

## IL CODICE DISINCANTATO (\*)

*He said, « I just want to say one more thing ».  
But then he could not think what it could possibly be.*

RAYMOND CARVER, *One more thing* (\*\*)

### I. *Introduzione.*

Anche nella descrizione e valutazione della storia della codificazione — ossia di quella che può probabilmente considerarsi la problematica centrale della storia moderna del diritto — sono recentemente avvenute grandi trasformazioni, che ho vissuto per così dire in prima persona. Mi sono infatti espresso sul tema in due occasioni, nel 1971 e nel 1987, sottolineando gli elementi che mi parevano via via essenziali e quindi imprescindibili per comprendere storicamente il fenomeno <sup>(1)</sup>. Chi non conosce la genesi delle tesi ivi esposte (che è sempre anche — ma appunto non solo — molto personale), certamente non si immagina che possano esser state professate dallo stesso autore. Troppo diversi appaiono i punti di vista, rispettivamente gli occhiali, con i quali venne scrutato il paesaggio della codificazione, ogni volta con un risultato inevitabile: cose o situazioni fundamentalmente diverse — finora sconosciute o

---

(\*) Pubblicato nella versione originale, con il titolo *Das entzauberte Gesetzbuch*, nella *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 41, 1991, p. 249-273. Traduzione di Elena RAMELLI, Lic. iur., Assistente nel Seminario di storia del diritto dell'Università di Berna.

(\*\*) Raymond CARVER, *One more thing*, dal volume di racconti *What We Talk About When We Talk About Love*, pubblicato per la prima volta nel 1981.

<sup>(1)</sup> I dati menzionati si riferiscono all'epoca in cui sono nati entrambi i manoscritti, pubblicati poi in un secondo tempo. Cfr. P. CARONI, *Kodifikation*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1978, col. 907-922; P. CARONI, « *Privatrecht* »: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel/Frankfurt a. M. 1988, p. 53-75.

ignorare poiché implicitamente ritenute meri *loca recondita* — improvvisamente si imponevano, spiegavano quanto finora era rimasto vago, invitavano perciò a leggere diversamente l'evoluzione. Questa constatazione solleva alcuni problemi, tra i quali quelli autobiografici, pur non essendo di minore importanza, verranno qui trascurati — per incompetenza del tribunale — con un rinvio liberatorio alla supplica di M. Foucault: « *Plus d'un, comme moi sans doute, écrivent pour n'avoir plus de visage. Ne me demandez pas qui je suis et ne me dites pas de rester le même: c'est une morale d'état-civil; elle régit nos papiers. Qu'elle nous laisse libres quand il s'agit d'écrire* » (2).

I rimanenti però, che posseggono una valenza più ampia, tale da coinvolgere l'intera società, vanno affrontati senza indugio. In un primo tempo sarà utile descrivere la trasformazione stessa, ad esempio contrapponendo ai temi prevalentemente trattati in precedenza, così come alle opzioni metodiche loro sottese, i temi e le opzioni che caratterizzano la ricerca attuale. Con due riserve comunque: da un lato, mi occuperò esclusivamente della codificazione giusprivatistica, lasciando praticamente disattesa l'elaborazione scritta ed articolata di norme attinenti ad altre aree giuridiche (ad esempio del diritto commerciale, del diritto processuale o di quello penale). A favore di questa decisione depongono motivi evidenti e perciò difficilmente trascurabili: basti pensare al ruolo costitutivo assunto dalla codificazione civilistica in una società che per la prima volta si regola e amministra autonomamente. D'altro canto, questa mia descrizione sarà di natura puramente riassuntiva. Chi, dunque, non volesse accontentarsi di *documenti e citazioni puramente esemplificativi*, chi si aspettasse un'esposizione più dettagliata e persino puntigliosa dei numerosi concetti di codificazione — che gli storici del diritto spesso utilizzano in modo vago ed indifferenziato, evidentemente pure loro dimenticando che « le nozioni (...) si cambiano colle rivoluzioni del tempo che fa sopravvivere i nomi alle cose » (3) — sarà probabil-

(2) M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris 1969, p. 28.

(3) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino 1970, p. 21. Cfr. M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Nuova edizione con una Prefazione di Jacques Le Goff e una Premessa di Etienne Bloch, Torino 1998, p. 28.

mente deluso (4). Verrà comunque risarcito consultando la relativa bibliografia, del resto facilmente reperibile (5).

## II. *Le risposte tradizionali.*

### 1. *Il risultato di una discussione dotta.*

L'idea di un possibile riordinamento autoritativo di tutte le regole civilistiche (che già lascia intravedere, seppur vagamente, la codificazione) risale al Settecento e rinvia sia a visioni radicate nel diritto naturale profano (*Vernunftrecht*) che ai postulati dell'illuminismo. Risultò perciò da un dibattito sì a più voci, ma in verità esclusivamente dotto che, iniziatosi in pieno Umanesimo, sottopose il diritto tradizionale e tuttora vigente al vaglio di critiche sempre più radicali. A questo dibattito parteciparono esclusivamente studiosi, ossia giuristi, filosofi e teologi delle più disparate tendenze: denunciarono inizialmente l'incomprensibilità e la confusione della prassi del diritto comune, ma ben presto postularono anche un rinnovamento materiale del diritto, avanzando proposte che sfociarono nel piano di un riordinamento globale, ossia di una *codificazione* del diritto (6).

La genesi particolare, quasi contrappuntistica, di questa proposta può essere agevolmente ricostruita ricordando l'origine storica dei suoi elementi principali:

a) Di *origine giusnaturalistica* era l'accentuazione, come pure il significato davvero centrale assunto dal *postulato sistematico*:

(4) Un'enumerazione dei più disparati concetti storici, tutti in un certo senso appropriati, come anche tutti discutibili, viene proposta da J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle*, Bruxelles 1967; LOKIN / ZWAIWE, *Hoofdstukken uit de Europese Codifikatiegeschiedenis*, Groningen 1990.

(5) A completamento della bibliografia espressamente citata e discussa nel presente articolo rinvio ai seguenti manuali: H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II (Neuzeit bis 1806), Karlsruhe 1966, p. 374-405; H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 8. Auflage, Heidelberg 1996, p. 96-205; G. WESENBERG / G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Auflage, Wien/Köln/Graz 1985, p. 156-169.

(6) Osservazioni riassuntive sulla storia del concetto in P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 58-61. Sulla critica illuministica al diritto comune vedi da ultimo R. BONINI, *Giustiziano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Torino 1991.

secondo quest'ultimo, la codificazione non doveva unicamente favorire una raccolta globale e completa di regole giuridiche sparse e disordinate, ma doveva pure aspirare a conferire loro un ordine sistematico, a fedele immagine di quel nuovo ordinamento formale, sul quale i giusnaturalisti avevano riflettuto in modo tanto intenso quanto controverso. Tale ordinamento « *entlehnt der Wissenschaft einen Plan, eine in sich geschlossene, logische, erschöpfende Disposition und bietet in diesem formellen Rahmen möglichst eine in sich geschlossene, erschöpfende Neuregelung des positiven Rechts* » (7). Mi pare evidente che questa strategia esprimesse anche una dimensione giuspolitica: infatti più il codice si disponeva sistematicamente, e quindi si autoisolava, tanto più efficacemente agiva la legge dell'interdipendenza, secondo la quale solo considerando la collocazione sistematica era (ed è) possibile determinare esattamente significato e valore di una norma legale. Qualunque collezionista lo potrà del resto confermare: il pezzo mancante non appare desiderabile per il suo valore intrinseco, ma piuttosto in quanto colma ciò che può essere riconosciuto come tale solamente a partire dal tutto, vale a dire una lacuna. Questo spiega anche perché la legge dell'interdipendenza poteva conferire alle norme tradizionali un significato diverso, non appena venivano inserite in un codice; fenomeno nel quale si riflette una forma di feticismo codificatorio.

b) L'idea — agevolata dall'adesione al postulato sistematico (8) — che il codice futuro dovesse conseguire una completezza materiale e che potesse perciò essere equiparato *tout court* all'ordinamento giuridico, derivava dalla *dottrina giuridica dell'illuminismo*. Questo obiettivo andava perseguito tanto tramite previa ed esplicita soluzione di tutte le vertenze giuridiche (presenti e future), quanto bloccando tutte quelle operazioni di carattere palesemente creativo (interpretare, colmare le lacune, commentare), per mezzo delle quali giudici, avvocati e professori avevano ripetutamente minato la stabilità della legge. Grazie al concorso di diversi fattori, che spianò la strada ad una felice convergenza, il desiderio di esclusività normativa

(7) Così chiaramente A. EGGER, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Gesetzbuches von 1907*, Zürich 1908, p. 9.

(8) Fondamentale su questo punto M. WEBER, *Rechtssoziologie*, aus dem Manuscript hergestellt und eingeleitet von J. WINCKELMANN, Neuwied 1960, p. 101-103; 252-253.

sembrò dapprima realizzato con la codificazione prussiana del 1794. Questo desiderio corrispondeva tanto alle richieste degli illuministi (volte a tutelare i sudditi, ostacolando ogni libero apprezzamento giudiziale, poiché ritenuto fonte di arbitrio), quanto alle attese politiche del sovrano assoluto (poiché l'esclusività della codificazione da lui promulgata ribadiva specularmente, rispettivamente conseguiva alla *majestas* da lui rivendicata).

## 2. *Conseguenze dell'ambito completezza materiale.*

a) Considerando che con la codificazione si cercò sempre di raggiungere più di un nuovo assetto puramente formale di fonti del diritto finora disparate e frammentate, ossia anche (e addirittura primariamente) il superamento del precedente sistema delle fonti, notoriamente dominato dal diritto comune romano, il desiderio di completezza si arricchisce di nuovi stimoli. Infatti solo una fonte che fosse tanto esaustiva da imporsi quale centro di un nuovo ordinamento giuridico, e rivendicasse perciò anche validità universale, era in grado di superare l'universalismo del diritto comune. In altre parole, diritto comune e diritto codificato erano non solo singoli elementi di (diversi) sistemi; rivendicavano piuttosto, ciascuno all'interno del proprio sistema, un primato più o meno assoluto, e pretendevano perciò di determinare l'interpretazione di tutte le altre fonti, applicabili secondo una gerarchia prestabilita. Questa circostanza potrebbe anche spiegare perché l'aspirazione della codificazione giusprivatistica alla completezza sopravvisse tanto alle esagerate attese degli illuministi quanto agli esiti ben più modesti della prassi. Essendo pressoché impossibile venirne a capo risolvendo preliminarmente ogni e qualsiasi vertenza, si scelse di ampliare il ventaglio delle fonti, facendo posto a fonti giuridiche sussidiarie, sottomesse gerarchicamente alla legge codificata e perciò pronte ad assecondarne le scelte.

b) Partendo dall'idea che il codice debba indicare a priori, in modo preciso e completo, il diritto applicabile nel caso concreto — in questo senso specifico venne inteso il postulato della completezza materiale — si assegna al giudice una funzione di carattere esclusivamente esecutivo o ripetitivo, come già rilevava Montesquieu: « *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en*

*peuvent modérer ni la force, ni la rigueur* »<sup>(9)</sup>. Ne conseguiva quasi automaticamente una neutralizzazione, rispettivamente deresponsabilizzazione dei giudici, che da uomini pensanti venivano ora ridotti a semplici organi esecutivi. Se tutto ciò nel Settecento poté imporsi senza sforzi, fu proprio poiché corrispondeva alle aspirazioni casualmente coincidenti tanto del sovrano assoluto quanto dei suoi antagonisti illuministi.

c) I piani codificatori dell'illuminismo sono caratterizzati dal tentativo di garantire, per mezzo di una fissazione scritta e tendenzialmente completa, un patrimonio giuridico finora non circoscritto, caotico e quindi anche contraddittorio, che proprio a causa di questi difetti formali era utilizzabile e sfruttabile *ad libitum*, per sottrarlo così alla libera disposizione (dei mediatori giuridici, della parte più forte, come pure dello Stato)<sup>(10)</sup>. In ogni caso, al termine della parabola giusnaturalistica subentrò un irrigidimento del materiale normativo che preludeva al positivismo giuridico<sup>(11)</sup>, nel quale si possono ravvisare la fine e la trasfigurazione del diritto naturale<sup>(12)</sup>.

### 3. *La relazione con la storia.*

È evidente che un piano dopotutto tanto ambivalente doveva intrattenere molteplici relazioni con la storia. Alcuni esempi ricordano temi inerenti a queste relazioni.

a) Dopo l'apodittica condanna di F.C. von Savigny del 1814, la codificazione del diritto venne tradizionalmente ritenuta come una violazione dell'evoluzione giuridica, più esattamente come una perturbazione del suo svolgersi lento e organico<sup>(13)</sup>. Nell'affer-

(9) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*. Livre XI, chap. 6; nello stesso senso (fra altri) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 4, p. 17.

(10) R. AJELLO, *Arcana Juris, Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, *passim*, specialmente p. 275 ss., 311 ss.; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, p. 55.

(11) Ad esempio A.-J. ARNAUD, *La paix bourgeoise*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2 (1973), p. 147 ss., specialmente 157-159.

(12) G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, p. 7, 83 ss.

(13) Sulla discussa questione P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation, Versuch einer Neudeutung des « Berufes »*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 86 (1969), p. 97-176, in special modo 140 ss.; P. CARONI, *La*

marlo, si pensò simultaneamente a due cose distinte: tanto all'interruzione istantanea di tale evoluzione (poiché la codificazione è preceduta dalla selezione e dal riordinamento del materiale giuridico tradizionale), quanto alla paralisi dello sviluppo futuro (dato che il diritto codificato si irrigidisce ed ostacola così anche le riforme necessarie, quando non le rende addirittura impossibili). Sarebbe forse esagerato valutare il conseguente rifiuto della codificazione quale dogma fondamentale dello storicismo giuridico, ma un fatto comunque rimane: durante tutto l'Ottocento ci si richiamò generalmente proprio a questo effetto antistorico e perciò immobilizzante, per combattere, per i motivi più svariati, il desiderio di nuove codificazioni. In altre parole, questo argomento è marcato da una vocazione poligama, come dimostrano anche noti esempi svizzeri<sup>(14)</sup>.

b) Con l'avvento della codificazione illuminista, che si accontentava di raccogliere e riordinare sistematicamente elementi preesistenti — per cui Leibniz nel 1688 poté emblematicamente chiamarla *reconcinnatio* — e che rinviava già per questo fatto al passato, si è ripetutamente sollevato il problema dell'esatta origine storica dei singoli elementi ora allineati dal codice. Un interrogativo, questo, reso ancora più attuale dalla scissione tra germanisti e romanisti, consumata a metà Ottocento, che fino ad oggi condiziona l'insegnamento storico nelle nostre Facoltà di giurisprudenza, con conseguenze pedagogiche (catastrofali), che purtroppo nemmeno gli stessi storici del diritto sembrano aver compreso chiaramente. Tra le altre cose, proprio questo fatto potrebbe spiegare perché l'interrogativo appena evocato conti tuttora appassionati e convinti adepti. Mi pare allora evidente ammettere che, muovendo da queste premesse, si fosse preferibilmente portati a ragionare sul rapporto intrattenuto dal codice con il diritto comune. Non si trattava infatti solo di allestire un inventario possibilmente completo delle regole dedotte dal diritto comune. Ben più apparve urgente indagare sulla realizzazione pratica di quel disposto, che negava *pro futuro* la forza

---

cifra codificatoria nell'opera di Savigny, in *Quaderni fiorentini* 9 (1980), p. 71-111, specialmente 81 ss.

(14) P. CARONI, *Rechtseinheit, Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt a.M. 1986, p. 108 ss., 42 ss.

sussidiaria del diritto comune, come anche spiegare perché, occasionalmente, tale disposto fu ritenuto inutile o persino inopportuno (15).

#### 4. *Codificazione e scienza giuridica.*

«*Jede Kodifikation ist ein Werk der Wissenschaft*» (16). Con questa affermazione si possono esprimere tre cose distinte, ovvero:

a) che solamente una scienza del diritto già consolidata può essere in grado di progettare codificazioni e di realizzarle. Lo attestano non da ultimo le codificazioni cantonali svizzere, promulgate essenzialmente tra il 1830 e il 1870, tutte elaborate da giuristi di chiara fama;

b) che l'applicazione pratica del diritto codificato, senza la fattiva collaborazione della scienza, è sconsigliabile ed avventurosa, e persino ne provocherebbe, con l'andar del tempo, l'inevitabile atrofia;

c) che infine la codificazione, proprio perché — a differenza del precedente sistema di fonti del diritto — stabiliva autoritariamente il diritto civile vigente e lo concepiva sistematicamente, favorisce immancabilmente l'avvento di una nuova civilistica. Anche qui non manca un esempio locale: una vera e propria scienza giusprivatistica svizzera si costituì infatti solo in sequela all'entrata in vigore del CCS (Codice civile svizzero), agli inizi del 1912 (17).

#### 5. *Codificazione come elaborazione teorica.*

Chi si chieda, concludendo, quale concreta idea di codificazione soggiacesse a tutte le situazioni ed i ragionamenti evocati finora,

(15) In modo riassuntivo su questo punto P. CARONI, «*Privatrecht*», p. 71-73.

(16) Così P. LIVER, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft*, in *Privatrechtliche Abhandlungen*, Bern 1972, p. 85 ss., passo citato a pagina 86; LO STESSO, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, I Einleitung (Art. 1-10 ZGB)*, Bern 1962, *Allgemeine Einleitung*, p. 60, n. 140. In questo senso pure A. EGGER, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, Zürich 1957, I, p. 129 ss.

(17) P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 66, n. 155.

potrà probabilmente constatare quanto segue: era un'idea che *privilegiava momenti formali*, sistematici (18), e che già per questo motivo appare quale *frutto di una concezione dotta e puramente teorica*. Più concretamente ancora, risulta essere un modello che si era sviluppato al di là dello spazio e del tempo, e perciò — convinto di proclamare una verità oggettiva — rivendicava validità universale. Chi tuttora condivide questa visione, legittima ma indubbiamente idealistica (se non addirittura contemplativa), non si interroga né sulla società storica che diede i natali a questo modello codificatorio (19), né sull'effettiva realizzazione di tale progetto (20). Ha piuttosto l'intenzione di salvare — anche questo è un suo buon diritto — la spiritualità (perciò anche la superiorità) di quest'idea, eludendo scrupolosamente qualsiasi contatto con momenti politici, sociali, ma in special modo economici (21). Per poi sottolineare con sicurezza che una codificazione così ridotta all'essenziale, ed in questo modo sottratta alle insidie della storia, certamente potrà superare le crisi attuali del sistema senza perdite troppo rilevanti (22).

(18) Cfr. per esempio la descrizione che ne fa H. COING, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 1977, II, p. 797 ss., in particolar modo p. 798; IDEM, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Dritter Band, Erster Teilband, München 1982, p. 4-5; P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 8, n. 2; P. CARONI, *Kodifikation*, col. 907-909.

(19) Ovvero la società dell'illuminismo, notoriamente ancora suddivisa in gruppi sociali (ceti); cfr. a questo proposito soprattutto D'AMELIO, *Illuminismo*, p. 65 ss.

(20) Per la quale si potrebbe citare al massimo un esempio, quello del codice prussiano (ALR) del 1794, senza comunque dimenticare che ebbe inizialmente validità puramente sussidiaria nelle singole province.

(21) Così per esempio H. Coing, il quale a conclusione della sua esposizione sulla preistoria della codificazione nega, inaspettatamente e senza ulteriori riscontri, qualsiasi connessione con la rivoluzione industriale (H. COING, *Vorgeschichte*, p. 816-817).

(22) H. COING, *Vorgeschichte*, p. 817; E.E. HIRSCH, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Beiträge zur Rechtssoziologie*, Berlin 1966, p. 159; K. SCHMIDT, *Die Zukunft der Kodifikationsidee - Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg 1985, *passim* (così come la mia recensione in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 10, 1988, p. 126-127). In modo esaustivo e differenziato in merito a tutta la tematica: P. JAEGGI, *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze*, hg. von P. GAUCH und B. SCHNYDER, Zürich 1976, p. 68 ss.

### III. *L'apparizione di un nuovo punto di vista.*

#### 1. *Ampliamento, completamento, disincanto.*

Nella storiografia giuridica europea, e massime in quella attenta al tema codificatorio, si percepiscono tuttavia, da quasi trent'anni, anche note nuove. Qualcuno, inosservato, ha distribuito partiture diverse, ed ha sollecitato la collaborazione di nuovi strumenti. Le prime impressioni — come potrebbe essere altrimenti! — sono discordi, attendono conferme ed impongono approfondimenti. La trasformazione così avviata ha comunque provocato un ampliamento della tematica, che si può riassumere pressapoco in questi termini: se il concetto di codificazione era finora caratterizzato dalla prevalenza di aspetti puramente giuridici, formali, sistematici, si impongono ora lentamente all'attenzione dello storico del diritto altri momenti, materiali ed extragiuridici. Si tien conto dei *contesti politici e sociali*, poiché evidentemente solo essi sono in grado di rivelare elementi *essenziali* del fenomeno storico qui esaminato, come anche di indicare le conseguenze concrete provocate dalla realizzazione del progetto codificatorio. Ovviamente tutto ciò non poteva avvenire senza frizioni e stonature, poiché quello che agli uni appariva come ampliamento necessario al recupero, rispettivamente alla restaurazione di un'unità perduta, rappresentava per gli altri l'inquinamento o il disincanto di una forma spirituale (al quale rinvia il titolo stesso di questo saggio).

#### 2. *Il contesto politico.*

Chi indaga sul contesto politico, nell'ambito del quale furono attuate e messe in vigore le prime codificazioni, subito si accorge della sua importanza. Definisce infatti quelle *condizioni generali*, senza considerare le quali non è più possibile descrivere in modo attendibile contenuto, fini e portata del processo codificatorio. Ricordo alcuni esempi concreti, discussi con particolare impegno negli ultimi anni.

a) Così come le codificazioni dell'illuminismo presupponevano e al tempo stesso riflettevano una struttura (ancora) cetua-

le (23), anche le codificazioni borghesi (inaugurate dal *Code civil* francese del 1804) sono figlie di una determinata evoluzione politica. In capo ad essa furono adottate quelle strutture, senza le quali il messaggio codificatorio sarebbe concretamente rimasto lettera morta. Solo la rivoluzione francese, classico esempio di rivoluzione borghese, perfezionò *effettivamente* quello smantellamento delle strutture feudali che neutralizzava politicamente e socialmente i ceti, così come la residua miriade di *corpora intermedia*; solo essa poté creare a tal modo una società nella quale il singolo « *losgelöst von den Naturbanden usw.* », che l'avevano ridotto « *in frühen Geschichtsepochen zum Zubehör eines bestimmten, begrenzten menschlichen Konglomerates* », viveva finalmente quale individuo (24); e solo in questa società l'unificazione sociale poté finalmente apparire quale programma realizzabile.

Nel 1804 il *Code civil*, che per la prima volta recapitava in modo uniforme il suo messaggio unitario a tutti i francesi, non regolava ormai più una società feudale, scopertamente gerarchizzata, ma piuttosto un'omogenea ed uniforme « società di individui » (25). Con questo non si vuole certo affermare che i codici borghesi venissero proclamati sempre e solo in seguito a rivoluzioni borghesi. Non mancano notoriamente i controesempi, più o meno clamorosi, come attesta l'ABGB austriaco del 1811. Questi controesempi dimostrano comunque che i codici borghesi non poterono attecchire in mancanza di strutture politiche adeguate, e che perciò l'attuazione delle loro proposte più innovatrici dovette esser rinviata *sine die* (26).

b) Si può persino andare oltre e formulare la tesi seguente: anche dopo l'avvenuta divaricazione di Stato e società, con il conseguente trasferimento dell'iniziativa economica in capo alla

(23) Cfr. *supra* nota 19.

(24) K. MARX, *Grundrisse der Kritik der politischen Oekonomie*, Berlin 1974, p. 5.

(25) C. CATTANEO, *Interdizioni israelitiche* (1837), Torino 1987, p. 158 (cfr. pure p. 164-165).

(26) Su questa problematica: P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 70-71; IDEM, *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*. Rektoratsrede, Bern 1988, p. 16 ss., con altre citazioni. L'esempio più significativo potrebbe essere la tentata, ma fallita, introduzione del *Code civil* negli Stati della Confederazione renana, alla quale E. FEHRENBACH ha dedicato un saggio classico (*Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3. Auflage, Göttingen 1983).

società, il diritto tipico di quest'ultima non rivendica autonomia e nemmeno si isola, ma piuttosto conferma, come vedremo più avanti, transizioni e collegamenti di vario tipo. Tutto ciò appare manifesto analizzando la relazione che intercorre tra codificazione e costituzione, oppure tentando di determinarne l'esatta gerarchia; è del resto quello che succede oggi in forma crescente un pò ovunque <sup>(27)</sup>, con risultati degni di nota.

c) Le codificazioni hanno sempre unificato anche *territorialmente* il diritto privato, il che rifletteva fedelmente la storia politica del paese. Grazie all'affermazione di una ovvia, se non addirittura inevitabile concordanza tra forma di Stato e organizzazione giuridica, i codici si rivelarono utili in *plurime contingenze*: per preparare lo Stato unitario, per suggellarlo come anche per rafforzarlo. Tutte possibilità, queste, che non si lasciarono scappare né il sovrano assoluto nel Settecento (come testimonia di nuovo la genesi emblematica dell'ABGB austriaco) <sup>(28)</sup> né la borghesia nell'Ottocento, che considerò a più riprese l'uniformità territoriale del diritto privato anche quale risultato e rivalutazione degli Stati nazionali appena sorti, e si affrettò perciò ovunque a realizzarla <sup>(29)</sup>. Che questa strategia convincesse molto meno in uno Stato federale è palese, poiché qui si scontrava con la realtà di una sovranità frazionata. Questo dimostra che i possibili collegamenti fra costituzione e codificazione non sono illimitati, e neppure funzionano sempre senza riserve; lascia inoltre presagire le difficoltà — davvero insolite — che la Svizzera avrebbe dovuto affrontare per unificare il proprio diritto privato <sup>(30)</sup>.

<sup>(27)</sup> Cfr. ad es. le opere che verranno citate più avanti.

<sup>(28)</sup> Si veda a questo proposito H. STRAKOSCI, le cui opere verranno citate per esteso più sotto (infra nota 71).

<sup>(29)</sup> Cfr. per esempio H. GEIZ, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966; D. GRIMM, *Historische Erfahrungen mit der Rechtsvereinheitlichung - das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland*, in *Rabels Zeitschrift* 50 (1986), p. 61-76; S. BUCHHOLZ, *Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Rabels Zeitschrift* 50 (1986), p. 77-110; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma/Bari 1979.

<sup>(30)</sup> Dettagliatamente su questo punto P. CARONI, *Rechtseinheit, passim*, specialmente p. 34 ss. e 85 ss.

### 3. *Il contesto sociale, ed economico in particolare.*

Le codificazioni sanzionano una disciplina dettagliata, con la quale i legislatori cercarono di regolare a priori, in maniera tendenzialmente completa, definitiva ed uniforme, ed in sequela a determinati modelli non sempre evidenti, le relazioni interpersonali sorte in una società, che per la prima volta si autoregolava (e si riteneva in questo senso autonoma). Affermare allora che si possono « leggere » e comprendere unicamente alla luce di questo contesto sociale ed anzitutto economico, dovrebbe apparire pressoché ovvio. Nonostante ciò, per molto tempo tale istanza raccolse pochi consensi, quando non fu deliberatamente ignorata. Per quali motivi? Tento, come posso, di darmene conto ed anche di capire come si sia infine giunti ad un cambiamento.

a) Se si sostiene in modo indifferenziato (ciò che tuttavia oggi avviene sempre più di rado) che le codificazioni giusprivatistiche sono state di fondamentale importanza per lo sviluppo capitalistico dell'Ottocento, si viene apparentemente sconfessati da scomodi controesempi, che sembrano confutare radicalmente questa tesi. Non si può ad esempio negare che i primi codici borghesi abbiano sanzionato, in realtà, diritto privato pre-industriale e, più esattamente, il diritto di una società, nella quale la rivoluzione dei trasporti, quella agricola e quella industriale stavano ancora alle porte<sup>(31)</sup>. Nemmeno si può scordare che l'Inghilterra — la classica nazione della rivoluzione industriale — a tutt'oggi rifiuta una codificazione giusprivatistica<sup>(32)</sup>. Del resto, anche la storia giuridica locale conosce eccezioni che disorientano: penso concretamente all'industrializzazione precoce e massiccia di alcuni Cantoni della

---

<sup>(31)</sup> Su questo tema si veda per esempio D. GRIMM, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. von H. COING, III/1, München 1982, p. 17-173, in modo speciale 73-74; H. STEINDL, *Ueberlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung in Ius commune*, Sonderheft n. 15, Frankfurt a.M. 1981, p. 76-107; J. MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini* 2 (1973), p. 111-145. Una prima asserizione nello stesso senso in G. FAZY, *La centralisation et l'unification du droit en Suisse*, Genève 1890, p. 36.

<sup>(32)</sup> Cfr. per esempio l'indicazione in H. COING, *Vorgeschichte*, p. 816-817.

Svizzera orientale, il cui diritto privato all'epoca di tali trasformazioni risultava ancora essenzialmente dai *Landbücher* di antica tradizione <sup>(33)</sup>; non va inoltre dimenticato che lo sviluppo del capitalismo industriale precedette l'unificazione del diritto privato, potendone anzi agevolmente prescindere <sup>(34)</sup>.

b) Questi esempi contrari sono importanti, in quanto ci obbligano a ragionare sul rapporto storicamente appurabile fra l'ordinamento giuridico borghese e il capitalismo moderno, incitandoci a proporre soluzioni differenziate. Una cosa mi pare indiscutibile: il ruolo del diritto privato nella creazione di quelle premesse che hanno reso possibile l'industrializzazione, ed a tal modo affrettato il passaggio alla produzione meccanica, è stato sicuramente molto modesto, tutt'al più di sostegno. Ben altri fattori — di carattere tecnico, fisico, demografico, finanziario — vi contribuirono molto più decisamente. Il diritto poteva offrire solo servizi relativamente subordinati, per fornire i quali non doveva nemmeno essere codificato; in particolare poteva incoraggiare l'attività di investimento, facilitando la costituzione di società di capitali o proponendo garanzie di credito ottimali <sup>(35)</sup>. In ultima analisi non era altro — come del resto l'economia capitalistica — che « *le visiteur du soir* » <sup>(36)</sup>: quando finalmente intervenne, i cambiamenti strutturali decisivi erano già avvenuti e le premesse per il decollo del nuovo sistema economico erano già state poste, senza far capo alla mediazione giuridica. Giunse dunque troppo tardi?

c) Anche del visitatore o dell'invitato seròtino non diciamo che arriva troppo tardi, solo perché non era presente quando, di giorno, si svolsero i preparativi. Arriva puntuale per l'occasione vera e propria e le conferisce, con la sua presenza, una cornice festosa. Proprio così intervenne anche il diritto privato: per lo più sotto forma di un codice borghese, appronta quei mezzi che permettono

---

<sup>(33)</sup> F. v. WYSS, *Ist die Centralisation des Schweizerischen Privatrechts möglich und wünschenswerth und eventuell in welchem Umfang?*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 15 (1867), I, p. 9-40, specialmente p. 36-37.

<sup>(34)</sup> P. CARONI, *Rechtseinheit*, p. 15 ss.

<sup>(35)</sup> Su questo ultimo punto per esempio A. LEIST, *Privatrecht und Kapitalismus im XIX. Jahrhundert*, Tübingen 1911.

<sup>(36)</sup> Così la bella metafora di F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985, p. 76-78.

e garantiscono il funzionamento senza intoppi di un sistema *già consolidatosi*. È la sostanza lubrificante, senza la quale il meccanismo del mercato non si porrebbe nemmeno in movimento, o perlomeno stridrebbe in modo indescrivibile; fissa le condizioni di ammissione al gioco della concorrenza e le relative regole; mette a disposizione del vincitore il sostegno garantistico-esecutivo dell'apparato statale<sup>(37)</sup>. Tutto questo lo fa in modo semplice e discreto, senza imporre nulla e senza alzare la sua voce (peraltro impersonale). Così che, alla fine, siamo quasi tentati di desumerne, se non una latitanza vera e propria, certo una indifferenza e neutralità pressoché completa *vis-à-vis* dell'evoluzione sociale, magari paragonabile a quella che ostenta l'arbitro navigato rispetto ai giocatori.

#### 4. *Contenuto e forma: eternità ed astrazione.*

Contenuto e forma delle codificazioni giusprivatistiche borghesi — ci accontenteremo per il momento di un loro esame sommario — sembrano indicare la stessa direzione e ribadire l'indifferenza del diritto privato borghese di fronte ai soggetti giuridici.

a) L'*eternità*, che contraddistingue il contenuto dei codici, mise fine al regime delle finalità tassativamente previste (e quindi anche imposte) dalla legislazione statale. Il diritto privato borghese si propone così essenzialmente di concedere *chances*<sup>(38)</sup>: offre i mezzi ed indica la via, lasciando poi libero il soggetto giuridico di decidere se far concretamente capo alle opportunità così conferite. Si accontenta cioè kantianamente di garantire quelle condizioni esterne che rendono possibile o quantomeno facilitano un ottimale, reciproco sfruttamento dell'autonomia privata dei soggetti giuridici. Il suo ambito di influenza si conclude ove inizia l'autonomia privata dell'individuo. L'*eternità* appare così quale inevitabile conseguenza della soggettivizzazione dell'ordinamento giuridico<sup>(39)</sup>.

b) La forma del diritto privato codificato risulta dal suo contenuto e si ottiene essenzialmente tramite astrazione e smateria-

<sup>(37)</sup> In modo riassuntivo M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 81-83.

<sup>(38)</sup> M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 57.

<sup>(39)</sup> Si vedano alcuni documenti significativi in P. CARONI, *Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung, II, Geschichte des Privatrechts*, Bern 1987, n. 35, 36, 125.

lizzazione <sup>(40)</sup>. Poiché questo diritto rivendica validità generale, deve necessariamente promulgare norme applicabili a tutti in modo uniforme, ignorando od espungendo disuguaglianze e disparità. Dovrà in altre parole concentrarsi sui pochi aspetti ancora passibili di generalizzazione: sono ovviamente quelli formali, che indicano (o sbloccano) semplici possibilità. Questa è la via che conduce alla generalizzazione della qualità di soggetto giuridico, dunque anche al primato dell'autonomia privata, dell'« arbitrio » soggettivo, e con questo di fatto al nucleo dei codici borghesi <sup>(41)</sup>.

### 5. La « realtà » della codificazione.

Da quanto detto risulta che il diritto borghese contempla solo in astratto le opportunità inerenti all'autonomia privata, e che solo a questa condizione può generalizzarle. Non indaga sulle premesse di un loro *effettivo sfruttamento* da parte dei soggetti giuridici. Lo si può dunque combinare — se ci si affida esclusivamente al suo testo — ai sistemi economici più disparati <sup>(42)</sup>, come testimonia l'esempio dell'articolo 544 del *Code civil*. In questa celeberrima disposizione si delinea per la prima volta la proprietà borghese quale « *droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». La proprietà vi venne definita in modo tanto astratto, da far ritenere, non senza motivo, che avrebbe potuto « *auch von jedem Kommunisten rubig unterschrieben werden* » <sup>(43)</sup>.

Se invece non ci si accontenta di tale menzione astratta, ma si desidera saperne di più in ordine alla *realizzazione concreta* dei poteri uniformemente conferiti ai soggetti giuridici, diventa inevitabile considerare quella società concreta, all'interno della quale il programma

<sup>(40)</sup> Vedi P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 64-65.

<sup>(41)</sup> Alcune importanti testimonianze di origine kantiana in P. CARONI, *Quellen und Texte*, II, n. 125, p. 165-166.

<sup>(42)</sup> M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 79, 284 ss.; F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a.M. 1974, p. 9-10; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli 1971, p. IX-XI; XXV-XXVI, XXXI.

<sup>(43)</sup> H. v. SCHEEL, *Das Recht und die Pflichten des ländlichen Grundeigentums*, in *Landwirtschaftliche Jahrbücher* (Organ des preussischen Landesökonomiekollegiums), Juliheft 1874, p. 463 ss., passo citato a pagina 466.

codificatorio era destinato a realizzarsi. Il deciframento del messaggio giusprivatistico — in altre parole — ci obbliga così ad esaminare il retroterra sociale del codice. E tale esame mette subito a nudo due verità, che la dicono lunga sulla « realtà » della codificazione.

In primo luogo: le rivoluzioni borghesi avevano soppresso solo alcune disuguaglianze, ovvero quelle che ostacolavano lo spiegamento del programma economico borghese. Le rimanenti continuarono invece a sussistere, poiché persino idonee ad incentivare tale programma. Perciò le società disciplinate dal diritto borghese comprendevano essenzialmente persone disuguali: « *depuis 1789 la France essaie de faire croire, contre toute évidence, aux hommes qu'ils sont égaux* » (44). Secondariamente, il gioco della concorrenza che imperversava ora nella società, tosto si mutò in obbligo, attrasse implacabilmente — mettendoli così a confronto — tutti i soggetti giuridici, in ciò speculari all'esclusività e alla globalità dell'istituzione del « mercato ». In fondo, l'adeguamento del singolo alle leggi di mercato non era lasciato al suo arbitrio, essendo di fatto inevitabile (45). Da tutto ciò risulta un giudizio più differenziato in merito alla realizzazione del programma codificatorio:

a) Astrazione ed eternità non furono programmate per errore o quale soluzione di ripiego: erano piuttosto la conseguenza di una chiara opzione giuspolitica. Presupponevano infatti quelle disuguaglianze materiali fra i soggetti giuridici, senza le quali l'economia capitalistica non poteva funzionare (46). Rendevano possibile a chi disponeva di mezzi adeguati lo sfruttamento dei relativi squilibri nel proprio interesse; in altre parole, facilitavano e legalizzavano al tempo stesso la valorizzazione di tutte le energie esistenti, forza lavoro compresa, facendo leva sull'autonomia privata e sulla teoria contrattuale. E tutto ciò in una società formalmente egualitaria ed in un contesto politico che prefigurava lo stato di diritto.

b) Il conflitto con la giustizia materiale, che ne risultò, fu una conseguenza inevitabile (47). Conseguiva necessariamente all'impo-

(44) BALZAC, *Les paysans*, Prefazione di L. Chevalier, Paris 1975, p. 148.

(45) Di nuovo chiaramente M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 172.

(46) In modo riassuntivo F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, p. 76-78; 96-97;

I. WALLERSTEIN, *Le capitalisme historique*, Paris 1985, *passim*, specialmente p. 31.

(47) Fondamentale M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 169-172; 219-223.

sizione di un diritto formalmente egualitario ad una società di disuguali. Essa privilegiava automaticamente chi meglio conosceva le regole del gioco della concorrenza, e poteva inoltre far capo a maggiori risorse per vincere eventuali resistenze, peraltro generalmente passeggero. Altrettanto automaticamente ne usciva con le ossa rotte chi (come i proletari ed i contadini) aveva pretese in sé non destinate al mercato, ma che il mercato ugualmente ghermì e stravolse senza troppi complimenti. Da cui deve pur dedurre che un'efficace considerazione di interessi settoriali all'interno della codificazione borghese era impensabile e comunque inattuabile.

c) A tal modo abbiamo implicitamente risposto ad un'altra domanda: se il diritto codificato sia riuscito o meno a compensare gli squilibri che ha contribuito a creare o a mantenere. La problematica del « diritto privato sociale », delle sue possibilità ed anche dei suoi limiti, non può essere affrontata in questo contesto. Dovrà allora bastare un semplice accenno, almeno per attenuare ogni e qualsiasi « euforia sociale »<sup>(48)</sup>. Anche perché, dopo tutto, esulava totalmente dalla competenza dei codici affrontare o combattere quelle situazioni sociali, che conseguivano legalmente all'esercizio di facoltà, concesse a tutti dal codice stesso in modo uniforme.

d) Riassumendo: il diritto privato astratto dei codici assume improvvisamente contorni molto concreti, se vi si vede anche un mezzo per la realizzazione del programma economico borghese, ciò che senza dubbio voleva essere. Il che mostra, in particolare, due cose: che l'esternità era funzionale allo sfruttamento ottimale di contingenze esistenti, quindi non poteva essere né neutrale né indifferente; inoltre che tutte le libertà sulle quali era cresciuto il codice borghese — libertà contrattuale, libertà del proprietario, libertà testamentaria — non intesero proclamare diritti assoluti ed illimitati. Denotavano piuttosto un carattere unicamente formale, non permettevano di circoscrivere la libertà materiale dei loro destinatari<sup>(49)</sup>, ed infine potevano essere rivendicate solo nella misura in cui il loro contenuto corrispondesse ad aspettative borghesi<sup>(50)</sup>. Venne cioè esplicitamente impedito richiamarsi ad esse

(48) In modo riassuntivo P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 92-94.

(49) M. WEBER, *Rechtssoziologie*, p. 169-172.

(50) P. CARONI, *Glanz und Untergang des bourgeois riche vaudois - Studien zur*

per conseguire risultati estranei alle intenzioni originarie. Improvvisamente, al centro del codice liberale, permissivo, persino magnanimo, emersero minacciosamente alcuni tratti repressivi <sup>(51)</sup>.

#### 6. *Un piano di origine borghese.*

Questa nuova prospettiva ha salutarmente liberato la tematica codificatoria dai vincoli che finora la condizionavano ed ha favorito la considerazione di aspetti extragiuridici. L'impatto, così propiziato, con quella società concreta nella quale dopo tutto la codificazione doveva operare, avrà magari offuscato un quadro finora chiaro, perché fortemente idealizzato; ma in compenso ha pure rivelato nuove contingenze dell'evoluzione codificatoria. Queste ultime, di carattere esclusivamente giuspolitico e politico-economico, svelano il preciso contesto storico della strategia: la codificazione, al centro di una società antagonista, non era certo « *der schrofte, ungemilderte, unverfälschte Ausdruck der Herrschaft einer Klasse* » <sup>(52)</sup>. Ma la sua unilateralità, inizialmente celata, rispettivamente discretamente taciuta dalla formulazione astratta, divenne ben presto evidente. Nonostante compromessi, riserve mentali ed eccezioni varie, la codificazione era e restava un piano di origine borghese e doveva quindi considerare preferibilmente gli interessi borghesi, senza per questo rinunciare a conseguire effetti collaterali. Se quindi storicamente si affermò *questa* (e non un'altra) strategia, ciò dipese meno dalla sua « verità intrinseca », che dalla sua idoneità ad accondiscendere alle attese giuridiche della borghesia vincente.

#### IV. *Sintesi di un'interpretazione.*

Ponendo ora entrambe le prospettive a confronto, si può valu-

---

*kantonalen Gemeindeggeschichte des 19. Jahrhunderts*, in *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern/Stuttgart 1979, p. 51 ss., specialmente p. 76 n. 143.

<sup>(51)</sup> Questa la tesi di A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français - La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973, p. 35-36, 47, 55, 70, 147-149, 154.

<sup>(52)</sup> Così F. Engels in una lettera del 27 ottobre 1890 a C. Schmidt a Berlino, in K. MARX / F. ENGELS, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden*, Berlin 1970, II, p. 462.

tare più agevolmente la trasformazione avvenuta, ed interpretarla in modi diversi:

— come passaggio da una visione dominata da concetti giuridici e quindi tendente ad evidenziare la continuità, ad una visione che, connotata da un taglio storico-sociale, sottolinea costantemente la storicità dell'evoluzione. In cui può esser vista anche una transizione dalla diacronia alla sincronia. Oppure

— come passaggio da un concetto codificatorio illuministico ad uno borghese, per il quale l'ALR prussiano del 1794 e il *Code civil* francese del 1804 fungono da classici esempi. O, infine, anche

— come passaggio da un sistema di doveri comportamentali (*officia*), proprio del diritto naturale prekantiano, al sistema dei diritti soggettivi, rispettivamente della libertà d'azione inerente all'autonomia privata.

Se riconosciamo questa trasformazione e ci vediamo costretti ad accettarla — se non altro perché corrisponde ad un reale cambiamento storico — potremo anche individuare e capire l'*iter* non sempre lineare seguito dall'evoluzione codificatrice, come risulta da questo esempio conclusivo. La codificazione venne spesso considerata come risultato di una strategia unificatrice, che si proponeva di superare una triplice frammentazione (territoriale, sistematica e sociale) del diritto<sup>(53)</sup>. Chi si accontenta di tale definizione, ingabbiandola in una formulazione dogmatica, non sarà sollecitato a « leggerla » alla luce della storia. Al contrario: anteporrà il concetto alla storia, vi adatterà senza scrupoli, stravolgendole, le cose realmente successe. Non potrà accorgersi di un fatto importante: che l'unificazione sociale, conseguita per ultima, non fu l'apogeo di una lunga evoluzione. Vanta infatti una storia totalmente diversa, che *in nessun modo* confluisce in quella del concetto illuministico di codificazione. Tra questi due momenti, ossia fra l'illuminismo e il *Code civil*, stanno infatti le rivoluzioni borghesi, che eliminando le strutture feudali e cetuali crearono le premesse dell'unificazione sociale<sup>(54)</sup>.

(53) Così, per esempio, P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 54 ss.

(54) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 35-41.

## V. Segnali bibliografici.

### 1. Una trasformazione su scala europea.

Le monografie ed i saggi che cominciarono ad apparire negli anni sessanta, nei quali si indagava consapevolmente sul retroterra politico e sociale della codificazione, sono le testimonianze più tangibili di una trasformazione, rispettivamente di una nuova prospettiva, che progressivamente andava diffondendosi.

In *Italia*, ad esempio, le opere di Giovanni Tarello<sup>(55)</sup>, Paolo Ungari<sup>(56)</sup>, Domenico Corradini<sup>(57)</sup>, Pietro Barcellona<sup>(58)</sup>, Carlo Ghisalberti<sup>(59)</sup>, Natalino Irti<sup>(60)</sup>, Nicolò Lipari<sup>(61)</sup> ed infine Raffaele Teti<sup>(62)</sup>. Per la *Francia* quelle di Jean Maillet<sup>(63)</sup>, André-Jean Arnaud<sup>(64)</sup> e Michel Mialle<sup>(65)</sup>. Per la *Germania* anzitutto i mol-

<sup>(55)</sup> G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Parte prima, Genova 1971 (e l'approfondita recensione di M. SBRICCOLI, in *Quaderni fiorentini* 1, 1972, p. 422-429); IDEM, *Storia della cultura giuridica moderna*, (v. supra n. 54).

<sup>(56)</sup> P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini*, 1 (1972), p. 207-227; IDEM, *Saggi recenti in tema di Codificazioni*, in *Quaderni fiorentini* 2 (1973), p. 778-787; IDEM, *L'età del Codice Civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, senza data (ma 1967).

<sup>(57)</sup> D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo - Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971.

<sup>(58)</sup> P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato* (v. supra n. 42); IDEM, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973.

<sup>(59)</sup> C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia* (cfr. supra n. 29); IDEM, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma/Bari 1985.

<sup>(60)</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 3. ed., Milano 1989.

<sup>(61)</sup> N. LIPARI, *Diritto privato - Una ricerca per l'insegnamento*, Roma/Bari 1974, specialmente pp. 1-67.

<sup>(62)</sup> R. TETI, *Codice civile e regime fascista - Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990.

<sup>(63)</sup> J. MAILLET, *Réflexions sur les conditions historiques des codifications modernes*, in *Revue historique de droit Français et étranger* 46 (1968), p. 695-696; IDEM, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste* (cfr. supra n. 31).

<sup>(64)</sup> A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969; IDEM, *Essai d'analyse structurale du Code civil français* (cfr. supra n. 51).

<sup>(65)</sup> M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Paris 1977; IDEM, *L'Etat du droit*, Paris/Grenoble 1978.

replici contributi di Franz Wieacker <sup>(66)</sup>, subito seguiti dalle ricerche di Elisabeth Fehrenbach <sup>(67)</sup>, Dieter Grimm <sup>(68)</sup> e Thomas Vormbaum <sup>(69)</sup>, accanto alle pubblicazioni di fonti legislative, che ultimamente proliferano in forma quasi selvaggia <sup>(70)</sup>. Per l'*Austria* vanno ricordate le indagini di Heinrich Strakosch <sup>(71)</sup> ed infine, per la *Spagna*, quelle di Bartolomé Clavero <sup>(72)</sup>, Francisco Tomás y Valiente <sup>(73)</sup> e Carlos Petit <sup>(74)</sup>.

## 2. *Trasformazione en miniature.*

Ovviamente anche la storiografia svizzera è stata investita da questa trasformazione, tuttavia con un certo ritardo e forse non

<sup>(66)</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Göttingen 1967, p. 322 ss.; 468 ss.; 488 ss.; IDEM, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (cfr. *supra* n. 42).

<sup>(67)</sup> E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3. Auflage, Göttingen 1983.

<sup>(68)</sup> D. GRIMM, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung* (cfr. *supra* n. 31); IDEM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (Sammlung von Aufsätzen), Frankfurt a.M. 1987. Da ultimo l'interessante e riassuntivo sguardo retrospettivo *Die soziologische Herausforderung*, pubblicato in una originale antologia: *Werkbesichtigung Geisteswissenschaften - Fünfundzwanzig Bücher von ihren Autoren gelesen*, hg. von H. RITTER, Frankfurt a. M. 1990, p. 202-209.

<sup>(69)</sup> T. VORMBAUM, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation - Berichterstattung und Kritik der sozialdemokratischen Partei und Presse während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin / New York 1977.

<sup>(70)</sup> H.H. JAKOBS / W. SCHUBERT (Hg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin / New-York 1978-1991, finora 14 voll.; W. SCHUBERT (Hg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin / New York 1980-1986; W. SCHUBERT / B. SCHMIEDEL / C. KRAMPE (Hg.), *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Frankfurt a.M. 1986-1988, tre voll.

<sup>(71)</sup> H. E. STRAKOSCH, *State Absolutism and the Rule of Law - The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753-1811*, Sydney 1967; IDEM, *Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Oesterreich (1753-1811)*, München 1976.

<sup>(72)</sup> B. CLAVERO, *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio*, in *Quaderni fiorentini* 18 (1989), p. 79-145; IDEM, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici fra costituzione e codice*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* 19 (1989), p. 95-129.

<sup>(73)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989.

<sup>(74)</sup> *Derecho privado y revolución burguesa*, a cura di C. PETIT, Madrid 1990.

radicalmente, per motivi che tenterò di analizzare. In ogni caso si può osservare come nel corso degli ultimi dieci anni la prospettiva finora preferita, ancora sottesa alla grande opera riassuntiva di Ferdinand Elsener<sup>(75)</sup>, si sia arricchita di vecchi dubbi e nuovi strumenti, che hanno reso accessibili terreni finora inesplorati. Così alcune codificazioni cantonali sono apparse recentemente sotto una nuova luce grazie all'impiego di occhiali finora mai inforcati, con esiti tutt'altro che trascurabili. Penso agli studi di Gabriello Patocchi sul Codice civile ticinese del 1837, di Isabelle Augsburger-Bucheli sul Code civil neuchâtelois del 1853/1855, come pure alla dissertazione bernese di Hans-Peter Geissmann, che analizza in dettaglio il modello sociale che aveva ispirato il codice argoviese, elaborato fra il 1847 e il 1855<sup>(76)</sup>.

Accanto a queste indagini, sempre più si aspira a leggere la storia del Codice civile svizzero in una prospettiva storico-sociale e non più unilateralmente storico-dogmatica, ciò che fu agevolato dalla pubblicazione dell'inventario dei materiali legislativi<sup>(77)</sup>. Così, recentemente, venne messo a fuoco l'impatto di rivendicazioni settoriali sulla redazione finale del Codice. Finora questo è avvenuto per le istanze presentate dalle organizzazioni femminili<sup>(78)</sup>, o da

(75) F. ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert - unter bes. Berücksichtigung des Privatrechts*, Zürich 1975. Particolarmente istruttiva è la seconda parte (p. 237 ss., *Die Rechtsschulen des 19. Jahrhunderts und die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*), che originariamente venne pubblicata nel 1969.

(76) G. PATOCCHI, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice Civile Ticinese del 1837*, Diss. iur. Berna 1961; I. AUGSBURGER-BUCHELI, *Le Code civil neuchâtelois 1853-1855 - Etude de l'élaboration et de la structure d'un Code civil qui a pour modèle le Code civil français*, Diss. iur. Neuchâtel 1988; H. P. GEISSMANN, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847-1855) - Zur Entstehungsgeschichte des modernen bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Diss. iur. Bern 1991.

(77) O. GAUYE, *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907*, in *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 13 (1963), p. 54-100. Molto istruttivo L. NEUHAUS, *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* 53 (1957), p. 369-377.

(78) CHR. HAUSAMMANN / E. SCHALLER, *Die Postulate der Frauenorganisationen und ihre Berücksichtigung bei der Ausarbeitung des ZGB*, Unveröffentlichte Lizentiatsarbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern, 1979; D. MANAI, *Eugen Huber Juris-*

alcuni partiti <sup>(79)</sup>, ma in special modo in ordine alle rivendicazioni del ceto rurale <sup>(80)</sup>. Da ultimo si è involontariamente ritrovato sotto le luci della ribalta — dopo anni di costante, ma segreta ammirazione — anche Eugen Huber, l'artefice del Codice civile: un personaggio veramente carismatico, che abbiamo tradizionalmente sommerso di lodi, tanto da metterne in ombra i tratti più spiccatamente umani come anche, in ultima analisi, i limiti <sup>(81)</sup>.

## VI. *Logica e motivi del disincanto.*

### 1. *Introduzione, o l'inevitabilità della deviazione.*

Giunti a questo punto, vien naturale chiederci: dobbiamo accontentarci di registrare questa trasformazione e di descriverla sulla base di alcuni esempi, oppure dobbiamo anche tentare di spiegarla, ossia di capire *perché è avvenuta?* Se pare indicato imboccare quest'ultima strada, probabilmente perché in questa trasformazione si riflettono non tanto svolte autobiografiche, quanto cambiamenti che hanno investito l'intera società. Se davvero così fosse — e chi

---

*consulte charismatique*, Basel/Frankfurt a.M. 1990, p. 116-123; B. MESMER, *Ausgeklammert - Eingeklammert, Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts*, Basel/Frankfurt a.M. 1988, p. 231, 240 ss.

<sup>(79)</sup> K. ROTHENBUEHLER, *Die Postulate der Sozialdemokraten zur Kodifikation des Zivilrechts in der Schweiz*, Unveröffentlichte Seminararbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern, 1982. Sull'incontro di Eugen Huber con l'ideologia socialdemocratica, cfr. per ora P. CARONI, *Anton Menger ed il Codice civile svizzero del 1907*, in *Quaderni fiorentini* 3-4 (1974-1975), p. 273-318, specialmente 299 ss.; D. MANAI, *Eugen Huber*, p. 10-12, 32.

<sup>(80)</sup> R. STEPPACHER, *Rechtsvereinbeitlichung als Rechtserneuerung - Die Bauern und die Vereinbeitlichung des Privatrechts auf Bundesebene in der Schweiz*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 9 (1987), p. 152-183; IDEM, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR - Ein Beitrag zur Schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893-1912)*, Diss. iur. Bern 1991. Sulla stessa problematica all'interno del diritto privato cantonale cfr. H.P. GEISSMANN, *Das ABGB für den Kanton Aargau*, p. 392-412.

<sup>(81)</sup> D. MANAI, *Eugen Huber Jurisconsulte charismatique*, Basel/Frankfurt a.M. 1990. Su questa biografia, dettagliatamente, P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 110 (1991), I, p. 381-419.

scrive ne è convinto — dovrebbe essere possibile spiegare l'avvenuta dislocazione del fulcro tematico in un altro modo che non con la trita allusione alla saggezza dei posteri, oppure alla dinamica intrinseca al progresso. Se oggi vediamo e valutiamo l'evoluzione in altro modo, è perché noi stessi siamo diventati diversi, poiché viviamo in una società assediata da preoccupazioni sue specifiche, perciò nuove. In ciò sta la conferma di una banale (ma spesso dimenticata) verità: vediamo la storia unicamente attraverso il presente, scorriamo solo quel frammento di essa, che il presente occasionalmente illumina. Più semplicemente ancora: « *Dans la vie de tous les jours, c'est d'abord par l'intermédiaire de l'idéologie de notre société que nous devenons conscients de quelque chose* »<sup>(82)</sup>. Ma tutte le deviazioni, quelle liberamente imboccate come quelle inflitte dalla natura umana, hanno un loro fascino, quando non seducono. Nel nostro caso ci obbligano a ragionare sull'odierna società e sui problemi nei quali si dibatte. Che è come dire: scrutando l'attualità riusciamo a decifrare (almeno parzialmente) il passato.

## 2. *Il sacrificio della libertà contrattuale: la svolta verso il sociale.*

Nel 1904 James Joyce concludeva il suo *Portrait of the Artist* con una sentenza sibillina: « *The competitive order is employed against itself* »<sup>(83)</sup>. Già allora non si trattava ormai più di una semplice profezia, che nel corso del secolo si sarebbe d'altronde avverata ancor più drammaticamente: sanzionando il crollo della libertà contrattuale e smascherando impietosamente quell'illusione egualitaria che aveva inizialmente connotato il modello giuridico borghese, determinandone la relativa parabola. Perché le illusioni, come pure le cose invisibili ed immaginarie, possono ben avere una loro storia, concreta e convincente<sup>(84)</sup>. L'affermazione di Joyce — che potrebbe venir ribadita da numerose altre citazioni — è quindi valida, in

<sup>(82)</sup> L. DUMONT, *Homo aequalis - Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977, p. 26-30. Passo citato a p. 27.

<sup>(83)</sup> J. JOYCE, *A Portrait of the Artist as a Young Man*, a cura di Chester G. Anderson, Londra 1968 (ried. 1977), p. 266.

<sup>(84)</sup> Stimolante a questo proposito P. ARIES, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen Age à nos jours*, Paris 1975, p. 98-99.

quanto non collega l'evoluzione effettiva all'azione di fattori esogeni, e nemmeno la spiega come imprevisto o casuale scarto. Vede piuttosto in essa l'avverarsi di un *pericolo endogeno* e considera perciò l'implicita soppressione della libertà contrattuale quale fatto ampiamente prevedibile e scontato, poiché conforme alla logica sottesa alle opzioni codificatorie. Proprio questa visione disincantata del presente ci induce a scrutare con occhi diversi il contesto storico della codificazione. Storicamente essa amò presentarsi quale memorabile tentativo di riconciliare liberalismo e democrazia, il che avrebbe aperto utili prospettive alla cooperazione di libertà e uguaglianza. Chi poi, a bocce ferme, tentasse di appurare l'esito concreto di tale divisamento, magari liberando il testo scritto dalla gabbia nella quale era stato isolato, rispettivamente rinchiuso dal formalismo giuridico, dovrebbe alla fine ammettere che il conto (peraltro precipitoso ed anche un poco ingenuo), davvero non torna. Perché? Perché non poteva assolutamente quadrare. Liberalismo e democrazia erano pur rimasti, aldilà delle belle (e comode) speranze, avversari inconciliabili, come avrebbero testimoniato altri episodi nel corso del secolo<sup>(85)</sup>. L'ambivalenza tra libertà ed uguaglianza si risolse presto a favore della prima: chi vi si richiamava rafforzava generalmente disuguaglianze esistenti e ne provocava altre completamente nuove. Se poi qualcuno obbiettasse che *ex post* è facile criticare, e che le cose avrebbero ben potuto svolgersi diversamente, allora gli ricorderei quanto statuiva *già nel 1799* un progetto costituzionale della Repubblica Elvetica: « *Die Freiheit schliesst die Gleichheit nicht in sich* »<sup>(86)</sup>.

### 3. *L'irrisolta questione sociale: la svolta verso il politico.*

Gli antagonismi che nella seconda metà del secolo scorso conseguirono all'industrializzazione, trasformandosi rapidamente in una « questione sociale » che minacciava l'esistenza stessa di tutta la società, ingombrano tuttora l'attualità. Se disturbano meno, così che

<sup>(85)</sup> Persuasivo su questo punto F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, p. 10-15; P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 146-155.

<sup>(86)</sup> *Ämtliche Sammlung der Acten aus der Zeit der Helvetischen Republik*, bearbeitet von J. STRICKLER, IV. Band (April-September 1799), Bern 1892, p. 1326.

non dobbiamo neppure più vergognarcene, è solo perchè li abbiamo accuratamente nascosti: abbiamo infatti esportato il problema (complicando così la problematica del terzo mondo) o, meglio, lo abbiamo represso (come testimoniano drammaticamente le più recenti scoperte sulla cosiddetta « nuova povertà »). Sempre più insistentemente (si spera) ci si pone la domanda di come si possa rimediare. Dato che un'incisiva socializzazione del diritto privato, volta a conseguire effetti compensatori, ossia a trasferire e ridistribuire ricchezza, resterà illusoria, fintantoché le strutture portanti di questo diritto rimarranno borghesi, solo un intervento diretto dello Stato pare oggi in grado di risolvere i più assillanti fra i problemi sociali. Di uno stato che potrà dedicarsi ovvero emanando diritto sociale (pubblico), ovvero intensificando la cooperazione pratica con i privati. Tutto ciò caratterizza un'evoluzione che si articola sotto i nostri occhi e che potremmo definire come una strisciante trasformazione dello Stato, marcata com'è dal costante aumento dei compiti statali. Fino a qui, in fondo, nulla di nuovo, se non fosse che la tendenza si acutizza costantemente, tanto da inquietarci sempre più. Ci interroghiamo perciò sull'opportunità di questa scelta, in particolare se questa sia la via adeguata verso il futuro, se in questo modo non si delegheranno ad un gigantesco apparato burocratico trasformatosi in Stato sociale troppe competenze che lambiscono pericolosamente la sfera privata dei cittadini (con la relativa insidia di un larvato totalitarismo e con conseguenze psicologiche per i destinatari ben più negative di quelle provocate dall'indigenza materiale), finalmente se il finanziamento di queste funzioni assistenziali che lo stato sempre più frequentemente si assume, rispettivamente che sempre più regolarmente gli vengono accollate, potrà ancora essere garantito, e così via. Queste osservazioni non preludono ad una predica, intendono solo descrivere una situazione che sempre più obbliga i giuristi a relativizzare la forza espressiva delle proprie categorie concettuali, se non addirittura a metterla in dubbio. Lo stesso discorso vale anche per la suddivisione (tutt'altro che aprioristica) dell'intero ordinamento giuridico in diritto pubblico e diritto privato<sup>(87)</sup>. Se la sua forza descrittiva si indebolisce sempre più, ciò

---

(87) Considerazioni generali su questo punto P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 101 ss.

avviene proprio in sequela all'evoluzione descritta: in più punti ha cancellato la linea che separava stato e società, tendenzialmente riavvicinando i due universi, così che i provvedimenti sociali, con i quali lo Stato soddisfa attese sempre più urgenti, vengono ora a trovarsi *a cavallo del confine* fra diritto pubblico e privato. Tutto ciò sembra tra l'altro confermare l'ipotesi che tanto questa dicotomia, come pure la separazione tra Stato e società ad essa soggiacente, non abbiano mai avuto valore assoluto e nemmeno delimitarono spazi realmente autonomi gli uni dagli altri, ma piuttosto vollero sanzionare forme più o meno dissimulate di una collaborazione nonostante tutto armoniosa <sup>(88)</sup>.

Questa supposizione ci riconduce finalmente alla codificazione e ce la mostra ora sotto una luce diversa. Si imponeva, finora, quale simbolo di un diritto privato autonomo, perciò apolitico; più esattamente, di un diritto privato la cui logica sfuggiva pervicacemente all'intervento statale. Ma oggi anche questa « lettura » vacilla, e proprio il cambiamento della tematica appena descritto lo attesta. Improvvisamente ci accorgiamo che la separazione era o, meglio, poteva essere solo una modalità (più o meno camuffata) di cooperazione; che quindi la codificazione, senza riferimento al « politico » e senza considerare il contesto giuridico, nel quale si era stabilmente inserita, rappresentava un messaggio mutilo ed incomprendibile. Per questo motivo lo squadriamo sempre più puntigliosamente, questo contesto giuridico, soprattutto in relazione a quelle situazioni nelle quali si è attestato con particolare virulenza: all'epoca dell'elaborazione delle grandi codificazioni <sup>(89)</sup> o nel periodo bellico, quando urgeva correggere rapidamente ed efficacemente l'ordinamento giusprivatistico in vigore <sup>(90)</sup>. Mi sia dunque lecito

---

<sup>(88)</sup> Prime indicazioni provvisorie in questo senso in P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 132-134.

<sup>(89)</sup> Così ad esempio H.P. BENOEHR, *Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 8 (1977), p. 187-218.

<sup>(90)</sup> Per la Svizzera, cfr. R. HAAB, *Krisenrecht*, in *Basler Universitätsreden*, Heft 8, Basel 1936; K. OFTINGER, *Die Vertragsfreiheit*, in *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, p. 46-62, così come l'ulteriore bibliografia citata a p. 46, n. 1. Per la Germania F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, p. 26 ss., 39; U. SPELLENBERG, *Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?*, in *Recht im sozialen Rechtsstaat*, hg. von M. REHBINDER, Opladen 1973, p. 23-67, specialmente p. 34 ss. Per l'Italia ad esempio F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e*

riassumere così: poiché il presente ci insegna che il contesto politico (e quindi giuspubblicistico) concorre in modo determinante a definire la valenza del diritto privato codificato<sup>(91)</sup>, abbiamo capito che anche le codificazioni storiche erano in grado di occupare solo quello spazio che via via veniva loro aggiudicato dallo Stato e dal (rimanente) ordinamento giuridico. Queste operazioni, che isolavano spazi e conferivano competenze, sono — proprio come i successivi e costanti nuovi rilevamenti e delimitazioni — fenomeni intimamente legati alla storia della codificazione, perciò degni di seria e costante considerazione.

#### 4. *L'età della decodificazione* (92).

Con questo giungo ad una terza considerazione, nella quale confluiscono agevolmente le riflessioni precedenti, e che forse spiega meglio perché oggi interpretiamo diversamente la storia della codificazione. Io credo che ciò sia possibile *poiché la sperimentiamo per la prima volta come storia vera e propria*, vale a dire come una parabola temporale, la cui curva lentamente declina. La nostra epoca è, secondo la felice intuizione di Natalino Irti, « *l'età della decodificazione* »<sup>(93)</sup>, ovvero l'epoca nella quale tutte quelle certezze, delle quali abbiamo fatto il nucleo costitutivo della nostra teoria codificatoria, lentamente si sgretolano e vengono viepiù sostituite da modalità legislative di stampo diverso. Dato che l'evoluzione è in atto, mi accontenterò qui di evidenziarne gli aspetti idonei a corroborare le tesi finora sostenute.

Esteriormente la decodificazione consiste in un movimento a ritroso, che annulla e rinnega l'unificazione sociale e sistematica sanzionata dal codice. Quest'ultimo smette perciò di essere l'epicentro dell'ordinamento giusprivatistico e viene progressivamente svi-

---

*dei nuovi confini del diritto privato*, in *Rivista di diritto commerciale* 1919, I, p. 1 ss. Inoltre C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma/Bari 1990, p. 233-273, specialmente p. 251 ss.

(91) P. CARONI, *Liberale Verfassung*, p. 21-22.

(92) V. per un'introduzione al tema P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 96 ss.

(93) Questo il titolo del noto pamphlet, apparso nel 1989 in terza edizione, che è passato quasi inosservato al nord delle Alpi.

gorito, rispettivamente marginalizzato dall'emanazione di leggi speciali di pari rango e quindi autonome<sup>(94)</sup>. È ovvio che ciò non avviene per caso, o senza motivi: consegue piuttosto ad un'evoluzione sociale che ora può rinunciare al coinvolgimento uniforme di tutti i destinatari giuridici — com'era stato auspicato dalla codificazione borghese — poiché singoli o gruppi si sottraggono a questa strategia e rivendicano un trattamento specifico (e in questo senso formalmente privilegiante) da parte dello Stato. Per di più da parte di uno Stato che sembra favorire scopertamente tale evoluzione, rinunciando a nascondersi dietro lo schermo del suo *imperium* per aprirsi alla cooperazione, alla partecipazione democratica, alla collaborazione e alla divisione del lavoro con il cittadino; di uno Stato che interviene sempre più facendo capo all'accordo ed al contratto, quindi anche alla sanzione di diritto speciale. Da Stato sovrano-autoritario com'era, si converte ora in uno Stato che agisce consensualmente, ed è pertanto accessibile a rivendicazioni specifiche di gruppi e settori. Per cui si moltiplicano le situazioni nelle quali questo Stato incontra gruppi sociali su un piano di assoluta parità per concordare soluzioni giuridiche decisamente settoriali. Il che potrebbe a lungo andare — sia detto di transenna — far vacillare la concezione dello Stato di diritto.

Ora accade che — per tornare al nostro tema — com'è avvenuto spesso in passato e come svelano talvolta impietosamente le nostre esperienze personali, si viva e si veda in modo diverso, più nitido ed intenso, tutto ciò che si potrebbe presto perdere e a cui si dovrebbe presumibilmente rinunciare. Il presentimento dell'imminente separazione o di una perdita comunque incombente, crea in altre parole quella distanza che permette di considerare l'esperienza vissuta fino ad ora come *passato*, vale a dire come un'evoluzione conclusa, la cui storicità è per la prima volta completamente intellegibile e perciò anche diversamente rappresentabile. Per questo motivo associamo

---

<sup>(94)</sup> Poiché ultimamente non mi è stato risparmiato il rimprovero — peraltro spiritoso — di provare entusiasmo per la codificazione (*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12, 1990, p. 98), vorrei specificare esplicitamente che tutte le espressioni e metafore, con le quali intendo descrivere l'evoluzione decodificatoria (movimento regressivo, disintegrazione sociale, erosione del codice, eccetera), vengono proposte senza alcuna connotazione negativa.

oggi all'idea di codificazione altri valori e, forse, visioni più differenziate.

### 5. *L'astrazione regressiva.*

L'evoluzione politica e sociale ricordata finora non solo ha dilatato considerevolmente il precedente orizzonte tematico della storia della codificazione, ma ha pure svelato il modello pedagogico che gli era proprio. Catturato dal formalismo giuridico-concettuale che la pandettistica tedesca aveva innalzato a quintessenza di un metodo ritenuto perciò rigorosamente scientifico, questo modello ha incoraggiato generazioni di giuristi a concentrarsi sugli elementi puramente giuridici e a bandire dal loro campo d'osservazione e d'attività gli aspetti metagiuridici (come potevano ad esempio essere quelli morali, economici, politici). Privilegiava l'*astrazione*, poiché la considerava una premessa che garantiva l'oggettività e la neutralità della scienza giuridica e poiché riteneva che un'applicazione o una combinazione meramente concettuale di norme legali astratte fosse da condividere, se solo corrispondeva alle leggi della logica formale. Così per decenni i giuristi ebbero occhi solo per i loro concetti, e trascurarono deliberatamente tutto quanto avrebbe potuto incrinare le loro certezze. Questo spiega anche perché abbiano ignorato, fra le altre cose, anche la *Rechtsoziologie*, ossia l'opera scritta tra il 1911 e il 1913 da Max Weber, che proponeva per la prima volta una visione molto più differenziata, persino demistificatoria, della codificazione.

Chi si interroga oggi sulla valenza giuspolitica dell'astrazione codificatoria, giudica diversamente. Non ignora più che l'astrazione, lungi dall'attutire o sopprimere le disparità nelle relazioni interpersonali, in realtà si accontentò di occultarle. Dopodiché continuarono — seppure in forma diversa — a manifestarsi, e a condizionare la vita sociale, proprio per il tramite del principio dell'uguaglianza puramente formale<sup>(95)</sup>. Non è possibile infatti appurare la « realtà » di questa uguaglianza, senza collegarla alle disparità materiali. L'evoluzione politica e sociale insegna che anche la storia della codificazione non è concepibile senza aver prima recuperato e valutato tutto

---

(95) P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 64-67.

quanto oscurato o espunto da una smaterializzazione poco meno che ossessiva. Ovvero: solo un'astrazione regressiva potrà permettere una visione autentica della codificazione.

#### 6. *Del ritardo elvetico.*

Anche nella storiografia giuridica svizzera — come ho già ricordato — la tematica codificatrice si è lentamente trasformata. Ciò avvenne però con un certo ritardo, che sorprende e va spiegato, poiché presumibilmente collegato ad un atteggiamento sfavorevole alle strategie decodificatorie <sup>(96)</sup>. Come va dunque interpretata questa svolta tardiva? Per l'ennesima volta con l'allusione — stereotipata e monotona — all'inerzia culturale del paese, o alla letargia intellettuale che subentra alla ricchezza materiale? Il *topos* — come pure il suo contrario <sup>(97)</sup> — è noto, ma nel nostro caso spiegherebbe ben poco. Non è necessario rinviare a situazioni patologiche: basta in fondo prendere sul serio la storia del paese, massime quegli aspetti, che da sempre ne hanno costituito la singolarità. Con quali esiti?

a) Uno di questi aspetti, che come un filo conduttore attraversa molti secoli di storia confederata, attiene alle strutture politiche. Seppure differenziate materialmente, temporalmente e territorialmente, non si può negare l'esistenza di una matrice comune: *furono tendenzialmente democratiche e repubblicane*, anche se ovviamente solo nell'accezione preborghese di questi termini. Questa tradizione — che va rilevata senza *pathos* alcuno — ha poi influenzato la storia ottocentesca, poiché ha indotto quello specifico rapporto fra Stato e società, che appare non tanto come separazione

---

<sup>(96)</sup> In modo riassuntivo P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 98-99. Sul rifiuto della decodificazione cfr. ad esempio E. A. KRAMER, *Die Lebenskraft des Schweizerischen Obligationenrechts*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 102 (1983), I, p. 241-276; in modo speciale p. 263 ss.

<sup>(97)</sup> Cfr. per esempio S. ZWEIG, *Die Welt von gestern - Erinnerungen eines Europäers*, Frankfurt a. M. 1981, p. 339; C. SEELIG, *Wanderungen mit Robert Walser*, Frankfurt a.M. 1977, p. 63, 74, 78, 168. Gli esempi proposti qui senz'ordine alcuno potrebbero venir confermati da una moltitudine di altre citazioni.

apodittica, quanto come distinzione organizzativa di àmbiti complementari ed interdipendenti <sup>(98)</sup>.

Probabilmente per questa ragione, e poiché si fu sempre disposti a sperimentare l'influenza reciproca, rispettivamente la compenetrazione parziale delle due sfere come situazione del tutto regolare e persino indicata, in Svizzera non si giunse mai a separare o isolare la scienza giusprivatistica dalla società e dalla politica. La scienza civilistica, in questo paese, divenne piuttosto una disciplina dall'autonomia molto ridotta, come subito evidenziano confronti con l'evoluzione francese o tedesca. Una disciplina perciò refrattaria alla giurisprudenza dei concetti tedesca <sup>(99)</sup> e per la quale la vocazione sociale del diritto privato — al più tardi a partire dalla codificazione giusprivatistica di Zurigo (1853/1855) <sup>(100)</sup> e poi costantemente fino al Codice civile svizzero — era divenuta un obiettivo tradizionale. Non stupisce perciò che già prima delle trasformazioni sociali e politiche appena descritte, la codificazione non venisse mai considerata come fenomeno puramente giuridico, o come l'esito di un'elaborazione esclusivamente dogmatica, ma piuttosto come un complesso di regole dietro al quale erano in ogni momento ben visibili l'esistenza, come pure i limiti, di chiare opzioni politiche e sociali. L'ampia ricerca pubblicata nel 1947 da Iso Keller sugli aspetti etici e tecnici delle codificazioni moderne <sup>(101)</sup>, così come l'interpretazione del Codice civile svizzero di Peter Liver alla luce delle relazioni fra « individuo e collettività » e « tra-

<sup>(98)</sup> P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 125-155, specialmente p. 125-126, 132, 154-155.

<sup>(99)</sup> Si leggano le considerazioni riassuntive di A. EGGER, *Ueber die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Auflage, Zürich 1950, p. 45; A. SIMONIUS, *Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du CO*, in *Semaine judiciaire* 71 (1949), p. 201-224; IDEM, *Ueber Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 71 (1952), I, p. 237-273; H. PETER, *Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz*, in *Festschrift K. S. Bader*, Zürich/Köln/Graz 1965, p. 321-342. Il tema è peraltro complesso e andrebbe finalmente ripreso con ben altro impegno.

<sup>(100)</sup> Sulla codificazione del diritto privato zurighese, che suscitò grande ammirazione in patria e all'estero, cfr. ad esempio P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 25 ss., n. 39 ss.

<sup>(101)</sup> I. KELLER, *Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Aarau 1947.

dizione e riforma» (102) sono esempi emblematici di una precoce attenzione agli aspetti « non dogmatici » dell'evoluzione codificatoria. Un'attenzione che non attese la tanto discussa trasformazione per sortire esiti spettacolari.

b) È tuttavia molto improbabile che basti questa prima riflessione a dar conto di tutte le peculiarità della relativa storiografia svizzera. Indagando così su altri motivi, ci imbattiamo nella proverbiale riluttanza a « leggere » la codificazione come normativa unilaterale, e perciò discriminante, quando non addirittura classista. Ciò non contraddice all'ipotesi espressa precedentemente (lit. a), poiché anche il metodo scelto per collegare una legge al suo retroterra sociale rivela opzioni politiche; non deve quindi condurre necessariamente allo smascheramento di tendenze antagonistiche, ma può ad esempio anche vedere nella legge un felice compromesso, che riconcilia le classi, e contribuisce ad integrarle nel tessuto politico e sociale. La diversa reazione dei socialisti tedeschi e svizzeri *vis-à-vis* dei relativi progetti di codice prova che queste due interpretazioni non rimasero solo teoria (103).

In ogni caso, un regime politico che tradizionalmente prevede una partecipazione democratica favorisce poi un'ottica che difficilmente interpreta le decisioni prese come unilaterale prova di forza. Così anche il codice assurge automaticamente a immagine speculare della tradizione democratica, diventa il simbolo di quanto « *die Nation zusammenhält* » (104). Chi non lo accetta a priori quale compromesso democratico, ricordando ad esempio che anche noi — nonostante la nostra democrazia — siamo solo una società di disuguali; chi di conseguenza vede nel codice più il riflesso di questa situazione sociale che non un ordinamento oggettivo, neutrale, indifferente oppure (il che fa lo stesso) accondiscendente verso tutti nella stessa misura, viola una tradizione sacra e viene emarginato.

---

(102) P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, p. 39-52, n. 76-115.

(103) Cfr. su questo punto gli autori precedentemente citati: T. VORMBAUM e K. ROTHENBUEHLER, (note 69 e 79) così come l'esposizione riassuntiva *Die Postulate der sozialdemokratischen Partei zum eidgenössischen Zivilgesetzbuch*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* 2 (1905-1906), p. 4-7.

(104) Così il consigliere nazionale bernese Rudolf BRUNNER, *Ueber das Schweizerische Obligationen- und Handelsrecht*, Bern 1880, p. 36.

Forse per paura di ciò, ci si è opposti a lungo ad un incisivo approfondimento della dialettica sociale dei codici (105).

## VII. *Considerazioni finali.*

Cosa rimane alla fine di questo lungo viaggio attraverso il paesaggio codificatorio, rivelatosi infine ideale luogo di ritrovo di tante strategie, trasformazioni ed evoluzioni, come pure di sottili operazioni ideologiche?

Da un lato la certezza di aver ampliato la tematica precedente, inserendovi molti aspetti finora sconosciuti. Ma sarebbe comunque fuori luogo parlare di scoperte o di progressi. Se oggi vediamo di più (ma anche questo è discutibile), indubbiamente non perché siamo più intelligenti, assennati o navigati ma, piuttosto, come già sottolineato, perché viviamo in un'altra epoca. Gli occhiali con i quali contempliamo il panorama tradizionale sono diversi e quindi svelano dettagli nuovi. Anche il concetto di codificazione al quale abbiamo implicitamente aderito, e che orienta la ricerca in direzioni determinate, non è già per questo fatto quello giusto, ma piuttosto solo il *nostro* concetto, che le generazioni future relativizzeranno o persino abbandoneranno, con lo stesso diritto con il quale noi abbiamo criticato antiche scelte. Mi pare doveroso ricordarlo, al termine di questo resoconto quasi autobiografico. Neppure posso tacere che durante la sua stesura tenevo ben presenti le parole, con le quali il poeta ricorda il diritto dei discendenti di pensare al passato in modo diverso:

« Le cose che a noi parvero tanto splendide e giuste  
sapranno dimostrarcele, loro, insensate e fruste,  
variando cose identiche senza troppe fatiche,  
come dicemmo in altra guisa noi parole antiche » (106).

Con questo non si vuole assolutamente negare che, occasional-

(105) Testimonianze e ulteriori considerazioni in P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 98-99, 130-131, 154-155.

(106) C. KAVAFIS, *Poesie nascoste*, Milano 1974, p. 85.

mente, possano venir conseguiti risultati più duraturi, che poi sopravvivono al cambiamento delle opinioni e delle tematiche e che diffondono un po' di quella sicurezza che normalmente solo gli alberi genealogici sanno irradiare. Questo vale anche in punto alla tematica studiata in questo saggio. Poiché ritengo che almeno due osservazioni còlte cammin facendo non possano essere tanto facilmente rimosse dall'orizzonte codificatorio.

a) In primo luogo, la convinzione che una descrizione credibile del ruolo rivendicato dal diritto codificato in una determinata società storica non è concepibile senza considerare il retroterra politico e sociale di un codice, o senza risalire al modello sociale ad esso sotteso. Questo proprio perché le codificazioni delle quali ci siamo preferibilmente occupati — ossia quelle di origine borghese — erano figlie dell'astrazione, rispettivamente il frutto di una scelta che ebbe ripercussioni sociali considerevoli.

b) Secondariamente, la convinzione che nessuna codificazione potè limitarsi a postulare o confermare la realtà, anche perché nessuna riuscì ad essere esclusivamente il riflesso fedele dell'ordinamento giuridico vigente. Con questo si vuole pure asserire che ogni codificazione, coscientemente o meno, ha sempre trasceso la realtà, riplasmandola in maniera più o meno completa<sup>(107)</sup>. Questo vale *anche* per quelle codificazioni che miravano semplicemente alla rielaborazione formale del diritto tuttora vigente e che si presentavano quindi volentieri come mere compilazioni; non da ultimo poiché la *conferma* della realtà ne provocò anche sempre la sua *trasformazione*.

---

(107) Sul fatto che ogni codificazione modifica automaticamente il diritto precedente cfr. P. CARONI, « *Privatrecht* », p. 56, 73-75.

PIO CARONI

**SAGGI SULLA STORIA  
DELLA CODIFICAZIONE**



*Milano - Giuffrè Editore*

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA  
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

---

---

VOLUME CINQUANTUNESIMO