
RIVISTA CRITICA

DEL

Anno XXXVI - 3
Settembre 2018
Trimestrale

DIRITTO PRIVATO

Estratto

JOVENE EDITORE NAPOLI

Luca Nivarra

1. «La sostanziale modifica di uno o più codici, o addirittura la loro sostituzione con un nuovo testo o con più testi, avrebbe implicato una consapevolezza politica della inadeguatezza della formazione vigente e al tempo stesso avrebbe dovuto accompagnarsi con l'ideazione di un progetto giuridico alternativo rispetto a quello vigente e, quindi, con l'immagine di una società civile differente nelle sue basi strutturali e nei suoi valori essenziali»¹. Formulato con specifico riguardo al periodo storico ricompreso tra il varo dei nuovi codici, della marina mercantile (1877), di commercio (1882) e penale (1889) e lo scoppio della prima guerra mondiale, il giudizio di Ghisalberti riassume sinteticamente i "fondamentali" di una nuova codificazione. Un tema, questo, che è stato con vigore riproposto dagli ultimi editoriali della nostra Rivista ma che da qualche tempo circola negli ambienti della cultura giuridica italiana con una certa insistenza.

Ora, credo sia abbastanza agevole convenire sul fatto che, nel tempo presente, «alternativo» e «differente», specie se abbinati, rispettivamente, a «progetto giuridico» e a «società civile», siano due aggettivi dal suono alquanto esotico, destinati ad evocare figure tanto più suggestive quanto più sfocate alle quali ognuno è libero di dare i nomi che maggiormente gli aggradano, in un esercizio di fantasia struggente ma innocuo. Trattasi, a ben vedere, dello stesso zoccolo duro di quella post-modernità che esercita su molti di noi (civilisti) un incomprensibile fascino; ovvero di quella forma di pensiero (?) per la quale l'«alternativo» e il «differente» abitano il solo immaginario collettivo, cioè l'uniforme indistinto dello *street food* palermitano a Malindi, delle treccine *rasta* a Vigevano e dei sandaletti hawaiani a Copenhagen, per il resto avendone l'ideologia dominante da tempo decretato l'estraneità al reale².

¹ C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma-Bari, 1985, 186.

² La complementarità di postmoderno e neoliberalismo si manifesta chiaramente là dove la semantica di "realtà" (e morfemi derivati) viene inghiottita dalla sua pragmatica. Il potere decide che cosa è "reale" (il mercato, la concorrenza, lo *spread*, le riforme di struttura, ecc) e che cosa non è "reale" (i diritti dei lavoratori,

2. Certo, il codice – sia come artefatto legislativo, sia come peculiare forma della legislazione – ha perso ormai buona parte dell'aura che storicamente lo circondava, sicché il paradigma ghisalbertiano, fondato sulla esigente diade «*alternativo*» e «*differente*», rimanda all'epica della codificazione, simbolo stesso di un nuovo avvento (come nel caso del *code Napoléon*, spartiacque della modernità, non solo giuridica) o anche, più semplicemente ma non per questo banalmente, di un nuovo inizio (come nel caso del codice civile italiano del '42, che traghetta la modernità verso equilibri inediti anche se non sovversivi del modo di produzione in essere). Piuttosto, si deve osservare, la discontinuità istituita con il passato dalla europeizzazione del sistema delle fonti (il “nuovo inizio” della nostra epoca) appare poco congeniale ad approcci di tipo sistematico (propri di una codificazione per quanto ridimensionata nelle sue pretese di cattura normativa del mondo): e questo per due ragioni, una di ordine soggettivo e l'altra di ordine oggettivo.

La prima si compendia nello sdoppiamento di potere codificatorio e potere normativo: l'uno, infatti, fa capo ad un soggetto (il legislatore nazionale) il quale condivide l'altro con il legislatore europeo e, per di più, in una posizione subalterna. Si tratta di una effrazione alle condizioni stesse di pensabilità di un nuovo codice ben più grave di quella consumatasi ai danni del paradigma ghisalbertiano, perché monopolio statale del diritto e sua declinazione codicistica, lungi dall'essere distinguibili, sono pressoché la medesima cosa. In altri termini, l'odierno assetto delle fonti si presenta in una guisa tale per cui chi codifica non dispone più del controllo sul *ius condendum*.

La seconda delle due ragioni alle quali abbiamo accennato attiene allo stile della legislazione europea, poco incline, per motivi vari, alcuni dei quali certamente non occasionali³, a coltivare una visione d'assieme immediatamente apprezzabile anche sul terreno tecnico-giuridico, e non solo su quello della *policy re-*

il *Welfare* universale, la rivoluzione ecc.). E non è certo un caso che il discorso *mainstream* restituisca «*alternativo*» e «*differente*» al principio di realtà solo quando si tratti di denotare fenomeni meritevoli della massima stigmatizzazione: “sovranismo”, populismo”, “terrorismo islamico” e via dicendo. In sostanza, quindi, «*alternativo*» e «*differente*» rivestono un significato positivo solo quando ad essere mobilitata è la sintassi del fantasmatico; a ridosso del reale, viceversa, essi diventano i consegnatari degli orrori del mondo.

³ Ho provato ad illustrarli in L. Nivarra, *Dalla “crisi” all’“eclissi”, da un paradigma all'altro*, in «Europa dir. priv.», 2017, 801 ss.

golatoria perseguita (tutela e promozione del mercato concorrenziale). E, d'altra parte, non può considerarsi un semplice incidente di percorso la circostanza che, ad un certo punto, dopo anni di intenso lavoro, il processo/progetto di una codificazione europea si sia arenato lasciando spazio ad un modello incentrato sulla diarchia Commissione - Corte di Giustizia, quest'ultima nelle vesti di demiurgo di una armonizzazione *judge made*.

3. Insomma, quello della codificazione è un tema che può iscriversi all'ordine del giorno del dibattito giusprivatistico, solo usando del massimo di prudenza e purché sia chiaro che ciò di cui si parla è un oggetto abbastanza diverso da quello storico. Forse ha ragione Maria Rosaria Marella, quando, richiamandosi ad uno degli aspetti più significativi del magistero di Stefano Rodotà, sposta l'asse del discorso sui compiti della cultura giuridica e sulla necessità che quest'ultima provi a riappropriarsi del senso dei processi che ne hanno così radicalmente mutato sia il contesto ambientale, sia il modo di operare. Troppo spesso, viceversa, si ha la sensazione che, al di là delle declamazioni di principio, a ciascuna delle quali corrisponde un nome più o meno suggestivo⁴, i civilisti italiani abbiano subito il corso delle cose, adattandosi ai nuovi equilibri piuttosto che provare a ridefinire il proprio ruolo per rapporto, fondamentalmente, alla discontinuità introdotta dalla rivoluzionata geografia dei poteri. Perché, poi, di questo in definitiva si tratta: di riposizionare se stessi dentro un ordine che, mi sembra del tutto evidente, assegna alla dottrina uno spazio minore e, in ogni caso, qualitativamente diverso rispetto al passato. Ciascuno di noi, poi, può decidere in che modo impiegare questa collocazione, ad esempio riscoprendo il valore positivo di quei due aggettivi – «*alternativo*» e «*differente*» – che, come si è visto, l'ideologia dominante relega nel triste condominio di discredito e affabulazione⁵.

Da questo punto di vista, se non mediata da alcuni passaggi gradualisti, quella della repentina apertura di un cantiere "codice"

⁴ Vedine un inventario in S. Mazzamuto, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e diritto civile*, in questa «Rivista», 2018, 111 s.

⁵ La discussione sui beni comuni, certo non esente da mende sotto il profilo tecnico, ha rivestito esattamente questo significato: essa aveva prodotto anche un'ipotesi di riforma della disciplina codicistica dei beni pubblici, a dimostrazione del fatto che "critica" e "proposta" possono procedere di conserva e che la "proposta" non deve necessariamente risolversi nella pura e semplice messa in forma dell'esistente (sempre che questo risultato sia davvero attingibile).

mi sembra davvero una fuga in avanti. Ciò non esclude che già fin da ora possano avviarsi alcune operazioni chirurgiche, settoriali ma non marginali, in ambiti nei quali l'elaborazione autoctona risulta più avanzata o, comunque, più ricca, e l'influenza europea meno marcata: così nel caso della responsabilità civile dove è forse venuto il momento di riscrivere, consolidare ma anche delimitare lo statuto del danno non patrimoniale; o dove, ancora, sarebbe auspicabile un intervento che ammodernasse e rendesse più perspicuo il segmento di quella disciplina relativo ai criteri di imputazione. Non andrei, però, troppo al di là di questo: proporsi nell'immediato obiettivi più ambiziosi, in un tempo nel quale la stessa idea primigenia di ordine si presenta in forme ancora non pienamente esplorate dal pensiero, espone al rischio, per nulla astratto, che l'ipotetico nuovo codice risulti essere molto più una «raccolta» che un «sistema»⁶; e se è vero che i codici, al pari delle stagioni, sono destinati a non essere più quelli di una volta, è altrettanto vero che bisognerà pure fare in modo che nella cosa sia sempre possibile rintracciare almeno alcuni dei caratteri originari del nome.

⁶ G.W.F. Hegel, *Primo abbozzo di una introduzione alla «Costituzione della Germania»*, in «Scritti politici» (a cura di C. Cesa), Torino, 1974, 5.