

CAPITOLO II

LE ORIGINI DELL'IDEA DI CODIFICAZIONE: UN INQUADRAMENTO GENERALE

SOMMARIO: 1. Codificazione del diritto: un concetto dalle origini recenti. — 2. Estraneità dell'idea di codice alla cultura giuridica medievale. — 3. La situazione d'*ancien régime* e la crisi del diritto comune. — 4. Dal diritto comune ai codici: le prime tappe di un trapasso problematico. — 5. I caratteri innovativi ovvero i requisiti tecnici della codificazione: le due condizioni della sua realizzazione storica. — 6. Una parentesi: a proposito di una odierna tendenza storiografica in merito a "completezza" e codificazione. — 7. Il giusnaturalismo, retroterra culturale dell'idea di codice e fondamento teorico dell'unificazione statutale del diritto. — 8. Giusnaturalismo e positivismo giuridico. — 9. Giusnaturalismo e diritto romano. — 10. Giusnaturalismo e assolutismo politico, ovvero contrattualismo e statualismo. — 11. L'assolutismo illuminato: cenni anticipati. — 12. La mappa della codificazione assolutistica: la grande assente.

I. *Codificazione del diritto: un concetto dalle origini recenti.*

A questo punto del nostro secondo volume dedicato alla storia del diritto moderno in Europa riformuleremo alcune considerazioni generali sulle vicende del concetto di codificazione già occasionalmente sparse in più pagine di quello precedente.

Il tipico modello adottato dai vigenti regimi giuridici continentali è il modello del diritto positivo *codificato*. Esso non è affatto tanto ovvio, intuitivo e scontato come la immaginazione del comune cittadino irriflessivamente presuppone. Non ha costituito sempre (e nemmeno costituisce ancor oggi) l'unico schema organizzativo di una esperienza giuridica evoluta. Basterebbe pensare a come si sono organizzati nel passato o a come appaiono organizzati nel presente altri ordinamenti politico-sociali ad elevato livello di strutturazione, per esempio la Roma classica o l'Inghilterra medievale e moderna: in questi due modelli di *case law* non scritta la norma nasce dalla solu-

zione del caso e non la soluzione del caso da una norma precostituita. L'esperienza romana e quella dei paesi di *commom law*, per il loro intrinseco carattere *giurisprudenziale*, costituiscono modi di produrre e di utilizzare un diritto rispondente a certezza e a giustizia ben diversi dalla codificazione. E infatti, quando un diritto affida il proprio normale sviluppo, piuttosto che ai perentori interventi di un legislatore statale, all'opera di un ceto di giuristi 'delegati' a produrre via via le norme che occorrono e autorevoli quanto basta per far accogliere *come legge* le proprie opinioni dottrinali o giudiziali, allora si è così lontani dall'idea di diritto codificato quanto può esserlo la poesia dalla matematica.

La situazione non muta neppure quando la casistica giurisprudenziale viene riversata in un testo scritto che la raccoglie, come avviene ad esempio nel caso del Digesto giustiniano: per dar vita a un codice non basta l'atto di volontà di un legislatore che imponga di osservare come *lex* un repertorio di casi dottrinalmente risolti.

In realtà il sistema concettuale e normativo rappresentato dai codici, al quale circa metà del globo affida oggi le sorti della giustizia, ha un'origine *del tutto recente* nella millenaria tradizione giuridica occidentale. E occorre un certo sforzo di ripensamento per rendersene conto. Le ideologie e le dottrine che hanno ispirato la codificazione del diritto si sono infatti sedimentate come un'eredità cromosomica nella coscienza civile contemporanea: al punto che oggi la maggior parte degli europei digiuni di cultura giuridica non si chiede neppure se i codici definiscano davvero la forma *normale* dell'ordinamento giuridico, cioè se ci siano *sempre* stati storicamente dei codici in ogni società.

Eppure l'idea di codice è l'ultima, la più recente creazione della cultura giuridica europea. Lo si è visto or ora, nel capitolo I, che il sistema di diritto codificato sfiora appena i due secoli di vita, che esso ha alle spalle un'esperienza ben differente e ben altrimenti collaudata nel tempo.

Fu il frutto di un grande processo critico del pensiero giuridico occidentale l'idea di ridurre in principi il diritto di un popolo, di compendiarlo in un testo dal rigore geometrico, di affidare il governo di una società a un sistema di assiomi privo di contraddizioni e di lacune, concepito da un'unica mente, cioè creato in blocco e all'istante da un legislatore sovrano, sottratto ad ogni arbitrio di giudici e interpreti ed alla concorrenza di ogni consuetudine. Né si trattò di pura e semplice evoluzione della vita del diritto sul continente. Divenuta

scelta tecnico-politica consapevole, la codificazione costituì un traguardo che risultò di arduo raggiungimento. In un'area d'Europa, la Francia, essa fu addirittura il prodotto postumo di una rivoluzione, la quale segnò la fine traumatica di una plurisecolare tradizione di segno contrario: la tradizione del regime di diritto comune, fondata, lo si è appena visto, sull'uso giurisprudenziale del *corpus iuris* giustiniano.

2. Estraneità dell'idea di codice alla cultura giuridica medievale.

Tanto per cominciare, il concetto di codificazione è completamente estraneo al Medioevo, che pure è l'epoca la quale ha vissuto nel modo più integrale la dimensione giuridica dell'esistenza associata.

È naturale: nel pensiero dell'uomo medievale non c'è posto né per il concetto di *unità* né per quello di *statualità* del diritto. Ancor meno vi trova spazio un'idea politico-costituzionale di *sovranità* (sia questa di un principe o di una nazione) da cui consegua che unico produttore del diritto sia lo Stato.

L'esperienza medievale è invece contrassegnata dall'*universalismo* e insieme dal *pluralismo* giuridico. Lo abbiamo constatato nel volume precedente e ce lo hanno riconfermato i dati di sintesi accolti qui nel primo capitolo.

Da un lato troviamo il diritto romano "comune" consacrato nel *corpus iuris*, con il complesso edificio dei suoi principi superiori di giustizia e delle sue norme rispondenti ad equità: una Bibbia di sapienza giuridica consegnata dalla tradizione, un ordine immutabile del diritto preconstituito dalla stessa volontà divina ed accettato dall'uomo del Medioevo nei termini di una certezza *rivelata*. L'imperatore è il depositario, non l'artefice di un simile capitale di leggi. E la visione misticamente universalistica dell'ordine giuridico e politico fa del diritto romano la norma per un'unica, indifferenziata *respublica christiana*, religiosa e civile. Questo *ius commune* è il diritto, l'espressione stessa della ragione giuridica.

Dall'altro lato si pone la molteplicità dei frammentari diritti territoriali (*iura propria*): le *consuetudines loci*, i *fueros*, le *coutumes*, i *Landrechte*, gli usi feudali, gli *statuta* dei comuni, i diritti delle corporazioni generate dallo straordinario spirito associativo del tempo, i diritti speciali dei ceti in cui è tradizionalmente stratificata questa società pluralistica e strutturalmente comunitaria, della quale il concetto di privilegio (inteso come statuto particolare di un gruppo) è pacificamente

costitutivo. Gli *iura propria* esprimono l'autonomia degli ordinamenti giuridici, territoriali e personali, popolanti il mondo medievale: autonomia nei confronti di un universo istituzionale superiore — governato dallo *ius commune* — dal quale ciascuno di essi si diversifica e nella cui orbita tuttavia si ritiene inserito. Lo abbiamo appena visto: l'uomo del Medioevo conosce il diritto della cristianità e insieme quello della sua terra e ancora quello della propria comunità d'appartenenza. Nella scala dei suoi lealismi e delle sue partecipazioni non c'è posto per un diritto nazionale. Così i diritti particolari — questi diritti che nascono 'dal basso' — si coordinano al diritto comune, che li integra in via sussidiaria quando essi, pur vigenti a titolo preminente, tacciano: è il regime che abbiamo chiamato della *pluralità degli ordinamenti giuridici* o, appunto, del *diritto comune* (1).

Abbiamo anche visto che, in una situazione che si regge secondo equilibri come questi, il ruolo che svolgono i giuristi è fondamentale. La loro produzione dottrinale è il motore della intera vita giuridica, che dipende molto più da una attività di interpretazione che da una attività di legislazione. Nel testo romano non è imbalsamato un diritto antico artificialmente conservato in vigore. Il suo contenuto normativo è incessantemente interpretato e reinterpretato (costantemente mantenuto a livello del presente, potremmo dire) appunto dai *doctores iuris*, che fanno di questa loro attività di elaborazione da un lato un metodo per produrre diritto nuovo dall'altro un monopolio di ceto. Quella dei giuristi medievali è dunque una *élite* di professionisti del *corpus iuris*, di formazione universitaria, ritenuta insostituibile dagli uomini del tempo per il suo enorme potere di mediazione politico-sociale. Ideologicamente compatta e presente su scala europea, attraverso l'uso di un metodo invariato nei secoli tiene in vita un diritto "ereditato": un diritto costruito da un'infinità di intelletti e considerato anch'esso insostituibile. La continuità formale di questo diritto assicura la continuità del ceto, e la continuità del ceto l'inesausto riprodursi del diritto stesso.

Il sovrano medievale è dunque stretto fra queste tre componenti dell'universo giuridico: il diritto romano comune, le consuetudini o la legislazione degli ordinamenti particolari, il diritto canonico. Può emanare leggi generali, certamente. Può effettuare singoli interventi legislativi che cambiano qualche elemento, qualche segmento del si-

(1) Vol. I, p. 59 ss.

stema giuridico. Può richiamare alla sua volontà (e spesso lo fa) la disciplina di qualche settore della vita organizzata dei suoi sudditi. Può al limite promulgare una propria compilazione legislativa organicamente strutturata (caso esemplare il *Liber Constitutionum* emanato da Federico II di Svevia, nel 1231, per il *Regnum Siciliae* (2)). Ma il controllo dell'ordinamento nel suo complesso gli sfugge. Sarebbe impensabile che egli potesse sostituirlo in blocco con un unico corpo di norme esprimente la sua volontà. La rete delle autonomie e dei corpi intermedi, la pluralità di tante e varie potestà legislative, l'assetto consuetudinario della società, l'autorità dei *corpora* civile e canonico gli grandeggiano davanti, e lo limitano. Un diritto divino-naturale, infine, lo sovrasta. Il sovrano medievale non ha dunque l'esclusiva nella produzione del diritto, soprattutto del diritto privato: quanto alla legislazione, che sarà riguardata in età moderna come la più alta manifestazione della sovranità, il monarca del tempo delle cattedrali è subordinato all'autorità della "tradizione", nel senso più teologicamente "medievale" del termine.

3. *La situazione d'ancien régime e la crisi del diritto comune.*

Il Medioevo consegna allo Stato dei secoli XVI-XVIII, come un'eredità irrinunciabile, il caratteristico regime delle fonti giuridiche che abbiamo descritto in sintesi. Il diritto romano è ancora la normativa comune e la superiore *ratio iuris* dalla quale una miriade di ordinamenti, diversi dallo Stato ma interni allo Stato, riceve la gran parte del proprio diritto positivo. Nello stesso tempo, in mancanza di un organico diritto nazionale, assicura pur sempre quell'unità giuridica di fondo che il nuovo sovrano d'età moderna non è in grado d'instaurare neppure ora: neppure ora che lo vorrebbe.

Questo fenomeno di sopravvivenza si spiega se pensiamo all'ambiente politico, economico e sociale in cui si muove il potere assoluto nell'età d'antico regime. Lo descrive bene il Valsecchi: "Per quanto completa sia la loro sottomissione, le forze particolaristiche non hanno cessato di esistere. La struttura giuridica e sociale ereditata dal Medioevo permane. Permane la gerarchia delle classi fondata sul privilegio. Permangono le prerogative feudali, le immunità ecclesiastiche,

(2) Vol. I, p. 202 ss.

le autonomie cittadine: tutta la particolare rete di poteri particolaristici intralcia l'esercizio dell'autorità sovrana, dissolve in frammenti l'autorità dello Stato. Nessuna legge uniforme regola l'insieme dei territori: l'autorità del monarca si estende su tutte le regioni, ma in ognuna assume aspetti diversi, rispettosa sempre delle franchigie, delle istituzioni, delle tradizioni locali. Tutto un mondo vive di proprie leggi al di sotto della legge del monarca, limita con le sue barriere l'onnipotenza sovrana".

Anzi, le *forze d'inerzia del diritto comune* post-medievale sono potenziate dalla comparsa di nuovi protagonisti della vita giuridica: **i tribunali supremi statuali** (3). Tra Cinquecento e Settecento sono i potenti magistrati delle corti centrali, con le loro amplissime prerogative di discrezionalità e con il loro potere di orientare la prassi delle corti minori e il comportamento di avvocati e consulenti, a costituire l'autentica forza trainante integrata nell'ordinamento positivo. Questi massimi collegi sono stati creati o riorganizzati da monarchi e principi nell'intento di unificare il diritto del proprio Stato attraverso un potenziamento della giurisdizione. Per questo in essi, vicinissimi alla potestà regale perché istituiti come esecutori della sua giustizia, si riverbera qualcosa della sovranità: possono giudicare "secondo coscienza", avvalendosi di quello straordinario strumento di potere e insieme di creazione giuridica che è l'*arbitrio equitativo*.

Ma appunto tale potenziamento della giurisdizione ha per se stesso generato una autorità e una forza dell'attività giudiziale assolutamente sconosciuta alla esperienza giuridica medievale, esponendo molte di queste corti ad ogni possibile tentazione di indipendenza corporativa: prima fra tutte quella di perseguire non il primato della volontà del sovrano, ma il primato della propria autonoma giurisprudenza e della propria politica del diritto. E in effetti — in armonia o in contrasto che sia con i programmi informativi del potere centrale — tale giurisprudenza si sviluppa lungo i secoli XVII e XVIII quale complesso di regole insindacabilmente creato da un corpo *oracolare* di *sacerdotes iuris*. Qui sta la fonte prima del diritto *effettivamente praticato* in questi secoli Stato per Stato. È un diritto che ha solo in parte le sue fonti nel diritto romano, nella legislazione del sovrano e nelle normative particolari: ciò che soprattutto conta è la prassi giurisprudenziale, cioè la concreta applicazione che di tali fonti fanno liberamente i tribunali su-

(3) Vol. I, p. 155 ss.

premi. Il fenomeno appare addirittura conclamato quando questi giudici applicano una norma del *corpus iuris*. È chiaro che non ci si basa tanto sul nudo dettato della norma antica, la quale, ossificata, è entrata irrimediabilmente in ombra da secoli. Ciò che per i magistrati ha importanza sono soprattutto le opinioni che i grandi giuristi medievali e post-medievali hanno via via dato della norma stessa e il significato 'moderno' che i magistrati precedenti le hanno 'prestato'. E poiché *le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che contano come autorevoli sono quelle tradizionalmente accreditate presso le corti stesse, dietro i tribunali di giudici vivi noi vediamo ergersi un tribunale di morti: occupato dalle ombre dei grandi giuristi trapassati la cui dottrina, citata in aula, fa testo. Così gli usi forensi di questi tardi riproduttori del diritto comune si raccolgono in repertori a circolazione europea, che a loro volta costituiscono le vere fonti di cognizione del diritto vigente: essi dominano su un universo giuridico ancora una volta connotato da un formidabile potere corporativo dei giuristi. In definitiva sono costoro a fissare le regole di giustizia cui l'intera società obbedisce.*

* * *

Tuttavia, se lungo i secoli dell'età *moderna* il regime *medievale* di diritto comune sopravvive vigorosamente, ciò non impedisce che in questi stessi secoli vengano via via a delinarsi i segni di una crisi del sistema: una crisi di credibilità prima ancora che di funzionalità. E infatti, col progressivo accentrarsi in senso assolutistico di monarchie e di principati, prendono vita ideologie e dottrine dirette a legittimare il governo autocratico. Ma queste dottrine suonano necessariamente in senso ostile alla tradizione delle pluralità delle fonti e alla loro gestione giurisprudenziale, poiché vi emerge il concetto alternativo del diritto quale legge dello Stato e dello Stato quale sua unica fonte.

L'idea di fondo non è più quella della natura *universalmente cristiana* degli Stati e del diritto, ma quella del *primato laico* dell'organizzazione politica e civile. E laicizzazione dello Stato significa anche autosufficienza di ciascun Stato quanto alla produzione del *proprio* diritto: l'universalismo medievale, insieme al pluralismo, è sgretolato dal *nazionalismo* moderno.

La politica assolutistica, mirante al pieno controllo dell'ordinamento positivo, genera, in virtù della propria logica, il capitale problema della unificazione delle fonti giuridiche: la concentrazione del potere deve per forza passare attraverso la concentrazione del diritto.

L'assolutismo si precostituisce così un programma del quale esso per primo diventa prigioniero: la strada obbligata da percorrere è quella di una riformulazione innovativa del diritto vigente in un *corpo unitario* di precetti che sia univoca espressione della volontà del sovrano ed esclusiva legge nazionale per i suoi sudditi. La formula l'abbiamo già citata: *a Deo Rex, a Rege lex* (4). Ed è la formula della sovranità.

È vero che l'accettazione espressa o tacita del principe è ora il titolo di vigenza del diritto comune all'interno dello Stato. Ma è anche vero che questo diritto ereditato mostra ormai tutti i caratteri di giurisprudenzialità che il plurisecolare lavoro riproduttivo delle generazioni degli interpreti gli ha impresso: caratteri in stridente contrasto con la politica del diritto dell'assolutismo. Il *corpus iuris*, originaria base testuale di partenza, è ormai poca cosa rispetto alle centinaia di opere dottrinali generatesi al di sopra di esso e tuttora in crescita inarrestabile. Il diritto comune è divenuto, nel senso letterale del termine, un diritto *voluminoso*. Non solo: esso è ora più opinabile, antinomico e *controverso* che mai, poiché la soluzione dei singoli casi è a questo punto da ricercarsi in un intrico di opinioni dottrinali contrastanti. E il carattere opinabile delle regole sembra condannare all'*incertezza* l'intero sistema, del quale solo l'arbitrio equitativo dei tribunali supremi permette il funzionamento.

Diciamolo chiaramente: in tutti i diritti giurisprudenziali la norma, anziché essere statuita da un'autorità ufficiale che la fissa all'istante, si forma lentamente come risultato di dibattiti dottrinali o come consolidamento di giudicati conformi. Per questo, in siffatti diritti, il problema della certezza è permanente, e il fatto è fisiologico. L'importante è che vi sia il **consenso** dei consociati sulla giustizia e sulla validità tecnica delle soluzioni *endogiurisprudenziali* del problema (ad esempio il principio che impone l'osservanza della comune opinione dottrinale (5) o del precedente vincolante). Orbene, lungo l'età moderna, è proprio questo consenso — questo consenso in base al quale si integrava la società medievale — che viene progressivamente a mancare (mentre non è mai venuto a mancare alla *common law*). Perché ora è a un diverso ideale di certezza che si guarda, e l'intuizione nuova è che occorra un testo legislativo compendioso e peren-

(4) Cfr. *retro*, p. 30.

(5) Cfr. Vol. I, p. 152 ss.

torio, tanto chiaro da escludere un monopolio interpretativo di dottrina e giurisprudenza.

Così, lungo i secoli XVII e XVIII, l'atteggiamento ideologico degli ambienti di governo e della parte informata dell'opinione pubblica diviene a poco a poco **antigiurisprudenziale**: l'antico *pluralismo* viene ad essere negativamente concepito come *particolarismo*; l'autorità mediatrice del ceto giuridico perde credibilità e le opinioni dottrinali, da autoritativo parametro di certezza che erano, appaiono null'altro che opinioni *private*, cioè arbitrarie. Il diritto comune comincia ad assumere le parvenze di regime impraticabile e inattuale, idoneo solo a fomentare quella litigiosità della gente in cui sguazzano a loro agio le galei sul tipo del manzoniano Azzecagarbugli o giudici senza scrupoli come il grottesco Bridoye descritto da Rabelais in *Gargantua e Pantagruel* (4000 sentenze giocate ai dadi).

Nel volume precedente (6) abbiamo citato le polemiche osservazioni di Ludovico Antonio Muratori contro lo spregiudicato maneggio del diritto romano da parte di giudici e avvocati (*Dei difetti della giurisprudenza*, 1742). Sentiamo ora che cosa dice Cesare Beccaria nella celebre pagina iniziale del suo libro *Dei delitti e delle pene* (1764), ove si raccoglie il precipitato ideologico di tutta la speculazione anti-giurisprudenziale. L'illuminista lombardo denuncia come assurdo il fatto che le norme di diritto comune "involte in farruginosi volumi di *privati* e oscuri interpreti", costituiscano "quella tradizione d'*opinioni*, che da una gran parte d'Europa ha tuttavia il nome di *leggi*". Da intransigente sostenitore della codificazione, Beccaria contesta precisamente il nocciolo di tutta la storia del diritto comune: che il giurista (dottore o giudice) possa far accogliere come legge, dai consociati, la propria opinione interpretativa.

Ma in realtà, come dovrebbe risultar chiaro da quanto si è detto all'inizio di questo paragrafo, qui non siamo solo di fronte a un regime giuridico che si avvia al tramonto. È l'intera immagine della vecchia società d'impianto medievale ad entrare in crisi: quella compagine civile di soggetti inquadrati per *status*, quel sistema del privilegio un tempo fisiologico, quella concezione secondo cui la società non è composta da individui ma da corpi giuridici differenziati, ciascuno con le proprie franchigie, non corrispondono al programma di *livellamento* politico e giuridico che lo Stato assoluto si propone.

(6) Vol. I, p. 310 ss.

È fra le macerie di questa società la quale sta a poco a poco sgretolandosi che si fa strada l'idea di codificazione. Si fa strada lentamente e faticosamente, ma ha una sua logica. I codici, con le loro norme generali e astratte, conterranno un diritto *uguale* per tutti. Saranno destinati a un *unico*, socialmente indifferenziato tipo di destinatario. Pre-supporranno la parità giuridico-formale dei consociati. Non più tanti diritti per altrettanti ceti sociali: sostituendosi in blocco al diritto comune — per sua natura non funzionante se non in relazione a una molteplicità di normative particolari — i codici realizzeranno da un lato l'unificazione, la certificazione, la statualizzazione *del diritto* in senso tecnico, d'altro lato una vera e propria rivoluzione strutturale, di segno egualitario, *della società*. La codificazione scioglierà la rete dei raggruppamenti comunitari e solidaristici, integrati nei quali gli individui hanno da sempre trovato identità sociale, protezione e norme di comportamento e di dipendenza. Scomparirà la struttura associazionistica della convivenza civile creata dal Medioevo. E rimarranno gli individui, gli individui ciascuno *da solo*: per un verso parificati l'un l'altro tramite il comune referente della capacità giuridica e dell'autonomia, per altro verso atomisticamente isolati l'un l'altro per la scomparsa delle rispettive comunità d'appartenenza e di tutela.

4. *Dal diritto comune ai codici: le prime tappe di un trapasso problematico.*

Nel primo volume ho cercato di mostrare con quanta lentezza si sia svolta la transizione dal regime di diritto comune a quello dei codici. Ho cercato di chiarire anche attraverso quali formidabili resistenze le forze legate al particolarismo tradizionale siano a lungo riuscite a contrastare il realizzarsi degli sforzi accentratori. Questi sforzi si sgranano sotto i nostri occhi tra la fine del XVI e quella del XVIII secolo.

Si va dai precoci, isolati provvedimenti anti giurisprudenziali del potere pubblico (ad esempio le leggi restrittive delle citazioni delle autorità dottrinali (7)) ai primi, malcerti tentativi di riordinamento del diritto positivo o della produzione giurisprudenziale nei singoli Stati (8). Non si tratta di provvedimenti ispirati all'idea di un supera-

(7) Vol. I, p. 247 ss.

(8) Vol. I, p. 254 ss.

mento del regime di diritto comune. Questa ipotesi, tanto semplice quanto rivoluzionaria, non si chiarirà nei suoi risvolti tecnici e politici che sul finire del Settecento: lentamente e faticosamente, l'abbiamo detto.

I secoli XVII e XVIII rappresentano piuttosto l'epoca delle **consolidazioni**, cioè delle compilazioni giuridiche realizzate privatamente da singoli giuristi o volute ufficialmente dal potere sovrano e intese a collezionare, a fini di pronta reperibilità, il disperso materiale legislativo, dottrinale o giurisprudenziale esistente.

Via via, su questa strada, si procede oltre: per iniziativa di alcuni sovrani intraprendenti vengono messe a punto robuste compilazioni in cui ricevono sistemazione una parte della normativa vigente e, contemporaneamente, un complesso di precetti nuovi. I corpi legislativi di questo tipo comportano l'abrogazione di tutte le norme preesistenti che riguardino le situazioni da essi disciplinate. Vengono a costituire la fonte giuridica primaria nello Stato e segnano un riammodernamento di vaste aree del diritto previgente, con riduzione dello spazio già occupato dal diritto romano e dai diritti particolari. Si pensi alle grandi *Ordonnances* di Luigi XIV (1667-1681), che rappresentano una coerente ristrutturazione delle procedure e della materia commerciale obbediente alla politica centralizzatrice dell'assolutismo francese (9). Oppure si ricordino le "Costituzioni" piemontesi del 1723-1729-1770, altra notevole impresa volta a porre innovativamente al centro del sistema delle fonti sabaude un robusto corpo di norme regie (10). O ancora si tengano presenti i 'codici' settecenteschi della Baviera (1751-1756 (11)) o infine le "Costituzioni" modenesi del 1771, estremo sforzo compiuto dall'assolutismo per sostituire al regime giurisprudenziale del diritto comune il più ampio complesso possibile di norme sovrane (12).

Consolidazioni, si è detto: cioè testi legislativi che talora si pongono molto avanti sulla via della codificazione, ma che funzionalmente e concettualmente si collocano pur sempre entro una teoria delle fonti che è quella tradizionale. Esse obbediscono a un serio intento riformatore. Tuttavia finiscono per riconfermare — anzi per mi-

(9) Vol. I, p. 269 ss.

(10) Vol. I, p. 278 ss.

(11) Vol. I, p. 293 ss.

(12) Vol. I, p. 287 ss.

gliorare — il sistema giuridico preesistente, che risulta *semplificato e non già sostituito* in blocco. Tollerano espressamente di essere integrate — per i casi e le materie non disciplinati — da quel diritto comune che pur rimpiazzano in parte ma di cui postulano ancora una volta la continuità: soprattutto per ciò che riguarda il diritto privato.

5. *I caratteri innovativi ovvero i requisiti tecnici della codificazione: le due condizioni della sua realizzazione storica.*

Rispetto a qualunque altro testo legislativo ciò che contraddistingue il codice, nel senso tecnico e moderno acquisito dal termine tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento (in particolare con la promulgazione di quel monumento legislativo che è il codice Napoleone), è un duplice postulato:

a) la sua *unicità* quale fonte del diritto positivo (di una certa branca del diritto positivo);

b) la *unicità* tipologica del soggetto giuridico che vi è visualizzato.

Vecchi o nuovi che siano i contenuti normativi del testo (ciò conta poco perché, integrate nel sistema logico in cui il testo stesso è organizzato, le vecchie norme acquistano una funzionalità nuova (13)), il codice rompe definitivamente con il regime di diritto comune, che cessa di essere il sistema di diritto positivo: **tutto** il diritto previgente viene abrogato. Ad esso si sostituisce quale sola fonte di *cognizione* il compendio di norme codificate, a sua volta generato da una sola fonte di *produzione*: lo Stato.

L'elemento della *unicità della fonte del diritto* (che ha comportato la emarginazione di consuetudine, dottrina e giurisprudenza) e quello della *unicità del soggetto di diritto* (che ha comportato la scomparsa dei legami di appartenenza cetuale, dei privilegi di *status*, delle organizzazioni comunitarie d'*ancien régime*) sono esattamente le due condizioni che hanno reso realizzabile il progetto ispiratore del primo codice civile. Questo progetto si sostanziava nella equazione "unificazione del diritto = unificazione giuridica della società".

D'altronde, la volontà di modificare (rapidamente e radicalmente) la struttura di una società attraverso il diritto non può attuarsi che riconoscendo una supremazia assoluta alla **legge** come strumento ordi-

(13) Vol. I, p. 257.

nante. Un autorevole storico del diritto, Paolo Grossi, ha parlato a questo proposito di "assolutismo giuridico". La consuetudine, per il suo carattere irriflesso e per la sua incapacità di prefigurare un modello di organizzazione civile a venire, non si presta alle ripianificazioni globali. Per sua natura neppure il diritto giurisprudenziale è capace di realizzare in blocco mutamenti rivoluzionari dell'assetto sociale: si evolve lentamente, attraverso progressivi aggiustamenti della prassi. Ecco perché non c'è rivoluzione che non sia caratterizzata da una ostilità verso la giurisprudenza e insieme da un intenso e concitato movimento legislativo.

Il codice si presenta dunque, ambiziosamente, come **sistema** di norme concatenate **non eterointegrabile**, nonché come sistema di precetti generalizzati, astrattizzati, diretti ad un **unico** e non socialmente qualificato **destinatario**. Il principio della *completezza* logica del codice postula che l'intero diritto positivo venga formalmente ad identificarsi nel codice stesso (o meglio, settore per settore, nei codici): *codicocentrismo* mi sembra il termine più efficace per definire l'idea secondo cui nel sistema codificato non sono pensabili lacune.

Completezza non significa, ovviamente, che il codice contenga una previsione espressa per ogni singolo caso presente o futuro che si ponga nella pratica. Significa che il testo è provvisto dei meccanismi logici per il proprio autocompletamento (in particolare l'analogia *legis* e l'analogia *iuris*). Significa, dunque, *completabilità*: estensibilità a tutto il giuridicamente regolabile. Si presume dunque che la soluzione di ogni controversia possa essere reperita *all'interno* di un sistema di norme non reciprocamente incompatibili: perché questo contiene un' indefinita serie di altre norme virtuali e implicite, a loro volta esplicitabili sfruttando meccanismi di deduzione, di combinazione e di estensione. Corollario inseparabile di una simile concezione è il principio che il giudice sia tenuto a operare in modo rigorosamente subordinato alla volontà del legislatore, la quale è l'unico obbiettivo della sua ricerca.

Prescindiamo pure dai rilievi d'ordine storico e logico che oggi si possono avanzare contro molti ed evidenti aspetti di illusorietà del cosiddetto "*dogma della completezza*": specialmente laddove quest'ultimo (che pur ha un non sottovalutabile legame con il fondamentale valore della certezza del diritto) sia sostenuto con integralismo acritico. Basti pensare alle contestazioni sollevate contro la pretesa della completezza (ritenuta non a torto un mito o una finzione se proclamata alla lettera)

dai giuristi della cosiddetta giurisprudenza sociologica o della "giurisprudenza degli interessi". Per gli esponenti del "giusliberismo", addirittura, l'ordinamento positivo costituirebbe un sistema nel quale alle norme corrispondono altrettante lacune.

Resta il fatto che i primi codici moderni sono *entrati in vigore* sorretti da concezioni molto prossime a questo sogno "assolutistico" del legislatore, concezioni le quali hanno contemporaneamente sostanziato quel sottoprodotto teorico della codificazione che è il positivismo legislativo.

7. *Il giusnaturalismo, retroterra culturale dell'idea di codice e fondamento teorico dell'unificazione statutale del diritto.*

Le nostre considerazioni sulla portata *innovativa* della teoria delle fonti affermatasi con la codificazione dovrebbero farci intuire la potenza suggestiva delle forze ideologico-culturali entrate in gioco per determinare la fine del diritto comune. Esse dovrebbero però renderci ragione, prima ancora, delle enormi difficoltà tecniche e politiche connesse al problema di sostituire un unitario sistema di diritto statutale al vecchio regime del pluralismo giuridico, che era accreditato da una tradizione inveterata e da una concezione del diritto romano come *paradigma insuperabile della razionalità giuridica*: concezione tanto più resistente agli attacchi 'sacrileghi' degli innovatori in quanto appoggiata a quello stesso potere corporativo del ceto forense e sostenuta, almeno maggioritariamente, da quegli stessi ordini privilegiati ecclesiastici e nobiliari che una unificazione del diritto avrebbe necessariamente depotenziato. Del resto, pure le masse contadine, le quali dipendevano più dai signori feudali che dallo Stato, restavano aggrappate alle loro tradizionali franchigie, riguardando con sospetto ogni annuncio di cambiamento.

Come l'idea di codificazione riuscì allora a superare le controforze della tradizione? Possiamo comprenderlo solo se riguardiamo quella idea, in primo luogo, come prodotto dello spirito di una civiltà in trasformazione e la iscriviamo fra gli ultimi risultati della profonda crisi di valori vissuta dalla coscienza europea fra XVII e XVIII secolo (che fu in realtà crisi del razionalismo cristiano). In altri termini: dobbiamo tener conto soprattutto dei fondamenti filosofico-culturali del concetto di codice. Se infatti consideriamo determinanti i soli motivi tecnici come elementi che hanno spinto la società europea alla codificazione, spiegheremmo in misura insoddisfacente l'affermarsi di quest'ultima sul continente: non basta pensare che la codificazione sia stata la logica risposta ad un bisogno di semplificazione tecnica del diritto avvertito nella prassi. Nei secoli XVII e XVIII, in Inghilterra, il diritto raggiungeva il massimo livello di dispersione e di inaccessibilità. Ma qui la prassi non ravvisò affatto l'opportunità di una codificazione, nonostante le proteste dei rivoluzionari puritani e poi, soprattutto, di un Bentham, il creatore stesso del termine *codification* (23).

(23) Cfr. Vol. I, p. 604.

Dunque, solo innestandosi su radici prettamente teoriche e filosofiche l'idea di codice poté acquistare la forza per divenire seriamente *pensabile* come scelta politica dotata di possibilità di vittoria. Questo terreno teorico di radicamento fu costituito dalla dottrina del **giusnaturalismo**, dottrina poi in parte assimilata e variamente propagandata a fini di realizzazione pratica dall'**illuminismo** del maturo Settecento. Ciò vuol dire che, a loro volta, i postulati del giusnaturalismo rappresentarono il credo ideologico che in varie parti dell'Europa continentale mosse *élites* di aristocratici illuminati, di funzionari di governo, di professori universitari, di precettori dei principi (avversari dichiarati sia del minuto mondo forense che delle caste giudiziarie) a chiedere riforme legislative modernizzatrici dell'ordine giuridico. In Inghilterra invece si diede questo paradosso: taluni fondamentali contributi alle teorie giusnaturalistiche (Hobbes, Locke) partirono da questo paese per andare ad influenzare la cultura continentale, ma abbandonarono poi il loro luogo di nascita, al punto da risultarvi assenti al momento decisivo. Perché? Perché esse non potevano concretizzarsi se non attraverso la legislazione e qui si era nel regno del diritto 'non scritto' e della giurisprudenza: una giurisprudenza sulla quale il potere del sovrano, sprovvisto delle efficaci armi dottrinali del giusnaturalismo, non poté prevalere. Così il tradizionalistico mondo dei giudici di *common law*, non sottomesso con l'arma di alcun teorema giusfilosofico (e del resto allergico ad ogni filosofia) continuò pacificamente a risolvere il consueto problema tecnico della certezza giuridica al proprio interno e secondo i metodi di sempre: metodi endogiurisdizionali ritenuti giusti perché ragionevoli e non perché razionali (24).

Nel volume precedente abbiamo parlato del sorgere delle dottrine giusnaturalistiche e del dispiegarsi del razionalismo giuridico che le caratterizza come fenomeno di pensiero dominante la cultura europea sei-settecentesca. Abbiamo avuto quindi modo di constatare attraverso quali di esse sia emersa l'ipotesi seducente di una ristrutturazione scientifica del diritto del tutto indipendente dal tradizionale ordine dispositivo giustiniano e come le teorie intorno ad un astratto "diritto della ragione", giudicato suscettibile di essere matematizzato in *sistema*, abbiano influenzato alcune grandi monarchie del continente: sulla base di quelle dottrine, che non mettevano immediatamente a fuoco ma pur sempre agevolavano la formula della codificazione, si affermò

(24) Cfr. Vol. I, p. 579.

alla fine la convinzione di potere condensare in un testo *legislativo* semplice e chiaro un diritto rapportato alla natura dell'uomo. Rimandiamo dunque a tali pagine chi voglia ripercorrere le distinte vie di svolgimento del pensiero giusnaturalistico sino ai suoi primi sbocchi illuministici, in particolare al fine di intendere l'impronta secolarizzata (e in questo senso 'moderna', post-medievale, antropocentrica anziché teocentrica) della concezione del diritto che lo caratterizza: una concezione ispirata all'idea di autosufficienza della ragione umana, giudicata, quest'ultima, non più vincolata al presupposto di un ordine divino-rivelato del mondo, ma riguardata quale fondamento autonomo dell'ordine giuridico (25).

Qui possiamo limitarci a riprospettare in sintesi il quadro dei vari indirizzi speculativi nella cui combinazione si ritrovano i presupposti teorici e le idee-forza della codificazione. Dalle pagine del primo volume ci è ormai noto come il giusnaturalismo leghi le sue fortune soprattutto alla diffusione dell'opera di Ugo Grozio (*De iure belli ac pacis*, 1625), registrando poi in Inghilterra l'apporto delle teorie assolutistiche di Thomas HOBBS (1588-1679) e di quelle liberali di John LOCKE (1632-1704) e raggiungendo le più mature elaborazioni sistematiche in Germania, con il razionalismo giuridico di Samuel VON PUFENDORF (1632-1694) e di Christian THOMASIIUS (1655-1728) da un lato, di Wilhelm LEIBNIZ (1646-1716), di Christian WOLFF (1670-1754) e della grande scuola di quest'ultimo dall'altro (Darjes, Nettelbladt, Pütter, per segnalare le figure più rappresentative). E se in area germanica a tali costruzioni logico-matematiche del diritto di natura sono direttamente debitrice le codificazioni civilistiche prussiana (1794) e austriaca (1811), in Francia un analogo razionalismo assiomatico ispira quelle imponenti sistemazioni scientifiche di Jean DOMAT (1625-1696) e di Robert Joseph POTHIER (1699-1772), i cui schemi di unificazione organica delle norme e delle materie giuridiche costituiscono le autentiche premesse tecnico-dottrinali della codificazione civile napoleonica (1804).

Si ricorderà che questi indirizzi speculativi sono metodologicamente e ideologicamente ben differenziati. Ma si rammenterà, anche, che le varie versioni del giusnaturalismo sono tuttavia accomunate da un identico atteggiamento critico nei confronti degli ordinamenti positivi vigenti, reputati incerti e confusi, e che tutte tendono a stimolare un intervento innovativo nell'assetto del diritto. Le premesse, che

(25) Cfr. Vol. I, pp. 319-380.

pur sono accolte, in qualche indirizzo, con notevoli varianti, sono queste:

a) la presupposizione di un primitivo *stato di natura* e di convivenza spontanea, anteriore alla società politica e civile, ove l'uomo gode — pacificamente ma rischiosamente, perché senza la provvidenza di un'autorità pubblica — di alcune fondamentali attribuzioni di libertà (di una libertà tanto illimitata da tradursi in violenza di tutti contro tutti, secondo il pessimista Hobbes);

b) l'ipotesi che, per meglio garantire i propri diritti naturali (la propria sicurezza fisica, secondo Hobbes), gli individui abbiano stipulato un *contratto sociale*, fondando l'istituzione statale organizzata secondo leggi positive e legittimando il potere politico di un sovrano;

c) l'idea che le leggi positive debbano rispettare come superiore modello razionale, se non addirittura riprodurre, il diritto di natura (*razionalismo*), a sua volta matematicamente costruibile come rigoroso sistema scientifico di diritti soggettivi naturali in capo a un referente di tipo unico: l'uomo (Domat, Wolff, ad esempio). Questa idea non è condivisa da Hobbes, secondo cui, con il contratto sociale, tutto il giuridico viene a ridursi al diritto positivo, cioè alla volontà imperativa del sovrano, e i diritti dei sudditi saranno solo quelli che la legge vorrà loro riconoscere. Questa stessa idea si sviluppa diversamente anche nel filone aperto da Pufendorf (*volontarismo*), secondo cui le leggi naturali (poste dalla volontà di Dio) e le leggi positive (poste dalla volontà del sovrano a complemento di quelle naturali) sono comandi, muniti di sanzione, che prescrivono doveri: al di fuori della sfera di questi comandi si apre l'ambito delle libertà naturali dell'uomo. È dunque evidente che, pur nella loro diversa combinazione all'interno dei singoli indirizzi filosofici, tali concezioni indicavano tutte una medesima esigenza di definitivo riordinamento razionale del diritto positivo: o perché, come nella versione hobbesiana dell'ipotesi contrattualistica, attribuivano apertamente al sovrano il monopolio della produzione del diritto ed esaltavano il momento legislativo; o perché, dando vita a sistemi di diritto naturale dottrinalmente costruiti, suggerivano implicitamente il progetto di una loro possibile conversione in diritto positivo ad opera di un legislatore. E, per ciò stesso, suggerivano il disegno di una ripianificazione globale e risolutiva della società. Fatte proprie dall'illuminismo, esse sarebbero state utilizzate esattamente in vista di questo traguardo.