

A. F. J. THIBAUT

LA NECESSITÀ
DI UN DIRITTO CIVILE GENERALE
PER LA GERMANIA

La mia opinione è invece che il nostro diritto civile (con questa espressione s'intende qui sempre il diritto privato e penale e il processo) necessita di una rapida trasformazione totale, e che l'unico mezzo perché i Tedeschi vengano a godere di felici relazioni civili sia che tutti i governi tedeschi cerchino con sforzo congiunto di promuovere la stesura di un codice emanato per tutta la Germania, sottratto all'arbitrio dei singoli governi.

Due sono le condizioni che ogni legislazione può e deve soddisfare: essa dev'essere perfetta formalmente e materialmente; deve cioè esporre le sue disposizioni in modo chiaro, inequivocabile ed esauriente, e provvedere a un ordinamento saggio e adeguato delle istituzioni civili, conforme alle esigenze dei sudditi. Purtroppo non c'è un solo stato tedesco in cui anche una sola di tali condizioni sia in parte soddisfatta. I nostri codici tedeschi antichi, di cui c'è poi in molti paesi una variopinta miscellanea, esprimono qua e là con vigore il chiaro pensiero germanico, e si potrebbero pertanto utilizzare benissimo per singole questioni giuridiche in una nuova legislazione. Ma gli esperti erano e sono tutti d'accordo nel ritenere che essi spesso non sono più adeguati alle esigenze del nostro tempo, recano ovunque le tracce di vecchia rozzezza e miopia, e non possono assolutamente essere considerati codici generali e completi. Le leggi interne particolari che ad essi si aggiungono — le ordinanze principesche — hanno spesso arrecato qualche miglioramento in questa o quella regolamentazione; ma tutto si riduce di regola a timide correzioni nei dettagli, mentre la grande massa intricata è soffocata sotto il suo stesso peso. Delle nostre antiche limpide leggi imperiali si può al massimo sostenere che contengono poche disposizioni utili, ad esempio per le tutele e per il processo; ma non sono veri e propri codici, se si eccettua la sola Carolina, la cui inadeguatezza ai tempi attuali è così ampiamente riconosciuta che perfino gli adepti dell'immutabilità hanno

dovuto ammettere l'assoluta necessità di nuove leggi penali. Quindi tutto il nostro diritto nazionale è un'infinita farragine di disposizioni disordinate che si contraddicono e si annullano vicendevolmente, fatte apposta per dividere internamente i Tedeschi e per impedire ai giudici e agli avvocati una conoscenza approfondita del diritto. Ma anche una conoscenza perfetta di questa caotica accozzaglia non porta lontano, giacché tutto il nostro diritto nazionale è così incompleto e carente, che su cento questioni giuridiche almeno novanta devono sempre essere risolte sulla scorta dei codici stranieri recepiti, il diritto canonico e romano. È proprio qui tuttavia il punto più dolente del problema. Il diritto canonico, là dove non si riferisce alla costituzione ecclesiastica cattolica bensì ad altre istituzioni civili, non vale neppure la pena di essere menzionato: un cumulo di disposizioni oscure, mutile, incomplete, dovuto in parte a opinioni errate degli antichi interpreti del diritto romano, e così dispotico per quanto riguarda l'influenza del potere spirituale negli affari temporali, che nessun saggio governante può conformarsi del tutto. L'ultima e principale fonte di diritto resta quindi per noi il codice romano, cioè l'opera di una nazione straniera da noi molto diversa, che risale al periodo della sua più profonda decadenza e di questa decadenza porta le tracce ad ogni pagina! Bisogna proprio essere stravolti da una visione appassionatamente unilaterale per stimare fortunati i Tedeschi per l'adozione di quest'opera mal riuscita e per raccomandargliene seriamente l'ulteriore mantenimento. Certo è opera infinitamente completa, ma solo nel senso in cui i Tedeschi si possono chiamare infinitamente ricchi perché sono padroni di tutti i tesori posti sotto il loro suolo fino al centro della terra. Se solo tutto si lasciasse estrarre senza spesa! Lì sta l'incresciosa difficoltà. E così anche per il diritto romano! È indubbio che giuristi profondamente dotti, acuti, instancabili possono trarre dai frammenti

sparsi di questo codice una sistemazione esauriente per ogni teoria, e che forse tra mille anni saremo tanto fortunati da avere un'opera classica esauriente su ognuna delle mille importanti dottrine che oggi ancora sono avvolte nel mistero. Ma ai sudditi non importa niente che idee buone si trovino sicuramente conservate in opere stampate, bensì importa che il diritto alberghi vivo nelle teste dei giudici e degli avvocati, e che sia loro possibile acquisire ampie conoscenze giuridiche. Con il diritto romano ciò rimarrà tuttavia perennemente impossibile. L'intera compilazione è troppo oscura, elaborata troppo fuggolmente, e la vera chiave per penetrarvi addentro ci mancherà sempre. Infatti noi non possediamo le idee popolari romane, che dovevano rendere ai Romani più facilmente comprensibili innumerevoli cose che per noi sono un mistero; così come recentemente è avvenuto che molti superficiali giuristi francesi non avessero difficoltà a considerare il codice dal giusto punto di vista, mentre la scrupolosità tedesca col suo pesante lavoro falliva sempre lo scopo. Di conseguenza dobbiamo rifarci dappertutto a un cospicuo apparato erudito, col risultato che, data la molteplicità e l'insufficienza delle fonti storiche, le discussioni diventano così ampie, intricate e per lo più così ardite, che nessun giurista pratico è in grado di appropriarsi come si deve dei tesori scoperti. Addirittura non c'è neanche un professore di pandette in tutta la Germania che si possa vantare di aver potuto studiare dalle fonti sul piano storico-dogmatico tutte le singole dottrine della sua limitata materia, o di averle potute sviscerare completamente. Ma confessiamolo pure francamente: il diritto romano non sarà mai innalzato alla piena chiarezza e certezza. Infatti ci mancano ad ogni occasione le fonti esplicative, e l'intero guazzabuglio di frammenti miserevolmente spezzettati conduce in un tale labirinto di ipotesi ardite e incerte, che di rado l'interprete può conquistare una posizione salda, e qualsiasi nuovo interprete sarà quin-

di sempre tentato di provare idee nuove e capovolgere quelle tradizionali. Ne abbiamo fatto recentissima esperienza con alcune nuove eccellenti opere, che non troveranno presto equivalenti e tuttavia sono state subito oggetto di vivaci polemiche, senza poter godere di un trionfo perfetto nell'opinione comune. Ma quel che soprattutto pesa contro il diritto romano è la cattiva qualità intrinseca della maggior parte delle sue disposizioni, specialmente in riferimento alla Germania. È vero che Leibniz con le sue quasi appassionate dichiarazioni sul genio dei giuristi romani ha ingenerato in molti una sacra stupefazione: ma quelle dichiarazioni riguardavano piuttosto la forma, e non si riferiscono assolutamente all'intero codice. Da quel punto di vista sono vere, ma non cambiano quanto si è detto prima. Tutto quel che si può e si deve riconoscere infatti ai giuristi classici è l'alta coerenza e la straordinaria abilità nell'applicare principî giuridici positivi generali ai casi particolari più sottili e più complicati. Ma non si può neppure negare che essi abbiano finito poi per approdare a un'equità sempre più incerta, e che il loro acume abbia arrecato in sostanza più danni che vantaggi alla vera sapienza giuridica. Dappertutto essi erano soggetti infatti alla costrizione dei fondamenti positivi del periodo dei barbari, e un'interpretazione coerente ha aumentato il male anziché diminuirlo. Per esempio la teoria dei classici sulla patria potestà e il diritto di successione si può considerare un capolavoro di analisi e di coerenza giuridica, ma bisogna anche aggiungere: guai alla nazione in cui i giuristi sono condannati ad esercitare il proprio acume su fondamenti così rozzi e unilaterali! E a che ci serve inoltre tutta la saggezza dei classici, se le loro idee non ci sono pervenute allo stato puro, se le posteriori costituzioni imperiali hanno corrotto e deformato quasi ogni singola dottrina giuridica, se il tutto è oramai ridotto a uno spaventoso miscuglio di disposizioni sagge e folli, coerenti e incoerenti! Ciò vale non

soltanto per un'innumerabile quantità di principî giuridici minori, ma per grandi complessi giuridici che possono essere considerati i fondamenti di tutto il diritto civile, ovvero la dottrina della patria potestà, della sicurezza della proprietà, del regime delle ipoteche, del diritto di successione e della prescrizione.

Ma anche se tutti questi rimproveri fossero infondati, resta sempre tuttavia il fatto, peggiore di tutti i mali immaginabili, che noi abbiamo nel diritto romano — incredibile a dirsi — un codice di cui non possediamo il testo, e il cui contenuto è quindi paragonabile a un fuoco fatuo. Non si segue un testo autentico o patentato, bensì il diritto ideale, come si potrebbe chiamarlo, che si trova negli innumerevoli manoscritti rimastici di svariatisimo tenore. Ma la massa di queste varianti è veramente enorme. Solo nell'edizione di Gebauer la loro riproduzione occupa tanto posto quanto un quarto del testo, eppure è ben noto che questa edizione utilizza meno di un centesimo dei sussidi indispensabili. Se un erudito passa solo un paio di settimane a paragonare buoni manoscritti o edizioni, scopre sempre nuove e sorprendenti varianti, e non si può dubitare che buona parte delle opinioni giuridiche tradizionali dovrebbe essere abbandonata, se i nostri Cramer e Savigny avessero la fortuna di stare dieci anni a Roma al posto in cui Brenkmann cercò nella misura delle sue forze di servire la buona causa. La felicità dei nostri cittadini dipende dunque dal fatto che i nostri studiosi a Roma e a Parigi ricevano un'accoglienza generosa e siano attivi nel raccogliere materiale o meno! E quando avessimo raggiunto finalmente la meta sospirata, quando le varianti di tutti i manoscritti ed edizioni fossero ammassate in una gran montagna, quale sarebbe poi il risultato? La selezione accorta tra diverse varianti è di solito una questione di pura sensibilità, ed è difficile che si possa giustificare rigorosamente la scelta. Le dispute critiche si moltiplicheranno allora all'infinito, tanto più che noi