

CIVILE - Codificazione di Giovanni Tarello

(Anno di pubblicazione: 1988)

Bibliografia: *The Code Napoleon and the Common-Law World*, a cura di B. Schwartz, New York, 1956; S. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala-Stoccolma-Göteborg, 1960; Viora, *Consolidazioni e Codificazioni*³, Torino, 1967; J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle*, Bruxelles, 1967; H. E. Strakosch, *State Absolutism and the Rule of Law*, Sydney, 1967; A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Parigi, 1969; Corradini, *Garantismo e statualismo. Le C. civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971; Tarello, *Le ideologie della C. nel secolo XVIII*, Genova, 1971.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La codificazione moderna e la tecnicizzazione della scienza giuridica. - 3. Codificazione del diritto privato e penale e codificazione costituzionale. - 4. La codificazione come superamento del cosiddetto «particolarismo giuridico». - 5. Semplificazione del diritto e codificazione borghese.

1. Premessa.

«Codice» e «C.» sono vocaboli di remota ascendenza, derivando (assieme a C^ode, Codigo e altri vocaboli di lingue romanze) da codex, il libro compatto e cucito sul dorso. I libri compatti e cuciti sul dorso contenenti materiali giuridici, nuovi o vecchi, raccolti da privati o da autorità, ebbero il nome di codex (codice, c^ode, codigo); l'area di impiego di codex (e derivati) venne a comprendere l'area di impiego del vocabolo germanico Gesetzbuch, libro di leggi; l'intertraducibilità incompleta venne a complicare gli usi dotti e tecnici; e molte volte, in ispecie dagli storici del diritto, si parla ancora di codice in un senso che si collega semplicemente a raccolte di materiali giuridici caratterizzati dall'essere stati una volta, da parte di qualcuno, immessi in un libro compatto e cucito sul dorso.

Più sovente, oggi, quando si parla di «codice» (e di «C»), ci si riferisce ad una classe di oggetti (e ad un processo storico) i cui collegamenti con il libro cucito sul dorso sono molto remoti. Alla C. in questo più ristretto senso ci si riferisce nelle pagine che seguono.

2. La codificazione moderna e la tecnicizzazione della scienza giuridica.

Chi scorre la letteratura giuridica moderna, a partire dall'inizio del secolo scorso, o per lo meno chi scorre la letteratura giuridica sui problemi cosiddetti «generalisti», si imbatte con frequenza in una osservazione o in una affermazione: che, cioè, l'attività del giurista è una attività «scientifica» o «tecnica». Si sono consolidate, almeno nella cultura giuridica europea continentale, particolari abitudini linguistiche (si parla di affermazioni giuridiche «vere», di tesi giuridiche «dimostrate», di parti processuali che «hanno ragione», di «errori di diritto») che suggeriscono, appunto, che l'attività del giurista è attività tecnica (e non, ad esempio, politica). E possiamo individuare, nelle nostre organizzazioni giuridiche, degli istituti che parimenti presuppongono che l'attività dei giuristi sia un'attività tecnica e suggeriscono l'esistenza di un diritto-oggetto, passibile di accertamento piuttosto che risultato di scelte, di operazioni, di manipolazioni politiche sempre rinnovate; istituti quali il giudice imparziale, il controllo di legittimità, la cassazione, la separazione dei poteri. Queste abitudini linguistiche, e queste istituzioni, non rispecchiano e non costituiscono - come è ovvio - dei dati naturali immutabili, ma sono un prodotto della storia. Non, necessariamente, della storia in generale, ma della nostra storia linguistica e della storia delle nostre istituzioni. Se vi sono oggi queste abitudini linguistiche e queste istituzioni, vi è stato storicamente un processo - culturale e istituzionale - di tecnicizzazione e depoliticizzazione delle attività giuridiche professionali (e, perciò, di deresponsabilizzazione in senso politico del ceto degli uomini di legge). Processo che, se accordiamo valore alle affermazioni oggi sempre più frequenti, relative alla politicità di quelle attività professionali, siamo indotti a ritenere interrotto o, addirittura, capovolto. Occorre chiarire le origini del processo di tecnicizzazione della scienza giuridica, e del correlativo processo di deresponsabilizzazione, in senso politico, del ceto degli uomini di legge. L'aver chiarito le origini ed i modi di simile processo storico-culturale permetterà anche, forse, di comprendere meglio le ragioni per le quali, oggi, quel processo sta per capovolgersi a favore di un nuovo processo: di detecnicizzazione della scienza giuridica e di responsabilizzazione, in senso politico, del ceto giuridico.

Il punto di partenza necessario per chiarire il processo di tecnicizzazione della scienza giuridica e delle attività professionali dei giuristi è la codificazione. Infatti uno dei più chiari esempi di concezione tecnica dell'attività degli operatori giuridici professionali è la concezione secondo cui questi operatori adempiono alle funzioni loro istituzionalmente affidate attraverso l'impiego tecnico di una scienza, che elabora un oggetto preconstituito ad essa esterno; e, tra gli oggetti preconstituiti alla scienza giuridica, quelli cui più sovente si è pensato, lungo tutto il corso dell'Ottocento, nell'Europa continentale, è un corpo di leggi organizzate; cioè quello che si chiama un codice.

Per «C.» in senso ristretto e tecnico, si intende quel processo culturale e storico attraverso cui si è resa possibile la menzionata idea ottocentesca; e cioè il processo che conduce ai Codici concreti, cui i giuristi ottocenteschi (continentali) si riferivano. Ma, per comprendere questo processo, è necessario un oggetto di attenzione più vasto e più sfumato di quello che avremmo prendendo pari pari come parametro alcune idee ottocentesche di codice. Infatti occorre considerare quelle idee ottocentesche nelle loro peculiarità storiche, quali si sono determinate e precisate alla fine di una lunga vicenda, all'inizio della quale le idee erano, talvolta, meno precise e più vaghe. Occorre dunque una prospettiva assai ampia, che permetta di considerare non solo delle idee ottocentesche di codice, ma un processo, il cui esito è costituito non solo dai codici nel senso ristretto e ottocentesco del termine, ma - in modo generale - della produzione di un tipo particolare di oggetto. E precisamente dalla produzione di documenti i quali: a) contengono serie di norme, e nul-l'altro che serie di norme; b) vengono considerati, da chi li produce, e da chi li

adopera, come documenti unitari talché le norme in essi contenute sono a lor volta considerate come in qualche senso coerenti e sistematizzate; c) vengono ritenuti, da chi li produce e da chi li usa, realizzare una disciplina giuridica esauriente (salve deroghe viste appunto come eccezionali) di tutti i rapporti appartenenti ad un genere individuato dall'unità di materia. Possiamo invece tralasciare le produzioni giuridiche che non contengono soltanto norme, o che non pretendono di costituire un tutto unitario, o un sistema, o non sono riguardate come discipline esaurienti.

Il processo di codificazione che ci interessa nei suoi profili culturali e storici ha riguardato, nei suoi esiti, il diritto che oggi chiamiamo «privato» (con i codici civili, codici commerciali, codici del commercio marittimo), il diritto penale (con i codici penali), le procedure di amministrazione della giustizia (con i codici del processo civile e del processo penale), e, soprattutto, quello che oggi chiamiamo «diritto costituzionale» (con le carte dei diritti e con le costituzioni).

L'adozione di una nozione di «codice» piuttosto lata serve appunto per considerare, nell'ambito di tutto il processo di codificazione, anche il processo di co-stituzionalizzazione che si traduce in documenti normativi coerenti e unitari.

Il processo di C, nel senso sopra illustrato, può farsi iniziare verso la metà del sec. xviii; mentre all'inizio del sec. xix il processo è tutto dispiegato, e le codificazioni si susseguono con ritmo accelerato. Il fenomeno della C. interessa tutto il continente europeo, l'America latina e, per quanto concerne la C. costituzionale, gli Stati Uniti d'America; non interessa invece la Gran Bretagna, ove all'inizio del sec. xix assistiamo bensì ad interessantissime teorie della C. e ad una importante riforma e riorganizzazione del diritto, ma una vera e propria politica della C. non fu mai perseguita da alcuna reale forza politica: anche le ragioni di questa eccezione interessano, in quanto possono riuscire illuminanti, per contrasto, rispetto alle ragioni della C. sul continente.

Uno dei profili del processo di C. che meritano analisi accurata, è quello relativo alla emergenza di confini disciplinari particolarmente idonei alla organizzazione giuridica di un tipo nuovo di società politica; confini di solito ignoti o diversamente tratteggiati nella tradizione giuridica precedente, e che danno luogo ai codici separati per il cosiddetto diritto «civile», «commerciale», «penale», «processuale»; confini tra i quali va incluso quello tra la disciplina «costituzionale» e quella «civile».

3. Codificazione del diritto privato e penale e codificazione costituzionale.

Il processo di costituzionalizzazione, come processo al contempo culturale e reale o strutturale, è un processo relativamente moderno. Esso si è svolto, sul finire del sec. xviii, nel Nordamerica, in Gran Bretagna, ed in Francia dando luogo, in Nordamerica ed in Francia, a C. costituzionali che costituiscono uno dei fattori più importanti dell'evoluzione storica moderna mondiale. Nel sec. xix il processo di costituzionalizzazione e di C. costituzionale interessa tutta l'Europa continentale e talune regioni extraeuropee di cultura europea. In questo secolo il processo di costituzionalizzazione e di C. costituzionale interessa tutto il mondo, ma per i suoi contenuti non può essere ricondotto all'analogo processo ottocentesco, che invece sembra essere storicamente esaurito. Il processo di C. costituzionale di cui ci occuperemo è quello che si dispiega tra la fine del sec. xviii (e la prima metà del sec. xix).

La C. costituzionale da una parte, e la C. civile, penale, commerciale e processuale dall'altra parte, non sono eventi necessariamente collegati né sono sempre stati collegati nella effettualità storica. Il Nordamerica, che ha realizzato la prima C. costituzionale, non ha conosciuto, salva la eccezione più apparente che reale della Louisiana, la C. civile e commerciale anche se ha conosciuto e conosce tentativi di razionalizzazione, riformulazione, e unificazione del diritto, di iniziativa sia pubblica che privata; e se talune riformulazioni del diritto penale e taluni regolamenti procedurali hanno occasionalmente preso il nome di Code, codice, la Gran Bretagna non ha avuto alcuna C., né costituzionale (nonostante, o forse proprio a causa della precoce co-stituzionalizzazione), né di altro ramo del diritto. In taluni Paesi, soprattutto germanici come la Prussia e la Baviera, il processo di C. ha avuto inizio molto presto, poco dopo la metà del sec. xviii, ma la C. ha preceduto il processo di costituzionalizzazione e non ha incluso una C. costituzionale. In Francia, il Paese delle dichiarazioni dei diritti delle costituzioni e dei codici, la C. costituzionale e la formazione dei codici civili, penali e processuali sono state, storicamente ed ideologicamente, strettamente collegate. Non così nell'Austria. L'Italia ha avuto C. costituzionali e, in gran numero, altre codificazioni.

Quantunque non storicamente collegati in modo indissolubile, il processo di C. costituzionale ed il processo di C. di altre materie giuridiche, soprattutto del diritto civile, possono vedersi tuttavia come collegati se si ha riguardo non già ad ogni C., bensì alle C. che hanno particolari contenuti.

Come accade di solito, questi collegamenti sono stati colti partendo da prospettive ideologiche; cioè partendo dalla posizione di una domanda relativa a quali operazioni politiche siano state realizzate, al fine di prendere posizione su tali operazioni politiche. Assistiamo ad una coincidenza di prospettive politiche diverse nell'evidenziare gli accennati collegamenti.

Un primo collegamento tra C. costituzionale e C. civile è stato colto dal punto di vista di una ideologia liberale. Molti ideologi liberali hanno notato che, nell'Europa continentale, si è storicamente stabilito una fortissima associazione tra le costituzioni storiche da una parte, e dall'altra parte, un tipo di codice particolare, sotto il profilo del contenuto: cioè un codice civile che avesse come scopo la tutela del proprietario, della libera disponibilità della proprietà, e della iniziativa economica privata. Tale osservazione è vera; quel particolare codice, così caratterizzato, in Europa è esistito (ed ancora, con qualche modifica interna e, soprattutto, esterna, esiste): si tratta del Codice civile francese del 1804, detto anche Code Napoléon; codice cui sono ispirati pedissequamente altri codici, come, ad esempio, il primo Codice civile italiano del 1865, e che non è stato privo di influenze sul Codice civile svizzero, sul secondo Codice civile italiano (quello fascista, del 1942, ancora in vigore), sui codici civili degli Stati latinoamericani, e così via. La battaglia pro e contro la C. che si è svolta soprattutto in Germania e che di solito si è vestita o travestita da battaglia teoretica e/o metodologica, fu in larga parte una battaglia politica sulla opportunità

di dare ai Paesi germanici una C. liberal-borghese sulla traccia della C. napoleonica. Talché la battaglia per la C. civile (cioè per una C. liberale e borghese) fu portata avanti assai sovente, in Germania, dalle stesse persone - i giuristi liberali - che conducevano anche una lotta per la costituzionalizzazione o, come si diceva, per uno Stato di diritto, sotto il nome di una battaglia per una costituzione (cioè per una C. costituzionale).

Un secondo collegamento tra costituzionalizzazione e C. è stato colto dal punto di vista di una ideologia socialista. Alcuni ideologi socialisti, portando avanti in una diversa prospettiva il collegamento visto dalla prospettiva liberale, hanno ipotizzato una identità funzionale tra costituzionalizzazione (e in particolare tra le costituzioni codificate) e C. civile, in questo modo: costituzionalizzazione significa, attraverso le istituzioni del diritto pubblico borghese (come, ad esempio, gli strumenti della democrazia politica), distribuzione di eguaglianza politica formale (che copre, mistificando, una ineguaglianza reale); C. civile significa, attraverso le istituzioni del diritto privato borghese (come, ad esempio, la proprietà privata), distribuzione di eguaglianza civile ed economica formale (che copre, mistificando, una ineguaglianza reale). Cioè la C. costituzionale e la C. civile sarebbero una cosa sola: sovrastrutture ideologiche che mistificano la realtà dei rapporti di produzione e che rappresentano una tecnica pedagogico-repressiva. Ispirandosi a questa ipotesi, alcuni giuristi e molti politici studiosi del diritto hanno identificato i due processi, coinvolgendoli nella ricorrente polemica contro il «formalismo giuridico»; e con questo, ancora una volta, una battaglia politica si è travestita da battaglia teoretica e metodologica agitando problemi di definizione (come quello se «il diritto» sia o non sia «una forma»).

Un terzo collegamento tra costituzionalizzazione e C. è stato sovente istituito da giuristi che si ispirano ad ideologie corporativistiche e/o comunitaristiche. Da questo punto di vista, il processo di costituzionalizzazione, nella realtà storica costituita dalla produzione delle costituzioni scritte, tutte individualisti-che, avrebbe mirato (nel campo del diritto pubblico) a garantire e tutelare - contro l'intervento dello Stato - le libertà politiche di un cittadino astratto, mediante la tecnica costituita dalla distruzione dei «corpi» o «comunità» intermedie tra l'uomo singolo e lo Stato. Parallelamente, la C. civile (e penale) o, meglio, i codici borghesi-illuministi, avrebbe mirato (nel campo del diritto privato) ad assicurare la libertà privata - contro ingerenze del potere politico - a quello stesso cittadino astratto, eliminando i «corpi» o «comunità» o «società naturali» intermedie. Il collegamento tra costituzionalizzazione e C. (tra le costituzioni e i codici) sarebbe costituito dalla eliminazione, portata avanti unitariamente dai due processi, di organismi intermedi tra cittadino e Stato. Anche la battaglia politica dei giuristi corporati-visti che si sono ispirati a questa ipotesi storiografica si è travestita da polemica teoretica e metodologica.

I tre tipi di collegamento tra costituzionalizzazione e C, e più precisamente tra C. costituzionali e C. civili liberali, che abbiamo menzionato, colgono aspetti distinti, e storicamente presenti, in alcuni processi di C. costituzionale e civile: precisamente in quelli liberali.

A noi, oltre a questi che pur sono illuminanti, importa rilevare ora un altro collegamento tra i due processi: il collegamento per noi più importante. E cioè il fatto che, nella loro concomitanza storica, i due processi hanno determinato una situazione in cui si è potuta configurare l'attività del giurista come una attività tecnico-conoscitiva (e non pratico-valutativa), attività di cui si sono elaborate metodologie occasionalmente confliggenti; mentre si è potuto configurare il giurista come un tecnico anziché come un politico o giurisprudente. La C. civile e la C. costituzionale, congiuntamente, hanno agevolato la tecnicizzazione della professione giuridica, contribuendo così a deresponsabilizzare, in senso politico, il giurista.

Il problema è se tale linea di influenza sulla professione giuridica sia propria di ogni C, ovvero sia propria di quella particolare C. che si è svolta tra i secc. xviii e xix.

4. La codificazione come superamento del cosiddetto «particolarismo giuridico».

Tra le condizioni di fatto che hanno contribuito ad avviare il processo di C, occorre in primo luogo menzionare quella situazione, che i secc. xvii e xviii hanno in parte ereditato dai secoli precedenti ed in parte hanno visto prodursi sotto il condizionamento di fattori storico-politici contemporanei, e che va sotto il nome di «particolarismo giuridico»: situazione che presentava non pochi inconvenienti, per eliminare i quali la cultura giuridica e politica del sec. xviii si mise presto sulla strada dei programmi di riforma giuridica e dei programmi di codificazione.

L'espressione: «particolarismo giuridico» è stata inventata e fatta circolare dai giuristi positivisti dell'Ottocento, proprio al fine di contrapporre la felice situazione del diritto codificato a quella, infelice, che la precedeva; e, in fatto, è circolata con maggiore frequenza nella letteratura storico-giuridica francese ed italiana che non in quella germanica in cui la concomitanza di tendenze storicistiche e di tendenze corporativistiche, mentre ostacolava nella prima metà del sec. xix il processo di C, dissuadeva dalla adozione di uno schema di interpretazione storiografica fondato sulla contrapposizione tra diritto frantumato in sistemi particolari e diritto unificato da una C. uniforme. Come che sia, la locuzione «particolarismo giuridico» è utile perché compendiosa, e possiamo usarla per brevità e sia pure con cautela.

Per «particolarismo giuridico» si intende la mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme delle leggi vigenti in una data sfera spazio temporale, individuata in seguito ad un giudizio di valore secondo il quale in quella stessa sfera vi «dovrebbe» essere, o «ci si aspetterebbe» vi fosse, unità e coerenza di leggi. Come è chiaro, valutazioni e aspettative siffatte si possono rinvenire sia nella cultura contemporanea al fenomeno qualificato, sia nella cultura e nella mentalità dello storico futuro; nel nostro caso, mentre l'uso della espressione «particolarismo» è proprio dello storico ottocentesco, una certa strada sulla individuazione di sfere che dovrebbero essere giuridicamente unificate è rinvenibile proprio nella cultura settecentesca che da simili individuazioni prende le mosse per i frequenti suoi programmi di riforma. Restando per ora all'uso degli schemi ottocenteschi, facciamo un esempio.

Se isoliamo, con qualche dose di arbitrio, la sfera spazio-temporale corrispondente alla «Francia del sec. xvii» e ci chiediamo qual diritto fosse allora colà vigente, scopriamo in linea di prima approssimazione che nel nord della zona vigeva a titolo di diritto comune (un diritto residuale che si applica a tutti, salvo le deroghe costituite da qualsivoglia legge locale), un diritto consuetudinario di origine germanica, mentre nel sud vigeva a titolo di diritto comune il cosiddetto «diritto romano» costituito da un particolare uso del corpo giustiniano e del codice teodosiano; a questo punto possiamo parlare di «mancanza di unità giuridica» e di «particolarismo». Se procediamo all'analisi, e constatiamo, ad esempio, che in due regioni contigue il diritto comune consuetudinario è diverso, e raccolte diverse hanno consolidato questa diversità, l'unità giuridica ci sembrerà ancora minore e a maggior ragione potremo parlare di particolarismo.

Se poi rileviamo che interventi del sovrano e privilegi risalenti (inventati, manipolati e riformulati) hanno differenziato notevolmente, in ciascuna provincia, il regime giuridico del godimento di taluni fondi determinando diverse classi di beni immobili e diverse classi di soggetti che possono o non possono concorrere nel godimento di ciascuna classe di cote-sti beni attraverso una classe molto comprensiva di «diritti», altamente differenziati, e le giurisdizioni cui è demandata la decisione delle controversie sono molte e frequentemente confliggenti, ed i casi in cui la situazione di diritto si ritiene pacifica o facilmente accertabile sono comparativamente pochi, allora il nostro senso di «mancanza di unità» del regime giuridico aumenta ancora e incominciamo a parlare di «particolarismo giuridico» in senso peggiorativo. Orbene, mentre solo più tardi molte situazioni di mancanza di unità e mancanza di coordinamento della organizzazione giuridica vengono unificate sotto una denominazione unica, certo già agli inizi del sec. xviii gli inconvenienti della situazione erano, sia pur confusamente, nella consapevolezza dei giuristi, dei politici, e in genere di chi contemporaneamente aveva interessi da difendere e istruzione sufficiente per collegare tali interessi alle caratteristiche del sistema giuridico.

Si noti che la estrema complicatezza ed incertezza del diritto privato si rifletteva anche sul diritto penale, nonostante il tentativo di riforma e razionalizzazione del diritto penale comune che si era avuto nel sec. xvii con l'Ordonnance criminelle di Luigi XIV. Secondo le classificazioni prevalenti nel sec. xvii, il diritto criminale rientrava, con il diritto privato, nell'ambito del diritto civile. Si distingueva un diritto penale comune dal diritto penale speciale o particolare. Le caratteristiche complessive del sistema giuridico penale erano essenzialmente due. La prima era costituita dalla estrema frammentarietà della disciplina criminale, e della sua scarsa riconducibilità a pochi principi chiari. Infatti le norme penali non disciplinavano «figure di reato» (come diremmo noi) bensì punivano una serie lunghissima di comportamenti nominati, che venivano identificati non tanto dalla qualità dell'azione e dalla natura dell'evento, quanto dalla qualità della persona che commette l'azione e dalla qualità del bene danneggiato e della persona lesa.

La seconda caratteristica era la grande varietà di pene, la loro generale pesantezza, la mancanza di proporzione tra pena e reato. Quest'ultima osservazione, che facciamo noi oggi, sarebbe stata possibile solo in maniera del tutto confusa agli inizi del sec. xviii, perché presuppone qualche nozione oggettiva di «figura di reato» e qualche scala consolidata di gravità dei reati, in modo di avere un termine di riferimento per parlare di proporzionalità; poiché, tuttavia, non si aveva una nozione oggettiva delle figure di reato e la lista dei reati nominati era troppo lunga, e conseguentemente non si era consolidata alcuna idea relativa ad una scala di gravità dei reati, l'idea che le pene dovessero essere proporzionate ai reati si faceva strada solo in modo confuso, e sarà solo verso la metà del secolo che incomincerà a divenire uno dei temi della cultura illuministica. Il sistema si era, inoltre; storicamente formato sotto il segno della concezione secentesca della pena come deterrente: e le ragioni politiche, o sovente qualcosa di molto simile al capriccio, avevano determinato le comminazioni di irragionevolmente alte sanzioni per taluni comportamenti di talune categorie di persone, occasionalmente aborriti (o abborrite) dal legislatore storico. Ad un sistema penale complessivo difficilmente riducibile ai principi di una univoca politica criminale, faceva riscontro un confuso, e terribile, sistema di inquisizioni e di giudizi in cui il ruolo del caso e dell'arbitrio era notevole. L'insieme del diritto criminale e delle procedure criminali incominciavano ad apparire, agli inizi del sec. xviii, come una macchina tanto misteriosa ed imprevedibile quanto pericolosa e tremenda.

Tali inconvenienti (sia dei sistemi di diritto «civile» sia dei sistemi «penali») si riassumevano nella estrema incertezza dei diritti di ciascuno, causata sia dai frequenti dubbi soggettivi circa la legge regola-trice dei rapporti sia da oggettivi conflitti di competenza - positivi o negativi - tra sistemi di norme; e nella difficoltà, in parte conseguente, di veder tutelati e coerciti i propri diritti sia a causa delle incertezze sulla giurisdizione e dei conflitti tra giurisdizioni, sia anche a causa della frequente inesistenza (continua o intermittente) di forze ordinate a coercire l'uno o l'altro dei sistemi di leggi coesistenti. Come è chiaro, questa situazione era particolarmente incomoda ad una classe di persone comprendente innanzi tutto i titolari di diritti reali di godimento di beni immobili non costituiti da diritti feudali, e soprattutto gli acquirenti di tali diritti, poi coloro che si dedicavano al commercio e alla industria, poi tutti coloro che appartenevano a minoranze giuridicamente discriminate. Per contro, si verificavano coalizioni di interessi contrari ad ogni semplificazione del sistema giuridico: in modo particolare i giuristi pratici che esercitavano l'avvocatura davanti alle diverse giurisdizioni (che necessariamente vivevano sull'incertezza e sulla litigiosità) chi esercitava a qualunque titolo attività certifica-trice e notarile, in genere i cacciatori di impieghi giuridici presso le varie giurisdizioni (anche come scribi o cancellieri), coloro che detenevano poteri attraverso giurisdizioni particolari (specialmente i titolari di giurisdizioni feudali ed ecclesiastiche) e co-loro che godevano di regimi giuridici privilegiati (in particolare il clero).

È di particolare importanza segnalare la presenza dei giuristi pratici (avvocati, notari, ed in larga misura giudici, specialmente minori) tra gli interessati ad ostacolare ogni semplificazione del sistema giuridico. Tale interesse, infatti, viene ad accentuare, in questo periodo storico, la naturale propensione al

formalismo ritualistico, ed il naturale conservatorismo abitudinario che sono propri dei giuristi pratici (non invece degli studiosi di diritto e dei teorici del diritto) di ogni tempo.

In particolare durante la prima metà del sec. xviii, e segnatamente nei luoghi in cui non si è ancora formata una borghesia ed i giuristi pratici sono perciò al servizio della nobiltà feudale e non di una classe nuova (esempi tipici il regno di Napoli e gli Stati germanici agricoli e poveri), ogni tentativo di riforma giuridica semplificatrice naufraga anche per l'opposizione del ceto forense e notarile. Al contrario la scuola, di solito e particolarmente dove è meno legata o addirittura in conflitto con la pratica, tende alla razionalizzazione del sistema; ed i riformatori settecenteschi, pressoché tutti di educazione giuridica, saranno in genere o uomini di scuola o funzionari di sovrani accentratori in conflitto con i titolari di privilegi feudali o, ancora, uomini dediti allo studio teorico dell'economia e del diritto (e di solito, in quel secolo, anche a studi meccanici e matematici), favoriti da beni di fortuna, o da pensioni, prebende e sinecure.

5. Semplificazione del diritto e codificazione borghese.

A questo punto è facile introdurre una considerazione sui rapporti storicamente intercorrenti tra la semplificazione del sistema giuridico, quale era richiesta sul finire del sec. xviii dalla consapevolezza illuministica degli inconvenienti del particolarismo e dalla illuministica battaglia per un diritto certo e comprensibile, e la codificazione quale si realizzò in Europa alla fine del Settecento e all'inizio dell'Ottocento, cioè la C. borghese del diritto civile, penale e costituzionale.

La semplificazione dei sistemi giuridici richiedeva che si verificassero tre condizioni, e precisamente: a) che si introducessero criteri economici nella formulazione delle regole di diritto; b) che il diritto riformulato con criterio economico (sotto il profilo formale) non fosse assolutamente una aggiunta al diritto precedentemente vigente, ma fosse abrogativo di quest'ultimo, ed escludesse eterointegrazioni atte a riprodurre conflitti tra sistemi di norme; c) che il contenuto del diritto riformulato e non eterointegrabile consentisse il massimo di semplificazione.

Orbene, mentre la prima e - in parte - anche la seconda condizione ben potevano essere realizzate mediante riforme prevalentemente tecniche, al livello dell'organizzazione formale, la terza condizione era tale da realizzarsi in modo ottimale mediante l'adozione di ordinamenti di tipo liberale borghese.

Per quanto concerne l'adozione di criteri economici di formulazione delle norme, la C. poté avvalersi dell'apporto dei tre filoni più importanti della cultura giuridica settecentesca. Il primo filone è quello del giusnaturalismo derivato dal Pufendorf, che aveva trovato interpreti all'inizio del sec. xviii nel Tomasius ed in Samuel von Cocceji, e si era diffuso per tutta l'Europa penetrando anche la cultura illuministica francese attraverso divulgatori quali Bar-beyrac, Heinecke, Burlamaqui; esso esercitò notevole influenza sul primo tentativo (poi fallito) di C. prussiana (il progetto Cocceji), sulla C. austriaca (attraverso il progetto Martini) e su alcune carte costituzionali francesi; prescindendo dai contenuti e limitando l'attenzione al profilo formale, questa tendenza culturale favoriva l'enunciazione di norme in forma di divieti, permettendo di costruire come diritti le attività non colpite da divieto: forma di legislazione economica, in quanto consentiva di eliminare le norme sulla libertà e facoltà. Il secondo filone, essenzialmente germanico, può farsi risalire alle opere giuridiche di Leibniz ma circolò nella cultura giuridica attraverso le opere del Wolf e del Net-telblatt; la sua influenza formale fu duplice esercitandosi in via specifica ed in modo pregnante sulla C. prussiana del 1794, ed in via generale su tutte le C. civili ottocentesche attraverso la sua teoria più caratteristica, quella secondo cui il diritto è costituito da un sistema di proposizioni non incompatibili reciprocamente; proposizioni che connettono soggetti (giuridici) a predicati (giuridici), proposizioni che sono «vere», e dalle quali pertanto, con le regole di trasformazione delle proposizioni che sono offerte dalla logica, possiamo pervenire ad ulteriori proposizioni (giuridiche) vere (vere in quanto incluse nel sistema giuridico); dottrina che suggerisce l'espressione di norme in forma di attribuzione, al livello più generale, di predicati giuridici a soggetti; espressione economica in quanto suggerisce di legiferare solo sui principi generali e le (eventuali) eccezioni, evitando dettagliate casistiche. Il terzo filone, proprio della cultura francese, espresso essenzialmente da Domat e Pothier, forniva un economico sistema di concetti, di derivazione romanistica, atto a suggerire una semplice cartografia delle discipline giuridiche in particolare per quanto si riferisce al diritto privato delle obbligazioni e dei contratti.

Per quanto concerne l'abrogazione del diritto precedente ed il divieto di eterointegrazione, la C. poté svilupparsi su queste linee nella misura in cui i legislatori erano disposti ad accogliere talune idee dell'illuminismo, quali quella secondo cui la legge deve essere espressione di una ragione che i diritti storici non esprimevano, e quella della subordinazione del giudice alla legge e della separazione del legislativo dal giudiziario.

Ma, per quanto concerne la terza condizione, e cioè che i contenuti fossero in sé semplici, si trattava di una condizione solo apparentemente tecnica ma in realtà politica: e poteva realizzarsi soltanto in un quadro politico sostanzialmente rivoluzionario. Infatti una C, per essere semplice nei contenuti, doveva passare per due strade tra loro solidali sotto il profilo ideologico: la unificazione del soggetto di diritto e la esclusione dal corpo di diritto semplificato di quante più materie possibile.

Nel quadro di una concezione della regola giuridica come proposizione che congiunge ad un soggetto giuridico un predicato giuridico, è chiaro che il sistema di regole giuridiche complessivamente più semplice è quello in cui il soggetto è unico (ed i predicati sono pochi), in modo che il sistema sia costituito esclusivamente: dalla definizione dei predicati, dalle regole che ascrivono (o revocano la precedente ascrizione di) ciascun predicato al soggetto unico, e dalla posizione di principi generali relativi alla compatibilità dei vari predicati. Laddove invece, se i soggetti sono di diverso tipo, il sistema diviene complicato perché deve comprendere: a) la definizione dei diversi tipi di soggetto; b) la definizione dei diversi predicati; c) le regole relative alla convenienza di ciascun tipo di predicato a ciascun tipo di soggetto (cioè un numero di regole pari al numero di regole del sistema più semplice, moltiplicato per il numero dei tipi di soggetto); d) le regole relative alla compatibilità dei predicati, ma non in generale, bensì rispetto a ciascun tipo di soggetto. È chiaro che un sistema giuridico non può avere struttura semplice (nel

sensu sopra chiarito) se configura differenze soggettive a causa della classe sociale, del mestiere, della religione, della razza, del sesso, dello stato familiare, e così via; è perciò chiaro che un sistema giuridico settecentesco non poteva andare molto avanti sulla strada di questo tipo di semplificazione (e, del resto, anche i sistemi contemporanei non sono sotto questo rispetto molto semplici). È chiaro, tuttavia, che la tendenza verso questo tipo di semplificazione non poteva realizzarsi se non come aspetto sovrastrutturale di una rivoluzione politica in senso liberale borghese. Nella disciplina politico-costituzionale la C, per essere semplice in questo senso, avrebbe infatti dovuto ignorare quanti più possibili status soggettivi, cioè ridurre il soggetto all'uomo (anche la distinzione tra uomo e cittadino è foriera di complicazioni) eliminando ogni rilevanza di corpi sociali diversi dall'uomo: ciò che, appunto, costituisce una rivoluzione politica, e non tecnica. Nella disciplina civilistica la C, per essere semplice in questo senso, avrebbe dovuto da una parte configurare il soggetto unico, trasportando eventualmente le distinzioni dal soggetto al predicato delle proposizioni giuridiche (soggetto di diritto unico, diversi tipi o gradi di capacità-predicato), e dall'altra parte avrebbe dovuto limitare il numero dei predicati (pochi tipi di capacità; possibilmente un solo diritto soggettivo reale come la proprietà, e in ogni caso piccolo numero, e chiuso, dei diritti reali «minori»; piccolo numero di cause dell'obbligazione, possibilmente clausola generale per l'illecito ed esclusione di liste di illeciti nominati, e riduzione ad unità, sotto forma di contratto, della assunzione volontaria di obblighi; riduzione della disciplina della famiglia ai soli profili patrimoniali; ecc.): ciò che costituisce, appunto, una C. civile adatta ad una organizzazione socioeconomica liberale. Nel campo criminale la C, per essere semplice nel senso ora considerato, deve ridurre le figure di reati al minimo; ciò che può ottenersi con l'eliminazione di grandi categorie di reati (ad esempio, tutti quelli connessi alla professione religiosa, tutti quelli connessi ad attività politiche e di stampa e propaganda) e con l'eliminazione di distinzioni nell'ambito delle figure di reato determinate da distinzioni nello status del reo o della parte lesa (ad esempio, rendendo queste qualità rilevanti solo - ed in casi limitati - ai fini delle quantità della pena, in qualità di aggravanti o attenuanti). Infine, per quanto riguarda il diritto mercantile, la semplificazione, in questo senso, consiste nell'eliminazione della distinzione del soggetto commerciante assumendo la qualità di commerciante come mero predicato accidentale del soggetto unico di diritto privato: ciò che avvenne con la C. napoleonica.

È perciò facile, a questo punto, vedere come il processo di C. (civile, penale, commerciale e costituzionale) che si svolge tra la fine del sec. xviii e l'inizio del sec. xix si caratterizzi come processo direttamente politico; e per quali ragioni le più diverse correnti storiografiche ottocentesche abbiano potuto - come si diceva all'inizio - cogliere proprio nel risvolto politico le solidarietà intercorrenti tra la C. civile e la C. costituzionale. Non tutte le organizzazioni giuridiche liberali borghesi si espressero nella C; ma, nell'Europa continentale, la C. moderna fu solidale, politicamente, con il rinnovamento politico liberale borghese.

Il *Landrecht* prussiano del 1794 non riuscì - nonostante la perfezione formale - un codice moderno proprio per l'estrema complessività dovuta al mantenimento di stati soggettivi distinti (nobiltà, borghesia, contadini) oltre che per il carattere di legge suppletiva rispetto a fonti sottoordinate. Il progetto Martini di codice austriaco (poi Codice della Galizia), negli stessi anni, riuscì un codice moderno proprio perché, essendo la combinazione di poche leggi ispirate alla unicità di soggetto, conteneva la disciplina di quei soli rapporti che nel quadro della organizzazione asburgica non postulavano distinzioni soggettive. Codici moderni, e codici liberali (con qualche cautela per il codice penale), furono i codici napoleonici e quelli che ne derivarono. Sotto questo profilo, può dirsi che la tecnicizzazione delle operazioni giuridiche, e la deresponsabilizzazione del ceto dei giuristi, fu, anch'essa, solidale non tanto con la C. in genere, ma, con la particolare C. che esprime l'organizzazione liberale: con quest'ultima, più che con la C. in genere, l'irresponsabilità politica dei giuristi (e tutta la bardatura ideologica che la ricopre) fa corpo.

La lotta contro la C, nella Germania dell'Ottocento, fu una lotta contro quella particolare C. semplificata che richiedeva l'unificazione soggettiva; le funzioni che la scuola storica riteneva compito eterno della giurisprudenza rappresentavano un aspetto del tentativo di assicurare al ceto giuridico un compito, politico, di paralisi nei confronti di ogni semplificazione legislativa; la C. germanica per concetti, alla fine del secolo, apre un nuovo capitolo della storia delle C, né semplici né liberali, che aprono mille porte alla eterointegrazione in particolare permettendo distinzioni di stati soggettivi attraverso l'appello a situazioni contestuali e oggettive nella disciplina obbligatoria (integrazione dei contratti) e l'appello a contesti diversi dalla relazione soggetto azione danno pena nel diritto penale (dottrina, in parte codificata, della colpevolezza in generale).