatore.

Circa la lingua dei codici tuttavia non disponiamo di studi approfonditi ed esaurienti ⁽³³⁾. Ai problemi dello stile linguistico si fa cenno qua e là. A volte in senso agiografico-legendario come ad esempio ricordando che Stendhal leggeva il Code Civil per prendere «il tono». Altre volte per paragonare la struttura linguistica concisa ma decisa del codice francese rispetto alla orditura troppo tecnica del BGB. Raramente tali paragoni si spingono oltre la manifestazione di una valutazione soggettiva. Sotto il profilo della struttura della frase e del livello semantico prescelto i codici moderni si assomigliano in modo impressionante. Forse è stata proprio questa omogeneità ad oscurare il dato. Solo l'orgia di legislazione mal redatta degli ultimi decenni ha richiamato l'attenzione sul problema dello stile legislativo. È divenuto così agevole constatare che se il codice civile è una forma di legislazione superata, presenta perlomeno il vantaggio di non ricorrere a termini assurdi tipo «gas odorizzanti» ⁽³⁴⁾ «principio della omogeneizzazione delle posizioni giuridiche» ⁽³⁵⁾ o ad espressioni atecniche ed imprecise come: «sistemazione e liquidazione dei contratti di guerra» ⁽³⁶⁾. Il lessico burocratico che imperversa nella legislazione speciale ha fatto così rimpiangere la terminologia usata nei codici ove il lessico è sempre e solo quello tecnico giuridico. In punti particolari e di minore importanza anche i codici fanno concessioni ad un lessico tecnico diverso da quello giuridico. Così il nostro codice civile del 1942 fa limitato riferimento alle classificazioni botaniche ⁽³⁷⁾, alle nozioni di idraulica ⁽³⁸⁾, condivide la secchezza della modulistica bancaria ⁽³⁹⁾. Ma a parte che si tratta di concessioni molto marginali è da osservare che si tratta di contaminazioni che il linguaggio dei giuristi non rifiuta, anzi con i cui apporti è stato costruito.

La constatazione, facile ed ovvia, che il codice appare scritto in linguaggio tecnico giuridico ha fatto a volte sospirare quanti ancora condividono l'ideale di un codice scritto in linguaggio popolare ed accessibile a tutti. Questa sospirosità è però il frutto dell'errore o ovvero nella credenza della autosufficienza del testo codicistico. Poiché però, come si è detto, il codice non è affatto e non può essere autosufficiente, ma esige una laboriosa messa in opera grazie alla elaborazione dei giuristi, si deve ritenere che l'uso del linguaggio tecnico usato da costoro sia una precondizione del suo successo pratico.

Del resto la cosiddetta legislazione speciale non appare formulata in linguaggio popolare, ma piuttosto è irta di stilemi propri del lessico burocratico comprensibili solo da chi vi è stato lungamente addestrato, di termini tecnici tratti dalle varie discipline comprensibili solo da selezionati gruppi di tecnici del settore ⁽⁴⁰⁾, di espressioni del gergo partitico sindacale, che hanno più il significato proprio dei simboli che non quello delle parole.

Invero ciò che appare rilevante nel linguaggio dei codici e che non è necessariamente presente nel linguaggio della legislazione ordinaria è la corrispondenza perfetta tra il lessico del legislatore ed il lessico della dottrina prima del codice.

Normalmente si ritiene che il Code Napoléon sia stato modello agli altri legislatori soprattutto nel campo del linguaggio normativo. Con ciò non ci si vuole riferire alle qualità letterarie del suo stile conciso. Tali qualità sono state fortemente esaltate, ma evidentemente il loro valore è tutto racchiuso entro i confini degli utilizzatori della prosa francese. Nemmeno è il caso di riesumare quella clarté che viene ossessivamente attribuita al testo del codice come suo massimo merito senza che mai tale parola riceva un minimo di analisi o di spiegazione. Quando si sottolineano le virtù linguistiche del Code Napoléon ci si riferisce al fatto che esso ha fissato il livello semantico che è proprio del legislatore situandolo a mezza strada tra il livello dei principii generali e quello delle regole casistiche.

Questo livello semantico sorprendentemente equilibrato tra l'empireo dei concetti dottrinali ed il terreno delle decisioni concrete è stato poi indubbiamente oggetto di imitazione. Anche quei legislatori che erano soliti emanare atti normativi per deprecare, ammonire, incoraggiare ricorrendo con ciò ai vari espedienti della retorica, si adeguarono rapidamente al nuovo stile legislativo lasciando che le antiche tendenze si atrofizzassero a poco a poco in preamboli sempre meno importanti. Si deve anzi sottolineare che il livello semantico prescelto per il codice è stato fondamentale per ordinare il linguaggio normativo nel senso che gli altri tipi di norme si sono collocate attorno al codice utilizzando a volte un livello semantico più vicino alla casistica oppure, come nel caso delle costituzioni, un livello più generale. Data questa ampia ed incisiva influenza può stupire il fatto che la tecnica della legislazione seguita dai codificatori francesi non fu verbalizzata da alcuno. Bisogna attendere un secolo esatto per trovare nella letteratura francese una analisi appropriata del livello semantico utilizzato dal legislatore francese e tale saggio, dovuto alla penna di François Geny, utilizza largamente l'apporto dei teorici tedeschi.

In realtà sotto un profilo storico lo studio del linguaggio legislativo è uno dei tanti fili che dalla Francia ci riporta in Europa. Quando scrisse il fondamentale saggio appena citato, Geny, si stupì del fatto che la tecnica legislativa del Code Napoléon fosse di livello assai elevato, anche se, a suo giudizio, lungi dall'essere perfetta, quando ai suoi redattori difettavano nel modo più assoluto le basi teoriche di una buona tecnica legislativa.

Le uniche indicazioni di cui i redattori potevano usufruire circa il modo appropriato di redigere le leggi erano contenute in poche pagine di Montesquieu, tutto il resto derivava dall'esperienza accumulata durante la fase della legislazione rivoluzionaria, ma quella legislazione era lungi dall'essere un modello di stile e l'esperienza, anche negativa, era lungi dall'essere verbalizzata.

Le indicazioni di Montesquieu risultano però equivalenti alle istruzioni che Maria Theresia impartì nel 1767 alla Commissione per la codificazione dopo aver rifiutato il diffuso e troppo dotto progetto dell'Azzoni⁽⁴¹⁾. Il ricorso ad un livello semantico a mezza strada tra la formulazione di concetti generali e la formulazione di regole casistiche, distanzia il Code Napoléon dal Landrecht prussiano ma lo accumuna fortemente all'ABGB austriaco che dal modello napoleonico fu del tutto indipendente ed al Codex Bavaricus che ad esso fu antecedente.

Ancora più rimarchevole è però la analogia con il livello semantico adottato dai costituenti americani quando vollero fissare in norme le strutture dello Stato federale. Sebbene una Costituzione sia necessariamente diversa da un Codice come le strutture giuridiche di uno Stato sono ben diverse dalle strutture giuridiche del mercato, nella parte originaria della Costituzione Federale degli Stati Uniti si ritrova quella capacità di esprimere regole con concisione e nettezza impareggiata che fu caratteristica propria del razionalismo occidentale quando si mise a riflettere sulla condizione umana e decise di mutarne le sorti attraverso l'uso dell'intelletto.

Si può quindi dire che l'individuazione di un linguaggio normativo situato ad un preciso livello semantico corrisponde ad un insegnamento latente diffuso in tutta la cultura illuministica europea. La messa in opera di tale insegnamento dovette però attendere il momento in cui giuristi di elevata preparazione tecnica si fossero del tutto convertiti alle idee dei riformatori illuminati.

(1) Il Codice Civile Greco è infatti entrato in vigore nel 1946; tuttavia il Codice di Commercio tradotto dall'omologo Codice francese fu applicato sin dal 1835.

(2) Il Codice Civile Ungherese - P.T.K. - è infatti del 1959 ed è un codice socialista. Tuttavia dal 1853 al 1861 in Ungheria ebbe vigore l'ABGB austriaco e nel 1875 fu adottato un Codice di Commercio.

(3) È questo il caso di alcuni stati nord-americani che adottarono il cosiddetto Field Codes, e segnatamente: la California, nel 1872; l'Idaho, nel 1887; il Montana, nel 1895; il North Dakota, nel 1865; il South Dakota, nel 1863. In versione modificata lo stesso codice fu adottato in Georgia nel 1863. Nell'esperienza giuridica statunitense il dato più significativo è rappresentato dalla diffusione dell'Uniform Commercial Code.

(4) Su ciò si veda J. H. Marryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford, 1969, 5.

(5) Si è soliti menzionare al riguardo la figura di J. Bentham, su cui cfr. G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986; ma fu negli Stati Uniti che il movimento a favore della codificazione toccò livelli molto elevati: cfr. C. M. Cook, *The American Codification Movement - A Study of the Antebellum Legal Reform*, Westport-London, 1981.

(6) Cfr. J. Vanderlinden, *Le concept du code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle: essai de définition*, Bruxelles, 1967; A. Watson, *The making of the Civil Law*, Cambridge (Mass.), 168.

(7) Cfr. Irti, *L'età della decodificazione2*, Milano, 1986.

- (8) Naturalmente tecnica e sapienza sono necessarie per ogni tipo di legislazione che aspiri ad essere una buona legislazione, e quanto più la legge voglia essere organica e complessa tanto più le lacune di tecnica e di sapienza diverranno immediatamente evidenti; sicché legislatori insicuri delle proprie capacità e coscienti dei propri limiti eviteranno di cimentarsi non solo con i codici civili e di commercio, ma anche con codici penali o di procedura. Come si evidenzia del resto nella storia delle legislazioni di settore. Tuttavia rimane che nel campo civilistico simili difficoltà emergono immediatamente in sede di formulazione delle disposizioni normative bloccando sul nascere tentativi di codificazione insipienti.
- (9) V. gli studi raccolti in AA.VV., *50 anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981.
- (10) In realtà peraltro il Codice Francese deriva questa fama progressiva dal riverbero che su di lui esercita la fama della Rivoluzione; che nel suo folklore celebrativo ama presentarsi come l'improvviso scatto di luce in un mondo di tenebre. La storiografia moderna ha però corretto questa impostazione ingenuamente propagandistica ed ha riconosciuto che: «La révolution éclata dans un pays en pleine modernisation législative». Così D. Richet, *La France Moderne: L'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, 1973, 36.
- (11) Questa tesi è difesa da H. Coing.
- (12) Su ciò rimane classico il saggio di Viora, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino, 1956.
- (13) V. R. Thom, *Stabilità strutturale e morfogenesi*, trad. it., Torino, 1980; per una presentazione divulgativa: A. Woo-Dcook e M. Davis, *La teoria delle catastrofi*, trad. it., Milano, 1982.
- (14) Si veda un modello in A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, 1890 e su di lui cfr. N. Reich, *Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) Im Neunzehnten Jahrhundert und Heute in 3/4 Quad. Fior.*, T. I, 157 (1974-75) *ivi* anche una analisi a più voci del cosiddetto «Socialismo giuridico».
- (15) La critica sfocia, a volte, in lamento ove ci si lagna che le norme che organizzano la struttura sociale emarginino gli emarginati (cfr. A. J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973) o che le opposizioni politiche una volta divenute maggioranza legiferante tentino di dare stabilità al proprio ruolo e cessino di svolgere la funzione propria delle opposizioni (Corradini, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in Rodotà [cur] *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna 1971, 54) e via dicendo.
- (16) Maitland, *The Constitutional History of England* 1908, repr., Londra, 1977, 382-385.
- (17) V. ad esempio Esser, *Gesetzrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, in Vogel e Esser, *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde*, Tübingen, 1977, p. 13; Irti, *L'età della decodificazione*, cit.; ma, anche, K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, Heidelberg, 1985.
- (18) V. Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, RDC, 1983, I, 117.
- (19) V. A. Esmein, *L'originalité du Code Civil*, in *Livre du Centenaire*, I, 5.
- (20) V. Loi 2-9-1790: Les hommes de loi, ci devant appelés avocats, ne devant former ni ordre, ni corporation, n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions.
- (21) Loi 6 ventoso anno IV (25-2-1796).
- (22) Vedi già i rilievi di B. Windsheid, *Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*.
- (23) Cfr. Crome, *Les similitudes du Code Civil Allemand e du Code Civil Français*, in *Livre du Centenaire* cit., T. II, 590.
- (24) Cfr. Bonnacase, *L'école de l'exégèse du droit civil*, I Paris, 1896.
- (25) Cfr. Lucarelli, *Diritto Privato*, Napoli, 1983.
- (26) Cfr. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Camerino, 1983, 3.
- (27) *Cours de droit civil français*. La pubblicazione della prima edizione iniziò nel 1838, la 4a edizione, l'ultima curata dagli autori iniziò nel 1869 per completarsi nel 1882.
- (28) *Cours de Code Napoléon*, 1845-1876.

(29) *Principes de droit civil*, 1869-1887.

(30) Franz. V. Zeiller, *Commentar Über d. allgem. bürgerliche Gesetzbuch f. d. gesamonten Erbländer*, I-IV, Wien-Trieste, 1811-1813; Joseph Winsi-Warter, *Handbuch der Justiz-und politishen Gesetze und verendnungen, welche sich auf das a. b. G. B.1*, Wien 1829 in 3 tomi; 3a ed. in 5 tomi; Franz S. Nippel, *Erläuterungen des allg. bürgerl. Gesetzbuches für die gesamonten Länder der Östen. Monarchie; mit besonderer Berücksichtiguaf*.

(31) Cfr. per tutti F. Wieaker, *Storia*, cit., I, 518.

(32) Cfr. F. S. Nippel, *Commento sul Codice Civile Generale Austriaco*, trad. it., Pavia, 1836, T. I, 106.

(33) Si veda però l'analisi di: Belvedere, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, RCDP, 1985, 253.

(34) Art. 2, l. 6 dicembre 1971, n. 1083.

(35) Art. 4, l. 29 marzo 1983, n. 93.

(36) L. 22 ottobre 1981, n. 593.

(37) Le siepi di ontano, di castagno, di robinie art. 892.

(38) Modulo d'acqua, art. 1081.

(39) Art. 1860 «la banca che ha scontato tratte documentate ...

(40) V. ad esempio, l. 4 aprile 1964, n. 172, sul commercio delle carni, tema di interesse generale per i consumatori, ma che non parla il linguaggio delle massaie.

(41) V. in De Zeiller, *Commentario sul Codice Civile Universale*, Tomo I, 8 trad. it., di Carezzi, Milano, 1815.