

ANDREA ZOPPINI

PER UNA RILETTURA DEL CODICE CIVILE ALLA LUCE
DELLA COSTITUZIONE

Il tema del “se, come e quando ricodificare” può essere schiuso entro diverse prospettive, sia più generali, in termini di politica del diritto, sia più settoriali, con riguardo al contenuto effettivo della disciplina. In questa sede mi limiterò a proporre un’analisi “dall’alto” dei temi che la ricodificazione evoca.

Occorre premettere che le riflessioni circa l’utilità e le modalità di una simile operazione sottendono talune problematiche ulteriori: (i) quella della concorrenza tra ordinamenti nell’ambito dell’Unione europea; (ii) quella del rapporto tra la dottrina e la giurisprudenza come formanti che concorrono all’attribuzione di un senso alle disposizioni normative (quindi all’individuazione della norma applicabile); (iii) quella riconnessa al ruolo assegnato al codice civile nell’odierno sistema di fonti multilivello.

Con riguardo al primo punto, il tema della concorrenza tra ordinamenti interni all’Unione europea ha tratto nuova linfa dai recenti interventi attuati dal legislatore tedesco e da quello francese, indubbiamente volti a render più “attraenti” tali sistemi giuridici, in un’ottica di competizione tra ordinamenti e in considerazione della libertà di scelta per il cittadino europeo circa le regole applicabili. Peraltro, che il tema della concorrenza tra ordinamenti e della “attrattività” del sistema giuridico sia un tema negletto in Italia lo dimostra la lett. *p*) del primo comma dell’art. 1 del disegno di legge n. 1151 del 2019, pendente al Senato, allorquando invita il legislatore delegato a «disciplinare la costituzione e il funzionamento del *trust*»¹. Difatti, è opportuno rilevare che sia l’ordinamento francese sia

¹ Il riferimento è al progetto di riforma del codice civile presentato al Senato della Repubblica con il disegno di legge delega n. 1151 della XVIII Legislatura, in data 19 marzo 2019.

quello tedesco hanno adottato un approccio regolatorio diametralmente opposto. Nello specifico, essi, al fine di evitare la delocalizzazione di iniziative economiche a favore di ordinamenti, professionisti e intermediari bancari di *common law*, non hanno aderito alla Convenzione dell'Aia e hanno, viceversa, disciplinato compiutamente il contratto di fiducia. Un legislatore attento a questo aspetto, quindi, avrebbe potuto indicare tra gli interventi modificativi anche l'introduzione del contratto fiduciario, accettando la competizione ed evitando di limitarsi al mero riconoscimento di una figura elaborata altrove².

È inoltre opportuno rammentare che, anche alla luce dei summenzionati interventi francese e tedesco, l'idea, che pure aveva avuto ampia diffusione alla fine del Novecento e, soprattutto, nel primo decennio del Duemila, avente ad oggetto la progettazione di un codice civile europeo, è da considerarsi definitivamente tramontata³. L'ordinamento dell'Unione europea assomiglierà sempre di più, in prospettiva tendenziale, a quello degli Stati Uniti, ovvero ad un sistema al cui interno al cittadino sono, per alcuni profili, assegnate regole che operano in un *level playingfield* – cioè in un piano comune in ciascuno stato membro – e, per altri, regole diverse tra i vari ordinamenti, tra le quali, evidentemente, il consociato potrà scegliere.

In merito al secondo punto, pare utile prender consapevolezza che il nostro ordinamento, sia nel formante legislativo, sia nella dimensione dottrinale, è assolutamente impreparato a un'operazione di ricodificazione del codice civile. Emblematica, in tal senso, è proprio la vicenda del disegno di legge n. 1151 del 2019, il cui contenuto appare generico e fondato su principi di legge delega non sufficientemente determinati. Al riguardo,

² In termini generali, sul tema della concorrenza tra ordinamenti giuridici sia sentito rinviare a A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

³ Come ha constatato A. GAMBARO, «Jura et leges» *nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 993 ss., il ruolo della giurisprudenza teorica rischia d'appassire e soccombere dinanzi alla strategia di «estraniamiento» perseguita dal formante legislativo europeo. Parimenti, l'edificazione d'una metodologia giuridica comune rappresenta il necessario presupposto per proporre una dialettica tra il formante dottrinale nel confronto con quello giurisprudenziale. A conferma di ciò, P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, p. 245 ss. ricorda che la codificazione europea si radica in complesse scelte sia di carattere tecnico-giuridico sia di natura politica, e può costituire pertanto una sterile rivendicazione che espone al rischio di replicare «fuori di un superato contesto, un vecchio copione».

atteso che, come noto, la valutazione di costituzionalità del decreto delegato avviene ai sensi dell'attuazione dei principi di delega, nel caso di specie si registra, a mio avviso, l'inidoneità dei principi di delega ad impartire compiutamente indicazioni di politica del diritto e obiettivi alla stregua dei quali, in seguito, valutare l'esercizio della delega.

A tale affermazione si potrebbe obiettare che, tuttavia, lo stesso codice civile del 1942 è stato scritto sulla base di una norma di delega che si limitava ad affermare: "Il governo è delegato a scrivere il codice civile". Ma è evidente che il contesto era decisamente diverso, anche sol pensando all'assenza, all'epoca, della costituzione repubblicana e dell'operato della Corte costituzionale, attenta al vaglio di costituzionalità dei decreti delegati.

Il testo della proposta è, quindi, del tutto insoddisfacente, ma ancora più superficiali sono stati gli esercizi compiuti – questa volta a livello dottrinale – nel tentativo di porre in atto i principi che nel testo sono contenuti. Nelle norme che dovrebbero assolvere al compito di dare attuazione ai principi della legge delega, infatti, risultano violate le regole elementari per la scrittura delle leggi. In particolare, le leggi non devono contenere verbi servili, devono essere coniugate all'indicativo, devono dettare regole – tanto più un compendio di cruciale importanza, come il codice civile – e, soprattutto, non possono divenire strumento di risoluzione di dispute dogmatico-dottrinali, atteso che il compito di attribuire un significato sistematico alle prescrizioni spetta alla dottrina e alla giurisprudenza, ciascuna nel proprio ruolo, ma non può essere svolto dal legislatore.

Da cosa dipende, allora, tale radicale – e allo stato (mi pare) non superabile – inadeguatezza? Io penso che ci siano almeno tre ordini di ragioni.

La minore attenzione al tema della riforma del codice non ritengo possa ascrivarsi (solo) ai limiti individuali degli interpreti italiani, mentre una spiegazione può cogliersi nella formazione del civilista. Questa, infatti, – e ne sono testimone – è sempre stata una formazione che ha conseguito i propri risultati nell'interpretazione delle norme del diritto positivo. Non è mai stato diffuso, nella nostra cultura, l'esercizio – che è spesso svolto in altri ordinamenti, e penso in particolare a quello americano e, in parte, a quello tedesco – di porsi problemi *de jure condendo*. Tanto è vero che quando, ormai più di venticinque anni fa, proposi al mio Maestro di scrivere un saggio sulla ipotetica riforma del diritto delle successioni, lui non mi scoraggiò in senso assoluto – come era nel suo costume –, ma prese a ricordare il monito dei suoi maestri, primo fra tutti Francesco Santoro-Passarelli, i quali insegnavano che il civilista consegue i propri risultati sul terreno

del diritto positivo, perché troppo facile sarebbe argomentare soluzioni *de iure condendo*, ove non sussistono gli argini imposti dalle regole vigenti e dalla tradizione consolidata dell'interpretazione del codice⁴. Si tratta d'una opzione culturale di cui in questa sede non c'è tempo per indagare le ragioni, ma che non trova egual riscontro nella cultura giuridica tedesca. Basti pensare alle giornate dei giuristi tedeschi che regolarmente sono dedicate alla riforma di un singolo settore, le quali s'intitolano con una formula ricorrente che recita *Deutscher Juristentag – Rechtmitgestalten*. Appare dunque evidente la sussistenza di un ritardo di natura culturale.

V'è anche un'altra ragione che giustifica tale divario. A me pare, infatti, che la matrice normativista che ha contraddistinto la scienza giuridica dominante italiana, ovvero l'attitudine ad essere interprete ed esegeta di norme descrittive di fattispecie, abbia fatto sì che gli studiosi – pur con qualche rilevante eccezione – abbiano avuto un'oggettiva minor propensione sia a maneggiare i principi, sia a governare e ordinare il diritto giurisprudenziale⁵.

Questi aspetti incrociano un duplice momento della tecnica normativa e della teoria dell'interpretazione: da un lato, la dialettica tra *rules* e *principles*, ove vengono preferiti i secondi sulla base di una loro maggiore attitudine a governare con plasticità e adeguatezza la situazione concreta (si pensi, su un piano più generale, alla formazione dei principi di diritto comune europeo che ha largamente soppiantato il progetto di una codificazione europea di diritto privato)⁶; dall'altro, la capacità di ordinare e ri-

⁴ Si v. N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 81 ss., p. 123 ss. Sul ruolo del diritto positivo, M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in AA. VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, p. 349 ss.; V. CARIELLO, *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, p. 1713 ss.

⁵ Sul valore dei principi, L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA. VV., *I principi generali del diritto* (Atti dei Convegni Lincei, 27-29 maggio 1991), Roma (Accademia Nazionale dei Lincei), 1992, p. 317 ss. Più di recente, cfr. le considerazioni di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, p. 11 ss.; e la diversa prospettiva di A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, *ivi*, 2015, p. 245 ss. V., altresì, G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1103 ss.

⁶ P. SIRENA, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 608 ss.

durre a sistema il portato della concretizzazione giurisprudenziale – come dimostra esemplarmente ancora l’esperienza tedesca –, che impone uno sforzo di analisi critica, il quale tipicamente si concretizza nella elaborazione delle *Fallgruppen*⁷. Si tratta di due punti che porto alla riflessione sulle prospettive di riforma del codice civile, ma che mi paiono necessari anche, ad esempio, per la comprensione del sistema del diritto dei mercati regolati, che si affida a principi generali e alla concretizzazione del precedente.

L’ulteriore punto che spiega la situazione in cui l’ordinamento italiano si trova mi sembra possa rinvenirsi nel dialogo tra i formanti per quel che riguarda, in particolare, il ruolo del giudice. Il giudice civile italiano ha – esso sì – molto spesso svolto un ruolo di avanzata evoluzione delle norme del codice (e non solo del codice, ma, più in generale, del diritto civile) e tale circostanza è molto evidente se noi confrontiamo, ad esempio, l’esperienza italiana a quella francese. Provo a fare una dimostrazione molto elementare: nell’ordinamento francese è stata necessaria una norma per attribuire al giudice il potere di ridurre *ex officio* la clausola penale, mentre questo stesso risultato nell’ordinamento italiano è stato una conquista ormai pacifica dei giudici di legittimità⁸.

Vi è, dunque, da un lato, un’incapacità culturale della dottrina italiana nell’elaborare proposte normative e devolutive *de jure condendo* e, dall’altro, un’oggettiva capacità dei giudici di colmare questo *gap* che talvolta l’ordinamento mostra nell’adeguamento alle nuove esigenze.

Da ultimo, occorre analizzare il terzo problema evocato in premessa, che attiene alla posizione del codice civile nell’attuale sistema di fonti⁹.

⁷ V., in particolare, R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1992, p. 516 ss. e la replica di A. BEATER, *Generalklauseln und Fallgruppen*, *ivi*, 1994, p. 82 ss., e poi ancora lo stesso R. WEBER, *Erwiderung*, che si legge di seguito a p. 90 ss.

⁸ La norma in esame è l’art. 1231-5 del *Code civil*. Tra le pronunce più significative della giurisprudenza italiana in merito alla riduzione *ex officio* della penale si segnalano Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 320; Cass., Sez. Un., 5 dicembre 1977, n. 5261, in *Giur. it.*, 1978, I, c. 1485; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 ss. e in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1538 ss., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*.

⁹ Per una compiuta disamina sulla tecnica della ricodificazione si v. no i saggi contenuti in P. SIRENA (a cura di), *Dal ‘Fitness Check’ alla riforma del codice civile: Profili metodologici della ricodificazione*, Napoli, 2019.

Anche in questo caso provo a proporre un indice che è a mio parere estremamente significativo dell'arretramento dell'importanza sistematica del codice. Fino a circa vent'anni fa, una regola non scritta ma costantemente applicata dagli uffici legislativi di tutti i ministeri e della Presidenza del Consiglio era quella secondo la quale il codice civile era un testo "intoccabile", nel senso che esso poteva sì esser modificato, ma solo per il tramite di interventi normativi progettati e non episodici. Da almeno quindici anni tale scenario appare mutato e il legislatore, con frequenza crescente, interviene nel codice civile, talora in maniera coerente e talaltra in maniera rapsodica e frammentata, attraverso, ad esempio, i c.d. "decreti milleproroghe", come è avvenuto per gli atti di destinazione¹⁰. Si tratta di una tecnica normativa disallineata, anche stilisticamente, da quella del codice civile.

In Italia, in sostanza, l'urgenza di ricodificare non si sente, o è meno avvertita, per una ragione che viene evidenziata oggi – e mi limito ad una tra le varie citazioni possibili – da Mario Libertini, secondo cui siamo convinti del fatto che i principi generali della materia non si trovino più solo nel codice civile¹¹. Sebbene, infatti, in un ordinamento di *civil law* il codice rivesta tipicamente il ruolo di "vocabolario", ovvero di luogo in cui si trovano le regole generali suscettibili di interpretazione analogica, sembra pacifico che questa ricerca debba spingersi ben al di là del codice, implicando evidentemente un'analisi che prenda in considerazione prima di tutto i vari codici di settore, ove sovengono principi, quali, ad esempio, la parità di trattamento e la non discriminazione, nonché ulteriori regole correlate all'accesso al mercato e all'individuazione di obblighi di prestazione o di *standard* qualitativi¹². Si tratta di elementi che, seppur estranei alla *ratio* e ai presupposti delle norme del codice civile, non possono esser trascurati.

¹⁰ Come noto, la l. 23 febbraio 2006, n. 51, in fase di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 (c.d. "Decreto milleproroghe", recante "Definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative"), ha inserito l'art. 39-*bis* il quale, a sua volta, ha introdotto nel codice civile il nuovo art. 2645-*ter*.

¹¹ M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 265 ss.

¹² Sul tema si vedano, ad esempio, le riflessioni proposte in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008; nonché M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 50 ss.

In questa prospettiva, tornando al disegno di legge 1151 pendente al Senato, trovo assai singolare l'obiettivo di introdurre una norma di delega in merito all'informazione precontrattuale e, in particolare, alla "civilizzazione" – ovvero all'introduzione nel codice civile – di vizi della volontà o rescissori o di risoluzione legati alle pratiche commerciali scorrette, senza però rispondere alla domanda fondamentale: se, in che misura e in quali casi le regole del codice di settore sono regole che si applicano all'intera materia contrattuale o se, viceversa, la materia contrattuale esige una segmentazione perché, evidentemente, non tutti i contratti per definizione tollerano questi rimedi¹³.

Alla luce di quanto osservato, potremmo chiederci se sia opportuno abdicare al progetto di una riforma del codice civile. Io credo che il progetto di riformare il codice civile – come dimostrano le esperienze di Germania e Francia – non possa fare a meno di impegnare un arco temporale di almeno un decennio, o forse un ventennio. Si potrebbe sostenere, quindi, che il tema oggi si è posto ed è dunque avviato. A questo proposito mi sia consentito ribadire, però, che non credo che – come pure ho letto – la riforma del codice civile possa essere utile per risolvere i conflitti tra opzioni interpretative proposte nella giurisprudenza pratica. Risolvere i problemi legati ai conflitti interpretativi è un compito che spetta alla giurisprudenza e, segnatamente, alla Corte di Cassazione. La funzione svolta da una riforma del codice civile deve necessariamente essere quella di "portare il testimone" più avanti e chiarire quelle opzioni di sistema che, evidentemente, non è compito – questo sì – della Corte risolvere.

In conclusione, mi preme sottolineare che il tema del rapporto tra la norma e l'interprete ci occupa oggi sempre più spesso, perché viviamo in un sistema di fonti multilivello, in una dimensione normativa molto più complessa di quella passata¹⁴. In tale dibattito, che ingloba anche quello

¹³ Tra i principi e i criteri direttivi del disegno di legge delega n. 1151 del 2019 vi è quello di cui all'art. 1, comma 1, lett. *f*), che consiste nel «prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto».

¹⁴ P. RESCIGNO, *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1999, p. 51 ss., ricorda l'opinione di Santoro-Passarelli, secondo il quale la teoria delle fonti era da ritenersi estranea alla missione dello studioso dei rapporti tra privati, il quale poteva agevolmente rifugiarsi nel monopolio statale del diritto, nella rigida gerarchia delle norme, nella centralità – sistematica ed ermeneutica – delle regole affidate al codice civile.

sull'opportunità di una ricodificazione, ci sono due aspetti su cui io non mi rassego: il primo è quello che vede nella norma un mero suggerimento al giudice, che questi può liberamente declinare secondo ciò che il caso specifico, la coscienza sociale o i valori soggettivi gli suggeriscono; e non mi rassegno neanche, d'altra parte, ad una marginalizzazione del ruolo della dottrina, che a mio parere deve continuare a essere il garante fondamentale della coerenza e della prevedibilità del sistema giuridico.