

CODICI ANTICHI E CODICI MODERNI *

SOMMARIO: 1. L'attuale crisi dell'unicità del codice come fonte del diritto. – 2. La semantica di *codex*. – 3. Caos normativo e interventi di controllo sulla *scientia iuris*. – 4. Caos normativo e sollecitazioni delle 'élites' culturali. – 5. Consolidazioni e codici come soluzioni del caos normativo. – 6. Le 'codificazioni' del Tardoantico. – 7. Dopo i codici del XX secolo: decodificazione e ricodificazione.

1. *L'attuale crisi dell'unicità del codice come fonte del diritto*

La fase di rapida evoluzione che stanno vivendo gli ordinamenti giuridici occidentali è fittamente intrecciata con il declino dei codici vigenti, fenomeno dovuto, come è ben noto, a una pluralità di fattori.

Tra questi, spiccano la trasformazione e l'inadeguatezza dei principi fondamentali sui quali si era basato lo Stato nato dalla Rivoluzione francese, *in primis* la imposizione di un diritto fittiziamente egualitario (c.d. eguaglianza formale) a una società di diseguali (c.d. diseguaglianza materiale)¹ e il tramonto dell'individualismo proprietario, al cui posto si è affermata la tendenza alla socializzazione della produzione e del godimento della ricchezza. Alla logica della 'libertà contrattuale', fondata sul concetto di contratto come prodotto della negoziazione, si è poi sostituita l'automaticità e la standardizzazione dei rapporti di scambio; ma le pressioni eserci-

* Testo – ampliato, rielaborato e corredato di note – dell'*Intervento* tenuto, per l'area di Teoria generale e Storia del Diritto, alla Pontificia Università Lateranense-Pontificio Istituto *Utriusque Iuris*, in occasione del XVI *Colloquio Giuridico Internazionale. Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici* (Roma, 9-10 marzo 2010).

¹ Risale a G. TARELLO (*Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, specialm. 192, nt. 3) la teoria che adotta l'unificazione del soggetto di diritto quale carattere peculiare del Codice Napoleone e di quelli successivi; adde G. ALPA, *'Status' e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1996.

tate con successo da potenti 'lobbies' politiche ed economiche portatrici di interessi specifici e non condivisi dalla collettività hanno dato luogo alla proliferazione di leggi speciali: di qui la crisi della centralità del sistema codicistico², edificato sull'assioma dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Rileva, inoltre, un altro fenomeno. Mentre fino all'inizio del XX secolo i trattati conclusi con i Paesi stranieri non avevano mai apportato restrizioni alla sovranità nazionale, negli ultimi decenni si è osservata l'incipiente prevalenza del diritto transnazionale su quello nazionale, per la creazione di numerosi organismi transnazionali e superstatuali, i quali hanno innestato un processo di «deassolutizzazione della sovranità»³, determinando: a) la caduta del mito della legge nazionale come unica fonte di diritto all'interno dello Stato sovrano, nonché, b) una profonda incrinatura nella tanto faticosamente raggiunta unificazione del diritto, che risulta incompatibile con un sistema pluralistico di fonti normative⁴. L'indubbia crisi della sovranità dello Stato⁵ è legata alla forte incisività non solo dei diritti superstatuali che necessitano di essere accettati dagli Stati, ma anche di diritti che esistono «prima, senza e anche contro lo Stato»⁶, quali i diritti umani, la cui difesa non deve essere resa operante negli Stati, ma è direttamente invocabile dagli individui.

La tradizionale 'gerarchia delle fonti' è stata sconvolta dai nuovi assetti

² Così F.D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984; A. FOGLIA, *I codici di diritto privato in un mondo che cambia*, Torino, 2007, 94 ss.

³ D. D'ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo Medioevo*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI.I, 2002, 77, specialm. 96 ss., il quale sottolinea l'opportunità di distinguere la crisi dello Stato-nazione rispetto alla crisi del concetto di sovranità.

⁴ Vd. soprattutto J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009, IX ss., 407 ss.; A. GRILLI, *L'Italia dal 1865 al 1942: dal mito al declino della codificazione*, in *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, a cura di M. Ascheri, Torino, 2008, 157 ss.; specialm. 172 s.; M. CARVALE, *Diritto comune e diritti propri nella dottrina giuridica della prima età moderna*, in *AG*, CCXXIX, 2009, 13 ss.; F. STURM, 'Ius' et 'lex': modèle, message, héritage, in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. 'Collationes et oblationes'. 'Liber amicorum' en l'honneur du professeur G. Hanard*, Bruxelles, 2009, specialm. 198 s.

⁵ Su cui F. VASSALLI, *Superamento dello Stato nazionale e della sovranità statale*, ora in *ID.*, *Studi giuridici*, III, Roma, 1980, 602 ss., insieme a D. D'ANDREA, *Oltre la sovranità*, cit.

⁶ G. OPPO, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, LIV.I, 2008, 1 ss., specialm. 2.

prodotti dalla ‘europeizzazione’ di numerose branche del diritto⁷ e si tende ora a parlare piuttosto di un ‘sistema di fonti’, o di una ‘rete di fonti’, governata da complessi criteri di coordinamento⁸. Nel corso di una relazione svolta in sede congressuale, già nel 2000 Stefano Rodotà elencava dieci fonti di diritto, individuabili in: ordinamenti europei vigenti (trattati, convenzioni e accordi internazionali), direttive e regolamenti dell’Unione Europea, leggi nazionali, norme regionali e altre derivanti dal decentramento amministrativo e normativo, diritto giurisprudenziale – ivi incluse le decisioni arbitrali –, regole poste da autorità indipendenti nazionali e sovranazionali, indicazioni provenienti da organismi internazionali, modelli contrattuali uniformi, codici di condotta internazionali o nazionali, regole o ‘standard’ di normalizzazione tecnica⁹. Lo studioso non poteva, ovviamente, tenere allora in conto l’ingresso, nel diritto comunitario, dei Principi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo del 1950 (CEDU), a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009¹⁰.

Per i romanisti, tale complessa articolazione delle fonti del diritto po-

⁷ L’espressione è di A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, I, 2009, 152. Sui problemi di definizione dei rapporti tra la dimensione nazionale e la dimensione sovranazionale del diritto, vd. ora O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, I, 2009, 1 ss.

⁸ Vd. soprattutto gli AA. citt. alla nt. prec. e G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987; ID., *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, 2007; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*³, Milano, 2007.

⁹ S. RODOTÀ, *Un Codice per l’Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell’Incontro di studio di Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini-B. Sordi, Milano, 2002, 548 ss.

¹⁰ Il contrasto con la CEDU comporta ora, per i giudici, l’obbligo di non applicare la norma nazionale, e quindi non solo di interpretarla in modo conforme: A. CELOTTO, *Interpretazione convenzionalmente conforme: istruzioni per l’uso*, in *www.giustamm.it*, 2009; G. VETTORI, *I principi comuni del Diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, LVII, 2010, 115 ss. Vd. anche *infra*, § 7. Una recente sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost. 12 marzo 2010, n. 93) ha negato l’ingresso diretto della CEDU nel nostro ordinamento; in generale, contro tale orientamento si è già espressa, in dottrina, G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, 405 ss., la quale richiama il principio del primato del diritto comunitario (enunciato dalla Corte di Giustizia il 15 luglio 1964 [n. C-6/64] e accolto venti anni dopo dalla nostra Corte Costituzionale [Corte Cost. 8 giugno 1984, n. 170]).

trebbe apparire quasi come un'eco dell'arcinoto catalogo degli elementi costitutivi dei *iura populi Romani*, esposto da Gaio agli inizi delle sue Istituzioni¹¹ (*constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus-consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*). Ma in questa sede, piuttosto che insistere su possibili (ma certamente solo parziali) somiglianze con esperienze del passato, interessa sottolineare che, nella elencazione proposta da Rodotà con riguardo al diritto oggi vigente in Italia, la legge nazionale occupa solo il terzo posto.

I corollari dell'attuale pluralità di fonti giuridiche¹² (c.d. 'policentrismo normativo') sono a tutti ben noti: l'avanzata del diritto giurisprudenziale¹³ e la folla, in costante aumento, di leggi speciali, spesso tra loro non coordinate, hanno determinato, nei decenni precedenti, il noto fenomeno denominato da Natalino Irti della 'decodificazione'¹⁴, o 'fuga dai codici', incrementato dal moltiplicarsi di legislazioni settoriali. Per altro verso, la dottrina ha concentrato i suoi sforzi sulla puntualizzazione dei possibili modi di incontro tra fonti diverse¹⁵.

Eppure, nell'ultimo ventennio si è verificato un netto ritorno ai codici¹⁶, mediante una vasta opera di ricodificazione¹⁷ o 'modernizzazione' (vocabolo preferito dal legislatore tedesco per il BGB) e di codificazione *ex novo*. È naturale chiedersi il perché di questo ritorno al codice, e quali carat-

¹¹ Gai 1.2-7, da cfr. con Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1.1.2.12, su cui vd. V. GIODICE SABATELLI, *Gli 'iura populi Romani' nelle 'Institutiones' di Gaio*, Bari, 1996; N. PALAZZOLO, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici*, in *La codificazione dell'editto dall'antico al moderno. Incontri di studio, Napoli, gennaio-novembre 1996. Atti*, Napoli, 1998, 263 ss.

¹² Su cui vd. ora N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008.

¹³ Vd. già A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Scritti giuridici in onore di M. Cavalieri*, Padova, 1960, 409 ss.

¹⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1978; ID., *L'età della decodificazione. L'età della decodificazione vent'anni dopo*, Milano, 1999. Al riguardo, vd. anche G. ALPA, *La cultura*, cit., 365 ss.

¹⁵ Uno dei primi tentativi in A. TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, XXXIX, 1993, 703 ss.

¹⁶ R. SACCO (*Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1992, 222, nt. 5) notava nel 1992 l'incessante fioritura di nuove codificazioni, a «un ritmo medio di una per anno».

¹⁷ Cfr. A. BALDASSARRI, *L'età della ricodificazione? (Codice civile e leggi speciali nelle massime della giurisprudenza dal 1982 al 1990)*, in *Contratto e impresa*, VIII, 1992, 927 ss.

teri abbiano le più recenti compilazioni, rispetto a quelle del passato: per esempio, se la classificazione dogmatica sottesa ai nuovi codici continui a essere quella di origine romana e della successiva tradizione romanistica¹⁸, e anche se sia davvero corretto ricorrere alla medesima categoria e denominazione di ‘codice’.

Quest’ultimo dubbio, in particolare, sorge da alcune constatazioni e dall’imbarazzo dimostrato sul punto dal legislatore, non solo italiano, talora nell’accogliere, talaltra nel respingere il ricorso alla nozione di ‘codice’.

Alla base originaria del diritto europeo, per esempio, troviamo, oltre all’organo giudiziario¹⁹, non un ‘codice’, ma l’elaborazione giudiziale di ‘principi comuni di diritto’²⁰, essendosi sin dagli anni Cinquanta tendenzialmente rifiutata una costruzione organica, centralizzata e codicistica²¹, cui adesso, invece, si aspira²². Ancora in ambito europeo, la Commissione europea nel febbraio 2003 ha comunicato di volere procedere alla ‘codificazione’ dell’*acquis communautaire*, al fine di semplificarlo e di renderlo più comprensibile; ed è evidente che al riguardo la Commissione ha fatto ricorso al concetto di ‘codificazione’ in una accezione a dir poco inconsueta. Vi è poi il problema della particolare natura giuridica dei c.d. codici di diritto internazionale, raccolte private – in quanto tali non vincolanti – da tenere ben distinti dagli accordi di codificazione, in continuo aumento per l’attività di promozione e sollecitazione delle Nazioni Unite, intesi alla raccolta di norme consuetudinarie. Tali accordi vincolano non solo gli Stati che abbiano ratificato l’accordo di codificazione²³, mentre il prodotto degli accordi diviene oggetto delle Convenzioni, firmate dai

¹⁸ In tema, A. DELL’ORO, *Partizione gaiana del diritto e sua validità odierna*, in *Studi in onore di F. Gallo*, III, Torino, 1997, 405 ss.; R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni*, Bologna, 1987; M. NARDOZZA, *Continuità o discontinuità di valori e ideologie della codificazione? Note sul dibattito storico-giuridico in Italia*, in *Lezioni*, cit., specialm. 305 ss.

¹⁹ Puntualizzazioni in A. TIZZANO, *Qualche riflessione*, cit., 141 ss.

²⁰ Vd. ora G. VETTORI, *I principi*, cit., 115 ss., specialm. 121 ss.

²¹ Sull’idea di individuare un ‘fondo comune’ giuridico, maturata nei primi anni Cinquanta, e quindi sulla sottrazione del diritto europeo alla logica codificatoria nazionale, vd. ora A. GRILLI, *Per una storia giuridica dell’Unione Europea: quale diritto per l’Europa?*, in *Lezioni*, cit., specialm. 282 ss.

²² Vd. *infra*, § 7.

²³ Su cui vd. le nozioni basilari in B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1992, 50 ss.

rappresentanti delle varie nazioni e ratificate da ciascuno Stato.

Per quanto concerne la più recente esperienza italiana, spiccano alcuni 'codici di settore', quali il Codice del consumo del 2003, le Norme in materia ambientale del 2006 (che significativamente il legislatore non ha voluto denominare 'Codice dell'ambiente', in quanto corpo organico e innovativo, ma non esaustivo), il Codice dei contratti pubblici, sempre del 2006, il Codice del processo amministrativo del 2010; infine, la continua ricodificazione della procedura civile.

Quanto ai c.d. codici di settore, va sottolineato che essi hanno preso il posto delle c.d. leggi decodificanti emanate a partire dagli anni successivi al 1965 e consistenti in 'microsistemi normativi', intesi a dare attuazione al disegno pluralista introdotto dalla Costituzione. Ai 'codici di settore' è assegnato il compito di coordinare, semplificare e all'occorrenza innovare il regime di determinate materie, in ordine alle quali essi inevitabilmente finiscono per esautorare l'eventuale codice di riferimento (si pensi al rapporto tra codici di settore e codice civile, con il quale i primi interagiscono in termini di possibili deroghe o di abrogazione tacita per incompatibilità)²⁴.

In ragione di tali proprietà, i 'codici di settore' si caratterizzano e si differenziano dai codici in senso proprio per due elementi: la fissazione di un 'diritto frazionario' e una funzione di accentuazione del processo di decodificazione, rispetto all'eventuale codice di riferimento²⁵, nel momento stesso in cui codificano diritto nuovo o incompatibile con quello espresso dal codice. La dottrina è attualmente propensa a riconoscere i caratteri della 'codificazione' al menzionato Codice dei contratti pubblici (c.d. codice De Lise), il quale, benché settoriale, si presenta come una raccolta organica, introdotta da una parte dedicata ai principi che sovrintendono all'attività contrattuale delle varie pubbliche amministrazioni, nonché alle definizioni delle numerose nozioni richiamate nelle norme seguenti; sussiste dunque un «meccanismo di integrazione fra la prima parte e le parti successive, per cui non è possibile comprendere appieno il significato delle singole disposizioni di queste ultime senza il contributo di quella che può

²⁴ Così V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, LV.II, 2009, 147 ss.

²⁵ N. IRTI, *'Codici di settore': compimento della 'decodificazione'*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2005, 17 ss., considera i 'codici di settore' come il compimento della decodificazione e osserva che il «diritto frazionario» in essi contenuto corrisponde praticamente al «sapere frazionario impartito nelle nostre Università» (*ivi*, 19).

considerarsi la ‘parte generale’»²⁶. Viceversa, come si accennava, la stessa dottrina è restia a definire ‘codice’ le norme in materia ambientale (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), data l’assenza, nel testo (peraltro di ragguardevoli dimensioni), «degli elementi che del codice si ritengono qualificanti, tra cui l’omogeneità, la presenza di una ‘Parte generale’, l’aspirazione alla completezza»²⁷. A questo rilievo si potrebbe per vero controbattere che la mancanza di ‘Parte generale’ caratterizza da circa un secolo, per esempio, anche il Codice civile svizzero (ZGB), mai sospettato di non meritare la qualifica di ‘codice’²⁸. Resta tuttavia valida l’obiezione principale: all’interno del c.d. Codice dell’ambiente è mancata una riproduzione completa dei principi generali del diritto dell’ambiente, per cui le singole parti si presentano come ‘autosufficienti’ e indipendenti le une dalle altre.

Da storica del diritto, mi chiedo, allora, in quale senso utilizziamo i termini e le categorie ‘codice’ e ‘codificazioni’, promiscuamente, con riferimento alle multiformi realtà attuali e alle esperienze appartenenti a un passato recente, e persino remoto, come quello del diritto romano²⁹. Vogliamo forse significare che c’è una identità di struttura e funzioni tra codici antichi, codici settecenteschi, codici post-rivoluzionari (XIX-XX secolo) e codici dell’età contemporanea?

2. La semantica di *codex*

In realtà, nel corso dei secoli si sono susseguite svariate accezioni di ‘codice’. Cominciamo col ricordare che il termine ‘codice’ (*codex*) era utilizzato già dai Romani, con un significato però molto generico³⁰. Il vocabolo

²⁶ G. ROSSI, *Le fonti*, in *Diritto dell’ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2008, 47, con bibl. alle pp. 48 s.

²⁷ G. ROSSI, *Le fonti*, cit., 47 ss., con AA. *ivi* citt.

²⁸ Rinvio sul punto a quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ‘ius commune’ alle codificazioni moderne*², Torino, 2010, 216 ss., 223.

²⁹ L’esigenza di siffatta verifica è stata di recente nuovamente espressa da M. NARDOZZA, *Continuità*, cit., in *Lezioni*, cit., 295 ss.

³⁰ Rinvio, sul punto, alla trattazione e agli esaurienti ragguagli bibliografici in V. PIANO MORTARI, voce *Codice (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 228 ss.; J. GAUDEMET, *Codes, collections, compilations. Le leçons de l’histoire. De Grégorius a Jean Chappuis*, in *Droits*, XXIV, 1996, 3 ss.; L. LABRUNA-C. CASCIONE, *Codes, codifier, codifications. Réflexions 50 ans après le Code civil égyptien*, in *Index*, XXVI, 1998, 437 ss.

lo latino *codex* deriva da *caudex*, cioè il pezzo di legno, poi la tavoletta ricoperta di cera, e ancora dopo il complesso di tavolette cerate legate insieme, che costituivano il materiale scrittorio più comune ai Romani. I *codices* erano dunque, nell'età più antica, le assicelle incerate, su cui si incideva la scrittura, che poi venivano riunite mediante la sovrapposizione e la cucitura con un legaccio (il *linum*) su un solo lato. Con il passare del tempo, il termine *codex* passò poi a indicare la sola forma esterna: a differenza del tradizionale *volumen*, consistente nel complesso di fogli di pergamena o di papiro, arrotolati su un'asticella (*volumen* deriva da *volvere*, avvolgere), che si dovevano srotolare per la lettura, il *codex* si presentava come un libro unico, compatto, perché cucito sul dorso. Per *codex* si cominciò allora a intendere ogni raccolta di fogli di scrittura legati tra loro, in forma di libro compatto, qualunque fosse il loro contenuto.

In breve tempo, la legatura sul dorso soppiantò il materiale scrittorio arrotolato: il nuovo modo di comporre i fogli di scrittura realizzò una vera e propria 'rivoluzione' nella trasmissione e nella preservazione della letteratura, in quanto la cucitura sul dorso dei materiali di scrittura, oltre ad agevolare la lettura, favoriva la circolazione e la corretta conservazione dei testi³¹. Così, agli albori del Dominato, le 'consolidazioni' private di rescritti imperiali dell'età diocleziana furono denominate *Codex Gregorianus* e *Codex Hermogenianus*, perché redatte su pergamene legate come quaderni (*quaterniones*), e non su pergamene o papiri arrotolati. La sostituzione dei vecchi *volumina* con i *codices* si verificò in tutti gli ambiti letterari, ma soprattutto indusse a raccogliere con questo nuovo sistema di legatura le leggi imperiali, che venivano quotidianamente consultate dai pratici e nelle scuole di diritto. Ecco perché il vocabolo *codex* passò presto a designare (anche) ogni raccolta di provvedimenti imperiali in un libro unico e compatto.

Dopo l'età romana, il termine latino *codex*, in ambito giuridico, risulta adoperato per indicare tutte le raccolte di regole giuridiche messe per iscritto, ma non solo quelle ufficiali e di contenuto innovativo. Nella storia del diritto medioevale e della prima età moderna – periodi in cui fu consueta l'imitazione del linguaggio dell'antichità classica –, il termine 'codice' è stato perciò attribuito a molti prodotti di contenuto, struttura, funzione e

³¹ Vd. in particolare H. KUPISZEWSKI, *Dal codice-libro al codice raccolta di precetti giuridici*, in *JJP*, XX, 1990, 17 ss.; cenni in U. VINCENTI, *La tendenza verso la codificazione nell'esperienza giuridica romana dei secoli IV-VI d.C.*, ora in ID., *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici*, Padova, 2003, 35 ss.; specialm. 37 s.

concezione disparati, anche nel circoscritto ambito giuridico; il che può facilmente indurre in equivoco, se si pensa alle profonde differenze sussistenti tra i primi codici (di contenuto giuridico) da noi conosciuti grazie alle fonti cuneiformi (il Codice di Ur-Nammu, del 2100 a.C. circa, il Codice di Lipit-Ishtar, del 1930 a.C. circa, il Codice di Eshunna, del 1770 a.C. circa, il Codice di Hammurabi, del 1750 a.C. circa)³², e il c.d. Codice romano decemvirale (451-450 a.C.), la c.d. codificazione adrianea dell'editto, il Codice di Teodosio (438 d.C.), il Codice di Giustiniano (529/534 d.C.), il 'Code' Henri III del 1588³³, il Codice civile francese del 1804, e così via. In altri termini, il ricorso al vocabolo 'codice', nel campo del diritto, designa certamente l'assemblaggio di diritto scritto, ma troppo poco dice sulle caratteristiche del materiale giuridico in esso raccolto.

3. *Caos normativo e interventi di controllo sulla scientia iuris*

Chiarita la derivazione terminologica dei vocaboli moderni 'codice' e 'codificazione' dalla lingua latina, occorre ora verificare se c'è un nesso – ed eventualmente quale esso sia – tra i codici antichi e i codici moderni. Somiglianze e similitudini certamente non mancano. Esaminiamo innanzitutto le coincidenze riscontrabili, sul piano storico, nelle circostanze che hanno determinato l'esigenza dei codici, nel corso dei secoli.

Lo studio storico dei movimenti di codificazione consente di constatare che, quando nei sistemi giuridici le leggi e il complesso delle opinioni dottrinali cominciano a presentarsi come una massa ingombrante, confusa e contraddittoria, allora si sviluppano tre movimenti naturali: innanzitutto il controllo e la selezione dell'attività dei giuristi, poi una naturale tendenza alla risistemazione e alla 'consolidazione' dei materiali normativi preesistenti in gruppi organici. E solo infine emergono le istanze di raccolte innovative, idonee a sostituire il diritto preesistente³⁴.

Quanto al primo stadio (controllo e selezione della scienza giuridica), possiamo notare sul piano storico non poche coincidenze.

Siamo abituati a considerare lo *ius controversum* proprio della giurisprudenza classica come un prezioso fattore di evoluzione e di affinamento

³² R. WESTBROOK, *Studies in biblical and cuneiform law*, Paris, 1988.

³³ Collezione privata francese di ordinanze regie che non ottenne mai la sanzione reale.

³⁴ Cfr. J. GAUDEMET, *La codification. Ses formes et ses fins*, in *Estudios en homenaje al prof. J. Iglesias*, Madrid, 1988, 309 ss.

del diritto romano. Eppure, l'accumulo disordinato dei prodotti della *scientia iuris* e quindi delle dottrine in campo giuridico dettero luogo, nell'esperienza romana, in ordine di tempo, a tre fondamentali reazioni. La prima corrisponde all'introduzione e alla evoluzione dello *ius publice respondendi*, ad opera di Augusto e dei suoi successori, istituito in forza del quale ai giuristi selezionati dal *princeps* era riconosciuto il beneficio di dare consulenze 'ammantate' dell'*auctoritas* imperiale; agli stessi si imponeva di sigillare i responsi, al fine di garantirne l'autenticità. Tra Tiberio e Adriano i responsi resi dai giuristi insigniti del riconoscimento imperiale diventarono capaci di vincolare i giudici, venendo così considerati da Gaio tra le fonti del diritto. Poi, una volta scomparsa la libera attività dei giureconsulti, dalla fine del III secolo d.C. il diritto romano da giurisprudenziale si trasformò in legislativo. Si arrestò così la nuova produzione di pensiero giurisprudenziale, ma restava pur sempre vitale e operante il patrimonio costituito dalle pregresse attività della *scientia iuris*, che continuava a permeare quotidianamente la vita pratica del diritto.

La seconda misura antigisprudenziale fa capo all'Imperatore Costantino, il quale, nel 321 d.C., con una *lex generalis*, espresse il desiderio di sradicare le fastidiose e interminabili dispute degli antichi giuristi (CTh. 1.4.1: *Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes*), rivendicando unicamente a se stesso l'autorità di stabilire quali opinioni o scritti giurisprudenziali potessero essere applicati. Con la stessa costituzione, pertanto, vennero private di valore (*aboleri*) le note di Paolo e di Ulpiano alle opere di Papiniano, perché esse, secondo le testuali parole della cancelleria costantiniana, piuttosto che correggere, avevano sfigurato (*depravare*) gli originali. Nel 328 l'Imperatore intervenne ancora, per conferire invece piena forza normativa alle *Pauli Sententiae*, confermando così la possibilità di addurle in giudizio (CTh. 1.4.2: *in iudiciis ... valere*)³⁵.

Un nuovo tentativo di controllare e selezionare le opinioni dei giuristi prese corpo, oltre tre secoli dopo, con la 'Legge delle citazioni'. La costituzione fu emessa nel 426 d.C. in Occidente da Valentiniano III e poi recepita da Teodosio II in Oriente, nel suo Codice (CTh. 1.4.3). Con la legge, si limitavano le citazioni da parte degli avvocati (di cui in giudizio i giudici avrebbero potuto tenere conto) alle opere di Gaio, Papiniano, Paolo (incluse le *Pauli Sententiae*: CTh. 1.4.3), Ulpiano e Modestino³⁶. Dunque, a

³⁵ Così L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 250 s.

³⁶ *Amplius*, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 335 ss., con altra bibl.

sostegno delle ragioni delle parti, sarebbero valse solo le opinioni dei predetti giureconsulti (gli stessi, peraltro, selezionati dagli sconosciuti autori dei *Fragmenta Vaticana* e della *Collatio*)³⁷.

La ‘Legge delle citazioni’, nel dettare anche precise regole per l’ipotesi di dissenso di pareri sulla questione oggetto della lite (prevalenza della maggioranza tra i cinque, e in caso di parità prevalenza dell’opinione papiniana), evidenziava l’intento di rafforzare quella ‘certezza del diritto’ e quel conseguimento della *veritas* processuale, che si erano andati progressivamente offuscando nei due secoli precedenti per la *confusio* e per la *discidia legum*³⁸.

Sul punto, è molto importante ricordare che la legge in questione aveva riguardo al contenuto delle *recitationes*, cioè le citazioni in giudizio della letteratura giurisprudenziale romana del II e III secolo. La genesi della ‘Rezitationspraxis’ va collocata forse già anteriormente all’età di Costantino, come suggerisce da un lato la lettura di un brano di Modestino (Mod. 1 *excusat.* D. 27.1.1.2) e dall’altro lato la considerazione che le *Pauli Sententiae*, opera composta da un ignoto giurista intorno alla fine del III secolo d.C., consistevano in una raccolta – non priva di interventi innovativi – delle dottrine giurisprudenziali *receptae* (cioè non oggetto di dispute), proprio al fine di prospettare al lettore quello *ius non controversum*, cioè un diritto scevro da *dissentiones prudentium*, idoneo alle *recitationes* processuali³⁹. La *recitatio* implicava infatti che l’avvocato sostenesse in giudizio la propria tesi mediante il ricorso a una «coerente trama di citazioni giurisprudenziali, richiamando, in caso di *dissentiones*, un rescritto imperiale o la *sententia* d’un *iurisconsultus* particolarmente autorevole»⁴⁰. In pratica, ogni giurista doveva perlustrare l’insieme delle fonti, impegnandosi, in caso di conflitto di opinioni, nel coordinamento reciproco.

Poi, nella prima età moderna, il fenomeno delle ‘leggi delle citazioni’ si è riproposto all’inizio del XV secolo, in conseguenza della crisi di autorevolezza della *communis opinio doctorum*, formatasi come prodotto della Scuola del Commento: mentre nel Quattrocento si era affermata la tendenza ad attribuire al concorso delle opinioni dei dotti valore determinante (poi addirittura vincolante) per la formazione del convincimento del

³⁷ Cfr. U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, 2005, 33 ss.

³⁸ L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 341.

³⁹ Così V. MAROTTA, *La ‘recitatio’ degli scritti giurisprudenziali tra III e IV secolo d. C.*, in *‘Filia’*. *Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli, 2007, 1643 ss.

⁴⁰ V. MAROTTA, *La ‘recitatio’*, cit., 1654.

giudice, assurgendo a prezioso strumento di certezza del diritto, nel Cinquecento la giurisprudenza consulente entrò in crisi per la sua sovrabbondanza e per lo scadimento qualitativo di quelle opinioni dottrinali, finendo negletta dalla giurisprudenza dei grandi tribunali europei.

Così, per rimediare ai mali prodotti dallo 'Juristenrecht', alcuni Sovrani-legislatori dell'età moderna disposero la selezione e l'uso corretto delle opinioni dottrinali nella pratica forense con varie 'Leggi delle citazioni', intese a vietare che si utilizzassero in giudizio opinioni dottrinarie di valore discutibile e citazioni arbitrarie (soprattutto perché non controllabili) dei testi della tradizione. Nel 1427, Giovanni II di Castiglia vietò citazioni di giuristi vissuti dopo Giovanni D'Andrea e Bartolo di Sassoferrato, e nel 1499 i Re Cattolici di Spagna stabilirono che i casi non disciplinati dalla legge in materia civilistica si potessero risolvere esclusivamente mediante il ricorso all'autorità di Bartolo e Baldo, mentre nel 1505, tornando sul punto con un provvedimento stroncante, disposero che i casi dubbi andassero risolti non più sulla base delle opinioni dei due dotti, bensì mediante il diretto ricorso al Sovrano⁴¹.

Questo marcato atteggiamento antidottrinale culminò poi in alcune disposizioni del XVIII secolo, tra cui spicca la totale proibizione del richiamo all'autorità dei giuristi, prevista nel 1774 da Ferdinando IV, su suggerimento dell'allora ministro Bernardo Tanucci: stabilitosi l'obbligo di motivare le sentenze (peraltro già imposto da Vittorio Amedeo I nel 1632, ma in relazione alle sole cause eccedenti il valore di 100 scudi), si precisò che i giudici avrebbero dovuto fondare le loro decisioni sulle leggi del Regno, e non sull'autorità dei Dottori, i quali, con le loro opinioni, avevano reso incerto e arbitrario il diritto⁴². Di questo atteggiamento antidottrinale reca ancora chiara traccia l'art. 118, comma 3, delle Disposizioni di attuazione del vigente codice italiano di procedura civile⁴³, norma peraltro recepita senza alcuna modifica nel recentissimo Codice del processo amministrativo (art. 88, comma 3).

⁴¹ Ulteriori dettagli in A. MARONGIU, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi*, in *Studi in onore di E. Besta*, III, Milano, 1939, 441 ss.; L. MOSSINI, *Le citazioni dei giuristi*, Milano, 1975, 33 ss.; quadro di sintesi in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, cit., 67 ss.

⁴² Esauriente trattazione in R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli, 1968.

⁴³ R. AJELLO, *Preilluminismo*, cit., 68 ss.