



***The Making of the Civil Codes:* la forza del codice, o il codice della forza? (Il problema della codificazione civile tra ordinamenti aperti e ordinamenti chiusi)**



Mauro Grondona

Il volume qui brevemente e frammentariamente recensito, o meglio semplicemente segnalato¹, appare come n. 104 della celebre Collana di Springer, ad accesso aperto, “Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice”.

La facile reperibilità e consultazione dell'intero volume² esime in questo caso il recensore dal dovere di presentarne in modo analitico il contenuto.

Sarà sufficiente, in via generale, e prima di soffermarci, pur superficialmente, su alcuni ‘problemi eterni’ inerenti alla codificazione, e in particolare su all’idea di codice civile, osservare come questo lavoro collettaneo abbia soprattutto due pregi: il primo è la vastità della ricerca, cioè delle aree giuridiche fatte oggetto di studio (dalla Cina alla Turchia; dall’Argentina all’Ungheria); il secondo è la vividezza, che gli autori e le autrici sono riusciti a trasmettere a chi legge, non solo di quello che potremmo anche qualificare il peso storico, se non addirittura l’ingombro, della tradizione codificatoria: come idea culturale, come ambizione politica, come realizzazione scientifica; ma anche, o soprattutto, delle attuali potenzialità di una codificazione, che, ieri come oggi, rappresenta una sofisticata operazione culturale³, e che come tale può essere adottata con maggiore o minore consapevolezza, con maggiore o minore capacità e forza, tanto politica quanto scientifica.

Da questo punto di vista, la circostanza che l’idea di codice, e soprattutto l’atto (che in principio è un desiderio di potenza) del codificare, non sia destinata a tramontare trova una facile spiegazione attraversante vari campi, ma nella dimensione psicologica,

¹ GRAZIADEI, ZHANG, *The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective*, Berlino, 2023.

² <https://link.springer.com/book/10.1007/978-981-19-4993-7>.

³ In questa chiave, va soprattutto richiamato il saggio di CABRILLAC, *The Codification at the Beginning of the Twenty-First Century*, 17 ss.

direi autoevidente, tanto per il legislatore, quanto per l'accademia, quanto ancora per il vasto mondo della pratica del diritto, ha un tratto unificante.

Anzi, in questa chiave, mettendo insieme culture e pluralismo⁴, e dunque ottenendo una buona miscela di pluralismo culturale, ci si potrebbe spingere fino al punto di invocare una capillare ipercodificazione, anche, o soprattutto, in microsettori, sì da approntare uno strumento di efficacia ordinatoria, e quindi di disegno lineare, ma al contempo arricchito da quegli elementi di contesto che possono effettivamente rendere non solo operativo ma socialmente adeguato il progetto codificatorio, altrimenti destinato a una quasi immediata obsolescenza (come ovvio, quella che possiamo allora definire 'codificazione contestuale' pone il problema delle tecniche redazionali attraverso cui realizzare tale disegno: se ci si muove nella linea della codificazione contestuale, infatti, l'esigenza di 'mettere in ordine' non potrà, tendenzialmente, essere soddisfatta riproponendo l'idea di una logica giuridica tutta interna alla dogmatica giuridica, dovendosi necessariamente aprire, invece, a un pluralismo anche dogmatico che, a ben vedere, è poi la salvezza della stessa dogmatica).

Qui basti allora dire che il corposo volume (pp. 412) si compone di 22 saggi: il primo di essi, scritto a quattro mani dai curatori, è un manifesto alla lunga vita del codice – pur avvertendosi circa l'insidia rappresentata da alcune mitologie codificatorie, le quali, peraltro, come tutto ciò che è umano, richiedono una spiegazione in termini storiografici, e così la mitologia si avvicina all'ideologia, come gli autori infatti sottolineano –, ovvero dei codici, e dunque alla lunga vita soprattutto dell'idea di codice quale espressione di razionalità (parola spesso problematica, anch'essa a rischio di diventare oggetto di culto, come lo stesso codice, così entrando, però, nel dogmatismo della razionalità, che è del resto uno dei volti del formalismo giuridico; anche la razionalità va prudentemente tenuta a una certa distanza di avvistamento, senza così diventarne vittime, o idoli – spesso anche inconsapevoli; l'arte del dubbio, che poi è autentica pratica liberale, anche in questo caso soccorre)⁵; l'ultimo di essi è la traduzione inglese di un testo del 2016 di Rodolfo Sacco, che ha al centro l'idea di una necessaria instabilità, se non testuale, ermeneutica, del codice: il codice vive (ovvero, può vivere, nella dimensione della giuridicità contemporanea, che non ha ovviamente abdicato all'esigenza della razionalità, ma ha abdicato all'idea che il codice come tale esprima una razionalità già raggiunta, e appunto come tale codificata, laddove l'esigenza di razionalità si attua proprio nella costante ricerca di una razionalità, che non è un dato come tale intrinseco al codice, ma è il prodotto di questa ricerca), proprio perché non rifiuta la trasformazione, non si oppone alla necessità della costante (più o meno visibile; più o meno incisiva) trasformazione; anzi, il codice può vivere appunto perché immerso nel paradigma del mutamento ermeneutico.

⁴ In tema va ora visto GRAZIADEI, *Frontiere, Legal Transplants, comparazioni: le vie del diritto e l'incontro con il pluralismo*, in CAPPELLINI, CAZZETTA (a cura di), *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, Milano, 2023, 23 ss.

⁵ Sulla questione è utile DEI, *Razionalità e relativismo nell'antropologia giuridica*, in CAPPELLINI, CAZZETTA (a cura di), *Pluralismo giuridico*, cit., 69 ss., spec. 83 ss.

Non si abdica all'idea di codice, dunque, ma si guarda al codice in una prospettiva diversa.

Un codice quale strumento di ordine, sì, ma che non ostacola il movimento che opera all'interno del tessuto sociale, cioè della vita, delle persone e anche delle idee.

Del resto non è (e nemmeno potrebbe essere) diversa la prospettiva generale che emerge dalla presentazione di Graziadei e di Zhang: termini quali stabilità e coerenza non sono letti in chiave oppositiva a termini quali adattabilità, innovazione, bilanciamento, cambiamento.

Insomma, nessun dubbio che il codice conservi tuttora una sua utilità; ma nessun dubbio, nemmeno, che l'utilità del codice stia non tanto nel testo, nelle regole in esso scritto, ma nel disegno generale, e quindi culturale, che da esso promana, e che, però, non può non scontare il trascorrere del tempo e non può non scontare la circostanza che, oggi, i formanti del diritto sono in continua espansione, a partire dalla forza giuridica dei singoli, di noi tutti, che facciamo diritto anche quando non ci accorgiamo di farlo⁶ (ecco allora perché l'opzione pluralistica anche in chiave metodologica è fondamentale per legittimare qualunque ambizione codificatoria, o ricodificatoria).

Volendo essere radicali, che spesso non guasta, potremmo pure dire: è il vivere che produce diritto, cioè la necessità di regole, come tali rispondenti ai contesti – sociali, economici, esistenziali ecc.

In questo senso, ogni contesto è un ordinamento, e dunque un ordine.

Ecco perché la razionalità codicistica va guardata con qualche salutare sospetto, anche filosofico.

Un codice, quindi, quale strumento di ordine, sì, che è utile se però è un ordine mobile, aperto, richiamando allora qui l'insegnamento di Gino Gorla, più volte ribadito, circa la differenza tra ordinamenti giuridici 'aperti' e ordinamenti giuridici 'chiusi': «Una "chiusura" determinata dalla pretesa di completezza dei codici del secolo XIX, pretesa protrattasi fino alla metà circa del XX e fondata sul concetto dello stato come unica fonte del diritto, una concezione aggravata dall'idea o ideologia dello Stato nazionale o... nazionalistico»⁷; naturalmente, e Gorla infatti lo sottolinea da par suo – con sintesi efficacissima, l'idea di ordinamento aperto non coincide con quella di ordinamento caotico, che sarebbe una contraddizione, e forse porterebbe alla morte dello stesso ordinamento.

Può l'idea di ordinamento coesistere con l'idea di caos? A prima vista, certamente no. Ma un illustre allievo di Gorla, Maurizio Lupoi, ancora da ultimo ha ribadito (e questo

⁶ Il nostro grande ASCARELLI, nel suo celeberrimo *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 41 ss., a 62 sottolinea: «La lacunosità di qualunque sistema giuridico è sempre una conseguenza della ricchezza e mutevolezza della vita in contrasto con la necessaria fissità di un qualsiasi *corpus juris*». Ma tutto il saggio è ricolmo di spunti e di idee su cui non fa mai male ritornare.

⁷ GORLA, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, in *I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, 1992, 177 ss., qui 179.

è un punto che sicuramente richiederà approfondimenti in altre sedi, soprattutto oggi, in cui è pressoché realizzata l'idea di un diritto che è come tale sociologia, e viceversa, di una sociologia che nel diritto conosce uno dei suoi diversificati svolgimenti, dando così piena ragione a coloro i quali hanno sempre combattuto ogni compartimentazione del sapere, consapevolmente riprendendo una delle grandi lezioni dell'Umanesimo, che non a caso fu assai combattivo contro un certo modo di fare diritto e di essere giuristi – un modo che invero dimostra però una notevole tenacia) l'importanza dell'incoerenza quale presupposto – a certe condizioni e in certi ordinamenti, s'intende; ma l'affermazione merita a mio avviso un tentativo di declinazione a largo spettro, superando, o ripensando e ridiscutendo, sotto questo profilo, la distinzione *common law/civil law*⁸, posto che, ascarellianamente, tutti i giuristi parlano lo stesso linguaggio, che poi è, io direi, il linguaggio che alla fine esprime desideri e sentimenti dell'essere umano, e questa è del resto la forza giuridica dell'essere umano, che trasforma in diritto, in regola, ciò che ancora non lo è, o apparentemente mai lo potrà diventare: il linguaggio del diritto in questo senso è la traslitterazione giuridica del linguaggio dei sentimenti, delle esigenze, dei bisogni dell'umanità: in questa chiave, tutto ciò che è umano è giuridicizzabile, con quello che ne consegue o ne può conseguire rispetto all'idea di universalità, di uniformità, di armonizzazione, e ora di diritto globale, ma anche di antropologia giuridica pienamente consapevole di sé, che poi è un'ulteriore attestazione del successo di quella progressiva sociologizzazione del diritto cui alludevo – della vitalità di un ordinamento, che è incoerente rispetto alle soluzioni specifiche perché è coerente rispetto a una determinata linea di politica del diritto, così ritornando in primo piano il nesso tra diritto e cultura: il diritto, tanto sotto il profilo della struttura, quanto sotto il profilo della funzione, è una forma di politica della cultura..

Lupoi ha detto di più: «La forza del diritto inglese e della *common law* in genere e la ragione del prevalere di quest'ultima su scala mondiale stanno proprio nella loro incoerenza, perché è essa che consente di reagire prontamente e senza remore a circostanze nuove: una fruttifera incoerenza»⁹).

Ma torniamo a Gorla, il quale osserva quanto segue: «[S]ia quando l'apertura è imposta (per l'appartenenza dell'Italia o di altro Stato a certe Comunità, o per la sua adesione a Convenzioni Internazionali), sia quando tale apertura si manifesta come tendenza, ciò deve sempre portare ad una regola specifica per il caso concreto *sub iudice*; cioè non deve

⁸ Ancora ASCARELLI, *L'idea di codice*, cit., 54, scrive: «Al “common lawyer” il valore normativo del precedente giurisprudenziale del diritto anglo-americano, sembra altrettanto naturale quanto strano al giurista dei sistemi codificati. Nel sistema non codificato il valore normativo del precedente giudiziale risponde tuttavia a quella medesima esigenza di certezza del diritto e di continuità di sviluppo cui rispondono, nei sistemi codificati, quei limiti che la codificazione impone alla funzione del giudice».

⁹ LUPOI, *Un primo approccio comparatistico al 'diritto vivente': Francia e Inghilterra*, di prossima pubblicazione in *Contr. impr.*, e che ho potuto leggere in anteprima grazie alla cortesia del prof. Lupoi, che qui nuovamente ringrazio (le parole citate si leggono a p. 22 del dattiloscritto).

ridursi a meri o vaghi *generalia*, o, nel linguaggio di Rudolf Schlesinger [...], a *meaningless generalities*»¹⁰.

Il che, direi, suona come una vera e propria lezione di giusmetodologia: il diritto è regola del caso, è criterio di giudizio per risolvere un caso, e quindi un problema, reale o al limite immaginato (per chi sia interessato alla risoluzione di un caso ipotetico, come scrive lo stesso Gorla più sopra, a p. 178).

Ogni strumento riconducibile al lavoro del giurista e più in generale alla giuridicità è finalizzato a individuare il criterio sulla base del quale risolvere un problema; il che significa che la soluzione, in un ordinamento aperto, è tendenzialmente innovativa, perché è il problema, non il sistema, che comanda¹¹. Se anche non si voglia rinnegare il sistema (e peraltro non vi è alcun bisogno di rinnegarlo, poiché occorre piuttosto costantemente problematizzarlo, cioè ripensarlo in chiave problematica, che è un altro modo, metodologicamente, di mettere in questione, o comunque di approcciare criticamente, la razionalità 'del' e 'nel' codice), bisogna ammettere che il sistema è il prodotto di quel ragionamento casistico, che, se certo può anche dare vita alle degenerazioni che, storicamente, la casuistica gesuitica ha espresso e che sono state genialmente sbeffeggiate da Pascal, senza caso concreto, senza problema, senza conflitto tra interessi reali, nemmeno può parlarsi di ragionamento giuridico; e comunque si tratterà di un ragionamento giuridico incompleto, sfuocato, incompiuto: è un ragionamento solo apparente, ma in realtà è un non-ragionamento, perché è un gioco imprigionato all'interno di un terreno che è solo illusoriamente stabile: è il terreno di una stabilità fittizia, di una logica-illogica, potremmo anche qui dire, gorlianamente, e tale perché slegata dalla fattispecie concreta, quindi compartimentata, e quindi fallace, se non altro perché unilaterale. Anche sotto questo riguardo, la razionalità codicistica nasce con pretese unilateralistiche, che ne indeboliscono naturalmente la forza e la capacità di incidenza, cioè di essere riconosciuta – tale razionalità codicistica – come voce della razionalità sociale, che nasce da un conflitto e nel conflitto si modella, al contrario di quanto accade rispetto alla razionalità del codice-testo, che nasce nel segno della pacificazione. Ecco che allora ritorna l'idea di codificazione contestuale, e qui ritorna nella prospettiva che non solo distingue, ma oppone, il codice-testo al codice-contesto.

¹⁰ GORLA, *I principi*, cit., 180.

¹¹ Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, IX: «La concezione dell'ordinamento come momento che dà forma una volta per tutte al dato sociale, la quale non poteva non trovare nella grande stagione dei codici lungo l'ottocento il suo massimo punto d'appoggio, dopo il periodo di varie e talora contraddittorie esperienze tra le due guerre mondiali si è infine schiantata quando il secondo riassetto post-bellico ha reso quasi improvvisamente evidente che la visione della realtà sottesa alla forma giuridica vigente veniva tingendosi sempre più di illusione quanto più tale forma diventava parziale o distorsiva, incapace comunque di "comprendere" in termini soddisfacenti il reale»; e v. anche *ivi*, 37, testo e in particolare nota 69, ove, sulla scorta di Tarello, si afferma che «la codificazione in sé rispond[e] a un disegno di semplificazione generalizzante [...]».

Non è un caso, del resto, che nel saggio di Sacco si legga, a un certo punto (p. 410): «The most exciting page of the whole theory of interpretation concerns the weight of extrajudicial data».

E si può, a margine, glossare che Sacco, contrariamente a ciò che taluni pensano, non divenne giusantropologo onde poter abbandonare il diritto, ma restò giurista, e in particolare giuscomparatista, e come tale più vicino all'area delle diversità giuridiche e del non- e del non-ancora diritto.

Del resto, quando – purtroppo il video è stato rimosso –, il 27 marzo 2009, venne presentato a Trento il volume sull'antropologia giuridica, l'autore, nella sua replica rivolta a Gianfranco Poggi, il quale, naturalmente, non gli aveva risparmiato critiche, esordì con un difensivo 'ma io non sono un antropologo, io sono un comparatista'. Ciò significa – e io comunque lo leggo in questo senso – che il giurista, né tradisce sé stesso, né abdica al lavoro giuridico, quando apre, senza eccessive prudenze, mai salutari nel lavoro intellettuale, i propri orizzonti culturali, e diviene familiare con l'idea che il diritto, inteso come linguaggio tecnico, è la formalizzazione di una materia sociale instabile, a volte vorticosamente instabile. Se un ordine ci vuole, quest'ordine è l'ordine delle azioni, non è l'ordine generale della società, che è un'aspirazione totalitaria, da nemici della società aperta, a meno che sia il prodotto spontaneo di azioni e reazioni, di conflitti e scontri, che però poi trovano nel tessuto sociale, e soprattutto culturale, un filtro e un decantatore assiologico, per così dire.

Ancora Sacco, poche righe dopo, nota: «The legislator believes they are creating the law. In reality, they are creating a text to which others will give a meaning or more meanings».

Non mi pare un caso, del resto, che il grande Karl Llewellyn abbia richiamato l'attenzione sulla circostanza per cui un'istituzione non è una questione di parole o di regole, ma di comportamenti, di modi di vivere e di agire¹².

Il diritto è un'istituzione in questo esatto senso, e dunque tutto ciò che è forma e struttura giuridica deve fare i conti con tutto ciò che dal diritto così inteso esula, ma che sul diritto potentemente e prioritariamente agisce.

Sotto questo profilo, la forza del codice, e più in generale dell'idea di codice, sta nell'offrire un materiale normativo organizzato secondo una logica interna e secondo una assiologia, le quali, però – per non assumere un carattere illiberale, opponendosi a ciò che accade nella vita sociale, e che richiede, sì, di essere ordinato, ma alla luce di un criterio ordinatore che attinga alla realtà e non alla logica codicistica intesa quale modello teorico –, vanno adeguate, in chiave interpretativa, ai contesti sui quali il codice, e dunque l'ordinamento, andrà a incidere.

Altrimenti, la forza benefica che il codice può avere ed esercitare (una forza benefica nel senso che l'ordine razionale del codice, dialogando con la dimensione sociale,

¹² LLEWELLYN, *On the Nature of an Institution* (1954), in *Id.*, *Jurisprudence – Realism in Theory and Practice*, Union (New Jersey), 2000 (ed. or. 1962), 233 ss., a 233.

che esprime come tale un ordine e una razionalità – anche in termini problematici o radicalmente conflittuali – ne esce vivificato e più vicino al contesto, recuperando così una dimensione storicamente situata di razionalità) si trasforma in forza socialmente negativa, perché limita, restringe, opprime: ecco così il deleterio passaggio (che esprime necessariamente anche una tensione) dalla forza del codice al codice della forza.

Il lavoro giuridico muove anche da questa esigenza, tanto culturale quanto politica, di difendere la forza del codice, nel senso che si è detto, ma di impedire che il codice diventi uno strumento oppressivo (o comunque rallentante, se non immobilizzante). E c'è oppressione (tanto individuale quanto sociale) tutte le volte in cui i testi sono troppo lontani dai contesti, tutte le volte in cui la logica interna di un sistema risulta essere troppo lontana dalla logica immanente nella società, dando così vita, anche, a un isolazionismo sistemico che non giova a quella visione il più possibile generale e come tale comprendente, diffusa soprattutto oggi dall'esigenza di una effettiva razionalità ordinamentale e trans-nazionale, che significa anche razionalità sociale diffusa e condivisa, all'insegna di quella incoerenza ordinamentale sulla quale si è intrattenuto Lupoi, e che in effetti risulta essere una chiave di lettura esplicativa di fronte alla giuridicità contemporanea, rispetto alla quale il codice è uno dei materiali che il giurista ha a disposizione. Materiale da assemblare e da riassemblare, costantemente, grazie a un ininterrotto dialogo tra scienza giuridica e giurisprudenza, appunto in quella logica (sopra solo evocata) 'problematica', cioè del problema che interroga il sistema e che incide su quest'ultimo, modificandolo, in un unico caso o in una pluralità di essi, così anche potendosi forse valorizzare quella distinzione (che invece Lupoi riprende criticamente) tra orientamenti giurisprudenziali e precedenti giurisprudenziali.

Proprio alla luce di questo rinnovato approccio alla codificazione, riprende vigore l'interrogativo sulla fattibilità di un codice civile europeo, più vicino alla sensibilità culturale e anche al modo di lavorare del giurista di oggi, che al codice guarda con una fiducia temperata, perché sa che il codice è uno strumento che può certamente facilitare il dialogo transordinamentale, ma sa anche che da tale dialogo il codice necessariamente uscirà trasformato (e tale trasformazione non è un tradimento della logica sistematica; è piuttosto un adattamento di essa al sistema sociale; è il passaggio da una logica sistematica a una logica problematica).

Oggi, un codice civile europeo¹³ nascerebbe all'insegna dell'ordine giuridico aperto; aperto perché trasparentemente sostenuto da un lavoro, prima preparatorio e poi applicativo, della scienza giuridica, che ne garantirebbe bensì quelle caratteristiche di ordine concettuale che sono certamente connotanti ogni disegno codificatorio, ma che, al contempo, opererebbe ermeneuticamente sul codice stesso, in modo che quell'esigenza di razionalità in esso presente, e non necessariamente da rifiutare *in radice*, possa assumere una portata connotata in senso sociale, così pienamente realizzando un'operazione

¹³ Cfr. infatti ora CASTRONOVO, *Omnia tempus habent. Arriverà il tempo di un codice civile europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2023, 259 ss.

di politica del diritto, nel segno di una logica che non è più illogica, perché è immersa nel contesto, da assumere, in questa prospettiva, come un pilastro della codificazione

Sulla base di queste fugaci considerazioni – alcune banali, altre pacifiche, altre opinabili, altre ancora verosimilmente assai criticabili – invitiamo i giuristi e in primo luogo i civilisti alla lettura e alla discussione dei saggi contenuti nel volume a cura di Michele Graziadei e di Lihong Zhang, soprattutto per infondere fiducia non già, come tale, nell'idea di codice, che si muove appunto sul crinale tra mitologia e ideologia, ma nell'ambizione, che è anche un'opportunità politica di elaborare, oggi, un codice per l'Europa, nel segno del pluralismo e della pluralità.