

I

CODICE CIVILE E IDENTITÀ GIURIDICA NAZIONALE

1. La contrastata immagine del ‘modello codice’ in Italia; • *Il codice bifronte. Portalis e la persuasione al codice.* – 2. Dal codice ai codici; • *I codici preunitari.* – 3. Il mito dell’unità codicistica nella frammentazione politica; • *La «seconda vita» del codice. La lettura di Gian Pietro Chironi e di Guido Astuti.* – 4. Il codice e «la gran tela della tradizione»; • *Codice e vocazione attualizzante del diritto romano.* – 5. L’unità politica e il Codice del 1865; • *Il codice civile nella retorica di Pasquale Stanislao Mancini e di Giuseppe Pisanelli.* – 6. I Commentari post-unitari al codice; • *Prolegomeni al codice civile.* – 7. Le certezze del codice; • *Preleggi; Principi generali del diritto.* – 8. «Una scuola nazionale di diritto civile: ecco l’ideale bello, splendido»; • *«Astrazione, speculazione, sistemazione».* – 9. Il sistema e le «vere» trasformazioni del diritto; • *Riformare l’immutabile.* – 10. Le leggi sociali e la giurisprudenza; • *Tra due secoli: Vittorio Polacco e le «grandi idealità» delle «patrie leggi».* – 11. «La rivoluzione attuata»: la legislazione eccezionale di guerra; • *«Ridiventare italiani».* – 12. L’abolizione dell’autorizzazione maritale; • *Classificazioni e discriminazioni.* – 13. Senza nazione: il Codice del 1942. – *Bibliografia.*

1. *La contrastata immagine del ‘modello codice’ in Italia*

Punto di partenza pressoché obbligatorio per una ricostruzione delle vicende ottocentesche del diritto civile in Italia è il riferimento alla legislazione francese. Lo esige una motivazione, solo in parte determinante, di ordine cronologico: la dominazione diretta e indiretta della penisola italiana realizzatasi nel volgere di pochi anni – a partire dalla prima offensiva degli eserciti rivoluzionari francesi contro il Piemonte nell’aprile del 1796 – e la conseguente introduzione di nuovi principi giuridici destinati a sconvolgere l’assetto istituzionale e sociale esistente. È soprattutto, però, la diretta vigenza del *Code Napoléon* nella penisola, e il riferimento a quel

codice come a un *modello*, ad assumere un significato che travalica il quadro di una sia pur complessa recezione di un diritto straniero.

Già vigente dalla sua promulgazione (1804) nei Dipartimenti del Piemonte, il *Code civil* entrò poi in vigore nei territori dell'ex Repubblica ligure, a Parma e a Piacenza (dal 1805), nel Regno d'Italia (aprile del 1806), nel Principato di Lucca (maggio del 1806), in Toscana e nel Regno di Napoli (nel 1809), e nelle zone dello Stato pontificio annesse all'Impero (prima nelle Legazioni e nelle Marche, poi in Umbria e nel Lazio, 1812). Tutta la penisola (restarono escluse solo la Sicilia e la Sardegna, e i territori veneti ceduti da Napoleone all'Austria) fu, dunque, accomunata dalla vigenza del codice francese che fece «cessare di esistere» il diritto comune, le ordinanze, le consuetudini generali e locali, gli statuti, sciolse i vincoli di feudalità, abolì i fedecommissi, introdusse il sistema della pubblicità e specialità delle ipoteche, imponendo così uniformità legislativa nella penisola. Con riferimento a questa svolta unitaria (e riecheggiando ancora una certa enfasi risorgimentale) la recezione del Codice Napoleone è stata presentata come «il più grande evento della nostra storia del diritto dopo l'introduzione in Italia della codificazione giustiziana avvenuta dodici secoli prima» [Ghisalberti].

Si trattò – come vedremo – di una vigenza molto limitata nel tempo. Prima di occuparcene è opportuno, però, affrontare subito una caratteristica della retorica di fondazione del codice che sarà particolarmente presente nel discorso dei giuristi italiani: il rapporto ambivalente con il passato.

Il codice segna un punto di svolta, il compimento di un secolare processo e l'avvio di una nuova fase del diritto. L'*idea di codice* realizza una rottura col passato, afferma il monopolio statale delle fonti del diritto, «un modo nuovo di concepire la produzione del diritto, e quindi il problema primario della connessione fra ordine giuridico e potere politico» [Grossi]. La presenza del codice detta una serie di cesure e indica i tratti portanti del diritto ottocentesco: un diritto (formalmente) uguale, contenuto in un sistema chiuso (non eterointegrabile) di norme, appiattito sulla legge «chiara» «semplice» «certa» e «utile», funzionale alle esigenze della nuova società borghese. Certo, spostando l'attenzione su alcuni specifici contenuti, si può notare che essi si pongono ancora in continuità con i principi della tradizione romanistica, con il diritto consuetudinario, con le costruzioni teoriche e pratiche della dottrina di antico regime; la svolta si incrina, però, solo apparentemente perché la forma di autorità delle di-

sposizioni resta comunque legata al volere del potere politico. Mostrando come questa consapevolezza fosse ben presente nel rifiuto della codificazione da parte di Savigny, è stato rilevato [Caroni] che il codice fa sempre sgorgare nuovo diritto anche quando assorbe quello preesistente: rinnovando la gerarchia delle fonti e creando nuove interdipendenze tra le norme, il codice innova sempre sia a livello formale, sia a livello materiale, rendendo puramente illusoria la continuità con il diritto preesistente.

Occorre aver ben presente questa illusione nel considerare il percorso della codificazione in Italia; un percorso che si caratterizzerà, come vedremo, proprio per una marcata ricerca di un nuovo diritto unitario, percepito allo stesso tempo come espressione di un glorioso passato nazionale. Legandosi al dato centrale e rivoluzionario del raggiungimento dell'Unità, l'idea di Codice s'impregna nell'Ottocento italiano di connotati che ora ne esasperano la modernità, ora mitizzano invece la continuità con la tradizione. Il superamento della pluralità di fonti del diritto privato (dei diritti patrii) è esasperato perché inteso come veicolo della costituenda unitarietà politica del Paese, come ineluttabile affermarsi della società borghese; la continuità con il diritto preesistente è mitizzata perché collegata all'aspirazione risorgimentale di porre una lunga storia nazionale alle spalle del nuovo Stato.

L'immagine del codice bifronte è una caratteristica peculiare della ricerca e dell'affermazione della codificazione nazionale italiana: l'imposizione della moderna normativa certa e uguale del *Code civil* (che finalmente accomuna nel periodo napoleonico «l'espressione geografica» dei territori italiani) svela la preesistente e sotterranea uniformità del diritto della penisola; il ritorno, graduale ma inesorabile, dei codici negli Stati preunitari dopo il Congresso di Vienna *mostra* un diritto nazionale (cfr. i paragrafi 2-4); l'unificazione politica e giuridica completa un itinerario già ben delineato (cfr. i paragrafi 5-7). Il codice ora offre scelte legislative che trovano nella sola volontà del legislatore la propria giustificazione, ora è, invece, l'innocuo contenitore di un preesistente e immutabile diritto; ora è pieno assorbimento del diritto nella legge dello Stato, ora limite costituzionale alle pretese dirigistiche del legislatore; ora è «lavoro dell'immaginazione», ora «memoria». La sempre diversa costruzione della tradizione definisce i tratti dell'identità nazionale, tempera la prospettiva della legge come 'inizio' del diritto e allo stesso tempo le offre una legittimazione ampia. Il tema resterà dominante anche dopo gli anni ottanta, quando 'la scuola giuridica italiana' rileggerà le «immutabilità» del codice

alla luce delle trasformazioni sociali (cfr. i paragrafi 8-12) e si ripresenterà, dopo lo sconvolgimento apportato al diritto privato dalla prima guerra mondiale, negli anni del fascismo e soprattutto nel momento della caduta del regime, quando l'appello alla tradizione scientifica nazionale sarà utilizzato per affermare l'immagine di un 'codice della scienza' distante nella sua essenza tecnica dalle transeunti scelte politiche dello Stato fascista (cfr. il paragrafo 13).

IL CODICE BIFRONTE. PORTALIS E LA PERSUASIONE AL CODICE

L'immagine del codice bifronte (posto al tempo stesso in radicale rottura e in continuità con il passato) emerge anche nella retorica che sostiene il *Code Civil*.

L'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII (21 marzo 1804), che univa le 37 leggi pubblicate nel corso dell'anno antecedente poste a comporre il *Code Civil des Français*, affermava: «a partire dal giorno in cui queste leggi entrano in vigore, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, cessano di avere forza di legge generale o particolare nelle materie che sono oggetto delle dette leggi che formano il presente codice». La statalizzazione del diritto e l'accentramento delle fonti nelle mani del potere politico poneva una netta rottura con il passato.

Le interpretazioni dell'art. 4 del *Code* confermavano tale rottura. L'articolo imponeva infatti al giudice il dovere di decidere affidandosi sempre alla sola legge: «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia». L'articolo fu inteso come divieto per il giudice di richiamarsi alla «raison naturelle», al «droit universel et immuable» e, in mancanza di una precisa legge, di porsi come «ministro di equità» (opzioni queste inizialmente previste in un progettato Libro Preliminare al *Code*, intitolato *Del diritto e delle leggi*, sostituito poi dal Titolo Preliminare in cui si inseriva l'art. 4). La chiusura del codice nei confronti di fonti esterne (divieto di eterointegrazione) si presentava così accompagnata dalla sua necessaria autointegrazione. Nessun ponte con le fonti antecedenti 'prive di forza di legge', nessuna apertura all'esterno, era possibile.

Tale netta chiusura non elimina però il riferimento al passato come momento di legittimazione del codice. Il "Discorso preliminare" di Jeanne-Etienne-Marie Portalis (1746-1807) offre l'esempio più significativo della 'doppia' rappresentazione del Codice: da un lato figlio della rivoluzione e

posto in inevitabile contrasto con l'intero assetto di antico regime, dall'altro espressione di una tradizione giuridica impossibile da cancellare.

Portalis presenta un codice posto contro la rivoluzione e l'*esprit révolutionnaire*: le leggi *hostiles, partiales, éversives* del periodo rivoluzionario sono espressione di un legislatore accecato dalla sua onnipotenza, mosso dal desiderio di sacrificare tutti i diritti a uno scopo politico, a un misterioso e variabile interesse di Stato che trasforma tutto in *diritto pubblico*; in particolare le leggi retroattive dell'anno II sono la prova provata di un insensato dispotismo legislativo indirizzato, come aberrante arma politica, 'contro il tempo' e il 'sistema della natura'. È sufficiente capovolgere l'immagine per vedere, contro la rivoluzione e l'*esprit révolutionnaire*, le caratteristiche del codice. Portalis evoca un codice che si lega alla tradizione giuridica, partecipa alla lenta trasformazione del diritto privato, non ostacola le pratiche della vita quotidiana e non si oppone alla mentalità degli interpreti; che è espressione di un diritto certo per l'avvenire e conforme al sistema della natura, rispettoso del passato. Il codice di Portalis non è il frutto di una costruzione politica, di una passione transeunte e artificiale, di un'astratta immaginazione, ma è memoria della nazione.

La codificazione civile era posta così lontano dal dominio della politica e legittimata oltre la nuda volontà del legislatore. Più che come descrizione della nuova realtà giuridica, saldamente dominata dalla centralità del Codice Napoleone, il discorso di Portalis si poneva come fondamento immaginario della 'non politicità' del diritto codificato; un diritto presentato più forte della legge, capace di imporsi da sé e persino sottratto alla volontà e agli arbitri del legislatore.

Una simile rappresentazione caratterizzerà profondamente – come vedremo – la costruzione del codice nazionale italiano.

2. Dal codice ai codici

Il particolarismo e il municipalismo furono spesso presentati nel periodo della Restaurazione come parti integranti del carattere degli italiani e, pertanto, come insormontabile ostacolo sulla via dell'affermazione dell'unità nazionale. Un passato privo di vere rivoluzioni offriva un rassicurante e mal posto giudizio sul futuro: l'Italia con le sue suddivisioni territoriali avrebbe continuato – di questo era convinto il principe di Metternich – a essere una pedina inerte nel gioco diplomatico delle grandi potenze.

Con rivalità municipalistiche e regionali, tendenze centrifughe e rivolte si erano confrontati i francesi, sia nel periodo delle repubbliche giacobine 'sorelle' (1796-1799), sia negli anni della dominazione napoleonica. L'espansione nella penisola delle idee rivoluzionarie era stata accompagnata nel periodo delle repubbliche giacobine da un orgoglioso ritorno alle libertà cittadine che, fondendo le idee francesi col richiamo alle tradizioni locali, aveva reso debole la richiesta di una repubblica «una e indivisibile», fragili le basi della rivoluzione democratica. Il veloce 'crollo del 1799', che vide i francesi ritirarsi in un clima di ostilità, fu accompagnato da un'ondata reazionaria e sanfedista e ancora da rivolte locali. Il ritorno delle armate napoleoniche fissò così con la forza nella penisola i risultati della rivoluzione. Continui mutamenti di frontiera, avvenuti nel disprezzo non solo dei diritti delle antiche dinastie ma anche della volontà dei popoli interessati, frustrarono presto le idee di indipendenza ed unità. In un'Italia multiforme e complessa la dominazione napoleonica si pose comunque come momento di «amalgama» tra idee contrastanti e diversi disegni di «civiltà». Già nei dibattiti del triennio giacobino ritroviamo l'affermarsi di idee nazionali e i primi segni del Risorgimento: la difesa di interessi particolaristici si interseca variamente nei ceti intellettuali con l'affiorare di una tensione unitaria, egualitaria, con l'esigenza della borghesia di instaurare, sciolti i lacci della feudalità, un regime uniforme e libero per la circolazione dei beni.

Nella dimensione giuridica questo quadro si ripropone: se è vero che il diritto è «la sintesi di dati culturali stratificati secondo processi di sedimentazione storica estremamente mutevoli e complessi» [Wieacker] e che pertanto la recezione di un diritto straniero non può che dar luogo ad un'assimilazione, ad un processo di sviluppo storico autonomo, ad un mutamento dei modi di convivenza, occorre guardare al confronto con le idee francesi e alla recezione del *Code Napoléon* nella variegata realtà giuridica italiana come a un momento di sedimentazione del diritto lungo vie autonome.

La dominazione francese non diede all'Italia una forma di governo unitario, ma l'ondata napoleonica operò per un breve periodo una sostanziale uniformazione delle condizioni legislative esistenti: «passò – sintetizza il liberale e moderato Federico Sclopis (1798-1878) – il livello su tutte le istituzioni», introducendo l'uguaglianza civile e «la garanzia contro ogni possibilità di quei tanti abusi che afflissero il medio evo». A dare visibilità al nuovo diritto sul suolo italiano è soprattutto «il dono»

del codice che afferma le libertà borghesi, unifica, semplifica, «livella». Anche se ricevuto dallo straniero, quel dono, scrive Sclopis, offre un «bene reale» da difendere ad ogni costo (cfr. cap. II).

L'imposizione dall'esterno e con la forza dell'uniformità legislativa nella frastagliata realtà politica della penisola è il peccato di origine che i sostenitori italiani della codificazione dovranno a lungo giustificare o negare.

La richiesta di una legislazione uniforme era stata avanzata in senso molto generico già nelle costituzioni giacobine («Nella Repubblica – così, ad esempio, l'art. 396 della Costituzione della Repubblica Cispadana del 1797 – deve esservi uniformità di leggi, di finanze, di pesi, misure e monete»). Il riferimento alla «uniformità di leggi», a una codificazione intesa come insieme omogeneo chiaro e semplice di norme, è venato da motivi illuministici contro la tradizione romanistica e contrappone frontalmente la certezza della legge alla confusione e agli arbitrii del tardo diritto comune. La netta cesura con il passato non riesce, però, ad affermarsi. Nel più importante progetto di codificazione civilistica di questi anni (quello per la Repubblica italiana, 1802-1805, del periodo napoleonico) si proponeva, ad esempio, di abrogare statuti, leggi e consuetudini anteriori, ma si continuava a richiamare il diritto comune come «legge sussidiaria».

Falliti (soffocati dallo stesso Napoleone) i tentativi di darsi codici autonomi, fu il *Code civil* a dare un volto concreto all'uniformità legislativa della penisola e a risolvere con un taglio netto la tormentata questione del rapporto tra il nuovo diritto e il passato: il 'codice straniero' faceva cessare di esistere tutto il diritto preesistente, imponeva il monopolio dello Stato legislatore sulle fonti del diritto, programmava e 'livellava' la società, affermando uguaglianza giuridica formale e un regime certo per la circolazione dei beni.

La breve vigenza impedì al nuovo sistema normativo di sedimentarsi nella vita giudiziaria. Non mancarono peraltro opposizioni e rifiuti di alcune innovazioni viste in contrasto con le tradizioni locali. Tali resistenze non attenuarono tuttavia il valore simbolico del riferimento al codice che *donava all'Italia un diritto unitario e incivilimento* (cfr. cap. II).

La Restaurazione, con il ritorno sul trono delle dinastie legittime imposto dal Congresso di Vienna, fece riemergere l'assolutismo dei principi entro una realtà politica ancora divisa e ruppe l'uniformità legislativa raggiunta con la vigenza del Codice Napoleone. Nel Regno di Sardegna e negli Stati Estensi, abrogata la legislazione francese, si ebbe un brusco ri-

torno alle antiche disuguaglianze e alla pluralità delle fonti del diritto; nel Granducato di Toscana il *Code civil*, dopo una breve e parziale conferma, fu abrogato, richiamando in vigore la legislazione granducale, il «gius comune dei Romani» e il diritto canonico; un ritorno alla legislazione di diritto comune romano e canonico si ebbe anche nello Stato Pontificio. Nel Lombardo-Veneto, incorporato nell'Impero austriaco, entrò in vigore dal 1° gennaio 1816 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) del 1811¹. Nel Regno delle Due Sicilie e nel Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla il Codice Napoleone, pur in parte mutilato, rimase provvisoriamente in vigore. Solo a Genova e a Lucca il *Code civil* rimase in vigore a lungo, rispettivamente sino al 1837 e sino al 1865.

Il quadro unitario imposto dalla recezione della legislazione francese (dalla «saggia legislazione» pubblicizzata «per la sua precisione, chiarezza, ordine e dignità») tornò, dunque, a scomporsi in un mosaico variegato e complicato di fonti. Lì dove il Codice fu abrogato il ritorno del diritto patrio e del diritto comune fu accompagnato da eccezioni². Lì dove inve-

¹ Il Codice civile generale austriaco, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), entrò in vigore il 1° gennaio 1812 dopo un lungo periodo di elaborazione, nella cui ultima fase aveva giocato un ruolo di particolare rilievo Franz von Zeiller (1751-1828). Il Codice era preceduto da un titolo preliminare (*Delle leggi in generale*) e diviso in tre parti: *Del diritto sulle persone; Del diritto sulle cose; Delle disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose*. L'impostazione giusnaturalista e giusrazionalista prevedeva una disciplina di carattere generale e accordava maggiore libertà all'interprete. Ripetuti sono i richiami ai *diritti innati*: il § 16 condannava la schiavitù («Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono solo con la ragione, egli perciò è da considerarsi come una persona. La schiavitù o proprietà sull'uomo, e l'esercizio delle potestà a essa relativa non sono tollerati in questi Stati»); non senza ambiguità il § 17 dichiarava comprimibile 'tutto ciò che è conforme ai diritti innati' solo per legge («Tutto ciò che è conforme agli innati diritti si avrà per sussistente sino a tanto che non venga provata una legale restrizione di questi diritti»). Il § 7 concedeva nei casi dubbi la possibilità di far riferimento al *diritto naturale*: «Qualora una causa non si possa decidere né dalle parole, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi ed ai fondamenti di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso maturamente ponderate».

² Ad esempio, nel Granducato di Toscana, la legge 15 novembre 1814, n. 181 (artt. 2 e 4) stabilì che erano «eccettuati dalla generale abolizione [...] il codice di commercio [...], il sistema ipotecario, le leggi e i regolamenti veglianti sopra la regi-

ce rimase parzialmente e provvisoriamente in vigore (una provvisorietà che solo nel caso del Principato di Lucca fu conservata anche dopo l'annessione al Granducato di Toscana, sino all'entrata in vigore del Codice del 1865) l'antica legislazione tornò ad affacciarsi attraverso le parti abrogate, concernenti in particolare il matrimonio civile, il divorzio, la comunione dei beni tra i coniugi.

A questa fase di transizione seguì un ritorno alla codificazione civilistica che non riguardò tutti gli Stati e non riuscì a ristabilire un'uniformità legislativa nell'intera penisola. A ciò si aggiunga che la scansione temporale dell'approdo ai codici rese particolarmente fragile il riferimento a una sostanziale unitarietà del diritto nelle stesse zone in cui si giunse alla codificazione civilistica: nel Regno delle Due Sicilie e nel Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla si giunse al codice rispettivamente nel 1819 e nel 1820, il Codice sardo fu approvato nel 1837 per gli Stati di terraferma (fu esteso, con modificazioni e aggiunte, alla Sardegna più di un decennio dopo); il Codice civile per gli Stati Estensi entrò in vigore solo nel 1852. Il Codice civile austriaco del 1811 restò vigente sino al 1865 in Lombardia e sino al 1871 in Veneto.

Nel Granducato di Toscana e nello Stato pontificio non si ebbe alcuna codificazione civilistica, bensì solo leggi su singoli istituti. Dagli stessi tentativi di codificazione traspare una volontà di riordinare e rendere organica la disciplina di alcune materie ma non di porre seriamente in questione la sussidiarietà del diritto comune, le regole «generali e immutabili» del «gius comune». Il *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili* (promulgato nel 1834 ed entrato in vigore in tutte le provincie dello Stato pontificio nel 1835), ad esempio, stabiliva nel § 1 che «Le leggi di diritto comune moderate secondo il diritto canonico e le costituzioni apostoliche continueranno ad essere le norme dei giudizi in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo Regolamento»; e, nel § 2, rinviava agli statuti locali «in quelle parti che contengono provvedimenti relativi alla cultura del territorio, al corso delle acque, ai pascoli, ai danni dati nei terreni e ad altri simili oggetti rurali».

stro di contratti e delle successioni, le disposizioni relative all'ammissione della prova testimoniale e la legge sopra il notariato»; e che era altresì conservata «l'operazione delle leggi del cessato governo» inerenti «la feudalità, le sostituzioni fidecommissarie, le commende, e qualunque altro vincolo di cui fossero stati affetti i beni mobili».

I CODICI PREUNITARI

Promulgato nel marzo del 1819, il *Codice per lo regno delle Due Sicilie* si compone di cinque parti: Leggi civili; Leggi penali; Leggi della procedura ne' giudizi civili; Leggi della procedura ne' giudizi penali; Leggi di eccezione per gli affari di commercio. Le Leggi civili piegano il modello napoleonico alle necessità politiche della restaurata monarchia; non a caso, le varianti più significative si hanno in materia di famiglia ove troviamo rinvii espliciti al matrimonio tridentino («il matrimonio nel Regno delle Due Sicilie non si può legittimamente celebrare che in faccia della Chiesa, secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento»; i nubendi promettono dinanzi all'ufficiale di stato civile «di celebrare il matrimonio avanti la Chiesa, secondo le forme prescritte dal sacro Concilio di Trento»; solo il matrimonio celebrato con rito canonico produce effetti civili riguardo ai coniugi e ai figli) e ad esasperanti controlli parentali (sino ai venticinque anni il figlio maschio ha l'obbligo di «non abbandonare la casa paterna», per le figlie quest'obbligo dura sino al momento del matrimonio), mentre nella disciplina della separazione si conservano le disparità tra i coniugi che caratterizzavano la normativa francese del divorzio (la separazione per adulterio del marito può aversi solo nel caso in cui conduca la concubina nella casa familiare; mentre l'adulterio della moglie può sempre determinare la separazione, accompagnata anche dalla condanna della moglie adultera ad essere «ristretta in una casa di correzione» per un periodo che va dai tre mesi ai due anni).

Nel promulgare nel 1837 il *Codice civile per gli Stati di sua maestà il Re di Sardegna*, Carlo Alberto fonde «false ingenuità e pedanteria didattiche» nell'illustrare gli obiettivi politici della codificazione [Caprioli]: «Dacché siamo saliti al trono degli avi nostri, una delle più sollecite nostre cure fu quella di procurare agli amati nostri sudditi il beneficio di una legislazione unica, certa, universale, conforme ai principii della santa nostra cattolica religione ed a quelli fondamentali della monarchia. Perciò fu d'ordine nostro in una raccolta la sapienza delle antiche leggi prima variamente sparse, né in ogni luogo uniformi, alcune antiche prescrizioni si riformarono, altre nuove s'introdussero con quella maturità di consigli a sì alta impresa richiesta». I primi articoli del Titolo preliminare (*Delle leggi, della loro promulgazione e dei loro effetti*) pongono – in modo coerente con il progetto – in risalto il ruolo della religione «cattolica apostolica romana» come la «sola religione dello Stato» (mentre «gli altri culti attualmente esistenti nello Stato sono semplicemente tollerati secondo gli usi ed i regolamenti speciali che li riguardano») e affermano che «Il Re si gloria di essere protettore della Chiesa e di promuovere l'osservanza delle leggi

di essa nelle materie che alla potestà della medesima appartengono». Le principali modificazioni apportate al modello napoleonico riguardano così inevitabilmente il diritto di famiglia (il matrimonio si celebra «colle solennità prescritte dalla Chiesa cattolica»).

Gli artt. 14 e 15 del Titolo preliminare apportano una significativa modificazione al *Code civil*: non menzionano infatti la sanzione per il diniego di giustizia del giudice che rifiuti di applicare la legge (previsto dall'art. 4 del *Code civil*) ma indicano al giudice come applicare la legge: «non è lecito d'attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»; nel caso in cui «una controversia non si possa decidere né dalla parola, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe; rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali del diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso». Avremo modo di ritornare in seguito sulla formulazione «principi generali del diritto» che sarà ripresa nell'art. 3 delle disposizioni preliminari del Codice civile del regno d'Italia del 1865. Il richiamo alle 'circostanze del caso' riecheggia invece la formulazione presente nel § 7 dell'ABGB che conteneva, però, un più ampio riferimento al diritto naturale (cfr. nota 1).

Il Codice civile generale austriaco influenzò in modo significativo il *Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* del 1820 anche se questo testo conserva comunque una struttura simile a quella del Codice Napoleone (si compone di tre libri: *Delle persone, Dei beni e del dominio e De' modi di acquistare il dominio e delle obbligazioni*).

3. *Il mito dell'unità codicistica nella frammentazione politica*

La variegata scansione temporale nella conquista del codice e il perdurare del riferimento al diritto comune e canonico rendono, dunque, difficile l'individuazione di un'uniformità legislativa. Nella normativa dei singoli istituti affinità possono essere rintracciate, a mancare, però, è proprio il riferimento condiviso a contenuti normativi fusi attorno a principi sistematici, nuovo diritto da opporre a quello preesistente e alle «antiche leggi». L'individuazione di alcune caratteristiche comuni ai codici ispirati al modello francese – il Codice napoletano (1819), parmense (1820), albertino (1837), estense (1852) – non offre certo un diritto unitario all'in-

tera penisola, basti pensare, del resto, all'assenza di codificazione in Toscana, nei territori dello Stato pontificio e alla vigenza nel Lombardo-Veneto del Codice austriaco.

Eppure è in questa situazione di rinnovata frammentazione che si è soliti individuare la presenza di una complessiva unità giuridica nazionale e non, come sarebbe più plausibile, una relativa omogeneità solo tra alcune aree caratterizzate da scelte affini. A veicolare l'immagine di tale unitarietà è un rinnovato riferimento al *Code civil* e alla sua «seconda vita» negli Stati preunitari: la codificazione – si afferma – non è più imposta ma voluta, è scelta perché corrispondente alle necessità dei tempi e al sentire della nazione. Il modello codice è svincolato dal volere sovrano di Napoleone, depurato dalla dipendenza dal potere politico, svincolato da imposizioni provenienti dall'alto. Si presenta come una scelta «degli italiani», adesione a un modello cui conformarsi spontaneamente e in cui ritrovare il proprio diritto.

Il tema del passaggio dall'*imposizione* alla *scelta spontanea* è fondamentale per comprendere la mitizzazione del codice nazionale italiano. La *scelta spontanea* è simbolicamente riferita alla nazione e non alla volontà dei singoli sovrani: la ricostruzione è artificiosa ma aiuta a prospettare nella rinnovata situazione di frammentazione politica e giuridica un comune sentire, una comune adesione allo stesso diritto. L'insistenza sullo *spontaneo conformarsi* al modello svincola l'autorità del codice dalla dominazione straniera e crea un collegamento tra progresso e 'volontà della nazione'. Il carattere *spontaneo* dei codici preunitari prova l'ineluttabile affermarsi del modello e la sua capacità di flettersi per rispecchiare le peculiari caratteristiche della situazione italiana. In tal senso le stesse deviazioni rispetto al *Code civil* presenti nei codici preunitari (in tema di matrimonio e di successioni, di divorzio, di patria potestà, di contratto di enfiteusi, di sostituzioni, fedecommessi e maggioraschi) sono intese come *naturale affermazione di una via italiana alla codificazione*, felice incontro tra civilizzazione e volontà della nazione, tra immaginazione e memoria.

La puntuale osservazione dei percorsi codificatori negli Stati preunitari non conferma quest'unitaria scelta nazionale; anzi, fa emergere il codice come efficace *instrumentum regni* utilizzato dalle monarchie nazionali per rafforzare le loro prerogative sovrane e per recuperare le gerarchie di antico regime. Nella rappresentazione dei giuristi il potere politico però scompare, per lasciar posto a un *codice immaginario*, spazio libero in cui costruire l'identità giuridica nazionale unendo passato e futuro.

I corollari di questa strategia argomentativa sono molteplici.

Si modifica il riferimento al diritto romano, al «gius comune» e al diritto delle patrie regionali che si fondono in modo nuovo con la volontà della nazione. L'insistenza sull'*ineluttabilità* della codificazione civilistica, torrente in piena che tutto travolge, pone in un unico percorso il diritto *posto dalla legge* e il diritto, genuinamente tradizionale e nazionale, *dichiarato dalla legge*.

In Francia, una volta superati i forti accenti antiromanistici del periodo rivoluzionario, furono in molti a enfatizzare la presenza della tradizione romanistica nel codice per legittimare il nuovo diritto statale, per radicarlo in un grande patrimonio giuridico presentato come universale. Negli stessi anni in Italia numerose opere di 'comparazione' mostravano il codice francese perfettamente conforme alla tradizione italiana. Nel 1808 Gian Domenico Romagnosi impostò le sue lezioni a Pavia come *Paratitli universali e ragionati del Codice Napoleone paragonati col diritto romano*; altri giuristi si preoccuparono di *riavvicinare* il codice alla giurisprudenza delle leggi civili precedentemente in vigore, *confrontarono* il *Code* con le leggi romane e lo posero in *Istituzioni* [Ferrante]. Questi scritti ponevano in essere una complessiva operazione di legittimazione: la 'comparazione' muoveva dal dato della diversità degli oggetti da analizzare ma giungeva a verificarne l'identità, fissando una continuità tra passato e presente che giovava alla mitizzazione del codice. Le continuità messe in luce furono sempre più utilizzate per costruire e legittimare un diritto nazionale erede della tradizione del diritto romano.

Il mutamento decisivo nella considerazione della tradizione romanistica si realizza con il riferimento alla *scelta spontanea* per la codificazione: non si tratta più di cogliere in un diritto straniero elementi d'italianità ma di scorgere «un comune sentimento» della nazione. «L'Italia, ancora politicamente divisa – scrive Astuti – si ritrovò unita nella disciplina in gran parte uniforme dei rapporti di diritto privato, nel comune sentimento d'una comune civiltà giuridica, *fondata sulla più genuina tradizione nazionale* e al tempo stesso ispirata ai grandi principii che avevano profondamente trasformato l'Europa intera: e l'unità acquisita in questo campo costituì motivo e impulso per la conquista dell'unità e indipendenza politica».

Oltre il *Code civil* si scorge un diritto uniforme nazionale che offre impulso all'unificazione politica. Impostata in tal senso, la trasformazione 'nazionale' del modello non si estenderà mai a coinvolgere all'ABGB.

Con la sua stessa vigenza nei territori italiani mostrava l'incompiuto destino della nazione; era straniero, impossibile da racchiudere entro la costruzione di un codice nazionale spontaneamente scelto dagli italiani e aderente alle tradizioni 'nostre'³.

LA «SECONDA VITA» DEL CODICE. LA LETTURA DI GIAN PIETRO CHIRONI E DI GUIDO ASTUTI

Festeggiando i cento anni dell'entrata in vigore del *Code civil*, nel 1904, Gian Pietro Chironi (1855-1918), illustre civilista italiano, presenta l'età dei codici come un'ineluttabilità storica determinata dall'espandersi del modello offerto dal Codice Napoleone; un modello cui era stato inevitabile far riferimento anche in Italia, un ordine cui era stato inevitabile conformarsi.

Le pagine di Chironi sono tutte protese a legare ineluttabilità storica e destino nazionale della codificazione in Italia; superando l'imposizione dello straniero, il codice nazionale si afferma quando i codici preunitari si *conformano spontaneamente* al modello d'oltralpe e lo adeguano alla realtà sociale italiana, alle peculiari caratteristiche delle tradizioni giuridiche nazionali. L'analisi fissava la linea interpretativa più utilizzata per plasmare nazionalmente l'astratto modello: la passiva accettazione di una decisione imposta 'dall'alto', dal potere politico, era sostituita dal riferimento alla consapevole accettazione di un modello voluto dagli italiani e reso dagli italiani perfettamente corrispondente alle necessità del Paese.

A settant'anni di distanza, nel 1969, lo storico del diritto Guido Astuti

³ Il «disprezzo» nei confronti del Codice austriaco – afferma Ercole Vidari (1836-1916) in una recensione pubblicata nell'*Archivio giuridico* (1872) a Pisanelli (*Dei progressi del diritto civile*) – «è diventato [...] un articolo di fede giuridica in tutte le provincie italiane, tranne quelle della Lombardia e della Venezia. È austriaco, dunque è cattivo. Nuova logica dei nostri tempi». Vidari reagiva a un giudizio di grossolana nettezza dato da Giuseppe Pisanelli che ben riassumeva, però, il comune sentire: «nessuno potrà contraddire che quella legislazione [il Codice austriaco] era e veniva reputata straniera. Fa ampia prova di ciò il considerare come la dottrina giuridica, che nelle altre parti d'Italia, precorreva a' progressi civili, nella Lombardia, nella Venezia, nel Trentino, nell'Istria, non ebbe negli ultimi cinquant'anni proprio vigore, ne fu proporzionata alla civiltà del Paese».

(1910-1980) traccia una storia della codificazione nazionale movendo dalla presenza e dalla influenza del *Code civil* negli Stati preunitari confermando appieno l'interpretazione di Chironi.

La presenza del codice in Italia fu – scrive – «fermamente voluta da Napoleone e imposta contro ogni obiezione o resistenza» come un «preciso disegno politico». Si trattò – come sappiamo (cfr. *infra*, I, 1) – di una presenza durata meno di un decennio, i governi della Restaurazione ne disposero, infatti, l'abrogazione, cancellarono le riforme portate dalla rivoluzione francese e dalla dominazione napoleonica, facendo ritorno all'assetto di antico regime. Nella ricostruzione di Astuti è proprio quando la presenza imposta viene meno che il modello diventa davvero decisivo: «pur essendo formalmente abrogato, era tuttavia destinato ad una seconda e più durevole vita».

La seconda vita del codice trasforma il modello, confermandone la «validità e vitalità»: «i codici civili della Restaurazione rappresentano il miglior riconoscimento e la più sicura testimonianza dell'autorità e validità del *Code Napoléon*, che attraverso questi nuovi codici continuò di fatto a esercitare, anche dopo il 1814, un'ulteriore e preziosa azione sullo sviluppo della vita civile in Italia, durante il periodo del nostro Risorgimento nazionale. [...] L'idea della codificazione si era così profondamente radicata anche in Italia che gli stessi governi restaurati, dopo aver nella prima reazione abrogato i codici francesi, riconobbero tuttavia ben presto la indifferibile necessità di sostituire ad essi nuovi codici nazionali».

Con i codici preunitari la moderna forma codice e i contenuti giuridici tradizionali si fondono. Quei codici affermano un diritto italiano sia quando si rifanno completamente al modello francese, sia quando si distaccano da esso. In tema di obbligazioni e contratti, ad esempio, i legislatori della Restaurazione «riproducono in larga e integrale misura le disposizioni del *Code Napoléon*», mossi dalla consapevolezza che quelle disposizioni «non rappresentavano un diritto straniero, divergente dalla tradizione giuridica italiana». In tema di diritto di famiglia, invece, si distaccano dal modello proprio per affermare anche in questo caso una tradizione nazionale italiana. Si fissa in tale modo l'immagine di un diritto comune nazionale italiano immesso nella forma codice e posto a caratterizzare un'Italia ancora politicamente divisa ma finalmente unita nella disciplina uniforme dei rapporti di diritto privato «nel comune sentimento d'una comune civiltà giuridica, fondata sulla più genuina tradizione nazionale e al tempo stesso ispirata ai grandi principii che avevano profondamente trasformato l'Europa intera».

L'idea della fusione tra tradizione nazionale e 'grandi principi innovatori' guida, del resto, anche la lettura del codice francese visto come felice

incontro tra principi di libertà e una tradizione giuridica fondata anche in Francia sul 'nostro' sistema di diritto romano comune. Sottolineare «l'innesto» del *Code civil* sul «tronco» della tradizione romanistica confermava la particolarità della recezione italiana: nella spontanea adesione al diritto romano si poteva scorgere come in uno specchio la spontanea scelta degli italiani del diritto codificato.

Astuti era ben consapevole che la «vera novità ed originalità del *Code Napoléon*» stava nel suo «valore giuridico formale», nella «radicale trasformazione del sistema delle fonti del diritto» caratterizzate da «un ordinamento interamente legislativo, in cui la volontà sovrana del legislatore si pone come fonte di produzione unica»; e sapeva bene che tale «semplificazione del sistema delle fonti» aveva imposto la degradazione della funzione tradizionale della giurisprudenza e della scienza giuridica a fronte della centralità della politica. Immesso com'era entro un racconto tutto proteso a mostrare il carattere nazionale della codificazione italiana, la novità e l'originalità politica del modello codice era però attenuata sino a divenire quasi invisibile. [Sul tema si cfr. ancora *infra* II, 3].

4. *Il codice e «la gran tela della tradizione»*

L'unità, l'uniformità del diritto civile degli Stati preunitari può essere per tanti aspetti rappresentata come un riflesso nel giuridico di una lettura volta a presentare la nazione storica come destino e a inventarne le tradizioni. Non è possibile però fermarsi semplicemente a constatare la tendenza a 'inventare' il diritto comune nazionale muovendo dal diritto statale codificato. Occorre, infatti, comunque indagare come mai quel diritto codificato fu ritenuto espressivo nei suoi contenuti della coscienza collettiva nazionale, come riuscì a forgiare in concreto l'identità del diritto civile italiano e la sua fondazione su una "genuina tradizione nazionale".

Le prime opere giuridiche che compiono un tentativo unitario di lettura del diritto italiano sono indirizzate a costruire e nello stesso tempo a mostrare già esistente *il* diritto comune italiano. La lettura di una specifica identità giuridica nazionale «sospinta dalle antiche tradizioni» sottese alla varietà legislativa afferma la necessità dell'unità politica. L'obiettivo dichiarato è quello di «rendere comune in Italia la conoscenza della legislazione e della giurisprudenza de' vari suoi Stati e di

apparecchiare quella uniformità di diritto ch'è il più saldo vincolo de' nazionali consorzii»⁴.

Un ruolo fondamentale in tale opera di costruzione è giocato proprio dal codice. È stato notato [Ungari] come nell'età della Restaurazione l'idea del codice si collocasse in una mutata atmosfera intellettuale: sullo sfondo dell'Europa romantica, si allontanava dal gius di natura e si ergeva come ideale «storico e concreto insieme» di legislazione e scienza giuridica, come simbolo dei valori della nuova società. La 'lotta per il codice civile' diviene l'epicentro di una vasta serie di tematiche: l'affermazione degli ideali di uguaglianza civile, la ricerca di leggi obiettive per la convivenza sociale, l'idea di un nuovo e progressivo diritto comune, la configurazione del diritto come espressione di autonomie storiche e morali, come «esigenza, necessità, attuazione di libertà».

Si esalta il codice come simbolo di rinnovamento ma, precisandone i contenuti, si definiscono i suoi tratti anche prescindendo dal formale disegno innovatore. Quanto più ci si sforza di dare un contenuto concreto («determinato» «necessario» «nazionale» «nostro») ai postulati codicistici, tanto più si finisce per affievolire la «svolta epocale» segnata dalla legge statale «certa», pura espressione della volontà onnipotente del legislatore. La centralità del codice, la vistosità della sua levigata facciata ideologica, finisce insomma con l'essere sostenuta da puntelli contrastanti, occasionalmente buoni per quella costruzione.

La tensione risorgimentale verso *un nuovo* diritto uniforme è inevitabilmente costretta a considerare il codice anche come un mero contenitore di *preesistenti* principi capaci di cementare in concreto l'unità, di «fabbricar l'edificio del gius comune e somministrare materiale ad un codice nazionale», «un codice veramente nazionale attinto ai soli principii del gius comune nazionale»⁵. I principi si impongono sul codice, ne sorreggono il modello astratto: sono da «fabbricare», eppure già presenti, razio-

⁴ Così Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), Giuseppe Pisanelli (1812-1879), Antonio Scialoja (1817-1877), presentando il *Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri Codici italiani e delle principali legislazioni straniere*, vol. I, 1855.

⁵ Così scrive nella vivace rivista giuridica *La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza*, il giurista modenese Lodovico Bosellini (1811-1871): *Del Gius comune, e dei Codici, in relazione alla nazionalità*, 1848; *Dello studio del Gius Comune razionale*, 1849; *Dei nuovi Codici modellati sul francese*, 1854.

nali, necessari, immutabili, eterni, scritti nella «nostra» tradizione, nella «nostra» coscienza giuridica. È con riferimento ai principi che si può già osservare e nello stesso tempo «apparecchiare» l'uniformità del diritto nella penisola.

In quest'ottica la stessa opposizione al codice può fornire argomenti per sostenerlo. Se il codice non è il frutto di un'*imposizione* del potere politico ma espressione della coscienza nazionale e del 'gius comune nazionale', anche il rifiuto della codificazione può tradursi in sostegno. Nella situazione italiana abbiamo, certo, riproposizioni fedeli del rifiuto savigniano della codificazione, ma ritroviamo anche un progressivo incontro tra Savigny e il codice. Possiamo provare a considerare la questione guardando a una realtà come quella Toscana, ove non si giunse alla codificazione civilistica e il pensiero di Savigny era ben conosciuto.

In Toscana non è difficile rintracciare giureconsulti che, impermeabili alle nuove certezze, insistono nell'esaltare la *stabilità* e *l'immutabilità* offerta dalla millenaria tradizione giuridica del diritto comune. Nella sua opera più nota e impegnativa, il *Saggio di diritto privato romano attuale*, Federigo Del Rosso (1780-1859), docente di Pandette nell'Ateneo pisano, non ha – ad esempio – bisogno di ancorare all'autorità del Codice il suo sistema teorico *romano e attuale*, fondato sulla centralità di una proprietà resa forte dalla convergenza tra *diritto naturale* e *gius romano*⁶.

Negli stessi anni in cui scrive Del Rosso, un Regio Procuratore del Tribunale di Livorno, Gaetano Bandi, contrasta il progetto di 'un Codice generali di leggi' per la Toscana, lanciandosi in una pagina di sentita difesa del *Gius comune*, «parte immutabile del diritto», radicato nella coscienza popolare e padroneggiato dalla giurisprudenza: «Se vuoi che i principi razionali del diritto informino di sé il comune senso degli uomini, a questo non fa mestieri del Codice il quale non potrebbe mai bastare a tanto, e già il Gius comune [...] emanazione delle consuetudini, della Religione, della Storia, ha improntato la nostra civiltà, costituisce parte del nostro vocabolario mentale»⁷.

Non bisogna, però, assolutizzare queste prese di posizione contro il Codice. Le letture antagonistiche sfumavano appena si passava a consi-

⁶ Il titolo completo dell'opera è *Saggio di diritto romano attuale preceduto da introduzioni di diritto naturale e seguito da note perpetue di gius romano*, Pisa, 1844.

⁷ Bandi, *Codificazione*, in *La Temi*, 1848.

derare il codice come sistema e come espressione del gius comune nazionale.

Il *codice nazionale* che unisce l'Italia nel periodo preunitario è un'astrazione che assume caratteristiche molto diverse da quelle di un contenitore formale che annienta i suoi contenuti e distrugge tutto il passato, caratteri molto diversi dal modello combattuto da Savigny nella sua polemica con Thibaut. Il codice nazionale è un contenitore di principi identitari e come tale è sostenuto anche da argomentazioni non coerenti con il modello formale e astratto fondato sull'assoluta supremazia del legislatore e sul primato della legge tra le fonti del diritto. Fissando i nessi tra «la legislazione moderna» e il loro «vocabolario mentale», molti giureconsulti finiscono con utilizzare Savigny a sostegno del codice e col rafforzare l'idea di un diritto della nazione capace di imporsi al legislatore (cfr. *infra* II, 4). Velleitario progetto dell'immaginazione, il codice appare impossibile senza memoria: i suoi contenuti storicamente determinati mostrano l'impotenza del legislatore e il necessario imporsi del *gius comune nazionale* veicolato dalla forza della tradizione. La logica dell'opposizione tra diritto comune e diritto legislativo si stempera sino a scomparire del tutto, sino a lasciare il posto a una logica identitaria.

Nelle pagine di Del Rosso la lettura degli istituti approda a certezze culturali non dissimili da quelle presenti nel «nuovo codice» che può essere visto come una mera riconferma del sistema del diritto comune e delle Pandette (si veda la successiva scheda).

Nel 1865, anche uno strenuo oppositore della codificazione come Gaetano Bandi, divenuto ora magistrato della Cassazione fiorentina e perciò costretto a confrontarsi quotidianamente con l'odiato nemico, può spingersi a sostenere la nuova creatura. Il codice, certo, resta per Bandi presuntuosa espressione di un astratto razionalismo, il sogno della «ragione in delirio»; ma è possibile accettarlo perché il delirio della ragione è irrealizzabile, perché il nuovo assetto non toglie ai giuristi «il segreto della scienza del diritto», non altera il vero diritto privato: «la mano profana» del legislatore ha dovuto riguardare «come cosa sacra» la parte «assoluta e immutabile» del diritto, quei «principii della giustizia che ebbero mirabile svolgimento nelle Pandette» e la cui lentissima trasformazione è da sempre assicurata dalla giurisprudenza. Anche nel nuovo assetto legislativo – conclude – «i principii della tradizione» conservano una vera e propria *forza di legge* e non una generica autorità, sono quello che è il «sangue nel corpo vivente». Tradizione e progresso si fondono nel ruolo della giuri-

sprudenza: «ultima tradizione del giureconsulto», strumento di progresso e salvezza del Codice. Non può essere diversamente, a dire di Bandi, il futuro è affidato alla giurisprudenza che farà vivere il Codice immettendolo nella «gran tela della tradizione sul forte ordito del diritto comune»⁸ (cfr. ancora sul punto *infra* II, 4).

CODICE E VOCAZIONE ATTUALIZZANTE DEL DIRITTO ROMANO

Federigo Del Rosso ricostruisce il suo sistema attenendosi a principi ritenuti certi, immutabili, 'autonomi', non vincolati da imposizioni esterne e da «forze esteriori». Il *Saggio di diritto romano attuale* è tutto dominato dal bisogno di «risalire ai principii» da studiare e affermare secondo la sapienza giuridica giunta dal passato. Lo sguardo è ovviamente rivolto a Savigny, mentre sprezzante è il riferimento verso la nuova legislazione illusoriamente sovrapposta alla forza organica del diritto. L'uso della logica nel diritto civile – scrive – «si contiene nei suoi veri confini quando stanno convinti i Giureconsulti di questa verità: che le Leggi civili private non debbono mutarsi in quanto che servono unicamente alla proprietà, questa ai bisogni, ed i bisogni non cambiano; che solamente è necessario che esse inclinino coll'applicazione verso le modificazioni dei bisogni; che l'azione del bisogno è fortissima ed opera senza ministero di forza pubblica ed esteriore modificando con gli usi e le spiegazioni le Leggi e le altre istituzioni umane»⁹. Nel "Saggio" Del Rosso insiste coerentemente su un sistema in cui ogni fatto è ricondotto alla istituzione giuridica che lo domina: «È necessario ricondurre ogni elemento del rapporto alla istituzione giuridica, o al principio, che la domina, connettere l'insieme di questi elementi, e delle diverse istituzioni o principii, e raccogliarli sotto un principio più alto regolatore, e così divenire al giudizio». «In ogni ricerca conviene seguire questo procedimento, risalendo dagli elementi del rapporto giuridico alle istituzioni di gius, ed alle massime che vi si riferiscono, raccogliendo tutti questi elementi, tutti questi rapporti, tutte queste istituzioni sotto il punto di vista sistematico, che contiene il principio sommo regolatore della

⁸ Bandi, *Il codice civile e la tradizione*, in *Annali di giurisprudenza italiana*, I, 1866/67.

⁹ F. Del Rosso, *Alcuni cenni alla logica del diritto privato* (riediti nel 1866 da Francesco Buonamici). Affermazioni simili sono presenti anche in ID., *Come il diritto di proprietà nasca dalle leggi civili private*, 1834.

soluzione vera della questione» (così nel vol. VII, nelle note di Luigi Becagli, studente di Del Rosso).

Le scelte sono chiare: gli usi e le spiegazioni del *gius comune* non si conciliano col codice ma lo contrastano. Seguendo la via sistematica il percorso di Del Rosso non necessariamente, però, è destinato ad entrare in rotta di collisione con il codice. La lettura dei singoli istituti (è il caso, ad esempio, della proprietà e della responsabilità aquiliana) fa affiorare un modello culturale e politico che è affine nelle certezze (e nelle contraddizioni) al *Code civil*. L'opposizione al 'codice che nega il diritto', insomma, scompare nel momento in cui interpretando le singole questioni è possibile ritrovare punti di contatto e affinità con i principi della tradizione di diritto comune.

Un allievo di Del Rosso, il romanista Francesco Buonamici (1832-1921), si spinge più in là del suo maestro e utilizza argomentazioni savigniane per mettere a fuoco una perfetta complementarità tra codice e sistema del diritto comune: «i codici di oggi non possono riuscire a sminuzzarla e a recapitarla [la sapienza romana]; perché parrà sempre buono, anzi necessario, tornare ai principii, come è di coloro che volendo acqua limpida e salutare, attingonla ove il fonte spiccia ed al sommo delle montagne anziché nei bassi ruscelli nei quali poi si deriva». La nuova normativa può essere pienamente compresa dall'interprete solo attingendo alla fonte, ed è proprio la continuità storica (sostenuta con argomenti attinti da Del Rosso e da Savigny) che consente di dare un'identità a quel «libro di piccola mole, e scritto in lingua volgare» ambiziosamente chiamato a succedere al «gius poderoso de' Digesti». «I codici – continua – non crearono una tradizione, la conservarono». Essi sono «efficaci» perché «mantengono o lentamente modificano la vecchia nostra tradizione. La quale per essi adunque non è punto interrotta. Resta tuttora romana dentro quei codici»; codici che non possono mutare «principii», «ricordi», «abitudini», non possono travolgere «linguaggio giuridico» e «formule legali»: «il diritto privato [...] resiste potentemente alle mutazioni; anzi in qualche sua parte sembra immobile».

Così come aveva fatto Bandi, Buonamici afferma che il codice deve necessariamente essere interpretato attraverso il 'vocabolario mentale' del giurista: «Il diritto, specie quello privato, non è un lavoro della immaginazione od un pensiero originale e astratto, ma il prodotto naturale dei fatti, delle convenzioni giuridiche, della coscienza e dei costumi del popolo». L'immaginazione non può vivere senza «ricordi»; il diritto privato non può essere espressione di un pensiero astratto ma vive nel linguaggio e nelle convinzioni giuridiche degli interpreti. Savigny non è utilizzato per resistere al codice ma per sostenerlo. Il codice «si concreta e si dispiega nella sto-