

Giulio Abbate

Il codice «immaginato». La riflessione dei giuristi inglesi sulla sistematizzazione del *common law* (1789-1882)

The “imagined code”. The reflection of English jurists on the systematization of Common law (1789-1882)

SOMMARIO: 1. Quale concetto di “codice” per una storia europea della codificazione? – 2. Metodo compositivo e completezza materiale del codice. – 3. Codici e digesti. – 4. Il “precedente” indiano. – 5. Idee per una riforma. – 6. «*The province of judicial legislation*». – 7. Il codice “incompleto”. – 8. Cenni conclusivi

ABSTRACT: The 19th century English debate on codification showed a singular trend concerning the paradigmatic problem of completeness. Especially with regards to Criminal law, the debate brought out the concept of "incompleteness", that emerged as a “tool” for render codification possible without affecting what was traditionally termed the “elasticity” of Common Law. This story leads us to a further consideration: does the idea that emerges from the debate identify a Code only in the “non-Technical” sense or does it express a peculiar concept of “Code”?

KEYWORDS: Common law; Codification; Completeness.

1. *Quale concetto di “codice” per una storia europea della codificazione?*

Il dibattito storiografico intorno all’idea di “codice”¹ ha variamente identificato le caratteristiche del modello codicistico “tipico” individuandole, talvolta, nel carattere innovativo dei codici e, quindi, nella novità del materiale legislativo di cui il codice si compone²; talaltra, nella capacità di unificazione del diritto e di sostituzione del codice a un sistema di fonti pluralistico, cui fa da corollario il carattere organico del codice³; talaltra, ancora, nella creazione del soggetto unico di diritto nonché nella capacità di autointegrazione del sistema codicistico e, di conseguenza, nella esaustività del codice⁴. Pur nella diversità

¹ Tra le numerose opere sul tema, si vedano P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998; P. Cappellini-B. Sordi (curr.), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell’incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Milano 2002 (in particolare, si vedano i contributi di P. Cappellini, *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, pp. 11-69; J.-L. Halpérin, *Codes et traditions culturelles*, pp. 223-261; P. Caroni, *Il codice rinviato. Resistenze europee all’elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, pp. 263-307; A. Gambaro, *Codici e diritto giurisprudenziale*, pp. 507-540; S. Rodotà, *Un codice per l’Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritti globali*, pp. 541-578; P. Grossi, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l’altro*, pp. 579-599); U. Petronio, *Diritti particolari e codificazione. Il caso del Code Civil*, in *Diritto generale e diritti particolari nell’esperienza storica. Atti del congresso internazionale della società italiana di storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)*, Roma 2001, pp. 351-388; Id., *La lotta per la codificazione*, Torino 2002; I. Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2 Voll., Vol. II, Milano 2005; G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011; R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, seconda ed., Torino 2011; Id., *Un secolo si legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino 2015; P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto fra il Danubio e l’Adriatico. Per i duecento anni dall’entrata in vigore dell’ABGB (1812-2012)*, Torino 2015; A. Spinosa, *L’equilibrio codicistico. Codificazione e cultura giuridica nell’Italia postunitaria*, Firenze 2017. Sull’idea di codice tra Otto e Novecento, di recente anche M. Caravale, *Scienza giuridica e idea di codice tra fine Ottocento e inizi Novecento*, in «Historia et ius», XII (2017) paper 1, pp. 1-15. Sul rapporto tra soggettività giuridica e programma codificatorio anche G. Alessi, *Il soggetto e l’ordine. Percorsi dell’individualismo nell’Europa moderna*, Torino 2006.

² M. Viora, *Le costituzioni piemontesi. Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna. Storia esterna della compilazione*, Torino 1928, pp. 290, ss.

³ G. Astuti, *La codificazione del diritto civile*, in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, II, p. 815.

⁴ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 19, ss, il quale ha posto l’accento sulle caratteristiche della completezza e della esaustività espresse con il termine autointegrazione quale capacità del codice di colmare eventuali lacune e risolvere, a partire dalle proprie clausole e senza ricorso a fonti esterne, ogni caso futuro.

di approcci e di vedute, è attorno al concetto di completezza che si è registrata, per lungo tempo, la maggiore convergenza, tanto che tale concetto è divenuto paradigma giuridico di riferimento della stessa categoria di codice e idea cui istintivamente rimanda il concetto di codificazione⁵.

Questa idea di completezza è stata descritta quale fenomeno in qualche modo funzionale all'aspirazione del codice a divenire l'epicentro dell'ordinamento giuridico «pretendendo di essere materialmente completo» e «considerandosi la fonte giuridica prevalente» che obbliga le altre, tollerate in via meramente sussidiaria, «a condividere la propria logica»⁶. Da questa prospettiva, con riferimento alla vicenda codificatoria dell'Europa continentale, l'idea della completezza avrebbe come naturale corollario una funzione, alla quale il codice sarebbe stato storicamente chiamato a rispondere, che è quella unificatrice, e che sola permetterebbe di cogliere «il collegamento fra la codificazione e il programma sociale, giuridico ed economico della borghesia continentale», letteralmente nutrito «dell'idea di unità»⁷. In questi termini, il binomio codice/rivoluzione, caratteristico della storia sociale europea, è identificativo, anch'esso, dell'idea di codice moderno.

Interpretazione assai differente del connotato della completezza del codice è stata offerta da quella parte della storiografia che, considerando il valore su cui si fonda il codice contemporaneo non più il fatto che lo stesso sia “completo” ma l'essere, piuttosto, un sistema in cui è presente un nucleo sistematico di concetti, non ha mancato di indicare in quel connotato nient'altro che una “ideologia” ispirata da una determinata contingenza storica. Da questa angolatura, «il codice completo è il codice come è stato visto nella prospettiva storica, politica, culturale che è stata propria dei giuristi dell'Ottocento, i quali erano convinti – o mostravano di essere convinti – che i loro codici rappresentassero un modello definitivo e stabile di regolamentazione delle situazioni e dei rapporti giuridici, in una società che aveva raggiunto un proprio equilibrio che veniva prospettato come giusto, e che si mostrava appagato di esso»⁸. Una convinzione, questa, frutto di un processo ideologico maturato nel corso

⁵ In questi termini P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., p. 5; T. Ascarelli, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in Id, *Saggi giuridici*, Milano 1949; così anche G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., con riferimento alle cennate categorie della completezza e della esaustività. Un'ampia panoramica storiografica sul tema in U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., pp. 67-102.

⁶ P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., p. 5

⁷ Ivi, p. 6.

⁸ U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 73. Così anche L. Mengoni, *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano 1994, p. 752.

del tempo e che poco o niente ha a che vedere con la vicenda storica della codificazione, laddove, ancora agli inizi dell'Ottocento, «fare un codice non significava affatto – o non significava ancora – fare un testo normativo completo ed esaustivo»⁹. Un ripensamento della centralità del codice nel sistema giuridico è stato espresso, inoltre, con l'adozione della categoria della decodificazione¹⁰ volta a rappresentare la tendenza, caratteristica degli ordinamenti contemporanei, al «disimpegno dal codice» in favore della legislazione speciale e, quindi, alla sostituzione dell'idea di organicità e uniformità della legislazione con quella della frammentarietà dei processi legislativi¹¹.

Già agli inizi dell'Ottocento, proprio nell'assenza dell'intento di raggiungere la “completezza materiale” del codice, si individuava uno dei “vizi” del moderno programma codificatorio, secondo la celebre critica di Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), contenuta nell'opera *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* del 1814, la quale ha influenzato il relativo dibattito in tutta l'Europa continentale e anche al di là della Manica. Se, infatti, l'obiettivo «più importante e più difficile è la completezza del codice», il quale, «[...] essendo destinato ad essere unica fonte di diritto, deve già contenere effettivamente la risoluzione di ogni caso che possa presentarsi», tale target non solo non era stato raggiunto dai codificatori europei ma nemmeno ricercato, risultando in ogni caso impresa vana, «poiché la proliferazione di casi reali è semplicemente infinita». Risultava, in questo modo, più che mai necessaria l'opera di individuazione dei principi fondamentali del diritto, da porre in relazione sistematica gli uni con gli altri ad opera della scienza giuridica¹².

⁹ U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 114.

¹⁰ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

¹¹ P. Rescigno, *Il compleanno del codice civile*, in M. Sesta (cur.), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano 1994, p. 19.

¹² F.C. Savigny, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in G. Marini (cur.), *A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny. La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982, pp. 87-197, le citazioni a p.106. Sulla circolazione dei “saperi” tra Germania e Inghilterra nell'Ottocento, C. Vano, *«Il nostro autentico Gaius». Strategie della Scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000 e, sulla diffusione internazionale dell'opera di Savigny nell'ambito del discorso della cultura giuridica europea comparata, Id., *Della vocazione dei nostri luoghi. Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny*, in «Historia et ius», X (2016) paper 21, pp. 1-16. Sul tema dell'influenza tedesca sulla letteratura giuridica inglese, P. Stein, *Legal Theory and the Reform of Legal Education in Mid Nineteenth Century England*, in A. Giuliani-N. Picardi (curr.), *L'educazione giuridica, vol. II: Profili storici*, Perugia 1979, pp. 185-206; E. Campbell, *German Influences in English Legal Education and Jurisprudence in the 19th Century*, in «University of Western Australia Annual Law Review», IV (1959) pp. 357-390, che pare limitarne la portata al “campo” della storiografia giuridica. Sulla metodologia giuridica di Savigny, si veda il saggio introduttivo di A. Mazzacane, *Jurisprudenz als Wissenschaft. Die Vorlesungen über Vorlesungen über juristische Methodologie von Friedrich Carl von Savigny*, all'edizione

Questo sguardo critico al “programma” codificatorio europeo, percepito senza pretesa di esaustività e, soprattutto, carente nella ricerca di un qualche strumento volto a rimediare al deficit di completezza materiale, era adottata anche da quanti, in Inghilterra, pur essendo in astratto favorevoli alla codificazione, vedevano negli esempi continentali qualcosa di diverso rispetto ad un codice nel senso “moderno” del termine. John Austin (1790-1853), ad esempio, che conosceva il testo di Savigny del 1814 e nel cui pensiero non si è mancato di rintracciare l’influenza del concettualismo della giurisprudenza tedesca¹³, riferendosi ai codici francese e prussiano, sosteneva che i modelli europei, non riuscendo a raggiungere lo standard dato dall’essere dei corpi completi di leggi, autosufficienti e capaci di imporsi su tutto il diritto vigente sostituendosi ad esso, non avevano compiuto «[...] the primary ends of a code in the modern sense of the term; that is a complete body of law intended to supersede all other law obtaining in the country»¹⁴.

In generale, sono proprio i temi della completezza/incompletezza dei codici e del rapporto tra il codice e le altre fonti dell’ordinamento a costituire alcuni tra i principali snodi del dibattito inglese ottocentesco sulla codificazione del diritto¹⁵, il quale, per quanto ispirato dall’esempio dell’Europa continentale-

del 1993, curata dallo stesso autore, di F.C. Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Frankfurt a. M. 1993, pp. 1-55; poi in nuova ediz. ampliata, Frankfurt a. M. 2004. Con riferimento alla polemica sulla codificazione della scuola storica, P. Becchi, *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Genova 1999; P. Cappellini, *Systema iuris*, vol. I, *Genesi del sistema e nascita della “scienza” delle Pandette*, Milano 1984, pp. 275-323.

¹³ Ad esempio, C. Vano, «*Il nostro autentico Gaio*», cit., p. 277.

¹⁴ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, New Jersey 2005, Voll. I-II, Vol. II, p. 667.

¹⁵ M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920*, in «Quaderni Fiorentini», XL (2011), Tomo I, pp. 553-594; A. Braun, *The English codification debate and the role of jurists in the development of legal doctrines*, in M. Lobban-J. Moses (curr.), *The Impact of Ideas on Legal Development*, Cambridge 2012, pp. 204-225; A. Braun, *Giudici e Accademia nell’esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna 2006; A. H. Manchester, *Simplifying the Sources of the Law: An Essay in Law Reform. II. James Fitzjames Stephen and the Codification of the Criminal Law of England and Wales*, in «Anglo-American Law Review», II (1973), pp. 527-551; K.J.M. Smith, *Lawyers, Legislators and Theorists. Developments in English Criminal Jurisprudence 1800-1957*, Oxford 1998; P.R. Glazebrook, *Criminal Law Reform. 2. England*, in S.H. Kadish (cur.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, Voll. I-IV, Vol. II, New York 1983, pp. 490-500; L. Farmer, *Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833-45*, in «Law and History Review», XVIII (2000), pp. 397-426. In generale, sul movimento inglese per la riforma del diritto dal 1793 alla data dell’emanazione del *Reform Act* del 1832, W.S. Holdsworth, *History of the Law of England*, London 1938, Voll. I-XIII, Vol. XIII, pp. 259-308. Un approccio comparatistico in B. Schwartz, *The Code Napoleon and the Common Law World*, New

le, restituisce un'idea di codice fortemente influenzata, specie con riferimento al grado di completezza del prodotto legislativo, dalle peculiarità del sistema giuridico insulare e, in definitiva, da ciò che è stato definito «the elasticity of the common law»¹⁶. Proprio l'emersione dell'idea di un'astratta “compatibilità” tra il codice e il *common law* ha dovuto fare i conti con la condivisa rappresentazione del diritto insulare come sistema insuscettibile di essere oggetto di una formulazione in un certo senso definitiva che ne avrebbe arrestato ogni capacità di evoluzione, segnando l'abbandono del modello di *reasoning* fondato sulla *induction from precedent*¹⁷. Anche rispetto a questi temi, a venire in rilievo, in maniera problematica, è principalmente il grado di completezza potenzialmente raggiungibile dal codice da misurarsi, in termini di aperta contrapposizione, rispetto alla “elasticità” di un modello a carattere giurisprudenziale. Un modello, questo, contemplante, nelle riflessioni che su di esso si sono prodotte a partire dal Seicento, l'estensione di *established rules* a nuove circostanze mediante *nuove e diverse* formulazioni¹⁸. Ma in una sorta di rovesciamento di prospettive, proprio l'elemento della completezza del codice è stato anche definito come un requisito *negativo* del programma codicistico e, in un'ottica di sottrazione, in termini di un elemento necessariamente “mancante” ai fini della riuscita di

York 1956. Sempre nell'ottica comparatistica, W. Eves-J. Hudson-I. Ivarsen-S.B. White (curr.), *Common Law, Civil Law, and Colonial Law. Essays in Comparative Legal History from the Twelfth to the Twentieth Century*, Cambridge 2021; G.A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, in «The Yale Journal of International Law», XXV (2000), pp. 435-532. Sul tema della codificazione di respiro “europeo”, anche P. Mori, *La codificazione del diritto dell'Unione europea e i suoi strumenti*, in «Il Diritto dell'Unione Europea. Rivista di dottrina e giurisprudenza», XXIV (2019), pp. 109-140. Per un esempio di modello giuridico ibrido tra *common law* e *civil law*, D. Novarese, *Fra common law e civil law. Il jury nell'esperienza costituzionale siciliana (1810-1815)*, in «Historia Constitucional (revista electrónica)», III (2002), <http://hc.rediris.es/03/index.html>.

¹⁶ Ad esempio da J.F. Stephen, *The Criminal Code (1879)*, in «The Nineteenth Century», VII (1880), pp. 136-160, p. 152, il quale vi fa riferimento in relazione alla tradizionale funzione dei giuristi e dei giudici rispetto all'interpretazione e applicazione del diritto inglese.

¹⁷ A titolo di esempio, W.M. Best, *Codification of the Law of England*, in *Papers read before the Juridical Society: 1855-1858*, London 1858, pp. 209-240; A. Craig; *The Codification of the Law*, in «The Journal of Jurisprudence», XXVI (1882) 1882, pp. 281-292 e 337-348; con riguardo agli Stati Uniti d'America, H. S. Legaré, *Codification*, in *Writings of Hugh Swinton Legaré*, Voll. I-II, Vol. II, Charleston 1845, p. 500 ss. G. Sweet, *The Expediency of Digesting the Precedents of the Common Law and regulating the publication of reports*, in *Papers read before the Juridical Society: 1858-1863*, Vol. II, London 1863.

¹⁸ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, II ed., Oxford 2019, il quale sottolinea come nella *Common Law Theory* è appunto il “caso” e non il giudice ad estendere il diritto mediante nuove formulazioni al fine di offrire specifiche soluzioni rispetto a circostanze inedite, così che il giudice rimarrebbe semplice *lex loquens*. Ivi, p. 11.

progetti codificatori. Con riguardo a una pretesa capacità di integrazione del modello codicistico con il *common law*, il concetto di *code of law* è stato riferito, ad esempio, a prodotti normativi immaginati come corpi unitari e razionali ma necessariamente incompleti e aventi come scopo, anzitutto, quello di preservare regole e principi di diritto rinvenibili nel sistema giuridico. Da questa prospettiva, il codice veniva a rappresentare un elemento di continuità, e non di rottura, rispetto agli assetti dell'ordinamento esistente, così che «The principal difference made by the Code would be that of giving literary form to an existing system[...]»¹⁹.

2. Metodo compositivo e completezza materiale del codice

Il tema della completezza del codice era centrale nella riflessione di Jeremy Bentham (1748-1832) essendo inscindibilmente legato al concetto di *codification* elaborato dal filosofo utilitarista, come processo finalizzato a realizzare l'unificazione legislativa e, insieme ad essa, la razionalizzazione del diritto inglese²⁰. Bentham individuava nel *giusto* metodo codificatorio il mezzo utile per anticipare gli eventi e prevedere, anche mediante il ricorso al concetto di «species», la soluzione dei possibili casi futuri, così massimizzando l'utilità del diritto. Per Bentham, infatti, «With a good method we go before events, instead of following them; we govern them, instead of being their sport. A narrow-minded and timid legislature waits till particular evils have arisen, before it prepares a remedy; an enlightened legislature foresees and prevents them by general precautions»²¹.

¹⁹ J.F. Stephen, *A History of The Criminal Law Of England*, Voll. I-III, Vol. III, London 1883, p. 366.

²⁰ La storiografia non ha mancato di rimarcare come la filosofia benthamiana sulla codificazione abbia spiegato effetti rispetto alla riflessione continentale. Così si è espresso, ad esempio, Riccardo Ferrante (anche richiamando S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998): «Come anche di recente è stato ribadito dalla migliore storiografia giuridica, il pensiero di Bentham sulla codificazione e in genere la sua riflessione filosofica, sono elementi fondanti della codificazione civilistica del 1804». R. Ferrante, *Codice: appunti su «il» modello, i modelli, i fantasmi legislativi e l'utopia*, in «Materiali per una Storia della cultura giuridica», XXXVI (2006), pp. 93-101, in part. p. 93.

²¹ J. Bentham, *A General View Of a Complete Code of Law*, in Id., *The Works of Jeremy Bentham, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring*, Voll. I-XI, Edinburgh 1838-1843, Vol. III, pp. 205 ss.; G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., pp. 414 ss.; P. Schofield, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*, in «Journal of Legal History», XII (1991), pp. 58-88.

L'approccio benthamiano alla riforma del sistema giuridico, contemplando la sostituzione dello stesso sistema di *common law* con un ordinamento incentrato sul codice²², negava legittimità allo *unwritten law*, così come contrapposto al diritto di origine legislativa. Quest'ultimo, per Bentham, «is alone deserving of the name of law [...]»; al contrario, «unwritten law is, properly speaking, conjectural law»²³. Era anzitutto la fonte di produzione a segnare la legittimità o, al contrario, l'illegittimità del prodotto normativo. Per Bentham, infatti, «Written law has a certain manifest foundation. There is a legislator — there is a will — there is an expression of that will, a known period of its birth». Ciò che definiva «unwritten law», invece, non essendo di origine legislativa, non poteva dirsi “diritto” in quanto non era una espressione di volontà, sia pure tacita, del legislatore. Inoltre, «[...] its origin is unknown; it goes on continually increasing — it can never be finished; it is continually altering, without observation»²⁴.

Sulla base di queste premesse, il diritto non scritto era definito come un insieme di comandi imperfetti, ovvero «*quasi-commands*», così come opposti ai *commands* di cui era composto il diritto legislativo²⁵. Ma la sostituzione del diritto scritto a quello non scritto — per altro di natura giudiziale e, quindi, un diritto *ex post facto*²⁶ — doveva passare per una rifondazione dell'attività di legislazione sulla base di metodologie normative di carattere sintetico che permettessero di elaborare ed esprimere regole certe, precise e dettagliate²⁷, al fine ultimo di massimizzare «the greatest happiness or greatest felicity principle»²⁸.

²² Sulla originalità del programma di riforma benthamiano D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*. *Legal theory in eighteenth-century Britain*, Cambridge 1989; la tesi è ripresa da L. Farmer, *Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833-45*, cit., p. 408.

²³ J. Bentham, *A General View Of a Complete Code of Law*, cit., p. 206.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ J. Bentham, *A Fragment on Government: the New Authoritative Edition*, Cambridge 1988, p. 41.

²⁶ Infatti, «If there be a lawgiver, it is the judge himself — a legislator, each one of whose laws is only applicable to a particular case, and always necessarily *ex post facto* — a legislator, the promulgation of whose laws is only made by the ruin of the individuals to whom they refer». J. Bentham, *A General View Of a Complete Code of Law*, cit., p. 206.

²⁷ C. Peterson, *Le implicazioni metodologiche della codificazione*, in P. Cappellini-B. Sordi (curr.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., pp. 431-437, in particolare p. 433, ove si parla del requisito delle tecniche legislative di carattere sintetico come caratteristico del modello codicistico proposto nell'opera di Bentham *A General View Of a Complete Code of Law*.

²⁸ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals And Legislation*, in Id. *The Works of Jeremy Bentham*, cit., Vol. I; la definizione riportata è quella aggiunta nel 1822 in sostituzione di quella di «principle of utility» dell'edizione dell'opera del 1789.

Le implicazioni derivanti dal rispetto del principio dell'utilità, applicato al processo codificatorio, avrebbero assicurato la coerenza del sistema legislativo incidendo, anzitutto, sulla formulazione delle singole regole giuridiche. Queste ultime, per potere essere accessibili, avrebbero dovuto essere elaborate in un costante bilanciamento, operato sempre alla luce del principio dell'utilità, tra gli elementi della completezza e della semplicità — categoria, quest'ultima, parzialmente costitutiva della prima — in modo da non risultare troppo dettagliate pur senza compromettere la specificità delle singole previsioni²⁹. In questo modo, ricercando il massimo della semplicità dell'intero sistema giuridico, quale corollario di concisione e intelligibilità, si riusciva a raggiungere la completezza materiale del codice. Al fine di produrre il codice sarebbe stato necessario, quindi, individuare ed elaborare, attraverso lo sviluppo di tecniche di analisi e classificazione di concetti, un insieme di principi giuridici coerenti e di regole connesse. Come risultato finale, grazie al «good method», facente parte esso stesso del codice, sarebbe stato possibile prevedere ogni possibile evento, inquadrandolo in categorie generali per poi dedurne, mediante meccanismi razionali, fattispecie particolari. Una volta elaborata una struttura concettuale quanto più ampia e comprensiva possibile, ogni “parte” del sistema sarebbe stata connessa in modo da consentire, mediante passaggi logici dal *generale* al *particolare*, di trarre da un concetto un principio e da quest'ultimo una regola, un obbligo, un diritto, in modo da ottenere una “mappa” di principi e creare, in questo modo, un sistema completo³⁰. Questo concetto di codificazione, basato sul modello monistico delle fonti del diritto, era quindi sorretto da un'idea di codice inteso come sistema di diritto legislativo privo di lacune, la cui applicazione sarebbe stata ammessa nelle sole forme della sussunzione e senza ricorsi all'interpretazione e all'analogia, con conseguente esclusione dall'ordinamento giuridico di ogni altra fonte giuridica e, *in primis*, del *common law*³¹.

Aderiva all'idea di ispirazione benthamiana della superiorità della legislazione rispetto al diritto non scritto anche John Austin, il quale si esprimeva favorevolmente rispetto alla *codification*, intesa come sistemazione del diritto

²⁹ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., p. 421.

³⁰ Per Bentham, «In a map of the law executed upon such a plan there are no *terrae incognitae*, no blank spaces: nothing is at least omitted, nothing unprovided for: the vast and hitherto shapeless expanse of jurisprudence is collected and condensed into a compact sphere which the eye at a moment's warning can traverse in all imaginable directions». Citato in *ivi*, p. 415.

³¹ C. Peterson, *Le implicazioni metodologiche della codificazione*, cit., p. 433.

esistente attraverso un metodo scientifico³². Il pensiero di Austin, ispirato anche da un approccio sistematico all'analisi del diritto³³, apportava al dibattito l'argomento della *codificabilità* dello stesso *common law*, identificando il diritto come l'espressione diretta o indiretta della volontà del sovrano/legislatore³⁴. Elemento centrale della riflessione di Austin era, infatti, la distinzione tra diritto e morale, la quale costituiva una conseguenza immediata della definizione che egli offriva del diritto come comando sanzionato del sovrano applicabile dinanzi alle corti di giustizia. Una volta identificato l'oggetto della scienza giuridica nel diritto positivo, Austin ammetteva la possibilità di estrarre regole giuridiche dal sistema di *common law*, rintracciandole nella pratica delle corti di giustizia, e di ordinarle in maniera sistematica. Da questa prospettiva, le regole del *common law* divenivano l'espressione *indiretta* della volontà del legislatore, la quale imponeva che i principi delle decisioni giudiziali fossero osservati come regole di condotta. Il diritto stesso veniva a rappresentare l'insieme di regole e principi derivanti dalla volontà del sovrano, totalmente distinto dalla morale, stante il carattere prettamente *positivo*³⁵. Il codice realizzato sulla base dei principi di *common law* avrebbe costituito un sistema tendenzialmente *chiuso* ma non *completo*. Tuttavia, l'incompletezza del codice non costituiva, secondo Austin, un'obiezione sufficientemente "specificata" da potere ostare alla codificazione, potendo, a ben vedere, rivolgersi verso *qualsiasi* sistema di diritto, compresi quelli di natura prettamente giurisprudenziale. Questi ultimi, essendo pur sempre composti da regole naturalmente "finite" in numero e scopo, non potevano prevedere in anticipo i casi futuri, «For either judiciary law consists of

³² Sul tema M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920*, cit., pp. 553-94.

³³ C. Vano, «*Il nostro autentico Gaio*», cit., p. 277.

³⁴ Secondo D. Freda, *Stare Decisis?*, cit., pp. 537, ss, Austin, titolare della cattedra di *Jurisprudence* presso la London University dal 1826, tenne i suoi corsi ispirato dagli studi compiuti sulle fonti del diritto romano, mirando all'istituzione di una scienza di principi tratta dall'elaborazione concettuale di questo diritto e del *common law*. Queste idee vennero espresse nell'opera *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) e ribadite nelle *Lectures on Jurisprudence*, tenute nel 1828 ma pubblicate postume nel 1869. Sulla influenza tedesca rispetto all'insegnamento universitario, in particolare di Austin, E. Campbell, *German Influences in English Legal Education and Jurisprudence in the 19th Century*, cit. pp. 358-363.

³⁵ M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920*, cit., pp. 553-94. Circa il procedimento di codificazione del *common law*, Austin partiva dal presupposto della "estraiibilità" delle *rationes decidendi* dai casi decisi, mediante un processo che, in una certa misura, era già svolto all'atto dell'applicazione, nella dinamica processuale, di principi emersi in una data vicenda giudiziaria per la soluzione di un altro caso. Per Austin, infatti, «The induction (previous to the application) of the *ratio decidendi* of a decided case, is codification *pro tanto* of judiciary law»; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. 331.

rules, or it is merely a heap of particular decisions inapplicable to the solution of future cases. On the last supposition it is clearly impossible that the rules, being finite in their number and scope, can provide for the infinite variety of possible cases that may arise in practice»³⁶.

Secondo Austin, una regola di diritto nata in seno a una decisione giudiziale non poteva che essere più “ristretta” di una di tipo legislativo, la quale, invece, avrebbe potuto abbracciare e comprendere «a whole genus of cases, instead of embracing only one of the species which it contains»³⁷. Da questa prospettiva, sebbene nessun codice potesse essere *completo* o *perfetto*, il grado di completezza potenzialmente raggiungibile mediante un sistema codicistico sarebbe stato, in ogni caso, superiore rispetto a quello realizzabile in un ordinamento giuridico di natura prettamente giurisprudenziale³⁸. Il raggiungimento del requisito della completezza del codice sarebbe astrattamente dipeso dall'adozione di un metodo redazionale sistematico capace di offrire, *in primis*, una visione globale del complesso normativo e dello stesso “strumentario” tecnico del codice. In questo modo si sarebbe evitato il ricorso a fonti esterne quantomeno ai fini ermeneutici. Il codice stesso avrebbe offerto all'interprete i “materiali” necessari alla sua applicazione, facendoli emergere mediante meccanismi redazionali di difficile ma non impossibile implementazione: «The principles and distinctions must exist somewhere, and the terms must have a determinate meaning, which it must be possible to find; and though the principles and distinctions and the meanings of the terms may be imbedded in much other matter, they *may* be extracted and put into an abstract shape»³⁹.

In definitiva, *teoricamente*, la codificazione appariva ad Austin possibile e vantaggiosa, specie nel confronto con ciò che definiva «judicial legislation»⁴⁰. Tuttavia, essendo l'argomento della codificazione «[...] a question of time and place»⁴¹, occorre verificare la concreta codificabilità del diritto insulare nella ricerca di un sistema normativo che fosse «brief, compact, systematic»⁴². In al-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Ivi, p. 334.

³⁸ «I admit that no code can be complete or perfect. But it may be less incomplete than judge-made law». *Ibid.*

³⁹ Ivi, p. 337, corsivo nel testo. Il *Code Napoléon* era, secondo Austin, incompleto anche a causa dell'assenza di definizioni circa i termini tecnici e i principi guida ad esso sottesi.

⁴⁰ «Such are the evils of judicial legislation, that the expediency of a code (or a complete or exclusive body of statute law) admits no doubt; provided that the chaos of judiciary law, and of the statute law stuck patchwise on the judiciary, could be superseded by a good code». Ivi, p. 341.

⁴¹ Ivi, p. 342.

⁴² Ivi, p. 334.

tre parole, si domandava Austin, «Are there men, then and there, competent to the difficult task of successful codification? of producing a code, which, on the whole, would more than compensate the evil that must necessarily attend the change?»⁴³.

3. *Codici e digesti*

Il quesito posto da Austin venne ripreso, negli anni sessanta e settanta dell'Ottocento, dai giuristi accademici riuniti nella *Oxford School of Jurisprudence*, i quali avevano variamente recepito la filosofia austiniana condividendone impostazioni e metodologie. Questi ultimi, proprio avvalendosi dello strumentario della giurisprudenza analitica, specie con riferimento alle “operazioni” di enucleazione e definizione dei principi del *common law*, offrirono fondamentali apporti *scientifici* rispetto al tema della sistematizzazione del *common law*⁴⁴. Nel dibattito degli anni trenta e quaranta dell'Ottocento, invece, a venire in rilievo era principalmente l'idea che il *common law* potesse essere racchiuso in un digesto senza essere necessariamente codificato, così da non limitare la “naturale” capacità evolutiva di regole e principi giuridici e salvaguardare le altre fonti del diritto.

Riferimenti alla realizzazione di un “digesto”, relativo al diritto penale, vennero dai lavori della *Criminal Law Commission*, che operò negli anni dal 1833 al 1845 e di cui fu parte, fino al 1836, anche John Austin. La commissione venne incaricata di preparare un digesto («to digest»), nelle forme di un unico *statute*, di tutte le previsioni relative ai crimini, alle sanzioni e alle forme di giudizio e di consolidare in un altro *statute*, mediante il medesimo procedimento, tutte le regole di *common law* relative alle stesse materie. All'esito di questa fase preliminare, la commissione avrebbe dovuto valutare la possibilità di fondere entrambi i nuovi *statutes* in un “unico corpo” di diritto criminale («one body of the Criminal Law»), il quale avrebbe dovuto sostituire tutte le previsioni statutarie in vigore; in alternativa, di limitare la riforma all'emanazione del primo dei due *statutes* menzionati⁴⁵. Anche a fronte dell'impiego dei termini *code* e *codi-*

⁴³ Ivi, p. 342.

⁴⁴ D. Freda, *Stare Decisis?*, cit., p. 538-539.

⁴⁵ Questo il compito affidatole: «[T]o digest into one statute all the enactments concerning crimes, their trial and punishment, and to digest into another statute all the provisions of the Common Law touching the same; and to enquire and report how far it might be expedient to combine both these statutes into one body of the Criminal Law, repealing all other statutory provisions; or how far it might be expedient to pass into law the first mentioned of these two statutes». Il brano è riportato in P.R. Glazebrook, *Criminal Law Reform. 2. En-*

fication, la *Royal Commission*, a più riprese, dichiarò che lo scopo perseguito era, appunto, quello di realizzare una esposizione avente ad oggetto il diritto vigente, *written* e *unwritten law*, che ne avrebbe comportato la modifica limitatamente alla risoluzione di dubbi interpretativi e all'eliminazione di vizi manifesti⁴⁶. Anche sulle pagine della «*Edinburgh Review*» il lavoro della *Royal Commission* venne presentato in modo da ridefinire il significato stesso di “codificare” in un senso che lo avvicinava a quello di «to digest». Come, infatti, si legge in un articolo di commento ai primi due *reports*, «No subject has been more misunderstood than that of *Codification*. There are many modes of making a code: there may be an entire new body of laws — a partial re-casting, and a retaining part of the old, and adding some new — or there may be merely what the Commissioners propose; viz., a digest of the unwritten with the written law, — reforming patent evils, removing inconsistencies, and supplying admitted defects»⁴⁷.

Questo digesto non vide la luce⁴⁸. Sull'altro versante del dibattito, infatti, era proprio la *codificabilità* del *common law* ad essere messa ancora una volta in discussione, mentre minori obiezioni si ponevano rispetto alla riforma del diritto statutario, specie nelle forme della *statute consolidation*: «To reduce the *statute law* into a narrow compass is an object entirely free from objection, and which, if accomplished with care, can produce nothing but good; but to reduce unwritten law to statute is to discard one of the greatest blessing we have for ages enjoyed in rules capable of flexible adaptation»⁴⁹. Per i difensori del

gland, cit., p. 494. Sul tema della riforma dell'ordinamento penalistico inglese tra Sette e Ottocento anche G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Bari 2001, pp. 124 ss.

⁴⁶ Non era d'accordo con la “prudenza” di quest'approccio John Austin il quale, secondo Lobban, abbandonò i lavori nel 1836 in aperta polemica con gli altri membri della *Royal Commission* e in completa frustrazione; M. Lobban, *How Benthamic Was the Criminal Law Commission*, in «*Law and History Review*», XVIII (2000), p. 429.

⁴⁷ *Art. VIII-1. First Report from his Majesty's Commissioners on Criminal Law. Ordered, by the House of Commons, to be printed, 30th July, 1834. Folio. 2. Second Report from his Majesty's Commissioners on Criminal Law. Ordered, by the House of Commons, to be printed, 20th June, 1836. Folio.*, in «*The Edinburgh Review*», CXXXII (1837), pp. 214-220, in particolare p. 216.

⁴⁸ Una nuova Commission ribadì, poi, la necessità, da un lato, di emanare un digesto di diritto criminale e, dall'altro lato, di modificare il diritto vigente «in order to render the Criminal Law of the country suitable to the present state of society, and conformable to enlightened principles of jurisprudence». *Second Report of Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law*, in *Parliamentary Papers* (d'ora in avanti, PP), 1846, XXIV, N. 709. p. 6.

⁴⁹ Opinione del giudice Talfourd citata in R. Floyd Clarke, *The science of law and lawmaking. An introduction to law, a general view of its forms and substance, and a discussion of the question of codification*, New York-London 1898, p. 30.

common law, era l'inattitudine del codice alla completezza a costituire uno dei principali argomenti avversi alla contrazione del diritto in formule legislative o anche, in taluni casi, alla semplice redazione di un digesto ai fini ricognitivi, il quale pure avrebbe potuto impedire il fisiologico sviluppo e l'evoluzione del sistema giuridico. Al contrario, «the rules of the common law [...] are clear and well understood, and have the incalculable advantage of being capable of application to new combinations of circumstances perpetually occurring»⁵⁰. Secondo il giurista W.M. Best, ad esempio, il verbo “codificare”, inteso nel senso di redigere e promulgare un corpo di diritto scritto definibile come codice, era sinonimo di “legiferare”. Era quindi necessario rifiutare ogni interpretazione riduttiva della *codification* come processo teso a produrre un semplice corpo che riunisse insieme leggi sparpagliate e preesistenti⁵¹. Proprio la natura legislativa del codice, inoltre, ne avrebbe segnato il fallimento e la perdita di ogni pretesa centralità nell'ambito dell'ordinamento giuridico, dato il prevedibile esito della formazione, accanto al codice, di una massa di commenti e di massime emerse in sede di giudizio.

Per Best, sebbene anche il sistema di tipo “giurisprudenziale” presentasse alcuni svantaggi, «[...] caeteris paribus, a customary law is the safest and soundest base for the legal system of a country». Dati questi presupposti, il “modello” inglese, caratterizzato dalla coesistenza di diritto consuetudinario con quello statutario, andava senz'altro preferito ad altri di tipo *esclusivamente* legislativo. Ciò anche in virtù delle garanzie di stabilità e di certezza poste, nell'ordinamento inglese, a presidio dell'amministrazione della giustizia e di quei meccanismi endogiurisprudenziali che, facendo appello all'autorità del precedente, compensavano qualsiasi svantaggio derivante da errate decisioni giudiziarie, «[...] for, there being a certain amount of authority which the most profligate bench would not dare to disregard, the result of an appeal to the law can be predicted with tolerable accuracy»⁵².

La questione assumeva, nell'interpretazione che ne dava Best, connotati di natura propriamente politica, strettamente connessi a ragioni di tenuta costitu-

⁵⁰ Opinione del Giudice Baron Parke resa nei confronti del *Bill* proposto dalla *Royal Commission*, citata in A. H. Manchester, *Simplifying the Sources of the Law: An Essay in Law Reform*, cit., p. 527; ancora «I do not Think any greater certainty can be obtained by a Code of the unwritten law to compensate for the loss; but that, on the contrary, new questions of the construction of the words of the same statutes will arise, unforeseen difficulties in construction would be suggested, and new decisions, more unsatisfactory than those which expound and apply principles, would become necessary»; citato in R. Floyd Clarke, *The science of law and lawmaking*, cit., p. 31.

⁵¹ W.M. Best, *Codification of the Law of England*, cit., p. 211.

⁵² Ivi, p. 216, per entrambe le citazioni.

zionale del paese. Secondo Best, infatti, la codificazione di un sistema di diritto con una lunga e antica tradizione costituiva un cambiamento paragonabile a una “rivoluzione” dello stesso regime politico, legittima soltanto in caso di stringente necessità. Da questa prospettiva, la codificazione appariva come «[...] an act as violent and exceptional in the legal as a revolution in the political condition of a state; and as the latter is an evil not to be resorted to without the most dire necessity, so the overturning the legal system of an ancient country, casting all its law into the alembic of a few mind, taking chance for the form in which they will come out again, can only be justified by a like necessity»⁵³.

Argomentazioni simili in difesa del *common law* vennero offerte da George Sweet, secondo cui ciò che rendeva il diritto ad un tempo certo e flessibile era la possibilità che fosse oggetto di attività di induzione dal precedente, da cui dipendeva la stessa esistenza del diritto come scienza. Per questi motivi, i principi del *common law* mal si prestavano ad essere racchiusi in formulazioni scritte di tipo legislativo, dovendo, invece, essere dedotti dalle decisioni assunte in un determinato caso o in altri analoghi. Pertanto, racchiudere il *common law* in formule verbali avrebbe comportato il deterioramento del sistema giuridico, imponendo un modello di *legal reasoning* opposto a quello basato sul meccanismo della *induction from precedent*. Come sistema composto da elementi giuridici differenti dalla legislazione, emersi mediante l'esercizio delle capacità intellettuali dei giuristi che nel tempo hanno rifinito e coordinato insieme di usi condivisi in un corpo coerente di regole, il *common law* era insuscettibile di interpretazione per il tramite di formule linguistiche, ontologicamente inadatte a contenere ed esprimere principi di diritto “flessibili”, conoscibili e valutabili nella loro esatta portata solo a partire dal loro impiego pratico nell'ambito di casi già decisi:

A cluster of such precedents, associated by a community of subject, presents to us a rule with its limits, qualifications, applications, and exceptions, ascertained after a laborious and repeated investigation, deliberation and discussion, in the closet and in court, during successive generations, by the finest legal intellects, and so expressed as to exhibit the mental process by which the results were obtained, and not the mere results abstracted in fixed formulae, so that, when a precedent directly in point is not found, light may be drawn from others by inference and analogy⁵⁴.

⁵³ Ivi, pp. 215-216.

⁵⁴ G. Sweet, *The Expediency of Digesting the Precedents of the Common Law and regulating the publication of reports*, cit., p. 578. Il passaggio è riportato anche in M. Lobban, *Legal theory and Judge made law*, cit., p. 566.

Negli anni cinquanta dell'Ottocento, il dibattito sulla codificazione venne arricchito mediante nuovi argomenti che ponevano in primo piano la rivisitazione della stessa *legal phraseology* come strumento prodromico alla composizione sistematica del diritto. Se, infatti, il codice non poteva realizzarsi a causa dell'inattitudine delle forme linguistiche a esprimere principi di diritto, era necessario implementare, ai fini codificatori, proprio il linguaggio legale, anche a partire dal raffronto con altri "modelli" giuridici dotati di un ordine logico e sistematico, *in primis* il diritto romano⁵⁵. Si deve a Henry Sumner Maine (1822-1888) il pieno sviluppo del concetto secondo cui il diritto romano costituiva un modello di *legal reasoning* capace di fornire gli strumenti necessari per il miglioramento degli elementi tecnici del diritto inglese, anche in funzione preparatoria alla codificazione⁵⁶. Per Maine, infatti, lo studio del diritto romano, prodromico al recupero di uno standard di *legal phraseology* a suo dire deteriorato, avrebbe consentito ai giuristi di acquisire gli strumenti intellettuali necessari per approcciare al progetto codificatorio e, «[...] as ancillary to the systematic

⁵⁵ C. Vano, «*Il nostro autentico Gaio*», cit., p. 276. Sul tema dell'influenza della tradizione romanistica in ambito europeo anche L. Solidoro, *La Tradizione romanistica nel diritto europeo*, 2 Vol., Vol. II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2010, p. 189 ss. Sul tema degli sviluppi del sistema universitario in Inghilterra anche D. Freda, *Una dispotica creazione: il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino 2012.

⁵⁶ H.S. Maine, *Roman Law and Legal Education*, in Id, *Village-communities in the East and West*, London 1890, pp. 330-383, in part. p. 365. Su questi temi, M. Piccinini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry Sumner Maine*, Milano 2003, pp. 14-24 e 28-32. La storiografia ha affrontato da diverse prospettive e con esiti differenti il tema dell'influenza della Scuola storica e, in generale, degli orientamenti della scienza giuridica continentale, rispetto alla formazione di Maine e alle riflessioni mainiane sui rapporti tra diritto romano, diritto inglese e codificazione. Ad esempio, K. Mantena, *Alibis of Empire. Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*, Princeton-Oxford 2010, p. 100 ss., specie con riguardo al tema del rapporto tra sviluppo storico del diritto romano e implementazione della "moderna" giurisprudenza inglese, pone l'accento sul ruolo della «German historical jurisprudence, especially of Savigny», ritenendo esservi stata una comune visione con riguardo alla *Roman jurisprudence*; rispetto a questa, «For both Maine and Savigny, it furnished the necessary tools for the perfection of the *technical* element of law». Per una panoramica delle tesi storiografiche che propongono un rapporto diretto tra la formazione del pensiero mainiano e i modelli della *Historische Schule* si rimanda a M. Piccinini, *Tra legge e contratto*, cit., p. 28, n. Sul carattere "mediato" degli accostamenti tra il pensiero mainiano e gli orientamenti della scienza giuridica europea, L. Capogrossi Colognesi, *Sir Henry S. Maine e l'Antient Law*, in «Quaderni Fiorentini», XL (1981), pp. 83-147, in part. pp. 100 e 102; lo stesso Piccinini, anche richiamando gli studi di Icilio Vanni (in particolare, I. Vanni, *Gli Studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Verona 1892) ha poi chiarito che nello «orizzonte di Maine [...] il senso dei processi storici non presenta mai alcunché di *volksgeistlich*» (M. Piccinini, *Tra legge e contratto*, cit., p. 31, e pp. 32-33).

cultivation of legal and legislative expression, would arm the lawyer with new capacities for the task [...]»⁵⁷.

Sono argomenti, questi, che aprono alla *codificabilità* dello stesso *common law*. Secondo Maine, infatti, esistevano diversi modi di intendere la codificazione. Il primo significato del termine «codification» andava rintracciato nella “semplice” trasformazione del diritto non scritto in diritto scritto⁵⁸ e, in questa ristretta accezione, poteva affermarsi che anche il diritto inglese era stato interessato dalla *codification*. Lo stesso *common law*, quindi, poteva definirsi come un sistema di diritto in parte già posto in forma scritta, «...and it is also Codified Law, if the conversion of unwritten into written law is Codification». Con riferimento, poi, al *case law* poteva anche verificarsi un fenomeno di «tacit Codification», che si realizzava automaticamente rispetto ai *dicta* delle decisioni giudiziarie le quali, una volta espresse in formule giuridiche, «are only distinguishable in name from the texts of a Code»⁵⁹.

In altro e diverso senso, tuttavia, la codificazione implicava una trasformazione *qualitativa* del diritto non scritto «[...] into well Written law». In questa accezione, «English jurisprudence is certainly not Codified, for, whatever be its intrinsic merits, it is loosely and lengthily written, and its *Corpus Juris* is a Law Library»⁶⁰. Per sviluppare questa idea di *codification* – la quale, per Maine, «indicates one of the highest and worthies objects of human endeavour»⁶¹ –, occorre adoperare nuovi strumenti intellettuali, individuati, oltre che nell’implementazione della *legal education*⁶², anche nell’uso della terminologia legale del diritto romano, definita «the Short-hand of jurisprudence»⁶³. Il diritto romano e quello inglese, quindi, dovevano essere oggetto di studio congiunto

⁵⁷ H.S. Maine, *Roman Law*, cit., p. 365.

⁵⁸ Ivi, p. 362.

⁵⁹ Infatti, «Every time the result of a number of cases is expressed in a formula, and that formula becomes so stamped with authority — whether the authority of individual learning or of long-continued usage — the Courts grow disinclined to allow its terms to be revised on a mere appeal to the precedents upon which it originally rested, then, under such circumstances, there is, *pro tanto*, a Codification». Ivi, p. 368.

⁶⁰ Ivi, p. 362 per entrambe le citazioni.

⁶¹ Ivi, pp. 364-5.

⁶² E ciò in un un senso che non tralasciasse il riferimento al «great model» della giurisprudenza romanistica: «The uses of the Roman jurisprudence to the student of Legislative and Legal Expression are easily indicated. First, it serves him as a great model, not only because a rigorous consistency of usage pervades its whole texture, but because it shows, by the history of the Institutional Treatises, in what way an undergrowth of new technical language may be constantly reared to furnish the means of expression to new legal conceptions, and to supply the place of older technicalities as they fall into desuetude»; ivi, p. 349.

⁶³ Ivi, p. 366.

anche in vista di una futura “comparabilità” dei due sistemi, per Maine, sempre più *metodologicamente* affini:

It is not because our own jurisprudence and that of Rome were *once* alike that they ought to be studied together — it is because they *will be* alike. It is because all laws, however dissimilar in their infancy, tend to resemble each other in their maturity; and because we in England are slowly, and perhaps unconsciously or unwillingly, but still steadily and certainly accustoming ourselves to the same modes of legal thought and to the same conceptions of legal principle to which the Roman juriconsults had attained after centuries of accumulated experience and unwearyed cultivation⁶⁴.

In questo modo, l'elemento romanistico avrebbe contribuito ad innovare il diritto insulare rendendolo capace di misurarsi costruttivamente con la sfera legislativa anche nella prospettiva della produzione di un codice. Inoltre, proprio la valorizzazione delle capacità di composizione delle norme giuridiche avrebbe fatto del codice uno strumento astrattamente idoneo, se non a evitare del tutto la produzione di diritto giurisprudenziale, quantomeno a limitare l'estensione della «judicial legislation»⁶⁵. Rispetto ai pericoli di un superamento del dettato legislativo ad opera di materiali giuridici sorti in sede giudiziaria, alle imperfezioni di un codice di diritto inglese avrebbe supplito l'apporto romanistico, mediante «something of the peculiar tact which is extraordinarily developed in the Roman juriconsults»⁶⁶.

Il dibattito sulla codificazione portato avanti dalle successive generazioni di giuristi non mise da parte «il nodo romanistico» così come posto in evidenza

⁶⁴ Ivi, pp. 332-333.

⁶⁵ Al pari del diritto statutario, infatti, «A Code [...] narrows the office of the judicial expositor in proportion to the skill shown in penning it». Ivi, p. 367. Scriverà, commentando l'argomento, tradizionalmente opposto alla codificazione, della presunta «inherent tendency» del codice ad essere superato dalla massa dei commenti interpretativi: «The truth which lies at the bottom of these cavils is probably this – that no attainable skill applied to a Code can wholly prevent the extension of law by judicial interpretation»; *ibid.*

⁶⁶ Ivi, p. 368. Ciò che sarebbe avvenuto rispetto alla vicenda codificatoria dello Stato Nordamericano della Louisiana: «[...] the Code of Louisiana [...] is said to have been very little modified by cases, though the practitioners of American State have, as might be expected, no prejudice against them. That the surest preservative of all against over-reliance on adjudged precedents, and the best mitigation of imperfections in a Code of English Law, would be something of the peculiar tact which is extraordinarily developed in the Roman juriconsults». Ivi, pp. 367-368. Sul tema, M. Piccinini, *Tra legge e contratto*, cit., p. 23; sul giudizio di Maine sui codici della Louisiana anche P.G. Stein, *Judge and Jurist in the Civil Law: a Historical Interpretation*, in «Louisiana Law Review», Vol. 46 (2), 1985 pp. 241-257, in part. pp. 254-256; incentrato sulla figura di Edward Livingston, E. Smith, *Edward Livingston, and the Louisiana Codes*, in «Columbia Law Review», II (1902), pp. 23-46.

nelle riflessioni mainiane⁶⁷. Ma tra gli anni sessanta e settanta dell'Ottocento fu il riferimento all'esperienza codificatoria indiana – portata avanti dapprima dall'amministrazione coloniale della *East India Company* e, in seguito al 1858, direttamente dalla Corona inglese⁶⁸ –, ad offrire nuovi spunti sul tema della sistematizzazione del *common law*.

4. Il “precedente” indiano

Il “codice” costituì uno degli strumenti adoperati per il controllo e la gestione delle aree coloniali dell'India britannica e, quindi, come mezzo per l'attuazione delle tecniche di governo di quei territori e dei suoi abitanti poste in essere dall'amministrazione coloniale. La funzione assunta in India dai codici, come elementi della governamentalità coloniale, si inquadra nell'ambito del progressivo superamento di quel modello costituzionale, sperimentato in India sin dal tardo Settecento, basato sulla negoziazione del potere politico con le autorità religiose e patriarcali del paese e che imponeva, almeno in apparenza, il rispetto delle forme tradizionali di esercizio dell'autorità pubblica. Vi faceva da contraltare la crescente affermazione, da parte dello Stato coloniale, di una volontà di completo controllo delle aree soggette all'amministrazione inglese e la conseguente progressiva rivendicazione dell'impiego esclusivo della forza nella sfera del pubblico. Questi processi imponevano la definitiva sostituzione dei differenti complessi giuridici coesisten-

⁶⁷ M. Piccinini, *Tra legge e contratto*, cit., p. 25. Un esempio in F. Harrison, *The English School of Jurisprudence - Part. III*, in «Fortnightly Review», XXV (1879), pp. 114-130. Harrison, già *private pupil* di Maine, a partire dal riferimento al diritto romano, attribuiva il merito di una progressiva rivisitazione in chiave scientifica del diritto inglese a quella che definiva la *English School of Jurisprudence*, nella quale collocava giuristi di differente estrazione e formazione, tra i quali James Fitzjames Stephen (1829-1894), Henry Thring (1818-1907), William Markby (1829-1914) e Frederick Pollock (1845-1937). Nell'opera di Harrison, inoltre, i riferimenti alla storia di Roma si intersecano con la vicenda coloniale degli inglesi in India, creando interessanti intrecci discorsivi circa l'elaborazione di un codice del diritto inglese con alla base i codici anglo-indiani: «It is only now that we are beginning to see how completely the reconstruction of the English law into a working type in India suggests to us the necessity and the mode of doing similar work at home. And just as a time came when the Roman lawyers thought that they saw in the Jus Gentium, or law common to all nations, the real law of nature, so we may perceive signs of a time when the Indian codes may become, like the Praetorian Edict at Rome, the basis of an English Corpus Juris»; *ivi*, p. 126.

⁶⁸ Ciò, come è noto, a seguito dell'emanazione della legge conosciuta come *Act for the Better Government of India* del 1858 mediante la quale il governo indiano fu trasferito direttamente alla Corona inglese. Sul punto, sia consentito rinviare a G. Abbate, *Un dispotismo illuminato e paterno. Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)*, Milano 2015, pp. 234 ss.

ti nei medesimi territori, frutto di una lunga stratificazione normativa che in qualche modo rifletteva il carattere eterogeneo della società indiana, con un sistema giuridico di facile amministrazione da parte del personale coloniale⁶⁹.

Uno dei più originali prodotti della legislazione coloniale fu costituito proprio dall'*Indian Penal Code*, il quale venne predisposto negli anni trenta dell'Ottocento ad opera della prima *Indian Law Commission* presieduta da Thomas Babington Macaulay (1800-1859) e presentato, in una versione preliminare, nel 1837. Il codice, concepito come il "fulcro" del sistema penale coloniale, pretendeva di essere completo e di ricomprendere tutto ciò che era *diritto*. Di converso, negava il ricorso alle fonti ad esso esterne e all'analogia, anche nei casi di lacune normative⁷⁰. Ne derivava che i giudici coloniali non avrebbero potuto risolvere discrezionalmente dubbi interpretativi sorti relativamente alle clausole del codice così esercitando un potere che, secondo Macaulay, «[...] amounts to the power of making the law»⁷¹. Per raggiungere un sufficiente grado di completezza e assicurare la costante e uniforme interpretazione del dettato legislativo, Macaulay proponeva di introdurre nel codice una raccolta di *decided cases*, attinti non dalla pratica delle corti di giustizia ma predisposti in

⁶⁹ D. Heath, *Colonial Terror. Torture and State Violence in Colonial India*, Oxford, Oxford University Press, 2021; M. Meriggi, *Costituzioni antiche e narrazioni orientaliste. Dal Sette all'Ottocento*, in «Storica», XLIII-XLV (2009), pp. 209-255; N. Thomas, *Colonialism's Culture. Anthropology, Travel and Government*, Princeton 1994; R.J.K. Young, *Introduzione al postcolonialismo*, Roma 2005; S. Mezzadra, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona 2008. Sull'elaborazione del concetto di "civiltà" come paradigma legittimante l'espansione coloniale si veda G.W. Gong, *The standard of "Civilization" in International Society*, Oxford 1984; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2001; A. Mazzacane (cur.), *Oltremare. Diritto e istituzioni dal colonialismo all'età postcoloniale*, Napoli 2006; L. Nuzzo, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main 2012. Per quanto riguarda l'India Britannica si veda R. Guha, *Dominance without Hegemony. History and Power in Colonial India*, Cambridge (Massachusetts)-London 1997. Sul punto sia consentito rinviare anche a G. Abbate, *Un dispotismo illuminato e paterno*, cit.

⁷⁰ K.J.M. Smith, *Macaulay's "Utilitarian" Indian Penal Code: An Illustration of the Accidental Function of Time, Place and Personalities in Law Making*, in W.M. Gordon-T.D. Fergus (curr.), *Legal History in the making. Proceedings of the ninth British legal History conference, Glasgow 1989*, London 1991, p. 146. Sulle riforme del sistema legislativo dal 1834 al 1861, si veda anche S.V. Desika Char, *Centralized legislation. A History of the Legislative system of British India from 1834 to 1861*, Delhi, 1963.

⁷¹ Secondo Macaulay, «The power of construing the law in cases in which there is any real reason to doubt what the law is amounts to the power of making the law». *A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners and published by command of the Governor-General of India in Council*, in PP, 1837-38, XLI, N. 673, p. 8. Chiaro è qui il riferimento all'idea di Bentham secondo cui «Whatever is not in the code of laws, ought not to be law», espressa in J. Bentham, *A General View Of a Complete Code of Law*, cit., p 205.

astratto e in via preventiva dai codificatori. I *cases* sarebbero stati inseriti sotto forma di clausole interpretative, definite *illustrations*, che avrebbero funzionato come “esempi” di applicazione pratica delle fattispecie codicistiche. Sebbene prive del rango di “fonte” del diritto, queste clausole avrebbero mostrato il funzionamento del codice in astratto, offrendo una rappresentazione del diritto penale «in full action»⁷². In altre parole, le *illustrations* «[...] are merely instances of the practical application of the written law to the affairs of mankind»⁷³. In questo modo, nelle intenzioni dei codificatori indiani, il codice avrebbe costituito, ad un tempo, uno *statute book* e una raccolta di *decided cases*, venendo così a rappresentare un corpo di leggi *completo* e autosufficiente, capace in ogni caso di assicurare la conservazione dell’originaria portata dispositiva delle norme di cui si componeva⁷⁴.

Dal punto di vista contenutistico, la bozza del 1837 venne presentata come il frutto originale del lavoro dei codificatori: sebbene fosse stato comparato con i «most celebrated systems of Western jurisprudence»⁷⁵, il codice coloniale prescindeva dai sistemi di diritto penale esistenti, sia in India che in Inghilterra. In anni successivi alla promulgazione del codice penale (avvenuta mediante l’*Act XLV of 1860*), l’amministrazione coloniale proseguì, attraverso la nomina di successive *Law Commissions*, nella direzione di produrre “sistemi” di diritto legislativo disciplinanti singole materie, presentati come corpi normativi tendenzialmente completi. Questo genere di produzione legislativa, indicato con l’espressione «partial codes», venne preso in considerazione anche nell’ambito del dibattito inglese tardo ottocentesco sulla codificazione come una misura alternativa a un più complesso progetto codificatorio di ispirazione benthamiana⁷⁶.

Offre un esempio di questo “modello” il progetto dell’*Indian Succession Act* del 1863 – che la *Indian Law Commissions*, presieduta in quegli anni da Henry

⁷² *A Copy of the Penal Code prepared by the Indian Commissioners and published by command of the Governor-General of India in Council*, in PP, 1837-38, XLI, N. 673, pp. 7-8.

⁷³ Ivi, p. 8.

⁷⁴ Ivi, pp. 7-8.

⁷⁵ *Introductory Report upon the Indian Penal Code*, in *The complete Works of Lord Macaulay. Speeches, Poems, & Miscellaneous Writings*, Vol. I, London 1898, p. 12. Con riferimento al carattere innovativo della bozza rimando a E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, Oxford 1959.; W.C. Chan-B. Wright-S.Yeo (curr.), *Codification, Macaulay and the Indian Penal Code: the legacies and modern challenges of criminal law reform*, Farnham (Surrey)- Burlington (VT) 2011 e, in particolare, B. Wright, *Macaulay’s Indian Penal Code: Historical Context and Originating Principles*, in Ivi, pp. 19-55.

⁷⁶ Un esempio in G.S. Bower, *Codification of English Law. A Retrospect and a Prospect*, in «The Westminster Review», LXV (1884), pp. 450-495, in part. p. 492.

Sumner Maine, definiva «Code»⁷⁷ – applicabile ai sudditi indiani non appartenenti alla religione indù o musulmana e riguardante la materia successoria («inheritance and succession»)⁷⁸. Il sistema di diritto civile elaborato dalla commissione si presentava come un insieme di regole giuridiche, disciplinante l'intero settore successorio, preparato attraverso un metodo sistematico di collocazione delle norme e accompagnato da *illustrations*. Ma il significato attribuito a queste clausole non era più confinato a mero elemento interpretativo, essendo queste divenute, accanto alle «enacting clauses» e alle «definitions», una parte propriamente normativa, ossia «[...] the law itself showing by examples what it is». In questo modo, anche le *illustrations*, al pari dei *decided cases*, acquisivano una forza in qualche modo “creativa”, così che «As, however, much law has been made by judicial decisions, which determine questions respecting the applications of written rules of law, so law may without impropriety be said to be made by the illustrations, in the numerous cases in which they determine points about which, without their guidance, there would be room from difference of opinion even among learned and able judges»⁷⁹. Secondo il legislatore coloniale, così come le decisioni giudiziali specificavano di volta in volta i confini applicativi delle regole giuridiche, così le *illustrations* facilitavano l'interpretazione del diritto codicistico contribuendo, in via preventiva e generale, a precisare il dettato normativo: «[...] illustrations, while they make the definitions and rules more easy to be understood, also serve to render them more precise». In ciò andava ricercata la principale differenza rispetto al modello giurisprudenziale casistico, dato che gli esempi di soluzione di un caso contenuti nelle *illustrations* «[...] are not made by judges in trying causes but by the legislature itself in enacting the law»; pertanto, «[...] though [illustrations] are an important part of the law, settling points which without them would have been left to be determined by the judges, yet they are strictly confined to the function of guiding the judges in the future decisions, and of explaining in

⁷⁷ La parola codice riferita a questi prodotti è da intendersi, secondo A. Gambaro, *Codici e diritto giurisprudenziale*, cit., «in senso molto lasso, ossia come mera “guideline” destinata a giudici non troppo periti nel maneggiare il diritto giurisprudenziale, come accade quando si designano come codici i Civil codes in vigore in California, Idaho, Montana, nei Dakotas ed in Georgia, oppure ci si riferisce ai codici angoindiani. Codici che *ab initio* erano destinati ad essere sommersi e trascinati dalla corrente del diritto giurisprudenziale», ivi pp. 512-513.

⁷⁸ Cfr. C.P. Ilbert, *Indian Codification*, in «The Law Quarterly Review», V (1889) 20, 347-369, in part. pp. 349-350.

⁷⁹ *First report of Her Majesty's commissioners appointed to prepare a body of substantive law for India, &c.*, in PP, 1864, XVI, N. 3312, p. 8.

what manner the definitions and rules to which they are annexed are to be interpreted and applied»⁸⁰.

Con l'entrata in vigore dell'*Indian Succession Act*, ai giudici sarebbe stato vietato ricorrere, in un'ottica di eterointegrazione, a fonti normative esterne ovvero all'analogia⁸¹. Inoltre, per evitare che le interpretazioni giudiziali si sovrapponevano alle clausole legislative e assicurare l'evoluzione del diritto rispetto alle nuove circostanze, la *Law Commission* proponeva di istituire un meccanismo di continua revisione del «Code» contemplante la risoluzione delle questioni interpretative sorte in sede di applicazione della legge⁸². In questo modo, ciascuna nuova edizione del «Code» avrebbe incorporato, sotto forma di definizioni, regole e illustrazioni, le modifiche normative proposte durante il periodo di vigenza dell'edizione immediatamente precedente e avrebbe ricompreso tutte le nuove regole giuridiche imposte «by the rise of new interests and new circumstances in the progress of society»⁸³. L'*Indian Succession Act* venne promulgato nel 1865 (*Act X of 1865*). Negli anni immediatamente successivi, la *Indian Law Commission* presentò altri sei *reports* contenenti proposte di legge relative alla materia civile, al diritto societario e al diritto processuale le quali, tuttavia, incontrarono più di un ostacolo alla loro approvazione⁸⁴. Tra il 1871 e il 1872, grazie al *Law Member* del consiglio vicereale James Fitzjames Stephen (1829-1894), la legislazione indiana subì una forte accelerazione con l'emanazione del *Contract Act* (*Act IX of 1872*), dell'*Indian Evidence Act* (*Act I of 1872*)⁸⁵ e di una nuova versione del codice di procedura penale (*Act X of 1872*), tutti facenti uso di *illustrations*.

5. Idee per una riforma

Ancora negli anni sessanta dell'Ottocento, l'idea che il *common law* potesse essere “trasferito” in un digesto senza essere codificato continuava a costituire uno degli elementi del dibattito sulla codificazione⁸⁶. Questa idea venne sugge-

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Nell'interpretazione dei casi dubbi, non sarebbe stato ammissibile alcun ricorso ad ogni altro sistema di diritto «allo scopo di risolvere autoritativamente un'ambiguità ovvero supplire a un'omissione». Traduzione mia. Ivi, p. 9

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Questo periodo fu caratterizzato da una prolungata inattività legislativa e tale tendenza terminò solo nei primi anni di attività di James Fitzjames Stephen come *Law member* del Consiglio Vicereale. Si veda in proposito C.P. Ilbert, *Indian Codification*, cit., pp. 349-350.

⁸⁵ L'*Act* si trova in W. Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, Vol. II, Oxford 1888, pp. 842-936.

⁸⁶ Cfr. M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920*, cit.

rita, ad esempio, da Sir James Wilde in un discorso tenuto a York nel settembre 1864 in occasione del congresso della *Social Science Association*⁸⁷. Nel suo intervento Wilde, che al tempo era *Judge of the Court of Probate and Divorce*, pose l'accento, anzitutto, su quelle che, a suo avviso, erano le caratteristiche desiderabili per il sistema giuridico inglese. Ovvero: che il diritto fosse intrinsecamente ragionevole, oltre che accessibile e comprensibile. Fatta questa premessa, la "situazione" inglese era, secondo Wilde, difettiva sotto tutti i segnalati profili. Continuavano, infatti, a spiegare effetti, specie in sede di giudizio, molte delle vetuste e mal arrangiate «doctrines of substantive law». In generale, il diritto era espresso in forme incerte risultando, così, largamente inaccessibile⁸⁸. Secondo Wilde, quindi, il complesso del diritto insulare, a partire dal sistema di *common law*, doveva essere riunito e sintetizzato, «for the practical use of mankind». I principi di diritto consuetudinario, descritti come i *soli* in grado di orientare le decisioni delle corti di giustizia, dovevano essere rintracciati, raggruppati e posti in una forma scritta estraendo «succinct propositions of law» dai casi decisi. Questi principi sarebbero stati arrangiati secondo semplici criteri sistematici (ovvero, «subordinated in their several relations, and contrasted in their differences»), similmente a quanto era stato fatto attraverso raccolte "private", così che ciascuna «abstract proposition» tratta dal *common law* sarebbe emersa chiaramente, e in forma scritta, venendosi a trovare fianco a fianco con altre di identica natura⁸⁹. Occorreva, infine, l'ulteriore passaggio dell'approvazione parlamentare affinché fosse conferita autorità legislativa ai principi di diritto così individuati⁹⁰.

Il risultato della riforma immaginata da Wilde consisteva in un *digesto* del diritto vigente e non in un codice, cosa che il giurista non mancava di sottolineare. Secondo Wilde, infatti, per aversi un *code of law* nel senso tecnico del termine sarebbe stato necessario procedere a un completo esame delle fonti del diritto e, successivamente, a una modifica sostanziale degli esistenti complessi normativi. Questa modifica, specificava Wilde, avrebbe dovuto compiersi all'atto del riarrangiamento delle varie materie all'interno del testo legislativo. Inoltre, sarebbe stato necessario provvedere alla emanazione del *nuovo* diritto mediante la promulgazione di un unico "atto". Lo strumento immaginato da Wilde, invece, difettava del carattere dell'originalità, avendo il limitato

⁸⁷ Art VIII, "The Times", Saturday, September 24th, 1864: Address of the Right Honourable Sir J.P. Wilde, Chairman of the Jurisprudence Department of the National Association for the Promotion of Social Science, delivered September 23rd, 1864, in «The Quarterly Review», CXVI (1864), n. 232, pp. 519-527.

⁸⁸ Ivi, p. 519.

⁸⁹ Per tutte le citazioni, ivi, p. 520.

⁹⁰ Ivi, p. 521.

scopo di selezionare, riunire e sintetizzare validi principi consuetudinari sparsi in una moltitudine di provvedimenti giudiziari. Questi principi sarebbero stati, conseguentemente, espressi in forma scritta avente forza di legge, senza tuttavia incidere sull'autorità dei *decided cases*⁹¹. Era infatti necessario, secondo Wilde, preservare il metodo di *legal reasoning* basato sul *case law* da preferirsi, in ogni caso, alla codificazione di stampo continentale⁹².

Vaughn Hawkins, invece, descriveva il codice come uno strumento potenzialmente adatto alla formulazione di regole e principi di diritto. Ciò che per il giurista distingueva il codice dal digesto era il procedimento di «re-expression of the law», indispensabile alla codificazione. Questo procedimento, infatti, era più incisivo rispetto alla sola “selezione” delle norme giuridiche esistenti da racchiudere, successivamente, in formule linguistiche, essendo invece finalizzato a inserire in un testo legislativo regole, esempi di regole e argomentazioni di regole (ovvero, ciò che per il giurista rappresentava lo standard della “completezza” del codice), sanzionate con autorità di legge⁹³. Da questa prospettiva, il digesto contemplava due soli passaggi, ovvero «expurgation» e «arrangement» del diritto esistente. Si trattava, quindi, di uno strumento finalizzato a riprodurre il complesso normativo vigente, da ridurre alla minore estensione possibile e arrangiare razionalmente, ma senza alcuna «composition» diversa rispetto alla semplice divisione in titoli e indice. Il codice, invece, imponeva l'ulteriore passaggio della «re-expression», intesa quale ri-emanazione del materiale giuridico contenuto nel digesto in un testo di legge mediante un valido metodo compositivo. Secondo il giurista, infatti, per dare luogo a un sistema completo, il diritto esistente avrebbe dovuto essere espresso nella tripla forma di regole (ovvero, «rules of law», che a loro volta includevano spiegazioni, definizioni, eccezioni e qualificazioni delle regole stesse), esempi di regole («examples» o «illustrations of rules», ossia definizioni di casi ricadenti nell'ambito delle regole), e argomentazioni delle regole (ovvero, «reasons or grounds of rules»⁹⁴). In questo modo il codice, più che un mero contenitore di norme giuridiche, immobile e privo di contestualizzazione, avrebbe costituito un sistema “dinamico” e, conseguentemente, un efficace strumento di regolamentazione dei rapporti giuridici in evoluzione grazie, soprattutto, all'elemento contestualizzante degli «examples» o «illustrations of rules»; ciò

⁹¹ Ivi, p. 522.

⁹² M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920*, cit., p. 569.

⁹³ Queste idee, presentate presso la *Juridical Society* il 23 gennaio 1865, riprendono il tema riproposto all'attenzione pubblica dal discorso di *Lord Chancellor Westbury* del 1863 dinanzi la *House of Lords*. F. Vaughn Hawkins, *Digest and Codes, with reference to Law Reform*, in *Papers Read Before the Juridical Society, 1863-1870*, Vol. III, London 1871, pp. 110-128.

⁹⁴ Ivi, pp. 111-112.

anche perché, per il giurista, «[...] the really valuable part of case law ought in a code to be condensed and collected»⁹⁵.

Un significativo apporto al dibattito ottocentesco sulla codificazione venne offerto dal nascente ceto dei giuristi “accademici”, molti dei quali appartenenti alla *School of Law and Modern History*, istituita ad Oxford nel 1850 e trasformata, nel 1872, nella *Oxford School of Jurisprudence*⁹⁶. In particolare, negli anni sessanta dell'Ottocento fu Thomas Erskine Holland (1835-1926) a promuovere, dalle pagine della “Edinburgh Review”, il ricorso a forme “scientifiche” di legislazione⁹⁷. In un saggio dal titolo *Codification* (1867), Holland proponeva di riorganizzare l'intero complesso normativo insulare attraverso un «connected system», a partire dal quale sarebbero stati predisposti codici di *common* e *statute law*. Questi, nella proposta del giurista, sarebbero stati poi riuniti in un unico codice, composto mediante criteri logici di sistemazione delle materie, che avrebbe sostituito definitivamente i sistemi di diritto vigente. Per la redazione del codice di *common law*, in particolare, sarebbe stato necessario rintracciare i principi di diritto all'interno dei *reports of decided cases* e dei *books of authority*; i *cases* sarebbero stati ridotti al loro “risultato netto” asserito in maniera assiomatica⁹⁸ ed espressi, come chiari nell'opera del 1870 *Essays upon the form of the Law*, «in the ipsissima verba of the judges»⁹⁹.

Sheldon Amos (1835-1886), professore di *Jurisprudence* presso l'*University College* di Londra, indicava, invece, nella sistematica conoscenza del diritto e della «general jurisprudence» uno dei requisiti necessari per realizzare la *codifi-*

⁹⁵ Per spiegare il funzionamento e il valore delle *illustration*, il giurista citava l'esempio della *Indian Law Commission* soffermandosi sulla questione della “forza” di tali clausole: «there has been some discussion, in reference to the Indian Codes, whether the examples should have the force of law, but I conceive there can be no doubt that they should: they are in reality only an unfolding of what is contained in the rule itself, the minor premiss and conclusion of the syllogism of which the rule is the major»; *ivi*, p. 112.

⁹⁶ Su questi temi, D. Freda, *Stare Decisis?*, cit.; sul contributo di Holland, Amos, Pollock e Stephen al dibattito sulla codificazione, sia consentito rinviare anche a G. Abbate, *Un dispotismo illuminato e paterno*, cit., pp. 263-309.

⁹⁷ Il saggio *Codification* apparso, nel 1867, sulla *Edinburgh Review* venne successivamente inserito, insieme ad altri contributi dello stesso autore, in T.E. Holland, *Essays upon the form of the Law*, London 1870.

⁹⁸ E ciò perché «Consolidation and codification are inapplicable to common law as embodied in concrete cases, which must therefore be reduced to their net result stated axiomatically before they can be subjected to these processes»; *ivi*, p. 62.

⁹⁹ Inoltre, «To establish the application of principles to complicated facts, résumés of cases must be given, which would resemble the “illustration” of the Indian Law Commissioners». *Ivi*, p. 71, per entrambe le citazioni.

*cation*¹⁰⁰. Quest'ultima era intesa da Amos come un processo finalizzato a produrre un compendio di tutto il diritto esistente, avente carattere autoritativo e sistematico, suscettibile di essere aggiornato e integrato da parte del legislatore mediante nuovi materiali giuridici¹⁰¹. La proposta codificatoria di Amos¹⁰² si uniformava, in una certa misura, ai progetti riformistici della più ortodossa tradizione benthamiana¹⁰³ dando forma progettuale, anzitutto, al requisito della completezza materiale del codice. Trattandosi di una «Codification of the whole body of Law at once», il processo codificatorio avrebbe riguardato l'intera estensione del diritto inglese, compreso il diritto costituzionale, oggetto di revisione legislativa «at once and on a single uniform plan». Inoltre, il codice, essendo *all comprehensive*, avrebbe conferito uniformità e coerenza al sistema rappresentando un esperimento legislativo senza precedenti fondato su metodi scientifici di composizione e sistematizzazione delle regole giuridiche¹⁰⁴.

Nell'opera di Frederick Pollock (1845-1937) *A Digest of the Law of Partnership* (1878)¹⁰⁵, poi, veniva espressamente indicata, quale esempio di sperimentazione delle “moderne” teorie sulla legislazione, la vicenda codificatoria indiana. Anzi, i prodotti della legislazione coloniale, a partire dal codice penale indiano, venivano in quest'opera rappresentati come un modello di *code-legislation* adatto alla sistematizzazione del *common law*. Infatti, grazie al metodo

¹⁰⁰ S. Amos, *Codification in England and the State of New York*, London 1867, p. 15: «The three main requisites demanded in those who would codify the English law are (1.) a masterly faculty of accurately comprehending the true drift of all the materials to be used; (2.) a profoundly scientific knowledge of general jurisprudence; and (3.) a capacity for definite, terse, unambiguous and comprehensive expression».

¹⁰¹ Ivi, p. 9.

¹⁰² Contenuta nell'opera S. Amos, *An English Code. Its difficulties and the modes of overcoming them. A practical application of the science of jurisprudence*, London 1873.

¹⁰³ In questo senso M. Piccinini, *Tra legge e contratto*, cit., p. 26.

¹⁰⁴ «It was not attempted in Rome; and it was not attempted in France; nor in any of the countries which have copied the French Code; nor in Prussia; nor in New York; nor in India». S. Amos, *An English Code*, cit., p. 32.

¹⁰⁵ F. Pollock, *A Digest of the Law of Partnership*, St. Louis 1878. Come è noto, lo sviluppo di una letteratura giuridica, finalizzata a realizzare un “prodotto” che riuscisse in qualche misura a migliorare, anche senza innovatività, la forma di espressione del *common law* è testimoniato dalla pubblicazione di lavori come quelli di Albert Venn Dicey (1835-1922) quali *Rules for the Selection of the Parties to an Action* (1870), *Law of Domicile as a Branch of the Law of England stated in the Form of Rules* (1879), *Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws* (1896), o come quelli di George Spencer Bower (1854-1928) *Code of Actionable Defamation with a Continuous Commentary* (1908) e *Law of Actionable Misrepresentation Stated in the Form of a Code, followed by a Commentary* (1911), realizzati nella forma di “codice” o “digesto”; cfr. A. Braun, *The English codification debate*, cit., p. 204.

compositivo caratteristico della legislazione coloniale – ovvero «The method of stating the law in general propositions accompanied by specific illustrations» – sarebbe stato possibile combinare in un'unica fonte «the good points of statute-law and case-law, such as they have hitherto been, while avoiding almost all their respective drawbacks». In questo modo, coniugando la legislazione con l'elemento casistico del *common law*, da inserire nel corpo del codice sotto forma di *illustrations* aventi carattere autoritativo, sarebbe stata assicurata la costante interpretazione delle clausole codicistiche e, di conseguenza, un sufficiente standard di chiarezza espositiva e di certezza. L'esempio coloniale rendeva manifesta, agli occhi di Pollock, la necessità di esprimere in chiave sistematica il diritto inglese, al fine di renderlo «[...], as good in form as they now are in substance, and as conspicuous an example of order and clearness as they now are of the contrary¹⁰⁶».

Cercando in qualche modo di conciliare il codice con i “risultati” dell'attività giurisprudenziale – attribuendosi, in definitiva, al diritto casistico il merito dello sviluppo di un sistema «full and detailed»¹⁰⁷ – era soprattutto il ricorso alla tecnica delle *illustrations* ad attrarre l'attenzione dei giuristi inglesi favorevoli alla codificazione, e ciò sin dagli anni della pubblicazione della bozza dell'*Indian Penal Code*. Guidando il giudice, mediante esempi posti *a priori*, nell'interpretazione delle clausole codicistiche, questo *Code* consentiva l'applicazione del diritto penale senza alcun riferimento a elementi “esterni”, rendendolo autosufficiente. Da questa prospettiva, il metodo adoperato per la redazione del codice penale indiano veniva a costituire il *giusto* metodo codificatorio, oggetto di sperimentazione, per la prima volta nella storia, proprio nell'India britannica («*this would be to construct a code*»)¹⁰⁸. In questo modo, fornendo tracce interpretative di carattere autoritativo, si riusciva ad assicurare un sufficiente grado di completezza, evitando l'accumulo di materiale giurisprudenziale legato all'attività ermeneutica e di applicazione del diritto in sede di giudizio. Obiettivo, questo, non raggiunto nemmeno dai «Code Annotés» francesi, stante il difetto di vincolatività delle fonti extralegislative¹⁰⁹.

¹⁰⁶ F. Pollock, *A Digest of the Law of Partnership*, cit., pp. v e xvi.

¹⁰⁷ Ivi, pp. v-vi.

¹⁰⁸ J.S. Mill, *Penal Code for India*, in J.M. Robson-M. Moir-Z. Moir (curr.), *The Collected Works of John Stuart Mill, XXX - Writings on India*, Toronto-London 1990, pp. 18-30, in part. p. 19.

¹⁰⁹ F. Pollock, *A Digest of the Law of Partnership*, cit., pp. vi-vii.

6. «*The province of judicial legislation*»

Agli inizi degli anni settanta dell'Ottocento il richiamo alle sperimentazioni normative coloniali divenne un passaggio fondamentale delle analisi dedicate al tema della codificazione, il quale iniziò ad essere affrontato anche dalla stampa quotidiana e periodica¹¹⁰. Non a caso, tra i protagonisti del dibattito sulla codificazione nella seconda metà dell'Ottocento figura il *Law member* del Consiglio vicereale indiano James Fitzjames Stephen¹¹¹. L'interesse di Stephen per la riforma del sistema giuridico inglese riguardò, principalmente, la sfera del penale e, in particolare, la disciplina della fattispecie di *murder*. Sin dal biennio 1864-1866 Stephen si espresse per l'adozione, in via legislativa, di una definizione del reato di omicidio intenzionale conforme alla definizione adottata dall'*Indian Penal Code*: la legislazione coloniale, valorizzando gli elementi della intenzionalità e della premeditazione nella configurazione delle fattispecie criminali, distingueva tra *murder*, punito con la sanzione capitale, e *involuntary culpable homicide*, punito con la detenzione¹¹². Stephen, inoltre, fu autore in madrepatria di una proposta di legge, denominata *Homicide Law Amendment Bill*, presentata presso la *House of Commons* nel 1874, con la quale, conformemente alla scelta indiana, si proponeva l'abolizione della regola del *felony-murder* comportante, come è noto, l'estensione della fattispecie di *murder* anche alle morti accidentali connesse alla commissione di un *felony*¹¹³. Queste proposte legislative non furono accolte. Nel biennio 1876-1877 Stephen pubblicò due opere destinate, entrambe, a produrre rilevanti risultati pratici nella prospettiva della riforma del sistema giuridico inglese, ovvero *A Digest of the Law of Evidence* (1876)¹¹⁴ e *A Digest of the Criminal Law* (1877)¹¹⁵. Con questi testi Stephen si proponeva di dimostrare la possibilità di elaborare “modelli” di esposizione di

¹¹⁰ *Law Reform*, in «The Times», Thursday, January 2, 1873, p. 5.

¹¹¹ Ricoprì tale incarico dal 1869 al 1872.

¹¹² E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, cit., p. 231. B. Wright, *Macaulay's Indian Penal Code*, pp. 22-23.

¹¹³ Ciò in applicazione della dottrina della *malice in fact*, elaborata in seno alla giurisprudenza a partire dalla definizione statutaria del reato di *murder* come l'omicidio commesso con dolo deliberato, ovvero con *malice aforethought*. Il dibattito è documentato in *The Law of Homicide and of Capital Punishment. A debate in the English Parliament, June 12, 1877. Reprinted for the "Howard Association" by Cornelius Buck, from "Hansard's Parliamentary Debates"*, London 1877, pp. 11-12.

¹¹⁴ J.F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, London 1876, preparato sulla base del modello dell'*Indian Evidence Act* del 1872.

¹¹⁵ J.F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, London 1877 London.

principi e regole giuridiche diversi dai tipici *legal treaties*, in funzione preparatoria alla rivisitazione delle fonti del diritto inglese¹¹⁶.

Sebbene esprimesse una nozione di *codification* che prescindeva dall'analisi "scientifica" del sistema giuridico¹¹⁷, l'idea di codice offerta da Stephen implicava, comunque, la riespressione e la sistematizzazione di principi e regole del *common law*. Ciò di cui, per Stephen, non doveva occuparsi la codificazione era, invece, la ricerca di principi razionali e universali sui quali rifondare il sistema giuridico. Al contrario, per Stephen, la codificazione «[...] means merely the reduction of the existing law to an orderly written system, freed from the needless technicalities, obscurities, and other defects which the experience of its administration has disclosed»¹¹⁸; in altre parole, «[...] when fully understood, means only its reduction to an explicit systematic shape, and the removal of the technicalities and other defects by which it is disfigured»¹¹⁹.

Questa idea di codice era elaborata da Stephen a partire dal presupposto della tendenziale completezza del sistema giuridico. Tale situazione di completezza derivava dall'essere il *common law*, specie in materia penale, un prodotto della storia e dell'esperienza capace di creare una sorta di codice di diritto non scritto il quale, in ogni caso, necessitava di una traduzione in un codice "formale"¹²⁰. Quest'ultimo, una volta emanato, avrebbe rappresentato «[...] nothing less than the deliberate measured judgment of the English nation on the definition of crimes and on the punishments to be awarded in respect of them, that judgment representing the accumulated experience of between six and seven centuries at least»¹²¹.

Era stata l'esperienza coloniale indiana ad avere mostrato a Stephen «[...] pretty clearly what in practice is meant by codification» e a convincerlo della opportunità di una riforma in senso codificatorio¹²². In anni antecedenti

¹¹⁶ Ivi p. viii.

¹¹⁷ M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920*, cit., p. 577.

¹¹⁸ J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, cit., p. 350.

¹¹⁹ Ivi, p. 347.

¹²⁰ V. Saucedo, *Conspiracy. A Conceptual Genealogy (Thirteenth to Early Eighteenth Century)*, Madrid 2017, p. 35.

¹²¹ J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, cit., p. 366.

¹²² J.F. Stephen, *Codification in India and England. Opening Address of the Session 1872-3 of the Law Amendment Society*, in «Law Magazine and Review; for Both Branches of the Legal Profession at Home and Abroad», IV serie, (1872), pp. 963-979 e in «Fortnightly Review» (1872), 12, pp. 644-671, p. 660, da cui sono tratte le citazioni delle pagine seguenti. Sul punto e, in generale, sul coinvolgimento di Stephen nei tentativi inglesi di codificazione del diritto nel tardo Ottocento, L. Radzinowicz, *Sir James Fitzjames Stephen (1829-1894) and his Contribution to the Development of Criminal Law*, London 1957, p. 19.

l'inizio dell'esperienza legislativa coloniale, invece, il tema dei difetti del sistema giuridico inglese, pur presente nelle riflessioni di Stephen, era affrontato dal giurista mediante un approccio per certi versi originale ma che aveva poco a che fare con una soluzione di tipo codificatorio. A venire in rilievo era, principalmente, la determinazione dei "campi" di operatività di due differenti "legislazioni", quella parlamentare e quella giudiziale¹²³. Quest'ultima, che per Stephen operava mediante la *fiction* della teoria "dichiarativa", era legittima in quanto legislazione indiretta, sempre a patto che non venisse invaso «the province of parliamentary legislation». Rispetto al diritto penale, oltre ai centri di produzione parlamentare e giudiziario, aveva rilievo l'ulteriore elemento dell'antico *common law*, definito da Stephen «[...] a crude and meagre theory»¹²⁴. Era la combinazione di questi tre elementi ad avere creato una sorta di "codice" informale e ideale, nato dalla storia e frutto dell'esperienza maturata nell'amministrazione della giustizia; un codice che, sebbene adatto alle esigenze del paese, recava non pochi difetti, trovandosi «[...] destitute of arrangement, deformed by strange technicalities, and mixed up with a heterogeneous mass of foreign matter»¹²⁵. In ogni caso, era grazie all'azione dei giuristi se il complesso del diritto casistico, espressivo dell'esperienza maturata nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, si era trovato a costituire un immenso deposito di principi, così contribuendo alla completezza del sistema giuridico¹²⁶.

Fino agli inizi degli anni settanta, non era molto lo spazio dedicato da Stephen al tema della codificazione. Al contrario, rispetto a questi argomenti il giurista dichiarava di avere un'idea conforme a quella degli «opponents of codification», ritenendo che il diritto penale vigente, così come risultante da quell'insieme di riforme conosciuto come *Consolidation Acts* del 1861 (definito da Stephen, anche in anni successivi, «the nearest approach that exist in English law to a penal code»¹²⁷), fosse idoneo ad assicurare il funzionamento pratico del sistema, tanto da formare «a criminal code complete enough, as far as their extent goes, for most practical purpose»¹²⁸. Oltre a ciò, in questi anni Stephen si dichiarava anche contrario alla modifica per via legislativa di alcune porzioni del diritto penale, con particolare riguardo alla definizione del reato

¹²³ J.F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England*, London-Cambridge 1863, p. 337. Sull'influenza esercitata su Stephen da John Stuart Mill e, in particolare, dall'opera *A System of Logic* (1843), K.J.M. Smith, *James Fitzjames Stephen. Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge 1988, pp. 45-46.

¹²⁴ J.F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England*, p. 329.

¹²⁵ Ivi, pp. 328-329.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ J.F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, p. xv.

¹²⁸ J.F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England*, cit., p. 150.

di *treason* («[...] because symmetry in a definition is a matter of little importance where the law is so seldom acted upon») e, in generale, delle fattispecie dei *common law misdemeanors* («because it is their essence to be indefinite»¹²⁹). Ciò nonostante, avvertiva la necessità di procedere a una significativa riorganizzazione del sistema penale, finalizzata a rendere «the shape of the criminal law [...] quite as symmetrical and easy of comprehension as that of the French *Code Penal*, whilst its substance would, I think, be more reasonable»¹³⁰.

7. Il codice “incompleto”

Rispetto all’opera di Stephen, un mutamento di prospettive in direzione della produzione di un codice penale lo si rinviene nell’opera del 1877 *A Digest of the Criminal Law*, destinata ad avviare una nuova fase del dibattito inglese sulla codificazione. Nel corso dell’anno 1878 Stephen ricevette, infatti, l’incarico di preparare due proposte di legge contenenti, rispettivamente, la bozza di un codice penale, basata su *A Digest of the Criminal Law*, e la bozza di un codice di procedura penale. Il primo *Bill*, elaborato da Stephen nel corso dello stesso anno, venne presentato in Parlamento nel maggio 1878 e, successivamente, fu sottoposto all’esame della *Criminal Code Bill Commission*¹³¹. L’idea di codificazione condivisa dai membri della *Commission* si conformava, in qualche misura, a un’opzione di riforma legislativa diversa dalla produzione di un sistema giuridico *necessariamente* completo ed esauriente¹³². Al contrario, il «Code» era presentato come un sistema “aperto” che avrebbe preservato le qualità

¹²⁹ Ivi, p. 151.

¹³⁰ Ivi, p. 152.

¹³¹ Composta da Lord Blackburn, Mr. Justice Barrie, Lord Justice Lush e dallo stesso Stephen. Sul punto, J.F. Stephen, *The Criminal Code (1879)*, in «The Nineteenth Century Review», VII (January-June 1880), pp.136-160. Segnalo che questa fase del dibattito è stata affrontata anche nel mio G. Abbate, *Un dispotismo illuminato e paterno*, cit., pp. 294-304, dal quale riprendo, rielaborandole, alcune fonti e riflessioni al fine di sostenere la tesi del mutamento di prospettive nel senso della “incompletezza” della codificazione inglese, come opposta al proposito di matrice benthamiana di un codice «all comprehensive»; sul tema si veda anche A. Riccioni, *La codificazione del diritto penale inglese. James Fitzjames Stephen e il Criminal Draft Code*, in «Historia et ius», III (2013) paper 1, pp. 1-23.

¹³² Inteso nel senso di un sistema chiuso e non eterointegrabile, comprendente tutto il diritto con lo scopo di risolvere, in via preventiva e generale e senza ricorso a elementi esterni, qualsiasi questione legale astrattamente suscettibile di venire in rilievo. Cfr. *Criminal Code Bill Commission. Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences: with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*, London 1879, p. 6.

del diritto insulare e, *in primis*, la ricchezza di regole e principi incorporati nei *decided cases*. Non era annoverabile quale «valuable quality» del diritto inglese, invece, ciò che tradizionalmente era indicato come la «elasticity» del *common law*, da considerarsi, piuttosto, alla stregua di «another name for uncertainty»¹³³.

Tra gli aspetti di maggiore innovatività del codice valutati dalla *Criminal Code Bill Commission*, con riferimento al tema della completezza se ne distinguevano due. Il primo, riguardava l'applicazione di nuovi e più stringenti criteri di legalità formale: con l'emanazione del codice, sarebbero stati perseguibili i soli reati previsti dal *Criminal Code* o dagli *Acts* relativi alla definizione di fattispecie criminose non abrogati dal codice, e non anche i *misdemeanor* desunti dai principi di *common law*. Il secondo, in una prospettiva di continuità rispetto ai principi di diritto rinvenibili «at common law», contemplava, invece, una deroga proprio alla riserva di legge in materia criminale: quest'ultima avrebbe trovato operatività, esclusivamente, rispetto alla creazione di nuove fattispecie delittuose, lasciando invece che l'unica fonte di produzione di regole e principi riguardanti le cause di giustificazione del reato continuasse ad essere il *common law*. Nell'argomentare in favore di queste scelte, la *Criminal Code Bill Commission* richiamava il tema della *impossibile* completezza del codice, tradizionalmente adoperato in contrasto al discorso codificatorio, rovesciandone però prospettive e conclusioni: «At present we desire to state that in our opinion it is, if not absolutely impossible, at least not practicable, to foresee all the various combinations of circumstances which may happen, but which are of so unfrequent occurrence that they have not hitherto been the subject of judicial consideration, although they might constitute a justification or excuse, and to use language at once so precise and clear and comprehensive as to include all cases that ought to be included, and not to include any case that ought to be excluded»¹³⁴.

Con riguardo, poi, agli aspetti tecnici del diritto penale, il *Criminal Code Bill* adottava soluzioni conformi ai principi espressi nel codice penale indiano, anzitutto abolendo l'espressione *malice aforethought* e prevedendo una distinzione tra *murder* e *culpable homicide* strettamente dipendente dall'intenzione dell'agente.

L'opportunità di queste opzioni venne ribadita da Stephen in un saggio del 1880, apparso sulla rivista «The Nineteenth Century», dal titolo *The Criminal*

¹³³ Ivi, p. 108. A.H. Manchester, *Simplifying the Sources of the Law: An Essay in Law Reform*, cit., pp. 534-535.

¹³⁴ *Criminal Code Bill Commission*, cit., p. 10.

*Code (1879)*¹³⁵. Con questo contributo il giurista, anzitutto, dichiarava che l'idea generalmente intrattenuta sul tema della *codification* si trovava «hampered by two opposite sets of objections», le quali conducevano allo stesso risultato di presentare tale riforma come impossibile. La prima serie di obiezioni faceva leva sul carattere consuetudinario del *common law* e sulla conseguente impossibilità di procedere, in Inghilterra, a una riforma in senso codificatorio se non a costo di sacrificare la fisiologica “elasticità” del sistema giuridico. La seconda, pur facendo salva l'astratta realizzabilità del codice, si fondava sull'individuazione di standard qualitativi impossibili da raggiungere, conducendo all'affermazione della totale inadeguatezza di *qualsiasi* codificazione realizzata in concreto¹³⁶. Secondo Stephen, la bozza di codice sottoposta all'esame del Parlamento si sottraeva a queste obiezioni, presentandosi come un sistema rispettoso, anzitutto, delle caratteristiche storiche del diritto penale inglese¹³⁷. Per il giurista, nella redazione della bozza era stato seguito l'unico metodo codificatorio in grado di realizzare il *giusto* grado di completezza di un codice di diritto penale. Per poter comprendere ciò, occorreva, anzitutto, limitare il significato del termine «crime» a qualcosa di meno ampio di «every act or omission punished by law». Seguendo, infatti, quest'ultima accezione di «crime», per potersi dire completo il codice avrebbe dovuto essere così dettagliato «that upon its enactment all statutory offences should cease to have a separate existence». Occorreva, quindi, identificare con tale termine «[...] an act or omission punished either because it disturbs the public peace or interferes with some well-known and commonly recognised public interest, or because it inflicts injury on the person, or property, or reputation, of an individual». Adottando quest'ultima definizione, il codice penale avrebbe dovuto disciplinare *tutte e soltanto* le «indictable offences», prescindendo dagli «high crimes and misdemeanours» e dai reati minori oggetto della «summary jurisdiction». Aderendo a questa scelta, il progetto di codice realizzato da Stephen disciplinava solo «indictable offences», mantenendo, in questo modo, un carattere misurato e omogeneo¹³⁸. Allo stesso tempo, nel rispetto delle peculiarità storiche di

¹³⁵ J.F. Stephen, *The Criminal Code (1879)*, cit. Secondo Stephen, «the existence of a great number of unquestionable defects in detail is a matter of practical or little importance in comparison with the advantages of comprehensive legislation». Ivi, p. 141.

¹³⁶ «On the one hand, the process is declared to be impossible, and objectionable if possible. On the other hand, it is not at all uncommon to speak highly of the importance of codification, but at the same time to prescribe to the codifier an unattainable standard of perfection. The result of the two ways of treating the subject is identical. Codification upon either view is impossible». Ivi, p. 144.

¹³⁷ Ivi, p. 145.

¹³⁸ Ivi, p. 146.

alcune definizioni di fattispecie di reato, la bozza ometteva di recepire quegli statuti che, secondo Stephen, rappresentavano, più che una porzione dell'ordinaria legislazione criminale, veri e propri «[...] historical monuments of the political and religious struggles of former times [...]»¹³⁹, rispetto ai quali era impossibile scindere la porzione propriamente normativa dall'elemento storico che conferiva significato alla legge¹⁴⁰. Pertanto, secondo Stephen il *Criminal Code* era caratterizzato da un *sufficiente* grado di completezza con riferimento ai reati statutari: «[...] it contains all the statutory offences which could be properly introduced into it, and omits those only which would have made it cumbrous and inconvenient, and which are more conveniently placed elsewhere»¹⁴¹.

Anche i rapporti codice/*common law* erano, per Stephen, correttamente posti nel progetto di codice penale. Al fine di identificare le caratteristiche del sistema giuridico che il codice avrebbe dovuto preservare, il giurista si soffermava sullo stesso significato dell'espressione "*common law*", duplicemente interpretabile. Secondo una prima accezione, il *common law* in materia penale consisteva in un sistema comprendente *tutte* le regole e i principi di diritto, conosciuti e accertati, così come tratti dai «decided cases» e dalle opere degli *authoritative writers*, ed eventualmente anche posti in forma di *statutes*. In una diversa accezione, invece, l'espressione *common law* indicava l'insieme degli elementi giuridici *potenzialmente* emergenti dall'attività dichiarativa del giudice rispetto al caso concreto. In questo senso, per «common law» si intendeva lo stesso potere del giudice di creare diritto «[...] under the fiction of declaring existing law in cases unprovided for by existing statutes or other authorities», mediante l'esercizio di un «modified power of legislation», comunemente definito come «elasticity of the common law». Trattandosi di una *fiction*, il meccanismo della «judicial legislation» era, per Stephen, produttivo di fraintendimenti, *in primis* in ordine alla presunta maggiore elasticità del *common law* espresso nei *reports* dei *decided cases*. Secondo il giurista, il diritto casistico era «inelastico» al pari del diritto statutario, «and neither the judges nor any other authority except that of Parliament can alter it»¹⁴². In ogni caso, sebbene si trattasse di una finzione, per Stephen «[...]it would be pedantic to attempt to alter by legislation a well established form of expression»¹⁴³.

¹³⁹ Ivi, p. 148.

¹⁴⁰ Ivi, pp. 149-150.

¹⁴¹ Ivi, p. 150.

¹⁴² Ivi, p. 152.

¹⁴³ Ivi, p. 156; in questo caso «Fiction apart, there is at present no law at all upon the subject, but the judges will make one under the fiction of declaring it, if the occasion for doing

Esistevano altre materie che, secondo Stephen, dovevano rimanere escluse dal codice, dovendo piuttosto essere «solemnly debated *ex post facto* before a court of justice». Lo stesso doveva affermarsi rispetto a quelle massime relative al diritto penale, utili per guidare il giudice nella decisione di un caso ma troppo indefinite per loro natura per essere espresse in forma di regole codicistiche (come, ad esempio, le massime «Actus non facit reum nisi mens sit rea» e «ignorantia factis excusat»)¹⁴⁴. Per tutti questi motivi, concludeva Stephen, le soluzioni adottate nel progetto di codice erano conformi alla natura del sistema giuridico inglese¹⁴⁵, il quale «[...] never can be complete as long as it is the law of a living and growing nation». Il compito affidato ai codificatori non poteva spingersi, a costo di gravi fraintendimenti ed errori, fino ad arrestare lo sviluppo del diritto, cercando di disciplinare casi futuri ovvero elaborando regole espresse per questioni giuridiche irrisolte¹⁴⁶. Soltanto a queste condizioni, infatti, la codificazione sarebbe stata possibile e utile:

[...] the condition that makes at once codification practicable and expedient is that the principles, definitions, and rules to be reduced to the form of definite proposition, should already be held in suspension or solution (if I may be allowed such an expression) in recognized authorities. Where no such materials exist, the common law should be left alive, or, to speak without metaphors, and legal fictions, where a legal question has been solved by authority the solution of which the existing authorities provide either no materials or scanty materials, should not be disposed of by rules made beforehand, but should be left to be decided by the judges when, if ever, circumstances occur which raise them for solution¹⁴⁷.

Ciò nonostante, il codice avrebbe dovuto riflettere la tendenziale completezza dell'ordinamento penale¹⁴⁸, preservandone la ricchezza di regole e principi. Pertanto, avrebbe dovuto presentarsi come «[...] elaborate and detailed»¹⁴⁹. Di conseguenza, il codice di diritto penale avrebbe dovuto discostarsi dagli esempi offerti dai codici continentali i quali, adottando definizioni ampie

so should ever arise. This is open no doubt to the remark that it is a fiction to describe as common law a rule which does not exist at all, and that probably never will exist»; *ibid.*

¹⁴⁴ Ivi, p. 158.

¹⁴⁵ *Ibid.* «The worst result that could arise from the abolition of the common law offences would be the occasional escape of a person morally guilty. The only result which can follow from preserving the common law as to justification and excuse is, that a man morally innocent, not otherwise protected, may avoid punishment».

¹⁴⁶ Ivi, p. 155.

¹⁴⁷ Ivi, p. 159.

¹⁴⁸ J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, cit., p. 351. Per Stephen, «there is probably no department which is so nearly complete in itself as the criminal law».

¹⁴⁹ Ivi, p. 352.

e a carattere generale, apparivano (ma non erano) completi e sistematici. Secondo Stephen, infatti, «[...] the generality of language common in continental codes raises a false impression that they are specially complete and systematic, and that the law of England is less exact and more elastic. The very opposite is the truth»¹⁵⁰. Il linguaggio dei codici continentali, per Stephen troppo vago, era inadeguato rispetto al diritto inglese e, se adottato, «[...] it would necessitate the re-opening and fresh decision of a great number of points which existing decisions have settled»¹⁵¹. Rispettando questi standard il codice inglese avrebbe costituito niente più che la traduzione in un lavoro letterario del sistema di diritto penale, preservandone ogni caratteristica ma apportando “unità”, la quale «[...] is obviously essential to the Code regarded as a literary work»¹⁵².

8. *Cenni conclusivi*

Il codice penale non entrò in vigore. Il *Criminal Code Bill* ebbe due letture presso la *House of Commons* nell'aprile e nel maggio 1879 ma non ve ne fu una terza. La bozza venne poi reintrodotta in Parlamento nel febbraio 1880 ma venne accantonata e mai ripresa¹⁵³. Per gli avversari della codificazione il *common law* non poteva essere oggetto di un lavoro letterario, per giunta unitario. Come sistema composto da principi e regole, comprensibili a partire dal complesso del diritto casistico, il *common law* era insuscettibile di traduzione in diritto legislativo (tenuto conto, peraltro, che lo stesso “linguaggio”, «from its inherent infirmities, is inadequate to cover all cases and exclude all doubt»¹⁵⁴). Soltanto considerando le peculiari origini del diritto inglese e le vicende del suo sviluppo sarebbe stato pensabile riformare il *common law*: «This is precisely what such writers as Bentham have failed to do; and hence they have furnished us with an ideal legislation fit, it may be, for Utopia, but not to be adapted in a country like England, whose law is so deeply rooted in the eventful history of the past»¹⁵⁵. Sull'altro “fronte” del dibattito, continuava a sostenersi che il *common law* era formato da principi suscettibili di essere individuati

¹⁵⁰ Ivi, p. 354.

¹⁵¹ Ivi, p. 356.

¹⁵² Ivi, p. 366.

¹⁵³ P.R. Glazebrook, *Criminal Law Reform. 2. England*, cit., p. 496-498. Cfr. A.H. Manchester, *Simplifying the Sources of the Law*, cit., p. 544.

¹⁵⁴ A. Craig, *The Codification of the Law*, cit., p. 342.

¹⁵⁵ Ivi, p. 340.

e posti in forma espressa, anche mediante una codificazione «by stages and detail»¹⁵⁶, ovvero in un senso lontanissimo dalle proposte di una «Codification of the whole body of Law at once» e aventi pretesa di essere «all comprehensive»; anche una codificazione “parziale”, portata avanti secondo i moderni metodi di «code-legislation», avrebbe consentito di esporre in maniera sistematica interi settori del diritto, escludendo «the mass of historical and argumentative matter which forms the intolerable padding of the old style of treatise»¹⁵⁷.

I prodotti legislativi degli anni ottanta e novanta si avvicinavano a questa idea di codice parziale, espressiva di un concetto più ristretto di «Code» che poco o nulla conservava dell’originario significato di *codification*¹⁵⁸. L’idea di una codificazione “in dettaglio” recepiva, invece, l’esempio offerto dai modelli di legislazione coloniale sperimentati nei decenni 1860-1880 nell’ambito della riforma del sistema giuridico indiano: in questo modo, la vicenda codificatoria indiana, definita come l’esito di una «codification by stages and detail»¹⁵⁹, “restituiva” alla madrepatria materiali e idee per una riforma del proprio sistema giuridico. Fu soprattutto la sfera del penale ad essere interessata da questo “contro” movimento, intervenuto all’esito di una lunga stagione di riforme riguardanti il riordino delle fonti dell’ordinamento inglese e l’uso della sanzione capitale; ambiti, questi, strettamente legati ai temi costituzionali dell’impiego della forza nella dimensione pubblica e dello stesso rapporto tra individui e potere politico. Rispetto alla sfera penale risultava particolarmente evidente proprio il passaggio da misure riformistiche di *statute consolidation* (tra le quali, quella nota come *Consolidation Acts* del 1861) a tentativi di codificazione, più o meno ispirati al modello coloniale. Oltre al crescente interesse generale per la legislazione indiana, sembrava favorire il cambio di prospettiva anche la progressiva emersione di una ideologia codificatoria, fortemente supportata dagli stessi protagonisti delle riforme coloniali¹⁶⁰; era anche questa convergenza a contribuire alla diffusione dell’idea che i codici indiani potessero rappresentare

¹⁵⁶ G.S. Bower, *Codification of English Law*, cit., pp. 492, ss.

¹⁵⁷ Il riferimento ai moderni metodi di «code-legislation» è operato, in particolare, con riguardo ai codici indiani. *Ibid.*

¹⁵⁸ A. Braun, *The English codification debate*, cit., p. 204.

¹⁵⁹ G.S. Bower, *Codification of English Law*, cit., p. 492.

¹⁶⁰ Non sfuggiva a Frederick Harrison, ad esempio, che «The names of Macaulay, Lowe, Sir W. James, Maine, Stephen, Whitley Stokes, and all those, both at home and in India, who have worked in the construction and explanation of the Indian codes, remind us much the law reformers and the law teachers of India are the law reformers and the law teachers of England»; F. Harrison, *The English School of Jurisprudence - Part. III*, cit., p. 119.

un valido strumento per la trasformazione del diritto inglese «into scientific and more modern form»¹⁶¹.

Riferimenti alla legislazione coloniale, specie in materia penale, si rinven-
gono anche nel dibattito sulla completezza di un eventuale codice, a partire dal
possibile uso di *illustrations* finalizzato a evitare l'accumulo di materiale giuridi-
co sorto in via interpretativa. Se l'*Indian Penal Code* era stato concepito come
un sistema completo ed esaustivo, perché non integrabile mediante fonti
esterne, il *Criminal Code Bill*, invece, non aveva pretese né di "universalità" né
di completezza, presentandosi, al contrario, come "aperto" all'integrazione ad
opera di *statutes* e *common law*. Opzione, questa, che era in qualche modo emer-
sa dalla ricerca di un equilibrio tra riforma codicistica e sistema di *common law*,
presente nelle riflessioni dei giuristi inglesi. Non era estraneo al dibattito sulla
codificazione nemmeno l'interrogativo sui mezzi necessari per fare salvi gli
stessi apporti dei *decided cases*, sia pure incorporandone gli aspetti più signifi-
cativi all'interno del codice. Ponendo in forma codicistica i *soli* effetti «of deci-
ded cases and established principles, [the code] takes from the judges nothing
which they possess at present», assicurando uniformità al sistema ma senza
segnare il definitivo allontanamento dal tradizionale metodo di *reasoning* basato
sul *case law*¹⁶². È forse per salvaguardare questi aspetti della *legal tradition* inglese
che la particolare idea di codificazione che emerge dal dibattito ottocentesco
sulla sistematizzazione del *common law* sembra in qualche modo ricercare la
completezza della tutela giuridica più che del codice in sé.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, cit., p. 352.