

CIVILE » CODIFICAZIONE, RICODIFICAZIONE, DECODIFICAZIONE

Rodolfo Sacco

(anno di pubblicazione: 2010 — aggiornamento:)

Bibliografia: AA.VV., *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Roma, 1981; ANTON, *Obstacles to Codification*, *The jurid. Rev.*, 1982, 15; J.L. BAUDOUIN, *Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse*, 1 *Rev. Bar. Can.*, 1966, 391; ID., in *XI Congrès int. dr. comp., textes présentés p. Ass. québécoise p. ét. comp. droit*, Montréal, 1982, 1 (in offset); ID., *Reflexions on the Process of Recodification of the Québec Civil Code*, *Tulane Civ. L.F.*, 1991, 283; BERGEL, *Les phénomènes de codification, de décodification et de recodification*, in PERRET-BISSON (ed.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, 2003, 31; BODENHEIMER, *Law in the USA for the 1980's*, *Report U.S.A. f. the XI Congress, Suppl. to the Amer. Journ. of Comp. Law*, 15; BRIERLEY, *Quebec's Civil Law Codification*, *Mc Gill Law Journ.*, 1968, 521; COING, *Ztschr. f. Vergl. Rechtswissenschaft*, 1982, 1; CRÉPEAU, *La révision du Code civil*, in *Cours de perfect. de la Ch. des Notaires*, 1977, 339; CRESPI REGHIZZI-DE NOVA-SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della DDR*, *RDC*, 1983, I, 117; DAINON, *Civil Law in Mixed Jurisdiction*, *Bâton Rouge*, 1976; DE CUPIS, *A proposito di codice e di codificazione*, *RDC*, 1979, II, 47; DE LOS MOZOS, *Codificación y recodificación: Reflexiones con motivo de la reforma del Código civil peruano*, *Rev. gen. legisl. y jurisprud.*, 2001, 91; DELNOY, in *Rapports belges au XI Cong. intern. dr. comp.*, Bruxelles, 1982; FRONTERA, *La descodificación como sintoma de la historicidad del derecho*, *Rev. electronica del Instituto Ambrosio Gioja*, 2007; GUADAGNI, *La riforma del diritto privato nel Sudan*, in *Raccolta per il L anniversario della fac. econ. e comm. Univ. Trieste*, 1976, 183; HONDIUS, *Recodification of the Law in the Netherlands*, in *Netherlands Reports to t. XI Int. Congress of Comp. Law in the Netherlands*, in *Netherlands Reports to t. XI Int. Congress of Comp. Law*, Deventer, 1982 (in offset); IORIATTI, *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, *RDC*, 1992, I, 117; IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; JALFINA (in translitterazione standard HALFINA), *Codificación: necesidad e importancia*, in *El derecho en el socialismo desarrollado*, Mosca, 1982; KÜBLER, *Kodifikation und Demokratie*, *Juristenzeitung*, 1969, 645; LUGO SUAREZ, in *El derecho venezolano en 1982*, Caracas, 1982, 11; MC AULEY, *Proposal for a Theory and a Method of Recodification*, *Loyola L. Rev.*, 2003, 274; MORÉTEAU-PARISE, *Recodification in Louisiana and Latin America* *Tulane Law Rev.*, 2009, 1103; REBUFFA, *Servono ancora i codici?*, *Sociol. dir.*, 1981; RÉMY, *La recodification civile*, *Droits*, 1997, 3; RESCIGNO, *Il «codice civile» di Cuba, ultimo codice socialista*, in *Scritti in on. Sacco*, Milano, 1994, I; ROT, *Les critères d'appréciation d'une codification du droit*, in *Rapp. polonais prés. à l'XI Congrès int. de droit comparé*, Varsavia, 1982; SACCO, *Il substrato romanistico del diritto civile dei Paesi socialisti*, *RDC*, 1969, I, 115; ID., in *Rapp. nationaux ital. au XI Congrès Int. Dr. Comp.*, Milano, 1982, 67; ID., *Codificare: modo superato di legiferare?*, *RDC*, 1983, I, 117; ID., *Il diritto africano*, Torino, 1995; SACCO-CRESPI REGHIZZI, *Rassegna delle fonti del diritto civile, dell'economia e della famiglia nei Paesi socialisti*, *ADCSL*, 1967, 1-179; WALKER, *La codification du droit écossais*, in *Études Julliot de la Morandière*, Parigi, 1964; YANNOPULOS, *Louisiana Civil Law: A Lost Cause?*, *Tulane Law Rev.*, 1980, 830.

CIVILE » CODIFICAZIONE, RICODIFICAZIONE, DECODIFICAZIONE

Rodolfo Sacco

(anno di pubblicazione: 2010 — aggiornamento:)

[Mostra bibliografia](#)

Sommario: 1. Il codice civile e la visione del giurista. - 2. Le ragioni di una crisi. - 3. I nuovi codici civili dal 1945 al 1991. - 4. Testimonianze. - 5. Gli ultimi venti anni. - 6. Caratteri dei codici dei periodi considerati. - 7. Codificazione e contesto sociale. - 8. I presupposti della codificazione. - 9. Il momento presente.

1. Il codice civile e la visione del giurista.

La storia della codificazione è una storia varia e a tratti tormentata. Ma la presente voce non intende fare la storia dei tempi andati. Non parlerà della nascita del primo corpo, generale e sistematico, del

diritto privato, opera romano-bizantina, che doveva seminare l'idea della codificazione in tutta l'area romanista e, per imitazione, nell'Europa orientale, in Asia e in Africa. Non parlerà della nascita di un corpo generale del diritto pubblico, opera assai antica dei Cinesi, destinata ad un recente tramonto. Non racconterà della polemica fra Savigny e Thibaud a proposito della codificazione del diritto civile tedesco all'inizio del XIX secolo.

Essa partirà dalla visione che riduce il diritto civile al codice, visione ben viva e presente, tra i giuristi dell'area romanista, alla vigilia della seconda guerra mondiale; e tratterà della crisi di questa visione.

Fino alla vigilia della seconda guerra mondiale, il giurista di cui parliamo viveva il diritto civile del proprio paese come manifestazione di una tradizione che risaliva al diritto romano e al diritto comune, che si era cristallizzata nelle definizioni che la riflessione del dottore aveva elaborato e il codice aveva cristallizzato. Ciò che era estraneo al diritto comune, al diritto razionale, al pensiero della scuola e al codice non interessava il sapere del civilista (anche oggi, del resto, il codice della strada non varca la soglia dell'università).

Infatti, in Francia codice e cattedra, solidali, parlavano della proprietà napoleonica e tacevano dei divieti di edificare posti in essere per ragioni militari.

E infatti, in Germania l'insegnamento del diritto romano ristrutturato a mezzo di dogmi sapientissimi era alla base della formazione universitaria; la situazione era pienamente sopravvissuta alle codificazioni locali, e ciò fino al tempo della codificazione nazionale.

Questo stato delle cose non doveva essere eterno.

Da una certa data — e, dopo la seconda guerra mondiale, impetuosamente — la dottrina e l'insegnamento hanno preso coscienza del posto (crescente, in modo tumultuoso) che occupano, nel sistema, le norme speciali e quelle contingenti, condizionate da necessità pratiche e molto spesso incuranti del sistema.

La visione unitaria delle fonti (non più: pandette — fonte universale —, e legge locale — fonte nazionale —; ma regola generale e leggina speciale) colloca nel medesimo piano dello scaffale il codice erede del Digesto e il regolamento postale.

Il codice civile non è più il diritto civile. È la più corposa fra le tante leggi che conformano il diritto civile.

Dalla fine degli anni Settanta del XX secolo il civilista ha un sentimento che può anche essere venato di malinconia o di frustrazione. Il codice gli pare morto, il tempo dei codici gli pare passato.

In Italia una mente acuta poteva auspicare l'avvento di un diritto espresso in un reticolato di clausole generali. E anche un giurista di tendenze classicheggianti poteva officiare la cerimonia funebre del codice ⁽¹⁾.

Non solo in Italia, ma anche altrove, il codificare appariva, a taluno, inattuale. Accogliendo una proposta tedesca, l'Accademia internazionale di diritto comparato poneva tra i soggetti del suo XI congresso, tenuto a Caracas nel 1982 ⁽²⁾, il tema «La codification, forme dépassée de législation?»; la scelta dell'argomento e la formulazione interrogativa danno la misura della perplessità, largamente diffusa, sull'attualità dei procedimenti di codificazione. Posto il tema all'ordine del giorno, lo stimolo a discutere è stato sentito anche in paesi che nella loro storia non erano stati inclini a codificare ⁽³⁾.

La discussione, si è visto, era nata in Italia. Ma qualche anno più tardi giuristi di area romanista (Francia) o mista (Luisiana), ben al corrente di quanto avvenuto da noi, si sono appassionati al tema parlando il medesimo linguaggio. Si ha decodificazione quando il diritto positivo espresso nel codice si fa incoerente e frammentato ⁽⁴⁾, quando il sistema legale ha abbandonato intenzionalmente o perduto involontariamente la conoscenza delle idee e dei concetti giuridici che sottostanno alle prescrizioni codicistiche ⁽⁵⁾, quando il codice perde la sua qualità di fonte unica e autentica del diritto privato ⁽⁶⁾.

Le esperienze alla loro portata hanno suggerito a questi giuristi di portare la loro attenzione su un fenomeno che non comporta la fedeltà al codice ma non comporta la decodificazione. Hanno illustrato la figura delle ricodificazioni ⁽⁷⁾. Questo procedimento consiste nella rigenerazione di un codice mediante la rielaborazione di parti importanti della sua struttura ⁽⁸⁾; in senso largo è un processo che ha lo scopo di ridurre la massa del diritto privato nello spazio di un singolo documento, concentrandolo in un unico testo autoritativo ⁽⁹⁾. Spesso, la ricodificazione sarà operata incorporando in un codice anteriore leggi più recenti. Essa implica la conservazione dei caratteri tipici del codice, perché i materiali sono uniti intorno ad idee centrali comuni, e presentati in modo sistematico. Nel corso della trattazione, si è anche

configurata una qualche distinzione fra i possibili sottotipi di ricodificazione: la ricodificazione è solare se crea un corpo legale unitario e compatto; è satellitare se procede affiancando al codice opere legislative con esso armonizzabili ⁽¹⁰⁾ (forse chi ha posto la categoria avrebbe potuto richiamare l'idea tedesca del Nebengesetz).

2. Le ragioni di una crisi.

In che consisterebbe, a che sarebbe dovuto questo declino del codice? Esso deriva, a quanto pare, da una serie di circostanze, e cioè *a)* dal nuovo sistema delle norme giuridiche; *b)* dalle fonti da cui queste emanano; *c)* dalle caratteristiche che hanno recentemente acquisito le leggi civili e particolarmente *d)* dal contenuto di queste ultime.

Queste quattro circostanze non mettono in questione questo o quel codice civile. Esse mettono in questione l'idea stessa di codificazione, specie nel settore del codice civile.

a) Il nuovo sistema normativo. Il codice civile occupava, tanto nel 1804 quanto nel 1942, il posto d'onore fra le fonti del diritto civile. Esso si trovava praticamente al vertice della gerarchia di queste fonti; le altre leggi si trovavano naturalmente sottoposte alla scala di valori che il codice aveva adottato.

La situazione è mutata profondamente nel corso degli ultimi decenni. La proprietà dei terreni edificabili, delle aziende agricole, degli immobili adibiti ad abitazione, è retta da leggi speciali che si sono contrapposte o sovrapposte all'autorità del codice. I contratti di lavoro e di locazione, così come certi contratti di distribuzione, sono sottoposti a leggi nuove o ad altre regole non legali. Una serie di disposizioni speciali ha accentuato la protezione dell'incapace, così come la protezione della vittima della colpa extracontrattuale. Il codice convive con le tantissime altre leggi civili.

Queste leggi civili, l'una e le altre, s'ispirano a logiche differenti. Le leggi più giovani introducono un nuovo vocabolario; l'interprete si trova di fronte ad antinomie; nuovi procedimenti d'interpretazione sono ormai necessari, e il ricorso al sistema (che questo o quel codificatore sembravano considerare indispensabile) diventerà impossibile.

Ciò che più conta, l'autorità del codice è oramai largamente superata dall'autorità della costituzione. Rientra nei compiti della costituzione, e non del codice, enunciare i nuovi principi generali del diritto civile e garantire quel tanto di uniformità, che la legge ordinaria non ha il diritto di rimettere in gioco.

Per completare la loro descrizione del nuovo sistema, gli storici del declino del codice avrebbero potuto misurarsi con il fatto che il nuovo diritto è prodotto con sempre maggiore frequenza fuori dell'ambito nazionale. La norma comunitaria europea, la norma promossa dal Consiglio d'Europa, la norma dell'ONU e dei suoi organi (particolarmente le regole dell'OIT sulle relazioni di lavoro, le regole di UNCITRAL, ecc.), le regole dovute alle iniziative di Unidroit, le convenzioni internazionali (sulla vendita internazionale dei prodotti, sui titoli di credito, ecc.), rompono con il codice civile nazionale, e invadono settori del diritto civile che hanno importanza e sul piano pratico e su quello sistematico.

Peraltro, in questo modo il problema si sposta e si complica. Le regole convenzionali uniformi sono refrattarie alla codificazione, ma l'Unione Europea amareggia con l'idea del codice, e organismi senza poteri possono mettere in funzione regole persuasive uniformi a vocazione planetaria (si veda Unidroit). Se deperisse il codice nazionale e si adottasse un codice europeo, parleremmo ancora di crisi del codice? E le regole di Unidroit, spontanee e persuasive, dimostrano che è salito sul ring un combattente meglio preparato del codice, o dimostrano che il codice, quando adattato alle nuove esigenze, può prendersi rivincite spettacolari?

b) Le nuove fonti del diritto civile. Il codice è una legge imperativa, nel senso che è opera di un'autorità — un governo, ovvero un parlamento che intende esercitare le proprie prerogative —.

Oggi, la legge è invece il risultato di una contrattazione tra le parti interessate: le forze economiche, i partiti politici, le regioni, le confessioni religiose, ecc. Una forza organizzata reclama la nuova legge; lo Stato rinuncia a imporsi, apre le contrapposizioni, appone il sigillo ad una convenzione che altri ha redatto. Al tempo stesso, le regole non legali si assicurano un diritto di cittadinanza che un tempo non osavano pretendere. Il contratto collettivo, il precedente giurisprudenziale giocano un ruolo che era sconosciuto nell'età dell'oro del diritto codificato.

c) Le nuove caratteristiche della norma civilistica. Le proposizioni del codice sono generali e astratte. Sono applicabili a tutti i cittadini, a tutti i contratti, a tutte le proprietà. Ogni codice lascia in eredità al codice che gli succederà regole che così si trasmettono da un decennio all'altro, da un secolo all'altro. La maestà del codice si fonda su questo carattere quasi-perpetuo della soluzione che esso accoglie.

Oggi la legge è fatta a profitto di un gruppo, più o meno ristretto, di persone. Il carattere astratto della legge ne soffre. Il gruppo che la legge protegge non rinuncia a chiedere incessantemente, e ad ottenere, questo o quel rafforzamento della protezione concessagli.

La successione rapida delle regole legali aggiunge, alla disparità delle soluzioni riservate ai vari gruppi, la disparità delle soluzioni riservate ai diversi soggetti che beneficiano della protezione in momenti diversi.

Codificare significa rinnegare il particolarismo giuridico, sostituire norme di larga estensione alle soluzioni destinate a variare da un caso all'altro. La rinascita del particolarismo giuridico è incompatibile con l'idea di codificazione.

d) *Le nuove tendenze del diritto civile.* I diversi codici civili sono stati imperniati intorno a due idee che si completano reciprocamente: l'idea della proprietà; e l'idea dell'autonomia della volontà. Il desiderio di rompere con la visione individualistica della società e di riorganizzare le relazioni giuridiche su basi più sociali ha suggerito di introdurre innumerevoli limitazioni alla libertà del proprietario, e all'autonomia del contraente. Non si può fare un codice senza un'idea centrale. L'idea dell'onnipotenza del proprietario e del contraente è venuta meno. Là dove il codice enuncia un'idea centrale, intorno ad essa si dispongono mille regole particolari, che vengono alla luce per smentire, un po' alla volta, le grandi verità enunciate dal codice.

Il declino del codice è un fatto compiuto. Né sussistono le condizioni per la nascita di un nuovo codice, perché il diritto civile stesso ha perduto la sua posizione centrale nel sistema. È il diritto amministrativo che delimita i poteri del proprietario di un terreno edificabile; è il diritto del lavoro che determina le relazioni tra datore e dipendente. Il diritto civile è ormai ridotto a un insieme di soluzioni sussidiarie, destinate a riempire le lacune delle altre branche del diritto.

3. I nuovi codici civili dal 1945 al 1991.

Il comparatista dispone dei mezzi necessari per verificare se le nuove tendenze del diritto civile sono incompatibili con la codificazione. Il comparatista può stabilire se la trasformazione del diritto civile, delle sue fonti, della sua posizione nel sistema è avvenuta ovunque. Egli può stabilire se, nei Paesi dove il diritto ha subito questa trasformazione, il codice è incappato nella decadenza che ci viene descritta.

Dalla fine della seconda guerra mondiale, gran parte del mondo sembra trascinato da una frenesia di codificare, in una febbre la cui intensità non ha precedenti nella storia.

La storia, da quel momento, non è proceduta senza scosse. Dal 1960 i Paesi africani sono indipendenti, dal 1990 i Paesi ex socialisti sono liberi. Conviene che esaminiamo separatamente le due epoche: fino al 1991; dal 1991 in poi.

Vediamo quale fosse la situazione nel 1991.

Tra i paesi che da sempre sono romanisti, la Grecia, il Portogallo avevano codificato, i Paesi Bassi, il Québec, la Luisiana preparavano codici.

I Paesi socialisti (cioè quelli retti da un potere comunista) avevano, quasi tutti, codificato. L'Unione Sovietica ha adottato nel 1961 le «Basi del diritto civile», valide per tutta l'Unione, e nel 1964 ogni Repubblica dell'Unione ha elaborato un proprio codice civile. E nel 1991 l'U.R.S.S. ha adottato nuove «Basi»; le vicende turbinate di quell'anno fecero sì che le Basi non venissero promulgate, ed entrassero in vigore per via decretale. I Polacchi hanno adottato nel 1964 il primo codice civile della loro storia. La DDR (Deutsche Demokratische Republik, cioè la Germania Orientale) ha sostituito al BGB il suo nuovo ZGB, entrato in vigore nel 1976. I Cecoslovacchi hanno adottato un primo e un secondo ob|\$\$|Ahcansky zákonik rispettivamente nel 1949 e nel 1964. L'Ungheria, il cui diritto non era mai stato codificato in precedenza, si è data un primo PTK nel 1959, ed un secondo codice nel 1978. Gli Jugoslavi hanno adottato leggi che comprendono tutto il diritto della famiglia e delle successioni, e un vero codice delle obbligazioni. In Bulgaria sono apparse negli anni '50 le quattro grandi leggi sulla famiglia, la proprietà, le obbligazioni e le successioni e da allora un codice unitario civile è in preparazione. L'Albania ha adottato grandi leggi che costituiscono, nel loro insieme, un codice. Un progetto di codice civile è stato pubblicato in Romania. La Cina si è liberata della «banda dei quattro», nemica della legalità e della legislazione, e ha preso a recuperare il tempo perduto avanzando vittoriosamente sul cammino della codificazione. Cuba ha codificato nel 1987. L'Egitto (1948) e, seguendo le sue orme, l'Algeria (1975), la Libia (1953), il Sudan (1971)⁽¹¹⁾, la Somalia (1973), la Siria (1949), l'Iraq (1951), la Giordania (1971) si sono muniti di codici civili. Hailé Selassié ha promulgato il codice civile redatto da R. Davis. A. Chloros è l'autore del codice civile per le isole Seychelles. In America hanno codificato il Cile (1975), il Guatemala (1963), la Colombia (1973), la Bolivia (1976), il Perù (1984), il Honduras (1985); il Venezuela e il Guatemala hanno ristrutturato i loro codici. Ha

attratto anche maggiore attenzione il codice civile quebecchese del 1981. Nell'Africa sub-sahariana la decolonizzazione è stata seguita da un piccolo ma significativo numero di codificazioni. Sono sulla scena la Costa d'Avorio (leggi sulle persone, famiglia, e successioni, del 1964), il Congo ex belga (leggi sul diritto fondiario e sulla famiglia e le successioni del 1973 e 1987), e la Mauritania (1989) ⁽¹²⁾.

I codici civili entrati in vigore dal 1948 al 1991 sono dunque 45 — o meglio 50, se si contano gli insiemi di leggi comprensivi di tutto il diritto civile — (questo senza contare i codici della famiglia, o della famiglia e delle successioni). Sette altri legislatori erano all'opera nel 1991. Cinquantasette testimonianze sono state rese, in quarantacinque anni, all'idea di codice.

4. Testimonianze.

Abbiamo ricordato, poco fa, il congresso di Caracas, del 1982, che offrì un'occasione per raccogliere testimonianze e opinioni provenienti da diversi ambienti giuridici, e udire se in ognuno di essi dominasse la sensazione del declino dei codici.

I personaggi intervistati avevano esperienza di storici e di comparatisti; erano anche addestrati ad analizzare i connotati delle fonti primarie e secondarie del diritto, e coltivare distinzioni che queste analisi comportano.

La risposta di questi testimoni ha contestato l'idea del tramonto dei codici. Si sono trovati d'accordo, in questa conclusione, un francese, un belga, un olandese, un italiano, un quebecchese, un italiano, un tedesco (federale), due tedeschi della DDR, un sovietico, un polacco, uno jugoslavo, un americano, un israeliano.

In Francia, Napoleone firmò cinque codici. Oggi, i codici operanti in Francia sono 48. Lo scacco che ha subito, nel 1958, il tentativo di sostituire il Code civil segna un punto a favore della ricodificazione per pezzi staccati, e contro il sistema della tabula rasa, e della ricodificazione fatta d'un colpo: ma non parla contro l'idea del codice.

L'esperienza fondata sui quarantotto codici, e sulle vicende delle ricodificazioni, porta a distinguere tre diversi tipi di itinerario: la sostituzione di un codice ad un altro, fatta in blocco (com'è avvenuto per i due codici di procedura); la riforma mediante inserzioni e mutamenti parziali (com'è avvenuto per il diritto civile), che utilizza la vitalità del codice anche per assicurare alle regole nuove una partecipazione alla sacralità che avvolge il modello codicistico originario; la codificazione formalmente nuova ma non innovativa nelle soluzioni, e cioè il testo unico che raccoglie norme finora sparpagliate, modo di presentazione del diritto, più che strumento di riforme.

I diversi itinerari conducono a creare codici dotati di caratteri diversi. Ma si tratta pur sempre di codici. L'idea di codice supera l'esame cui era sottoposto.

La voce belga non fu meno ottimista di quella francese. Il diritto è efficace se è chiaro, è chiaro se è dotato di ordine e precisione, e se è facilmente conoscibile: se è dotato, in una parola, delle qualità tipiche del diritto codificato. La tendenza a creare privatamente raccolte sistematiche di leggi là dove un codice manca ci prova che la codificazione corrisponde a un bisogno reale. Queste conclusioni rimangono valide anche se si può accusare il codice di rendere difficili i mutamenti e le diversificazioni; anche se si intravede il momento in cui la completezza dei dati caratterizzerà i mezzi informatici più che non il codice; e se, infine, certe branche del diritto (diritto amministrativo, diritto internazionale privato) non sono ancora mature per la codificazione.

Una conferma dell'attualità dei procedimenti di codificazione veniva del pari dai Paesi Bassi. Il codificatore olandese doveva affrontare proprio in quegli anni dubbi e problemi, e ha finito per constatare che i fatti e le situazioni che hanno ostacolato la sua opera non erano tali da consigliare di portare al suo compimento la difficile impresa ⁽¹³⁾.

In Germania, la relazione era affidata a un illustre storico delle codificazioni, H. Coing. La sua diagnosi vide il BGB come nato a valle tanto delle scelte economiche liberali, quanto delle costruzioni concettuali «pandettistiche»: tanto gli bastò, per ascrivere il BGB alle consolidazioni.

Questo BGB è stato sbrecciato dal nuovo diritto di famiglia. Ha invece tenuto bene nel campo dei diritti reali, e fino allora aveva tenuto bene (con l'aiuto di interpretazioni coraggiose, e di opportune utilizzazioni della Generalklauseln) nel campo delle obbligazioni. Singole riforme erano state attuate con leggi.

Il codice resiste dunque ai mutamenti sociali-fattuali e, non, invece, a quelli ideologici.

Questi rilievi non scalfiscono la validità dell'idea del codice. Anzi, erano in corso nuove codificazioni

(codice sociale, codice amministrativo). Le idee anglosassoni erano note e anche influenti in Germania, ma su questo punto non apparivano vincenti. Il codice rimaneva vitale come utile strumento tecnico-giuridico più che come un mezzo di trasformazione delle società⁽¹⁴⁾.

La relazione canadese — affida a un quebecchese, che ha parlato come quebecchese — ha portato con sé l'eco delle appassionate discussioni — pubblicate o inedite — che accompagnavano gli sforzi di ricodificazione nel Québec e in Luisiana⁽¹⁵⁾, e che ricordavano le analoghe polemiche sulla codificazione, che si svolgevano in Scozia⁽¹⁶⁾. In questi ambienti, in cui le fonti romaniste vivono assediata dal common law, ogni elemento di debolezza del codice risaltava, e diventava la base di un atto di contestazione. A sua volta, ogni difesa del codice portava con sé un atto di fede.

In questi paesi i problemi relativi alle fonti sono inscindibili dai problemi concernenti l'interpretazione. Poiché il legislatore può agire più efficacemente sulle fonti che sull'interpretazione, gli potrà capitare di creare fonti romaniste mentre l'interprete opera da common lawyer. La letteratura sulla codificazione ne risente.

La relazione quebecchese prendeva le distanze da ogni rischio di generalizzazione. Raccomandava di non discutere *del codice*, poiché ci sono *diversi tipi di codice*; raccomandava di non porre il problema del superamento *del codice*, poiché ci sono *diversi tipi di codice*, perché si pone in ogni paese, in relazione alla sua specifica situazione, il problema di sapere *se quello specifico tipo di codice* è superato. Nel Québec erano infatti applicabili un Code criminel canadese (federale, dunque) del 1893, revisionato nel 1955, forse destinato a una nuova riforma, e il codice civile provinciale del 1866, destinato ad essere sostituito gradualmente dai vari capitoli del progetto del 1978; il Code criminel è di tipo inglese, e il Code civil è di tipo francese.

Ciò premesso, il codice risponde a bisogni di coerenza, di sintesi e di semplificazione, di permanenza e di stabilità. È utile se sa raggruppare un certo numero di concetti, e di regole a vocazione generale, mentre le leggi particolari, affiancandolo, si dedicheranno alle norme transeunti, speciali, e alle questioni di dettaglio. A sua volta, il codice deve essere assoggettato ad una revisione permanente.

Le testimonianze dell'area socialista parlarono senza eccezione in favore della codificazione: un coro unanime ci assicurò che il codice è più coerente e completo, più adatto a favorire l'informazione giuridica e la partecipazione popolare alla creazione del diritto.

Da parte sovietica, si riteneva che solo l'eventuale instabilità dell'equilibrio fra le diverse classi sociali rende difficile o inutile la codificazione.

Da parte polacca, si aveva piena coscienza del processo in atto, che tende a rendere frammentario il diritto. E proprio in vista di questo rischio si suggeriva la ricerca di un rimedio adatto, che consiste nel compilare testi unici destinati a riunire i materiali dispersi, poi nel consolidare le diverse norme in un solo atto creatore, poi nell'eliminare da questo corpo i materiali deperiti: il che significa, in buona realtà, redigere un codice, come collezione delle norme più generali e più stabili.

Anche dalla DDR giungeva il richiamo al fatto che, nello stadio attuale dello sviluppo della società, la direzione globale di questa società esige codificazioni capaci di estendersi alla totalità dei rapporti sociali afferenti ad un settore determinato.

Ci si poteva attendere un atteggiamento più sfumato da parte degli Jugoslavi, che avevano codificato il loro diritto civile tardi e solo parzialmente. Ma la relazione jugoslava, sensibilissima al dato della variabilità del diritto, non vedeva incompatibilità fra variabilità e codificazione, e vedeva nel codice l'unica tecnica valida per la formulazione di regole generali.

Se la relazione quebecchese, di cui abbiamo già detto, ci introduce in un'area in cui il codice è assediato dal common law e dagli statutes, la relazione USA veniva da un paese dove i codici sono, più o meno, semplici futuribili.

Tuttavia, l'esperienza americana in fatto di codici non dev'essere sottovalutata. Gli Americani — cioè, i singoli Stati dell'Unione — si sono posti il problema del codice più frequentemente di quanto gli Europei credano, e hanno adottato più codici di quanto gli europei pensino. La varietà delle esperienze fatte consente agli Americani di tratteggiare generalizzazioni basate sui fatti, procedendo con attaccamento al dato reale. Un americano dotato della capacità di osservazione di Bodenheimer ha potuto condannare rudemente l'idea fatta per cui diritto codificato e judge made law si differenzierebbero per il grado di prevedibilità, flessibilità, autosufficienza, capacità di evitare una concreta ingiustizia. I caratteri di un sistema sono dovuti piuttosto al particolare rapporto che si istituisce tra fonte e modo d'interpretazione. Codici sorti nell'area del common law (il relatore pensava soprattutto al codice civile californiano del 1872, redatto sul modello del Field Civil Code) sono nati morti perché la dottrina dell'interpretazione,

assai efficacemente espressa nelle parole di Pomeroy, insegnava a presumere che il codice volesse interpretare e riprodurre il precedente common law; donde l'onere, accettato dall'interprete, di ricercare tutte le proliferanti e contraddittorie decisioni giudiziarie che hanno preceduto il codice.

Poiché il bisogno di svecchiare le fonti del diritto — dispensando l'interprete da ricerche sempre più gravose — è crescente, i benefici della codificazione sono anch'essi crescenti, purché l'interprete sia disposto (o si lasci convincere) a integrare la legge lacunosa o malformulata mediante la ricerca dell'intenzione del legislatore e l'analogia, rinunciando alla caccia ai precedenti.

La riflessione americana ci fa vedere superata l'idea che un codice possa nascere privo di lacune, e che la sua sola lettera possa offrire una buona soluzione per tutti i possibili casi del futuro.

Un ultimo suffragio è venuto da un paese che non ha codice: cioè, da Israele. Qui, al mosaico giuridico che il periodo britannico ha lasciato in eredità al paese sono subentrati dapprima una giurisprudenza creatrice con le sue razionalizzazioni, poi tante leggi organiche, la cui molteplicità porta con sé, fatalmente, incoerenze e contraddizioni: il bisogno di integrare, di pervenire a un'ottica d'insieme, sarà soddisfatto in modo definitivo solo da una codificazione.

Non si trovano dunque voci discordi?

Ebbene, a Caracas si sentì una — una sola — eccezione di cui si può dire a giusto titolo che conferma la regola. Infatti, la relazione venezuelana concludeva che il meccanismo legislativo del paese, diventato troppo farraginoso, preclude qualsiasi possibilità di codificare. E durante il congresso venditori ambulanti offrivano per le strade il nuovo codice (revisionato), che proprio in quel momento faceva la sua apparizione.

5. Gli ultimi venti anni.

Dopo il 1991, la codificazione procede in modo meno frenetico. Non occorre più dotare i Paesi socialisti di un codice civile ligio all'ideologia. I paesi mediorientali e africani che avevano scelto di celebrare l'indipendenza mediante la codificazione avevano avuto il tempo per farlo.

Ma la produzione di codici civili continua.

Il 1992 si può considerare l'anno di nascita del nuovo codice civile dei Paesi Bassi.

La Russia, abbandonati i vecchi modelli, legifera nel 1994 e nel 1996, e nel 2001 presenta un codice civile completo, di evidente importanza. Qualche altro Paese ex socialista fa lo stesso. L'Albania ha un codice nuovo, redatto da Gianmaria Ajani. La Lettonia ritorna al codice civile del 1937, l'Estonia codifica a puntate. Per lo più, peraltro, quei Paesi ricodificano (Cecoslovacchia, 1992) o progettano (Ungheria, 2002; Cechia, 2001; Romania, 2004; Bulgaria), o ricorrono a restauri (Polonia).

La Cina affianca alle grandi leggi sulle successioni (1986) e sulla parte generale — soggetti, negozii, obbligazioni, volontà — (1987) la legge sui contratti del 1999. Anche il Giappone legifera. Il Viet-Nam codifica nel 1995.

L'America latina non perde la sua prolificità. Codificano il San Salvador (1994), il Messico (2000), il Brasile (2003) ⁽¹⁷⁾.

6. Caratteri dei codici dei periodi considerati.

Esaminiamo le sessantuno codificazioni menzionate sopra, ai nn. 3 e 5.

Come prima riflessione, quel numero «sessantuno» può essere drasticamente abbattuto. Per incominciare, gli Osnovy dell'URSS e i quindici codici civili repubblicani sovietici erano il risultato di un'unica situazione storica, di un'unica volontà politica, e costituivano, nel loro insieme, un solo fenomeno.

I codici civili algerino, libico, sudanese (non più in vigore), somalo, siriano, giordano, iracheno sono copie fedeli del codice civile egiziano del 1949, che a sua volta è una specie di riedizione riveduta e corretta del codice egiziano cosiddetto «misto». Otto codici appartengono così ad un'unica esperienza di fondo.

Nonostante queste riduzioni ad unità di fenomeni diversi, il numero delle codificazioni civili postbelliche si mantiene elevato. E i connotati di queste numerose codificazioni non sono omogenei.

Innanzitutto, un codice può essere qualcosa di originale, e può essere una semplice imitazione.

Adottare un codice, infatti, non significa elaborarlo. I codici dei paesi mediorientali (per lo più arabi) indicati sopra sono altrettanti esempi di questa constatazione.

Un codice imitato, d'altronde, avrà una posizione particolare nella costellazione delle fonti. Esso incontrerà fatalmente una resistenza — voluta o inconscia — nella fase della sua applicazione. Aprirà cioè le porte a correttivi di ogni specie; l'interpretazione, la puntigliosa sopravvivenza delle consuetudini, leggi speciali d'origine politica o altre pressioni politiche potranno confinare la fedele applicazione del codice in un'area più o meno ristretta.

La cosa è particolarmente viva e vera nell'Africa sub-sahariana, dove una tradizione capace di vittoriose resistenze si contrappone al modello europeo ⁽¹⁸⁾.

L'applicazione del codice presuppone del resto un giudice formato sul codice, o su materiali interscambiabili con il codice. Il legislatore sudanese, legato all'idea dell'unità araba, ebbe a promulgare un codice civile d'imitazione egiziana; ma, poiché i giudici erano stati formati — all'università — sul common law, si dovette ritornare con urgenza alla situazione originaria ⁽¹⁹⁾.

In una parola, il codice adottato per imitazione non veicola necessariamente e completamente né l'idea di «codice, fonte centrale e unica del diritto civile», né i valori politici e culturali e le soluzioni tecniche ch'erano legate al modello originario.

Ma torniamo al tema generale dei codici che imitano un altro codice.

I paesi romanisti o africani che dobbiamo ancora esaminare hanno tutti una caratteristica in comune: il legislatore ha lavorato, o sta lavorando, su un modello storico accettato, che è necessario modernizzare e adattare a nuovi compiti. I legislatori greco, portoghese, egiziano ed etiopico hanno tutti utilizzato un canovaccio tratto rispettivamente o da un codice nazionale precedente, o dal BGB o dal Code Civil. I redattori del codice egiziano — giuristi di varie nazionalità — hanno colmato le lacune più vistose del modello che avevano sotto i loro occhi, inserendo qua e là articoli che avevano trovato nei codici tedesco, svizzero e italiano. Se la lacuna era un po' meno evidente o la scienza non aveva ancora prodotto una soluzione adatta per colmarla d'un colpo solo, i testi sono stati lasciati nello stato in cui si trovavano. La strategia del legislatore etiopico è stata diversa. Fra le formule di grande portata del modello napoleonico egli ha intercalate, qua e là, le regole tratte dagli annali della giurisprudenza francese. La lettura del codice che ha soppiantato il Fetha Negasti evoca la lettura di un Code civil annotato. Il numero degli articoli dipende strettamente da questa strategia.

Il codice del Québec ha una fisionomia sua propria. Tenta con successo di ristrutturare le vecchie regole. Il vecchio codice non era particolarmente lapidario; esso non era indirizzato alla ricerca di principi dotati di portata illimitata. Il nuovo codice sembra fatto allo stesso modo. Novità importanti (per esempio, la non necessità della causa per l'efficacia della promessa contrattuale) sono enunciati quasi in sordina.

Modello vecchio, con l'aggiunta di qualche articolo trovato in un altro codice; modello vecchio, con l'inserimento di regole tratte dal judge made law; ristrutturazione di vecchi articoli. Ecco i tre procedimenti adottati da tre diversi legislatori impegnati nell'opera di codificazione.

Un fenomeno a parte, storicamente significativo, anche se ormai concluso, estromesso e cancellato, si osserva quando prendiamo in mano il codice di un Paese socialista. Il codice civile russo, anteriore alla seconda guerra mondiale, che datava dell'epoca della NEP, aveva come modello tecnico il progetto di gra|\$\$|Ahzdanskoe ulo|\$\$|Ahzenie del 1905, che per parte sua utilizzava in larga misura i modelli del BGB. Data l'epoca, questo modello del tempo di Lenin non poteva ancora utilizzare i nuovi schemi giuridici, che saranno tipici della fase di edificazione del socialismo. L'impresa di Stato dotata di personalità morale, che opera sulla base del calcolo economico, la proprietà socialista dello Stato, combinata con il diritto di gestione affidato all'impresa, il contratto economico pianificato, ecc. non erano ancora alla base del diritto positivo russo e sovietico. D'altronde, quando i nuovi meccanismi sono stati messi in atto, lunghi anni sono apparsi necessari perché la dottrina (rappresentata particolarmente da A.V. Venediktov) ⁽²⁰⁾ potesse elaborare costruzioni dogmatiche capaci di definirli in modo soddisfacente. I codici socialisti apparsi dopo la seconda guerra mondiale mettevano al posto d'onore le definizioni di Venediktov. «Lo Stato è l'unico proprietario del fondo unitario proprietà dello Stato» (Osnovy della legislazione civile, art. 21). La tautologia è consapevole; essa serviva a condannare qualsiasi tentativo di rimettere in discussione chi fosse il proprietario dei mezzi di produzione industriali. La nuova dogmatica del diritto civile aveva le sue radici nelle definizioni proposte dall'ideologia e dalla scienza politica, garantite dal potere politico. La sua forza si fondava sulle sue radici.

Se tutti i codici socialisti si allineavano alla dogmatica elaborata in Russia negli anni '40, le scelte culturali dei codificatori si divaricano sensibilmente le une dalle altre. Il passato condizionava il

substrato tecnico del codice, che può essere germanizzante (URSS, Cecoslovacchia, Ungheria), francesizzante (Bulgaria), o eclettico (Polonia) ⁽²¹⁾. Lostrato recente del diritto manifestava, invece, le scelte politiche coscienti dei codificatori.

I Polacchi non hanno abbandonato le formule se non dove la soluzione pratica socialista era incompatibile con la tradizione. Il contratto, il negozio, la prescrizione, l'impresa, il possesso, il diritto reale ci fanno pensare immediatamente al contratto, al diritto reale, al possesso, del diritto francese, e al negozio, all'impresa, e alla prescrizione del diritto tedesco.

Ma altri legislatori sono stati meno conservatori. I Sovietici sono stati indipendenti quanto alle soluzioni. In Unione Sovietica è chiamato all'eredità la persona che, al momento dell'apertura della successione, è a carico del de cuius o lo sarebbe se si trovasse in stato di necessità; la rivendicazione spettante al proprietario è concessa del pari a quanti hanno diritto alla detenzione della cosa; gli interdetti a favore del possessore sono sconosciuti.

Se i Sovietici hanno cambiato le soluzioni, i Tedeschi della DDR e i Cecoslovacchi hanno adottato concetti antitradizionali.

I Cecoslovacchi hanno rifiutato, nel loro codice del 1964, alcune categorie che il codice del 1949 aveva ancora accettate. L'esempio più evidente è quello della categoria del contratto, che scompare per far luogo a due nuove nozioni: «il servizio» (contratto economico, in cui è parte una organizzazione economica statale o cooperativa) e l'«aiuto reciproco» (contratto fra cittadini).

I Tedeschi della DDR sono andati oltre. La sinistra giuridica del XIX secolo aveva auspicato che il codice nascente si esprimesse senza quei tecnicismi e quelle espressioni colte che sono incomprensibili all'uomo della strada. I redattori del ZBG, sempre polemici verso il BGB, sono stati fedeli a questa tendenza nella scelta delle categorie, della sistematica del diritto civile, e del linguaggio. Non si trovano, nel ZBG, la definizione di Rechtsgeschäft, né un capitolo che gli sia dedicato. Numerosi termini dotti come Dritte (terzo), Dienstbarkeit (servitù), Unternehmen (impresa), sono sconfessati e sostituiti con altre espressioni meno tecniche: Andere (altro), Mitbenutzungsrecht (diritto di godimento), Betrieb (attività) ⁽²²⁾.

7. Codificazione e contesto sociale.

Sessantaquattro codici civili sono stati redatti — e promulgati — nel mondo intero, nel periodo 1948-2010. Uno per anno, in media. Questi codici, dotati di caratteristiche che sono — sotto tutti gli aspetti — disparate, sono stati creati in contesti politici, culturali, sociologici diversissimi. La loro varietà, che si aggiunge al loro numero, è sufficiente ad escludere che siano pure eccezioni, creazioni artificiali contrarie alla natura delle cose e alla logica della storia.

E tuttavia percepiamo che è difficile attualmente concepire una ricodificazione del diritto civile di alcuni paesi.

Forse, le circostanze che hanno favorito l'adozione di un codice in Somalia, e la redazione di codici nella DDR e nel Québec, non sono mai esistite, o hanno cessato di esistere in Virginia, in Italia, in Turchia e altrove. E le circostanze che fanno rinviare all'infinito una ricodificazione ab imis del diritto civile francese non si ritrovano in Bulgaria. La disparità degli esiti potrebbe certo implicare, in linea di principio, la disparità delle condizioni che li hanno determinati.

Quanti hanno proclamato il declino del codice hanno tentato d'identificare le cause di questo declino. Possiamo dunque domandarci se queste cause non esistano o non esistessero nei numerosi paesi che hanno codificato da poco, o che intendono provvedervi in questo momento.

Il diritto civile — e più ancora il codice civile — ha perso in vari paesi, a quanto pare, la sua posizione centrale nel sistema. L'ha perduta in favore della costituzione della costituzione. L'ha perduta in favore del diritto amministrativo e del diritto del lavoro.

Tuttavia, la presenza di testi costituzionali alquanto dettagliati e ricchi di disposizioni concernenti il diritto civile non fu di ostacolo alla ricca fioritura di codici civili, che caratterizzò, all'epoca, i paesi socialisti. La costituzione non ha mai fatto morire di asfissia un codice civile. Il giurista italiano, in particolare, parla talora come se, all'epoca dei grandi codici, i paesi d'Europa fossero privi di costituzioni.

I codici civili traducono in regole applicabili le declamazioni dei testi costituzionali. Da ciò deriva la stabilità delle loro regole, la solennità delle procedure che li preparano, il linguaggio lapidario degli articoli o dei paragrafi che ne esprimono le regole generali.

Lo sviluppo del diritto amministrativo, del diritto del lavoro, del diritto fiscale, non costituisce — nemmeno esso — una minaccia per il diritto civile, né per il suo codice. I due protagonisti del diritto civile dei paesi socialisti erano la proprietà socialista dello Stato, e il contratto pianificato. L'una e l'altro avevano bisogno, per vivere, di un apparato di norme amministrative che, per le sue dimensioni, non ha precedenti nella storia. E in ogni tempo la proprietà del diritto civile è una conchiglia vuota, di cui solo il diritto amministrativo può fissare il contenuto. Il quadro dei poteri del proprietario è fissato da leggi e regolamenti amministrativi, che concernono tutte le attività dell'uomo (le regole urbanistiche ne sono l'esempio più studiato). La responsabilità extracontrattuale ha bisogno del codice della circolazione stradale e delle regole sulla prevenzione degli incidenti del lavoro.

Il codice è circondato, in Europa, da leggi speciali. Ma si ritrovava questo stesso fenomeno anche nei paesi socialisti e lo si ritrova nei paesi africani, che hanno codificato recentemente. Il codice civile di un paese socialista enunciava le regole comuni a tutti i contratti, e in più un numero limitato di regole sulle diverse relazioni contrattuali. Tutte le altre regole — compreso il prezzo delle merci o delle altre prestazioni — erano collocate in leggi speciali, o in disposizioni ministeriali.

D'altronde, da sempre i codici enunciano, a fianco di regole sui contratti in generale, le regole sui diversi contratti nominati; il codice civile del 1942 ha incominciato a dedicare regole specializzate alle diverse forme di proprietà, che il codice ha distinto le une dalle altre. La legge (e particolarmente il codice) è generale e astratta; ma si possono concepire gradi di astrazione diversi. A lato del contratto il codice italiano regola la vendita, poi la vendita di beni immobili, poi la vendita di beni immobili a corpo.

Il codice enuncia regole generali; ma a fianco di queste ne enuncia altre, la cui estensione è più limitata. Il codice è circondato da leggi contenenti regole speciali, dedicate a questa o quella ipotesi.

Per concludere, quel sistema di fonti — che alcuni giuristi considerano responsabile della morte del codice — esiste e trionfa altrettanto bene nei paesi che hanno codificato e che codificano oggi. Non bisogna dunque incolparlo di un delitto che non ha commesso.

Gli accusatori aggiungeranno, con riferimento alla situazione italiana, che le leggi speciali parlano un linguaggio che non è quello del codice; che esse delineano figure giuridiche che non appartengono al sistema dal quale il codificatore aveva tratto i suoi modelli. Chi parla in questo modo sovrappone al codice il sistema dei teorici che l'hanno interpretato, e crede di trovare nel codice un'unità che non vi è mai esistita. Nel primo libro del codice italiano il sistema delle invalidità è francese (la categoria generale è la nullità, di cui può avvalersi, in certi casi, qualsiasi persona interessata, art. 117, e in altri casi il solo soggetto specificatamente protetto dalla legge, artt. 120, 122), mentre il quarto adotta il sistema tedesco (la categoria generale è l'invalidità, che si chiama nullità se è assoluta, e annullabilità se è relativa). Leggi speciali, apparse all'epoca del codice civile, utilizzano la categoria del negozio giuridico, che il codice civile ripudia. La lingua della legge sul fallimento — che è complementare al codice — non è la lingua del codice (es.: dazione in pagamento e prestazione in luogo di adempimento, cfr. *dation en payement* e *Leistung an Erfüllungsstatt*). La dissonanza è la regola, in un codice che è stato redatto e pubblicato per libri separati, e che, fedele alle soluzioni pratiche francesi, le sistema sulla base di categorie dogmatiche tedesche.

I giuristi che hanno studiato il caso italiano ritengono che questo diritto, sempre più preponderante, abbia sempre meno bisogno del legislatore; e che queste leggi, sempre più negoziate, e sempre meno suggerite dalla ragione e dalla logica non abbiano le qualità che si richiedono ad un codice.

Quanto alle regole negoziate, esse sussistono in Italia, e altrove possono non esistere. Ma queste piccole regole miranti alla costituzione di un privilegio o di un qualche altro vantaggio, questo mercato di favori e di ricompense, prodotto dall'arroganza dei sindacati e delle altre corporazioni, nonché dallo spirito corruttore dei partiti politici, confluiscono senza eccezione nella massa delle regole di dettaglio che, dovunque e sempre, circondano il codice senza penetrare nel suo interno. Normalmente, queste regole operano al di fuori del diritto civile; invadono più volentieri il diritto fiscale, il diritto amministrativo, dell'economia, e il diritto del lavoro; quand'anche attraversassero le frontiere del diritto civile, esse non attenterebbero a quel piccolo nucleo di grandi regole che sono raccolte nel codice, e che concernono la famiglia, le successioni, le obbligazioni, la proprietà.

Il discorso da fare è diverso, per quel che concerne la diffusione della regola giudiziaria. È vero che, per la prima volta nella sua storia, il legislatore italiano è tenuto a bada dal diritto di creazione giudiziale? Sarebbe impossibile assorbire in un futuro codice le regole di origine giudiziale?

La creazione del diritto da parte del giudice è fenomeno più recente in Italia che in Francia; finora è meno importante in Italia che in Francia, almeno in certi settori. Questa creazione è legata al declino del codice? E la forza del giudice è causa, o conseguenza, del declino della legge?

8. I presupposti della codificazione.

Sessantaquattro codici sono apparsi nel corso di questi ultimi decenni. Quali circostanze hanno accompagnato la nascita di questi codici? Più di cento codici erano venuti alla luce, prima della seconda guerra mondiale. Quali sono le circostanze che hanno accompagnato la nascita di questi codici?

È possibile raggruppare i codici in quattro serie: i codici che hanno imitato un altro codice; i codici che hanno trasformato in un atto di volontà il sapere di uno studioso, o il sapere della comunità degli studiosi; i codici che hanno razionalizzato una giurisprudenza; i codici che non hanno imitato né un codice, né un insegnamento dottorale, né un diritto creato dal giudice.

Abbiamo d'altronde già detto che adottare un codice non significa elaborarlo.

Qualsiasi paese — per quanto povero di scienza giuridica e di capacità di elaborazione — può imitare un codice straniero, se il potere desidera questa soluzione, e ha l'autorità necessaria per far accettare questo cambiamento. Il vero problema, ove il codice sia d'imitazione, si pone al momento dell'applicazione. Che farà il giudice, di fronte a formule nuove scritte in un gergo oscuro? Può scegliere due vie: può rifugiarsi in fonti di diritto diverse dal codice, e introdurre così, nella vita del diritto, modelli impliciti (crittotipi), o, alternativamente, può studiare l'interpretazione che è dominante nel paese di origine del codice.

Un discorso diverso deve farsi in un paese deciso a codificare, e poco propenso all'imitazione di modelli alieni. In questo paese si esaminerà innanzi tutto la possibilità di codificare consolidando, cioè mettendo in bella copia, le regole enunziate dai giudici. Se un paese è dotato di un corpo di giudici consci dei propri poteri e ben distribuiti, in ordine gerarchico, intorno ad una corte suprema, la giurisprudenza delle corti, necessaria per sanare le lacune dei codici, può avere o acquistare i due caratteri che le procureranno la qualificazione di fonte del diritto: e cioè l'indipendenza (di fronte ai suggerimenti politici, e agli insegnamenti della dottrina), e la fedeltà ai precedenti.

La presenza di una giurisprudenza attiva, cosciente, coerente, riduce l'importanza del problema della codificazione. Da un lato, infatti, se la codificazione è desiderata per rendere uniforme, prevedibile e moderna la regola del diritto, questi stessi vantaggi sono assicurati dalla presenza di un diritto creato dal giudice, purché esso sia abbastanza coerente e moderno. D'altro lato, la presenza di un diritto giudiziale dotato delle qualità menzionate, e purché il linguaggio dei giudici sia (o possa essere reso) approssimativamente uniforme, rende agevole la redazione di un codice. È sufficiente etichettare in buon ordine tutti i prodotti delle corti, per redigere un codice. Il codice annotato di ieri diventa il codice nuovo, in cui le note diventano articoli, che si aggiungono agli articoli del modello originale. Poco a poco, un codice del quale solo la giurisprudenza prepara le addizioni e gli aggiornamenti diventerebbe una consolidazione. Il grado di astrazione dei singoli articoli non supererebbe l'ampiezza della regola che appare la migliore agli occhi di un giudice.

Là dove domina l'idea del precedente, la differenza principale fra un diritto codificato e un diritto non codificato consiste nel fatto che *teoricamente* quando si codifica i precedenti giurisprudenziali anteriori alla codificazione non sono più in vigore. Ma si è visto sopra (par. 4) che questa differenza rimane teorica se l'interprete non decide di illuminare la lettera della legge con apporti alternativi rispetto alla ricostruzione dei precedenti anteriori al codice! La presenza di una dottrina indipendente dal diritto giudiziale (dottrina razionalizzante, o concettualizzante, o politicizzata, o sistematica) potrà favorire questo processo (d'altronde, se tale dottrina esiste, anche il codice verrà redatto con autonomia rispetto al precedente giudiziale!). Un incoraggiamento alla creazione di modelli interpretativi autonomi sta nel basso grado di sacralizzazione che assiste, di solito, queste codificazioni di tipo «consolidazione».

In una parola, in paesi ove la guida è affidata al giudice, codificare è possibile. Forse l'avvenire appartiene, in questi paesi, ai codici. In ogni caso, la codificazione non è «superata». Ma ogni nuovo codice cambia la situazione normativa preesistente solo in quanto nel paese considerato vengano creati modelli giuridici complementari a quelli giudiziali.

Volendo affacciare e valutare, per l'Italia, l'ipotesi di consolidazioni, dovremmo dire che il giudice italiano non è né tanto fedele, né tanto indipendente, da predisporre il terreno in suo favore. In Italia, le creazioni giudiziali si stanno moltiplicando, il fenomeno è rilevato da tutti gli osservatori: il principio dell'apparenza, la distinzione fra detenzione autonoma e non autonoma, il riconoscimento dei rapporti contrattuali di fatto, sono altrettanti esempi. Ma il giudice italiano è meno attaccato al precedente del suo collega francese. La dottrina l'ha persuaso, di recente, ad abbandonare una creazione che gli era cara, in materia di inopponibilità della controscrittura al curatore fallimentare; essa l'ha persuaso, già da qualche tempo, ad ammettere il possesso delle servitù negative e dell'ipoteca, e la responsabilità della pubblica amministrazione per colpa precontrattuale e per la lesione dell'interesse legittimo. La regola giurisprudenziale in Italia è sempre reversibile se è sottoposta alla critica unanime della dottrina.

Un codice che nascondesse una consolidazione (possibile, forse, nel settore del diritto amministrativo) non troverebbe, in Italia, le condizioni preliminari capaci di agevolarlo. La giurisprudenza non è così solida, e — soprattutto — i suoi prodotti non sono considerati come sottratti a priori a qualsiasi critica. Le grandi codificazioni — l'ABGB, il Code Civil, il BGB — non sono consolidazioni. Sono codici che non devono la loro identità né ad un altro codice, né alle corti.

Ciò che prepara una codificazione che non abbia i caratteri di una semplice consolidazione è l'elaborazione di un sistema di concetti o di regole generali, considerati come superiori a qualsiasi discussione, e capaci d'inquadrare e di coordinare tutti i materiali che si vogliono introdurre in un codice. Il compito di questa elaborazione spetta alla dottrina (dottrina giuridica, naturalmente; talvolta con l'apporto della dottrina politica). Essa può operare se è unita e circondata da un indiscusso prestigio; o, alternativamente, se è garantita da un potere politico indiscusso.

Apparentemente, la dottrina, con i suoi amplissimi concetti, opera a monte del codice; a valle del codice opera la giurisprudenza, con la sua minuta casistica.

Delle due proposizioni che precedono, la prima è alquanto vera. È vera in apicibus, innanzi tutto. La grande dottrina si è sviluppata quando i dotti si sono occupati di un diritto non positivo e non pienamente applicabile nel paese ove essi studiavano: diritto romano nel periodo intermedio europeo o nella Germania disunita del XIX secolo; diritto naturale in Olanda e in Francia. Il diritto insegnato di ieri è il diritto codificato di oggi, e sarà il diritto applicato di domani. Nell'applicazione interverrà allora la casistica. Si potrebbe credere che il concetto elaborato dal professore faccia posto, nell'attività delle corti, alla regola di dettaglio. Ma questa ricostruzione sarebbe falsa. Il giudice ricorre al sillogismo, la maggiore del sillogismo giudiziale è nel codice; il giudice deve comprenderla; s'egli pensa che il codice abbia semplicemente voluto cristallizzare la concezione dottrinale anteriore, si sforzerà di identificare, mediante una ricerca appropriata, questa concezione. Abbiamo menzionato, poco fa, l'opinione di un grande studioso delle codificazioni, che definisce il BGB come una consolidazione: in un paese in cui il codice attinge alla dottrina in un modo del tutto evidente, noi possiamo avere un interprete — giudice, o, più ancora, professore influente perché capace di suggerire soluzioni al giudice — che scavalca il codice, e cerca nella dottrina anteriore al codice, esattamente come, in un paese dove il codice attinge al precedente, noi possiamo avere un interprete che scavalca il codice e cerca nei precedenti ad esso anteriori.

Tuttavia, a cagione del carattere più soggettivo dei concetti teoretici, e così a cagione delle disunioni dottrinali, più profonde che non le antinomie giurisprudenziali, il codificatore che mutua dalla dottrina dispone di un potere arbitrario più incisivo, il che rende meno automatica la validità attuale della dottrina precodificistica. Il giudice di oggi si riserverà, tendenzialmente, il vaglio del prodotto dottrinale di ieri.

In ogni caso, l'incoerenza del diritto positivo non ostacola la possibile codificazione. Il codificatore può sempre lavorare di scure per liberare dalle incoerenze le regole che lo interessano maggiormente, e rigettare il resto nel diritto estraneo al codice. È suo compito formulare il principio base sulla colpa extracontrattuale: altri enumererà le regole che governano la circolazione stradale.

Il discorso cambia, se parliamo dell'incoerenza delle nozioni giuridiche. Con nozioni sparpagliate, discontinue, contraddittorie, non si fa un codice. E un ufficio legislativo non può procedere ad aggregare armonizzare sistematizzare le nozioni giuridiche, se a ciò non hanno provveduto, per istinto o per deliberata volontà, i teorici.

Un codice, che non sia consolidazione di precedenti giurisprudenziali, si trova in un rapporto fisso con la dottrina. *Un codice siffatto non presuppone l'organicità del diritto. Esso presuppone l'organicità della rappresentazione del diritto, cioè della conoscenza, che hanno i giuristi, del loro stesso diritto.* L'organicità di questa rappresentazione va di pari passo con la presenza di concetti (o, alternativamente, di principi) generali ben sistematizzati, il che assicura al dettato normativo il carattere generale e astratto, la solennità, lo stile lapidario e un po' ispirato, la precisione, in una parola lo stile, logico e letterario, che è caratteristico dei codici.

9. Il momento presente.

Soffermiamoci sul caso italiano. Torniamo ai giuristi italiani che, pessimisti, negano la possibilità di un codice nuovo. Per il momento, le novità del diritto positivo hanno trovato la dottrina mal preparata. Poco è stato fatto per selezionare e mettere in evidenza i materiali nuovi destinati, se del caso, a diventare articoli del codice; poco è stato fatto per elaborare un sistema nuovo, se il sistema del codice del 1942 si deve considerare superato. La dottrina, diventata più timida nei riguardi della giurisprudenza, non si cura di integrare le novità giurisprudenziali nel proprio sistema; diventata più timida nei confronti delle leggi speciali (che essa considerava, un tempo, indegne di considerazione),

trascura di integrare le leggi speciali nel proprio sistema.

La dottrina si è fatta più timida nei confronti della politica, cui riconosce, ormai, il diritto di condizionare e dettare la norma giuridica. Ciò che è più grave, ha cessato di essere un corpo consapevole dei suoi poteri e della sua unità. Si è suddivisa in piccole scuole, separate dal metodo e dall'ideologia, spesso politicizzate e tormentate da dubbi nei confronti delle finalità stesse della scienza giuridica. Non appare dominata da personalità riconosciute universalmente come guide supreme. Disunita, non può né indicare la direzione ai giudici (che tuttavia sono sensibili al prestigio della cattedra, e si sentono debitori della loro formazione all'università), né tenere in rispetto i politici, né dominare la pubblica opinione.

Inoltre, nessun Paese europeo intende fare un codice per vederlo superato, domani mattina, da un European civil Code, Code civil européen, Europäisches bürgerliches Gesetzbuch, codice civile europeo. Se mai, il Paese europeo di cui parliamo elabora un libro delle obbligazioni ovvero una nuova parte generale dei contratti in modo da preconstituire un modello, speratamente prestigioso e ammirato, che sarà fruito dal futuro codificatore sopranazionale.

Comunque, chi oggi legifera o progetta di legiferare nell'area tradizionalmente dominata dal codice lo fa pressato da una domanda sociale che non consente rinvii (matrimonio tra omosessuali), ovvero lo fa scontando il possibile e forse anche prossimo codice fatto da altri.

E quel codice cosa sarà? Una dottrina europea non esiste. Una giurisprudenza europea estesa all'area del diritto da codificare non esiste. Non esiste un codice nazionale il cui prestigio gli permetta di fungere da modello per il codice sovranazionale.

Il codice forse assomiglierà ai progetti già pubblicati, alle leggi uniformi già in vigore, alle regole persuasive che sono già operanti. Questi corpi sono creati mediante compromessi raggiunti tra giuristi di diversa formazione e provenienza, che non possono accordarsi su un sistema concettuale ispiratore né su principii che non siano scontati, e che perciò elaborano soluzioni destinate a problemi empiricamente individuati, e concernenti aree tematiche limitate e ristrette.

Vale per ogni codice del prossimo futuro la lezione che ci viene dalle vicende dell'ultimo mezzo secolo. Il codice è uno strumento tuttora valido. Non se ne fa a meno. Ma non gli si domanda di avere un'unità. Non ci si aspetta che non abbia lacune. Non gli si promette che avrà una posizione di ben visibile centralità. Non ci si cura di sapere per quanto tempo sarà immutabile.

(1) IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979. Nel colloquio tenuto a Roma nello stesso anno, e rivolto al declino dei codici, la maggior parte dei relatori (P. Schlesinger, Piga, M. Giorgianni) ha aderito alla tesi del «tramonto del codice civile». Gli atti sono pubblicati in *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981; ivi appare altresì la relazione di F. Santoro-Passarelli, meno pessimista. Sul tema si veda anche DE CUPIS, *A proposito di codice e di codificazione*, RDC, 1979, II, 47. Appare molto interessante la discesa in quest'area di un sociologo: REBUFFA, *Servono ancora i codici?*, *Sociol. dir.*, 1981, 87 ss.

(2) Un resoconto di questo congresso, redatto da GAMBARO, è apparso nella RDC, 1983, I, primo fascicolo.

(3) A Caracas furono presentate numerose relazioni nazionali: J.L. BAUDOUIN, rel. per il Québec, in *XI Congrès int. de droit comparé. Textes présentés par l'Association québécoise pour l'étude comparé du droit*, Montréal, 1982, 1 ss. (in offset); BODENHEIMER, rel. per gli U.S.A., in *Law in the U.S.A. for the 1980's, Reports from the U.S.A. f. the XI Congress, Supplement to the Amer. Journ. of Comp. Law*, 15 ss.; COING, rel. per la Germania federale, in *Zeitschrift f. Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1982 (81 B), 1 ss.; LUGO SUAREZ, rel. per il Venezuela, in *El derecho venezolano en 1982*, Caracas, 1982, 11 ss.; SACCO, rel. per l'Italia, in *Rapports nationaux italiens au XI Congrès I.D.C.*, Milano, 1982, 67 ss.; TALLON, rel. per la Francia (elaborato ciclostilato); DELNOY, rel. per il Belgio, in *Rapports belges au XI Congrès intern. de droit comparé*, Bruxelles, 1982; HONDIUS, rel. per i Paesi Bassi, *Recodification of the law in the Netherlands*, in *Netherland Reports to the XI Int. Congress of Comp. Law*, Deventer, 1982 (in offset); JALFINA, (in translitterazione standard HALFINA), rel. per l'Unione Sovietica, *Codificación: necesidad e importancia*, in *El derecho en el socialismo desarrollado*, Mosca, 1982; ROT, rel. per la Polonia, *Les critères d'appréciation d'une codification du droit*, in *Rapports polonais présentés à l'XI Congrès int. de droit comparé*, Varsavia, 1982. Altre relazioni hanno circolato dattiloscritte: BLAGOJEVIC' (per la Jugoslavia), SCHLÜSSEL-GRUEL (per la DDR), YADIN (per Israele).

(4) MC AULEY, *Proposal for a Theory and a Method of Recodification*, *Loyola L. Rev.*, 2003, 274, nt. 3.

(5) MC AULEY, *op. cit.*, 274.

(6) MC AULEY, *op. loc. ult. cit.*

(7) Sono in campo J.L. BAUDOIN, *Reflexions on the Process of Recodification of the Quebec Civil Code*, *Tulane Civ. L. F.*, 1991, 283; REMY, *La recodification civile*, *Droits*, 1997, 3; DE LOS MOZOS, *Codificación y recodificación: Reflexiones con motivo de la reforma del Código civil peruano*, *Rev. gen. legislación y jurisprudencia*, 2001, 91; MC AULEY, *op. cit.*; BERGEL, *Les phénomènes de codification, de décodification et de recodification*, in PERRET-BISSON (ed.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, 2003, 31; FRONTERA, *La descodificación como sintoma de la historicidad del derecho*, *Rev. electronica del Instituto Ambrosio Gioja*, 2007; MORÉTEAU-PARISE, *Recodification in Louisiana and Latin America*, *Tulane Law Rev.*, 2009, 1103.

(8) MORÉTEAU-PARISE, *op. cit.*, 1107, nt. 16, citando Sacco e Cornu.

(9) MC AULEY, *op. cit.*, 263 n. 3; MORÉTEAU-PARISE, *op. cit.*, 1108.

(10) Sono sempre all'opera gli Autori ultimi citati.

(11) Il codice verrà abrogato dopo soli due anni.

(12) La maggior parte di questi codici ha suscitato una letteratura, talora imponente, di taglio municipale o comparatistico. Se ne hanno notizie nelle opere sui Sistemi. Nella letteratura italiana, si segnalano i vari volumi del *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, e inoltre: SACCO-CRESPI REGHIZZI, *Rassegna delle fonti del diritto civile, dell'economia e della famiglia nei Paesi socialisti*, in *Ann. dir. comparato e st. legisl.*, 1967, 1-179; CRESPI REGHIZZI-DE NOVA-SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della DDR*, *RDC*, 1983, I, 117; RESCIGNO, *Il « codice civile » di Cuba, ultimo codice socialista*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, I, 1007.

(13) Una bibliografia sul caso nederlandese, limitata ad opere redatte in lingue internazionali (da Snijders, Basedow, Sauveplanne) si trova nella terza nota all'articolo di Kronke di cui alla nota che segue.

(14) A parte ciò che apprendiamo dalla relazione di Coing, un'analisi della situazione tedesca, svolta nella nostra lingua, e condotta con riferimenti puntuali alla nostra letteratura — specie a Irti e Rodotà — si trova da ultimo in KRONKE, *Progetti di una nuova codificazione del diritto delle obbligazioni nella RFT*, *RDCo*, 1982, I, 51 ss. (cui si rinvia anche per la bibliografia). L'atteggiamento pessimista verso la codificazione è rappresentato, in Germania, da KÜBLER, *Kodifikation und Demokratie*, in *Juristenzeitung*, 1969, 645 ss.

(15) Si vedano, per il Québec: WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, 1980; MIGNAULT, *Le Code civil de la province du Québec et son interprétation*, 14 *Rev. du Droit*, 1935-1936, 583; L. BAUDOIN, *Méthode d'interprétation judiciaire du Code civil du Québec*, 10 *Rev. du Barreau*, 1950, 397; J.L. BAUDOIN, *Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse*, 44 *Rev. du Bar. Can.*, 1966, 391; ID., *L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada*, 53 *Rev. du Bar. Can.*, 1975, 715; BRIERLEY, *Quebec's Civil Law Codification*, 14 *McGill Law Journ*, 1968, 521; CRÉPEAU, *La révision du Code civil*, in *Cours de perfectionnement de la Ch. des Notaires*, 1977, 339. Nell'ottobre 1981 si è tenuto a Montréal un importante colloquio « *Codification - valeurs et langage* ». Le relazioni — affidate in larga misura a giuristi europei — non risultano pubblicate.

Per la Luisiana, si vedano: TUCKER, *The Code and the Common Law in Louisiana*, *Tulane Law Rev.*, 29, 1955, 739; ID., *Techniques of Codification in the Modern World: The Louisiana Experience*, 25 *Louisiana Law Rev.*, 1965, 698; TATE, *Techniques of Judicial Interpretation in Louisiana*, 22 *Louis. Law Rev.*, 1962, 727; ID., *Civilian Methodology in Louisiana*, 46 *Tulane Law Rev.*, 1970, 673; DAINOW, *Civil Law in Mixed Jurisdiction*, L.S.U. Press, Baton Rouge, 1976; CUETO RUA, *The Future of the Civil Law*, 37 *Louis. Law Rev*, 1976, 665; YANNOPOULOS, *Louisiana Civil Law: A Lost Cause?*, 54 *Tulane Law Rev*, 1980, 830.

(16) A favore della codificazione si veda WALKER, *La codification du droit écossais*, in *Études offertes à L. Julliot de la Morandière*, Parigi, 1964, 645 ss. (si veda ivi illustrata l'opinione, anch'essa favorevole, di T.B. SMITH). *Contra*, invece, A.E. ANTON, *Obstacles to codification*, *The juridical review*, 1982, 15.

(17) Notizie elementari sui codici si trovano nelle opere sui sistemi (si veda la nt. 12). Si nota IORIATTI, *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, *RDC*, 1992, I, 117.

(18) Per tutti, cfr. SACCO, *Il diritto africano*, Torino, 1995, specialmente 193 «Resistenza della tradizione», e ivi bibliografia.

(19) GUADAGNI, *La riforma del diritto privato nel Sudan*, in *Raccolta di scritti per il L anniversario*, Fac. econ. comm. Univ. Trieste, 1976, 183.

(20) VENEDIKTOV, *La proprietà socialista dello Stato*, tr. it. Sacco e Dridso, Torino, 1953.

(21) Sul punto SACCO, *Il substrato romanistico del diritto civile dei Paesi socialisti*, RDC, 1969, I, 115.

(22) Si veda più ampiamente CRESPI REGHIZZI-DE NOVA-SACCO, *op. cit.*