

NOTE SUL DISEGNO DI LEGGE PER LA REVISIONE DEL CODICE
CIVILE (AS N. 1151)

*NOTES ON THE DRAFT LAW FOR THE REVISION OF THE CIVIL CODE
(AS NO. 1151)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 22-41



Guido ALPA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: CMaestro del diritto civile, l'opera di Cesare Massimo Bianca ha segnato per più di sessant'anni la scienza del diritto civile in Italia, con contributi determinanti in materia di teoria generale del diritto, diritto delle persone, diritto di famiglia, diritto delle obbligazioni e dei contratti, danno e altri aspetti di rilievo. In questo contributo l'A. esamina le proposte di revisione del codice civile presentate al Senato nel 2019 alla luce della evoluzione del diritto civile, promossa dal Maestro commemorato con questo libro.

PALABRAS CLAVE: codice civile, contratti, diritto civile.

ABSTRACT: *Distinguished scholar of Civil Law, Cesare Massimo Bianca has left his mark for more than sixty years on the science of civil law in Italy, through pivotal essays in the field of theory of law, law of persons, family law, law of obligations and contracts, damages and other relevant themes. In this essay the Author examines the proposal of revision of the Civil Code filed with Senate on 2019 in the light of evolution of civil law support by the Master commemorated in this book.*

KEY WORDS: *civil code; contracts; civil law.*

SUMARIO.- I. LE VICISSITUDINI DEL CODICE CIVILE.- II. LA DISCIPLINA DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI.- III. LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO.- IV. L' EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE.- V. ATTUALITÀ DEL CODICE CIVILE.- VI. I PROPOSITI DELLA «DELEGA AL GOVERNO PER LA REVISIONE DEL CODICE CIVILE».

I. LE VICISSITUDINI DEL CODICE CIVILE.

Per avviare il discorso sulla revisione del codice civile proposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte e dal Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede con il progetto di disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato il 19 marzo 2019 (AS N. 1151) occorre riprendere alcuni aspetti rilevanti del codice civile tuttora in vigore¹.

Nel corso degli anni alcune parti sono state integralmente abrogate e sostituite con nuove disposizioni, mentre altre, affidate a norme di carattere generale o di rinvio, sono state affiancate da leggi speciali.

Il Libro I è in attesa di una completa riformulazione, perché la disciplina delle associazioni e delle fondazioni appare lacunosa e poco adeguata alle modalità di svolgimento delle attività consociative. Con legge speciale si è provveduto a disciplinare il c.d. Terzo settore (d.lgs.3 luglio 2017, n. 117, modif. con d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27)².

Le regole sul diritto di famiglia (modificate in corrispondenza della approvazione della legge sul divorzio) sono state integralmente sostituite da quelle recate dalla riforma compiuta con l.19 maggio 1975, n.171, a cui poi si sono affiancate la legge sull'adozione dei minori e di recente la legge sulle unioni di persone dello stesso sesso e sulle convivenze (l.20 maggio 2016, n.76)³.

1 I caratteri della codificazione e le scelte fondamentali dei redattori sono illustrati con grande chiarezza ed acume da BIANCA, C.M. nel suo trattato *Diritto civile*, terza ed., Giuffrè, Milano, 2019, un'opera straordinaria che ha accompagnato l'intera vita del Maestro e tutti gli studiosi del diritto civile che, in modo diretto o indiretto, si possono considerare suoi allievi.

2 CONSORTI, P., GORI, L., ROSSI E.: *Diritto del terzo settore*, Zanichelli, Bologna, 2018.

3 Il contributo di C. M. Bianca alla evoluzione del diritto di famiglia è stato essenziale, in materia di diritti fondamentali della donna e del minore, in materia di filiazione, adozione e anche tutela dell'embrione. V. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, vol. 2, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014.

Il libro II è stato modificato solo marginalmente, ma, per la sua coesione tecnica, e per la sua utilità pratica, non ha suscitato iniziative di revisione complessiva.

Il Libro III è stato oggetto di ampia discussione, specie con riguardo alle regole sulla proprietà, considerate troppo minuziose; anche in questa materia tuttavia la prassi ha superato il dettato delle norme, sì che si sono create situazioni giuridiche soggettive mediante il ricorso a contratti atipici di utilizzazione dei beni⁴. Si è inoltre aperta negli ultimi anni un'ampia discussione sulla riformulazione della disciplina dei beni pubblici e dei beni privati che per ragioni paesaggistiche o culturali dovrebbero essere esposti alla fruizione pubblica (c.d. beni comuni)⁵.

Sul Libro IV mi soffermerò tra poco.

Il Libro V è stato modificato molte volte con interventi sul rapporto di lavoro, affiancato dallo Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300), e con la riforma delle società (d.lgs. nn. 5 e 6 del 2003).

Innanzitutto, esso offre per la prima volta una disciplina organica del rapporto di lavoro, in cui il rapporto prevale sul contratto. Poi, rigoverna la disciplina delle società, tendendo a salvaguardare la libertà di mercato (anche se molteplici sono gli interventi autoritativi cari all'ideologia corporativa) e a conservar del vecchio codice i principi di autogoverno, autotutela, proporzione tra potere e rischio⁶. Inoltre, estende l'area dell'impresa, sino a ricomprendervi le iniziative economiche a scopo non commerciale.

E' chiaro che la disciplina del lavoro risente dei principi del corporativismo: il sistema «si proponeva di realizzare, indirettamente, l'obiettivo di sanare le contraddizioni resi palesi dalla crisi dello stato di diritto liberal-borghese, immettendo il "sociale" nella regolamentazione generale del rapporto di lavoro nell'impresa», e realizzava nel contempo un obiettivo politico, mantenendo «attraverso la delega della politica sindacale ad un organismo di diritto pubblico, quale era il sindacato unico fascista, il rigido controllo, centralizzato e burocratico, sull'effettivo svolgersi delle dinamiche economico-sociali».

L'immagine di mercato che emerge dalla disciplina del codice – al libro quinto si affiancherà il numero più alto di leggi speciali, rispetto agli altri libri – è piuttosto nebulosa: non mancano disposizioni che fanno riferimento ai monopoli, ma una lineare disciplina della concorrenza, quale oggi si è venuta formando grazie agli interventi comunitari, nel codice non si può proprio rinvenire.

4 Per tutti v. GAMBARO, A.: *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2016.

5 RODOTÀ, S.: *Il terribile diritto*, Zanichelli, Bologna, 2013.

6 OPPO, G.: in AA.VV.: *I cinquanta anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, vol. I e II, Giuffrè, Milano, p. 272.

L'impresa, sempre per obbedire alla ideologia del regime, è intesa in senso unitario; questo concetto unificante è certamente una finzione, del tutto inadatto a riflettere la realtà economica di allora, e ancor meno quella di oggi⁷: i fenomeni che distinguono l'impresa commerciale da quella agricola, la piccola dalla media o dalla grande impresa, a tacer d'altri, non sono certo riconducibili ad un unico comun denominatore. Anche i rapporti tra disciplina di codice e disciplina dettata dalle leggi speciali (in primis, la legge fallimentare) non sono lineari; d'altra parte, la distanza dalla realtà è ancor più sottolineata oggi, con l'emersione del diritto comunitario, ove l'impresa non deve avere necessariamente scopo lucrativo, ove non è rilevante la forma giuridica esterna, e così via.

Il Libro VI è stato modificato in vari punti, anche con riferimento alla disciplina delle trascrizioni.

Si era tuttavia avvertita l'esigenza di accorpare le regole di interi settori che, pur avendo qualche riferimento nel codice civile, meritavano di essere regolati in modo analitico, come è avvenuto per il diritto bancario, con il t.u.b. e del diritto finanziario con il t.u.f.

A partire dal Duemila si sono collegati al codice civile dei codici di settore, sulla tutela del consumatore, sull'ambiente, sui beni culturali, sulle assicurazioni.

II. LA DISCIPLINA DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI.

Il Libro IV non è il frutto di una crisi tra tradizione francese ed edificazione pandettistica, né costituisce un mero aggiornamento del codice italiano-francese delle obbligazioni, anche se le tracce dei due modelli sono ben visibili⁸. Esso costituisce l'esito, invero, di una abilissima tecnica redazionale che ha costruito la sua trama momento per momento, come risulta dalla documentazione storica concernente questa parte del codice, probabilmente la più ricca e attendibile⁹.

L'istituto fondamentale di questo libro è il credito, essendo l'istituto fondamentale del quinto libro il lavoro e del terzo libro la proprietà. Ormai non vi è più un universo che ruota intorno alla proprietà, ma un sistema economico composito in cui proprietà, credito e lavoro sono coordinati, anzi, fusi, in un unico intento conformativo, la società corporativa.

Anche il libro quarto contiene importanti novità, che, secondo alcuni autori, sottolineano la frattura, piuttosto che non la continuità, di questa disciplina rispetto

7 JAEGER, P.G., in AA.VV.: *I cinquanta anni*, cit., p. 308.

8 SACCO, R.: *Il contratto in generale*, Giappichelli, Torino, 1975, p. 208.

9 FERRI, G.B.: *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1990.

alla disciplina prevista nel codice del 1865. Rispetto a quella codificazione, infatti, le nuove regole contengono alcuni meccanismi tecnici che distanziano il codice vigente dalle codificazioni ottocentesche. Pur dando ampio spazio alla volontà delle parti, vi sono direttive che ampliano l'intervento dello Stato, nella veste del legislatore o nel ruolo del giudice, nelle pattuizioni private. Si pensi alle clausole generali, ai poteri equitativi affidati al giudice per completare o integrare le pattuizioni private, al controllo delle condizioni generali di contratto, alla sostituzione automatica di clausole, etc.¹⁰

Altre novità riguardano l'articolazione dei criteri di valutazione della diligenza, la pervasività della clausola di correttezza, il superamento del principio di tipicità delle obbligazioni, la disciplina delle trattative, i contratti di massa e tutti gli interventi che sembrano codificare una sorta di "pubblicizzazione" del contratto¹¹.

Il codice non definisce il rapporto obbligatorio, ma lo erige a elemento fondamentale, quasi si trattasse del minimo comun denominatore, dei rapporti tra privati¹².

La fedeltà al modello francese si rinviene là dove si conserva il principio consensualistico¹³: la proprietà si trasmette mediante un contratto giustificato da una causa senza bisogno della consegna o di pubblicità, si perpetua il divieto del patto successorio, la responsabilità da fatto illecito non presuppone la violazione di un diritto, la ripetizione dell'indebito non è tributaria dell'errore. La fedeltà al modello tedesco si ha là dove si parla di prestazione in luogo dell'adempimento, si distingue la nullità dalla annullabilità e dalla inefficacia, si prevede la estinzione dei rapporti giuridici patrimoniali e così via¹⁴.

In materia di contratti speciali il legislatore non segue il criterio ordinante delle prestazioni o del contenuto dell'accordo, ma quello del tipo¹⁵. In ogni caso, le regole speciali prevalgono su quelle generali, sicché il rapporto tra le due categorie di norme è nel senso della prevalenza della specialità sulla generalità e non viceversa¹⁶.

10 MENGONI, L., in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 240.

11 PATTI, S.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 766.

12 COSTANZA, M.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 754.

13 Sul punto v. BIANCA, C.M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1995.

14 SACCO, R.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 209.

15 DE NOVA, G.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 218.

16 DE NOVA, G.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 219; VITUCCI, P.: "Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti", *Contr. impr.*, 1988, p. 804 ss.; GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990, p. 126; contra BENEDETTI, G.: "La categoria generale del contratto", *Rivista di diritto civile.*, 1991, I, p. 662.

Gran parte delle disposizioni sono derogabili, e quindi la libertà contrattuale delle parti ha la prevalenza sulle direttive del legislatore. Le norme imperative per parte loro non rispondono tutte alla medesima ratio: alcune riguardano la struttura degli atti, altre la forma, altre la durata, altre ancora la ripartizione dei rischi, poche sono a tutela di uno dei soli dei contraenti, e più numerose sono quelle a difesa dell'interesse generale.

Saggiamente la Commissione che lo ha redatto ha ignorato la figura del negozio giuridico, pur fortemente radicata nella cultura italiana, anche per effetto della tradizione pandettistica, preferendo prevedere regole sul contratto, applicabili anche all'atto unilaterale, considerato strumento concreto e più duttile.

Il Libro IV con le sue clausole generali ha consentito alla giurisprudenza di adattare il codice alle operazioni economiche nuove, di volta in volta create dalla prassi, e di far fronte alle esigenze degli operatori.

III. LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO.

Il codice civile è stato rinnovato in via interpretativa in due fasi recenti. La prima si è denominata "costituzionalizzazione del diritto privato", la seconda "europeizzazione del diritto privato".

La Costituzione della Repubblica, del 1948, si apre con le norme che tutelano la persona e i cc.dd. diritti "inviolabili"; tali norme offrono protezione al singolo, sia inteso individualmente, sia nelle formazioni dove si svolge la sua personalità (art. 2) cioè la famiglia, la scuola, la comunità di lavoro, le associazioni di varia natura; particolare rilievo è dato al principio di eguaglianza e alle libertà individuali. Nella parte I, che tratta dei diritti e dei doveri dei cittadini, vengono sanciti importanti diritti della persona, dalla inviolabilità personale a quella del domicilio, dal segreto della corrispondenza al diritto di associazione (artt. 13 ss. Cost.). Sono centrali altresì le norme dedicate alla famiglia, protetta come "società naturale" (art. 29 Cost.), come comunità nella quale si assicura l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi (art. 29, 2° co., Cost.), come centro di educazione, di istruzione e mantenimento dei figli (art. 30 Cost.), siano essi nati dal matrimonio, o fuori di esso da persone tra loro non coniugate. Tra i diritti della persona la Costituzione individua anche il diritto alla salute (art. 32), inteso non solo come diritto a non subire trattamenti sanitari senza il consenso dell'interessato, ma anche come diritto soggettivo perfetto che ciascuno può rivendicare nei confronti dei terzi che dovessero violarlo o porlo in pericolo, mediante attività industriali rischiose,

fenomeni di inquinamento ambientale (vedi anche art 9), condizioni di lavoro pericolose¹⁷.

Il lavoro (e il rapporto di lavoro) è oggetto speciale di tutela: già l'art. 1 ne fa prova, essendo il lavoro assunto a fondamento della Repubblica, e strumento di differenziazione dei cittadini (art. 3, 2° co., Cost.); l'ordinamento stabilisce provvidenze a favore dei lavoratori (artt. 35 ss., Cost.).

Ma uno degli aspetti più profondamente innovativi della Costituzione è rappresentato dalla prospettiva sociale in cui sono considerati i rapporti economici. Infatti l'impresa (art. 41 Cost.) e la proprietà (art. 42 Cost.) sono intese non più come privilegio di pochi, ma come oggetto di attività economica libera che non si può svolgere in contrasto con l'utilità sociale, né in violazione della sicurezza, della dignità e della libertà umana, dei singoli lavoratori e, più in generale, dei cittadini¹⁸.

La Costituzione continua a garantire la proprietà privata individuale, ed esclude che essa possa essere soppressa, ma riserva al legislatore la possibilità di intervenire mediante norme limitative della proprietà privata volte a garantirne la funzione sociale attraverso la tutela di interessi collettivi o generali.

Un esempio ci è offerto dalla disciplina sull'equo canone che realizza certamente la funzione sociale della proprietà, nella misura in cui limita i poteri del proprietario a vantaggio della categoria dei locatori, gli inquilini. Così pure dalla disciplina delle terre incolte che limita i poteri dei proprietari terrieri per assicurare ai non abbienti la possibilità di coltivare la terra non utilizzata e trarne prodotti.

Alla stessa logica risponde la disciplina dell'impresa. Si riconosce infatti la libertà di iniziativa economica privata, ma si afferma il principio che essa possa essere limitata, per la realizzazione dei fini sociali. A questo principio si affida la dottrina per individuare la cornice di regole che costituiscono la base del diritto dei consumatori. Il corpus di regole sulla tutela del consumatore, poi raccolto nel codice del consumo del 2005, prende avvio dalla riforma della disciplina delle Camere di Commercio, a cui si dedica Cesare Massimo Bianca, e dai progetti di riforma della disciplina del codice civile sulle clausole vessatorie e sui contratti del consumatore¹⁹.

17 Di questi principi si era fatto interprete il Governo Ciampi nella persona del Min. Affari Sociali, Fernanda Conti, nel presentare al parlamento, il 5-1-1994, un disegno di legge recante "principi di tutela dei diritti dei minori", che, per le vicende politiche dell'epoca, non ha potuto essere approvato.

18 Sul punto v. GARILLI, A.: "Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro", *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 321.

19 BIANCA C.M. (a cura di): "Le condizioni generali di contratto", I-II, Giuffrè, Milano 1979-1981.

Riflettendo la cultura dell'epoca, la Costituzione non esprime chiari principi in materia di concorrenza, sicché la dottrina - costituzionalistica e formalistica - ha via via arricchito in via interpretativa il suo dettato²⁰.

Fino alla metà degli anni Sessanta, e ancora all'inizio degli anni Settanta i cultori del diritto privato, nella quasi totalità, si sono rifiutati di considerare le disposizioni costituzionali come norme incidenti i rapporti privati, mantenendo il codice civile al centro di un sistema monolitico a cui facevano da cornice le leggi special²¹.

Di una vera e propria svolta si può parlare solo a partire dagli anni Sessanta: con diversi metodi gli studiosi del diritto civile si interrogano sulla attualità e sulla utilità della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, se ne tracciano i nuovi confini, se ne individuano le radici filosofiche e sociologiche, se ne discute la necessità e se ne sottolineano i presupposti ideologici ed economici. In termini riassuntivi, si apre il dibattito sulla crisi della distinzione, che, per i civilisti, significa vera e propria "crisi del diritto privato".

I riferimenti essenziali, che ancor oggi sono esplicitamente richiamati, oppure serpeggiano nelle trattazioni istituzionali, sono costituiti da un saggio di Michele Giorgianni²² e da due voci enciclopediche, l'una di Rosario Nicolò²³ e l'altra di Salvatore Pugliatti²⁴.

Gran parte della dottrina civilistica coopera per rifondare il diritto privato; questo processo di svecchiamento, di adeguamento o di superamento degli istituti antichi investe tutti i settori del diritto privato: le clausole generali²⁵; le persone giuridiche e le associazioni non riconosciute²⁶; la proprietà²⁷; la responsabilità civile²⁸;

20 In argomento v. ora PATTI, S.: "La cultura del diritto civile e la Costituzione", *Cultura e Costituente*, Atti del convegno di Teramo, 4-8.11.1997; PATTI, S.: "Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato", *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 543 ss.

21 La vicenda è stata oggetto di riflessioni di rilievo: v., ad es., NICOLÒ, R.: "Codice civile", *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 243 ss.; RESCIGNO, P.: *Introduzione al codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1992; IRTI, N.: *Codice civile e società civile*, Laterza, Roma-Bari, 1996; nonché i contributi di AA.VV. raccolti ne *I cinquant'anni del codice civile*, Giuffrè, Milano, 1994.

22 "Il diritto privato ed i suoi attuali confini", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 1961, p. 391 ss.

23 "Diritto civile", *Enciclopedia del diritto.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 904.

24 "Diritto pubblico e diritto privato", *ivi*, p. 696 ss.

25 RESCIGNO, P.: "L'abuso del diritto", *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 205 ss.

26 V. ad es. GALGANO, F.: "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 553 ss.; ID., "Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, II, p. 507 ss.

27 Sulla quale si erano stagliate le osservazioni di RODOTÀ, S.: "Note critiche in tema di proprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 1252 ss.

28 TRIMARCHI, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961; RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; BUSNELLI, F.: *La lesione del credito*, Giuffrè, Milano, 1964.

il rapporto proprietà-contratto²⁹ e, soprattutto, la concezione del contratto³⁰ a cui si aggiungeranno, tra gli altri, gli studi di Cesare Massimo Bianca, Giovanni B. Ferri, Antonino Cataudella, Adolfo di Majo, Mario Bessone. Ma famiglia e successioni dovranno attendere ancora qualche anno per una rivisitazione complessiva.

IV. L' EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE.

Dalla fine degli anni Ottanta del Novecento si è venuta manifestando l'europaizzazione del diritto civile³¹. Le fonti del diritto europeo, costituite in primis dai regolamenti e dalle direttive, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dai provvedimenti della Commissione europea, e poi dalla Carta dei diritti fondamentali, hanno modificato in modo irreversibile i sistemi nazionali e introdotto nuovi principi e nuove regole incidenti sui rapporti tra privati. In materia di responsabilità civile, l' affermazione del principio di responsabilità senza colpa che riguarda i danni da circolazione di prodotti difettosi, in materia contrattuale la nullità delle clausole abusive nei contratti dei consumatori, in materia di circolazione dei beni, l'introduzione delle garanzie speciali nei contratti di vendita, il controllo delle concentrazioni e delle pratiche monopolistiche, l'abuso di dipendenza economica, sono alcune delle grandi innovazioni introdotte da una politica del diritto che si ispira alla economia sociale d'impresa. Si sono poi consolidati interi settori dell'ordinamento europeo e degli ordinamenti interni aggregati intorno alla tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori e dei risparmiatori, si è affermato il principio di tutela dell'ambiente che deve essere bilanciato con i profitti d'impresa, e le rivoluzioni tecnologiche hanno prodotto una spinta notevole per l'adeguamento degli ordinamenti ai nuovi fenomeni digitali.

Si è poi registrato l'erompere dei diritti fondamentali nel panorama dei diritti e degli interessi della persona. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, unitamente a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo ha introdotto nuove tecniche di bilanciamento degli interessi, che ha inciso sulla conclusione e sulla esecuzione dei contratti e sulle regole di risarcimento del danno da atto illecito.

Nel contempo il progetto culturale di realizzare una sorta di "codice" civile europeo, promosso da Università e gruppi di studio, anche legati alle professioni, è stato realizzato attraverso la redazione di Principi in materia contrattuale, attraverso la redazione di un Draft Common Frame of Reference, aggregando le

29 LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964.

30 BIANCA, C.M.: "L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale", *Rivista di diritto civile*, 1964, I, p. 478 ss.; SACCO, R.: "Autonomia contrattuale tipi", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, II, p. 785 ss.; BARCELLONA, P.: "Sui controlli della libertà contrattuale", *Rivista di diritto civile*, 1966, II, p. 580 ss.

31 Per la verità, anche in anni anteriori si era posto il problema, e se ne era fatto carico un grande Maestro del diritto civile dell' Università di Padova, sul cui pensiero v. SCALISI, V.: "Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune", *Europa e diritto privato*, 2008, p. 910 ss.

diverse esperienze nazionali, mediate dal diritto europeo vigente, attorno a una terminologia comune e a principi direttivi comuni.

V. ATTUALITÀ DEL CODICE CIVILE.

Il dibattito sulla opportunità di ricodificare oggi il diritto civile, o, meno drasticamente, di procedere alla revisione del codice vigente nelle sue parti più obsolete si è ripresentato in occasione delle celebrazioni degli anniversari del codice civile e soprattutto per il cinquantenario del codice³². A scoraggiare i fautori di una riforma integrale si è sottolineato come il testo del codice sia stato scritto con precisione e raffinatezza tecno-linguistica; che il codice, come del resto la Costituzione repubblicana, sia stato frutto di un compromesso non ideologico ma tecnico; che proprio il linguaggio del codice serviva a dare significato ad alcuni termini di natura civilistica impiegati nella Costituzione; che le scelte compromissorie del codice non potevano soffocare le potenzialità di sviluppo del sistema³³. Si è anche sottolineato che le lacune imputate al codice in realtà non sono tali, in quanto non è pensabile che nel 1942 il legislatore si dovesse preoccupare della dissolubilità del matrimonio, della sostituzione del regime di separazione dei beni con quello di comunione, delle regole relative allo statuto dell'embrione, e così via³⁴. Si è inoltre precisato che il codice non ha mancato nell'assolvimento della sua funzione originaria, che corrispondeva poi a quella dei codici previgenti: assicurare a tutti gli individui un complesso di regole semplici e chiare applicabili a tutti, e per questo appunto denominate regole del codice "civile", senza distorsioni di status individuali o di gruppo; costituire espressione della positività e statualità del diritto, aspetti che assumono il significato di un vero e proprio baluardo che pone il codice al riparo dalle intrusioni dell'ideologia fascista, i cui principi non trovano albergo nel corpo del codice. Se si trascurano le disposizioni che indulgevano alla mistica del regime³⁵ si rinviene nel codice, secondo un giudizio da molti condiviso, innanzitutto una linea di continuità con i codici previgenti e quindi una "compattezza" di modello normativo che costituisce un valore in sé, a cui si affianca la consapevolezza che molte delle soluzioni accolte rispondevano pienamente alle istanze della maggioranza degli italiani³⁶. La perfezione tecnica, la modernità delle concezioni, la novità dell'impianto normativo sono i caratteri impressi dai giuristi che hanno collaborato alla sua redazione, anche da quelli che, divenuti poi antifascisti, non vollero far mancare il loro apporto per la buona

32 V. in particolare gli Atti del convegno organizzato a Milano, presso l'Università Statale, già cit.

33 RESCIGNO, P.: "Rilettura del codice civile", in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 16 ss.

34 RESCIGNO, P.: "Rilettura del codice civile," cit., p. 22.

35 Sul punto v. UNGARI, P.: *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963.

36 È opinione di GHISALBERTI, C.: "Tradizione e innovazione nel codice civile del 1942", in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 66 ss.

riuscita dell'impresa³⁷. Si è anche sostenuto che “il codice civile del 1942 non è il codice del regime fascista ma il codice della tradizione scientifica italiana, in una linea di continuità e di progresso rispetto al codice civile prefascista del 1865” e non è neppure il codice della disfatta perché dopo la guerra esso ha mostrato una insospettata vitalità; in più, la sua adattabilità alle nuove esigenze – carattere che ne ha consentito la conservazione – è dovuta al tenore generale delle sue disposizioni³⁸.

Secondo Mengoni il codice civile del 1865 “fu introdotto dal movimento della borghesia liberale per l'unità nazionale, e dunque un fatto eminentemente politico-costituzionale, il codice del 1942 è un prodotto del ceto professionale dei giuristi, e dunque un fatto eminentemente culturale e tecnico, al quale il declinante contesto politico di allora fornì le condizioni storiche di possibilità, ma non la motivazione dei suoi contenuti essenziali”³⁹. L'ideologia fascista “lambisce appena la disciplina degli istituti⁴⁰ l'orientamento a cui – si dice – volessero rimanere fedeli gli stessi redattori del codice, a parole, e nelle apparenze, portati a manifestare il favor per la concezione fascista del codice e l'ossequi agli esponenti del regime, ma nella sostanza fortemente decisi ad esaltare gli aspetti tecnici, considerando gli altri un mero fregio facile da erodere, lasciando intatta la bontà della costruzione.

L'infittirsi delle leggi speciali ha portato alla perdita di centralità del codice nella disciplina dei rapporti tra privati. Anche se non si vuol sposare fino in fondo l'idea di Natalino Irti sulla “decodificazione”, è un fatto che interi settori dell'ordinamento sono retti non dal codice civile, ma da leggi organiche o da una miriade di provvedimenti, derogatori del codice. Si pensi alla disciplina della concorrenza e del mercato, alla disciplina dei rapporti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria, ai rapporti agrari, agli enti non lucrativi a tacer di molti altri. La riprova di questa nuova struttura dell'ordinamento è data dai codici delle leggi speciali, commentate con dottrina e giurisprudenza, in cui si avverte quanto sia policentrico ormai il sistema (sempre che si possa continuare a parlare di sistema)⁴¹.

Il diritto giurisprudenziale ha poi modellato gli istituti di codice, ne ha inventati di nuovi, ha segnato una netta prevalenza delle regole operazionali sulle regole scritte. Tanto è vero che oggi, tra le fonti, si annoverano le “fonti non scritte”⁴².

37 In questo senso si esprime GHISALBERTI, C.: “Tradizione e innovazione”, cit., p. 68.

38 Così FALZEA, A.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 203.

39 MENGONI, L: cit., p. 237.

40 Così IRTI, N., cit., p. 430.

41 V. i due codici complementari, l'uno – il Codice civile – commentato sotto la direzione di A. Trabucchi e G. Cian, l'altro – le Leggi complementari – commentato sotto la direzione di G. Alpa e P. Zatti, (Padova, 1999) che sono uno specchio fedele delle addizioni al codice e del parziale spodestamento del codice civile.

42 V. il vol. 2 del *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1998.

Sul piano delle prassi, si è registrata l'espansione enorme dei contratti atipici, il diffondersi di formule aggregative di persone che svolgono attività solo parzialmente lucrative, o attività destinate agli aggregati e ai terzi. Sul piano professionale, si è passati dall'attività individuale all'attività aggregata. Sul piano del lavoro, l'assistenza pensionistica e così via.

Sicché oggi si pensa non alla ricodificazione ma ad una revisione del codice. Sulla opportunità di mantenere in vita "un" codice civile non vi sono dubbi⁴³, anche se la discussione è stata accesa.

VI. 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 Civilisti 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 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 olandese⁴⁴, con la riforma del diritto delle obbligazioni del codice civile tedesco del Duemila⁴⁵, 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 codice⁴⁶, 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 sociale⁴⁷, 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

43 SACCO, R.: "Il codice civile: un fossile legislativo?", in *Trattato*, cit., p. 441 ss.

44 HESSELINK, M.W.: "Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?", in ALPA G., BUCCICO E.N. (a cura di), *La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002.

45 CANARIS, C.W.: "La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts", Cedam, Padova, 2003; PATTI, S.: "Ricodificazione", *Rivista di diritto civile.*, n. 2/2018, p. 435-453.

46 SACCO, R.: *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

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

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 regole⁴⁸, e i valori invernati nei diritti fondamentali ex art. 6 del Trattato di Lisbona⁴⁹.

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 giuridica⁵⁰. Di qui la distinzione tra legge e diritto, e l'“invenzione” del diritto (secondo l'accezione di Paolo Grossi⁵¹) 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 Sacco⁵² e di Nicola Lipari⁵³) quale fonte in senso sostanziale dell'ordinamento.

L'Associazione Civilisti Italiani nell'ultimo triennio ha organizzato diversi seminari sulla revisione del codice civile e suggerito al Governo di farsi tramite di questa esigenza. Il Governo ha raccolto la sollecitazione ed ha presentato al Senato un progetto di legge di delega per revisione (A.S.1151-2019).

L'iniziativa governativa 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, 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)⁵⁴.

Le altre proposte riguardano:

48 ALPA, G.: *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2005; D'AMICO G., PAGLIANTINI, S.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, Torino, 2018.

49 Per tutti, v. RIDOLA, P.: *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.

50 LIPARI, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

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

52 “Le fonti non scritte e l'interpretazione”, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999.

53 *Il diritto civile tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2018

54 Sul punto vds. già AA.VV., “Per la riforma del codice civile”, atti del convegno AIGA (Genova, 1992), Padova, 1994.

- 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: con un encomiabile modello di decisione la Suprema corte ha individuato le modalità di applicazione dell'art. 2059 cc. sul danno morale (ord. 27 marzo 2018, n. 7513); ma restano aperte le questioni relative alla applicazione della riforma della responsabilità medica (l.24.3.2017.n.24), all'applicazione uniforme delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano per il risarcimento del danno alla persona⁵⁵, e alle altre voci di danno via via elaborate dalla medicina legale.

55 Sul danno v. BIANCA, C.M.: "La responsabilità", *Diritto civile.*, vol. 5, Giuffrè, 2015.

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

Rispetto a questi contenuti, non credo si potessero risolvere tutti i problemi con la semplice applicazione delle clausole generali. È pur vero che il “tempo delle clausole generali”, per riprendere una felice espressione di Stefano Rodotà⁵⁶ non è mai finito; come sono da rivalutare i principi generali, non potendosi ritenere che essi siano semplici regole di secondo livello, ma piuttosto valori fondamentali dell'intero ordinamento. Ma la elevazione a rango di disposizione di un orientamento interpretativo dà maggiore certezza del diritto⁵⁷.

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»⁵⁸.

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 codice civile 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.

56 Saggio ora ristampato in RODOTÀ, S.: *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica del diritto privato*, a cura di G. ALPA G., MARELLA M.R., Jovene, Napoli, 2017.

57 Sono disponibili in Internet gli atti del Convegno sul drafting legislativo della Associazione Civilisti Italiani, 25 gennaio 2019.

58 V. 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, H. 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.

La terza passa attraverso la rivalutazione dei principi generali, applicabili dall'interprete⁵⁹.

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.

Le innovazioni che, nella disciplina del contratto in generale, mi sembrano più significative sono quelle che propongono di ampliare la responsabilità precontrattuale – peraltro già prevista nel codice agli artt. 1337 (clausola di buona fede) e 1338 (culpa in contrahendo) – introducendo l'obbligo di fornire informazioni determinanti per il consenso; le regole sulle conseguenze dell'impiego di pratiche scorrette; l'introduzione dell'istituto della rinegoziazione, che attenta dottrina aveva già ricostruito (e ritenuto applicabile) sulla base della clausola di buona fede⁶⁰.

Non sappiamo quale potrà essere l'esito del progetto di legge, ma confidiamo che con il concorso dei giuristi più attenti si possa raggiungere un risultato soddisfacente.

59 Sul punto v. ALPA, G.: "I principi generali", cit.

60 MACARIO, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *I cinquanta anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano*, 4-6 giugno 1992, vol. I e II, Giuffrè, Milano, p. 272.

ALPA, G.: *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2005.

BIANCA, C.M.: (a cura di), "Le condizioni generali di contratto", I-II, Giuffrè, Milano 1979-1981.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, terza ed., Giuffrè, Milano, 2019;

BUSNELLI, F.: *La lesione del credito*, Giuffrè, Milano, 1964.

CANARIS, C.W.: *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Cedam, Padova, 2003.

CONSORTI, P., GORI L., ROSSI E.: *Diritto del terzo settore*, Zanichelli, Bologna, 2018.

D'AMICO, G., PAGLIANTINI S.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, Torino, 2018.

FERRI, G.B.: *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1990.

GAMBARO, A.: *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2016.

GROSSI, P.: *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

GROSSI, P.: *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

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

IRTI, N.: *Codice civile e società civile*, Laterza, Roma-Bari, 1996

LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964;

LIPARI, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

MACARIO, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996

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

RESCIGNO, P.: *Introduzione al codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1992.

RIDOLA, P.: *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.

RODOTÀ, S.: *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica del diritto privato*, a cura di G. ALPA G., MARELLA M.R., Jovene, Napoli, 2017.

RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

RODOTÀ, S.: *Il terribile diritto*, Zanichelli, Bologna, 2013.

SACCO, R.: *Il contratto in generale*, Giappichelli, Torino, 1975, p. 208.

SACCO, R.: *Trattato di diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 2005.

TRIMARCHI, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

