

Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*

di Guido Alpa

L'iniziativa governativa di revisione e integrazione del codice civile appare apprezzabile almeno sotto due aspetti: per aver raccolto l'esigenza di un ammodernamento del testo e per aver proposto non una revisione integrale del codice, ma solo alcuni interventi circoscritti, salvandone l'impianto e la gran parte delle norme. Al giudice resta comunque affidato il compito della tutela dei diritti fondamentali. Non si deve aver paura dell'attivismo giudiziario, se svolto entro i confini del diritto, né della compressione del principio di certezza del diritto, un mito lento a morire.

1. L'occasione del dibattito / 2. I propositi della «delega al Governo per la revisione del codice civile» / 3. Clausole generali e diritti fondamentali

1. L'occasione del dibattito

Il saggio di Enrico Scoditti¹ si pone al centro di un dibattito assai serrato che i civilisti hanno avviato all'inizio degli anni sessanta e che, pur passando le decadi – e le generazioni accademiche² –, si è ispessito e complicato per una molteplicità di ragioni: la costituzionalizzazione del diritto privato, e poi la sua europeizzazione; il moltiplicarsi delle fonti; l'operare di corti statuali, sovranazionali, globali; il superamento dei confini nazionali da parte di prassi e modalità di istituzione dei rapporti giuridici; l'emersione delle concezioni antiformalistiche del diritto e di tec-

niche di ermeneutica di tipo cognitivo; lo scontro tra normazione per principi e normazione per regole; la polemica sull'attivismo giudiziario e il ripensamento della tripartizione dei poteri; il rapporto tra funzione nomofilattica e creatività del giudice; la perdita di terreno della certezza del diritto, e altre ancora.

Il saggio investe innanzitutto il problema delle funzioni del legislatore e il metodo della tecnica legislativa: l'Autore si chiede, tra l'altro, (i) se sia opportuno introdurre regole che illustrino in modo sintetico la fattispecie, consentendo all'interprete di applicare le regole mediante il ragionamento sillogistico, oppure se sia preferibile fare ricorso alle clausole generali

* Sono molto grato al consigliere Enrico Scoditti per avermi invitato a partecipare al dibattito aperto da *Questione giustizia* sul suo saggio intitolato *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali* (4 dicembre 2019); i temi trattati sono di grande spessore culturale e meriterebbero uno spazio adeguato per essere svolti in modo compiuto; il tono assertivo, che non mi è proprio, spero sia giustificato dalla sinteticità di queste note.

1. *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

2. G. Alpa e F. Macario (a cura di), *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, giuristi*, Giuffrè, Milano, 2019; G. Alpa (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2016.

senza specificare in modo dettagliato il dato normativo; (ii) se una giurisdizione per clausole generali possa minare alle fondamenta l'ordinamento creando incertezza del diritto; (iii) se, qualunque sia la scelta tra le due tecniche, il diritto sia oggi in grado di far fronte alle diseguaglianze sociali sempre più vistose nella nostra società, a sua volta sempre più fragile; (iv) se il ricorso al "diritto mite" – secondo la felice formula inaugurata da Gustavo Zagrebelsky ormai trent'anni fa³ – possa essere in grado di assicurare una maggiore eguaglianza; (v) se l'intento del riformatore debba essere ispirato dal proposito di contenere le forze economiche che tendono a divaricare i ceti sociali, e di contrastare l'involutione culturale che si registra nel momento attuale, oppure (aggiungo io) adattarsi al modello codicistico acquisito senza mutarne struttura e funzioni.

A questi interrogativi si possono poi fare addizionali inerenti all'effettività della applicazione dei diritti fondamentali⁴ e alla loro "tenuta" a fronte dell'inaspirarsi dei contrasti sociali, degli abusi compiuti dalle *corporation* che dominano il mondo dell'informazione, dell'informatica e della intelligenza artificiale, della posizione del giudice quale mediatore dei valori in un contesto nazionale, europeo e globale, e così via.

E si potrebbe prospettare poi – quale interrogativo onnicomprensivo – quale sia il compito del diritto nella società contemporanea, dovendosi ammettere che il diritto non può risolvere tutti i problemi che si profilano nei diversi settori in cui essa si articola. E sottolineo "articola", piuttosto che non "evolve", perché il mito del progresso incessante può essere appropriato per le scienze tecniche, per la medicina e la biologia, ma la Storia ci ha insegnato che i rapporti sociali si disgregano, si riaggregano, si sovrappongono, si consumano seguendo le dinamiche proprie della distribuzione del potere, della diffusione della cultura, dell'influsso delle forze che si sprigionano all'interno dell'aggregato sociale o lo colpiscono dall'esterno⁵.

2. I propositi della «delega al Governo per la revisione del codice civile»

Negli ultimi anni, il Consiglio nazionale forense, il Consiglio superiore della magistratura, le corti superiori, le associazioni tra le quali Civiltà Italiani, in diverse sedi accademiche o istituzionali, hanno richiamato l'attenzione del legislatore, dei giudici, dei cultori del diritto civile, sulle riforme che negli altri Paesi, europei o modellati secondo la cultura "occidentale", erano state congegnate e approvate per rendere i codici civili più adeguati alle nuove esigenze individuali e collettive, sociali ed economiche: si è cominciato con la riforma del codice civile olandese⁶, con la riforma del diritto delle obbligazioni del codice civile tedesco del Duemila⁷, per passare alle grandi riforme del codice napoleonico in Francia e in Belgio, alla riforma del codice civile portoghese, e alle riforme dei Paesi del Centro e Sud America. Si è sempre pensato all'idea di codice⁸, ritenendo che questa sia una forma di tecnica legislativa ancor attuale, sia per costituire il palinsesto delle regole di "parte generale" del diritto civile, alla base della minutissima legislazione speciale, solo in qualche caso organizzata attraverso "codici di settore", sia per esprimere i valori sui quali poggia l'aggregato sociale⁹, sia per risolvere in modo organico e sistematico i conflitti che si creano quasi in ogni ambito della vita della collettività.

Ma l'atteggiamento dell'interprete di oggi non è tale da considerare il codice come uno strumento autosufficiente e onnicomprensivo, dovendo esso coordinarsi con la Costituzione – e il giudice procedere a una interpretazione delle regole costituzionalmente orientata –, con la Carta dei diritti fondamentali e dei Trattati europei – e il giudice procedere a una interpretazione orientata secondo le fonti europee, inclusa la Carta Edu quale fonte interposta *ex art.* 117 Cost. –, i principi generali consegnati dalla tradizione o derivati in via induttiva dalle regole¹⁰, e i valori

3. A cui ha fatto seguito *Diritto allo specchio*, Einaudi, Bologna, 2018.

4. Nell'imponente letteratura, vds. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

5. M.L. Salvadori, *L'idea di progresso*, Donzelli, Roma, 2006.

6. M.W. Hesselink, *Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?* In G. Alpa e E.N. Buccico (a cura di), *La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002.

7. C.-W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Cedam, Padova, 2003; S. Patti, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2018, pp. 435-453.

8. R. Sacco, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 2005. *L'età della decodificazione* (come descritta nel libro di N. Irti, Giuffrè, Milano, 1979) si è espansa attraverso la moltiplicazione delle leggi speciali, ma non ha cancellato la tecnica codicistica.

9. P. Rescigno, *Codici: storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

10. G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2005; G. D'Amico e S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, Torino, 2018.

inverati nei diritti fondamentali *ex art. 6 del Trattato di Lisbona*¹¹.

E non è tale da considerare il codice come una stella fissa, perché la sua interpretazione varia con il tempo, grazie alle addizioni effettuate mediante le fonti citate, i precedenti giurisprudenziali (anche se non strettamente vincolanti), i principi e i valori maturati nella cultura giuridica¹². Di qui la distinzione tra legge e diritto, e l'“invenzione” del diritto (secondo l'accezione di Paolo Grossi¹³) comprensivo della legge ma non esaurito in essa, e, in uno stadio ulteriore, la rilevanza della giurisprudenza (e della dottrina, secondo le opinioni di Rodolfo Sacco e di Nicola Lipari) quale fonte in senso sostanziale dell'ordinamento.

L'iniziativa governativa appare dunque apprezzabile almeno sotto due aspetti: per aver raccolto l'esigenza di un ammodernamento del testo e per aver proposto non una revisione integrale del codice, ma solo alcuni interventi circoscritti, salvandone l'impianto e la gran parte delle norme, le quali, introdotte nel 1942, hanno resistito per quasi ottant'anni grazie alla loro interpretazione evolutiva, alle grandi riforme (del diritto di famiglia e del diritto societario) e ai più modesti ritocchi via via apportati nel corso di queste decadi.

Se si guarda ai principi e ai criteri direttivi elencati nel disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019 (AS n. 1151), si può notare che l'unica “riforma” consistente riguarda il Libro I (lett. *a*), notoriamente il libro scritto in modo approssimativo da una Commissione incalzata dall'urgenza di adattare le regole civilistiche alle finalità del regime, e dal proposito del Ministro guardasigilli del tempo, Arrigo Solmi, di includere nel testo un riferimento (velato) alle leggi razziali mediante il comma 3 dell'art. 1, poi abrogato ripetutamente dai decreti luogotenenziali del 1944, e di regolare sommariamente le associazioni, avverse dal regime per ragioni dichiaratamente politiche, relegando nelle norme di attuazione la disciplina della loro estinzione¹⁴.

Le altre proposte riguardano:

- istituti che non hanno avuto riconoscimento né legislativo né giurisprudenziale, come gli accordi familiari prematrimoniali ed endomatrimoniali (lett. *b*), i patti successori e i patti di famiglia, questi ultimi regolati da un testo che è rimasto in larga parte inapplicato (lett. *d*), o istituti che hanno avuto una semplice menzione o hanno sollevato dubbi interpretativi come il *trust* e i contratti di affidamento fiduciario

(lett. *p*), o istituti che sono di dubbia interpretazione e che meritavano dunque una esplicita inclusione nel tessuto codicistico, come la rinegoziazione del contratto in caso di eccessiva onerosità o di presupposizione (lett. *i*);

- l'aggiornamento di norme che apparivano superate dalle esigenze attuali, come la riserva dei legittimari (lett. *c*), oppure l'introduzione di nuovi schemi contrattuali tipizzati socialmente (lett. *l*), e nuove forme di garanzia del credito (lett. *o*);

- l'adeguamento delle regole vigenti alle disposizioni dell'Unione europea, come il certificato successorio (lett. *e*) e la disciplina della nullità in caso di violazione di diritti fondamentali (lett. *h*);

- l'adeguamento delle regole vigenti alle nuove tecniche di commercializzazione di prodotti e servizi (lett. *g*);

- il coordinamento delle regole nei settori della responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale (lett. *m*);

- la razionalizzazione delle tecniche di risarcimento del danno morale (lett. *n*).

Forse l'unica direttiva che si poteva colmare mediante l'utilizzazione della *buona fede* concerne la lett. *f* in ordine alle informazioni che le parti si debbono scambiare nella fase precontrattuale. Ma, ricordando i contrasti di dottrina e giurisprudenza sorti a proposito dell'effetto negoziale delle informazioni al cliente dovute dalle banche e dagli intermediari finanziari, degli errori in esse eventualmente contenuti o della valutazione discutibile della adeguatezza patrimoniale e della consapevolezza del rischio, appariva opportuno provvedere con legge.

Alcune di queste regole, poi, si sono rese necessarie dal conflitto delle interpretazioni: di recente, con un encomiabile modello di decisione, la Suprema corte ha individuato le modalità di applicazione dell'art. 2059 cc (ord. 27 marzo 2018, n. 7513), peraltro assai contrastate; sulle questioni relative alla retroattività della riforma della responsabilità medica, all'applicazione uniforme delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, e alle altre voci di danno via via elaborate dalla medicina legale è intervenuto, alla fine del 2019, un gruppo di pronunce della terza sezione civile della Corte di cassazione.

In ogni caso, nel testo del disegno di legge più volte sono menzionati i diritti fondamentali e la clausola di buona fede.

11. Per tutti, vds. P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.

12. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

13. P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017; e già *Id.*, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

14. Sul punto vds. già Aa. Vv., *Per la riforma del codice civile*, atti del convegno AIGA (Genova, 1992), Padova, 1994.

Rispetto a questi contenuti, non credo si potessero risolvere i problemi con la semplice applicazione delle clausole generali. Che pure sono da rivalutare rispetto a qualche atteggiamento restrittivo che serpeggia ancor oggi in diverse posizioni dottrinali: il “tempo delle clausole generali”, per riprendere una felice espressione di Stefano Rodotà¹⁵ non è mai finito, anzi, si rinnova di decade in decade, arricchendo anche il numero straordinario di clausole contenute nel nostro codice civile già al suo apparire (e per questo avversate fino agli anni settanta). Come sono da rivalutare i principi generali, non potendosi ritenere che essi siano semplici regole di secondo livello, ma piuttosto, come si è già sottolineato, valori fondamentali dell'intero ordinamento.

3. Clausole generali e diritti fondamentali

Piuttosto c'è da chiedersi se nella delega si possa ricomprendere una disposizione di carattere generale che, al pari di quella prevista dal progetto di codice civile europeo (*Draft Common Frame of Reference*) dispone, in apertura della disciplina (*Book I*, art. 1.102) che le regole: «(...) are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and constitutional laws»¹⁶.

Come trattare i diritti fondamentali nella riforma del codice civile?

Si possono individuare diverse soluzioni.

La prima è quella formale: riprendere una norma di carattere generale e onnicomprensivo come quella del DCFR o dei primi progetti della riforma del *code civil* napoleonico; in quest'ultimo caso, le proposte sono cadute senza una ragione comprensibile, anche perché il Ministero della giustizia francese, che ha redatto l'ultimo testo, poi approvato con qualche variante dal Parlamento, non si è peritato di spiegarlo.

La seconda passa attraverso l'applicazione delle clausole generali, in particolare la *buona fede* e *l'ordine pubblico*: strada già arata dalla nostra giurisprudenza, e sembra preferita dal disegno di legge citato. In questo caso, le clausole generali avrebbero un ruolo straordinario, e quindi non si può che concordare – sul punto – con le considerazioni di Enrico Scoditti.

La terza passa attraverso la rivalutazione dei principi generali, applicabili dall'interprete.

La seconda e la terza soluzione chiamano in prima linea il giudice, al quale possiamo certo affidare questo alto e grave compito, quale è la difesa dei diritti fondamentali, compito affidato non solo alla Corte costituzionale o alle corti superiori, ma all'opera di ogni magistrato.

Non si deve aver paura dell'attivismo giudiziario, se svolto entro i confini del diritto, né della compressione del principio di certezza del diritto, un mito lento a morire. D'altra parte la nomofilachia dovrebbe ordinare, attraverso direttive chiare e tendenzialmente protratte nel tempo, i modelli interpretativi dei tribunali. Certo, la giurisprudenza è fonte del diritto, in modo sostanziale; la creatività è necessaria perché supera le inadeguatezze del testo normativo obsoleto; i principi di diritto formulati dalla Suprema corte non prevalgono però sulla legge, né si può pensare che le leggi introdotte dal Parlamento e correttive di orientamenti giurisprudenziali, ancorché consolidati, possano essere aggirate con sottili argomentazioni formalistiche.

C'è un bilanciamento di poteri che si deve osservare, un bilanciamento dei valori che sono ordinati dalle carte costituzionali, avendo sempre presente che la persona e la sua dignità sono il fondamento di tutti gli altri valori.

Non ho risposto a tutte le domande, ma dal dibattito emergeranno interessanti soluzioni di cui il legislatore non potrà non tenere conto.

15. Saggio o ristampato in S. Rodotà, *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica del diritto privato*, a cura di G. Alpa e M.R. Marella, Jovene, Napoli, 2017.

16. Vds. Gruppo di studio su un codice civile europeo e Gruppo di ricerca sul diritto privato vigente dell'Ue (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition*, edizione curata da C. Von Bar - E. Clive - Hans Schulte-Nölke, con la collaborazione di: H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano e F. Zoll, Sellier, Monaco di Baviera, 2009, p. 177.